

WYROK
z dnia 26 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala
Magdalena Grabarczyk
Emil Kawa

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 listopada 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Autostrada Mazowiecka sp. z o.o., ul. Flisaków 5 lok. 8, 03-043 Warszawa oraz Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A., ul. Drogowców 1, 39-200 Dębica,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającego przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Rzeszowie, ul. Legionów 20, 35-959 Rzeszów,**

przy udziale wykonawcy **L. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą L. K. Firma Usługowo Handlowo Produkcyjna, Zielonka 64, 36-130 Raniżów,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Autostrada Mazowiecka sp. z o.o., ul. Flisaków 5 lok. 8, 03-043 Warszawa oraz Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A., ul. Drogowców 1, 39-200 Dębica, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od odwołującego, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie:

Autostrada Mazowiecka sp. z o.o., ul. Flisaków 5 lok. 8, 03-043 Warszawa oraz Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A., ul. Drogowców 1, 39-200 Dębica, na rzecz zamawiającego: Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającego przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Rzeszowie, ul. Legionów 20, 35-959 Rzeszów, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze 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:

.....

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działający przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Rzeszowie, ul. Legionów 20, 35-959 Rzeszów, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad, oddział w Rzeszowie wraz ze wszystkimi elementami z podziałem na dwie części zamówienia”, numer referencyjny: O.RZ.D-3.2413.10.2020. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 05.05.2020 r., nr 2020/S 087-207755.

Pismem z dnia 22.10.2021 r. zamawiający poinformował m.in. o odrzuceniu w części nr 1 postępowania oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Autostrada Mazowiecka sp. z o.o., ul. Flisaków 5 lok. 8, 03-043 Warszawa oraz Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A., ul. Drogowców 1, 39-200 Dębica (dalej: „odwołujący”).

W dniu 02.11.2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez jego nieuzasadnione zastosowanie i uznanie, że oferta odwołującego jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz”), która to niezgodność miała rzekomo polegać na dokonaniu przez odwołującego „inżynierii cenowej” i przerzuceniu kosztów dotyczących wykonania prac związanych z naprawami i wymianą barier i osłon energochłonnych do innych pozycji rozliczeniowych niż wymagały tego postanowienia siwz, podczas gdy odwołujący nie dopuścił się przerzucania kosztów między pozycjami rozliczeniowymi, a wszystkie koszty konieczne do wykonania kwestionowanych przez zamawiającego pozycji zostały ujęte w tych pozycjach, zgodnie z wymaganiami siwz,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez ich błędne zastosowanie i uznanie, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę, a odwołujący w ramach składanych wyjaśnień nie sprostął ciężarowi wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, podczas gdy treść wyjaśnień odwołującego w pełni odpowiadała wezwaniu zamawiającego, a odwołujący w sposób szczegółowy i wychodzący ponad treść wezwania udowodnił, iż cena oferty jest realna i rynkowa,
- 3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

W szczególności odwołujący wskazał, co następuje.

„8. Zamawiający odrzucił (z uwagi na rażąco niską cenę oraz niezgodność z SIWZ) oferty czterech wykonawców, którzy złożyli najtańsze oferty. Zamawiający nie zdecydował się wówczas jednak wezwać do wyjaśnień wykonawcy, który złożył piątą w rankingu ofertę, mimo że była ona bardzo zbliżona cenowo do ofert, które, zdaniem Zamawiającego, nie gwarantowały wykonania zamówienia. Wezwanie to nastąpiło dopiero na skutek uwzględnienia przez Izbę odwołania, które wniósł Odwołujący (sprawa prowadzona pod sygn. KIO 780/21).

9. W wyroku tym Izba nakazała Zamawiającemu zbadanie oferty wykonawcy, którego oferta była o ponad 29,6% tańsza od szacunkowej wartości zamówienia. Tymczasem Zamawiający wezwał również do złożenia wyjaśnień Odwołującego, który, jak wskazano powyżej, złożył ofertę na poziomie zbliżonym do szacunkowej wartości zamówienia i o prawie 33% wyższą od średniej arytmetycznej złożonych ofert. Jednocześnie, pomimo: (a) złożenia wyjaśnień liczących kilkadziesiąt stron, (b) załączenia licznych dowodów, (c) odniesienia się do wszystkich wątpliwości Zamawiającego (w tym do pięciu pozycji, które wskazał Zamawiający w treści wezwania), Zamawiający nie jest w stanie wskazać chociażby jednej pozycji kosztorysowej, która dowodziłaby, że cena oferty Odwołującego jest rażąco niska (!). (...)

OFERTA ODWOŁUJĄCEGO JEST ZGODNA Z SIWZ

22. W decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, że jest ona niezgodna z treścią SIWZ. Zamawiający w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego twierdzi, że *„koszty związane z wykonaniem prac związanych z naprawami i wymianą odpowiednio barier i osłon energochłonnych (elementów Drogi uszkodzonych w wyniku zdarzeń losowych) Wykonawca, wbrew jednoznacznie brzmiącym zapisom SIWZ, ujął w innych pozycjach rozliczeniowych niż wymagały tego zapisy SIWZ. Ujął je mianowicie w poz. VII Formularza cenowego w sytuacji, gdy wysokość limitu kosztu tych napraw i wymian będą pokrywane z wynagrodzenia za wykonanie Robót i Usług o charakterze strukturalnym (Formularz cenowy 2.1.b), zaś po przekroczeniu limitu z pozycji II.7 i II.8 Formularza cenowego 2.1.a”*. Zamawiający stwierdził, że doszło do „inżynierii cenowej”, co jest sprzeczne z pkt. 5.5. i pkt. 5.7 OPZ, z których wynika, że wykonawca powinien ująć w formularzu cenowym w oferowanej „Wartości jednostkowej netto miesięcznego cyklicznego wynagrodzenia za utrzymanie elementu zgodnie z wymaganiami OPZ” wszelkie koszty związane z wykonaniem zamówienia, która to pozycja odnosi się do poszczególnych pozycji prac rutynowych. Nie ujmując w tej pozycji wszystkich kosztów wykonania danego elementu, działa niezgodnie z SIWZ.

23. Zawitą argumentację Zamawiającego można sprowadzić do wniosku, że niezgodności z SIWZ Zamawiający upatruje w rzekomym przeniesieniu kosztów bezpośrednich związanych z realizacją prac z poz. II.7 i II.8 do poz. VII.

24. Podstawą zarzutu Zamawiającego jest zawarcie przez Odwołującego w wyjaśnieniach stwierdzenie, że *„Koszt wymiany barier w ramach wypadków i zdarzeń losowych został ujęty w grupie VII Usuwanie Skutków Zdarzeń Losowych w nieprzekraczalnej kwocie 656.165,00 zł brutto, o której mowa w IPU zawarte w projekcie umowy oraz kompensatę kosztów napraw, których Wykonawca może dochodzić od sprawcy szkody lub ubezpieczyciela w ramach wystawionej przez Zamawiającego cesji. Założono wymianę 2.600 metrów barier w ramach wspomnianej kwoty.”* (str. 18 zał. 2 do Wyjaśnień) oraz odpowiednio dla poz. II.8 – w przypadku osłon energochłonnych i zabezpieczających (str. 20, zał. 2 do Wyjaśnień).

25. Odwołujący podkreśla, że nie dokonał żadnego przeniesienia kosztów pomiędzy pozycjami oraz wszystkie pozycje Formularza cenowego przytoczone przez Zamawiającego zostały skalkulowane w sposób zapewniający możliwość wykonania zamówienia, w szczególności zakupu materiałów, związanych z realizacją tych prac. Odwołujący:

(a) nie przeniósł żadnych kosztów z poz. II.7 i II.8 Formularza cenowego 2.1.a do poz. VII Formularza cenowego 2.1.a, w żadnym wypadku nie potwierdzają tego złożone wyjaśnienia (tym samym przyjęta przez Zamawiającego faktyczna podstawa odrzucenia oferty Odwołującego nie istnieje);

(b) w poz. VII Formularza cenowego 2.1.a ujął dodatkowe, nieobowiązkowe ryzyko, które polega na usuwaniu skutków zdarzeń losowych (przyjęcie dodatkowe ryzyka w konkretnej pozycji, które znajduje uzasadnienie w przedmiocie tej pozycji, nie może stanowić podstawy odrzucenia Oferty).

26. W konsekwencji pozycje II.7 i II.8 Formularza cenowego 2.1.a zawierają wszystkie rodzaje kosztów, które są konieczne do wykonania tych robót. Nie doszło do przeniesienia żadnych kosztów bezpośrednich.

27. Po pierwsze, należy wskazać, że Zamawiający nie zrozumiał wyjaśnień Odwołującego i sformułowania, które teraz próbuje nadinterpretować w sposób uzasadniający niezgodność oferty z treścią SIWZ. Otóż Odwołujący wskazał, że koszt usuwania skutków zdarzeń losowych związanych z barierami ochronnymi oraz osłonami energochłonnymi i zabezpieczającymi został ujęty w poz. VII w nieprzekraczalnej kwocie 656.165,00 zł brutto, o której mowa we wzorze umowy. Tym samym, ponad tę kwotę, o której mowa we wzorze umowy, Odwołujący w poz. II.7 i II.8 Formularza Cenowego 2.1.a wkalkulował ryzyko kosztu wymiany barier oraz osłon zgodnie z wymogami OPZ. Zgodnie z § 4 ust. 2 wzoru Umowy:(...)

30. W żadnym wypadku nie można się zatem zgodzić z Zamawiającym, że doszło do jakiegokolwiek przenoszenia wartości pomiędzy pozycjami (inżynieria cenowa). Aby doszło do faktycznego „przeniesienia” kosztów, wykonawca musiałby „wyjąć” określone koszty z

jednej pozycji i „umieścić” je w innej. Tymczasem okoliczność taka ani nie została potwierdzona w wyjaśnieniach Odwołującego, ani też wykazana przez Zamawiającego. Zdanie, na które powołuje się Zamawiający (dot. poz. II.7 i II.8) wskazuje bowiem jedynie na to, że kwota 655.165,00 zł (która w istocie jest określonym umownie limitem dla szkód z części 1 i umieszczona została w utrzymaniu strukturalnym) została powielona w grupie VII. W zdaniu tym nie ma jednak żadnej informacji o przeniesieniu jakichkolwiek kosztów z poz. II.7 i II.8 do innej pozycji. (...)

47. Zamawiając przy tym pomija, że w swoich wyjaśnieniach w pierwszej linijce Odwołujący wyraźnie wskazał, że poz. II.7 obejmuje takie prace jak remont, uzupełnienie lub wymianę zniszczonych lub uszkodzonych barier bądź ich elementów. Powyższe oświadczenie jest sprzeczne z teorią Zamawiającego o braku ujęcia w tej pozycji kosztów usuwania zdarzeń losowych ponad kwotę 656.165,00 zł. Ww. argumentacja znajduje takie samo odniesienie do poz. II.8 Formularza cenowego 2.1.a. (...)

48. Odnosząc się do kalkulacji dodatkowego, nieobowiązkowego ryzyka w poz. VII, z której Zamawiający nadinterpretował rzekome przeniesienie kosztów bezpośrednich wykonania prac, Odwołujący kierował się tożsamością sformułowań zawartych w OPZ oraz we wzorze umowy:

(a) w § 4 ust. 2 wzoru umowy wskazane zostało, że „wynagrodzenie za roboty polegające na naprawie/wymianie uszkodzonych elementów Drogi/zaplecza technicznego przekazanych w utrzymanie, których uszkodzenie, zniszczenie lub utrata powstały w związku z zaistnieniem zdarzeń losowych, wypadków komunikacyjnych, kradzieży i aktów wandalizmu [...]” (podobnie też str. 49-50 OPZ);

(b) cz. B.II pkt.7 OPZ (str. 149) „w ramach realizacji tej pozycji Wykonawca będzie a) usuwał z pasa drogowego skutki zdarzeń losowych, w tym m.in. [...], pozostałości pojazdów lub infrastruktury drogowej [...] usuwał wszelkie przedmioty, które mogą stanowić zagrożenie dla użytkowników drogi pozostawionych w obszarze pasów ruchu i pasów awaryjnych [...]” i dalej ogólne stwierdzenie Zamawiającego (str. 150 OPZ): „w ramach prac należy na bieżąco usuwać przeszkody i skutki zdarzeń losowych”.

50. Powyższe stanowiło podstawę do ujęcia dodatkowego ryzyka w poz. VII, a nie do przenoszenia kosztów pomiędzy pozycjami. (...)

53. Z najdalej idącej ostrożności Odwołujący wskazuje, że nawet, gdyby rzeczywiście doszło do przeniesienia określonych wartości pomiędzy pozycjami (z czym jednak Odwołujący się nie zgadza), to za nietrafiony należy uznać pogląd o zasadności automatycznego odrzucenia oferty. Zjawisko to prowadzi bowiem do odrzucenia oferty wtedy, gdy przybiera formę tzw. inżynierii cenowej. (...)

55. Znamienne jest przy tym, że Zamawiający nie zdecydował się na odrzucenie oferty Odwołującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp (...)

OFERTA ODWOŁUJĄCEGO NIE ZAWIERA RAŻĄCO NISKIEJ CENY

(...) 69. Pismem z dnia 6 sierpnia 2021 r. Odwołujący przedłożył Zamawiającemu wyjaśnienia w treści których przedstawił szczegółowe odpowiedzi na wszystkie wątpliwości Zamawiającego wyrażonych w wezwaniu.

70. I tak, w kontekście pierwszych z wyszczególnionych przez Zamawiającego wymogów (5 grup pozycji w ofercie Odwołującego), Odwołujący, zgodnie z wytycznymi wskazanymi w wezwaniu, przedstawił wyjaśnienia poszczególnych cen, a na poparcie ich realności i rynkowości przedstawił oferty podwykonawców (w zakresie tej części, Odwołujący tytułem przykładu przedstawi tylko wyjaśnienia dla grupy V poz. 4 „Mycie barier ochronnych” z uwagi, iż forma i zakres wyjaśnień odnoszących się do wszystkich pięciu pozycji budzących wątpliwości Zamawiającego są zbliżone do siebie): (...)

71. Uwzględniając powyższe nie sposób nie dostrzec, że Odwołujący, w odniesieniu do każdej z pięciu pozycji budzących wątpliwości Zamawiającego: (a) wskazał szczegółowe rozbięcie zaoferowanej ceny, (b) opisał wycenione pozycje, (c) poparł swoją wycenę dowodami. Skoro to właśnie te pięć pozycji budzą zasadnicze wątpliwości Zamawiającego i ten zdecydował się na odrzucenie oferty Odwołującego, to oczywiste wydaje się, że w uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający powinien wykazać, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę potwierdziły jego obawy. Tymczasem nic takiego w uzasadnieniu nie zostało ujęte. (...)

74. Z kolei w części ogólnej wyjaśnień, stanowiącej pismo przewodnie do szczegółowych kalkulacji oferty, Odwołujący wprost nakreślił Zamawiającemu okoliczności, które obiektywnie spowodowały obniżenie ceny, a które stanowiły jednocześnie indywidualne możliwości i okoliczności, dostępne i właściwe tylko dla Odwołującego. Było to w szczególności: (...)

76. Odwołujący przedstawił Zamawiającemu wyczerpujące wyjaśnienia odpowiadające zakresowi wezwania. Nie może jednocześnie ująć spostrzeżeniu, że przy wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny treść wezwania ma istotne znaczenie dla wymaganych przez zamawiającego wyjaśnień. Ze względu na doniosłe skutki, jakie wywołać może procedura wyjaśniania rażąco niskiej ceny (odrzućenie oferty, następstwem czego jest brak możliwości uzyskania zamówienia i zysku z jego realizacji) wykonawca nie może się domyślać podstaw skierowanego do niego wezwania, ani też wymaganej przez Zamawiającego treści wyjaśnień i poziomu ich szczegółowości. Przeciwnie - treść wezwania powinna wykonawcy pozwolić na dobór odpowiedniej argumentacji i dowodów, które łącznie pozwolą przekonać zamawiającego o braku podstaw do odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę. Przystępując zatem treść wezwania Zamawiającego (konkretyzacji jego wątpliwości i

wymaganej formy ich rozwiania) do treści wyjaśnień Odwołującego stwierdzić należy, że Odwołujący wypełnił żądania Zamawiającego. (...)

86. (...) W analizowanym przypadku, Zamawiający opiera de facto swoją decyzję na „nie spełnieniu jego wymagań” co do treści wyjaśnień, podczas gdy to dopiero na etapie odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający doprecyzował, a w zasadzie, istotnie rozszerzył zakres wezwania i oczekiwań względem wyjaśnień Odwołującego. Nie da się bowiem nie dostrzec, że dopiero w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, że wymagał m.in. szczegółowego opisu kosztu roboczogodziny pracy, rozbicia ceny na czasochłonność prac, ilości zaangażowanych osób, sprzętu i materiału czy przedłożenia ofert podwykonawczych, w których opisane byłyby założenia tej wyceny. Jak już wskazywał Odwołujący, ciężar dowodowy wynikający z art. 90 ust. 2 Pzp nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku precyzyjnego sformułowania wezwania w zakresie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oferty, w granicach których następnie Zamawiający będzie dokonywał oceny oferty Odwołującego. Nie można więc uznać za prawidłowe działania Zamawiającego, który sformułował wezwanie w bliżej nieokreślonym zakresie, posługując się niedookreślonymi pojęciami, podejmując następnie decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie swoich oczekiwań, które nie zostały jednoznacznie, literalnie wyartykułowane w treści wezwania wystosowanych do Odwołującego. (...)

88. Odwołujący nie jest w stanie znaleźć również racjonalnego uzasadnienia dla wyводу Zamawiającego dotyczącego przyjętej przez Odwołującego stawki roboczogodziny w wysokości 23,00 zł. W treści uzasadnienia Zamawiający wskazuje bowiem, że Odwołujący poza wskazaniem rzeczonyj stawki winien był również wskazać jaki koszt będzie z tego tytułu ponosił. Nie da się ukryć, że taki wymóg szczegółowości wyjaśnień w tym zakresie Odwołujący poznał dopiero na etapie odrzucenia oferty. (...)

88. Nie można w tym kontekście również pominąć, iż na etapie postępowania odwoławczego, które toczyło się w maju 2021 r. (w związku z odwołaniami czterech wykonawców, których oferty zostały odrzucone oraz odwołaniem Odwołującego) Zamawiający w swoich stanowiskach procesowych wskazał, że koszt pracodawcy związany z zatrudnieniem pracownika przekracza 22,33 zł netto i jest to koszt minimalny, który Zamawiający uznał za gwarantujący wypłatę na rzecz pracowników wynagrodzenia. Na tę okoliczność przedstawiał rozbieżność kosztów robocizny, które sumarycznie potwierdzało, że wykonawcy winni byli przyjąć przynajmniej kwotę 22,33 zł netto jako koszt roboczogodziny (...).

91. Odwołujący podkreśla, że przy ustalaniu wartości stawki godzinowej wynagrodzenia obowiązkiem wykonawcy jest ustalenie takiej wartości, która odpowiadać będzie minimalnej stawce godzinowej ustalonej na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Powyższemu Odwołujący sprostął i Zamawiający w żadnym fragmencie swojego uzasadnienia nie kwestionuje tej okoliczności. Przedmiotem wątpliwości Zamawiającego jest bowiem nieznaną wcześniej Odwołującemu obowiązek rozbicia kosztów robocizny. Za nieporozumienie uznać należy stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym, *„wykonawca nie przedstawił jakichkolwiek dowodów na to, że jest w stanie za takie wynagrodzenia, niewiele niższe (tutaj najpewniej Zamawiający chciał użyć słowa „wyższe” – przypis Odwołujący) od wynagrodzenia minimalnego zatrudnić pracowników niezbędnych do realizacji zamówienia, w tym pracowników posiadających stosowne kwalifikacje”*. Otóż, po pierwsze – Zamawiający o żadne tego typu dowody nie poprosił w treści wezwania, po drugie – Zamawiający w treści wezwania wskazał jedynie, że interesuje go sprostanie wymogom w zakresie minimalnego wynagrodzenia, po trzecie – nawet na obecnym etapie Zamawiający nie jest w stanie wykazać jakie dowody miałyby sprostać jego aktualnym oczekiwaniom (Odwołującemu nie jest znana praktyka szczegółowego wykazywania przyjętych kosztów pracowniczych).

92. Nie da się ukryć, że tak skonstruowany wymóg przedstawiony w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołujący stanowi rażące rozszerzenie treści wezwania, i na tym etapie nie powinien być prowadzić do obarczania Odwołującego sankcją w postaci odrzucenia jego oferty z Postępowania. (...)

96. Do analogicznych wniosków Odwołujący dochodzi w zakresie podważenia przez Zamawiającego dowodów, które Odwołujący przedłożył wraz z wyjaśnieniami, a które potwierdzać miały rynkowość zaoferowanej ceny. Zamawiający w tym zakresie doszedł do trywialnych wniosków, sprowadzając oferty podwykonawców do dowodów „nieweryfikowalnych”, uzasadniając powyższe stwierdzeniem, jakoby brak rozbicia cenowego w poszczególnych ofertach czyniło te oferty niewiarygodnymi.

97. Przedstawione dowody w postaci ofert podwykonawców miały na celu wyłącznie wykazanie, że oferowana cena za poszczególne pozycje jest ceną rynkową – i za taką cenę Odwołujący może je wykonać lub zlecić ich wykonanie podwykonawcom. Mimo to, Zamawiający usiłuje w uzasadnieniu wprowadzić nowe standardy przygotowywania ofert podwykonawczych i zarzucić Odwołującemu ich brak precyzji, który miał być rzekomo analogiczny do samych wyjaśnień. (...)

99. W ocenie Odwołującego, argumentacja Zamawiającego w tym zakresie stanowi po raz kolejny rozszerzenie treści wezwania i wyraża nieznaną standardy treści ofert podwykonawczych. Nie da się jednak ukryć, że oferty podwykonawcze to wystarczające dowody, które potwierdzić mają rynkowość oferowanych cen. Wobec tego, na ich podstawie

Zamawiający winien był uznać, że Odwołujący jest w stanie zrealizować przedmiot zamówienia.

100. Odwołujący nie może również przejść obojętnie wobec twierdzeń Zamawiającego, który wywiódł, że Odwołujący tylko w zakresie niektórych pozycji formularza cenowego dokonał rozbicia cenowego (w przekonaniu Zamawiającego, było to „proste rozbiecie ceny” na elementy wyszczególnione przez Zamawiającego w wezwaniu) i wskazał jakie założenia przyjął do wyliczenia ceny, z kolei w pozycjach dotyczących rutynowego utrzymania Odwołujący poprzestał na wklejeniu odpowiednich części zapisów OPZ i dokonania „prostego rozbiecia ceny” na elementy wskazane w wezwaniu. W tym kontekście nie sposób przyjąć, że metoda wyjaśnienia ceny poprzez odniesienie się do poszczególnych pozycji OPZ stanowi niewystarczające wyjaśnienie ceny. Wręcz przeciwnie – taka metoda powinna prowadzić Zamawiającego do wniosku, że dana pozycja obejmuje wszystkie prace związane z konkretnym postanowieniem OPZ i została przez Odwołującego dostatecznie skalkulowana (nie należy przy tym zapominać, że Odwołujący mimo to, przedstawił rozbiecie ceny, jakiego wymagał Zamawiający). Co istotne – wbrew twierdzeniom Zamawiającego, Odwołujący w treści wyjaśnień, do każdej pozycji wskazał dodatkowe wyjaśnienie stanowiące założenia kalkulacji. Poniżej Odwołujący przedstawia kilka przykładów: (...)

101. W tym kontekście Zamawiający czyni Odwołującemu zarzut niewskazania w jaki sposób Odwołujący oszacował koszty robocizny, sprzętu i materiałów, jak również zarzuca Odwołującemu niewskazanie czasochłonności danej pozycji rozliczeniowej, ilości ludzi zaangażowanych oraz niewskazania jaki sprzęt i materiał Odwołujący planuje wykorzystać przy danej pozycji. Odwołującemu ciężko jednak jest się doszukać w treści wezwania podstaw do tego, by takie okoliczności Odwołujący miał w obowiązku wskazywać. Po raz kolejny uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego sprowadza się do rozszerzania treści wezwania i obarczenia Odwołującego ciężarem wykazania okoliczności, które nie zostały wprost nakreślone przez Zamawiającego.

102. W końcowej części uzasadnienia, Zamawiający podniósł również brak bardziej szczegółowych wyjaśnień w zakresie konkretnych pozycji rozliczeniowych. Zamawiający w tym zakresie zwrócił uwagę na rzekomo niedostateczne wyjaśnienie założeń kalkulacji dla poz. II Formularza oferty 2.1.1.a – Utrzymanie i remont urządzeń bezpieczeństwa ruchu, poz. III – Utrzymanie elementów korpusu drogi, poz. V – Utrzymanie znaków i elementów bezpieczeństwa ruchu, poz. VI – Odwodnienie, poz. VII – Zieleń, poz. IX – Bieżące utrzymanie czystości obiektów mostowych, oraz Roboty konserwacyjne. W przekonaniu Zamawiającego Odwołujący poprzestał na „prostym rozbieciu ceny” (wymaganym przez Zamawiającego w treści wezwania) i nie przedstawił „w zasadzie jakichkolwiek wyjaśnień”.

103. Tak przyjęta przez Zamawiającego konkluzja prowadzi Odwołującego do wniosku, że

Zamawiający nie zapoznał się wystarczająco starannie z wyjaśnieniami Odwołującego, skoro po analizie wskazanych wyżej pozycji wychodzi z założenia, że Odwołujący nie przedstawił żadnych dodatkowych informacji (założeń do kalkulacji). Spostrzec bowiem należy, że do każdej pozycji rozliczeniowej Odwołujący przedstawił dodatkowe wyjaśnienia. Zdecydowana większość poparta była dodatkowo dowodami w postaci ofert podwykonawców, którzy wycenili konkretny zakres prac i to na podstawie tej wyceny Odwołujący przedstawiał rozliczenia i wyjaśnienia. Nie można przy tym twierdzić, że wyjaśnienia te były ogólnikowe czy też lakoniczne. Uwzględniały w swojej treści wskazany przez Zamawiającego wymóg rozbicia cenowego na poszczególne elementy, ale zawierały też dodatkowe wyjaśnienie/założenia. Poniżej Odwołujący przedstawia tytułem przykładu kilka pozycji z odpowiednimi wyjaśnieniami: (...)

106. Tym samym, czynność wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp (podczas gdy oferta ta nie nosiła znamion oferty z rażąco niską ceną) podważa rzetelność, prawidłowość działań Zamawiającego, ale przede wszystkim podważa zaufanie co do przejrzystości Postępowania, jego prawidłowości i rzetelności oraz przestrzegania przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców. Przebieg opisanych powyżej czynności podjętych w Postępowaniu przez Zamawiającego dowodzi ich wielopłaszczyznowej wadliwości. Zamawiający zdecydował się na podjęcie drastycznej decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego z Postępowania, wskazał dwie niezależne podstawy jej odrzucenia, a jednocześnie nie zachował minimalnych standardów wymaganych dla każdej z tych podstaw.”

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego z postępowania,
- 2) dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Pismem z dnia 04.11.2021 r. wykonawca L. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą L. K. Firma Usługowo Handlowo Produkcyjna, Zielonka 64, 36-130 Raniżów (dalej: „przystępujący”), zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 24.11.2021 r. zamawiający przekazał odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie. Pismem z dnia 23.11.2021 r. przystępujący przedstawił również swoją argumentację w sprawie.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie wraz ze wszystkimi elementami z podziałem na dwie części: część nr 1 - rejon w Rzeszowie OUA Dębica oraz część nr 2 - rejon w Krośnie. Niniejsze postępowanie odwoławcze dotyczy części nr 1.

Wartość szacunkowa zamówienia w części nr 1 wynosi 91.745.802,47 zł netto, co stanowi 112.847.337,04 zł brutto, a po uwzględnieniu okoliczności następujących po wszczęciu postępowania - 113 598 486,16 zł brutto. Średnia arytmetyczna ofert w części nr 1 wyniosła 79.711.451,60 zł brutto. Odwołujący złożył ofertę z ceną 105.896.037,49 zł brutto. Oznacza to, że cena oferty odwołującego jest o ok. 7% niższa od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT oraz o ok. 33% wyższa od średniej arytmetycznej ofert.

W pkt 14.5. siwz zamawiający wskazał, że ofertę stanowi wypełniony Formularz „Oferta” oraz niżej wymienione wypełnione dokumenty dla części nr 1:

Formularz 2.1. Formularz cenowy - zestawienie zbiorcze,

Formularz cenowy 2. 1.a Formularz cenowy - utrzymanie rutynowe (BUD, ZUD i BUM),

Formularz cenowy 2.1.b Formularz Cenowy - utrzymanie strukturalne - BUD i BUM.

W pkt 15.1. siwz zamawiający wskazał, że cena oferty winna obejmować całkowity koszt wykonania zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu zamówienia określone w siwz, a w tym koszty bezpośrednie (robocizny, materiałów, sprzętu), koszty pośrednie, podatki zgodnie z obowiązującym prawem, koszty zatrudnienia na podstawie umów o pracę, inne podobnego rodzaju obciążenia, koszty organizacji robót, opłaty za zajęcie pasa drogowego, oraz wszelkie ryzyka i zysk Wykonawcy.

W § 4 ust. 1 i 2 projektu umowy zamawiający wskazał:

1. Wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu Umowy określonego w § 1 strony ustalają zgodnie z ofertą Wykonawcy na kwotę:

cena umowna netto:zł,

podatek VAT 23 %:zł,

cena umowna bruttozł.

Cena umowna brutto słownie: złotych .../100, w tym:

- 1) wynagrodzenie za wykonywanie Robót i Usług o charakterze rutynowym, o których mowa w OPZ, część B, Słownik pkt 8, ustalone w postaci Miesięcznego Wynagrodzenia Cyklicznego (E) obliczonego zgodnie z OPZ
- 2) wynagrodzenie za wykonywanie Robót i Usług o charakterze strukturalnym, o których mowa w OPZ, część B, Słownik pkt 9, ustalone na podstawie obmiaru zleconych,

wykonanych i odebranych robót lub usług.

2. Maksymalne wynagrodzenie za wykonanie Robót i Usług o charakterze strukturalnym, o których mowa w OPZ, część B, Słownik pkt 9, obejmuje również wynagrodzenie za roboty polegające na naprawie/wymianie uszkodzonych elementów Drogi/zaplecza technicznego przekazanych w utrzymanie, których uszkodzenie, zniszczenie lub utrata powstały w związku z zaistnieniem zdarzeń losowych, wypadków komunikacyjnych, kradzieży i aktów wandalizmu do wysokości rocznego limitu na szkody.

Roczny Limit na szkody brutto dla części nr 1 wynosi 656 165 zł.

Roczny Limit na szkody brutto dla części nr 2 wynosi 513 194 zł.

Pismem z dnia 01.03.2021 r. zamawiający poinformował, że w części nr 1 postępowania uznał za najkorzystniejszą ofertę przystępującego. Na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta odwołującego. Zamawiający poinformował też o odrzuceniu czterech pozostałych ofert.

Wszyscy czterej wykonawcy, których oferty zostały odrzucone, wnieśli odwołania. Ponadto odwołujący (konsorcjum: Autostrada Mazowiecka sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A.) wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu zaniechanie wezwania przystępującego (wykonawcy L. K.) do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny jego oferty. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła m.in. odwołanie o sygn. akt KIO 780/21 i nakazała zamawiającemu unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w części nr 1 oraz wezwać wykonawcę L. K. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 02.07.2021 r. zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części nr 1 postępowania.

Pismami z dnia 06.07.2021 r., na podstawie art. 87 ust. 1 i art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wezwał odwołującego i przystępującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie cen ich ofert. W piśmie skierowanym do odwołującego zamawiający:

1) wskazał, że jego wątpliwości budzi w szczególności:

Grupa II. poz. 7 „Utrzymanie barier ochronnych (U14a, U14b,U14d),

Grupa V. poz. 4 Mycie barier ochronnych,

Grupa V. poz. 5 Mycie ekranów akustycznych, osłon przeciwchlapaniowych i osłon energochłonnych,

Grupa IX. poz. 5 Utrzymanie czystości „Utrzymanie czystości oraz estetyki na pozostałych odcinkach dróg w szczególności zbieranie zanieczyszczeń organicznych i nieorganicznych z pasa drogowego drogi krajowej wraz z utylizacją”,

Grupa XI. Poz. (I) Bieżące utrzymanie czystości obiektów mostowych.

Wskazane pozycje są w ofercie wykonawcy wycenione na poziomie istotnie niższym niż ustalone przez zamawiającego w szacunkowych kalkulacjach wartości zamówienia;

- 2) przytoczył okoliczności z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp;
- 3) poprosił o wyjaśnienie, czy przedmiot zamówienia został wyceniony zgodnie z siwz oraz potwierdzenie, że zaproponowana w ofercie cena jest realna, a także o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności wyjaśnienia kwestii ujęcia w cenie oferty wszystkich kosztów towarzyszących wykonywaniu przedmiotu zamówienia, wraz z podaniem ich wartości;
- 4) poprosił o wyjaśnienie kwestii ujęcia w cenie oferty wszystkich kosztów towarzyszących wykonywaniu przedmiotu zamówienia, w rozbiciu na poszczególne pozycje formularzy cenowych 2.1.1, 2.1.a, 2.1.b, z wyszczególnieniem kosztów robocizny, sprzętu i materiałów, kosztów pośrednich, zysku i innych kosztów mających wpływ na wycenę poszczególnych pozycji. Przedmiotowe koszty należało wyszczególnić z odpowiednim przyporządkowaniem do poszczególnych pozycji w załączonych do niniejszego wezwania formularzach cenowych 2.1.1, 2.1.1.a, 2.1.1.b;
- 5) poprosił o przedstawienie odnośnie do każdej pozycji załączonych formularzy 2.1.1, 2.1.1.a, 2.1.1.b opisu, jakie zakresy i jakie działania założył wykonawca w ramach realizacji danej pozycji. Wyjaśnienia/opis działań i innych okoliczności związanych z realizacją tejże pozycji zawrzeć należało w sposób zwięzły i konkretny w części opisowej wyjaśnień;
- 6) poprosił o jednoznacznie wskazanie w części opisowej dla każdej pozycji załączonych formularzy, czy wszystkie koszty dotyczące danej pozycji zostały ujęte w cenie przypisanej tej pozycji. W przypadku, gdy zostały one przeniesione, należało wskazać pozycje, w których dane koszty zostały ujęte oraz wysokość kwoty, która została do danej pozycji przeniesiona;
- 7) poprosił o szczegółowe wyjaśnienie, jakie obiektywne czynniki spowodowały obniżenie ceny oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena została obniżona, jednocześnie wykonawca powinien wykazać jakie indywidualne możliwości i okoliczności, dostępne i właściwe tylko dla wykonawcy przy realizacji tego zamówienia, umożliwiły obniżenie ceny oferty;
- 8) zwrócił się o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów składowych oferty mających wpływ na wysokość wyceny, w szczególności wskazania argumentów potwierdzających realność, opłacalność i rynkowość dokonanej wyceny,
- 9) poprosił o przesłanie jednoznacznych i precyzyjnych informacji oraz dowodów co najmniej w kwestiach wskazanych powyżej, ale także innych, które wykonawca uznaje za istotne,

na temat sposobu obliczenia ceny zamówienia, których zamawiający nie wymienił powyżej m.in. zaangażowanie osobowe, rzeczowe, sprzętowe i finansowe i związane z tym niezbędne do poniesienia koszty a także zakładany poziom zysku.

Pismem z dnia 08.07.201 r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego m.in. o potwierdzenie sposobu rozumienia przez niego treści wezwania.

Pismem z dnia 12.07.2021 r. zamawiający wskazał: „Zamawiający podtrzymuje, że należy wskazać wszystkie koszty towarzysząc wykonaniu przedmiotu zamówienia, w rozbiciu na wszystkie poszczególne pozycje formularzy cenowych 2.1, 2.1.a, 2.1.b z wyszczególnieniem kosztów robocizny, sprzętu i materiałów, kosztów pośrednich, zysku i innych kosztów mających wpływ na wycenę poszczególnych pozycji. Przedmiotowe koszty należy wyszczególnić z odpowiednim przyporządkowaniem do wszystkich poszczególnych pozycji w załączonych do pisma kierowanego do Wykonawców formularzach cenowych 2.1.1, 2.1.1a, 2.1.1b. Wyjaśnienia/opis działań i innych okoliczności związanych z realizacją wszystkich pozycji należy zawrzeć w sposób zwięzły i konkretny w części opisowej wyjaśnień.

Wyszczególnione w przesłanym przez Zamawiającego wezwaniu pozycje zostały podane jako przykład zniżenia ceny w ofercie Wykonawcy. Zamawiający kładzie szczególny nacisk na ww. pozycje z uwagi na to, że zniżenia z nimi związane mają znaczący wpływ na ostateczną cenę zamówienia, tym niemniej liczne zniżenia cen jednostkowych występują również w innych pozycjach oferty Wykonawcy, dlatego Zamawiający wnioskuje o wyczerpujące uzasadnienie wszystkich cen jednostkowych.

W związku z powyższym Zamawiający informuje, że podtrzymuje wezwanie i wymagania zawarte w piśmie znak O.RZ.D-3.2413.10.2020 z dnia 06.07.2021r.”

Pismem z dnia 06.08.2021 r. odwołujący złożył wyjaśnienia, a większość załączników do tych wyjaśnień zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 12.10.2021 r. zamawiający odtajnił załączniki do pisma z dnia 06.08.2021 r. zastrzeżone przez odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa, z wyłączeniem firm i danych pozwalających zidentyfikować kontrahentów odwołującego.

Pismem z dnia 22.10.2021 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej, a także o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Uzasadniając odrzucenie oferty zamawiający powołał się na zapadły w niniejszym postępowaniu wyrok o sygn. akt KIO 1881/20 i KIO 2053/20 i wskazał w szczególności:

„(...) Zamawiający stwierdził, że oferowane ceny jednostkowe budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ i wskazują na stosowanie podczas wyceny tzw. „inżynierii cenowej” tj. przesunięcia kosztów pomiędzy różnymi pozycjami formularza cenowego, co może wpłynąć na nieprawidłowości w realizacji zamówienia. (...)

W razie więc uszkodzenia elementów Drogi w wyniku zdarzeń losowych, wypadków komunikacyjnych, kradzieży i aktów wandalizmu naprawa lub wymiana uszkodzonych elementów Drogi, do wskazanego powyżej limitu, następuje „z wynagrodzenia” za wykonanie Robót i Usług o charakterze strukturalnym. Natomiast po wyczerpaniu limitu rocznego koszty tych napraw lub wymian wykonawca ponosi z wynagrodzenia za wykonywanie Robót i Usług o charakterze rutynowym, przy czym koszty te wykonawca powinien uwzględnić w kosztach utrzymania poszczególnych elementów.

Zamawiający w Formularzu cenowym (2.1.a.) dodatkowo wyodrębnił pozycję VII usuwanie skutków zdarzeń losowych, w ramach której należy wykonywać prace utrzymaniowe (prace porządkowe) będące wynikiem zdarzeń losowych inne niż związane z wymianą lub naprawą uszkodzonych elementów Drogi. (...) Pozycja ta, co wynika z jej jednoznacznego opisu, nie obejmuje prac naprawczych elementów infrastruktury drogowej, nawet jeśli konieczność wykonania tych napraw jest skutkiem zdarzeń losowych, bowiem koszty z tym związane zgodnie z zapisem cz. B.I pkt 3.2. OPZ należało uwzględnić w kosztach utrzymania poszczególnych elementów Drogi. (...)

Wykonawca, wbrew jednoznacznie brzmiącym zapisom SIWZ, ujął w innych pozycjach rozliczeniowych niż wymagały tego zapisy SIWZ. Ujął je mianowicie w poz. VII Formularza cenowego w sytuacji, gdy do wysokości limitu koszty tych napraw i wymian będą pokrywane z wynagrodzenia za wykonania Robót i Usług o charakterze strukturalnym (Formularz cenowy 2.1.b). zaś po przekroczeniu limitu z pozycji 11.7 i 11.8 Formularza cenowego 2.1.a. Taka „inżynieria cenowa” dodatkowo pozostaje sprzeczna z wytycznymi wynikającymi z pkt 5.5 i pkt 5.7 OPZ (...).

(...) W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca w pierwszej kolejności przedstawił pismo, które zatytułował jako pismo przewodnie. W piśmie tym na str. 5-7 Wykonawca w sposób bardzo ogólny wskazał na czynniki, które pozwoliły mu na zaoferowanie korzystnej ceny, w tym powołał się na fakt posiadania doświadczenia oraz wytwórni mieszanek mineralno - bitumicznych. Poza ogólnym powołaniem tych czynników, Wykonawca nie wskazał, w jaki sposób te konkretne czynniki przekładają się na cenę zaoferowaną w tym postępowaniu.

W tej części Wyjaśnień Wykonawca wskazał również dodatkowo, że (cyt.:.): „przygotowując ofertę przyjęto stawkę roboczogodziny w wysokości 23,00 zł, która jest

wyższa od stawki najniższego wynagrodzenia na rok 2021r.” Z wyjaśnień wynika, że taka sama stawka została przyjęta dla prac wykonywanych w porze dziennej, jak i w porze nocnej. Już w tym miejscu należy zasignalizować, że rolą wykonawcy jest nie tylko wykazanie, że przyjęty przez niego koszt roboczogodziny pracy został ustalony z poszanowaniem przepisów odnoszących się do wynagrodzenia/stawki minimalnej, ale również, że jest to koszt, jaki rzeczywiście dany wykonawca będzie ponosił. Przy uwzględnieniu dodatków za pracę w godzinach nocnych stawka przyjęta przez Wykonawcę jest wyższa od najniższego wynagrodzenia, jednak niewiele. Wykonawca nie przedstawił jakichkolwiek dowodów na to, że jest w stanie za takie wynagrodzenie, niewiele niższe od wynagrodzenia minimalnego zatrudnić pracowników niezbędnych do realizacji zamówienia, w tym pracowników posiadających stosowne kwalifikacje.

Informacje dotyczące samej kalkulacji ceny Wykonawca zawarł natomiast w zał. 2 do Wyjaśnień — kalkulacje szczegółowe.

Analiza tego dokumentu prowadzi do wniosku, że Wykonawca wyłącznie w odniesieniu do części pozycji rozliczeniowych, w tym związanych z wykonywaniem robót budowlanych, (poz. I Formularza ofertowego 2.1.1.a, poz. IV.1 - IV.4, IV. 11- 13, IX i X tego formularza oraz dla kilku pozycji rozliczeniowych Formularza ofertowego 2.1.1.b.) wskazał informacje odnoszące się do przyjętego przez niego sposobu kalkulacji ceny ofertowej, tj. poza prostym rozbiem ceny za element/ceny jednostkowej na koszty robocizny, sprzętu, materiałów, inne koszty, koszty pośrednie i zysk, wskazał, jakie przyjął założenia do wyliczenia tych pozycji (ilość roboczogodzin pracy, rodzaj wykorzystywanych sprzętów i stawka za godzinę ich pracy, ceny i rodzaje założonych do wykorzystania materiałów). (...) W pozostałych pozycjach, w szczególności pozycjach odnoszących się do dużej części prac składających się na rutynowe utrzymanie, Wykonawca poprzestał na wklejeniu do tej części Wyjaśnień odpowiednich zapisów OPZ (zapisów odnoszących się do wyjaśnianej pozycji) oraz podaniu prostego rozbitcia ceny podanej w ofercie na koszty robocizny, sprzętu, materiałów, inne koszty, koszty pośrednie i zysk. W wyjaśnieniach Wykonawcy nie sposób przy tym odszukać jakichkolwiek informacji odnośnie tego, w jaki sposób Wykonawca oszacował koszty robocizny, sprzętu i materiałów dla danej pozycji, według jakich zasad i z uwzględnieniem jakich czynników dokonał rozbitcia ceny za element/ceny jednostkowej na te składowe. Z wyjaśnień nie wynika również, jaki zakres prac Wykonawca przyjął do wykonania w danej pozycji rozliczeniowej (tam, gdzie ilość ta nie wynika z OPZ, a winna być oszacowana przez Wykonawcę), jaka jest zakładana czasochłonność tych prac, ilu ludzi, jaki sprzęt i materiały Wykonawca zamierza wykorzystać itd. (...).

Zamawiający podkreśla, że uzasadnieniem dla przedstawienia tak ogólnych informacji nie może być to, że do Wyjaśnień Wykonawca równocześnie załączył dla tych

zakresów wyjaśnianych pozycji rozliczeniowych oferty otrzymane od podwykonawców. Jeśli bowiem sięgniemy do ofert podwykonawców, okazuje się, że stopień ich ogólności jest równie duży jak stopień wyjaśnień samego Wykonawcy. (...) Zamawiający zaznacza, że nie może stosować na etapie oceny wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp różnej miary staranności względem wykonawców realizujących dany zakres prac samodzielnie i wykonawców realizujących go z wykorzystaniem podwykonawców, tylko od tych pierwszych wymagając podania założeń do kalkulacji (szczegółowych informacji odnośnie tego, w jaki sposób i przy jakich założeniach zostały ustalone poszczególne koszty wykonywania prac). Stosowanie różnych standardów mogłoby prowadzić do takiej sytuacji, że wykonawcy korzystający z podwykonawstwa w dużym zakresie (a więc tacy, jak Wykonawca) właściwie byłiby zwolnieni z obowiązku przedstawienia rzetelnych i możliwych do zweryfikowania wyjaśnień ceny. (...)

Wykonawca przedstawił natomiast bardziej szczegółowe wyjaśnienia wyłącznie dla niewielkiej części pozycji rozliczeniowych, w przeważającej liczbie przypadków pozostając przy prostym rozbiciu ceny za element/ceny jednostkowej na podstawowe składowe. W szczególności Wykonawca nie przedstawił żadnych dodatkowych informacji (założeń do kalkulacji) dla poz. II Formularza oferty 2.1.1.a - Utrzymanie i remont urządzeń bezpieczeństwa ruchu (7 200 845,75), poz. III tego Formularza - Utrzymanie elementów korpusu drogi (727 822,80 zł), poz. V tego Formularza - Utrzymanie znaków i elementów bezpieczeństwa ruchu (2 650 153,68 zł), poz. VI tego Formularza - Odwodnienie (3 897 342,12 zł), poz. VII tego Formularza - Zieleń (10 204 918,79 zł), poz. XI - Bieżące utrzymanie czystości obiektów mostowych (827 218,45 zł), Roboty konserwacyjne (2 072 257,20 zł) i wielu innych z tego Formularza ofertowego. Podobnie jest z cenami jednostkowymi podanymi w Formularzu ofertowym 2.1.1.b — tu Wykonawca podał jakiegokolwiek założenia do wyliczenia wyłącznie sześciu pozycji rozliczeniowych, co oznacza, że dla pozostałych pozycji o wartości przekraczających 16 mln zł brak jest w zasadzie jakichkolwiek wyjaśnień. (...)"

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020 ze zm.) do postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Natomiast stosownie do art. 92 ust. 2 powołanej ustawy do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do

sądu wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.). W związku z tym Izba rozpoznała odwołanie stosując w zakresie procedury odwoławczej przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą nPzp”, natomiast do oceny zarzutów odwołania - przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy nPzp.

Ponadto Izba ustaliła, że w przedmiotowym postępowaniu oferta przystępującego została uznana za najkorzystniejszą, natomiast oferta odwołującego znalazła się na drugim miejscu w rankingu ofert. W dniu 22.10.2021 r. zamawiający poinformował nie tylko o odrzuceniu oferty odwołującego, ale także o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej. Tymczasem odwołujący podniósł w odwołaniu zarzuty dotyczące wyłącznie odrzucenia jego oferty, natomiast nie podniósł zarzutów dotyczących wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej. Tym samym wybór najkorzystniejszej oferty stał się ostateczny, co oznacza, że ewentualne uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, nie miałyby wpływu na wynik postępowania. Zgodnie natomiast z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy nPzp, Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W świetle powyższego, odwołanie podlega oddaleniu ze względu na brak wpływu ewentualnie stwierdzonych naruszeń dotyczących oferty odwołującego, na wynik postępowania, tj. na ostateczny wybór jako najkorzystniejszej oferty przystępującego.

Dodatkowo należy zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy nPzp, środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Skoro, jak wskazano już wyżej, odwołujący nie zakwestionował wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej, nie można uznać, że posiada interes we wniesieniu odwołania. W szczególności nie podnosząc zarzutów wobec oferty przystępującego, odwołujący nie wykazał interesu w uzyskaniu zamówienia i nie wykazał, że może ponieść szkodę w wyniku

naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Wskazane przez odwołującego naruszenia dotyczą bowiem wyłącznie odrzucenia jego oferty, zatem nawet ewentualne uwzględnienie odwołania w tym zakresie, nie mogłoby doprowadzić do nakazania przez Izbę unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Żaden zarzut odwołania nie dotyczy bowiem oferty przystępującego wybranej jako najkorzystniejsza. W konsekwencji, nawet ewentualne uznanie przez Izbę, że zamawiający dopuścił się naruszeń odrzucając ofertę odwołującego, nie spowoduje, że odwołujący dostanie szansę na uzyskanie zamówienia oraz że poniesie jakąkolwiek szkodę, skoro utrzymany zostanie wybór najkorzystniejszej oferty.

Nie ma przy tym znaczenia wskazany przez odwołującego fakt, że zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty przed rozpoznaniem odwołania w sprawie KIO 3130/21 dotyczącej odtajnienia dokumentów zastrzeżonych przez przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa. Tym samym nieprawidłowe jest też stanowisko odwołującego, zgodnie z którym: „zakwestionowanie oferty zakwalifikowanej na pierwszym miejscu będzie możliwe po odtajnieniu dokumentów złożonych w zakresie rażąco niskiej ceny – na obecnym etapie Odwołujący oczekuje na odtajnienie dokumentów, co nastąpi po rozpatrzeniu odwołania, w którym wykonawca z pierwszego miejsca kwestionuje wyrażony przez Zamawiającego zamiar w zakresie odtajnienia dokumentów”. Jak wskazano już wyżej, wybór oferty przystępującego, wobec braku wskazania w odwołaniu zarzutów jej dotyczących, stał się ostateczny. Izba, nawet w razie ewentualnego stwierdzenia wadliwości odrzucenia oferty odwołującego, nie mogłaby nakazać zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, skoro żadne zarzuty odwołania się do tej oferty nie odnoszą. Oznacza to, że w wyniku rozpoznania niniejszego odwołania zamawiający nie miałby obowiązku wrócić do etapu badania ofert, w ramach którego udostępniłby odwołującemu odtajnione dokumenty przystępującego. Tym samym niezasadne jest stanowisko odwołującego, zgodnie z którym dopiero od czynności udostępnienia mu odtajnionych dokumentów zacznie biec termin na ewentualne wniesienie przez niego odwołania, w którym zakwestionowałby on prawidłowość oferty przystępującego. Termin na wniesienie odwołania od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty biegnie w niniejszej sprawie od dnia 22.10.2021 r., kiedy to zamawiający poinformował m.in. o wyborze oferty przystępującego. Zatem w celu wykazania interesu we wniesieniu odwołania, odwołujący powinien był w tym terminie, oprócz czynności odrzucenia swojej oferty, kwestionować wybór jako najkorzystniejszej oferty przystępującego. Niepodniesienie zarzutów dotyczących oferty przystępującego uznanej za najkorzystniejszą i zakwestionowanie w odwołaniu wyłącznie zasadności odrzucenia własnej oferty sklasyfikowanej na drugim miejscu w rankingu ofert, skutkuje koniecznością stwierdzenia, że odwołujący nie wykazał interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody z uwagi na wskazane w odwołaniu

naruszenia ustawy Pzp.

W świetle powyższych ustaleń oraz w świetle przepisów art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy nPzp i art. 505 ust. 1 ustawy nPzp odwołanie podlega oddaleniu.

Niezależnie od powyższego Izba postanowiła odnieść się także do zarzutów merytorycznych podniesionych w odwołaniu. W związku z tym w pierwszej kolejności należy przytoczyć przepisy ustawy Pzp mające zastosowanie w sprawie.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści siwz, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- 1) 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 albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265),
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów,
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie,
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska,
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, zaś 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. Ponadto zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty odwołującego z powodu jej

niezgodności z siwz, w pierwszej kolejności należy wskazać, co wynika z treści siwz. Przede wszystkim należy zauważyć, że zgodnie z pkt 5.5. i 5.7. OPZ, wykonawca powinien ująć w formularzu cenowym w oferowanej „Wartości jednostkowej netto miesięcznego cyklicznego wynagrodzenia za utrzymanie elementu zgodnie z wymaganiami OPZ” wszelkie koszty związane z wykonaniem zamówienia. Ponadto, zgodnie z § 4 ust. 2 projektu umowy, maksymalne wynagrodzenie za wykonanie Robót i Usług o charakterze strukturalnym, o których mowa w OPZ, część B, Słownik pkt 9, obejmuje również wynagrodzenie za roboty polegające na naprawie/wymianie uszkodzonych elementów Drogi/zaplecza technicznego przekazanych w utrzymanie, których uszkodzenie, zniszczenie lub utrata powstały w związku z zaistnieniem zdarzeń losowych, wypadków komunikacyjnych, kradzieży i aktów wandalizmu do wysokości rocznego limitu na szkodę, przy czym roczny limit na szkody brutto dla części nr 1 wynosi 656 165 zł. Z kolei zgodnie z OPZ, cz. B.I pkt 3.2. Tom III, po wyczerpaniu ustanowionego w umowie limitu na szkody w urządzeniach BRD, koszty usuwania szkód wyrządzonych przez nieznaną sprawców w czasie realizacji usług i robót objętych umową ponad wysokość rocznego limitu na szkody wykonawca winien uwzględnić w kosztach utrzymania poszczególnych elementów. Oznacza to, że koszty naprawy/wymiany elementów drogi wynikających ze zdarzeń losowych, wypadków, wandalizmu, kradzieży, do wyczerpania ww. limitu są pokrywane z wynagrodzenia o charakterze strukturalnym, natomiast po wyczerpaniu tego limitu będą pokrywane z wynagrodzenia o charakterze rutynowym, przy czym wykonawca powinien je uwzględnić w kosztach utrzymania poszczególnych elementów. Jednocześnie z OPZ, cz. B.II. pkt 2.7. i pkt 2.8. wynika, że koszty wymiany/naprawy uszkodzonych barier lub osłon energochłonnych, powinny być uwzględnione w poz. II.7. i II.8. formularza cenowego 2.1.a. Dodatkowo należy zauważyć, że w OPZ cz. B.II pkt 7 wskazano zakres usług objętych pozycją VII formularza cenowego i są to usługi polegające na usuwaniu skutków zdarzeń losowych takich jak m.in. porzucone przedmioty, rozsypane i rozlane ładunki, żywe bądź martwe zwierzęta, drzewa, krzewy. Zakres usług objęty pozycją VII (prace porządkowe) nie jest więc tożsamy z zakresem usług z pozycji II.7 i II.8 formularza cenowego 2.1.a. (prace naprawcze).

Odwołujący w zał. 2 do wyjaśnień wskazał w pkt 46 i w pkt 51 na str. 18 i 20 koszty dotyczące poz. II.7 i II.8 formularza cenowego. Odwołujący wskazał, że:

- poz. II.7. - „W ramach realizacji tego zakresu, Wykonawca wycenił remont uzupełnienie lub wymianę zniszczonych lub uszkodzonych barier bądź ich elementy. Roboty będą wykonywane na bieżąco, w miarę zaistnienia potrzeby, zgodnie z zapisami STWiORB. Koszt wymiany barier w ramach wypadków i zdarzeń losowych został ujęty w grupie VII Usuwanie Skutków Zdarzeń Losowych w nieprzekraczalnej kwocie 656 165,00 zł brutto o której mowa w IPU zawartej w projekcie umowy oraz kompensatę kosztów napraw, który Wykonawca może dochodzić od sprawcy szkody lub ubezpieczyciela w ramach wystawionej przez

Zamawiającego cesji. Założono wymianę 2 600 m barier w ramach wspomnianej kwoty”.

- poz. II.8. – „Koszt wymiany osłon energochłonnych i zabezpieczających w ramach wypadków i zdarzeń losowych został ujęty w grupie VII Usuwanie Skutków Zdarzeń Losowych w nieprzekraczalnej kwocie 656 165,00 zł brutto o której mowa w IPU zawartej w projekcie umowy oraz kompensatę kosztów napraw, który Wykonawca może dochodzić. W ramach ww. kwoty założono 5 szt. Osłon”.

Z wyjaśnień odwołującego jednoznacznie wynika, że koszty, które powinien był on ująć w pozycjach II.7. i II.8. formularza cenowego, ujął w pozycji VII. Nie zmienia tego ogólna treść zdania pierwszego fragmentu odnoszącego się do poz. II.7., w którym mowa jest o dokonaniu wyceny remontu/uzupełnienia/wymiany zniszczonych barier w ramach tego zakresu, skoro w zdaniu trzecim odwołujący wyraźnie i jednoznacznie wskazał, że koszt tych prac ujął w poz. VII. Podobnie wymienienie w poz. II.8. zakresu prac podlegających wykonaniu nie zmienia faktu, że odwołujący jednoznacznie napisał, że koszt tej pozycji został ujęty w poz. VII. Nie jest także zasadna argumentacja odwołującego, zgodnie z którą koszty te zostały w poz. VII jedynie powielone w celu uwzględnienia dodatkowego ryzyka. W przytoczonych wyżej wyjaśnieniach odwołującego nie ma mowy o żadnym dodatkowym ryzyku, tylko o kosztach jako takich. Odwołujący nie może natomiast na etapie postępowania odwoławczego zmieniać swoich wcześniejszych wyjaśnień i nadawać im nowe brzmienie. Ponadto w myśl pkt 5.5. i 5.7. OPZ wykonawcy zobowiązani byli ująć w danej pozycji wszystkie koszty związane z realizacją prac objętych tą pozycją. Wycena dodatkowego ryzyka w innej pozycji również musiałaby być zatem uznana za niezgodną z siwz.

W świetle powyższego, skoro ze wskazanych wyżej postanowień siwz wynika, że ww. koszty powinny być uwzględnione w poz. II.7. i II.8., zaś odwołujący ujął je w poz. VII formularza cenowego, należy stwierdzić, że oferta odwołującego jest niezgodna z siwz. Oznacza to, że zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, odrzucając ofertę odwołującego. Dlatego odwołanie w zakresie ww. zarzutu podlegało oddaleniu.

Odnosząc się natomiast do zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że w niniejszej sprawie nie zachodzi sytuacja, w której wezwanie do wyjaśnień, zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, byłoby obligatoryjne. Cena oferty odwołującego jest bowiem o ok. 7 % niższa od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT oraz o ok. 33 % wyższa od średniej arytmetycznej złożonych ofert. Tym samym cena ta nie jest niższa o co najmniej 30% od ww. wskaźników. Powyższe nie oznacza, że zamawiający nie ma prawa wezwać wykonawcy do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Zamawiający może to zrobić zawsze, gdy cena oferty lub koszt lub ich istotne części składowe, wydają mu się rażąco

niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w siwz lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Należy także stwierdzić, że zamawiający mogą sformułować wezwanie do wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny w sposób szczegółowy i zadać wykonawcy pytania dotyczące konkretnych kosztów czy okoliczności wpływających na cenę oferty, co z pewnością ułatwia wykonawcy przygotowanie wyjaśnień, a następnie zamawiającemu - ich ocenę. Jednocześnie jednak przepisy ustawy Pzp nie wyłączają możliwości sformułowania wezwania w sposób ogólny, np. poprzez ograniczenie się do przytoczenia treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jednakże zamawiający powinni wówczas liczyć się z tym, że wykonawca może nie uznawać za istotne tych samych kosztów, czy okoliczności, które uznaje za istotne dany zamawiający i w konsekwencji jego wyjaśnienia w zakresie określonych informacji mogą nie być dla danego zamawiającego wystarczające. Jest to sytuacja, która w konkretnych okolicznościach faktycznych, może uzasadniać ponowne wezwanie wykonawcy do wyjaśnień ze wskazaniem tym razem, co konkretnie w dalszym ciągu budzi wątpliwości danego zamawiającego.

W przedmiotowej sprawie należy zwrócić uwagę, że wezwanie skierowane do odwołującego zawierało wskazanie szeregu szczegółowych kwestii, których wyjaśnienia żądał zamawiający (np. konkretne pięć pozycji w formularzach cenowych), jak też wskazanie w sposób bardziej ogólny oczekiwań zamawiającego (np. przez przytoczenie treści punktów 1-5 z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp). Należy zatem dokonać oceny wyjaśnień odwołującego w sprawie ceny jego oferty w świetle treści wezwania, jakie sformułował zamawiający.

W związku z powyższym nie można zgodzić się z zamawiającym, że w wyjaśnieniach odwołującego brakuje „dowodów na to, że jest w stanie za takie wynagrodzenie, niewiele niższe od wynagrodzenia minimalnego zatrudnić pracowników niezbędnych do realizacji zamówienia, w tym pracowników posiadających stosowne kwalifikacje”. W zakresie kosztów robocizny zamawiający ograniczył się w treści wezwania do przytoczenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, co oznacza, że zgodnie z tym przepisem wymagał wskazania kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej ustalonych na podstawie przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp). Zgodnie z tym wezwaniem odwołujący podał w wyjaśnieniach stawkę „roboczegodziny w wysokości 23,00 zł, która jest wyższa od stawki najniższego wynagrodzenia na rok 2021 r.” Izba zgadza się z zamawiającym, że dla wykazania realności ceny oferty, tj. prawidłowej jej kalkulacji z uwzględnieniem wszystkich rzeczywistych kosztów, jakie będzie musiał ponieść wykonawca, powyższa informacja jest niewystarczająca, niemniej jednak w zakresie kosztów robocizny zamawiający o nic więcej nie pytał. Jest to zatem sytuacja, w której zasadne

byłoby ewentualne ponowne wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie kosztów robocizny, zanim zamawiający ocenił cenę oferty jako rażąco niską.

Podobnie należy zauważyć, że na str. 3 wezwania do złożenia wyjaśnień zamawiający żądał wyjaśnienia kwestii ujęcia w cenie oferty wszystkich kosztów towarzyszących wykonywaniu przedmiotu zamówienia w rozbiciu na poszczególne pozycje formularzy cenowych, z wyszczególnieniem kosztów robocizny, sprzętu i materiałów, kosztów pośrednich, zysku i innych kosztów mających wpływ na wycenę poszczególnych pozycji. Zamawiający wyraźnie więc wymagał rozbicia cenowego na wyżej wskazane koszty, co powtórzył także w piśmie z dnia 12.07.2021 r. odpowiadając na wątpliwości odwołującego co do treści wezwania i wymieniając te same rodzaje kosztów. Wobec powyższego odwołujący wskazał w załączniku nr 2 do wyjaśnień rozbicie cenowe z wyodrębnieniem tych właśnie kosztów, w formie tabelki dla każdej pozycji z formularzy cenowych. W świetle powyższego nie można zgodzić się ze stanowiskiem zamawiającego, który odrzucając ofertę odwołującego zarzucił, że odwołujący dokonał w większości pozycji jedynie „prostego” rozbicia ceny na koszty robocizny, sprzętu, materiałów, inne koszty, koszty pośrednie i zysk. Takiego właśnie rozbicia ceny zamawiający żądał bowiem w wezwaniu do złożenia wyjaśnień, więc wyjaśnienia odwołującego były zgodne z tymże wymaganiem. Jeżeli, w ocenie zamawiającego, rozbicie ceny na ww. koszty nie jest jednak wystarczające w stosunku do wszystkich lub części pozycji (w tym pozycji wymienionych na str. 14 pisma z dnia 22.10.2021 r.), zasadne byłoby ewentualne ponowne wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie ze skonkretyzowaniem oczekiwań zamawiającego, nie zaś odrzucanie jego oferty.

Pozostaje do zbadania kwestia, jaki stopień szczegółowości wyjaśnień jest wystarczający do oceny realności ceny oferty. Z pewnością nie jest możliwe ustalenie tego w sposób abstrakcyjny w oderwaniu od okoliczności faktycznych konkretnej sprawy. Oceniając zatem okoliczności niniejszej sprawy, należy zauważyć, że udzielając wyjaśnień odwołujący podał informacje, których zamawiający wprost żądał w wezwaniu, odniósł się do pięciu pozycji wskazanych w wezwaniu, dokonał rozbicia cenowego każdej pozycji na koszty wskazane przez zamawiającego, opisał, jakie zakresy i jakie działania założył w ramach realizacji danej pozycji poprzez przytoczenie odpowiednich postanowień OPZ, dołączył oferty dostawców i podwykonawców w celu potwierdzenia zaofferowanych cen. Nie można przy tym uznać, że samo wskazanie zakresu prac jako „zgodnie z siwz” (przypadek innego wykonawcy) jest tym samym, co przytoczenie konkretnych postanowień siwz przez odwołującego. Ograniczenie się do sformułowania „zgodnie z siwz” stawia pod znakiem zapytania, czy wykonawca stosujący takie sformułowanie rzeczywiście zdaje sobie sprawę, co wchodzi w zakres zamówienia, natomiast wskazanie konkretnych opisów działań wynikających z siwz jest bardziej wiarygodnym sposobem wykazania, że wykonawca

uwzględnia w swojej wycenie to, co jest objęte zamówieniem. W ocenie Izby nie można zatem uznać, że wyjaśnienia te są w całości lakoniczne i ogólne. Nawet jeśli ich treść nie pozwoliła na rozwianie wszystkich wątpliwości zamawiającego co do realności ceny oferty odwołującego, to jest to z pewnością treść wystarczająca do tego, żeby uznać, że dopuszczalne jest wezwanie wykonawcy do złożenia ewentualnych ponownych wyjaśnień. Nie ma natomiast podstaw do stwierdzenia, że odwołujący nie udzielił wyjaśnień lub że dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Nie można przy tym stracić z pola widzenia faktu, że jak już wcześniej wskazano, oferta odwołującego jest najdroższa spośród sześciu złożonych ofert, najbliższa kwocie, jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia (różnica ok. 7%) i wyższa o ok. 33% od średniej arytmetycznej złożonych ofert. Biorąc powyższe pod uwagę, nie sposób ocenić tej oferty jako zawierającej cenę rażąco niską. Dlatego też Izba stwierdziła, że zarzut dotyczący odrzucenia oferty odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny, jest zasadny.

Niemniej jednak, w świetle faktu, że wybór najkorzystniejszej oferty stał się ostateczny, odwołujący nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia, a jego oferta i tak podlega odrzuceniu z powodu niezgodności z siwz, naruszenie przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp nie może mieć wpływu na wynik postępowania. Dlatego też odwołanie w zakresie tego zarzutu podlegało oddaleniu.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy nPzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska stron i uczestnika przedstawione na rozprawie i w pismach procesowych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy nPzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) 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 powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodniczący

.....

.....