

WYROK

z dnia 29 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 grudnia 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Z. U. Sp. z o.o. z siedzibą w Makowie Mazowieckim, ul. Mazowiecka 16, 06-200 Maków Mazowiecki (lider konsorcjum), Abramss Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Świętokrzyska 30/63, 00-116 Warszawa (partner konsorcjum) i Poldeck Partners Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Ratuszowa 11/213, 03-450 Warszawa (partner konsorcjum)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z Warszawie, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa (prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy, ul. Fordońska 6, 85-085 Bydgoszcz)**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **BUDIStandard Sp. z o.o. z siedzibą w Oleśnicy, ul. Lwowska 31 lok. 101, 56-400 Oleśnica (lider konsorcjum), BADER- DROG Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w miejscowości Łubowo, Łubowo 25a, 62-260 Łubowo (partner konsorcjum) i T. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „B.” Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa T. B. z siedzibą w miejscowości Dalachów, Dalachów 354, 46-325 Rudniki (partner konsorcjum)** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Z. U. Sp. z o.o. z siedzibą w Makowie Mazowieckim, ul. Mazowiecka 16, 06-200 Maków Mazowiecki (lider konsorcjum), Abramss Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Świętokrzyska 30/63, 00-116 Warszawa (partner konsorcjum) i Poldeck Partners Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Ratuszowa 11/213, 03-450 Warszawa (partner konsorcjum) i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Z. Urbanowski Sp. z o.o. z siedzibą w Makowie Mazowieckim, ul. Mazowiecka 16, 06-200 Maków Mazowiecki (lider konsorcjum), Abramss Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Świętokrzyska 30/63, 00-116 Warszawa (partner konsorcjum) i Poldeck Partners Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Ratuszowa 11/213, 03-450 Warszawa (partner konsorcjum)** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Z. Urbanowski Sp. z o.o. z siedzibą w Makowie Mazowieckim, ul. Mazowiecka 16, 06-200 Maków Mazowiecki (lider konsorcjum), Abramss Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Świętokrzyska 30/63, 00-116 Warszawa (partner konsorcjum) i Poldeck Partners Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Ratuszowa 11/213, 03-450 Warszawa (partner konsorcjum)** na rzecz zamawiającego **Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z Warszawie, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa (prowadzącego postępowanie: Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy, ul. Fordońska 6, 85-085 Bydgoszcz)** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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 (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) 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

Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Catoroczne utrzymanie drogi ekspresowej S5 ode. Węzeł Bydgoszcz Północ (z węzłem) — węzeł Mieleszyn (bez węzła) od km 44+463 do km 130+894 oraz drogi ekspresowej SIOe ode. Węzeł Bydgoszcz Błonie (z węzłem) - węzeł Bydgoszcz Południe (z węzłem) od km 0+000 do km 8+ 704 zarządzanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy Rejon w Bydgoszczy”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 3 czerwca 2022 r. pod nr 2022/S 107-299488.

W dniu 12 grudnia 2022 r. (pismem z tej samej daty) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, tj. Z. U. Sp. z o.o. z siedzibą w Makowie Mazowieckim (lider konsorcjum) i Abramss Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (partner konsorcjum) i Poldeck Partners Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (partner konsorcjum), zwani dalej „Odwołującym”, wnieśli odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego dokonanych w ww. postępowaniu i naruszających ustawę Pzp, tj.:

1. zaniechania odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. BUDIa-Standard Sp. z o.o. z siedzibą w Oleśnicy (lider konsorcjum), BADER- DROG Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w miejscowości Łubowo (partner konsorcjum), T. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „B” Firma Produkcyjno-Handlowo-Uslugowa T. B. z siedzibą w miejscowości Dalachów (partner konsorcjum), zwanych dalej „konsorcjum BUDIa”, z uwagi na fakt, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,
 2. zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum BUDIa z uwagi na fakt, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
 3. zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum BUDIa, z uwagi na fakt, że złożone wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie uzasadniają podanej w ofercie ceny,
 4. wyboru oferty konsorcjum BUDIa jako najkorzystniejszej,
- zarzucając Zamawiającemu naruszenie:
1. art. 239 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp poprzez wybór oferty konsorcjum BUDIa pomimo, iż oferta podlegała odrzuceniu i jako taka nie mogła być uznana za najkorzystniejszą,

2. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum BUDiA, pomimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia wynikającymi z rozdziałem 17.3. SWZ dot. obowiązku uwzględnienia całkowitego kosztu wykonania danej pozycji w zakresie grupy prac IOb poz. 1.1. oraz rozdziałem 7. SST D-66.01.00, gdyż konsorcjum BUDiA nie uwzględniło faktu, że w zakresie prac polegających na usuwaniu śliskości istnieje obowiązek więcej niż jednokrotnego posypywania środkami do zwalczania śliskości,
3. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum BUDiA, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż w kalkulacji grupy prac IOb poz. 1.1., nie uwzględniło faktu, że w zakresie prac polegających na usuwaniu śliskości istnieje obowiązek więcej niż jednokrotnego posypywania środkami do zwalczania śliskości, w wyniku czego zaproponowała nierealną cenę istotnej części składowej, która nie dawała rękojmi należytego wykonania zamówienia i miała wpływ na cenę całkowitą, powodując jej rażąco niski poziom,
4. art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i przyjęcie, że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami uzasadniają podaną w ofercie cenę, pomimo że konsorcjum BUDiA nie wskazało jakie zakresy i jakie działania założyło Konsorcjum w zakresie grupy prac IOb poz. 1.1.

Odwołujący wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie

Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez konsorcjum BUDiA,
2. odrzucenia oferty konsorcjum BUDiA,
3. powtórzenie czynności oceny i badania ofert, bez udziału ofert konsorcjum BUDiA i powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł m.in., że Zamawiający skierował do konsorcjum BUDiA w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wezwanie do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z dowodami, w celu ustalenia czy zaoferowane ceny są rażąco niskie oraz czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ. Konsorcjum BUDiA w odpowiedzi na powyższe wezwanie, pismem z dnia 6 października 2022 r., złożyło wyjaśnienia wraz z uzupełnioną tabelą. Treść złożonych wyjaśnień wykonawca ograniczył do ogólnikowych sformułowań referujących do dotychczasowego doświadczenia, posiadania sprawdzonych dostawców, współpracy z podwykonawcami. Konsorcjum BUDiA w formie

tabeli miało na celu przedstawić w sposób zwięzły i konkretny opis dotyczący zakresów i działań założonych przez Konsorcjum w zakresie prac grupy IOb poz. 1.1.

Złożone wyjaśnienia nie odpowiadają treści wezwania Zamawiającego i mają charakter blankietowy, gdyż ograniczają się jedynie do nawiązania do treści Specyfikacji, a nie przedstawiają faktycznych założeń przyjętych przez konsorcjum BUDiA. Analiza wyjaśnień wskazuje na to, że cena zaproponowana przez konsorcjum BUDiA jest w istocie niezgodna z postanowieniami SST, do których referuje wykonawca.

Po pierwsze Odwołujący częściowo podziela założenia Zamawiającego wskazane w notatce z 28 października 2022 r. dotyczące weryfikacji złożonych wyjaśnień przez wykonawców biorących udział w postępowaniu w zakresie grupy prac 1 Ob. Zamawiający słusznie bowiem ustalił, że jednorazowa akcja drogowa obejmuje: całkowitą powierzchnię odcinka drogi S5 wynoszącą 2 000 000 m², co w przeliczeniu na 1 km drogi daje 21 030 m² (zgodnie z wyliczeniem szerokość jednej jezdni to 9,5 m (dwa pasy jezdni o szer. 3,5m oraz pas awaryjny o szer. 2,5m x 2 jezdnie + węzły, jezdnie zbiorczo rozprowadzające). Zamawiający przyjmuje, zgodnie z przedstawionymi powyżej wytycznymi ZUD, do obliczeń minimalnych ilości materiału (soli) powinny być przyjęte następujące wartości: - usuwanie śliskości - średnia dawka materiału (soli) do posypywania zgodnie z Wytycznymi ZUD - to 20 gr/m² dla wszystkich zakresów temperatur. W oparciu o powyższe założenia, tj. powierzchni odcinka, dawki soli na każdy m² oraz minimalnego kosztu tony soli w wysokości 300 zł za tonę Zamawiający weryfikował cenę zaproponowaną przez Wykonawcę.

Nie kwestionując założenia co do ceny zakupu soli, należy zauważyć, że obliczenia Zamawiającego referują do jednorazowej akcji na danym odcinku. Tym samym założenia te pomijają fakt, że zgodnie z punktem 7. SST D-66.01.00 (str. 33) jednostką obmiaru prac w zakresie usuwania śliskości były „odcinki dróg na których zostało wykonane w ciągu doby więcej niż jednokrotne posypywanie środkami do zwalczania śliskości celem uzyskania wymaganego standardu”. Jednocześnie konsorcjum BUDiA było zobowiązane w wyjaśnieniach, zgodnie z tabelą przesłaną przez Zamawiającego przedstawić, cenę jednostkową za realizację prac w ramach jednego odcinka w ciągu doby. W konsekwencji powyższego weryfikacja Zamawiającego powinna polegać na ustaleniu jaki jest minimalny koszt wykonie wskazanych czynności przy uwzględnieniu wymogu z punktu 7. SST D-66.01.00. Tym samym minimalny koszt będzie wynosił:

$21\ 030\text{m}^2 \times 20\ \text{gr} \times 2$ (co najmniej dwa przejazdy, ti.: więcej niż jednokrotnie) = 0,841 tony/km.

$300,1\ \text{zł} \times 0,841 = 252,3\ \text{zł/km}$ (koszt soli na utrzymanie 1 km drogi - jezdnia główna)

$95,1\ \text{km} \times 252,3\ \text{zł/km} = 23\ 993,73\ \text{zł}$ (minimalny koszt dobowy utrzymania jednego odcinka na dobę).

Na marginesie zauważył, że powyższe ustalenie w zakresie minimalnej dawki materiału (soli) jaki i częstotliwości wyjazdów w oparciu o analizę postanowień SWZ wraz załącznikami, zostały potwierdzone przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z 14 marca 2022 r. (sygn. akt. KIO 519/22).

Kalkulacja konsorcjum BUDiA uwzględnia tylko koszt materiału (soli). Cena jednostkowa za usuwanie śliskości za dobę musi objąć następujące pozycje kosztowe: wynagrodzenie kierowców za pracę, paliwo, opłaty za przejazd (e-TOLL), koszty sprzętów do ZUD, zakup chlorku wapnia (używanych do akcji zimowego utrzymania dróg przy temperaturach poniżej -6°C zgodnie z wytycznymi ZUD), zwiększenia dawki materiału do posypywania oraz zwiększenia krotności posypywania w ciągu doby. Tymczasem konsorcjum BUDiA proponuje cenę jednostkową netto za utrzymanie jednego odcinka na dobę w wysokości 25 000 zł, gdy z prawidłowo przeprowadzonej weryfikacji Zamawiającego powinno wynikać, że koszt minimalny związany z zakupem, dla tego zakresu prac powinien wynosić prawie 24 000 zł netto

Średnia wszystkich ofert za usuwanie śliskości za dobę całego odcinka to wartość 40 536,49 netto zaś cena Konsorcjum to 25 000,00 netto co daje 62 % wartości. Zgodnie z ww. wyliczeniami oraz pozostałymi założeniami wskazanymi w wyjaśnieniach konsorcjum BUDiA cena została zaniżona o min. 17 000 zł netto. Nie może być więc wątpliwość, że usuwanie śliskości w ramach ZUD zostało zaoferowane za cenę nie pokrywającą kosztów wykonania tej usługi.

Odwołujący odwołał się także do cen usuwania śliskości w innych Oddziałach GDDKiA i cen zaoferowanych dla tej pozycji przez konsorcjum BUDiA. Nadto wskazał, iż np. w postępowaniu Sieradz S8 oraz Wieluń S8 ceny były kalkulowane w ubiegłym roku, czyli przed atakiem zbrojnym Federacji Rosyjskiej na Ukrainę, kiedy to nie tylko ceny paliw były znacznie niższe, ale przede wszystkim soli. Samo założenie kosztu zakupu soli w wysokości 300 zł za tonę jest dalece optymistyczne, co zdaje się mieć na względzie sam Zamawiający, który sam otrzymuje oferty na zakupu soli w wysokości od 450 zł za tonę.

Reasumując podniósł, że uwzględniając konieczność co najmniej dwukrotnego usuwania śliskości w ciągu dnia, koszty minimalne związane z zapewnieniem koniecznej ilości soli drogowej wynoszą w przybliżeniu 24 000,00 zł netto (odcinek/dobę). Konsorcjum BUDiA w tabeli dołączonej do wyjaśnień wskazało inne niż materiały składniki cenotwórcze, tj. 1323,00 zł netto (robocizna), 3150,00 zł netto (sprzęt), 150,00 zł netto (inne koszty), 529,20 zł (koszty pośrednie), 12847,80 zł netto (zysk). Sumarycznie: 18 000,00 zł netto. Przy wątpliwym założeniu, że powyższa kwota 18 000,00 zł netto pozostaje niezmienna pomimo konieczności co najmniej dwukrotnego usuwania śliskości oraz minimalnych kosztach materiałów w wysokości 24 000,00 zł netto (sumarycznie 42 000 zł netto kosztów minimalnych), należy zauważyć, że kwota proponowana przez konsorcjum BUDiA, tj. 25

000,00 zł jest niewystarczająca do realizacji grupy, prac IOB poz. 1.1. konsorcjum BUDiA nie do szacowało wskazanej pozycji w zakresie ceny jednostkowej o co najmniej 17 000 zł netto. W efekcie należy uznać, że wskazana istotna część składowa jest rażąco niska i nie daje rękojmi wykonania zamówienia w sposób należyty.

Konsekwencją powyższych ustaleń jest konieczność stwierdzenia, że po pierwsze konsorcjum BUDiA nie podołało obowiązkowi wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w sposób rzetelny, który odpowiadałby treści wezwania w zakresie opisanego w sposób konkretny założeń jakie przyjął w ramach obliczania określonych cen jednostkowych, a jedynie ograniczył się do wskazania, że założenia są zgodne z SST. A ponadto, z treści złożonych wyjaśnień i ich analizy, w szczególności pod kątem zgodności z warunkami zamówienia, wynika, że konsorcjum BUDiA nie uwzględniło wszystkich wymagań, które wynikały z Opisu Przedmiotu Zamówienia, tj. z rozdziałem 7.SST D-66.01.00, z którego wynikała konieczność co najmniej dwukrotnego w ciągu doby usuwania śliskości. Wniosek ten można wywieść z weryfikacji minimalnych kosztów realizacji prac z grupy prac IOB poz. 1.1., jaką przeprowadził Zamawiający, po modyfikacji o okoliczności wynikające z SST. Z powyższych działań wynika, że cena zaproponowana przez konsorcjum BUDiA nie uwzględniała tych okoliczności, a ponadto jest ceną nierealną i nierynkową, albowiem 96 % zaproponowanej ceny stanowią koszty materiałów w postaci soli drogowej.

Odwołujący podzielił pogląd Zamawiającego, który nie był kwestionowany w toku postępowania, zgodnie z którym cena oferowana za wykonanie zakresu prac objętego grupą prac IOB poz. 1.1, stanowi istotną część składową oferty. Okoliczność ta nie była kwestionowana przez jakiegokolwiek uczestnika postępowania, tym samym Odwołujący uznał tę okoliczność za fakt bezsporny. Niemniej tytułem przypomnienia wskazał, że przez użyte w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp sformułowanie „istotna część składowa zaoferowanej ceny” nie należy uznawać wyłącznie takiej części składowej ceny, która stanowi istotny ułamek ceny oferty, ale również część składową ceny oferty, będącą ceną (wynagrodzeniem) za wykonanie świadczenia, które ma istotne znaczenie merytoryczne. Niewątpliwie taki walor można przypisać czynnościom prowadzonym w ramach zimowego utrzymania dróg dot. usuwania śliskości. (por. wyrok KIO z 25 stycznia 2022 r., sygn. akt. KIO 69/22)

Zamawiający w dniu 13 grudnia 2022 r. przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia kopię odwołania za pośrednictwem strony internetowej prowadzonego postępowania: <https://gddkia.eb2b.com.pl/>.

W dniu 15 grudnia 2022 r. (pismem z tej samej daty) konsorcjum BUDiA zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 23 grudnia 2022 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia konsorcjum BUDiA do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska oraz oświadczenia Stron i Przystępującego (konsorcjum BUDiA) wyrażone w pismach oraz złożone ustnie przez Strony oraz Przystępującego do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba dopuściła zawnioskowane przez Odwołującego i załączone do odwołania dowody, tj.:

1. SST D-66.01.00.
2. Rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 27 października 2005 r. w sprawie rodzajów i warunków stosowania środków, jakie mogą być używane na drogach publicznych oraz ulicach i placach (Dz. U. z 2005 r., Nr 230, poz. 1960).

3. Zarządzenie Nr 31 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 5 września 2017 r. w sprawie wprowadzenia "Wytycznych zimowego utrzymania dróg" (Dz. Urz. GDDKiA z 2017 r. poz. 31).
4. Notatka Zamawiającego z badania wstępnego z dnia 28 września 2022 r.
5. Wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 29 września 2022 r.
6. Wyjaśnienia z dnia 6 października 2022 r. wraz z tabelą.
7. Notatka z prac Komisji przetargowej w zakresie badania wyjaśnień złożonych przez Wykonawców z dnia 28 października 2022 r.
8. Oferty na sól składane w postępowaniach organizowanych przez Zamawiającego.

oraz złożony w trakcie rozprawy dowód, tj.:

1. Wyciąg z załącznika do rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 27 października 2005 r. (poz. 1960) – jedna strona.
2. Wyciąg z Zarządzenia Nr 31 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 5 września 2017 r. – strona 24.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie uznając, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w rozdziale 17 SWZ „SPOSÓB OBLICZENIA CENY OFERTY” zamieścił następujące postanowienia:

„17.1. Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o Tabele Elementów Rozliczeniowych wraz ze Zbiórczym Zestawieniem Kosztów (Formularze cenowe), sporządzonych na formularzach stanowiących integralną część SWZ - Tom IV. (...)

17.3. Każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce rozliczenia w Formularzach cenowych. (...)

17.5. Dla każdej pozycji wyszczególnionej w Formularzach cenowych, jeśli składają się na nią elementy o zróżnicowanych kosztach, jednolita stawka jednostkowa powinna zostać skalkulowana na zasadzie uśrednienia kosztów składowych.”.

Zamawiający w „Szczegółowej Specyfikacji Technicznej D-66.01.00 v.1 „Zimowe utrzymanie dróg krajowych” w rozdziale 7 „OBMIAR PRAC” wskazał m.in, że „obmiar prac winien określić faktyczny zakres wykonywanych prac przy zimowym utrzymaniu w jednostkach ustalonych w tabelach elementów rozliczeniowych (lub SST). Zasadą obmiaru jest zapewnienie standardu na danym odcinku drogi w okresie jednej doby, a w przypadku gotowości doba, w której na odcinkach drogi, nie pracował sprzęt.

Jednostkami obmiaru prac są:

- ustawianie płotków przeciwnieżnych z materiału Wykonawcy (montaż i demontaż) - w kilometrach;

- gotowość do ZUD – ilość dni, w których sprzęt podstawowy do ZUD na odcinkach dróg [km] nie pracował (zgodnie z Załącznikiem nr 2 do OPZ);
- zapobieganie śliskości – odcinki dróg [wyszczególnione w TER, kolumna e)], na których zostało wykonane w ciągu doby jednokrotne posypywanie środkami do zwalczania śliskości;
- usuwanie śliskości - odcinki dróg [wyszczególnione w TER, kolumna e)], na których zostało wykonane w ciągu doby więcej niż jednokrotne posypywanie środkami do zwalczania śliskości celem uzyskania wymaganego standardu;
- odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości - odcinki dróg [wyszczególnione w TER, kolumna e)], na których został osiągnięty standard ZUD w ciągu jednej doby bez względu na krotność wykonywanych czynności przez sprzęt;
- wywóz śniegu (chodniki, przejścia dla pieszych, przełączki, obiekty mostowe, ciągi pieszce, itp.) na polecenie Inspektora Nadzoru – w kilometrach.

Wykonawca uzyska wynagrodzenie za prowadzenie prac zud w jednej dobie rozliczeniowej wyłącznie za jedną z wyżej wymienionych pozycji tj. albo gotowość do zud, albo zapobieganie śliskości, albo za odśnieżanie wraz ze zwalczaniem śliskości, w zależności jakie czynności będą podjęte. (...)

W postępowaniu złożono 5 ofert, a ich ceny były następujące: oferta złożona przez: GNOM Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi - cena oferty (brutto) - 68 256 772,19 zł; konsorcjum BUDIA (lider konsorcjum) - cena oferty (brutto) - 76 295 256,25 zł; Saferoad Grawil Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku - cena oferty (brutto) - 95 819 520,04 zł; ZABERD Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu - cena oferty (brutto) - 84 535 935,27 zł; Odwołujący - cena oferty (brutto) - 79 239 859,27 zł.

Wartość szacunkową zamówienia Zamawiający oszacował na kwotę 71 043 978, 52 zł.

Zamawiający przed otwarciem ofert udostępnił kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w wysokości 87 384 093,58 zł brutto.

Zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał konsorcjum BUDIA, pismem z dnia 29 września 2022 r. , do złożenia wyjaśnień, w tym m.in. złożenia dowodów w zakresie wyliczenia istotnych części składowych ceny, w celu ustalenia, czy istotne części składowe ceny, nie są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, oraz czy oferta uwzględnia wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Jednocześnie wskazał, że ceny pozycji wskazanych w załączonej Tabeli stanowiących istotne części składowe ceny zaoferowanej w ofercie, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ceny tych pozycji odbiegają w stopniu znacznym od cen jednostkowych oszacowanych przez Zamawiającego z należytą starannością. Jednocześnie wskazał, że oceniając przedłożone przez Wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami na ich

potwierdzenie. Zamawiający wezwał wykonawcę m.in. do złożenia wyjaśnień w zakresie dotyczącym poz. 10b 1.1, tj. „czynności prowadzonych w ramach zimowego utrzymania dróg - Usuwanie śliskości” i „czynności prowadzonych w ramach zimowego utrzymania dróg - Odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości”, gdzie wykonawca zaoferował ceną jednostkową netto „25 000 zł” z żądaniem wyspecyfikowania kosztów „Robocizny”, „Materiałów”, „Sprzętu”, „Innych kosztów”, „Kosztów pośrednich” oraz „Zysku”.

Pismem z dnia 6 października 2022 r. konsorcjum BUDIA wyjaśnił m.in., że przedmiot zamówienia został wyceniony zgodnie z SIWZ oraz potwierdza, że zaproponowana w ofercie cena jest realna. Cena usługi zamówienia została wyliczona z należytą starannością i w żadnym wypadku nie ma znamion rażąco niskiej ceny, czy też zaniżonej. Uwzględnione zostały w niej wszystkie koszty osobowe, sprzętowe, materiałowe, oczekiwany zysk, ryzyko, koszty utylizacji i inne koszty oraz czynniki mikroekonomiczne kształtujące ceny. Co więcej, wyliczona cena końcowa za całość wykonywanych usług oraz wszystkie ceny jednostkowe odpowiadają cenom, które oferuje konsorcjum BUDIA przy tego rodzaju zamówieniach i które występują na rynku. Konsorcjum może zaoferować konkurencyjne ceny, ponieważ potrafi maksymalnie obniżyć koszty, co gwarantuje mu przewagę nad konkurencją. Obniżenie ceny osiągnął między innymi dzięki: - wykorzystaniu skali w jakiej świadczy usługi, - wykorzystaniu zebranego doświadczenia, - wykorzystaniu nabytych kompetencji i wprawy w działaniu, - świadczeniu kompleksowego serwisu, - integracji zamówień w sieci klientów, - hurtowemu zaopatrzeniu w materiały eksploatacyjne, - współpracy ze sprawdzonymi dostawcami i podwykonawcami, - zastosowaniu optymalizacji technicznych mocy wytwórczych, - wykorzystaniu czasookresu trwania kontraktu, - redukcji godzin postojowych, - wykorzystaniu własnego serwisu technicznego, - optymalizacji lokalizacji zaplecza materiałowego i technologicznych rozwiązań mobilnych do potrzeb realizacji zamówienia, - samofinansowaniu, - kalkulacji rozsądnego zysku, - niskim kosztem zarządu. Wskazane powyżej obiektywne czynniki spowodowały obniżenie kosztów funkcjonowania konsorcjum, a co za tym idzie obniżenie cen nawet o ponad 30% w zaoferowanym zamówieniu publicznym, które opiera się m.in. na wskazanych założeniach, umiejętnościach i zasobach firmy. Złożył także wypełnioną tabelę wymaganą przez Zamawiającego w skierowanym do wykonawcy wezwaniu.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (...) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia”. Oznacza to, że niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, którego zaoferowania wymaga Zamawiający i które opisał w dokumentach zamówienia.

Natomiast art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia”.

Taki też zarzut - zarzut niezgodności treści oferty konsorcjum BIDIA z warunkami zamówienia i w ich kontekście rażąco niskiej ceny podniósł Odwołujący we wniesionym odwołaniu.

W niniejszym stanie faktycznym, niewątpliwym jest, że przywoływana przez strony i uczestnika postępowania Szczegółowa Specyfikacja Techniczna Rozdział 7 „OBMIAR PRAC” D-66.01.00 v.1 „Zimowe utrzymanie dróg krajowych” określa faktyczny zakres wykonywanych prac przy zimowym utrzymaniu w jednostkach ustalonych w tabelach elementów rozliczeniowych (lub SST) z zachowaniem wymaganego standardu na danym odcinku drogi w okresie jednej doby. Wspecyfikowane są w nim bowiem czynności (określone poprzez tiret, których jest 6), które są podstawami obmiaru prac i wśród nich jest „zapobieganie śliskości” (tiret 3) – „odcinki dróg [wyszczególnione w TER, kolumna e)], na których zostało wykonane w ciągu doby jednokrotne posypywanie środkami do zwalczania śliskości” oraz „usuwanie śliskości” (tiret 4) – „odcinki dróg [wyszczególnione w TER, kolumna e)], na których zostało wykonane w ciągu doby więcej niż jednokrotne posypywanie środkami do zwalczania śliskości celem uzyskania wymaganego standardu”.

Istotę sporu stanowi „krotność” posypywania środkami do zwalczania śliskości w odniesieniu do „zapobiegania śliskości” i „usuwania śliskości”, w odniesieniu do których odnoszą się wskazane sformułowania odpowiednio „jednokrotnego” i „więcej niż jednokrotnego posypywania”. Zdaniem Izby tych zapisów nie należy czytać w oderwaniu od treści całego punktu i rozdziału. Z treści każdego z tych punktów jednoznacznie bowiem wynika, że „krotność” odnosi się do danego odcinka drogi, na którym dana czynność jest wykonywana. A to z kolei wiąże się z wynagrodzeniem za wykonaną pracę i zastrzeżeniem, że „wykonawca uzyska wynagrodzenie za prowadzenie prac zud w jednej dobie rozliczeniowej wyłącznie za jedną z wyżej wymienionych pozycji tj. albo gotowość do zud, albo zapobieganie śliskości, albo za odśnieżanie wraz ze zwalczaniem śliskości, w zależności jakie czynności będą podjęte”. Z powyższego więc wynika, że usuwanie śliskości obejmuje „więcej niż jednokrotne posypanie solą” na danym odcinku drogi i w określonej jednostce czasowej, przy czym uwzględnia się w tym przypadku czynność (prace) mającą na celu zapobieganie śliskości. Zamawiający przewiduje bowiem – jak konsekwentnie podkreślał na rozprawie – wynagrodzenie za „usuwanie śliskości” więcej niż jednokrotnie, w tym uwzględnia prace polegające na „zapobieganiu śliskości”. Pierwszy wyjazd na dany odcinek drogi – jak dalej wskazywał - to jednokrotność w zakresie „zapobiegania śliskości”, a już kolejny wyjazd to „usuwanie śliskości”. Najpierw dokonuje się bowiem czynności w ramach „zapobiegania śliskości” (jednokrotnie) - środkami do zwalczania śliskości a następnie dokonuje się posypywania w ramach „usuwania śliskości” (co stanowi kolejne

posypywanie i oznacza „więcej niż jednokrotnie” – również środkami do zwalczania śliskości. Rozliczenie pracy wykonawcy, a temu wyłącznie służą zapisy tego rozdziału (rozdziału 7), ma być bowiem adekwatne do wykonanego rodzaju prac.

Kolejną kwestią, która ma świadczyć o niezgodności treści oferty konsorcjum BUDIA z warunkami zamówienia, jak również wskazywać na błędy w kalkulacji ceny a tym samym świadczyć o cenie rażąco niskiej w ofercie tego wykonawcy, jest kwestia dotycząca ilości soli, która ma być zastosowana do prac związanych z likwidacją śliskości. Ilość soli zalecana w załączniku nr 1 „Szczegółowe warunki stosowania środków nie chemicznych oraz chemicznych w postaci stałej” do rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 27 października 2005 r. (poz. 1960) oraz w wytycznych zimowego utrzymania dróg zawartych w Zarządzeniu Nr 31 Generalnego Dyrektora GDDKiA z dnia 5 września 2017 r. w sprawie wprowadzenia „Wytycznych zimowego utrzymania dróg” (Dz. Urz. GDDKiA z 2017 r., poz. 31) jest identyczna w odniesieniu do zapisów dotyczących ilości soli stosowanej w określonej temperaturze. Ani powołane rozporządzenie ani też zarządzenie Generalnego Dyrektora GDDKiA nie przewidują iż „minimalną dawką soli”, którą należy stosować zawsze przy likwidacji śliskości, bo wyłącznie do tej pozycji w powołanych wyżej rozporządzeniu i zarządzeniu Odwołujący się odwoływał, bez względu na wysokość temperatury jest „dawka 20 g n/m²”. Takiego zapisu w tych dokumentach nie ma. Obydwa dokumenty są w tej kwestii spójne. I tak w temperaturze do „-2” zalecane jest zastosowanie soli „do 20” g/m² a nie bezwzględnie „20 g/m²” jak chce tego Odwołujący. Nie oznacza to więc, że w czasie każdej wykonywanej pracy (każdego działania nakierowanego na likwidację śliskości) będzie wysypywane „20 g/m²”. Dawka ta – zgodnie z tym zapisem - może być bowiem także niższa. Natomiast odpowiednio w temperaturze „-3 do -6” dawka soli wynosi „20-25 g/m²”, co nie oznacza, że będzie wysypywane zawsze „25 g/m²” a może być tylko „20 g/m²” i nadal będą to dawki w wysokości zgodnej z wymogami ww. rozporządzenia i zarządzenia. To dopiero w granicach „-7 do -10” jest wymagana dawka powyżej „20 g/m²” więc „25-30”. Dawka soli odnosząca się do pozycji 3 tabeli dotyczącej likwidacji śliskości jest więc uzależniona od wysokości temperatury i wynosi minimum „20 g/m²” tylko w granicach temperatur „-3 do -6” (dla tych temperatur dawka wynosi „20-25”). Dawka soli ma być dostosowywana do panujących warunków atmosferycznych oraz temperatur i nie jest ustalona sztywno w powołanych dokumentach (rozporządzenie i zarządzenie) na co błędnie wskazywał Odwołujący.

Czym innym są natomiast dane przyjęte przez Zamawiającego do ustalenia realności ceny kwestionowanej przez Odwołującego pozycji wyjaśnianej przez konsorcjum BUDIA. To bowiem sam Zamawiający dla potrzeb oceny kalkulacji ceny w pozycji 10b przyjął uśrednioną dawkę soli dla danych jednostek obmiaru, jej cenę oraz powierzchnię, na którą miała być wysypana. To cena tej pozycji stała się m.in. podstawą wezwań skierowanych

przez Zamawiającego do wszystkich wykonawców. A ponieważ w przypadku podejrzenia, że cena lub koszt mogą być rażąco niskie, Zamawiający zwraca się do wykonawcy w trybie art. 224 ustawy Pzp o złożenie stosownych wyjaśnień, takie wezwania wystosował do wykonawców w tym postępowaniu. Wezwanie skierowane do wykonawcy oznacza, że jest on zobowiązany do wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Wezwany wykonawca ma więc obowiązek złożenia wyczerpujących wyjaśnień celem stwierdzenia, że podejrzenie Zamawiającego dotyczące rażąco niskiej ceny było nieuzasadnione. Wykonawca zobowiązany jest przy tym nie tylko do przedstawienia argumentów dotyczących zaoferowanej ceny ale również do przedstawienia dowodów na ich poparcie, tak aby na ich podstawie Zamawiający mógł zweryfikować treść złożonych wyjaśnień.

Przekładając powyższe na przedmiotowy stan faktyczny stwierdzić należy, że Zamawiający powziął wątpliwości jedynie co do cen jednostkowych oferowanych przez wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, w tym m.in. w zakresie cen zawartych w poz. 10b. Dlatego też, wzywając wykonawcę do wyjaśnień, w tym wyjaśnień pozycji 10b załączył tabelę, którą należało wypełnić. Wykonawca zobowiązany był m.in. do złożenia wyjaśnień w zakresie dotyczącym „czynności prowadzonych w ramach zimowego utrzymania dróg - Usuwanie śliskości” i „czynności prowadzonych w ramach zimowego utrzymania dróg - Odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości”, gdzie wykonawca zaoferował ceną jednostkową netto „25 000 zł” z żądaniem wyspecyfikowania kosztów „Robocizny”, „Materiałów”, „Sprzętu”, „Innych kosztów”, „Kosztów pośrednich” oraz „Zysku”. To bowiem cena tej pozycji budziła wątpliwości Zamawiającego. Stad też żądanie uszczegółowienia kosztów wyliczonych dla tej pozycji. Konsorcjum złożyło wyjaśnienia, ustosunkowując się do treści zadanych przez Zamawiającego pytań i udzieliło szczegółowych wyjaśnień oraz złożyło wypełnioną tabelę z podaniem wszystkich wymaganych i żądanych informacji. W wypełnionych tabelach wskazano cenę w rozbiciu na elementy, które należało podać. Cenę tak wycenionych pozycji (10b) zakwestionował Odwołujący wskazując, że cena zaoferowana przez konsorcjum BUDIA jest niezgodna z warunkami zamówienia a jego oferta zawiera rażąco niską cenę. Odwołujący oparł swe wyliczenia na błędnych założeniach dotyczących dawki soli, która ma być stosowana przy pracach polegających na „zapobieganiu śliskości” i „usuwaniu śliskości”. Uznał bowiem - za notatką Zamawiającego – iż „gramatura sypania przy usuwaniu śliskości (ilość zużytej soli) – 20 g/m² (0,02 kg/ m²”, a co – w jego ocenie - miało oznaczać obowiązek stosowania zawsze tej dawki, mimo iż w notatce dla potrzeb wyłącznie wyliczenia ceny przyjęto uśrednioną ilość soli, która powinna być użyta w ramach jednego wyjazdu, nie precyzując przy tym ilości wyjazdów.

Z analizy treści oferty i wyjaśnień konsorcjum BUDIA wynika, iż wykonawca ten, w ramach dokonanej kalkulacji oferty, główny nacisk położył na zapobieganie śliskości, gdyż w tej pozycji tabeli koszt ten znacznie przewyższa koszt jaki dla tej pozycji przewidział Zamawiający. Koszt w tej pozycji – jak wskazał Zamawiający – świadczy o pracy na wyższym poziomie zużycia soli, np. 30 g/m² przy zapobieganiu śliskości celem zminimalizowania potrzeby powtórnego wyjazdu, gdyż nie ma potrzeby usuwania śliskości, gdy jej się zapobiegnie. Nie świadczy to więc o rażąco niskiej cenie a jedynie o zastosowaniu rozwiązania, które ma nie dopuścić do śliskości.

Tymczasem Odwołujący – w treści odwołania - twierdził, że zarówno ilość soli, jak i wyjazdów skalkulowana przez konsorcjum BUDIA jest nieprawidłowa a co oznacza, że wykonawca ten nieprawidłowo skalkulował cenę oferty. Z zestawienia dokumentów (wyjaśnień i załączników do tych wyjaśnień oraz wyliczeń Odwołującego) wynika, że każdy z wykonawców ubiegających się o udzielenie tego zamówienia – jak już wyżej wskazano - w inny sposób kalkulował cenę swojej oferty. Odwołujący – jak wynika z wyliczeń zawartych w treści odwołania - wyliczając cenę tej pozycji uwzględnił stałą dawkę soli i co najmniej dwukrotną liczbę wyjazdów w ramach usuwania śliskości. Stanowisko to oparł więc na takich danych i takich założeniach, które sam uznał za właściwe. Ceny oferty konsorcjum BUDIA i Odwołującego nie są identyczne. Nie oznacza to jednak, że nie są realne. Przeciwnie potwierdzają one prawidłowość dokonanej przez konsorcjum BUDIA kalkulacji ceny.

Dlatego też Izba uznała, że zarzut rażąco niskiej ceny, jak również zarzut niezgodności treści oferty konsorcjum BUDIA z warunkami zamówienia nie potwierdził się.

Odnosząc się do powoływanego wyroku KIO 519/22 stwierdzić należy, że przywołana w odwołaniu treść powyższego orzeczenia jest w istocie zacytowanym w uzasadnieniu orzeczenia wycinkiem z wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez Odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 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).

Przewodniczący: