

WYROK
z dnia 15 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 listopada 2021r., w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 października 2021 r. przez wykonawcę **PROJBUD Drogownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy** postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Białe Błota**

przy udziale wykonawcy **P. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą DROMAKS P. M.** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 3 odwołania z uwagi na fakt wycofania powyższego zarzutu przez Odwołującego;
2. w pozostałym zakresie odwołanie oddala;
3. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i 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 na rzecz Zamawiającego kwotę 4 351zł 20 gr (słownie: cztery tysiące trzysta pięćdziesiąt jeden złotych dwadzieścia groszy) na którą składają się koszty wynagrodzenia pełnomocnika (3600 zł), koszty z tytułu dojazdu na rozprawę (516,20 zł) oraz koszty z tytułu noclegu (235 zł) poniesione przez Zamawiającego,
 - 2.3. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty 5000 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą nadpłacony wpis od odwołania.

Sygn. akt KIO 3123/21

Stosownie do art. 579 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 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 - Gmina Białe Błota prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021r., poz. 1129 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Zimowe utrzymanie dróg na terenie Gminy Białe Błota na lata 2021- 2024”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 154-409441 w dniu 11.08.2021r.

W dniu 21 października 2021r. wykonawca Projbud Drogownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, poprzez zaniechanie odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawcę P. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą DROMAKS P. M. (dalej: „DROMAKS” lub „Przystępujący”), pomimo niezgodności jej treści z warunkami zamówienia, tj. zaoferowaniu wykonania zamówienia przy pomocy pojazdów, wskazanych w ofercie na potrzeby kryterium oceny ofert Ochrona środowiska, które nie spełniają wymogów SWZ, albowiem nie będą mogły pełnić funkcji, do której zgodnie z OPZ mają być przeznaczone,

2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp w zw. z art. 8.2. pkt. 9 SWZ, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty DROMAKS, mimo że wykonawca ten podlegał wykluczeniu z udziału w postępowaniu wobec przedstawienia, w wyniku co najmniej niedbalstwa, informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd co do spełniania pozacenowych kryteriów oceny ofert, tj. kryterium „Ochrona środowiska” poprzez wskazanie jako pojazdów, za pomocą których wykonawca zamierza realizować zamówienie spełniających normę emisji spalin min. EURO 5 pojazdów, które nie spełniają wymogów SWZ, albowiem nie będą mogły pełnić funkcji, do której zgodnie z OPZ mają być przeznaczone, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu;

3. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c) Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty DROMAKS, mimo że wykonawca ten nie przedłożył przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania kryterium oceny ofert „Ochrona Środowiska” w postaci kopii dokumentów potwierdzających spełnianie normy emisji spalin, min. EURO 5 dla wskazanych w ofercie pojazdów;

ewentualnie, w przypadku nie podzielenia zarzutów jak w pkt. 1-3 powyżej:

4. art. 224 ust. 1 i 4-6 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy DROMAKS do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub jej istotnych części składowych, a następnie zaniechanie odrzucenia oferty w/w Wykonawcy, mimo że zaoferowana przez DROMAKS cena oraz jej istotne części składowe w sposób obiektywny wydawały się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budziły wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów;

5. art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 241 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z pkt. 20.3. ppkt. 3) SWZ, poprzez dokonanie oceny oferty DROMAKS niezgodnie z ustalonymi kryteriami oceny ofert i przyznanie jej maksymalnej liczby punktów (20 pkt) w ramach kryterium Ochrona środowiska w sytuacji, w której 3 z 4 wskazanych w ofercie pojazdów (pojazdy marki SKODA) nie mogą być wykorzystane do realizacji zamówienia, a ponadto w odniesieniu do czwartego z pojazdów (pojazd marki IVECO) oraz w odniesieniu do jednego z pojazdów marki SKODA wykonawca DROMAKS nie wykazał przedłożonymi przez siebie przedmiotowymi środkami dowodowymi, aby spełniały one kryteria oceny ofert.

a w konsekwencji powyższego:

6. art. 239 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez wybór, z naruszeniem reguł uczciwej konkurencji, jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy DROMAKS, podczas gdy oferta ta podlegała odrzuceniu, względnie- była to decyzja przedwczesna, wobec nieprzeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w zakresie rażąco niskiej ceny tej oferty,

W oparciu o tak sformułowane zarzuty Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie niniejszego odwołania w całości,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania w całości na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem,
3. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów, które zostaną przedłożone w toku rozprawy, na okoliczności tam podane;
4. nakazanie Zamawiającemu:
 - 4.1. unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - 4.2. powtórzenia czynności badania ofert,
 - 4.3. odrzucenia oferty DROMAKS jako niezgodnej z warunkami zamówienia, złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu ewentualnie:
 - 4.4. wezwania DROMAKS do złożenia wyjaśnień w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub jej istotnych części składowych (wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny);

4.5. dokonania oceny oferty DROMAKS przy uwzględnieniu, że w ramach kryterium Ochrona środowiska przedmiotowej ofercie nie powinny być przyznane jakiegokolwiek punkty (0 pkt).

Uzasadniając zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty DROMAKS jako niezgodnej z warunkami zamówienia i podlegania DROMAKS wykluczeniu z postępowania podkreślił, że DROMAKS wskazał w treści oferty, na potrzeby kryterium Ochrona środowiska, że do realizacji zamówienia przewiduje następujące pojazdy, spełniające normę emisji spalin min. EURO 5:

- IVECO STRALIS CB762GJ
- SKODA FABIA CB362KG
- SKODA RAPID CB509JF
- SKODA FABIA CB533JP

Trzy z czterech w/w pojazdów (samochody m-ki SKODA) to pojazdy osobowe.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający oczekiwał w tym miejscu wskazania pojazdów, za pomocą których wykonawca będzie realizował zamówienie (pkt. 20.3 ppkt 3 SWZ), a zatem oświadczenie wykonawcy w tym zakresie służy nie tylko ustaleniu punktacji w kryterium pozacenowym, ale odnosi się do sposobu przyszłego wykonywania zamówienia (stanowi element oferowanego świadczenia) i jako takie podlega ocenie z punktu widzenia zgodności z warunkami zamówienia. Jest przy tym oczywiste, że tak skonstruowane kryterium odnosiło się do pojazdów, które będą faktycznie wykorzystywane do realizacji zadań objętych zamówieniem, a zatem należało je odnosić do treści OPZ.

Jak wskazano w części I uzasadnienia niniejszego odwołania, kategorie pojazdów i urządzeń, jakie mają być wykorzystywane do realizacji zamówienia, zostały określone w OPZ. Z zawartego tam wykazu wynika jednoznacznie, że w ramach realizacji zamówienia nie ma miejsca na wykorzystanie 3 pojazdów osobowych (nie jest możliwe, by któryś z tych pojazdów miał być wykorzystywany jako pług śnieżny, solarka czy piaskarka, w sposób oczywisty nie są one zmiatarkami, koparko-ładowarkami ani pojazdami samowładowczymi, żaden z nich nie mógłby być wykorzystywany również jako pojazd z napędem 4x4 lub 6x4 skierowany do usuwania z dróg unieruchomionych pojazdów, nie posiadają bowiem wymaganej mocy minimalnej 70kW ani wymaganego napędu 4x4). Co więcej, jeżeli odczytywać OPZ, w szczególności jego pkt 4 w sposób kompleksowy, to nie ma w nim w ogóle miejsca na skierowanie do realizacji zamówienia pojazdów osobowych, albowiem nawet pojazdy o DMC 3,5t przeznaczone dla ekip do prac ręcznych miały być pojazdami dostawczymi, co wynika z pkt 4 akapit II OPZ, tymczasem przedmiotowe SKODY są pojazdami osobowymi.

Uwzględniając zatem, jakiego rodzaju pojazdy i urządzenia zgodnie z OPZ mają być skierowane do realizacji zamówienia i jakie mają pełnić role, pojazdy wskazane przez Przystępującego, zdaniem Odwołującego, nie spełniają wymogów SWZ, albowiem nie będą mogły pełnić funkcji, do której zgodnie z OPZ mają być przeznaczone. Okoliczność ta, mając na względzie, że wykaz pojazdów stanowi integralną część oferty a nadto podlega ocenie i punktacji, stanowi nieusuwalną wadę oferty (niemożliwą do usunięcia bez naruszenia zakazu negocjowania treści oferty) i powodować powinno odrzucenie oferty tego wykonawcy, jako niezgodnej z warunkami zamówienia (wykonawca zamierza realizować zamówienie przy pomocy sprzętu, przy pomocy którego nie da się zrealizować zamówienia zgodnie z jego warunkami), czego Zamawiający z naruszeniem przepisów zaniechał.

Dodatkowo, w opinii Odwołującego, działanie DROMAKS, który w treści oferty wskazał na dysponowanie 4 pojazdami przeznaczonymi do realizacji zamówienia spełniającymi normę emisji spalin EURO 5, należało potraktować jako wprowadzenie Zamawiającego w błąd co najmniej wskutek niedbalstwa, albowiem według Odwołującego Przystępujący musiał mieć pełną świadomość, że wymienione przez niego pojazdy nie nadają się do realizacji zamówienia, a mimo to próbował uzyskać (i uzyskał) w oparciu o tak złożone oświadczenie wyższą punktację dla swojej oferty. Tym samym działanie wykonawcy nie tylko mogło, ale miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w toku postępowania, albowiem wskutek przyznania DROMAKS maksymalnej liczby punktów w kryterium „Ochrona środowiska” (20 pkt) jego ofertę sklasyfikowano na 1. miejscu. Tymczasem pominięcie 3 z 4 wymienionych w ofercie pojazdów powodowałoby, że jego oferta uzyskaby co najmniej – 15 pkt mniej, spadając na 3 miejsce.

Z ostrożności procesowej, Odwołujący podniósł zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 i 2 Pzp wskazując, że w realiach niniejszej sprawy wątpliwości takie w odniesieniu do oferty DROMAKS niewątpliwie zachodziły, a Zamawiający, mimo powzięcia o nich wiedzy co najmniej z dwóch źródeł zaniechał wezwania DROMAKS do wyjaśnień, co skutkować powinno uwzględnieniem niniejszego odwołania.

Szczególną uwagę zwrócić należało na fakt, że wynagrodzenie w niniejszym postępowaniu ma charakter kosztorysowy (§ 7 ust. 1 i 4 Projektowanych postanowień umowy PPU) a ilości prac, zleczanych w ramach poszczególnych zakresów, określone w formularzu cenowym są szacunkowe i mogą ulegać zmianom (por. § 7 ust. 7 PPU, wzór formularza cenowego- kolumna 4, pkt 9 formularza ofertowego). Powyższe sprawia, że Zamawiający zobowiązany był dążyć do wyjaśnienia stawek jednostkowych za poszczególne kategorie prac objętych zamówieniem oraz uniemożliwia konstruowanie wyjaśnień uwzględniających bilansowanie ceny oferty pomiędzy poszczególnymi pozycjami (zaniżenie jednej i podwyższanie innych pozycji). Wszystkie pozycje jednostkową uzyskują bowiem w tych warunkach walor istotnych w rozumieniu art. 224 ust. 1 Pzp.

Odwołujący, zwrócił uwagę, że różnica pomiędzy ceną całkowitą oferty DROMAKS a wartością zamówienia wynosi ok. 28,1 %, a więc jest ona maksymalnie zbliżona do progu badania obligatoryjnego. Samo to, mając też na względzie pozostałe czynniki opisane poniżej, winno powodować wezwanie do udzielenia wyjaśnień. Dodatkowo mając na uwadze okres realizacji zamówienia wynagrodzenia (lata 2022- 2024), kalkulacja ofert winna uwzględniać koszty pracy nie niższe, niż minimalne wynagrodzenie za prace na rok 2022r. Co istotne, jakkolwiek w dniu składania ofert jego ostateczna wysokość nie była jeszcze znana to jednak uwzględniając ogólnodostępne wskaźniki, warunkujące najniższy dopuszczalny wzrost minimalnego wynagrodzenia, na dzień składania ofert było oczywiste, że będzie ono w przypadku umowy o pracę nie niższe niż 3.000 zł brutto pracownika, tj. 3.614,40 (koszt pracodawcy łącznie z obciążającą go częścią składem na ubezpieczenia społeczne), a więc ~21,5 zł/rbh w przeliczeniu na przeciętny 168-godzinny miesiąc pracy. Należy pamiętać przy tym, że pkt 5.10 SWZ nakłada obowiązek zatrudniania przy realizacji zamówienia wszystkich osób wykonujących prace fizyczne na podstawie umowy o pracę, stąd to właśnie powyższa stawka będzie adekwatna dla wszelkich kalkulacji. Uwzględnić należało również, że zgodnie z pkt. 6.2. OPZ usuwanie gołoledzi/ cienkiej warstwy zlodowaciałego śniegu (do 2 mm) lub ubitego śniegu (do 4mm), wymaga rozsypania na jej powierzchni środków chemicznych w ilości podanej w Rozporządzeniu. Wszelkie materiały używane w tym celu musiały być także zgodne z Rozporządzeniem (pkt 3.1 OPZ). Co więcej § 2 ust. 11 PPU nakłada na Wykonawcę obowiązek stosowania przedmiotowych materiałów (a więc m.in. piasków, mieszanin chlorku sodu, magnezu i wapnia) zgodnie z Rozporządzeniem. W efekcie, kalkulując ofertę, Wykonawcy zobowiązani byli uwzględnić również określone w Rozporządzeniu normy zużycia poszczególnych środków przy określonych warunkach pogodowych, wynikające z załącznika nr 1 do tego Rozporządzenia. Było to istotne dla weryfikacji zaoferowanych przez Przystępującego stawek w poz. 2-4 formularza cenowego, natomiast Zamawiający zaniechał badania tego zagadnienia.

Odwołujący wyjaśnił, że w piśmie skierowanym do Zamawiającego z dnia 21 września 2021r. przyjęto średnie ceny materiałów obowiązujące we wrześniu 2021r., przy czym już obecnie ceny te są wyższe a trend wzrostowy był wiadomy wszystkim uczestnikom właściwego rynku już od dawna. Ceny te (stawki w kwotach netto) kształtowały się następująco

- NaCl (sól drogową)– 270 zł/t (0,00027 zł/g), obecnie (październik 2021) 355-370 zł/t (0,000355-0,00037 zł/g)
- MgCl (chlorek magnezu)- 1200 zł/t
- Piasek 21 zł /t (0,00021 zł/g)

Sygn. akt KIO 3123/21

Powyższe ceny nie obejmują transportu od producenta/ dystrybutora do miejsca magazynowania. Tym samym cena materiału niezbędnego do przygotowania mieszaniny NaCl z MgCl (używanej do posypywania dróg), nie licząc kosztu jej przygotowania, wynosiła

- mieszanina w proporcji 4:1- 456,00 zł/t (0,000456 zł/g), wg cen z października- 524,00-536 zł/t (0,000524-0,000536 zł/g),
- mieszanina w proporcji 3:1- 502,50 zł/t (0,0005025 zł/g), wg cen z października- 566,25-577,50 zł/t (0,00056625-0,0005775 zł/g),
- mieszanina w proporcji 2:1- 574,20 zł/t (0,0005742 zł/g), wg cen z października- 636,67-646,67 zł/t (0,00063667-0,00064667 zł/g) .

Normy zużycia na (g/m²) określa załącznik nr 1 do Rozporządzenia. Przekładając powyższe ceny i normy na warunki realizacji zamówienia, Zamawiający zobligowany był powziąć wątpliwości co do ceny oferty DROMAKS.

Odwołujący odnosząc się do poszczególnych pozycji formularza ofertowego DROMAKS stwierdził, że Zamawiający zignorował następujące okoliczności, obiektywnie tworzące wątpliwości co do ceny oferty Przystępującego:

1) Poz. 4 formularza ofertowego – w tej pozycji zaoferowany koszt (90 zł/ km) nie pokrywa nawet – kosztu materiału (środków chemicznych) niezbędnego do wykorzystania, nie wspominając już o kosztach przygotowania mieszaniny w odpowiedniej proporcji, jej przechowywania, transportu, kosztach pracy sprzętu i operatora etc. Główne drogi utwardzone, przewidziane do utrzymywania w ramach zamówienia w standardzie I ZUD (a więc te, których udział w wykonaniu zamówienia będzie największy wymagają posypywania drogi na szerokości 7 m. Stąd na 1 km bieżący drogi przypada 7.000 m² powierzchni (w odniesieniu do dróg 4, 5 i 6 szerokości jest to odpowiednio 4.000m², 5.000 m², 6.000 m² jednak ich udział w realizacji zamówienia jest odpowiednio mniejszy). W przypadku chlorku magnezu (którego dotyczy poz. 4 kosztorysu) norma jego zużycia wynosi w odniesieniu do likwidacji gołoledzi, oblodzenia etc. w temp. < -10 st. C (którą należy zakładać w kalkulacji, zwłaszcza mając na względzie dane temperaturowe z sezonu 2020/2021) 20-30 g/m² (przy stężeniu 3:1 i 4:1) lub 25 g/m² (przy stężeniu 2:1). Zużycie materiału na 1 km bieżący drogi siedmiometrowej wynosi zatem ca. 0,21 t (7.000 m² x 30 g/m²). Koszt materiału, niezbędnego dla wykonania tego typu prac wynosi zatem odpowiednio od 95,76 zł (chlerek w stężeniu 4:1) do 105,53 zł (chlerek w stężeniu 3:1) i to wg cen z września 2021, o ok. 25-30% niższych, niż obowiązujące obecnie i możliwe do przewidzenia na etapie kalkulacji oferty. Nie sposób było zatem przyjąć, by cena ofertowa miała walor ceny rynkowej i nie budziła wątpliwości, skoro nie pokryje nawet kosztu rozsypywanego materiału. Oczywiście w odniesieniu do dróg węższych cena zużywanego materiału jest odpowiednio nieco niższa, jednak nadal nie pozwala na zmieszczenie w stawce 90 zł/km pozostałych kosztów realizacji zamówienia (koszty pracy sprzętu, ludzi etc.).

Odwołujący zauważył przy tym, że Zamawiający zignorował treść pisma BPRD z 4 października 2021r., która w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny swojej oferty przyznała, że wadliwie (bo przy uwzględnieniu znacznie tańszego materiału w postaci soli drogowej zamiast mieszaniny chlorku magnezu) skalkulowała swoją ofertę w tej pozycji. Tymczasem cena oferty BPRD (210 zł/km całej szerokości drogi) była w tej pozycji ponad dwukrotnie wyższa, niż w ofercie DROMAKS. Już tylko to powinno skłonić Zamawiającego do refleksji i wezwania DROMAKS do wyjaśnień, co jednak z naruszeniem przepisów nie nastąpiło.

2) Poz. 3 formularza ofertowego – podobnie jak w odniesieniu do poz. 4, koszty materiału niezbędnego do wykonania zamówienia są tak znaczne, że nie pozwolą na pokrycie pozostałych kosztów zaoferowaną stawką 85 zł/km. Przeliczając normę zużycia soli z Rozporządzenia (przy temperaturze od minus 7 do minus 10oC- 30g/m²) i cenę wskazaną wyżej (270 zł/t we wrześniu, obecnie- nawet 30% wyższą), dla likwidacji śliskości na drodze o szerokości 7 m i dł. 1 km konieczne będzie zużycie materiału o wartości 56,70 zł. Uwzględniając koszt 1 rbh pracy pracownika na poziomie 21,50 zł oraz konieczność poniesienia kosztu pracy sprzętu- nie pozwala to na zbilansowanie oferty na poziomie 85 zł tak, jak w ofercie DROMAKS, czego jednak Zamawiający nie zbadał.

3) Poz. 2 formularza ofertowego - zaoferowana przez DROMAKS cena (7 zł za 1 km wykonanych prac) jest ceną, która nie pokrywa nawet kosztu pracy sprzętu i ludzi, niezbędnych do wykonania prac. Tego rodzaju prace, na obszarach nieutwardzonych, wymagają użycia sprzętu zdolnego do przemieszczania się po ośnieżonej, nieutwardzonej nawierzchni. Wydajność takich prac to nie więcej niż 15-20 km/ 8h pracy, przy zużyciu paliwa nie niższym niż 7l/ m h1 pracy sprzętu. W trakcie godziny zegarowej realizacji prac zużywa się więc 5,67l paliwa, w cenie hurtowej nie niższej niż 4,71 zł/l (na moment składania oferty- obecnie już znacząco wyższa). Koszt zużytego przez 8h paliwa wynosi zatem 213,46 zł (8hx 5,67 l/h x 4,71 zł/l), a koszt pracy operatora- nie mniej niż 8 h x 21,5 zł/h = 172 zł. Łączny koszt 8h pracy operatora i zużytego paliwa wynosi zatem nie mniej niż 385,46 zł. Przy założonej wydajności maksymalnej 20 km/8h (która i tak jest założeniem wygórowanym) daje to koszt 1 km odśnieżania na poziomie min. 19,27 zł – w relacji do zaoferowanego przez DROMAKS 7,00 zł/km. Także i to nie zwróciło jednak uwagi Zamawiającego.

4) Poz. 5 formularza ofertowego – w tym przypadku koszt materiału (piasek) potrzebnego do wykonania zamówienia na drodze szerokości 7 m i dł. 1 km wynosi 22,05 zł (przy zastosowaniu norm z Rozporządzenia wynoszących 60-150g/m²). Cena z oferty DROMAKS (25 zł/km) nie pozwoli zatem pokryć pozostałych kosztów realizacji (koszty pracy sprzętu i jego operatora, pozostałe koszty pośrednie i ogólnozakładowe). Pomimo to Zamawiający nie wyjaśnił powyższych wątpliwości.

5) poz. 7 formularza ofertowego - zaoferowana przez DROMAKS cena (50 zł/1h pracy pojazdu samowyładowczego 6x6 lub 6x4) nie pozwala na pokrycie nawet kosztów wynagrodzenia za pracę i kosztów zużycia paliwa. Norma zużycia paliwa dla tego rodzaju pojazdów wynosi 42 l/100 km. Przyjmując wydajność jego pracy na poziomie 20 km/h oznacza to, że zużycie paliwa w jednostce referencyjnej wynosi $0,2 \times 42 \text{ l} = 8,4 \text{ l} \times 4,71 \text{ zł/l}$ (cena hurtowa paliwa) = 39,56 zł. Jak już wskazano, wynagrodzenie operatora za 1h pracy nie może być niższe niż 21,50 zł, a zatem sam koszt pracy operatora powiększony o koszty paliwa (łącznie 60,56 zł/h) przekracza już zaoferowaną stawkę, bez uwzględnienia pozostałych kosztów realizacji. Zamawiający nie wyjaśnił powyższego.

6) poz. 9 formularza ofertowego- dla pojazdu 4x4 (wykorzystywanego zgodnie z OPZ do usuwania z dróg pojazdów, stanowiących zagrożenie dla innych użytkowników dróg, które ze względu na panujące warunki drogowe nie mogą samodzielnie się przemieścić) zużycie paliwa wynosi 35 l/100 km. Przy założeniu przemieszczania się z minimalną prędkością 20 km/h daje to zużycie na poziomie 7l/h, a więc koszt paliwa wynoszący $7 \text{ l} \times 4,71 \text{ zł/l} = 32,97 \text{ zł/km}$. Po doliczeniu kosztów pracy kierowcy (21,5 zł/h) daje to koszt 1h pracy pojazdu wynikający tylko z tych dwóch czynników na poziomie 53,97 zł/h, a więc o prawie 14 zł/h więcej, niż stawka zaoferowana przez Przystępującego.

7) Poz. 8 formularza ofertowego – podobnie jak w pozycjach 7 i 9 zaoferowana stawka jednostkowa nie pokrywa nawet podstawowych kosztów realizacji. Praca koparko – ładowarki wiąże się ze zużyciem paliwa na poziomie 7 l/ 1mth, tj. 5,67 l/h. Przy cenie 4,71 zł/l oznacza to koszt paliwa wynoszący 26,71 zł/h. Razem z kosztem pracy operatora daje to 48,21 zł/h, co w zasadzie wyczerpuje stawkę zaoferowaną przez DROMAKS (50 zł/h), abstrahując od pozostałych kosztów realizacji, w tym kosztów ogólnozakładowych i pośrednich.

Dodatkowo jak wskazał Odwołujący, Zamawiający zignorował, sygnalizowaną przez Odwołującego okoliczność, że z kosztorysu ofertowego DROMAKS wynika, iż nie uwzględnił on w swojej ofercie kosztów pozimowego oczyszczenia dróg i chodników- zgodnie z pkt. 1.4 lit g) OPZ oraz odpowiedzią na pytanie wykonawców z dnia 23.08.2021r. Zakres ten, wobec jego niewymienienia odrębnie w formularzu cenowym, winien być uwzględniony w cenie innych pozycji. Ceny zaoferowane przez DROMAKS wykluczają, aby uwzględniały one ten koszt i winien on zostać wezwany do wyjaśnienia, w jaki sposób (w której pozycji) wykonawca DROMAKS go skalkulował – czego Zamawiający zaniechał.

Powyższe, zdaniem Odwołującego, jednoznacznie wskazuje na zaniechanie przez Zamawiającego wezwania DROMAKS do wyjaśnień, mimo że jego oferta budziła istotne wątpliwości, a jej ceny była rażąco zaniżona tak- w odniesieniu do ceny całkowitej, jak i jej istotnych części składowych. Wyszczególnione wyżej stawki jednostkowe uniemożliwiały pokrycie choćby podstawowej części kosztów realizacji zamówienia (koszty materiału, koszty

pracy ludzi i sprzętu) i nie dająca cienia możliwości uzyskania zysku, nie mówiąc już o pozostałych kosztach wynikających z wykonania obowiązków nałożonych dokumentacją przetargową czy też dodatkowych kosztach pracowniczych wymuszanych postanowieniami SWZ (nadgodziny, praca w porze nocnej, koszty związane z zaoferowanym czasem reakcji 1 h).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w całości. Za bezzasadny uznał zarzut Odwołującego, że wskazane w ofercie DROMAKS pojazdy osobowe nie mogą być faktycznie wykorzystywane do realizacji zadań objętych zamówieniem. Wyjaśnił, że uwzględniając zapisy dokumentacji zamówienia Zamawiający pośrednio wymagał od Wykonawców realizacji zamówienia przy użyciu co najmniej jednego samochodu osobowego - chociażby dla dokonywania objazdów kontrolnych dróg. Z ekonomicznego punktu widzenia nielogicznym byłoby wykorzystywanie do tej czynności samochodów innych niż osobowe. Pojazdy inne niż osobowe generują bowiem wyższe koszty użytkowania a do ich prowadzenia wymagane są specjalistyczne kwalifikacje. Oznacza to tym samym, iż użycie przez Wykonawców do objazdów kontrolnych innych pojazdów niż osobowe skutkowałoby ponoszeniem przez nich wyższych kosztów, a tym samym mniejszym zyskiem lub wyższą ceną jednostkową dla pozycji nr 10 formularza cenowego. Dodatkowo w pkt. 6.3. OPZ Zamawiający wprost wskazał, iż „w miejscach trudnodostępnych i w których wjazd zamiatarki jest niemożliwy, prace należy prowadzić ręcznie, co Wykonawca musi uwzględnić w swojej ofercie i wkalkulować w koszty realizacji całego zadania”. Również w związku z tym zapisem należy uznać, iż chociażby w związku z koniecznością dowiezienia pracowników na miejsce wykonywania prac ręcznie, Zamawiający dopuszcza wykorzystanie do realizacji zamówienia samochodów osobowych. Wyjaśnił, że w pkt 20.3.3) Tomu I SWZ opis kryterium Ochrona środowiska ustalił, że: „W ramach kryterium „Ochrona środowiska” (O) punkty zostaną przyznane w skali punktowej do 20 punktów, za pojazdy spełniające normę emisji spalin min. EURO 5, za pomocą których Wykonawca będzie realizował zamówienie, wykazane przez Wykonawcę w Formularzu Ofertowym.”. W jego opinii, Odwołujący się próbuje wykazać, że pojazdami, które mógł wskazać potencjalny wykonawca są tylko i wyłącznie pojazdy wskazane w pkt 4 OPZ, którymi ma dysponować Wykonawca by wykazać posiadanie potencjału technicznego. Powyższe twierdzenie stanowi tylko i wyłącznie nadinterpretację Odwołującego się mając dowodzić słuszności jego zarzutów. Zamawiający nie podziela tego stanowiska i wskazuje na marginesie, że wszelkie niejasności wymagań SWZ gdyby takie istniały, należy rozstrzygać na korzyść Wykonawców. Gdyby wolą Zamawiającego było takie określenie kryterium oceny punktu Ochrona Środowiska, to zapis ten musiałby posiadać inną treść,

wprost odnosząc się wykazu pojazdów wskazanych jako minimalny posiadany potencjał techniczny.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny, Zamawiający wskazał, że wartość szacunkowa zamówienia ustalona przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania wynosi 3 241 803,60 zł brutto. Ustalenia wartości szacunkowej dla zamówienia dokonano na podstawie średniej wydatkowania na zimowe utrzymanie dróg w latach poprzednich oraz analizie cen rynkowych. Zamawiający wyjaśnił, że w sezonie 2020-2021 usługi zimowego utrzymania dróg dla Gminy Białe Błota wykonywał Odwołujący się, w konsekwencji czego dla ustalenia szacowanych cen jednostkowych pracownik Zamawiającego dokonujący szacowania wartości zamówienia posiłkował się cenami wskazanymi przez niego w ofercie z 2020 roku.

W opinii Zamawiającego oferty trzech wykonawców są porównywalne i znacznie odbiegają od wartości szacunkowej. Jedynie oferta Wykonawcy Projbud Drogownictwo Sp. z o.o. przedstawia cenę zbliżoną do wartości szacunkowej ustalonej przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania. Stanowi to dodatkowy dowód na to, iż Zamawiający przy ustalaniu wartości szacunkowej posiłkował się ofertą wykonawcy Projbud z 2020 roku. Cena oferty Wykonawcy DROMAKS w stosunku do wartości szacunkowej wynosi 71,19%, w stosunku do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert stanowi 94,22%, natomiast przy obliczeniu bez uwzględnienia ceny oferty odrzuconej stanowi 89,10%.

Zgodnie z obowiązującymi przepisami Zamawiający nie miał obowiązku wzywania DROMAKS do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Co więcej, w związku z tym, iż tylko cena oferty Odwołującego znacząco odbiega od cen pozostałych ofert, Zamawiający nie miał podstaw do powzięcia wątpliwości co do prawidłowego wyliczenia ceny oferty DROMAKS. Co więcej, wątpliwości Zamawiającego wzbudziła jedynie cena oferty Odwołującego, zwłaszcza w aspekcie oceny czy do szacowania wartości zamówienia nie zostały przypadkiem mylnie zastosowane zbyt wysokie ceny jednostkowe.

Ponadto wskazał, że dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Zamawiający przygotował i przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie Wykonawców, w sposób przejrzysty i proporcjonalny. Potwierdza to tak ilość, jak i treść wszystkich złożonych ofert w zakresie zaproponowanego przez Wykonawców spełniania kryteriów pozacenowych. Wszyscy Wykonawcy w kryteriach pozacenowych otrzymali maksymalną ilość punktów.

Przystępujący w piśmie procesowym 25 października 2021r. wniósł o oddalenie odwołania stwierdzając, że zgłoszone zarzuty są bezzasadne. Zakwestionował istnienie po stronie Odwołującego interesu we wniesieniu odwołania wskazując, że oferta Odwołującego powinna podlegać odrzuceniu, jako złożona przez wykonawcę podlegającego odrzuceniu.

Odnosząc się do zarzutów rażąco niskiej ceny wskazał, że ceny ofert dwóch wykonawców są bardzo zbliżone, a cena oferty nr 3 dalece odbiega średniej arytmetycznej, w związku z czym, można założyć, że oferowane ceny są cenami rynkowymi i złożone oferty nie powinny budzić wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia.

Wyjaśnił, że wyceny pozycji do przetargu dokonano metodą własną w oparciu o kalkulacje poparte wieloletnim doświadczeniem, skutkującym wyborem optymalnej metody wykonania zamówienia przy możliwie najlepszym wykorzystaniu zasobów materiałowych i sprzętowych. Ponadto wskazał, że do wyliczenia kosztów robocizny przyjęto stawkę 21,5 zł/rbg. Prace planowane przez Zamawiającego w ramach tego postępowania zlokalizowane będą w odległości max.15 km od siedziby firmy co również powoduje obniżenie kosztów przez braku konieczności oddelegowania pracowników i niższe koszty dojazdów. Często realizacja tych prac będzie się odbywała bądź w bezpośrednim sąsiedztwie naszej Firmy.

Przystępujący w piśmie procesowym przedstawił analizę szczegółową pozycji, które według niego są dominujące i w zasadzie to one są realizowane, w tym kalkulację dotyczącą odśnieżania 1 km całej szerokości jezdni nieutwardzonej, pozycji posypywanie 1 km całej szerokości jezdni solą drogową - drogi utwardzone oraz kalkulację pozycji posypywanie 1 km całej szerokości jezdni niechemicznymi środkami – drogi nieutwardzone. Wskazał, że kalkulacje obejmowały i uwzględniały przepisy prawa o minimalnym wynagrodzeniu, koszty zakupu soli drogowej, czy też amortyzację i koszty paliwa. Odnosząc się do zarzutów dotyczących wykazanych w ofercie pojazdów przeznaczonych do realizacji przedmiotu zamówienia wyjaśnił, że będzie wykorzystywał wszystkie te pojazdy do realizacji przedmiotu zamówienia. Wykorzystywane będą do wykonywania objazdów (obowiązkowe patrole) do usuwania śliskości na przykład na przykład autobusowych oraz w przypadku IVECO STRALIS CB 762 GJ do ewentualnego wywozu śniegu. Jednocześnie wskazał, że posiada wysokie stany magazynowe środków do zwalczania śliskości dróg i chodników. Zakupu tych materiałów dokonano w okresie letnim przy znacznie niższych cenach tych towarów i dużej ich dostępności (doświadczenia wieloletnie przy realizacji tego typu usług).

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także złożone dowody ustaliła, co następuje:

odwołanie podlegało oddaleniu.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę. Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 Pzp. Izba stwierdziła, że podnoszona przez Przystępującego argumentacja zasadzająca się na twierdzeniach, że w związku z tym, że Odwołujący winien podlegać wykluczeniu z tego postępowania, nie można uznać, że posiada on interes do wniesienia odwołania, nie zasługiwała na uwzględnienie. Podkreślić należy, że po pierwsze Zamawiający w niniejszym stanie faktycznym, nie dokonywał oceny podmiotowej Odwołującego, a tym bardziej nie dokonał odrzucenia jego oferty jako wniesionej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp) jako wykluczenia z postępowania. Skoro tak to Izba, stwierdziła, że Odwołujący jako wykonawca posiada interes we wniesieniu odwołania. Po drugie wskazać należy, że zgodnie z art. 525 ust. 4 Pzp czynności uczestnika postępowania odwoławczego nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił, z wyjątkiem przypadku zgłoszenia sprzeciwu, o którym mowa w art. 523 ust. 1, przez uczestnika, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego. W związku natomiast z faktem, że twierdzenia i stanowisko Przystępującego co do braku interesu po stronie Odwołującego we wniesieniu odwołania nie były zbieżne ze stanowiskiem Zamawiającego w tym zakresie, Izba również z tego powodu oddaliła wniosek Przystępującego.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę P. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą DROMAKS P. M. ustalając, że przystąpienie wpłynęło w terminie określonym w art. 525 ust. 1 Pzp.

Izba ustaliła:

Zamawiający w punkcie 20.1 ppkt. 3) SWZ jako pozacenowe kryterium oceny ofert ustanowił kryterium „Ochrona środowiska” nadając mu wagę 20 pkt. W pkt. 20.3. ppkt. 3) SWZ wskazał, że w ramach kryterium „Ochrona środowiska” (O) punkty zostaną przyznane w skali punktowej do 20 punktów, za pojazdy spełniające normę emisji spalin min. EURO 5, za pomocą których Wykonawca będzie realizował zamówienie, wykazane przez Wykonawcę w Formularzu Ofertowym. W celu potwierdzenia, iż wykazane przez Wykonawcę w Formularzu oferty spełniają ww. wymagania wraz z ofertą wykonawca zobowiązany był złożyć kopie dokumentu potwierdzającego spełnianie ww. normy emisji spalin (np. kopię wydruku z badania diagnostycznego pojazdu z emisji spalin). Zamawiający określił także, że za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, która uzyska łącznie największą liczbę punktów we wszystkich kryteriach (oprócz powyższego- kryterium cenowe i kryterium czasu reakcji).

Ponadto Izba ustaliła, że w pkt. 7.2. ppkt. 4) SWZ Zamawiający wymienił pojazdy i urządzenia, jakimi zobowiązany jest dysponować Wykonawca (2 koparko-ładowarki, 2

Sygn. akt KIO 3123/21

pojazdy samowyladowcze, 3 pojazdy wyposażone w pług i solarke, 1 piaskarko- solarka, 1 pojazd z napędem na 4 koła o mocy nie mniejszej niż 70 kW (w celu usuwania z dróg pojazdów, stanowiących zagrożenie dla innych użytkowników dróg, które ze względu na panujące warunki drogowe nie mogą samodzielnie się przemieścić), 1 zamiatarka samojezdna do oczyszczania ulic i 1 zamiatarka samojezdna do oczyszczania chodników).

W pkt. 3.1. i 6.2. OPZ oraz § 2 ust. 11 PPU Zamawiający określił, że wszystkie materiały do ZUD gromadzi Wykonawca we własnym zakresie, a nadto muszą one spełniać wymagania Rozporządzenia Ministra Środowiska w sprawie rodzajów i warunków stosowania środków, jakie mogą być używane na drogach publicznych oraz ulicach i placach z dnia 27 października 2005 r. (Dz. U. nr 230, poz. 1960)- dalej Rozporządzenie i być używane w ilościach w nim podanej.

W pkt. 4 OPZ „Wymagania sprzętowe” Zamawiający postanowił, że pojazd wykonujący na drodze prace związane z zimowym utrzymaniem dróg powinien zgodnie z art. 54 ustawy Prawo o ruchu drogowym (Dz. U. z 2021 r., poz. 450, 463, 694, 720) być wyposażony i wysyłać żółty sygnał błyskowy odpowiadający warunkom określonym w § 38 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 31 grudnia 2002r. w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia (Dz. U. z 2016 r., poz. 2022).

Części urządzeń zamontowanych na pojeździe, wystające poza obrys pojazdu powinny odpowiadać warunkom określonym w § 39 wyżej wymienionego rozporządzenia. Wszystkie pojazdy (pługo-solaraki, małe zestawy do odśnieżania i posypywania chodników i ciągów pieszo – rowerowych, koparko – ładowarki, samochody samowyladowcze, samochody dostawcze o DMC 3,5 tony, pojazd z napędem 4x4 lub 6x4) Wykonawcy wykonujące prace związane z zadaniami ZUD, muszą być wyposażone w system monitoringu i lokalizacji GPS zamontowany na stałe i uniemożliwiający ingerencję w jego pracę.

Pojazdy użyte do zadań ZUD w ilości przekraczającej minimalną wymaganą, również muszą być wyposażone w systemy GPS.

W przypadku wykonania prac sprzętem z niesprawnym urządzeniem GPS lub nieposiadającym systemu GPS, prace te nie zostaną zatwierdzone przez Zamawiającego, chyba że wystąpi nieprzewidziana okoliczność, zdarzenie losowe lub uzasadniona i odpowiednio potwierdzona przez Wykonawcę sytuacja, dająca potwierdzenie na możliwość zatwierdzenia wykonanych prac (film, karty pracy sprzętu itp.).

Wszelkie koszty związane z montażem i użytkowaniem oraz przechowywaniem danych systemu GPS spoczywają po stronie Wykonawcy.

Wykonawca powinien wykazać się dysponowaniem następującego potencjału technicznego i kadrowego:

Sygn. akt KIO 3123/21

- 2 koparko – ładowarki,
- 2 pojazdy samowyladowcze z napędami 6x6 lub 6x4 (w celu wywożenia zalegającego śniegu)
 - 3 pojazdy wyposażone w pług i solarka do jednoczesnego sypania i odśnieżania dróg,
 - 3 pojazdy wyposażone w pług i solarkę przystosowanych do jednoczesnego sypania i odśnieżania chodników, waga takiego zestawu nie może przekraczać 1400 kg
 - 1 piaskarko – solarek,
 - 1 pojazdu z napędem 4x4 lub 6x4, o mocy nie mniejszej niż 70 kW (w celu usuwania z dróg pojazdów, stanowiących zagrożenie dla innych użytkowników dróg, które ze względu na panujące warunki drogowe nie mogą samodzielnie się przemieścić).
- 2 ekipy do prac ręcznych składające się z co najmniej trzech osób w ekipie.
- 2 pojazdy nie przekraczające DMC 3,5T dla ekip do prac ręcznych
- 1 zmiatarki samojezdnej do czyszczenia jezdni dróg na terenie gminy
- 1 zmiatarki samojezdnej do czyszczenia chodników, ciągów pieszo – rowerowych na terenie gminy o dopuszczalnej masie nieprzekraczającej 1400 kg

Wyżej wymieniony sprzęt musi znajdować się na terenie Wykonawcy w dzień podpisania umowy i być w pełnej gotowości do podjęcia działań związanych z ZUD. Zamawiający przeprowadzi kontrolę zaplecza materiałowego i sprzętowego Wykonawcy najpóźniej w dzień podpisania umowy.

Ponadto Izba ustaliła, że w postępowaniu oferty złożyło 4 wykonawców Odwołujący, DROMAKS, J. K. Roboty Drogowo- Budowlane (RDB) i BPRD Sp. z o.o. w Bydgoszczy. Wszyscy wykonawcy zaoferowali czas reakcji 1godzina oraz realizację zamówienia przy wykorzystaniu 4 pojazdów spełniających normę min. EURO 5.

Ceny złożonych ofert kształtowały się następująco:

- 1) BPRD- 2.027.592,00 zł
- 2) DROMAKS- 2.307.960,00 zł
- 3) RDB- 2.468.502,00 zł
- 4) Odwołujący- 2.994.300,00 zł

Ponadto Izba ustaliła, że Przystępujący wskazał w treści oferty, na potrzeby kryterium Ochrona środowiska, że do realizacji zamówienia przewiduje następujące pojazdy, spełniające normę emisji spalin min. EURO 5:

- 1) IVECO STRALIS CB762GJ,
- 2) SKODA FABIA CB362KG,
- 3) SKODA RAPID CB509JF,
- 4) SKODA FABIA CB533JP.

Izba zważyła:

Odnosząc się zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, Izba stwierdziła, że zarzut ten jest bezzasadny.

W ocenie składu orzekającego, z przywołanych postanowień punktu 20.3 SWZ oraz punktu 4 OPZ nie można wywieść wniosku jakoby w kryterium „Ochrona środowiska” niedopuszczalne było podanie samochodów osobowych. Izba ustaliła, że z treści SWZ nie wynikał zakaz takiego wypełnienia punktu 8 Formularza Oferty. Zamawiający na rozprawie również wskazywał na brak takich ograniczeń. Co więcej, Zamawiający podkreślił, że część z zadań objętych niniejszym postępowaniem może, a ze względów ekonomicznych powinna być wykonywana przy użyciu samochodów osobowych generujących niższe koszty jak np. objazdy, czy dowóz ekip na miejsce realizacji zadania.

W konsekwencji powyższego Izba uznała, że oferta Przystępującego jest zgodna z SWZ, a Zamawiający w sposób prawidłowy przyznał temu wykonawcy 20 punktów, z uwagi na fakt podania przez niego 4 pojazdów spełniających normę emisji spalin min. EURO 5.

Tym samym za niezasadny uznany został zarzut dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 SWZ oraz art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 241 ust. 1 i 2 Pzp.

Izba stwierdziła także, że w niniejszym postępowaniu nie doszło do wprowadzania Zamawiającego w błąd, co z kolei wiązałoby się z koniecznością odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp. Po pierwsze wskazać należy, że w opinii składu orzekającego, nie można mówić o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd w sytuacji, gdy Zamawiający od samego początku, tj. od momentu otwarcia ofert ma wiedzę, jakie samochody zostały wskazane w kryterium „Ochrona środowiska”, a ponadto nie sposób założyć, iż Zamawiającemu nie było wiadome, że samochody marki Skoda wskazane w formularzu oferty to samochody osobowe.

W konsekwencji na uwzględnienie nie zasługiwał zarzut dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp.

Izba za niezasadne uznała także zarzuty dotyczące ceny oferty Przystępującego, a dotyczące naruszenia art. 224 ust. 1 i 4-6 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy DROMAKS do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub jej istotnych części składowych.

Po pierwsze, Izba stwierdziła, że nie potwierdził się zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp. Wskazać należy, że zastosowanie sankcji wynikającej z powyższego przepisu możliwe jest dopiero w momencie ustalenia przez Zamawiającego, że cena oferty danego wykonawcy zawiera cenę rażąco

niską. To zaś możliwe jest dopiero po obligatoryjnym wezwaniu wykonawcy przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty i jej istotnych części składowych. Brak natomiast przeprowadzenia procedury wezwania opartej na podstawie art. 224 ust. 1 lub ust. 2 Pzp skutkuje brakiem możliwości zastosowania przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Jak natomiast ustaliła Izba, w niniejszym postępowaniu Przystępujący nie był wzywany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie realności zaoferowanej przez niego ceny oferty z uwagi na brak wystąpienia przesłanek nakładających na Zamawiającego obowiązek jej przeprowadzenia. Powyższe skutkuje natomiast stwierdzeniem, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty naruszenia ww. art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 Pzp należało uznać za przedwczesne, a w konsekwencji podlegające oddalaniu.

Kolejno rozstrzygnięcia Izby wymagała okoliczność, czy w rozpoznawanym stanie faktycznym Zamawiający winien powziąć wątpliwości co do realności cen wskazanych przez Przystępującego wskazanych w Formularzu cenowym.

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

Stosownie do ust. 4 ww. przepisu w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6. Natomiast z ust. 5 wynika, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Zgodnie zaś z art. 224 ust. 6 Pzp odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Podkreślić należy, że użyte w art. 224 ust. 1 Pzp sformułowanie „budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia” wskazuje na wrażenie Zamawiającego charakteryzujące się dużym stopniem subiektywności. Istotne jest, że przepisy Pzp nie określają żadnych przesłanek uzasadniających konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie. Zamawiający może powziąć wątpliwości w oparciu o szereg czynników, w tym doświadczenie nabyte przy udzielaniu tego rodzaju usług, znajomość cen obowiązujących na rynku, ceny innych ofert złożonych w

postępowaniu itp. Wskazać należy, że w wyroku z dnia 27 lutego 2017 r., KIO 293/17 skład orzekający uznał, że „każdorazowo to Zamawiający rozważa czy zachodzą podstawy do żądania tychże wyjaśnień, a obowiązek taki zachodzi po stronie Zamawiającego dopiero wówczas, gdy Zamawiający poweźmie wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska (porównaj: wyrok SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r., XIX Ga 3/07). Podkreślić należy, że to Zamawiający samodzielnie podejmuje decyzję, czy wezwać konkretnego wykonawcę do złożenia wyjaśnień w danym stanie faktycznym. Jednocześnie podkreślić należy, że obecnie Zamawiającemu musi „wydawać się”, że zaoferowana cena jest rażąco niska i jednocześnie musi „budzić wątpliwość” Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za tą zaoferowaną cenę. Pierwszą z przesłanek należy rozpatrywać w kontekście uprawnienia Zamawiającego, jednakże uprawnienia z którego Zamawiający nie może korzystać swobodnie i które musi odnosić do danego postępowania o zamówienia rozpoznawanego w danych realiach rynkowych, to nie może „wydawać się” Zamawiającemu pozornie co do istnienia, bądź pozornie nie „wydawać się”.

Pierwsza z przesłanek stanowiących podstawę zwrócenia się zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień, w tym dowodów, w zakresie zaoferowanej ceny oferty zaistnieć musi wespół z drugą przesłanką tj. zaoferowana cena musi budzić wątpliwości Zamawiającego tzn. że zamówienie nie zostanie wykonane zgodnie z przedmiotem tego zamówienia wskazanym w SIWZ, że zamówienie nie zostanie wykonane zgodnie z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa jak również że zamówienie nie zostanie wykonane zgodnie z zasadami sztuki zawodowej np.: przy użyciu odpowiednich nakładów sprzętowych, osobowych, czasowych z zachowaniem określonych standardów.

Zamawiający rozstrzygając czy ma do czynienia z rażąco niską ceną powinien mieć na uwadze w szczególności „rzeczywistą relację wartości świadczenia pieniężnego do wartości świadczenia niepieniężnego”. Inny sposób dokonania badania zaoferowanej w danym postępowaniu w przez wykonawcę ceny może prowadzić do krzywdzącego innych wykonawców działania Zamawiającego.”

W wyroku z dnia 31 maja 2016 r., KIO 820/16, skład orzekający zwrócił uwagę, że zwroty „Wydaje się” czy „budzi wątpliwości zamawiającego” są pojęciami nieostrymi i należy uznać, że celowo zostały te pojęcia wprowadzone przez ustawodawcę, by dać zamawiającym szerokie możliwości działania, z których winni korzystać w uzasadnionych sytuacjach, dla zapewnienia uczciwej konkurencji w postępowaniu oraz w celu wyboru wykonawcy, który za zaoferowaną cenę rzeczywiście może wykonać zamówienie w sposób zgodny z oczekiwaniami i wymogami zamawiającego. Jednocześnie należy wskazać, że przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie może być odczytywany jedynie jako uprawnienie zamawiającego, nie podlegające kontroli. Przeciwnie, norma prawna zawarta w tym przepisie przewiduje obowiązek przeprowadzenia procedury wyjaśniającej, a tym samym

zaniechanie tego obowiązku - gdy okoliczności sprawy wskazują o istnieniu uzasadnionych podstaw do zastosowania art. 90 ust. 1 ustawy Pzp - może być podnoszone w ramach środków ochrony prawnej.”.

Ponadto podkreślić należy, że w świetle przepisu art. 224 ust. 1 Pzp dla powstania obowiązku wezwania do wyjaśnień nie jest wystarczające, że jakkolwiek element oferty budzi wątpliwości co do realności wyceny, przepis ten wprost stanowi, że dotyczy to tylko elementów istotnych. Ustawa nie określa, według jakich kryteriów należy oceniać kwestię istotności elementu składowego ceny. W ocenie Izby należy przyjąć, że istotne są te elementy, których wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest znaczny lub od których – ze względu na ich merytoryczne znaczenie – zależy osiągnięcie zasadniczych celów, dla których zamówienie jest udzielane. Chodzi więc o elementy istotne pod względem wartościowym lub merytorycznym, mogące zaważyć na powodzeniu zamówienia jako całości. Podkreślenia wymaga, że w postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu, że zaistniały określone w art. 224 ust. 1 Pzp przesłanki wezwania do wyjaśnień, obciąża – na zasadach ogólnych – Odwołującego. Odwołujący był więc zobowiązany wykazać, że cena całkowita oferty lub jej elementy składowe, w tym przede wszystkim wycena pozycji numer 1, której wysokość została przez Odwołującego uznana za rażąco niską ma charakter istotny i jest tak niska, że obiektywnie powinny wzbudzić wątpliwości co do ich realności.

Izba analizując treść złożonego pisma procesowego i udzielonych przez Przystępującego tak przykładowych wyjaśnień dotyczących kalkulacji co do głównych elementów kształtujących cenę oferty, które jak wskazał będą „na pewno” realizowane uznała, że w niniejszym postępowaniu nie zaszły przesłanki do zastosowania przez Zamawiającego przepisu art. 224 ust. 1 Pzp.

Po pierwsze zauważyć należy, że cena oferty Przystępującego w stosunku do wartości szacunkowej wynosi 71,19%, w stosunku do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert stanowi 94,22%. Ponadto jak wskazał Zamawiający, badając kwestię rażąco niskiej ceny wziął pod uwagę cenę oferty Odwołującego z 2020r., który realizował w tym okresie usługę na rzecz Zamawiającego, tj. kwotę 567.000 zł i porównał ją z ceną zaoferowaną przez Przystępującego, w wyniku czego ustalił, że kwota Przystępującego jest o ok. 30 % wyższa od ceny oferty z 2020r. Zamawiający wyjaśnił, że powyższe w jego ocenie potwierdza realność ceny oferty Przystępującego, bowiem cena uwzględnia wzrost cen. Ponadto Zamawiający wyjaśniał, że w jego ocenie realność ceny Przystępującego wynikała także z porównania cen ofert złożonych przez wykonawców, z których ceny 3 ofert były do siebie zbliżone. Jak wskazywał Zamawiający dokonana przez niego ocena zaistnienia rażąco niskiej ceny Przystępującego nie wzbudziła u niego żadnych wątpliwości co do jej realności. Powoływał się także na doświadczenie nabyte przy udzielaniu tego

rodzaju usług, znajomość cen obowiązujących na rynku, ceny innych ofert złożonych w postępowaniu i wskazywał, że wszystkie okoliczności, które zaistniały w postępowaniu nie spowodowały, że powziął jakiegokolwiek wątpliwości co do prawidłowości ceny oferty DROMAKS.

W ocenie Izby powyższe stanowisko Zamawiającego i wyjaśnienia Przystępującego pozwalają uznać stanowisko Zamawiającego za prawidłowe.

Odnosząc się natomiast do pierwszej z zakwestionowanych pozycji Formularza cenowego, tj. pozycji nr 2 dotyczącej „odśnieżania całej szerokości jezdni nieutwardzonej” to wskazać należy, że Przystępujący przedstawił kalkulację, w wyniku której wykazał sposób skalkulowania tej stawki, a ponadto wykazał możliwość uzyskania zysku. Izba ponadto przeanalizowała stawki zaoferowane przez wszystkich wykonawców i ustaliła, że kształtowały się one na zbliżonym poziomie 7 zł, 8 zł oraz 12 zł, a jedynie stawka zaoferowana przez Odwołującego (27 zł) znacznie odbiegała od tych kwot. W ocenie Izby nie sposób uznać, że tylko Odwołujący skalkulował stawkę za powyższą usługę w sposób należyty, a pozostali wykonawcy, prowadzący działalność gospodarczą w powyższym zakresie dokonali nieprawidłowej, zaniżonej oceny. Przystępujący wskazał, że przy szacowaniu uwzględnił zarówno prawidłową stawkę za roboczogodzinę ustaloną przy uwzględnieniu przepisów dotyczących minimalnego wynagrodzenia za pracę, koszty paliwa oraz amortyzację sprzętów. Ponadto przedstawił przyjęte przy tym założenia.

Również Przystępujący w sposób szczegółowy przedstawił sposób kalkulacji i założenia w zakresie pozycji nr 3 i 5 Formularza cenowego oraz przedłożył dowód w postaci oferty na zakup soli drogowej, co uwiarygodniło podnoszone przez niego twierdzenia. Co więcej z wyjaśnień wynika, iż uwzględnił on w kalkulacji wzrost cen za zakup tego surowca. Podkreślić należy, że na rozprawie Przystępujący wyjaśnił, iż jest właścicielem wyrobiska, co pozwala mu na uzyskiwanie piasku wykorzystywanego na posypywanie dróg w atrakcyjnej cenie. Niemniej jednak Izba porównała ceny zawarte w Formularzach pozostałych wykonawców i ustaliła, że poza cenami zawartymi w Formularzu cenowym Odwołującego, ceny te są porównywalne, a co więcej cena Przystępującego wskazana w pozycji 3 jest drugą najwyższą ceną (za Odwołującym) zaoferowaną za usługę posypywania 1 km całej szerokości jezdni solą drogową.

Odnosząc się do pozycji nr 7, 8 i 9 to wskazać należy, że Izba uznała, że nie sposób uznać, że wartość tych pozycji stanowiła istotną część zamówienia, Odwołujący natomiast tej kwestii nie wykazał. Co prawda wskazywał, iż przy wynagrodzeniu kosztorysowym każda pozycja stanowi istotny składnik ceny, niemniej w ocenie składu orzekającego łączna cena za te pozycje 66 000 zł w zestawieniu z ceną oferty Przystępującego w kwocie 2 307 960 zł stanowi 3% ceny tej oferty. Ponadto Izba stwierdziła, że skoro jak wynika z pisma

Przystępującego wskazującego, że przy kalkulacji cen uwzględnił on zarówno koszty wynagrodzenia pracowników uwzględniających przepisy o minimalnym wynagrodzeniu oraz koszt zakupu paliwa i amortyzacji, czym podważył wyliczenia Odwołującego, to Izba uwzględniając wycenę pozycji w innych ofertach uznała, że ceny te są wiarygodne, co z kolei potwierdza stanowisko Zamawiającego, że nie powziął on wątpliwości co do prawidłowości ceny po jej badaniu. Również analiza cen złożonych przez dwóch pozostałych wykonawców wskazuje, że po stronie Zamawiającego nie było podstaw do powzięcia wątpliwości co do prawidłowości kalkulacji ceny oferty.

Odnosząc się końcowo do pozycji nr 4 „posypywanie 1 km całej szerokości jezdni chlorkiem magnezu” to Izba stwierdziła, że cena Przystępującego odbiega od cen zaofertowanych przez pozostałych wykonawców o ponad 60%. Jednakże w ocenie Izby nie można uznać, że powyższa pozycja stanowiła istotny składnik ceny. Podkreślić jeszcze raz należy, że dla powstania obowiązku wezwania do wyjaśnień nie jest wystarczające, że jakkolwiek element oferty budzi wątpliwości co do realności wyceny, przepis ten wprost stanowi, że dotyczy to tylko elementów istotnych. Natomiast w ocenie Izby uwzględniając procentową wartość tej pozycji należy przyjąć, że nie stanowi ona istotnego elementu ceny oferty i zamówienia, od którego zależałoby powodzenie realizacji umowy, lub który wpłynąłby na jej powodzenie.

W konsekwencji Izba uznała, że skoro dokonana ocena danych doprowadziła do wniosków, że wystąpiły przesłanki potwierdzające prawidłowość kalkulacji w ofercie Przystępującego, to Zamawiający nie miał obowiązku wzywania Przystępującego do wyjaśnień i słusznie po jego stronie nie powstały wątpliwości co do realności ceny oferty.

Izba oddaliła dowody złożone przez Odwołującego stwierdzając, że przyjęte przez Odwołującego założenia nie mogą potwierdzać, że pozostali wykonawcy – będący profesjonalistami, posiadającymi wieloletnie doświadczenie w tego typu pracach - kalkulując cenę oferty uczynili to w sposób niewłaściwy i zaniżony. W tym miejscu wskazać bowiem należy, że okolicznością notoryjną, a więc nie wymagającą żadnego dowodu jest fakt, że na każdą cenę ma wpływ cały szereg okoliczności i czynników indywidualnie dotyczących każdego przedsiębiorcy. Tak jak zestawienie różnych cen nie może stanowić dowodu, że cena jednego przedsiębiorcy jest realna, a każda niższa cena jest ceną nierynkową, ponieważ różne podmioty, o różnej historii na rynku, różnej wiarygodności finansowej, różnych relacjach handlowych, odmiennej siatce podwykonawców i innej specyfice pracy oraz doświadczeniu, uzyskują różne ceny ofertowe w zakresie oferowanego towaru bądź świadczonej usługi. Nie świadczy to natomiast o oferowaniu ceny rażąco niskiej, a o prawidłowym funkcjonowaniu konkurencyjnej gospodarki rynkowej i zawsze w na rynku konkurencyjnym znajdują się podmioty, które oferują wykonanie danej usługi w znacznie wyższej cenie niż ich konkurent. Podkreślić należy, że każdy z wykonawców będących

Sygn. akt KIO 3123/21

profesjonalistą kalkuluje cenę oferty uwzględniając sprzyjające jemu okoliczności i uwzględniając stosowaną przez siebie politykę cenową.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Pzp w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....