

WYROK

z dnia 14 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 października 2013 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 września 2013 r. przez wykonawcę

GRAWIL Sp. z o.o. ul. Komunalna 7, 87-800 Włocławek

w postępowaniu prowadzonym przez

Zarząd Dróg Wojewódzkich w Łodzi ul. Sienkiewicza 3, 90-113 Łódź

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Tadeusza Badery prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Badera Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa Dalachów 354, 46-325 Rudniki i Bader Drog Sp. z o.o. Sp. komandytowa Dalachów 354, 46-325 Rudniki** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o po stronie odwołującego,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Ośrodek Aktywizacji i Szkoleń Sp. z o.o. ul. Próchnika 5, 90-408 Łódź i „Noventa” Spółdzielnia Socjalna w Łodzi ul. Kilińskiego 236, 93-133 Łódź** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża GRAWIL Sp. z o.o. i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez GRAWIL Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od GRAWIL Sp. z o.o. na rzecz Zarządu Dróg Wojewódzkich w Łodzi 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. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 907) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e

Zamawiający – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Łodzi prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „zimowe utrzymanie pasów drogowych wraz ze sprzątnięciem pozimowym pasów drogowych w ciągach dróg wojewódzkich administrowanych przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Łodzi w sezonach zimowych 2013-2014, 2014-2015, 2015-2016” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2013/S 127-218377. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

30 września 2013 r. odwołujący – Grawil Sp. z o.o. wniósł odwołanie od czynności wadliwego badania i oceny ofert, w szczególności oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Ośrodek Aktywizacji Zawodowej i Szkoleń Sp. z o.o. w Łodzi oraz Spółdzielnia Socjalna „Noventa” w Łodzi (zwanych dalej „konsorcjum OAZiS”) oraz oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Bader-Drog Sp. z o.o. Sp.k. i Tadeusza Badery prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Badera” Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa Tadeusz Badera (zwanych dalej „konsorcjum Bader-Drog”) zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum OAZiS, pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum OAZiS, pomimo że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego nie złożyło należytych wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,
3. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Bader-Drog, pomimo że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
4. art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum Bader-Drog do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, pomimo że cena oferty odbiega od szacunkowej wartości zamówienia ustalonej przez

zamawiającego i stanowi nie więcej niż 58,81% wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego,

5. art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wadliwe badanie i ocenę ofert oraz wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. odrzucenia oferty konsorcjum OAZiS na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych,
4. odrzucenia oferty konsorcjum Bader-Drog na podstawie art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,
5. dokonania wyboru oferty Grawil Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu,

względnie o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. odrzucenia oferty konsorcjum OAZiS na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych,
3. wezwania konsorcjum Bader-Drog do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,
4. powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej

oraz o przyznanie na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocników oraz dojazdów na rozprawę według norm przepisanych.

Odwołanie dotyczy zadania 2.: „Zimowe utrzymanie pasów drogowych wraz ze sprzętaniem poziomym pasów drogowych w ciągach dróg wojewódzkich administrowanych przez Rejon Dróg Wojewódzkich w Łowiczu w sezonach zimowych 2013-2014, 2014-2015, 2015-2016”.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, iż zamawiający określił wysokość wadium na poziomie 130.000 złotych, co oznacza, że oszacowana wartość zamówienia wynosi co najmniej 4.330.000 złotych. Cena oferty konsorcjum OAZiS wynosi 2.144.714,92 zł, co stanowi nie więcej niż 49,50 % szacunkowej wartości zamówienia, a cena oferty konsorcjum Bader-Drog wynosi 2.548.447,70 zł, tj. 58,81 % szacunkowej wartości zamówienia. Zatem już samo porównanie wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego i cen kwestionowanych ofert musi prowadzić do wniosku, że ceny te są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i dlatego obie kwestionowane oferty winny zostać odrzucone.

Do odwołania odwołujący załączył własne wyliczenia, które, jego zdaniem, wskazują, że zaoferowane w kwestionowanych ofertach ceny nie dają możliwości należytej realizacji zamówienia bez straty, ponieważ koszty realizacji będą wyższe niż ceny ofertowe.

Zdaniem odwołującego zamawiający dokonał niewłaściwej oceny pisma konsorcjum OAZiS złożonego w odpowiedzi na skierowane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wezwanie do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Przedmiotowe pismo stanowi tylko pozorne wyjaśnienie, ponieważ zawiera niemal wyłącznie ogólne stwierdzenia odwołujące się do sposobu kalkulacji ceny ofertowej i założonych przez konsorcjum warunków realizacji zamówienia. W piśmie tym brak jest dokładnego i konkretnego przedstawienia wszystkich składników cenotwórczych, co nie daje zamawiającemu żadnej możliwości rzeczywistej weryfikacji rzetelności i prawdziwości kalkulacji cenowej zastosowanej przez konsorcjum OAZiS, dlatego zamawiający winien był uznać, że tego rodzaju pismo nie stanowi w ogóle niezbędnych wyjaśnień wykonawcy w rozumieniu art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a co za tym idzie, stanowi bezwzględną przesłankę do odrzucenia oferty na podstawie tego przepisu.

Zamawiający dopuścił się również naruszenia przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum Bader-Drog do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, pomimo że cena oferty odbiega dalece od szacunkowej wartości zamówienia. Zamawiający nie podjął konsekwentnych działań w stosunku do obu tych ofert, gdyż powziął wątpliwości co do rażąco niskiej ceny oferty konsorcjum OAZiS, a jednocześnie bezzasadnie poniechał tego rodzaju wątpliwości w stosunku do oferty konsorcjum Bader-Drog, pomimo że poziom cenowy tych ofert jest zbliżony.

W odpowiedzi zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

W uzasadnieniu zamawiający wskazał, że odwołujący podniósł kwestię proporcji cen obu ofert do szacunkowej wartości zamówienia oraz omówił zawartość poszczególnych elementów cen jednostkowych jednocześnie odwołując się do swoich doświadczeń związanych z utrzymaniem autostrady A-1 na sąsiadujących terenach. W oparciu o te doświadczenia przedstawił szczegółowe wyliczenia wskazując na 86 dni, jako liczbę zdarzeń wymagających prowadzenia czynnej akcji zimowej, podczas gdy zamawiający założył 40 wyjazdów, w tym około 70 dni z opadami śniegu. Wskazał na nieprawidłowość polegającą na przyjmowaniu w tej sytuacji kosztu 1 samochodu ciężarowego jako całość kosztów niezbędnych do prowadzenia akcji zimowego utrzymania na 1 km drogi i pomijanie kosztów większej ilości jednostek sprzętowych, a także sprzętu ciężkiego: ładowarek i równiarek. Wskazał ponadto, że z uwagi na duże rozczłonkowanie robót nieprawidłowe jest przyjęte przez konsorcjum OAZiS założenie osiągnięcia wydajności 15.000 m² w ciągu 1 godziny w zakresie utrzymania chodników. Jednocześnie jednak wskazał, że możliwe jest w tym przypadku osiągnięcie zysku na poziomie do 15%.

Odwołujący przedstawił wyliczenia podkreślając konieczność uwzględnienia w cenie: kosztów załadunku materiałów, kosztów dodatkowego samochodu do odśnieżania dla 50% czasu i kosztów sprzętu ciężkiego, przy czym posłużył się cenami własnymi. Oszacował również koszty pośrednie konsorcjum OAZiS na poziomie 35% kosztów bezpośrednich. W konsekwencji wyliczył stratę konsorcjum OAZiS na poziomie 165.869,84 zł netto. Odwołujący przedstawił również analizę wyjaśnień konsorcjum Bader-Drog dla zadań nr 1 i nr 5, bowiem w przypadku zadania nr 2 takiego wezwania zamawiający nie kierował.

Zamawiający wskazał, iż dla zadania 2. zostały złożone 3 oferty: odwołującego z ceną 4.614.401,42 zł, konsorcjum OAZiS z ceną 2.144.714,92 zł oraz konsorcjum Bader-Drog z ceną 2.548.447,70 zł. Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia 4.767.055,44 zł. W odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień ceny konsorcjum OAZiS przedłożyło wyjaśnienia, w których potwierdziło, że cena została skalkulowana prawidłowo i przy dołożeniu należytej staranności, a przyjęte ceny jednostkowe są cenami rynkowymi i zostały skalkulowane z uwzględnieniem czynników składających się na cenę, tj. piasku, robocizny i amortyzacji sprzętu, zawierają wszelkie koszty bezpośrednio i pośrednio, niezbędne do poniesienia dla terminowego i prawidłowego wykonania zamówienia, zysk oraz wszystkie wymagane przepisami podatki i opłaty. Wskazało też na kalkulację ceny jednostkowej dwóch najbardziej znaczących dla ceny ofertowej elementów: odśnieżania i posypywania chodników oraz koszt pracy samochodu ciężarowego określając go na ok. 20 zł za 1 km. Wskazało, że dysponuje specjalistycznym sprzętem oraz dostateczną liczbą sprawdzonych i doświadczonych pracowników, posiada umowy z dostawcami materiałów, paliwa z dużymi rabatami i korzystnymi warunkami płatności. Posiadany sprzęt wykorzystywany jest przez cały rok, co korzystnie wpływa na obniżenie kosztów utrzymania pojazdów. Duże znaczenie w określaniu cen ma niski koszt zatrudnianych pracowników, gdyż współrealizuje projekty, które mają na celu aktywizowanie osób bezrobotnych – wynagrodzenie uczestnika biorącego udział w projekcie jest współfinansowane ze środków publicznych, co pozwala w dużym stopniu obniżyć koszty. Posiada również podpisane umowy z Powiatowym Urzędem Pracy w Łodzi w ramach prac interwencyjnych dla 25 osób, gdzie refundacja na 1 pracownika wynosi 750 zł wynagrodzenia miesięcznego plus 130,80 zł składki na ZUS opłacanej przez pracodawcę. Współpracuje również ze spółdzielniami socjalnymi oraz zatrudnia osoby z orzeczeniem o niepełnosprawności, których płaca dofinansowana jest przez PFRON. Również Spółdzielnia Socjalna „Noventa” uzyskuje dofinansowanie do swojej działalności w postaci refundacji składek ZUS dla swoich członków (pracowników) w wysokości 503,04 zł miesięcznie. Zrzesza ona 34 osoby, co daje oszczędności w skali 1 miesiąca w wysokości 12.072,96 zł.

W ocenie Zamawiającego odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, nie sposób bowiem zgodzić się z zarzutami uwzględniając stan faktyczny. Ocena złożonych przez konsorcjum OAZiS wyjaśnień dowodzi, że w tym konkretnym przypadku, z uwagi na indywidualne okoliczności niedostępne innym wykonawcom, wykonawca ten miał prawo założyć niższe koszty, które pozwoliły na skalkulowane ceny oferty na wskazanym poziomie bez zakładania strat.

Istotne są też warunki świadczenia usługi – standard zimowego utrzymania drogi, czyli ustalony przez zarządzającego drogą minimalny poziom utrzymania pasów drogowych oraz dopuszczalne odstępstwa od standardu w warunkach występowania opadów śniegu (lub śliskości zimowej), jak również dopuszczalny maksymalny czas występowania tych odstępstw dla dróg objętych zamówieniem znacznie odbiega od standardu przyjętego dla autostrady A1 i powoływanie się odwołującego na doświadczenia, częstość i charakter wyjazdów, a tym samym koszty, nie jest adekwatne do przedmiotu zamówienia objętego postępowaniem. Wymagana przez zamawiającego liczba pługopiasek nie oznacza, że muszą one pracować równocześnie na tym samym kilometrze drogi. Wykonawca do prowadzenia akcji interwencyjnej lub czynnej zimowego utrzymania powinien bowiem wykorzystać taką ilość jednostek sprzętowych, jaka jest niezbędna do prowadzenia działań zgodnie z założonymi standardami.

W przypadku zadania 2. standard II utrzymania to 19,769 km, a standard III 205,037 km. Standard II stanowi zatem jedynie 9,6% całości sieci objętej zimowym utrzymaniem. W przypadku standardu III posypywanie nawierzchni występuje jedynie lokalnie, co oznacza mniejszą pracochłonność i mniejsze zużycie materiału (a więc i załadunek), niż w przypadku standardu II. Drogi te są drogami jednoprzestrzennymi i o niewielkiej szerokości. Stosowanie zestawu składającego się z dwóch pługów przewiduje się jedynie przy intensywne opadach śniegu. Nie jest tu również zasadne odwoływanie się do wyjątkowo śnieżnej ostatniej zimy, gdyż zimy poprzednie nie charakteryzowały się taką ilością i częstotliwością opadów śniegu – zgodnie z informacjami IMiGW liczba dni z pokrywą śnieżną w roku 2012 przekroczyła o 47 dni średnią z wielolecia 1971-2000.

Uwzględniając okoliczność, że cena oferty konsorcjum OAZiS była istotnie niższa od szacunkowej wartości zamówienia, a także wystąpiła różnica ponad 10% pomiędzy ceną określoną w ofercie konsorcjum OAZiS i ofercie konsorcjum Bader-Drog zamawiający wezwał konsorcjum OAZiS do przedstawienia wyjaśnień w sprawie elementów ceny mających wpływ na wysokość oferty.

Art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że zamawiający może uznać, iż cena oferty jest ceną rażąco niską i odrzucić ofertę tylko wówczas, gdy wyjaśnienia nie zostały złożone lub ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że cena oferty jest ceną rażąco niską. W ocenie zamawiającego wyjaśnienia konsorcjum OAZiS

złożone w odpowiedzi na wezwanie były wystarczające i przekonujące i nie dawały podstaw do przyjęcia, że zaoferowana cena jest rażąco niska. Wskazały na indywidualny charakter czynników niedostępnych innym wykonawcom w postępowaniu, tj. pomoc publiczną i refundację dla pracowników w wysokości 750 zł wynagrodzenia miesięcznego oraz 130,80 zł składki na ZUS oraz dofinansowanie dla Spółdzielni Socjalnej „Noventa”, która również uzyskuje dofinansowanie dla pracowników w wysokości 503,04 zł miesięcznie. Pozwala to na istotne obniżenie kosztów działania wykonawcy.

Nie ma wymogu, aby w wyjaśnieniach konsorcjum OAZiS musiały znaleźć się szczegółowe kalkulacje.

Zamawiający wziął pod uwagę konkretne wskazane przez konsorcjum OAZiS w ramach złożonych wyjaśnień okoliczności dotyczące indywidualnej sytuacji tego wykonawcy, w tym obiektywne okoliczności mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Nie jest bowiem wystarczające porównanie jedynie arytmetyczne cen ofert oraz wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia, ustalonej przez zamawiającego.

Przedmiotem zamówienia jest usługa, w której istotną część kosztów związanych z realizacją zamówienia stanowi koszt pracy ludzkiej.

Celem postępowania jest udzielenie zamówienia za możliwie niskie wynagrodzenie, a granica pomiędzy najniższą ceną będącą efektem konkurencji pomiędzy podmiotami a rażąco niską ceną jest nieostra. Występowanie różnic pomiędzy cenami zaoferowanymi w ofertach złożonych przez poszczególnych wykonawców jest naturalnym objawem konkurencji i nie jest wystarczające dla postawienia zarzutu rażąco niskiej ceny cenie którejs z ofert. Oferta najkorzystniejsza cenowo jest z reguły ofertą z ceną niższą niż szacunkowa wartość zamówienia. Również w przypadku pozostałych zadań wystąpiła znaczna różnica w wysokości zaoferowanych cen, która wahała się od 29% do 107% szacunkowej wartości zamówienia, przy czym żadna z cen nie została uznana za rażąco niską.

Zamawiający musi szacować wartość zamówienia z uwzględnieniem zasady ostrożnej wyceny przedmiotu zamówienia, w sposób uśredniony i nie nadmiernie optymistyczny, skoro odnosi się ona do niedających się przewidzieć zachowań wykonawców, działających w ramach rynku konkurencyjnego. Wartość szacunkowa zamówienia nie może odpowiadać najniższej spodziewanej cenie, a stanowi raczej wyraz uśrednionych oczekiwań co do odpowiedzi wykonawców.

Co do zarzutu zaniechania wezwania konsorcjum Bader-Drog o wyjaśnienia w zakresie ceny – zamawiający musi mieć przesłanki do zastosowania art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych racjonalnie uzasadniające wezwanie do złożenia wyjaśnień w kontekście zarzutu rażąco niskiej ceny oferty, a w przypadku uznania za najkorzystniejszą oferty konsorcjum OAZiS wzywanie takie nie było racjonalne. Zamawiający nie jest uprawniony do

stosowania tego przepisu „z ostrożności” w sytuacji, gdy brak jest podstaw do stwierdzenia, że cena oferty jest ceną rażąco niską.

Wobec niepotwierdzenia się zarzutów dotyczących czynności wyboru oferty najkorzystniejszej zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych również nie zasługuje na uwzględnienie.

Przystąpienie po stronie odwołującego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Bader-Drog Sp. z o.o. Sp.k. i Tadeusz Badera prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „Badera” Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa Tadeusz Badera popierając stanowisko odwołującego.

Przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Ośrodek Aktywizacji Zawodowej i Szkoleń Sp. z o.o. w Łodzi oraz Spółdzielnia Socjalna „Noventa” w Łodzi.

Przystępujący stwierdził, iż zarzuty odwołania zawierają wadliwe założenia, bowiem nie jest on przedsiębiorcą prowadzącym działalność o charakterze zarobkowym, lecz społecznym i nie jest nastawiony na zysk jako taki, jest on inwestowany w cele społeczne.

Zamawiający wymagał pięciu pługopiasek i sprzęt ten jest w posiadaniu przystępującego, jednak do realizacji wystarczą cztery pojazdy, jedna pługopiasek zostaje jako awaryjna. Jedna pługopiasek jest w stanie odśnieżyć 25 km drogi przy jednym wyjeździe. Odśnieżanie 25 km trwa 1-2 godziny. 20 złotych to cena jednostkowa za 1 km drogi i jest to cena średnia. Wykonawca ma potencjał osobowy ok. 200 pracowników. Podana przez niego cena 32,00 zł plasuje się na średnim poziomie spośród cen rynkowych. W Sieradzu oferowano 7,00 zł, w Piotrkowie Trybunalskim 25,00-27,00 zł, w Zgierzu 15,00 zł za posypywanie i 21,00 zł za pługowanie.

Do realizacji zamówienia wykonawca nie potrzebuje własnego piasku i soli, gdyż zapewnia go zamawiający.

Cena dotyczyła 1 km odśnieżania za 1 wyjazd w sezonie, a może ich nastąpić kilkadziesiąt. Do realizacji zamówienia przewidział 12 kierowców oraz 10-12 osób do oczyszczania chodników.

Zgodnie z przepisami prawa spółdzielnie socjalne otrzymują dopłatę do ZUS dla pracowników przez 2 lata pracy, a przez trzeci rok połowę wysokości do każdego członka spółdzielni związanego spółdzielczą umową o pracę.

Przedstawił kalkulację poz. 1 i 4 kosztorysu dla zadania nr 2 oraz informację o dopłacie do pracowników. Wskazany w niej koszt 8,307 zł za 1 km dotyczy tylko przejazdu jednostronnego, razem dawałby koszt 16,61 zł. W swoich wyjaśnieniach wskazał, iż na 1 km

przewiduje 20,00 zł, dlatego pozostają mu 3,40 zł zapasu na nieprzewidziane wydatki, czyli z każdego przejazdu byłoby to ok. 3 400,00 zł.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń i dokumentów Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między stronami.

Odwołanie dotyczy zadania 2., tj. zimowego utrzymania pasów drogowych wraz ze sprzątnięciem pozimowym pasów drogowych w ciągach dróg wojewódzkich administrowanych przez Rejon Dróg Wojewódzkich w Łowiczu w sezonach zimowych 2013-2014, 2014-2015, 2015-2016. Dla tego zadania zostały złożone 3 oferty: konsorcjum OAZIS z ceną 2.144.714,92 zł, konsorcjum Bader-Drog z ceną 2.548.447,70 zł oraz odwołującego z ceną 4.614.401,42 zł.

Jak wynika z powyższego, ceny dwóch pierwszych ofert są do siebie dość podobne, natomiast cena trzeciej oferty jest od nich znacznie wyższa, natomiast w większym stopniu odpowiada wyliczeniom zamawiającego, który wartość szacunkową zamówienia podstawowego określił na 4.767.055,44 zł brutto (przewidział też zamówienia uzupełniające 50%).

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia do zimowego utrzymania dróg zalicza się:

1. usuwanie śniegu z jezdni, chodnika, pobocza oraz innych elementów pasa drogowego, tj. zatoki autobusowe, parkingi, ścieżki pieszo-rowerowe,
2. zapobieganie powstawaniu i zwalczaniu śliskości zimowej poprzez stosowanie materiałów (sól drogowa, piasek, solanka),
3. pozimowe sprzątnięcie jezdni, chodników i wpustów ulicznych,
4. wyjazdy interwencyjne na wezwania straży pożarnej i policji w związku z zaistniałymi wypadkami bądź awariami.

Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia przewidział pracę sprzętu w ilości 40 wyjazdów w każdym sezonie. Okres pracy sprzętu rozpoczyna się z chwilą zgłoszenia

gotowości przez wykonawcę do dyżurnego akcji zimowej, który takie wezwanie do wykonawcy kieruje. Zgłoszenie się do pracy bez wezwania dyżurnego nie będzie opłacane przez zamawiającego (pkt 11-13 opisu).

Zamawiający wymagał, aby wykonawca posiadał sprzęt do utrzymania dróg: pługopiaskarki i pługosolarki, pługi lemieszowe, równiarki z zamontowanym pługiem, pługi wirnikowe, spychacze, ładowarki.

Materiał w postaci soli drogowej, piasku i solanki zabezpieczy zamawiający (str. 7 opisu).

Konsorcjum OAZiS w swojej ofercie zaproponowało za zimowe utrzymanie dróg 32 zł netto za 1 km w sezonie 2013-2014 i 2014-2015 oraz 35 zł netto za 1 km w sezonie 2015-2016, co przy wskazanej przez zamawiającego ilości kilometrów i przewidywanej ilości wyjazdów dało wartość brutto za sezon 2013-2014 kwotę 310.771,81 złotych, za sezon 2014-2015 kwotę 310.771,81 zł oraz za sezon 2015-2016 kwotę 339.906,67 złotych.

Za zimowe utrzymanie chodników wykonawca ten zaproponował 15 zł za 100 m² za sezon 2013-2014 i 2014-2015 oraz 16 zł za sezon 2015-2016, co dało łącznie odpowiednio 326.328,84 złotych w latach 2013-2014 i 2014-2015 oraz 347.988,10 złotych w sezonie 2015-2016.

Wykonawca ten wskazał też dla wszystkich sezonów cenę jednostkową netto 300 złotych za kilometr za pozimowe sprzątnięcie jezdni oraz 0,20 zł/m² pozimowego oczyszczania chodników i 30 złotych za oczyszczenie jednego wpustu ulicznego. Wyjazd interwencyjny wycenił na 25 zł netto za km, co przy założonych 100 km i 10 wyjazdach dało kwotę 25.000 zł za sezon.

W ofercie konsorcjum Bader-Drog zimowe utrzymanie dróg wyceniono na 26 zł netto za 1 km w sezonie 2013-2014, 27 zł w sezonie 2014-2015 oraz 28 zł netto w sezonie 2015-2016, co dało wartość brutto za sezon 2013-2014 kwotę 252.502,10 złotych, za sezon 2014-2015 kwotę 262,213,72 zł oraz za sezon 2015-2016 kwotę 271.925,34 złotych.

Za zimowe utrzymanie chodników wykonawca ten zaproponował 20 zł za 100 m² za sezon 2013-2014, 21 zł za sezon 2014-2015 oraz 22 zł za sezon 2015-2016, co dało łącznie odpowiednio 434.985,12 złotych w latach 2013-2014, 456.734,38 złotych w latach 2014-2015 oraz 478.438,63 złotych w sezonie 2015-2016.

Wykonawca ten wskazał też dla wszystkich sezonów cenę jednostkową netto 350/700 zł (omiatanie jednostronne/dwustronne) za kilometr za pozimowego sprzątnięcia jezdni oraz 0,35 zł/m² pozimowego oczyszczania chodników i 50 złotych za oczyszczenie jednego wpustu ulicznego. Wyjazd interwencyjny wycenił na 60 zł netto za km, co przy założonych 100 km i 10 wyjazdach dało kwotę 60.000 zł za sezon.

Zgodnie z postanowieniami rozdziału 9. specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Opis sposobu obliczenia ceny” cena oferty powinna obejmować całkowity koszt realizacji zamówienia wraz z kosztami towarzyszącymi. Ceny określone w formularzu cenowym nie będą zmieniane w trakcie realizacji umowy ani podlegały waloryzacji.

Wykonawcy mieli wypełnić formularz cenowy przygotowany przez zamawiającego.

Zgodnie z § 3 ust. 2 wzoru umowy podstawą rozliczeń za wykonane usługi są ceny jednostkowe poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego. Wynagrodzenie miesięczne stanowić będzie suma iloczynów wykonanych w danym miesiącu jednostek rozliczeniowych danej pozycji kosztorysowej i ceny jednostkowe tej pozycji.

Realizacja zamówienia została przewidziana do 31 maja 2016 r. lub do wyczerpania kwoty umowy, w zależności, co nastąpi pierwsze.

W odniesieniu do samej instytucji wyjaśnień poziomu ceny, o której mowa w art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak i odrzucenia oferty czy to na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 czy art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, należy wskazać przede wszystkim, że różnica między cenami ofert wykonawców, cenami ofert a wartością kosztorysu inwestorskiego i ewentualnie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia uzasadnia wszczęcie procedury wyjaśniającej kwestię rażąco niskiej ceny, jednak nie oznacza sama w sobie istnienia takiej ceny w ofercie danego wykonawcy. Są to bowiem jedynie przesłanki uzasadniające powzięcie przez zamawiającego podejrzeń co do istnienia takiej ceny lub mniemania, że cena może być ceną rażąco niską (nazywane skrótowo domniemaniem, jakkolwiek nie mają nic wspólnego z cywilistycznym *praesumptio*), które jednak z domniemaniem mają tę wspólną cechę, że wykonawca musi zamawiającego przekonać, iż okoliczności te (rażąco niska cena) w stosunku do jego oferty nie zachodzą. W tym celu wykonawca musi złożyć wyjaśnienia na tyle przekonujące, aby zamawiający, oceniając je, doszedł do takiego wniosku. I choć złożenie dowodów, o których mowa w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie jest z formalnego punktu konieczne, to dostarczenie dowodów na poparcie twierdzeń ma niewątpliwe znaczenie dla tej oceny.

Zatem choć wszczęcie procedury wyjaśniającej może zostać zapoczątkowane przez porównanie ww. cen i wartości, to samo ustalanie, czy cena oferty jest, czy nie jest rażąco niska, odnosi się wyłącznie do tej oferty, a wyznacznikiem poprawności ceny jest, czy wykonawca jest w stanie zrealizować zamówienie za zaoferowaną cenę, m.in. czy jest w stanie uzyskać deklarowane ceny materiałów, robocizny, pracy sprzętu, wynagrodzenia pracowników itd.

Dla oceny poprawności w zakresie dokładności i merytorycznej wartości wyjaśnień znaczenie ma też sposób, w jaki prośba zamawiającego o wyjaśnienia zostanie sformułowana – im bardziej szczegółowe i konkretne pytania postawi zamawiający, tym te wyjaśnienia powinny być dokładniejsze, gdyż odpowiedź nie powinna mieć zakresu węższego czy jedynie ogólnego.

Nie ma także przeszkód, by zamawiający – po stwierdzeniu, iż niektóre elementy wyjaśnień wykonawcy budzą jego wątpliwości lub nie są do końca jasne, zażądał ich uszczegółowienia lub udowodnienia.

Wynika więc z tego, iż znaczenie rozstrzygające będzie miało zawsze ustosunkowanie się do konkretnej, złożonej oferty, czy to przez zamawiającego, czy wykonawcę. Zatem również odwołujący dowodząc swoich zarzutów, musi się do oferty odnieść. Natomiast w niniejszym przypadku odwołujący przedstawił w odwołaniu swoją kalkulację – co było zrozumiałe, gdyż składając odwołanie nie dysponował innymi materiałami w tym zakresie niż tylko oferta i wyjaśnienia konsorcjum OAZiS – jednak zupełnie nie odniósł się do kalkulacji kosztów przedstawionej przez tego wykonawcę podczas rozprawy, a która została odwołującemu udostępniona. Zatem zarzutu wystąpienia rażąco niskiej ceny nie można uznać za udowodniony.

Również podczas rozprawy zamawiający i konsorcjum OAZiS wskazali na sposób świadczenia usługi, który ma wpływ na koszty jej świadczenia, a który odmiennie został opisany w kalkulacji odwołującego zawartej w odwołaniu – przede wszystkim nie jest to cena ryczałtowa, lecz zależy od liczby wyjazdów, zatem większa ilość dni z opadami śniegu niż zakładana nie powoduje *de facto* zmniejszenia ceny jednostkowej za wyjazd, lecz zwiększa wynagrodzenie wykonawcy. Wykonawca nie musi też utrzymywać pracowników i sprzętu w całodobowej gotowości do usuwania spadłego śniegu, lecz działa dopiero na wezwanie pracownika zamawiającego.

Co do samych wyjaśnień złożonych przez konsorcjum OAZiS na wezwanie zamawiającego, to oczywiście w dużej mierze zawierają one informacje, aczkolwiek istotne dla kosztów, to jednak ogólne i dostępne wielu przedsiębiorcom, jak posiadanie własnego sprzętu czy zatrudnianie doświadczonych pracowników. Wyjaśnienia te zawierają jednak także konkretne dane, czyli koszt pracy ciągnika do odśnieżania chodnika i samochodu ciężarowego (czyli pługopiasek itp.) oraz kwoty dofinansowania do pracowników z Powiatowego Urzędu Pracy w Łodzi i PFRON, refundacja składek ZUS oraz wysokość oszczędności z tego tytułu. Oczywiście brak w nich tak szczegółowego przedstawienia kalkulacji, jaka została przedstawiona podczas rozprawy, jednak nie można uznać, że wyjaśnienia w ogóle nie zostały złożone. Z drugiej strony wskazują też na elementy, które

pozwalają przypuszczać, że w stosunku do konsorcjum OAZiS rzeczywiście zachodzą okoliczności pozwalające mu obniżyć cenę swoich usług (refundacja dla pracowników, charakter prowadzonej działalności – spółdzielnia socjalna). Zatem zamawiający co najwyżej powinien był poprosić o uszczegółowienie wyjaśnień.

Natomiast co do konsorcjum Bader-Drog – zamawiający nie poprosił tego wykonawcy o wyjaśnienie ceny, niewątpliwie ze względu na to, że cena tej oferty była wyższa niż cena oferty konsorcjum OAZiS. Jednak cena ta różni się tylko nieznacznie, przy tym nie sposób z góry założyć, że również w stosunku do tego wykonawcy zachodzą okoliczności charakterystyczne tylko dla niego albo podobne do wskazanych przez konsorcjum OAZiS, które pozwalają mu obniżyć cenę do takiego poziomu. Tak więc rzeczywiście byłoby wskazane, żeby zamawiający również tego wykonawcę wezwał do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny. Biorąc jednak pod uwagę, iż jest to oferta druga w rankingu cen i nie została uznana za najkorzystniejszą, nie można obecnie stwierdzić wpływu braku takiego wezwania na wynik postępowania.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji odwołanie oddalając.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: