

Sygn. akt: KIO 3220/21

KIO 3230/21

KIO 3250/21

WYROK

z dnia 26 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka
Izabela Niedziałek-Bujak
Andrzej Niwicki
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 listopada 2021 r., w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2021 r. przez:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ALDIAN J. W. z siedzibą w Łaskarzewie oraz A. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą AI-Best A. W. z siedzibą w Łaskarzewie (KIO 3220/21),**
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Wardex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radzyminie, AJW Wardex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radzyminie, Autostrada Mazowiecka Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz B. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PHU PRIMA B. G. z siedzibą w Sochaczewie (KIO 3230/21),**
- wykonawcę **Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim (KIO 3250/21)**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, Oddział w Warszawie**

przy udziale:

- wykonawcy **Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3220/21 po stronie odwołującego oraz do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3230/21 po stronie zamawiającego,
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ALDIAN J. W. z siedzibą w Łaskarzewie oraz A. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą AI-Best A. W. z siedzibą w Łaskarzewie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3230/21 po stronie zamawiającego,
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Wardex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radzyminie, AJW Wardex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radzyminie, Autostrada Mazowiecka Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz B. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PHU PRIMA B. G. z siedzibą w Sochaczewie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3220/21 oraz o sygn. akt KIO 3250/21 po stronie zamawiającego,
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Abramss Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Z. U. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „U. Z. U. z siedzibą w Makowie Mazowieckim oraz T. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „TAR-POL” Przedsiębiorstwo Wielobranżowe T. J. z siedzibą w Targówce**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3230/21 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Umarza postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 3230/21 co do zarzutów wskazanych w pkt I, XVI, XVII oraz XVIII odwołania, wobec wycofania przez Odwołującego wyżej wskazanych zarzutów.**

2. Uwzględni odwołania o sygn. akt KIO 3220/21 oraz o sygn. akt KIO 3250/21 i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych ofert Odwołujących oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

3. Oddała odwołanie o sygn. akt KIO 3230/21 w pozostałym zakresie.

4. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 3220/21 obciąża Zamawiającego i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania,

4.2. zasądza od **Zamawiającego** na rzecz **Odwołującego** kwotę **18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy)** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w kwocie 15 000 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł.

5. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 3250/21 obciąża Zamawiającego i:

5.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania,

5.2. zasądza od **Zamawiającego** na rzecz **Odwołującego** kwotę **18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy)** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w kwocie 15 000 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł.

6. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 3230/21 obciąża **Odwołującego** i:

6.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania,

6.2. zasądza od **Odwołującego** na rzecz **Zamawiającego** kwotę **3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)** tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika,

6.3. nakazuje zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Odwołującego** kwoty **5 000 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy)** tytułem nadpłaty uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 579 i art. 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, Oddział w Warszawie, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie, Rejon w Ożarowie Mazowieckim, drogi nr A2, S7, S8, DK 50, DK 92*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”, z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 1 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 maja 2021 r. pod numerem 2021/S 087-225338.

W dniu 2 listopada 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia J. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ALDIAN J. W. z siedzibą w Łaskarzewie oraz A. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Al-Best A. W. z siedzibą w Łaskarzewie, dalej „Odwołujący” lub „konsorcjum Aldian”, wnieśli odwołanie (sygn. akt KIO 3220/21), zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez odrzucenie zgodnej z warunkami zamówienia oferty Odwołującego, tj. uwzględniającej wszystkie wymagane koszty związane z zarządzaniem kontraktem w ramach Grupy prac nr 11 w kwocie nie większej niż 10% sumy wartości z Grup prac nr 1-13 TER, zaś w odniesieniu do wyceny grup prac nr 1-9 oraz 12 obejmującej koszty związane wyłącznie z realizacją prac z tych grup, wykonywanych i rozliczanych ponad zakres prac związanych z zarządzaniem kontraktem, co wprost wynika z wyjaśnień rażąco niskiej ceny Odwołującego z dnia 18 sierpnia 2021 r. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

W dniu 2 listopada 2021 r. także wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Wardex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radzyminie, AJW Wardex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radzyminie, Autostrada Mazowiecka Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz B. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PHU PRIMA B. G. z siedzibą w Sochaczewie, dalej „Odwołujący” lub „konsorcjum Wardex”, wnieśli odwołanie (sygn. akt KIO 3230/21), zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Abramss Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Z. U. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „U.” Z. U. z siedzibą w Makowie Mazowieckim oraz T. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „TAR-POL” Przedsiębiorstwo Wielobranżowe T. J. z siedzibą w Targówce, dalej „konsorcjum Abramss”, mimo że informacje te nie przedstawiają wartości gospodarczej, są jednorazowe z uwagi na możliwość ich wykorzystania wyłącznie w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia, a ich ujawnienie nie może narazić wykonawcy na szkodę i jako takie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - czego konsekwencją jest brak możliwości weryfikacji czy oferta konsorcjum Abramss nie zawiera rażąco niskiej ceny;

2. art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę PRDM, mimo że informacje te nie przedstawiają wartości gospodarczej, są jednorazowe z uwagi na możliwość ich wykorzystania wyłącznie w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia, a ich ujawnienie nie może narazić wykonawcy na szkodę i jako takie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji — czego konsekwencją jest brak możliwości weryfikacji czy oferta wykonawcy PRDM nie zawiera rażąco niskiej ceny;

3. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawcy PRDM oraz konsorcjum Aldian, mimo że oferty te zostały złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na uwzględnieniu kosztów realizacji prac z grupy nr 11 pn. „Zarządzenie kontraktem” (a w przypadku konsorcjum Aldian — również w grupie 10b ZUD) w ramach kosztów realizacji prac z innych grup;

4. art. 226 ust. 1 pkt 8 i 3 w zw. z art. 224 ust. 1, 3 pkt 4 oraz ust. 4 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawcy PRDM oraz konsorcjum Aldian jako ofert zawierających rażąco niską cenę oraz niezgodnych z przepisami ustawy, w zakresie w jakim wykonawcy nie uwzględnili przy kalkulacji ceny za grupę prac nr 11 pn. „Zarządzenie kontraktem”, że w ustawie wymaga się by w przypadku zamówień na usługi wartość kosztów pracy przyjęta do ustalenia ceny nie była niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę;

5. art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawcy PRDM oraz konsorcjum Aldian, mimo że zawierają one błąd w obliczeniu ceny polegający na

nieuwzględnieniu w cenie jednostkowej za grupę prac nr 11 pn. „Zarządzenie kontraktem” wszystkich kosztów realizacji tej usługi (a w szczególności dotyczących liczby etatów, godzin pracy poszczególnych kategorii personelu oraz udostępnienia Zamawiającemu 5 sztuk samochodów osobowych z miesięcznym limitem 10 000 kilometrów);

6. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawcy PRDM oraz konsorcjum Aldian jako ofert złożonych w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na utrudnianiu innym wykonawcom uzyskania zamówienia przez zaoferowanie świadczenia usługi w zakresie grupy prac nr 11 pn. „Zarządzanie kontraktem” poniżej rzeczywistych kosztów jej świadczenia;

7. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawcy PRDM oraz konsorcjum Aldian, mimo że są one niezgodne z wymaganiami SWZ w zakresie, w jakim nie uwzględniają wymagań dotyczących konieczności zapewnienia bezpieczeństwa użytkowników dróg (przez nieuwzględnienie wymogów dotyczących krotkości posypywania w cenie jednostkowej za „Usuwanie śliskości” w ramach grupy prac nr 10b pn. „Zimowe utrzymanie dróg”);

8. art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp w zw. postanowieniem 17.3 SWZ przez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawcy PRDM oraz konsorcjum Aldian, mimo że zawierają one błąd w obliczeniu ceny polegający na nieuwzględnieniu wymogu, aby każda cena jednostkowa obejmowała całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce ilości rozliczenia w TER-ach (uwzględnienie kosztów świadczenia usługi „Usuwanie śliskości” również w cenach jednostkowych dotyczących świadczenia innych usług w ramach grupy prac nr 10b pn. „Zimowe utrzymanie dróg”, tj. „Gotowość do ZUD”, „Zapobieganie śliskości” lub „Odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskość”);

9. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawcy PRDM oraz konsorcjum Aldian, mimo że zostały złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na przerzuceniu kosztów świadczenia usługi „Usuwanie śliskości” do kosztów świadczenia innych usług w ramach grupy prac nr 10b pn. „Zimowe utrzymanie dróg” tj. „Gotowość do ZUD”, „Zapobieganie śliskości” lub „Odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskość”;

10. art. 226 ust. 1 pkt 5, 7 i 10 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Aldian, mimo że pozostaje ona niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie, w jakim nie uwzględnia wymagań dotyczących usługi usuwania martwych zwierząt (Grupa prac nr 8 pn. „Estetyka”) oraz przenosi przedmiotowy koszt do innych elementów zamówienia;

11. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Aldian, mimo że pozostaje ona niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie, w jakim nie uwzględnia warunków sformułowanych w zakresie grupy prac nr 1 pn. „Nawierzchnia”, grupy

prac nr 6 pn. „Oznakowanie”, grupy prac nr 7 pn. „Bezpieczeństwo”, grupy prac nr 8 pn. „Estetyka” oraz grupy prac nr 12b pn. „Prace pomocnicze”;

12. art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Aldian, mimo że zawiera ona błąd w obliczeniu ceny w ramach grupy prac nr 1 pn. „Nawierzchnia”, grupy prac nr 6 pn. „Oznakowanie”, grupy prac nr 7 pn. „Bezpieczeństwo”, grupy prac nr 8 pn. „Estetyka” oraz grupy prac nr 12b pn. „Prace pomocnicze”;

13. art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz 224 ust. 6 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Aldian jako rażąco niskiej, pomimo że złożone przez niego wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny;

14. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PRDM, mimo że jego oferta pozostaje niezgodna z warunkami zamówienia dotyczącymi grupy prac nr 13 pn. „Prace na terenie innego Rejonu”;

15. art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PRDM, mimo że zawiera ona błąd w obliczeniu ceny w ramach grupy prac nr 13 pn. „Prace na terenie innego Rejonu”;

16. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Abramss jako oferty złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na utrudnianiu innym wykonawcom uzyskania zamówienia przez zaferowanie świadczenia usługi w zakresie grupy prac nr 11 pn. „Zarządzanie kontraktem” poniżej rzeczywistych kosztów jej świadczenia;

17. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Abramss, mimo że pozostaje ona niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie, w jakim konsorcjum Abramss nie zaferowało wykonania wszystkich elementów objętych przedmiotem zamówienia w grupie prac nr 7 pn. „Bezpieczeństwo” oraz w grupie prac nr 10b pn. „Zimowe utrzymanie dróg”;

18. art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Abramss, mimo że zawiera błąd w obliczeniu ceny polegający na tym, że konsorcjum Abramss nie uwzględniło w cenie oferty wykonania wszystkich elementów objętych przedmiotem zamówienia w grupie prac nr 7 pn. „Bezpieczeństwo” oraz w grupie prac nr 10b pn. „Zimowe utrzymanie dróg”.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. odtajnienia wyjaśnień ceny oferty złożonych przez konsorcjum Abramss oraz wykonawcę PRDM,
2. unieważnienia czynności odrzucenia ofert z dnia 22.10.2021 r. w zakresie odrzucenia ofert wykonawcy PRDM, konsorcjum Aldian oraz konsorcjum Abramss;

3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert wykonawcy PRDM, konsorcjum Aldian oraz konsorcjum Abramss;
4. odrzucenia ofert wykonawcy PRDM, konsorcjum Aldian oraz konsorcjum Abramss przy uwzględnieniu podstaw prawnych i faktycznych odrzucenia ofert wynikających z czynności odrzucenia ofert z dnia 22.10.2021 r. oraz podstaw prawnych i faktycznych wynikających z niniejszego odwołania, tj. w przypadku wykonawcy PRDM: złożenie oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, niezgodność oferty z przepisami ustawy, błąd w obliczeniu ceny, niezgodność oferty z warunkami zamówienia; w przypadku konsorcjum Aldian: złożenie oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, niezgodność oferty z przepisami ustawy, błąd w obliczeniu ceny, niezgodność oferty z warunkami zamówienia; w przypadku konsorcjum Abramss: złożenie oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, błąd w obliczeniu ceny, niezgodność oferty z warunkami zamówienia.

W dniu 2 listopada 2021 r. również wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim, dalej „Odwołujący” lub PRDM”, wniósł odwołanie (sygn. akt KIO 3250/21), zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 16 oraz 218 ust. 2 ustawy Pzp przez niezasadne odrzucenie oferty wykonawcy z uwagi na rzekomą jej sprzeczność z SWZ, w sytuacji w której postanowienia, z którymi oferta Odwołującego miałyby pozostawać w sprzeczności, zostały zinterpretowane przez Zamawiającego w sposób wewnętrznie sprzeczny (wykluczający się), co (biorąc pod uwagę taką interpretację) uniemożliwiało złożenie oferty w pełni zgodnej z wymaganiami dokumentacji postępowania (art. 218 ust. 2 ustawy Pzp), co jednak z uwagi na zasadę przejrzystości nie powinno skutkować negatywnymi konsekwencjami dla wykonawcy i zostać rozstrzygnięte na jego korzyść, zgodnie z treścią art. 16 ustawy Pzp;
2. art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. art. 66 § 1 k.c. przez niezasadne odrzucenie oferty wykonawcy z uwagi na rzekomą jej sprzeczność z SWZ, w sytuacji w której postanowienia, z którymi oferta Odwołującego miałyby pozostawać w sprzeczności, jako niezgodne z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, w tym przede wszystkim art. 66 § 1 k.c. oraz art. 16 ustawy Pzp, wskazującymi, że określenie istotnych postanowień umowy, a zatem ceny, jest domeną wykonawcy, należało uznać za nieważne z mocy prawa, a zatem nie znajdujące zastosowania w przedmiotowej sprawie (art. 58 § 1 k.c.);
3. art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 65 k.c. przez niezasadne odrzucenie oferty wykonawcy z uwagi na rzekomą jej sprzeczność z SWZ wynikającą jedynie z błędnej, wbrew dyrektywom z art. 65 § 1 k.c., wykładni postanowień SWZ, w tym przy braku uwzględniania okoliczności przedmiotowej sprawy (sprzeczności ze sobą postanowień SWZ), a także zasad współzycia społecznego, tj. zasady przejrzystości, zgodnie z którą wszelkie

wątpliwości należy rozstrzygać na korzyść wykonawców;

4. art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 16 ustawy Pzp przez niezasadne odrzucenie oferty wykonawcy z uwagi na rzekomą jej sprzeczność z SWZ w sytuacji w której brak uwzględnienia spornych postanowień SWZ przez wykonawcę, nawet gdyby uznać je za wiążące i niesprzeczne, zasadniczo pozostawał bez wpływu na rozstrzygnięcie postępowania, tj. wybór najkorzystniejszej oferty – przeniesienie części kosztów z poz. 11 do poz. 10 TER jest bowiem niekorzystne z punktu widzenia wykonawcy, nie jest czynem nieuczciwej konkurencji i pozostaje bez wpływu na jego pozycję w rankingu, a zatem przyjąć należy, że w tych okolicznościach odrzucenie oferty Odwołującego było nieproporcjonalne do zaistniałej sytuacji;

5. art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 16 ustawy Pzp przez niezasadne odrzucenie oferty wykonawcy w sytuacji, w której Zamawiający nie określił w SWZ w sposób jasny i nie budzący wątpliwości, że brak przestrzegania przez wykonawców ustalonych przez niego limitów czy też zakazów przenoszenia kosztów między pozycjami skutkować będzie odrzuceniem oferty, co jest sprzeczne z zasadą przejrzystości postępowania;

6. art. 16 ustawy Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, zasady proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Do postępowania odwoławczego przystąpili:

- wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3220/21 po stronie odwołującego oraz do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3230/21 po stronie zamawiającego,

- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia J. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ALDIAN J. W. z siedzibą w Łaskarzewie oraz A. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Al-Best A. W. z siedzibą w Łaskarzewie, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3230/21 po stronie zamawiającego,

- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Wardex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radzyminie, AJW Wardex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radzyminie, Autostrada Mazowiecka Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz B. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PHU PRIMA B. G. z siedzibą w Sochaczewie, zgłaszający przystąpienie do

postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3220/21 oraz o sygn. akt KIO 3250/21 po stronie zamawiającego,

- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Abramss Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Z. U. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „U”. Z. U. z siedzibą w Makowie Mazowieckim oraz T. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „TAR-POL” Przedsiębiorstwo Wielobranżowe T. J. z siedzibą w Targówce, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3230/21 po stronie zamawiającego.

Pismami z 16 listopada 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedzi na odwołania, wnosząc o oddalenie wszystkich odwołań. Przystępujący również złożyli pisma procesowe.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołania o sygn. akt KIO 3220/21 oraz KIO 3250/21 zasługują na uwzględnienie, natomiast odwołanie o sygn. akt KIO 3230/21 w zakresie rozpoznawanych zarzutów zasługuje na oddalenie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: postanowień specyfikacji warunków zamówienia, pytań i odpowiedzi w zakresie treści SWZ, modyfikacji SWZ, ofert wykonawców, wezwań i wyjaśnień składanych w toku postępowania, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz odrzuceniu ofert wykonawców. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniach, odpowiedzi na odwołania, pismach procesowych odwołujących, przystępujących, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 22 listopada 2021 r. wraz z dowodami przedłożonymi na rozprawie.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołań.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującym przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniach czynności.

Izba nie podzieliła poglądu Zamawiającego oraz Przystępujących po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 3230/21 i uznała, że konsorcjum Wardex jest uprawnione do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. W okolicznościach sporu, gdzie łącznemu rozpoznaniu podlegają również odwołania kwestionujące wynik postępowania, fakt uznania za najkorzystniejszą oferty konsorcjum Wardex traci na doniosłości. Stosownie do art. 505 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie składu orzekającego źródłem interesu konsorcjum Wardex w uzyskaniu danego zamówienia jest sam fakt złożenia oferty w tym postępowaniu oraz okoliczność, że zamówienie nie zostało jeszcze udzielone, gdyż umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta. Zgodnie z art. 7 pkt 18 ustawy Pzp przez postępowanie o udzielenie zamówienia należy rozumieć postępowanie wszczynane przez przekazanie albo zamieszczenie ogłoszenia, przekazanie zaproszenia do negocjacji albo zaproszenia do składania ofert, prowadzone jako uporządkowany ciąg czynności, których podstawą są warunki zamówienia ustalone przez zamawiającego, prowadzące do wyboru najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, kończące się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo jego unieważnieniem, z tym że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie stanowi czynności w tym postępowaniu. Przepisy ustawy Pzp potwierdzają, że postępowanie kończy się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo unieważnieniem postępowania. Zgodnie z art. 254 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia kończy się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo unieważnieniem postępowania. Warunkiem zawarcia umowy jest uprzedni wybór oferty najkorzystniejszej w sposób przewidziany w dokumentach zamówienia. Art. 223-226 ustawy Pzp opisują procedurę oceny ofert. Z kolei art. 239-253 ustawy Pzp dotyczą wyboru oferty najkorzystniejszej.

Przepisy ustawy Pzp nie zrównują natomiast w skutkach czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z zawarciem umowy o zamówienie publiczne. Potwierdzeniem powyższego jest art. 264 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego, z uwzględnieniem art. 577, w terminie nie krótszym niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli zawiadomienie to zostało przesłane przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, albo 15 dni - jeżeli zostało przesłane w inny sposób oraz art. 265 ust. 1 ustawy Pzp, gdzie wskazano, że zamawiający nie później niż w terminie 30 dni od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia przekazuje do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie o udzieleniu

zamówienia zawierające informację o wynikach tego postępowania. Oznacza to, że dopiero zawarcie umowy jest równoznaczne z zakończeniem postępowania. Zatem, dopóki wykonawca nie zawrze umowy, jego interes w uzyskaniu danego zamówienia nie zostaje zaspokojony.

Skład orzekający doszedł do przekonania, że konsorcjum Wardex może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Przesłanka szkody powinna być badana w kontekście danego postępowania o udzielenie zamówienia, a nie wyłącznie danego postępowania odwoławczego. Pojęcie szkody nie ma swojej definicji legalnej, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem odnosi się do wszelkiego rodzaju pomniejszenia dóbr i interesów prawnie chronionych, wbrew woli zainteresowanego. Szkada, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, może mieć charakter nie tylko bezpośredni, ale też ewentualny. W pierwszym przypadku wykonawca zostaje pozbawiony wprost możliwości uzyskania zamówienia, w drugim przypadku jest jedynie zagrożony możliwością poniesienia szkody skutkiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Taka możliwość istnieje w stosunku do Odwoływającego, którego oferta wprawdzie została wybrana, jednak wybór ten jest kwestionowany przez konkurentów, w szczególności przez odrzucenie ich ofert. Możliwości prawne Odwoływającego nie mogą zatem wyczerpywać się jedynie w obronie decyzji Zamawiającego o odrzuceniu ofert konkurentów, gdyż jeśli ta się nie powiedzie, Zamawiający może udzielić zamówienia jego konkurentowi, a Odwoływający może jedynie dochodzić swoich praw przed sądem okręgowym. Z uwagi na niesuspensywny charakter skargi na orzeczenie Izby w konsekwencji może dojść nie tylko do udzielenia zamówienia konkurentowi Odwoływającego, ale też do naruszenia przepisów ustawy w związku z tym wyborem, jeżeli Zamawiający wybierze ofertę podlegającą odrzuceniu. Oznacza to również istnienie związku przyczynowego między możliwością poniesienia szkody przez Odwoływającego a naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy wskazanych w odwołaniu.

Na uwagę zasługuje również fakt, że ustawa Pzp przewiduje zawite terminy na wniesienie odwołania. Jeżeli złożenie odwołania nastąpi z przekroczeniem terminu, określonego w art. 515 ustawy Pzp, to stosownie do art. 528 pkt 3 ustawy Pzp odwołanie wniesione po upływie terminu określonego w ustawie podlega odrzuceniu. Jeśli więc konsorcjum Wardex nie wniosłoby odwołania, a Zamawiający powtórzyłby czynności związane z badaniem i oceną ofert oraz wyborem oferty najkorzystniejszej (w wyniku uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego lub w wyniku orzeczenia Izby) to po ponownej ocenie ofert wniesienie odwołania przez konsorcjum Wardex nastąpiłoby z uchybieniem terminu, gdyż oferta złożona w postępowaniu nie może być zmieniana po upływie terminu składania ofert. Zatem jest niezmienna, niezależnie od tego ile razy zamawiający powtórzy badanie i ocenę

ofert. Jeśli więc konsorcjum Wardex nie złożyłoby odwołania po dowiedzeniu się o okolicznościach stanowiących podstawę jego złożenia to w sytuacji ponownego badania ofert, jego odwołanie zostałoby uznane za złożone z uchybieniem terminu, a w konsekwencji odrzucone.

Prezentowana interpretacja sprzyja szybkości postępowania o udzielenie zamówienia, daje możliwość badania szerokiego spektrum zarzutów i ogranicza nieleżącą w interesie publicznym przewlekłość postępowania o udzielenie zamówienia. (vide wyrok KIO Z 16 września 2019 r. sygn. akt KIO 1669/19, KIO 1679/19 oraz KIO 1682/19).

Dalej, Izba stwierdziła, że postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 3230/21 co do zarzutów wskazanych w pkt I, XVI, XVII oraz XVIII odwołania podlega umorzeniu, wobec wycofania przez Odwołującego Wardex wyżej wskazanych zarzutów.

Następnie, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniach, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołania o sygn. akt KIO 3220/21 oraz KIO 3250/21 zasługiwały na uwzględnienie, a odwołanie o sygn. akt KIO 3230/21 na oddalenie.

Sygn. akt KIO 3220/21

Izba stwierdziła, że zasadny jest zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Rzeczona niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w warunkach zamówienia oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami warunków zamówienia. Możliwe być winno także wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega, co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi i ustalonymi fragmentami czy normami warunków zamówienia.

Odwołujący podnosił, że jego cena została skalkulowana zgodnie z postanowieniami specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ”, określonymi w Rozdziale 17 zatytułowanym *Sposób obliczenia ceny*.

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 16.5. SWZ *Ofertę stanowi wypełniony Formularz „Oferta” oraz niżej wymienione wypełnione dokumenty: 1) Formularz cenowy (Tom IV SWZ); 2) Formularz „Kryteria pozacenowe”*. Zgodnie z pkt 16.8.7 SWZ *Oferta oraz pozostałe oświadczenia i dokumenty, dla których Zamawiający określił wzory w formie formularzy*

zamieszczonych w Rozdziale 2 i w Rozdziale 3 Tomu I SWZ, powinny być sporządzone zgodnie z tymi wzorami, co do treści oraz opisu kolumn i wierszy.

Stosownie do Rozdziału 17.1 – 17.6 SWZ: 17.1. Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o Tabele Elementów Rozliczeniowych (TER) sporządzone na formularzach stanowiących integralną część SWZ - Tom IV. 17.2. Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględniać wszystkie pozycje opisane w TER-ach. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić żadnych zmian do TER-ów. 17.3. Każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce ilości rozliczenia w TER-ach. 17.4. Dla każdej pozycji wyszczególnionej w TER-ach, jeśli składają się na nią elementy o zróżnicowanych kosztach, jednolita stawka jednostkowa powinna zostać skalkulowana na zasadzie uśrednienia kosztów składowych. 17.6 Wartości netto wyliczone w Tabelach elementów rozliczeniowych poszczególnych grup Wykonawca przeniesie do Zbiorczego Zestawienia Kosztów i w tym formularzu wyliczy wartość netto danej grupy, podatek VAT oraz wartość brutto danej grupy. WARTOŚĆ CAŁKOWITĄ wyliczoną w Zbiorczym Zestawieniu Kosztów Wykonawca przeniesie do Formularza „Oferta”, zamieszczonego w Rozdziale 2 IDW.

Konsekwentnie w Formularzu Oferty wykonawcy zostali zobowiązani do podania całkowitej ceny brutto. Natomiast sam TER zawierał m.in. Zbiorcze Zestawienie Kosztów, (składające się z 13 grup robót), wskazujące, że „wartość „Zarządzanie Kontraktem” (grupa nr 11) nie może przekroczyć 10 % sumy wartości grup 1-13. Analogiczne zastrzeżenie znalazło się w TER dla grupy robót nr 11.

Izba ustaliła, że wynagrodzenie wykonawcy za realizację przedmiotu zamówienia ma charakter ryczałtowy (miesięczny) w stosunku do realizacji zadań związanych z Zarządzaniem Kontraktem (TER - GRUPA PRAC NR 11 - ZARZĄDZANIE KONTRAKTEM), natomiast prace z Grup Prac nr 1-9, Grupy Prac nr 12 oraz prace pomocnicze, wykonawca będzie wykonywał na podstawie pisemnego polecenia Zamawiającego w oparciu o ceny jednostkowe netto, określone przez wykonawcę w TER.

Zamawiający pismem z dnia 11 sierpnia 2021 r. wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 w związku z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, dotyczących wyliczenia ceny złożonej oferty, między innymi w zakresie wyliczenia oferowanej ceny prac Grupy Prac nr 11, tj. Zarządzanie Kontraktem.

Odwołujący w odpowiedzi na powyższe złożył wyjaśnienia, w których wskazał m.in., że Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego w ramach wynagrodzenia ryczałtowego przysługującego Wykonawcy z tytułu „Zarządzania kontraktem” Wykonawca nie jest zobowiązany w ramach „Etapu II - likwidacja zagrożenia” do realizacji jakichkolwiek prac z

Grup Prac nr 1-9 (w tym prace pomocnicze) oraz z Grupy nr 12, a wszelkie tego rodzaju prace będą realizowane wyłącznie na podstawie odrębnych zleceń otrzymywanych od Zamawiającego. Zatem utrzymanie i prace brygady interwencyjnej zostały częściowo wycenione w kosztach robót Gr 1-9 oraz 12.

Zamawiający w piśmie z dnia 22 października 2021 r. poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z powodu niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia. W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający powołał się na wyjaśnienia Odwołującego dotyczące sposobu wyliczenia ceny jednostkowej za 1 miesiąc Zarządzania Kontraktem (TER - GRUPA PRAC NR 11 ZARZĄDZANIE KONTRAKTEM), wskazując, że *Wykonawca w wyjaśnieniu (pismo z dnia 18.08.2021 r.) podał wyliczenia kosztów składających się na tę pozycję, a jednocześnie wskazał że część kosztów wykonania tej pozycji tj. kosztów składających się na 1 miesiąc „Zarządzania kontraktem” została ujęta w kosztach pozycji znajdujących się w innych Grupach Prac. Zdaniem Zamawiającego ujęcie części kosztów danej pozycji TER w innych pozycjach TER stanowi niezgodność oferty z warunkami zamówienia tj. ww. postanowieniami SWZ, a tym samym oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.*

Skład orzekający doszedł do przekonania, że z powyższą decyzją Zamawiającego nie sposób się zgodzić. Zgodnie z postanowieniami SWZ wykonawcy winni wyliczyć cenę oferty w oparciu o Tabelę Elementów Rozliczeniowych (TER), sporządzone na formularzach stanowiących integralną część SWZ. Zobowiązani byli też do uwzględnienia wszystkich pozycji opisanych w TER-ach oraz przygotowania wyceny tak, aby każda cena jednostkowa zawarta w ofercie obejmowała całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce ilości rozliczenia w TER-ach, a przy tym nie mogli samodzielnie wprowadzić żadnych zmian do TERów. Równocześnie wartość pozycji nr 11 „Zarządzanie Kontraktem” nie mogła przekroczyć 10 % sumy wartości grup 1-13 (TER, poz. 11).

Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego nie zakwestionował realności kosztów wynagrodzenia w pozycji nr 11 „Zarządzanie Kontraktem”, podniósł jedynie, że przeniesiono część kosztów Zarządzania Kontraktem do innych Grup Prac. Niemniej, wyjaśnienia złożone przez Odwołującego wskazują, że koszty wycenione w ramach innych pozycji są związane z tymi pozycjami, w związku z czym nie musiały zostać skalkulowane w kwocie wynagrodzenia z tytułu Zarządzania kontraktem z uwagi na fakt osobnego rozliczenia wynagrodzenia za te pozycje. Co również istotne, Zamawiający, po zapoznaniu się ze złożonymi wyjaśnieniami, nie zakwestionował sposobu wyliczenia ceny oraz możliwości wykonania zamówienia zgodnie z warunkami zamówienia za zaoferowaną kwotę, a w konsekwencji nie odrzucił oferty z uwagi na rażąco niską cenę, czy też popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji. Dodatkowo, z treści wyjaśnień wprost wynika (str. 10 wyjaśnień), że

¾ kosztów osobowych związanych z utrzymaniem brygad interwencyjnych, przeznaczone na realizację prac z Grup Prac nr 1-9 oraz Grupy nr 12 Odwołujący przeznaczył tylko i wyłącznie na wykonywanie tych prac. Nie mają one zatem związku z realizacją prac z Grupy nr 11 - Zarządzanie kontraktem.

Izba uznała, że przedstawiony sposób kalkulacji ceny nie powoduje sprzeczności treści oferty z warunkami zamówienia. Złożone na wezwanie wyjaśnienia wprost wskazują, które koszty zostały uwzględnione w danej pozycji oraz że koszty wycenione w ramach innych pozycji są związane z tymi pozycjami, zatem nie musiały zostać skalkulowane w kwocie wynagrodzenia z tytułu Zarządzania kontraktem.

Na uwagę zasługuje także fakt, że Zamawiający w treści SWZ nie przewidział, że przeniesienie kosztów między poszczególnymi pozycjami czy też przekroczenie określonych w TER limitów skutkować będzie odrzuceniem oferty. Zamawiający nie zakazał również ujęcia ceny danej pozycji w innych pozycjach. Izba oczywiście dopuszcza sytuacje, w których Zamawiający narzuca określone limity procentowe, lecz sam zakaz przenoszenia kwot między pozycjami, w sytuacji gdy wykonawca nie dopuszcza się inżynierii cenowej, nie stanowi automatycznie o niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia. Równocześnie, Izba podtrzymuje stanowisko, jak w sprawie z odwołania o sygn. akt KIO 3250/21, o czym poniżej, tym samym za niezasadne Izba uznała powielanie pełnej argumentacji w przedmiotowym zakresie.

Reasumując, skład orzekający doszedł do przekonania, że potwierdziły się zarzuty wskazane w odwołaniu, a w konsekwencji odwołanie podlega uwzględnieniu.

Sygn. akt KIO 3230/21

Wobec potwierdzenia materialnoprawnych przesłanek dopuszczalności odwołania Izba rozpoznała zarzuty podniesione w odwołaniu i stwierdziła, że nie zasługują na uwzględnienie.

ZARZUT W ZAKRESIE TAJEMNICY PRZEDSIĘBIORSTWA

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu nieuzasadnione zaniechania odtajnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez PRDM pismem z dnia 23 sierpnia 2021 r. Odwołujący podkreślał zaniechanie wykazania przez PRDM spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w szczególności wartości gospodarczej utajnianych informacji, podnosząc, że kalkulacja cenowa jest oparta o jednakowe dla wszystkich założenia.

Należy zgodzić się z Odwołującym, że wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego posiadają tożsamy katalog informacji pozwalający

skalkulować porównywalne oferty. Niemniej nie oznacza to, że nie mogą chronić szczegółów wyceny przygotowanej w oparciu o założenia narzucone przez Zamawiającego. Jak słusznie zauważyła Izba w wyroku z dnia 12 marca 2021 r., sygn. akt KIO 493/21 *umiejętność skonstruowania oferty - wybrania konkretnych rozwiązań z dostępnych na rynku, wynikająca z wiedzy i doświadczenia wykonawcy, stanowi wartość, która posiada cechy tajemnicy gospodarczej. Zatem, możliwość wykorzystania informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, w tym szczegółowej kalkulacji stanowiącej element wyjaśnień rażąco niskiej ceny, nie ma charakteru jednorazowego, bowiem wskazuje, na całą metodologię kalkulacji i przyjętych przy kalkulacji założeń, które stanowią istotę know-how konkretnego wykonawcy, który ma indywidualny charakter i z tych też względów jako informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa została zastrzeżona.* Dlatego też Izba dostrzega, że szczegółowa kalkulacja przedłożona przez PDRM stanowi istotę wartości zastrzeżonej tajemnicy przedsiębiorstwa, której wartość w stosunku do oferty Odwołującego należy rozpatrywać w kontekście ofert pozostałych wykonawców (Izba ustaliła, że różnica między ceną ofertową Odwołującego - 183.641.460, 00 zł brutto, a PRDM - 119.711.136, 48 zł brutto, to kwota 63.930.323, 52 zł brutto).

Izba zwraca również uwagę, że wezwanie do wyjaśnień z dnia 11 sierpnia 2021 r., skierowane do PRDM, odnosi się nie tylko do rażąco niskiej ceny (art. 224 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp), ale także do art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, który odnosi się do treści oferty. Sam zatem Zamawiający wskazał, że oczekiwany poziom wyjaśnień wykracza poza informacje o cenie ofertowej. Ponadto, wezwanie zawierało szereg szczegółowych pytań dotyczących m. in. takich zagadnień, jak: sposób kalkulacji ceny, ilości oraz cen jednostkowych, rozbieżność cen jednostkowych (w podziale na robociznę, sprzęt, materiały, transport) dla cen jednostkowych.

Dodatkowo, pytania, które skierował do Przystępującego Zamawiający, stanowią powiązaną ze sobą całość, co implikuje, że wyjaśnienia PRDM obrazują kompleksową strategię wykonawcy, zarówno w aspekcie cenowym, jak i przedmiotowym. Nadto, z treści wyjaśnień wynika wprost, że oferty podwykonawców zostały przygotowane na potrzeby niniejszego postępowania i niewątpliwie stanowią wartość gospodarczą, bowiem są skierowane do PRDM, ich treść jest konsekwencją wieloletniej współpracy, wzajemnego zaufania; a jej ujawnienie mogłoby negatywnie wpłynąć na relacje z innymi podmiotami. Zresztą w ocenie Izby zasady współpracy z innymi podmiotami wpisują się w charakter informacji istotnych z punktu widzenia działalności tego wykonawcy. Ponadto, sam Odwołujący przyznaje, że elementami, które faktycznie mogłyby mieć charakter tajemnicy przedsiębiorstwa są dane pracowników wykonawcy oraz dane pozwalające na zidentyfikowanie kontrahentów wykonawcy.

Izba uznała także, że PRDM sprostą obowiązkowi wykazania podjęcia konkretnych działań w celu zachowaniu informacji w poufności, w szczególności z uwagi na załączenie do wyjaśnień uchwały nr 1/02/2015 r. z dnia 6 lutego 2015 r. wskazującej na obowiązek chronienia w strukturze PRDM informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa oraz wskazanie wraz z dowodami, że poczynił dodatkowe nakłady na infrastrukturę IT w celu ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa. Izba przyznaje, że żaden przepis nie precyzuje jakimi dokumentami powinien posłużyć się wykonawca celem wykazania, że dane działania (nakierowane na ochronę informacji) zostały podjęte.

Niemniej nie podziela argumentacji PRDM, że „wykazanie” nie oznacza udowodnienia. Pod pojęciem „wykazania” należy rozumieć nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie. Oczywiście nie sposób wyobrazić sobie dowodzenia nieujawnienia do wiadomości publicznej zastrzeżonych informacji. W tym zakresie co do zasady wystarczające będzie złożenie przez wykonawcę oświadczenia, podlegającego weryfikacji przez zamawiającego. Inna jest jednak sytuacja w przypadku wykazania, że zostały podjęte niezbędne działania w celu zachowania poufności, które przybierają zazwyczaj materialną postać (np. wprowadzanie polityk bezpieczeństwa informacji).

Pomimo powyższego poglądu składu orzekającego, Izba uznała, że w niniejszym stanie faktycznym PRDM przedstawił stosowne dowody, które umożliwiały przyznanie takiej ochrony informacjom zastrzeżonym, w szczególności wykazał jakie podjęto niezbędne działania w celu zachowania poufności, przedstawiając chociażby konkretną uchwałę. Nie sposób zatem zgodzić się z Odwołującym, iż przesłanka podjęcia określonych działań w celu ochrony poufnych informacji nie została wykazana. Ponadto, nie sposób zarzucić Zamawiającemu zaniechanie odtajnienia wyjaśnień PRDM, skoro ich część została odtajniona pismem z 17 września 2021 r.

Skład orzekający nie odstępuje od ugruntowanego poglądu, że zasada jawności stanowi jedną z kluczowych zasad związanych z postępowaniami o udzielenie zamówienia publicznego, jednak w ocenie Izby nie ma charakteru bezwzględnego i nie oznacza przyzwolenia na ograniczenie prawa do ochrony dokumentów posiadających dla wykonawcy wartość gospodarczą. Powyższe potwierdza wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 14 lutego 2008 r., sygn. akt C -450/06, gdzie stwierdzono, że *W istocie w ramach odwołania od decyzji instytucji zamawiającej wydanej w ramach postępowania przetargowego zasada kontrydiktoryjności nie wymaga tego, by strony miały nieograniczone i absolutne prawo dostępu do całości informacji dotyczących danego postępowania przetargowego, przedłożonych organowi powołanemu do rozpoznania tego odwołania. Wręcz*

przeciwnie, to prawo wglądu należy wyważyć względem prawa innych podmiotów gospodarczych do ochrony ich poufnych informacji i tajemnic handlowych.

WYCENA PRAC UJĘTYCH W GRUPIE NR 11 PN. „ZARZĄDZANIE KONTRAKTEM”
- ZARZUT W ZAKRESIE CZYNU NIEUCZCIWEJ KONKURENCJI

Odwołujący podnosił, że zarówno PRDM, jak i konsorcjum Aldian, przez uwzględnienie kosztów wykonania czynności określonych w grupie prac nr 11 pn. „Zarządzenie kontraktem” w innych grupach prac, do czego sami wykonawcy przyznali się w ramach swoich wyjaśnień ceny oferty (Aldian również w grupie 10b ZUD), dopuścili się czynu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tym samym Odwołujący, stawiając przedmiotowy zarzut, winien udowodnić, iż kwestionowana oferta nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w szczególności winien udowodnić, że oferta zawiera cenę dumpingową. Tymczasem Odwołujący skupia się jedynie na przywoływaniu fragmentów uzasadnień wyroków Izby, które zapadły w odmiennym stanie faktycznym i nie wyjaśnia na czym polega zagrożenie dla interesów Odwołującego, szczególnie, że złożona przez niego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Nadto, Odwołujący całą swoją argumentację kieruje w stronę jednej pozycji kosztorysu, kwestionując jej wysokość, nie biorąc pod uwagę okoliczności, że to cena oferty musi nosić znamiona czy też musi być ceną dumpingową, a nie elementy składające się na jej wysokość.

Odwołujący nie podał jakie kwoty zostały rzekomo przesunięte pomiędzy pozycjami czy też zaniżone i w jaki sposób takie zabiegi wpłynęły na finalną wysokość oferty konkurentów. Podkreślić należy, że to na odwołującym spoczywa obowiązek wyjaśnienia na czym dany czyn nieuczciwej konkurencji miałby polegać oraz dowieść, że rzeczywiście konkurent takiego czynu się dopuścił, czym wpłynął na wynik postępowania. Zresztą niezbędną przesłanką uznania danego działania za czyn nieuczciwej konkurencji jest to, by działanie to zagrażało lub naruszało interes innego przedsiębiorcy lub klienta, czyli w tym wypadku zamawiającego lub innych wykonawców. Tymczasem w przedmiotowej sprawie Odwołujący powyższego nie wykazał.

Ponadto, za czyn nieuczciwej konkurencji może być poczytane takie rozkładanie kosztów oferty, które wskazuje na lokowanie przeważających kosztów na wstępny etap umowy, niezwiązany z postępowaniem prac, lub wręcz dający możliwość odstąpienia od realizacji umowy przez wykonawcę po pobraniu wynagrodzenia nieadekwatnego do zakresu wykonanych prac. Z taką sytuacją także nie mamy do czynienia w niniejszym przypadku.

WYCENA PRAC UJĘTYCH W GRUPIE NR 11 PN. „ZARZĄDZANIE KONTRAKTEM”
- ZARZUT W ZAKRESIE RAŻĄCO NISKIEJ CENY

Odwołujący podnosił, przedstawiając własne obliczenia, że minimalny koszt pozycji „Zarządzanie kontraktem” w ujęciu miesięcznym wynosi 284.990,33 zł netto, tymczasem PRDM zaoferował 202.000,00 zł netto, a konsorcjum Aldian 244.500,00 zł netto w pracach ujętych w grupie nr 11.

Rozpoznając przedmiotowy zarzut Izba miała na względzie okoliczność, że kwestia realności zaoferowanej ceny musi być rozstrzygana *ad casum*, bowiem każde postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w odrębnych dla niego realiach, a zatem indywidualnie oceniane powinny być okoliczności wyboru oferty najkorzystniejszej. Po analizie wyjaśnień złożonych przez wykonawców Izba stwierdziła, że argumentacja w nich przytoczona jest wystarczająca i umożliwia ocenę przez Zamawiającego realności zaoferowanej ceny. Ponadto, Odwołujący nie udowodnił, że jedynie poziom, który określa jako minimalny, stanowi punkt odniesienia do weryfikacji ofert pozostałych wykonawców.

Odwołujący pomija także okoliczność, że oferty PRDM oraz konsorcjum Aldian zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z uwagi na ujęcie części kosztów danej pozycji TER w innych pozycjach TER. Dodatkowo, w związku z wniesieniem odwołań przez ww. wykonawców Odwołujący przystąpił do postępowań odwoławczych po stronie Zamawiającego, stwierdzając, że decyzja Zamawiającego o odrzuceniu ofert była słuszna. Powyższe prowadzi do wniosku, że Odwołujący zdaje sobie sprawę, że w ramach wyceny konkurentów w zakresie zarządzania kontraktem ujętej w TER dla grupy prac 11 doszło do przeniesienia części kosztów do innej pozycji TER. Skoro więc Odwołujący przyznaje rację Zamawiającemu, że umiejscowienie kosztów zarządzania kontraktem w TER innym niż właściwym dla grupy prac nr 11 jest niezgodne z SWZ, to nielogiczne pozostają zarzuty w oparciu o założenie, zgodnie z którym wycena ujęta w TER właściwym dla grup prac nr 11 obejmuje kompleksową wycenę zarządzania kontraktem.

WYCENA PRAC UJĘTYCH W GRUPIE NR 11 PN. „ZARZĄDZENIA KONTRAKTEM”
ZARZUT BŁĘDU W OBLICZENIU CENY

Odwołujący podnosił, że ceny PRDM oraz konsorcjum Aldian w zakresie grupy prac nr 11 pn. „Zarządzenie kontraktem” są na takim poziomie, że nie jest możliwe, żeby w ramach tych cen wykonawcy uwzględnili pełny zakres tego zadania. W szczególności ceny te nie uwzględniają nawet kosztów osobowych. W takiej sytuacji oferty ww. wykonawców zawierają błąd w obliczeniu ceny. Odwołujący nie oparł jednak swojej koncepcji na próbie wykazania tych elementów niezbędnej wyceny, które powinny znaleźć się w ofercie. Bazuje jedynie na wyliczeniu średniej ceny za miesiąc w oparciu o TER dla grupy prac 11.

Błąd w obliczeniu ceny zachodzi, jeśli cena oferty została obliczona w sposób niezgodny ze sposobem jej obliczenia podanym w dokumentacji przetargowej, co nie miało miejsca w niniejszym stanie faktycznym, bowiem obaj wykonawcy umieścili część wyceny odnoszącej się do zarządzania kontraktem w innych pozycjach niż te ujęte w TER dla grupy prac nr 11, a jak zostało wskazane w sprawie o sygn. akt KIO 3220/21 oraz KIO 3250/21 takie działanie nie stanowiło podstawy do odrzucenia ich ofert.

WYCENA PRAC UJĘTYCH W GRUPIE PRAC NR 10B PN. „ZIMOWE UTRZYMANIE DRÓG” – ZARZUT NIEZGODNOŚCI Z WARUNKAMI ZAMÓWIENIA

Odwołujący podnosił, że z ofert wykonawcy PRDM oraz konsorcjum Aldian wynika, że nie uwzględniają one wymagań dotyczących konieczności zapewnienia bezpieczeństwa użytkowników dróg. W ocenie Odwołującego ww. wykonawcy nie uwzględnili wymogów dotyczących krotności posypywania w cenie jednostkowej za „Usuwanie śliskości” w ramach grupy prac nr 10b pn. „Zimowe utrzymanie dróg”. Nadto, stwierdzał, że minimalna dawka stosowana w praktyce przy usłudze „Usuwanie śliskości” to 10 gram soli na 1 m². Aby zaś zobrazować, że ceny jednostkowe przyjęte przez wykonawcę PRDM oraz konsorcjum Aldian za usługę „Usuwanie śliskości” są na tyle niskie, że nie uwzględniają ceny zakupu kluczowego materiału, tj. soli drogowej, a w konsekwencji pozostają niezgodne z warunkami zamówienia, przyjął do porównania pierwszą pozycję kosztorysu dla grupy prac nr gr. 10b pn. „Zimowe utrzymanie dróg”: Poz. 1.1 Węzeł Konotopa - Węzeł Pruszków.

Zgodnie z pkt 5.5.4 ppkt 1 i 5 SST dla Zimowego utrzymania dróg 1. *Określone w niniejszej SST zalecenia ilościowe w zakresie: jednostek miar czasu (czasów reakcji), wag (dozowanie soli) czy krotności powtarzania czynności (częstotliwość przejazdu sprzętu) są wymaganymi wartościami minimalnymi i wynikają z doświadczenia Zamawiającego w zakresie prowadzenia akcji zimowych. Zawarte wartości gwarantują w stopniu optymalnym bezpieczeństwo przejazdu i spełnienie standardu jednak w sytuacjach nadzwyczajnych mogą być niewystarczające. (...) 5. Jeżeli Wykonawca nie będzie w stanie zapewnić realizacji standardów oraz bezpieczeństwa i przejezdności na utrzymywanych odcinkach dróg, będzie to stanowić podstawę na warunkach określonych umową, do odstąpienia od umowy z winy Wykonawcy. Stosownie do pkt 1.5.2 Świadczenie usług ZUD należy prowadzić zgodnie z: „Wytycznymi zimowego utrzymania dróg” obowiązującymi w dniu podpisania umowy, zwanymi w dalszej części SST Wytycznymi ZUD (tj. Zarządzenie nr 53 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 13 października 2015 r. w sprawie wprowadzenia „Wytycznych zimowego utrzymania dróg”).*

PRDM wyjaśnił sposób oszacowania przez niego kosztów zimowego utrzymania wskazując, że *obowiązkiem każdego wykonawcy było uwzględnienie w cenie oferty kosztów*

zakupu oraz transportu materiałów (pkt 2.1 SST). Istotnym materiałem niezbędnym do skalkulowania prac składających się na prace mieszczące się w grupie 10b jest sól drogowa. Na stronie 31 Wyjaśnień, Przystępujący wskazał stawkę za 1 Mg (tona) soli, która opiera się na posiadanej przez PRD-M ofercie dostawy soli. Ilość (a co za tym idzie – koszt) materiałów ujęta w wyliczeniach PRD-M stanowiła wypadkową opisu zakresu prac ujętego w SST (w tym, dla usuwania śliskości, więcej niż dwukrotne posypywanie środkami do zwalczania śliskości celem uzyskania wymaganego standardu) oraz szacunkowej ilości dni występowania danego zjawiska składającego się na zimowe utrzymanie (gotowość, zapobieganie śliskości, występowanie śliskości, występowanie opadów śniegu oraz śliskości) określonej we wzorze TER dla grupy prac 10b (gotowość – 50 dni, zapobieganie śliskości – 40 dni, występowanie śliskości – 25 dni, występowanie opadów śniegu oraz śliskości – 30 dni). Określając średnie zużycie soli PRD-M opierał się także o normatyw zakładowy opracowany w oparciu o realizowany aktualnie kontrakt w Rejonie Ożarów przy uwzględnieniu sieci dróg objętych Postępowaniem. Niezależnie od tego skalkulowane zostały pozostałe koszty, jak np. koszt chlorku CaCl, koszty dyżurnych, kierowców, utrzymania chodników etc. W celu przeniesienia tak skalkulowanych kosztów do TER 10b Przystępujący posłużył się metodologią szczegółowo opisaną na str. 35 – 36 Wyjaśnień.

Następnie PRDM podkreślił, że bazuje m. in. na trzyletnim doświadczeniu w prowadzeniu zimowego utrzymania dróg pod nadzorem GDDKiA Rejon Ożarów Mazowiecki, przy czym aktualnie realizuje usługi przy zachowaniu skróconych czasów reakcji o 1 godzinę w zakresie konieczności dochowania wymaganych Standardów Zimowego Utrzymania Dróg w stosunku do wymagań zawartych w niniejszym postępowaniu. Wskazywał, że w trakcie trzyletniego wykonywania usługi nie naliczono również kar umownych z tytułu niedotrzymania standardów ZUD, co umożliwiło przyjęcie prawidłowych danych do kalkulacji, bazując na tych aktualnych, tj. z okresu od sezonu zimowego 2018/2019.

Ponadto, PRDM podkreślił, że kwestia faktycznego zużycia soli jest w ramach bieżącego postępowania weryfikowana wyjątkowo dogłębnie. Dane dotyczące zużytej soli były prowadzone ze szczególną starannością z uwagi na fakt, że wykonawca musiał rozliczać się z Zamawiającym za zużytą sól po kwocie narzuconej przez Zamawiającego postanowieniami dotychczasowego kontraktu, wynoszącej 274,90 zł za tonę. Ilość zużytych materiałów była comiesięcznie potwierdzana przez Zamawiającego. Dodatkowo, po zakończeniu każdego sezonu ZUD była przeprowadzana komisyjna inwentaryzacja stanów magazynowych soli.

Izba uznała powyższe wyjaśnienia za przekonujące oraz stwierdziła, że przyjęte przez Odwołującego założenia są błędne w odniesieniu do obu wykonawców. Odwołujący przyjął w swojej argumentacji 1 m² jako jednostkę służącą do przeprowadzenia obliczeń. Tymczasem Zamawiający w formularzu TER posługuje się jednostką w postaci 1 km (kolumna pn. długość

odcinka w km). Zatem dla wyliczenia kosztów właściwych dla poszczególnych odcinków należało posługiwać się długością odcinków (a nie ich faktyczną powierzchnią). Co istotne, w dokumentacji postępowania nie znalazły się informacje dotyczące parametrów poszczególnych odcinków (powierzchnia, szerokości itp.). Dlatego też wykonawcy byli zobligowani wyceniać długość, a nie powierzchnię dróg.

Z tego też powodu zakładanie przez Odwołującego, że powierzchnia wszystkich odcinków jest liczona analogicznie jak powierzchnia odcinka 1.1. (Węzeł Konotopa – Węzeł Pruszków), jest nieuprawnione. Tym bardziej, że długość wszystkich odcinków dróg w formularzu TER dla grupy prac 10b „Zimowe utrzymanie dróg” wynosi 485 km, zaś Odwołujący powołuje się na odcinek o długości 12,235 km (zgodnie z TERem), który, jak zobrazował to PRDM, należy do wąskiej (łącznie niecałe 19%) grupy odcinków zaliczanych do dróg wielojezdniowych (autostrada, drogi ekspresowe). Pozostałe 81% to drogi jednojezdniowe (klasy G, GP oraz drogi serwisowe), które mają mniejszą powierzchnię.

Ponadto, pozycja w TER dla prac 10b, dotycząca odcinka 1.1. (Węzeł Konotopa – Węzeł Pruszków) składa się z wielu czynności zimowego utrzymania (gotowość, zapobieganie śliskości, występowanie śliskości, występowanie opadów śniegu oraz śliskości), które należało zsumować. Biorąc zaś pod uwagę postanowienia z pkt 17.3 SWZ Zamawiającego interesuje suma elementów składających się na wycenę pozycji TER dla grupy prac 10b, a nie jedna z jej składowych. Tym bardziej, że zgodnie z TER wykonawcy mieli wycenić odrębnie takie pozycje jak zapobieganie śliskości oraz usuwanie śliskości.

Odwołujący przyjmuje, że minimalna dawka to 10 gram soli na 1m², chociaż SST nie wskazuje stosownych wymagań co do ilości soli, natomiast zgodnie z Wytycznymi Zimowego Utrzymania Dróg (załącznik do zarządzenia nr 53 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 13 października 2015 r.), tablica 2, dopiero od temperatury -3 °C Zamawiający narzuca rzeczywistą ilość soli na m². W zakresie do temperatury -3 °C wskazuje jedynie górną granicę ilości soli (nie więcej niż 15 gram na 1m²). Przyjęcie zatem, że ma to być dokładnie 10 gram (jak wskazuje Odwołujący) nie znajduje potwierdzenia w dokumentach zamówienia.

Na uwagę zasługują też postanowienia dotyczące zakresu prac zapobiegania śliskości oraz usuwania śliskości, które są ze sobą ściśle powiązane. Zgodnie z pkt. 1.3 SST *posypywanie i polewanie substancjami przeciwdziałającymi śliskości - zwalczanie śliskości zimowej m.in. na drogach, parkingach, chodnikach i drogach rowerowych, kładkach dla pieszych, obiektach inżynierskich, na peronach zatok autobusowych (poprzez zapobieganie śliskości i usuwanie śliskości)*. Stosownie do pkt 5.3.2 SST *W sytuacji, gdy system monitorowania stanu zagrożeń, służby GDDKiA, policji, sztabów kryzysowych bądź służby własne Wykonawcy wskażą możliwość wystąpienia zagrożenia na drogach, Wykonawca*

winien przystąpić do działań profilaktycznych, w szczególności polegających na posypaniu całej powierzchni drogi solą drogową. Działania profilaktyczne winny być podejmowane przez służby Wykonawcy w sytuacjach, kiedy pomimo iż w momencie podjęcia decyzji o zadysponowaniu sprzętu ZUD stan drogi gwarantuje bezpieczeństwo to w związku z zapowiadanyimi niekorzystnymi warunkami bezpieczeństwo takie nie może być zagwarantowane bez działań ZUD. Wykonawca na podstawie pozyskanych informacji, samodzielnie podejmować będzie decyzję o podjęciu działań profilaktycznych z zastrzeżeniem, że obligatoryjnie winny być one podejmowane w sytuacjach: wystąpienia ostrzeżenia przed nagłym spadkiem temperatury, wystąpienia ostrzeżenia przed opadami śniegu, marznącego deszczu, wystąpienia gołoledzi.

Zatem, Zamawiający w większości przypadków pozostawił swobodę wykonawcom w zakresie podejmowania decyzji odnośnie zasadności podejmowania działań zapobiegawczych. Od zakresu tych działań zależy natomiast faktyczny zakres prac niezbędnych do wykonania w ramach usuwania śliskości. Nie sposób też dokonać precyzyjnego rozgraniczenia zakresów prac wchodzących w zakres „zapobiegania” i „usuwania” śliskości, skoro zgodnie z zawartą definicją „Zapobiegania śliskości” są to *działania (profilaktyczne) wyprzedzające powstawaniu śliskości polegające na posypywaniu miejsc na drodze stwarzających niebezpieczeństwo dla użytkowników drogi przy ustabilizowanych warunkach pogodowych*. Niemożliwym jest także rozgraniczenie jednoznaczne prac wchodzących w zakres „usuwania śliskości” oraz „odśnieżania i usuwania śliskości”, skoro sama nazwa kolumny w TER odnosi się do odśnieżania wraz z usuwaniem śliskości (pozycja w TER dla prac nr 10b).

Powyższe zostało potwierdzone w odpowiedziach udzielanych przez Zamawiającego w toku postępowania: tj. pytanie nr 63, w którym wykonawca wskazywał na to, że podział na elementy składowe TER dla grupy prac 10b jest sztuczny, a Zamawiający w odpowiedzi wskazuje, że pozycja „odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości” zawiera w sobie czynności „usuwania śliskości”, pytanie nr 237, w którym wykonawca dopytuje o sytuację, w której, w ramach jednej doby rozliczeniowej, „nakładają się” na siebie prace wchodzące w zakres „odśnieżania wraz z usuwaniem śliskości” oraz „usuwania śliskości”, a Zamawiający ponownie wskazuje na skonsumowanie „usuwania śliskości” przez „odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości”; odpowiedź na pytanie 14 dotyczące tego, kto podejmuje decyzję o rodzaju czynności, jakie należy wykonać w ramach akcji Zima, gdzie Zamawiający wskazał, że decyzje o sposobie prowadzenia akcji ZUD podejmuje wykonawca.

Na uwagę zasługuje również okoliczność, że, niezależnie od obowiązku zapewnienia bezpieczeństwa użytkownikom dróg, Zamawiający zastrzegł również w SST, iż wykonawcy winni dążyć do ograniczenia zużycia soli. Zgodnie z pkt. 1.5.4 SST G.10-D-66.01.00 *Należy*

dążyć do zmniejszania zużycia soli przy zwalczaniu śliskości zimowej, ze względu na ochronę środowiska. Zalecenia mające na celu ograniczenie do minimum szkodliwego wpływu chlorków na środowisko są następujące:

- ściśle przestrzegać przewidywanych technologicznie ilości jednorazowego rozsypywania chlorków na jednostkę powierzchni,
- przestrzegać, aby szerokość rozrzutu chlorku na jezdni sprzętem mechanicznym nie przekraczała 0,9 szerokości jezdni,
- nie stosować chlorków do topnienia śniegu na jezdniach jako samoistnego sposobu usuwania śniegu,
- nadmiar śniegu ma być wywożony z wszystkich elementów drogi: jezdni, poboczy, chodników, parkingów, zatok autobusowych, obiektów inżynierskich, przejść podziemnych, przełączek, pasów włączenia i wyłączenia, azyli, itp. Miejsce wywozu śniegu Wykonawca zapewni we własnym zakresie przestrzegając obowiązujących przepisów, w tym m.in. Prawa wodnego, Prawa Ochrony Środowiska, Ustawy o odpadach oraz w uzgodnieniu z właścicielami/zarządcami nieruchomości, na których będzie składowany śnieg.

Reasumując, zarzuty Odwołującego w zakresie nieuwzględnienia w wycenie ofertowej wykonawców krotności posypywania w cenie jednostkowej za usuwanie śliskości zostały oparte na błędnych założeniach zarówno co do zakresu prac ujętego w ofercie, kosztów soli oraz sposobu wykonania zamówienia.

WYCENA PRAC UJĘTYCH W GRUPIE NR 10B „ZIMOWE UTRZYMANIE DRÓG” A POZOSTAŁE ZARZUTY MAJĄCE ZA PODSTAWĘ TĘ WYCENĘ (BŁĄD W OBLICZENIU CENY ORAZ ZŁOŻENIE OFERT W WARUNKACH CZYNU NIEUCZCIWEJ KONKURENCJI)

Odwołujący podnosił, że nie jest dopuszczalne w świetle pkt 17.3 SWZ, aby część kosztów świadczenia usługi „Usuwanie śliskości” uwzględniona była w cenie jednostkowej np. za usługę „Gotowość do ZUD” czy „Odsnieżanie wraz z usuwaniem śliskości”. Wskazywał również, że konsorcjum Aldian w złożonych wyjaśnieniach potwierdziło przenoszenie kosztów. Co do wykonawcy PRDM, w ocenie Odwołującego, sytuacja jest analogiczna, z tą różnicą, że Odwołujący nie ma dostępu do wyjaśnień.

Jak wykazano powyżej, zarzut dotyczący sposobu wyceny prac ujętych w grupie nr 10b Zimowe utrzymanie został oparty na błędnych założeniach Odwołującego, niemających uzasadnienia w świetle postanowień dokumentacji zamówienia. Zatem nie sposób twierdzić, by doszło do błędu w obliczeniu ceny.

Również zarzut w zakresie czynu nieuczciwej konkurencji jest nietrafiony. Samo powołanie się w treści odwołania na artykuł ustawy Pzp nie tworzy zarzutu, który winien zostać

dookreślony w konkretnym stanie faktycznym. Odwołujący stawiając więc zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp winien udowodnić, że czyn został dokonany celowo i z zamiarem wyeliminowania innych przedsiębiorców z rynku. Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał okoliczności, potwierdzających podniesiony zarzut co do tego, że złożenie oferty przez konsorcjum Aldian oraz PRDM stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.

W szczególności należy zwrócić uwagę na niczym nieoparte twierdzenie Odwołującego, zgodnie z którym zawartość merytoryczna „usuwania śliskości” znacznie przekracza zawartość „zapobiegania śliskości”. Wskazując na rzekome ujęcie kosztów zakupu soli w innych pozycjach (co stanowić ma czyn nieuczciwej konkurencji), Odwołujący nawet nie próbuje sprostac ciężarowi wykazania tej okoliczności, stwierdzając, że wykonawcy koszt zakupu soli *musieli uwzględnić w innych sposobach świadczenia usługi zimowego utrzymana dróg*.

Tym samym w ocenie Izby, zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie potwierdził się.

WYCENA PRAC UJĘTYCH W GRUPIE PRAC NR 8 PN. „ESTETYKA” – ZARZUT NIEZGODNOŚCI Z WARUNKAMI ZAMÓWIENIA, BŁĄD W OBLICZENIU CENY, CZYN NIEUCZCIWEJ KONKURENCJI

Odwołujący podnosił, że w ramach ceny jednostkowej wskazanej przez konsorcjum Aldian w grupie prac nr 8 pn. Estetyka dotyczącej: poz. 8.1 Interwencyjne usuwanie martwych zwierząt (o wadze do 25 kg każde zwierzę) z pasa drogowego, poz. 8.2 Interwencyjne usuwanie martwych zwierząt (o wadze od 25 kg do 100 kg każde zwierzę) z pasa drogowego, poz. 8.3 Interwencyjne usuwanie martwych zwierząt (o wadze powyżej 100 kg każde zwierzę) z pasa drogowego wykonawca nie jest w stanie pokryć pozostałych kosztów związanych z usuwaniem martwych zwierząt (transport i utylizacja). Oznacza to, że oferta jest niezgodna z wymaganiami sformułowanymi w SST D-IO.10.01r. Ponadto, skoro konsorcjum Aldian w swoich wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny potwierdziło, że koszty odbioru i utylizacji martwych zwierząt skalkulował w innych pozycjach, stanowi to również potwierdzenie złożenia oferty jako czynu nieuczciwej konkurencji oraz błędu w obliczeniu ceny.

Izba ustaliła, że zgodnie z wymaganiami sformułowanymi w SST D-IO.10.01r cena jednostkowa obejmuje m.in. całodobową gotowość, dojazd do miejsca zalegania zwierzęcia, koszty transportu zwłok zwierzęcych do zakładu utylizacji, oczyszczenie i dezynfekcję miejsca zalegania zwłok. Konsorcjum Aldian wskazało cenę jednostkową netto dla poz. 8.1 – 6 zł, dla poz. 8.2 – 8 zł, dla poz. 8.3 – 6 zł. W wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wskazało, że szacując miesięczne koszty prac z Gr. 11 „Zarządzanie kontraktem” przyjął do wyceny m.in. Koszty odbioru i utylizacji martwych zwierząt – 2.000,00 oraz że *Częściowe koszty odbioru i utylizacji*

martwych zwierząt skalkulowane zostały przez nas w Gr. 11 „Zarządzanie kontraktem”. W chwili obecnej jako realizujący kontrakt utrzymaniowy na terenie Rejonu Garwolin ponosimy koszty odbioru i utylizacji w średniej kwocie 1.000-1.200 zł miesięcznie. W związku z powyższym $1.200,00 \times 48 \text{ miesięcy} = 57.600,00$. Wycena pozycji jest w kwocie wyższej wynoszącej $2.000,00 \times 48 \text{ miesięcy} = 96.000 \text{ zł}$. Pamiętać należy o tym, że na terenie Rejonu Ożarów Mazowiecki większa część dróg podlegających utrzymaniu jest ogrodzona, co w znacznym stopniu wpływa na mniejszą ilość zdarzeń z udziałem zwierząt.

Izba uznała, że skoro konsorcjum Aldian w wyjaśnieniach wskazało, że częściowe koszty odbioru i utylizacji martwych zwierząt skalkulowane zostały w grupie. 11 „Zarządzanie kontraktem”, to znaczy, że całkowity koszt wykonania poszczególnych pozycji tabeli TER został skalkulowany w zaoferowanej cenie. Ponadto, na uwagę zasługuje fakt, że sam Zamawiający kwestionowane pozycje wycenił na poziomie odpowiednio 10 zł, 8 zł oraz 10 zł.

Izba podtrzymuje stanowisko w zakresie błędu w obliczeniu ceny oraz czynu nieuczciwej konkurencji jak w odniesieniu do pozostałych zarzutów odwołania, tym samym za niezasadne Izba uznała powielanie pełnej argumentacji w przedmiotowym zakresie. Tym bardziej, że w odniesieniu do powyższego zarzutu, Odwołujący ograniczył się do ogólnikowego i lakonicznego uzasadnienia, które sprowadziło się w zasadzie do stwierdzenia, że wycena danej pozycji w ramach innej pozycji stanowi zarówno czyn nieuczciwej konkurencji, jak i błąd w obliczeniu ceny.

WYCENA PRAC UJĘTYCH W GRUPIE PRAC NR 1 PN. NAWIERZCHNIA, GRUPIE PRAC NR 6 PN. OZNAKOWANIE, GRUPIE PRAC NR 7 PN. BEZPIECZEŃSTWO, GRUPIE PRAC NR 8 PN. ESTETYKA, GRUPIE PRAC NR 12b PN. PRACE POMOCNICZE – ZARZUT NIEZGODNOŚCI Z WARUNKAMI ZAMÓWIENIA ORAZ BŁĄD W OBLICZENIU CENY

Odwołujący podnosił, że w ramach ww. grup prac ceny jednostkowe wskazane przez konsorcjum Aldian uniemożliwiają pokrycie kosztów zakupu podstawowych materiałów niezbędnych do wykonania usługi (przykładowo paliwa w przypadku prac z grupy prac nr 8 pn. „Estetyka” czy betonu asfaltowego i mieszanki mineralno-asfaltowej na zimo w przypadku grupy prac nr 1 pn. „Nawierzchnia”), co oznacza, że ceny te są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Dodatkowo, wskazywał, że ceny przyjęte przez konsorcjum Aldian powodują niezgodność z wymaganiami SWZ, tj. z: pkt 9 SST 05.03.17f, pkt 9 SST 05.03.19a, pkt 9 SST 07.02.01 oraz pkt 9.2 SST 07.05.01b. W konsekwencji zawierają błąd w obliczeniu ceny przez nieuwzględnienie wszystkich kosztów realizacji usługi w ramach ceny jednostkowej, która dotyczy usługi.

Izba ustaliła, że zgodnie z postanowieniami SWZ:

pkt 9 SST 05.03.17f „Remont cząstkowy nawierzchni bitumicznych mieszankami mineralno — asfaltowymi wbudowanymi na gorąco” określono, że cena jednostkowa za 1m² musi obejmować m.in. koszt pracy sprzętu oraz koszty dowozu i odwozu sprzętu na/z terenu prac, przygotowanie podłoża, wykonanie prac zgodnie z technologią prac opisaną w SST oraz zgodnie z przepisami, normami i sztuką budowlaną.

pkt 9 SST 05.03.19a „Warstwa ścieralna ze slurry seal” określono, że cena jednostkowa za 1m² musi obejmować m.in. koszt pracy sprzętu oraz koszty dowozu i odwozu sprzętu na/z terenu prac, przygotowanie podłoża, wykonanie prac zgodnie z technologią prac opisaną w SST oraz zgodnie z przepisami, normami i sztuką budowlaną.

pkt 9 SST 07.02.01 „Utrzymanie i remont oznakowania pionowego” określono, że cena jednostkowa musi obejmować m.in. dostawę zamówionych elementów wraz z załadunkiem i rozładunkiem na w miejscu wskazanym na bazie Zamawiającego, wykonanie fundamentów, zaprojektowanie, uzgodnienie, wyprodukowanie lub zakup, dostarczenie i ustawienie konstrukcji wsporczych oraz zamocowanie tarcz znaków drogowych zgodnie z dokumentacją projektową i specyfikacją techniczną lub ustawienie urządzeń brd

pkt 9.2 SST 07.05.01b „Osłony energochłonne (poduszki zderzeniowe) określono, że cena jednostkowa musi obejmować m.in. montaż nowej poduszki zderzeniowej, a w tym dostarczenie materiałów w miejsce wbudowania.

Izba ustaliła poniżej wartość poszczególnych pozycji do wartości ceny ofertowej konsorcjum Aldian:

- Grupa prac nr 1 pn. „Nawierzchnia”: poz. 1.1. „Remont cząstkowy nawierzchni z betonu asfaltowego poprzez frezowanie istniejącej nawierzchni do 4 cm i ułożenie warstwy betonu asfaltowego o grubości 4 cm – łaty do 5 m²” – wartość pozycji stanowi 0,0217% wartości oferty; poz. 1.2. „Remont cząstkowy nawierzchni z betonu asfaltowego poprzez frezowanie istniejącej nawierzchni do głębokości 4 cm i ułożenie warstwy betonu asfaltowego o grubości 4 cm – łaty powyżej 5 m²” – wartość pozycji stanowi 0,0217% wartości oferty; poz. 1.10. „Wykonanie warstwy ścieralnej ze Slurry Seal” – wartość pozycji stanowi 0,0034% wartości oferty;
- Grupa prac nr 6 pn. „Oznakowanie”: poz. 4.1. „Wymiana/zamontowanie konstrukcji wsporczych stalowych pod tablice” – wartość pozycji stanowi 0,0021% wartości oferty;
- Grupa prac nr 7 pn. „Bezpieczeństwo”: poz. 9.1. „Wymiana/zamontowanie osłony zabezpieczającej w postaci monobloku (typu U-15b) – wartość pozycji stanowi 0,0238% wartości oferty;
- Grupa prac nr 12b pn. „Prace pomocnicze”: poz. 2 „Spycharka” – wartość pozycji stanowi 0,0017% wartości oferty.

Izba uznała, że po pierwsze formularze TER mają charakter informacyjny, wskazujący jedynie szacunkowe ilości poszczególnych usług. Nie są to typowe kosztorysy jak np. przy robotach budowlanych, które gwarantują realizację określonej ilości poszczególnych rodzajów robót. Potwierdza to chociażby §4 ust. 5 i 6 IPU (*Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1, jest wartością wyliczoną w oparciu o przewidywane ilości prac i nie stanowi zobowiązania dla Zamawiającego do realizacji Umowy do tej wartości. Rzeczywiste wynagrodzenie Wykonawcy zostanie ustalone zgodnie z zasadami określonymi w § 5, § 6 i § 7 niniejszej Umowy.*). Zamawiający nie wskazał też minimalnej (gwarantowanej) ilości poszczególnych usług.

Po drugie, jak już wskazano w sprawie o sygn. akt KIO 3220/21 z treści SWZ nie wynika, że wykonawca nie może przenosić kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami TER. SWZ nie zawiera żadnych wskazań w tym przedmiocie. Poza tym, biorąc pod uwagę złożoność przedmiotu zamówienia i jedynie szacunkowe podanie ilości oraz częściowe wprowadzenie rozliczeń ryczałtowych/miesięcznych, wewnętrzna kalkulacja ceny oferty i jej poszczególnych elementów należała do wykonawcy.

Po trzecie Odwołujący przedstawia swoje wyliczenia, na podstawie ofert przez siebie zebranych, nie oznacza to, że inny wykonawca musiał przyjąć do wyliczenia tożsame kwoty.

Po czwarte, Odwołujący wskazuje także, że kwestionowane ceny są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zdaniem składu orzekającego, w niniejszym postępowaniu udział procentowy wartości kwestionowanych cen w odniesieniu do całkowitej ceny nie ma istotnego znaczenia z punktu widzenia kalkulacji całkowitej ceny ofertowej. Istotna część składowa ceny to część, która w znacznym stopniu przyczynia się do powstawania kosztów po stronie wykonawcy i ma znaczący wpływ na całkowitą cenę oferty. Oceniając istotność części składowych ceny oferty, która podlega badaniu, należy wykazać, że jej zaniżenie ma istotny wpływ na ostateczną wysokość ceny oferty i spowoduje np. nienależyte wykonanie zamówienia. Powyższego Odwołujący nie wykazał.

ZARZUT RAŻĄCO NISKIEJ CENY W OFERCIE KONSORCJUM ALDIAN

Izba uznała, że niezasadny jest zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz 224 ust. 6 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Aldian jako rażąco niskiej, pomimo, że złożone przez niego wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Stosownie do art. 224 ust. 6 ustawy 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.

Izba ustaliła, że wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny złożone przez konsorcjum Aldian zostały uznane przez Zamawiającego jako wystarczające. Wobec tego ciężar dowodu wykazania, że złożone przez niego wyjaśnienia wraz z dowodami nie są wystarczające dla obalenia domniemania rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Izba uznała, że brak było podstaw do odrzucenia oferty, gdyż niewątpliwie wykonawca złożył wyjaśnienia, z których zamawiający wywiódł, że pokrywają koszty wykonania zamówienia. Odwołujący nie wykazał, że cena oferty jest rażąco niska, tak niska, że skutkuje to brakiem możliwości wykonania zamówienia. Za rażąco niską cenę należy uznawać cenę nierealną, nieadekwatną do rzeczywistego zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, znacząco odbiegającą od cen przyjętych przez innych wykonawców, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów świadczenia usług.

W zakresie zarzutów odnoszących się do rażąco niskiej ceny oferty, należy rozróżnić potrzebę uwiarygodnienia podnoszonego zarzutu od ciężaru dowodowego wykazania, że zaoferowana w ofercie cena nie jest rażąco niska. Nie jest wystarczające wskazanie ogólnikowe w odwołaniu tylko zarzutu rażąco niskiej ceny oferty, ale niezbędne jest wykazanie przez opis stanu faktycznego i dokonane wyliczenia, że podniesiony zarzut jest uprawdopodobniony. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 listopada 2018 r., sygn. akt XXIII Ga 423/18, który pozostaje aktualny w obecnym stanie prawnym, *na ofercie spoczywa ciężar wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Odwrócony w ramach oceny zaoferowanej ceny ciężar dowodu nie zwalnia jednak strony kwestionującej realność ceny konkurenta i jego wyjaśnienia ceny od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą swoich zarzutów. Skarżący zaproponował ogólne twierdzenia, natomiast powinien przedstawić materiał dowodowy, z którego będzie wynikać, że oferta zawierała rażąco niską cenę, a zamawiający błędnie ją ocenił.*

W niniejszej sprawie Odwołujący nie podjął próby wykazania zasadności powyższego zarzutu. Poza cytowaniem trzech fragmentów wyjaśnień, wskazał jedynie, że są one niewystarczające i nie odnoszą się do konkretnych kosztów ponoszonych w ramach danych pozycji. Odwołujący jako profesjonalista, sam ubiegający się o dane zamówienie, dysponujący szczegółową wiedzą w danej dziedzinie, znajomością postanowień SWZ, jak i informacjami o cenie zaoferowanej przez jego konkurenta, jest w stanie zaprezentować argumentację wskazującą jak należało skalkulować cenę oferty, z uwzględnieniem jakich elementów kształtujących cenę i w jakiej wysokości, aby było za nią możliwe zrealizowanie zamówienia.

Izba poddała analizie treść wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez konsorcjum Aldian pod kątem lakonicznej argumentacji przedstawionej w odwołaniu, uznając że brak jest podstaw do podważenia prawidłowości oceny tych wyjaśnień dokonanej przez

Zamawiającego. Izba stwierdziła, iż konsorcjum Aldian sprostą spoczywającemu na nim w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązki dowiedzenia, że cena oferty nie jest ceną rażąco niską.

Reasumując, Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo ocenił wyjaśnienia rażąco niskiej ceny konsorcjum Aldian, uznając że oferta wykonawcy nie podlega odrzuceniu w powyższym zakresie, a w konsekwencji nie naruszył art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz 224 ust. 6 ustawy Pzp.

WYCENA PRAC UJĘTYCH W GRUPIE PRAC NR 13 PN. „PRACE NA TERENIE INNEGO REJONU” – ZARZUT NIEZGODNOŚCI Z WARUNKAMI ZAMÓWIENIA ORAZ BŁĄD W OBLICZENIU CENY

Odwołujący podnosił, że wykonawca PRDM w ramach Grupy prac nr 13 pn. „Prace na terenie innego Rejonu” w pozycji 19.1. „Uzupełnienie ubytków betonem cementowym w konstrukcjach betonowych” przyjął taką cenę jednostkową, że nie uwzględnia ona warunków zamówienia dotyczących realizacji tej usługi. Jednocześnie przyjęta cena jednostkowa zawiera błąd w obliczeniu ceny, jako że nie uwzględnia wymagań z pkt 17.3 SWZ dotyczących sposobu kalkulacji ceny.

Izba ustaliła, że zgodnie z postanowieniem z SST 05.03.18a „Uzupełnienie ubytków betonem” określono, że cena jednostkowa powinna obejmować m.in. dostarczenie materiałów i sprzętu na budowę, wykonanie naprawy zgodnie z dokumentacją projektową, specyfikacją techniczną i ewentualnie zaleceniami Zamawiającego oraz wypełnienie szczelin dylatacyjnych, odtransportowanie sprzętu z placu budowy.

Zgodnie z TERem dotyczącym grupy prac nr 13 Prace na terenie innego Rejonu należało podać ceny jednostkowe netto dla kilkadziesiąt pozycji, w tym dla pozycji 19.1 „Uzupełnienie ubytków betonem cementowym w konstrukcjach betonowych”. W pozycji tej Zamawiający posłużył się jednostką miary w postaci m^3 . PRDM wskazał w tej pozycji kwotę 116,40 zł m^3 . Izba ustaliła także, że jednostką obmiarową określoną w SST był m^2 (pkt 7.2 SST G-D—05-03-18a). W piśmie procesowym PRDM wyjaśnił, że przygotował ofertę w oparciu o jednostkę obmiarową określoną w SST, tj. m^2 .

Izba uznała, że istniała w tym zakresie niespójność dokumentacji postępowania. PRDM, słusznie zauważył, że to specyfikacje techniczne wyznaczają szczegółowe zakresy prac (stanowiąc opis przedmiotu zamówienia), skalkulował więc ofertę, kierując się właśnie wytycznymi określonymi w SST (tj. wycenił 1 m^2), a zatem wartość podana w TER odnosi się do jednostki zdefiniowanej w SST (m^2). Powyższa niespójność dokumentacji postępowania nie może natomiast obciążać wykonawcy. Ponadto, w całym TER dla prac z grupy 13 przyjęto m^2 jako jednostkę rozliczeniową, a jedynie w poz. 19.1 widnieje m^3 . Stanowi to dodatkową

okoliczność przemawiająca za brakiem podstaw do wyciągnięcia negatywnych konsekwencji względem wykonawcy, który zastosował się do postanowień SST.

Nie sposób więc uznać zarzutu z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp za uzasadniony. Ponadto, odrzucenie oferty z uwagi na jej niezgodność z treścią specyfikacji warunków zamówienia musi być poprzedzone analizą możliwości zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Dodatkowo kwestionowana pozycja TER została wyceniona łącznie na nieco ponad 1.000 zł. Zatem, ewentualną konsekwencją zidentyfikowania przez Zamawiającego owej nieścisłości w ofercie PRDM winno być co najwyżej jej poprawienie jako tzw. innej omyłki, przy czym Odwołujący nie sformułował zarzutu w tym zakresie. Wobec powyższego nieuzasadniony jest również zarzut popełnienia przez PRDM błędu w obliczeniu ceny.

Z uwagi na powyższe odwołanie podlegać powinno oddaleniu.

Sygn. akt KIO 3250/21

Izba stwierdziła, że podniesione w odwołaniu zarzuty zasługują na uwzględnienie. Odwołujący wskazywał, że odrzucenie jego oferty jest wynikiem: (1) interpretacji postanowień SWZ w taki sposób, że w konkretnych okolicznościach sprawy okazują się one sprzeczne ze sobą (wykluczające), a zatem niemożliwe do spełnienia jednocześnie, przez co także niejasne, z czego nie można wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawców, (2) ewentualnie dokonanie ich wykładni narusza dyrektywy art. 65 § 1 k.c., a zatem przy braku uwzględnienia okoliczności, w których zostały złożone, oraz zasad współzycia społecznego i ustalonych zwyczajów, a ponadto (3) ingerujące zbyt daleko w prawo wykonawców do określenia istotnych postanowień oferty (umowy), w tym ceny za wykonanie zamówienia i dlatego nieważnych jako sprzecznych z przepisami prawa lub też zasadami współzycia społecznego, w tym zapewniających zachowanie uczciwej konkurencji.

Izba ustaliła, że 11 sierpnia 2021 r. Zamawiający, na podstawie art. 224 ust. 1 w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, w celu ustalenia, czy złożona oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, zwrócił się do Odwołującego o udzielenie stosownych wyjaśnień.

Wykonawca pismem z dnia 23 sierpnia 2021 r. wskazał, że część kosztów wykonania Zarządzania kontraktem (poz. 11) została ujęta w kosztach pozycji znajdujących się w innych grupach prac. Jednocześnie podkreślił, że z uwagi na obowiązujący wykonawców limit, część kosztów z tej pozycji została przesunięta do kosztów zimy (utrzymanie zimowe).

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego podnosząc, że ujęcie części kosztów danej pozycji TER w innych pozycjach TER stanowi niezgodność oferty z warunkami zamówienia, tj. z pkt 17.3 SWZ, a tym samym oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W ocenie Izby decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty PRDM była nieuprawniona. W pierwszej kolejności wymaga podkreślenia, że w postępowaniach o udzielenie zamówienia co do zasady należy stosować literalną wykładnię odpowiednich postanowień specyfikacji warunków zamówienia, co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości zamawiających na etapie badania i oceny ofert. Skoro Zamawiający w dokumentach postępowania nie zawarł bezwzględnego wymogu odnoszącego się do określonego zachowania wykonawcy, to nie sposób twierdzić, że uchybienie takiemu wymogowi winno skutkować odrzuceniem oferty.

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 17.3 SWZ *Każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce ilości rozliczenia w TER-ach*. Zamawiający posługuje się więc sformułowaniem „powinna” (w odniesieniu do zawartości ceny jednostkowej), które nie zawiera w swojej treści bezwzględnego wymogu, kategorycznego imperatywu. Zgodnie z definicją ze słownika języka polskiego sformułowanie „powinien, powinna, powinno” należy odczytywać jako zachowanie „pożądane, spodziewane, wskazane”, w odróżnieniu od sformułowania „musi”, które wyraża w swej treści przymus czy (bezwzględną) konieczność.

Jak słusznie zauważył Odwołujący, Zamawiający posługuje się pojęciami „powinna”, „musi” zamiennie, nawet w ramach tego samego rozdziału SWZ (rozdział 17 - sposób obliczenia ceny). Zgodnie z pkt 17.2 SWZ *Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić wszystkie pozycje opisane w TER-ach* (oznacza to, że wykonawca ma obowiązek uwzględnienia w cenie oferty wszystkich pozycji opisanych w TER-ach). Dalej, Zamawiający kształtuje kolejne obostrzenie, zgodnie z którym *Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić żadnych zmian do TER-ów*. W odniesieniu zaś do pkt 17.3 SWZ posłużono się odmiennym wymogiem, tj. *Każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce ilości rozliczenia w TER-ach*.

Skoro więc w tym samym rozdziale, Zamawiający posługuje się zamiennie pojęciami „musi” oraz „powinien”, to należy przyznać rację Odwołującemu, że wykonawcy mieli prawo przypisywać tym pojęciom odmienne znaczenie (w ślad za słownikowym, ale i potocznym, rozumieniem). Tym bardziej, że kompleksowa lektura SWZ wskazuje na brak przypadkowości w narzuconej przez Zamawiającego siatce pojęć (np. w bezwzględnie obowiązujących postanowieniach dotyczących treści wadium Zamawiający konsekwentnie posługuje się pojęciem „musi” – pkt 18 SWZ). Stosownie zaś do wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 24 czerwca 2019 r., sygn. akt II Ca 928/19 *Niezastosowanie się przez wykonawcę do zawartego w SIWZ zalecenia, czyli czegoś, co z natury nie jest obowiązkiem, nie może być oceniane w kategoriach niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, uzasadniającej odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp*. W sytuacji więc gdy danemu postanowieniu

SWZ należy przypisać rolę zalecenia, a nie bezwzględnego imperatywu, zaniechanie zastosowania się do niego nie może skutkować odrzuceniem oferty.

Na uwagę zasługuje również fakt, że postanowienie z pkt 17.3 SWZ, na które powołuje się Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, nie wskazuje, że przeniesienie kosztów między pozycjami skutkować będzie odrzuceniem oferty. Żadne inne postanowienie nie wskazuje też, że nie jest dopuszczalne ujęcie kosztów jednej pozycji w innej. Pkt 17.3 SWZ mówi jedynie o tym, że cena jednostkowa powinna obejmować całkowity koszt danej pozycji. Zgodnie z utrwalonym poglądem w orzecznictwie i doktrynie wszelkie wątpliwości postanowień SWZ, czy niejasności, które mogą odnosić się do złożonych w postępowaniu ofert, winny być rozstrzygane przy zastosowaniu interpretacji korzystnych dla wykonawców. Zamawiający nie może na etapie badania i oceny ofert zaostrzyć wymagań, a wszelkie nieprecyzyjne postanowienia SWZ lub wewnętrznie sprzeczne nie mogą wywoływać negatywnych skutków wobec podmiotów uczestniczących w przetargu.

Co istotne, sposób, w jaki Zamawiający interpretuje postanowienia SWZ i TER-a w grupie prac nr 11 powodował negatywne konsekwencje nie tylko dla pojedynczego wykonawcy, jakim jest Odwołujący, ale stanowił o tym, że spełnienie narzuconego przez Zamawiającego limitu 10% powodowało niemożliwość właściwej kalkulacji także dla pozostałych wykonawców (konsorcjum Aldian oraz konsorcjum Abrams).

Dodatkowo, to sam Zamawiający narzucił określone limity procentowe. Zgodnie z Rozdziałem 17 SWZ wykonawcy w pierwszej kolejności winni wyliczyć wartości poszczególnych grup (pozycji), a następnie przenieść je do Zbiorczego Zestawienia Kosztów i wyliczyć wartość brutto danej grupy. Wartość całkowitą wyliczoną w ten sposób w Zbiorczym Zestawieniu Kosztów wykonawca winien przenieść do Formularza „Oferta”. Przy czym Zamawiający, chcąc ustrzec się zapewne przed przenoszeniem kosztów między pozycjami, szczególnie z tych nie stałych do tych płatnych miesięcznie, jak pozycja 11, wprowadził ograniczenie w postaci limitu 10% wartości całkowitej umowy. Odwołujący więc wycenił zakres wchodzący w skład oferty oraz uszanował limit procentowy narzucony przez Zamawiającego, równocześnie przenosząc (zgodnie ze złożonymi wyjaśnieniami) pozostałą część wartości pozycji nr 11 – Zarządzanie kontraktem do pozycji Zimowe utrzymanie (pozycja nr 10).

Niemniej, samo przenoszenie kosztów między pozycjami nie zawsze musi być uważane za negatywne zachowanie jakiegoś wykonawcy. Tak długo więc jak wykonawca nie dopuszcza się inżynierii cenowej (nie popełnia czynu nieuczciwej konkurencji), nie można mówić o zaistnieniu podstaw odrzucenia oferty. Tym bardziej w sytuacji, gdy sam Zamawiający w treści SWZ nie wskazuje, że skutkiem tego typu praktyk będzie odrzucenie oferty. Ponadto, Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego nie zdecydował się na

odrzućcie oferty Odwołującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp (złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji). Nie stwierdził nie tylko zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji, ale nie dopatrył się także wadliwości wyceny ofertowej (w tym w szczególności w wycenie Zarządzania kontraktem). Takie stwierdzenia nie znalazły się w uzasadnieniu odrzucenia oferty.

W tym kontekście Izba podziela stanowisko prezentowane w wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 7 marca 2018 roku, sygn. akt VIII Ga 102/18, zgodnie z którym *Aby dokonać wykładni oświadczenia woli, a w konsekwencji odczytać jego treść w świetle art. 65 § 1 k.c., poza zwróceniem uwagi na kontekst językowy analizowanego oświadczenia uwzględnić należy także okoliczności jego złożenia, czyli tzw. kontekst sytuacyjny. (...) Ponadto - zgodnie z art. 65 § 1 k.c. - wskazany w tym przepisie nakaz uwzględnienia w wykładni oświadczenia zasad współżycia społecznego wprowadza w istocie nakaz preferowania takiego możliwego wyniku wykładni, który wykazuje największy stopień zgodności z obowiązującymi w społeczeństwie normami moralnymi [por. np. wyrok SN z 4.06.2003 r. w sprawie I CKN 473/01, L.]. W kontekście postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie p.z.p., za odpowiednik zasad współżycia społecznego na gruncie tej regulacji należy uznać zasady odczytywane z art. 7 p.z.p., a tym samym przy dokonywaniu wykładni oświadczeń woli składanych w toku tego postępowania należy preferować taki możliwy wynik wykładni, który w jak największym stopniu jest zgodny z tymi zasadami, a w szczególności z zasadą przejrzystości postępowania, co do której obowiązują zgodnie są wszystkie strony występujące w niniejszej sprawie. (...), że zasada przejrzystości postępowania oznacza, iż wszystkie warunki i zasady postępowania przetargowego powinny być zapisane w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny, który pozwoli wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom na zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a nadto umożliwi instytucji zamawiającej faktyczne sprawdzenie, czy oferty odpowiadają kryteriom, którym podlega dany przetarg. (...) oznacza również zakaz wyciągania negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązujących przepisów prawa krajowego, lecz jedynie z wykładni tych przepisów lub dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy lub sądownictwo występujących w tej dokumentacji luk [por. postanowienie (...) z 13.07.2017 r. w sprawie C-35/17, (...) sp. z o.o. i (...) sp. z o.o. v. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w P. ; wyrok (...) z 2.06.2016 r. w sprawie C-27/15, Pizzo v. (...) S. ; wyrok (...) z 7.04.2016 r. w sprawie C- 324/14, (...) A. Dariusz v. Z. (...), Monitor Prawniczy z 2016 r., Nr 11, s. 570; oraz wyrok (...) z 10.05.2012 r. w sprawie C-368/10, Komisja Europejska v. Królestwo Niderlandów].*

Skład orzekający podzielił również stanowisko Odwołującego, że w przedmiotowym postępowaniu doszło do naruszenia przepisów prawa, w tym prawa Odwołującego do ukształtowania swojej oferty (określenia istotnych postanowień umowy, w tym ceny – art. 66 k.c.), a także zasady uczciwej konkurencji. Wykonawca bowiem winien mieć co do zasady swobodę w zakresie kształtowania ceny, a odgórne określenie poziomu ceny może w okolicznościach konkretnej sprawy uniemożliwić przeprowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie konkurencji.

Izba uznała także, że wniesione przez Odwołującego odwołanie nie jest próbą zaskarżenia postanowień SWZ, tj. limitu 10% narzuconego na wycenę dla Zarządzania kontraktem, lecz jego przedmiotem jest ocena skutków przerzucenia części kosztów z tego tytułu do innej pozycji kosztorysowej. Dlatego też w sytuacji gdy postanowienie SWZ pozostaje w sprzeczności z prawem lub zasadami współżycia społecznego, okoliczność ta winna być wzięta pod uwagę na każdym etapie postępowania. Powyższe potwierdza wyrok KIO z dnia 12 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO 1127/15, gdzie wskazano, że *Zasada nadrzędności przepisów prawa porządkuje również zagadnienie właściwego sposobu postępowania zamawiającego w przypadku sprzeczności postanowień SIWZ z obowiązującymi regulacjami prawnymi. SIWZ, która stanowi element obligacyjnego porozumienia przetargowego zawierowanego między zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o zamówienie, nie może kształtować wymagań kierowanych do wykonawców sprzecznie z przepisami Prawa zamówień publicznych i z obowiązującymi przepisami właściwymi ze względu na dany przedmiot zamówienia. Pogląd przeciwny sankcjonowałby naruszenie prawa przez zamawiającego i w dalszej perspektywie mógłby negatywnie oddziaływać na uczciwe konkurowanie wykonawców o zamówienie. Z tego powodu przy dokonywaniu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu Izba ustalając treść wymagań zamawiającego, władna jest do stwierdzenia, czy są one zgodne z obowiązującym prawem. Nietrafnie zatem podnosił odwołujący, że na obecnym etapie postępowania należy wyłącznie zbadać, czy zamawiający wykonał czynności zgodnie z treścią SIWZ, a ocena legalności tych postanowień jest już spóźniona. SIWZ jest oświadczeniem zamawiającego o charakterze cywilnoprawnym, zatem postanowienie SIWZ sprzeczne z przepisem o charakterze bezwzględnie obowiązującym nie może być prawnie skuteczne, gdyż jest dotknięte sankcją nieważności (art. 58 § 1 in initio KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp).*

W niniejszym stanie faktycznym, biorąc pod uwagę treść postanowień SWZ (wycenienie wszystkich kosztów w ramach danej pozycji oraz przestrzeganie narzuconego limitu procentowego) wykonawcy mieli trzy możliwości, na które zwrócił uwagę Odwołujący. W przypadku pierwszego rozwiązania mogli zaniżyć wyceny z tytułu Zarządzania kontraktem do

poziomu nieprzekraczającego 10% ceny ofertowej, skutkiem czego mogliby narazić się na zarzut rażąco niskiej ceny i nieujęcia w wycenie ofertowej wszystkich kosztów.

W drugim wariantcie wykonawcy mogli dostosować cenę końcową do takiego poziomu, który pozwoli na ustalenie, że koszty Zarządzania kontraktem nie przekraczają 10%. Takie działanie spowodowałoby sztuczne zawyżenie wszystkich pozycji TER poza pozycją nr 11. Byłoby niewątpliwie zgodne z narzuconym przez Zamawiającego limitem procentowym, niemniej zmuszałoby wykonawcę do nieuzasadnionego zawyżenia ceny ofertowej, co przeczy naturze przetargu, a przede wszystkim zasadzie konkurencyjności, nie wspominając już o regulach określonych w art. 44 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych dotyczących dokonywania wydatków publicznych (w szczególności zasady wydatkowania środków publicznych w sposób oszczędny i celowy).

Ostatnią opcją była możliwość uwzględnienia prawidłowych kosztów Zarządzania kontraktem, prawidłowej wyceny końcowej oferty, zastosowanie się do wymogu utrzymania poziomu 10% dla grupy prac TER 11, przy jednoczesnym ujęciu części kosztów w innej pozycji kosztorysu. Tak też postąpił Odwołujący, a działanie to nie generuje, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, przewagi nad innymi wykonawcami. Jedynie może generować pewne ryzyko po stronie Odwołującego, bowiem wynagrodzenie ujęte w TER 11 zostanie wypłacone przez Zamawiającego niezależnie od jakichkolwiek okoliczności (wynagrodzenie z innych TER-ów ma natomiast, co do zasady, charakter warunkowy). Zatem przenosząc część kosztów z tytułu Zarządzania kontraktem do innej pozycji kosztorysowej, wykonawca działa na swoją niekorzyść, może się przecież okazać, że zakres prac opisany w tej pozycji nie będzie realizowany.

Izba zdaje sobie sprawę, że czynność przerzucania kosztów pomiędzy pozycjami czasami może powodować konieczność odrzucenia oferty (w sytuacji gdy dochodzi do działań wykonawcy zmierzających do poprawienia swojej sytuacji względem konkurencyjnych wykonawców w niezgodny z przepisami powszechnie obowiązującego prawa sposób), ale nie uzasadnia to automatyzmu. Jak słusznie zauważył Odwołujący, tak długo jak w danym przypadku nie mamy do czynienia z okolicznościami, które mogą zostać zakwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji, wywodzenie automatyzmu w postaci konieczności odrzucenia oferty jest nieuprawnione.

W konsekwencji Izba uznała, że zarzuty postawione w odwołaniu potwierdziły się.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego,

ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania
(Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:

.....

.....