

Sygn. akt: KIO 936/22, KIO 1019/22
KIO 1020/22

WYROK
z dnia 17 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Członkowie: Irmina Pawlik

Michał Pawłowski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 i 29 kwietnia 2022 r. oraz 12 maja 2022 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 i 11 kwietnia 2022 r. przez:

- A. wykonawcę **FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie** (sygn. akt: KIO 936/22, KIO 1019/22),
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Eurovia Polska S.A. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich, Saferoad Grawil Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku** oraz **R. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe Madrocar R. M. w Radziszowie** (sygn. akt: KIO 1020/22),

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie**

przy udziale wykonawcy **ZABERD Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 936/22, KIO 1019/22 oraz KIO 1020/22 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 936/22 oraz KIO 1019/22.
 - 1.1. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawcę **FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie** w sprawie o sygn. akt: KIO 936/22 i KIO 1019/22 i:

- 1.2. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawcę **FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołań;
2. Uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1020/22 w zakresie zarzutu zawartego w *petitum* odwołania w punkcie II lit. b ppkt 5 w części dotyczącej wymiarów kamienia narzutowego, ppkt 13 i 14 w części dotyczącej kosztów zabezpieczenia prac oraz dodatku za pracę w nocy, ppkt 15, ppkt 21 i 22 w części dotyczącej kosztów zabezpieczenia prac i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 1 zamówienia oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy ZABERD Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
- 2.1. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - **Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie** w sprawie o sygn. akt: KIO 1020/22 i :
- 2.2. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Eurovia Polska S.A. z siedzibą w Bielanych Wrocławskich, Saferoad Grawil Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku** oraz **R. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe Madrocar R. M. w Radziszowie** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.3. zasądza od Zamawiającego - **Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie** na rzecz Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Eurovia Polska S.A. z siedzibą w Bielanych Wrocławskich, Saferoad Grawil Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku** oraz **R. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe Madrocar R. M. w Radziszowie** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 936/22, KIO 1019/22

KIO 1020/22

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na *całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie w podziale na 5 części* (znak postępowania: O.KR.D-3.2413.13.2021).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 września 2021 r. pod numerem nr 2021/S 188-489406.

Sygn. akt: KIO 936/22

W dniu 4 kwietnia 2022 r. wykonawca FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie [dalej „Odwołujący 1” lub „FBSerwis”] wniósł odwołanie w zakresie części 2 zamówienia zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. 226 ust. 1 pkt 5, pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 218 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wybór oferty ZABERD pomimo, iż treść ww. Oferty jest niezgodna z wymogami SWZ, w zakresie w jakim ZABERD w pkt 8 oferty nie wskazał jakiego *„biuletynu krajowego, publikowanego przez profesjonalnych doradców analizujących rynkowe ceny robót budowlanych i inżynierskich od minimum 5 lat”* będzie używać do kalkulacji prac niewymienionych w Tabelach Elementów Rozliczeniowych, co jest niezgodne z treścią pkt 8 formularza oraz pkt 16.12. SWZ zgodnie z którym *„W OFERCIE, Wykonawca powinien wpisać na podstawie jakiego biuletynu krajowego, publikowanego przez profesjonalnych doradców analizujących rynkowe ceny robót budowlanych i inżynierskich od minimum 5 lat, będzie dokonywał kalkulacji prac wymienionych w Tabelach Elementów Rozliczeniowych”*;
2. art. 226 ust. 2 lit. c w zw. z art. 218 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 128 § 1 ustawy Pzp poprzez brak unieważnienia czynności wyboru oferty ZABERD oraz brak odrzucenia oferty ZABERD pomimo, iż ZABERD nie przedłożył w terminie podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.3. tj. posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej, albowiem przedłożone przez ZABERD zaświadczenia z banku PKO BP z dnia 29.11.2021 r., banku BNP Paribas Bank Polska z dnia 30.11.2021 r., Banku BGK

z dnia 26.11.2021 r. pochodzą z różnych rachunków i (jak wynika z treści oświadczeń) dotyczą różnych dni wobec czego ujawnione w nich środki mogły stanowić tą samą kwotę swobodnie przenoszona między ww. rachunkami celem sztucznego sprawienia pozoru posiadania większej ilości środków.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący 1 wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie decyzji o wyborze oferty, najkorzystniejszej oraz czynności badania i oceny ofert;
3. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty ZABERD;
4. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia badania i oceny ofert bez oferty ZABERD;
5. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa według spisu, który przedłożony zostanie na rozprawie (faktura).

W zakresie zarzutu, o którym mowa w punkcie 1. *petitum* odwołania Odwołujący 1 wskazał na punkcie 8. Formularza oferty ZABERD. Uzasadniał, że zgodnie z treścią pkt 8 formularza oraz pkt 16.12. SWZ zgodnie z którym „*W OFERCIE, Wykonawca powinien wpisać na podstawie jakiego biuletynu krajowego, publikowanego przez profesjonalnych doradców analizujących rynkowe ceny robót budowlanych i inżynierskich od minimum 5 lat, będzie dokonywał kalkulacji prac wymienionych w Tabelach Elementów Rozliczeniowych*”. Już z pobieżnej analizy ww. faktów wyraźnie widoczne jest, iż oferta ZABERD wbrew wyraźnej instrukcji zawartej w SWZ nie wskazuje biuletynu krajowego, publikowanego przez profesjonalnych doradców analizujących rynkowe ceny robót budowlanych i inżynierskich od minimum 5 lat, na podstawie którego kalkulowane będą prace niewymienione w Tabelach Elementów Rozliczeniowych.

Odwołujący 1 z ostrożności podniósł, iż na rynku występuje szereg tego rodzaju biuletynów w tym jedynie tytułem przykładu: Sekocenbud, Intercenbud, Bistyp oraz Orgbud. Odwołujący 1 podał adresy stron internetowych odsyłających do ww. biuletynów.

Odwołujący 1 wskazał, iż mając na względzie powyższe uznać należy, iż oferta ZABERD jako niezgodna z 218 ust. 2 ustawy Pzp oraz 16.12. SWZ powinna podlegać odrzuceniu. Zamawiający tymczasem dokonując badania i oceny ofert nie odrzucił ww. oferty jak również wybrał ją jako ofertę najkorzystniejszą. Mając na uwadze powyższe uznać należy, iż czynności Zamawiającego są niezgodne z ustawą oraz powinny podlegać unieważnieniu.

Odnośnie zarzutu zawartego w punkcie 2. *petitum* odwołania Odwołujący 1 wskazał na brzmienie punktu 8.1., 8.2.3. lit. b oraz 10.8. lit. b SWZ. Odwołujący 1 wskazał, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 10.12.2021 r. do przedłożenia do dnia

22.12.2021 r. informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed jej złożeniem; Wykonawca przedłożył:

- BNP Paribas Bank Polska S.A. wg. stanu na 24.11.2021 r.
- Opinia Bankowa Banku Gospodarstwa Krajowego wg stanu na dzień 25.11.2021 r.
- Zaświadczenie PKO BP S.A. wg. stanu na 26.11.2021 r.

Odwołujący 1 podniósł, iż żadne ze wskazanych powyższej zaświadczeń nie potwierdza posiadania przez ZABERD środków wymaganych 8.1.2 i 8.2.3. lit b) SWZ dla Części 1 (Rejon Kraków) oraz Części 2 (Rejon Nowy Sącz) – 5 000 000,00 PLN (części w przedmiocie których ofertę złożył ZABERD).

Jednocześnie nie sposób nie zauważyć, iż każde z ww. oświadczeń dotyczy innego dnia, tj. 24.11.2021 r., 25.11.2021 r., 26.11.2021 r. W kontekście powyższego podkreślenia wymaga, iż ZABERD mógł bez jakichkolwiek przeszkód przenosić pomiędzy ww. kontami bankowymi tożsamą kwotę celem wygenerowania większej ilości potwierdzeń oraz przeświadczenia o posiadaniu zdolności finansowej. Z uwagi na powyższe uznać należy, iż przedstawione przez ZABERD podmiotowe środki dowodowe, nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W kontekście powyższego wedle art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. 3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń. W zakresie powyższego uznać należy, iż w sytuacji zaistniałej w przedmiotowej sprawie celowe było odrzucenie oferty ZABERD. Nawet jeśli odrzucenie oferty ZABERD uznać by za przedwczesne to na zasadzie art. 128 §1 ust. zasadne było choćby wezwanie wykonawcę odpowiednio do ich złożenia lub poprawienia (w tym zakresie zaznaczyć należy, iż oferta podlegać powinna tak czy inaczej odrzuceniu z uwagi na niezgodność z SWZ). Zamawiający tymczasem dokonując badania i oceny ofert nie odrzucił ww. oferty jak również wybrał ją jako ofertę najkorzystniejszą. Mając na uwadze powyższe uznać należy, iż czynności Zamawiającego są niezgodne z ustawą oraz powinny podlegać unieważnieniu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 19 kwietnia 2022 r. wniósł o oddalenie odwołania.

W zakresie zarzutu, o którym mowa w punkcie 1. *petitum* odwołania Zamawiający wskazał, że Odwołujący powielając zarzuty Odwołania wniesionego pierwotnie

w przedmiotowym postępowaniu pominął, że brak precyzyjności oferty, który stał się podstawą skonstruowania zarzutów został przez Przystępującego wyjaśniony przy ponownej ocenie ofert. W piśmie z dnia 25 marca 2022 roku Przystępujący wskazał, że przy kalkulacji prac niewymienionych w Tabelach Elementów Rozliczeniowych będzie korzystał z biuletynu krajowego „SEKOCENBUD” publikowanego przez profesjonalnych doradców analizujących rynkowe ceny robót budowlanych i inżynierskich od minimum 5 lat.

Zamawiający uzasadniał, że na gruncie przepisów Pzp treść oferty to oświadczenie woli wykonawcy wyrażone w formularzu ofertowym stanowiące jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. W orzecznictwie pod pojęciem treści oferty należy rozumieć deklarowane w ofercie spełnienie wymagań zamawiającego przede wszystkim co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia publicznego zamówienia (zob. KIO/UZP 824/08; KIO/UZP 847/08; KIO/UZP 851/08; KIO/UZP 663/09; KIO/UZP 39/08; KIO/UZP 502/08; KIO/UZP 343/09). Ofertą wykonawcy jest zatem oświadczenie, które dotyczy wykonania przez wykonawcę zobowiązania zgodnego z żądaniami zamawiającego.

Oświadczenie, które oferenci winni złożyć w pkt 8 formularza ofertowego nie stanowi treści „oferty”, tj. merytorycznej treści zobowiązania wykonawcy oferowanego w odpowiedzi na opisany przez zamawiającego w SWZ przedmiot zamówienia. Deklaracja Wykonawcy odnośnie biuletynu krajowego, odnosi się do przyszłych, jeszcze ostatecznie nie określonych prac, które nie zostały wymienione w TER, tym samym nie są one objęte treścią oferty. Zgodnie z zapisami umowy prace wyceniane na podstawie wskazanego przez Wykonawcę biuletynu mogą w trakcie realizacji umowy wystąpić lub nie.

Regulacje związane ze sposobem rozliczenia robót dodatkowych stanowią ważną informację dla zamawiającego, której wymóg podania w ofercie wynika z SWZ, jednak brak jest podstaw do przyznania oświadczeniu, czy jak w tym przypadku braku oświadczenia wykonawcy o treści żądanej w SWZ - przymiotu treści oferty.

Wbrew stanowisku Odwołującego dane te mogły być uzupełnione. Dla Zamawiającego istotne było by dysponował danymi przed zawarciem umowy z wybranym Wykonawcą. Oświadczenie to nie miało jednak znaczenia dla oceny oferty, jej rankingu. Nie miało wpływu na zaoferowaną cenę, czy też zakres usługi do wykonania, której zobowiązał się wykonawca. Każdy z wykonawców składających ofertę miał tutaj pełną swobodę wyboru. Zatem brak podania w formularzu ofertowym żądanych informacji nie powoduje niezgodności treści oferty z treścią SWZ w rozumieniu niezgodności tych dokumentów, o jakiej stanowi art. 218 ust. 2 ustawy Pzp, skutkującej odrzuceniem oferty.

Zamawiający odwołał się do stanowiska KIO zaprezentowanego w wyroku z dnia 24 stycznia 2017 roku sygn. akt. KIO 50/17. wskazując, że *de lege lata* o niezgodności treści oferty z treścią SWZ można mówić w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia jego realizacji w sposób opisany przez Zamawiającego w SWZ. W przedmiotowym przypadku brak, który stał się podstawą zarzutu odwołania nie jest brakiem, który mógłby świadczyć o niezgodności treści oferty z treścią SWZ. Co więcej, został od uzupełnionym przed wyborem oferty Przystępującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Odnosnie zarzutu zawartego w punkcie 2. *petitum* odwołania Zamawiający podał, że łącznie nie uwzględniając nawet środków zgromadzonych na rachunku VAT zdolność finansowa Przystępującego została wykazana na poziomie 13 741 156,50 zł. Spełnił zatem postawiony przez Zamawiającego wymóg.

Następnie Zamawiający wskazał, że Odwołujący podnosi, że żaden z wymienionych powyżej dokumentów samodzielnie nie potwierdza zdolności finansowej wymaganej dla Części 1i 2, zaś z uwagi na różne daty tych dokumentów nie jest uprawnione łączne ich czytanie, bowiem „ZABERD” mógł bez jakichkolwiek przeszkód przenosić pomiędzy ww. kontami bankowymi tożsamą kwotę celem wygenerowania większej ilości potwierdzeń oraz przeświadczenia o posiadaniu zdolności finansowej.

W ocenie Zamawiającego optyka, którą usiłuje narzucić Odwołujący jest nieusprawiedliwiona, jeżeli weźmie się pod uwagę zapisy rozporządzenia dotyczącego dokumentów jakich żądać może zamawiający. W dotychczasowym orzecznictwie KIO nie budzi wątpliwości, że w sytuacji gdy wykonawca posiada odrębnie zgromadzone środki finansowe na dwóch osobnych rachunkach bankowych lub posiada odrębnie wycenioną zdolność kredytową na tych osobnych rachunkach bankowych, zarówno środki finansowe, jak i zdolność kredytowa podlegają zsumowaniu (zob. wyrok z dnia 6 sierpnia 2010 roku, KIO 1553/10 oraz wyroki z dnia 6 sierpnia 2010 roku, KIO 1553/10 oraz z dnia 17 października 2014 roku, KIO 2047/14, które pozostają aktualne na gruncie ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych).

Zamawiający przywołał brzmienie § 8 ust. 1 pkt 3) w/w ROZPORZĄDZENIA i wskazał, że użyty funktor alternatywy nierozłącznej „lub” wskazuje na możliwość wyboru sposobu potwierdzenia spełniania warunku dotyczącego sytuacji finansowej. Przepis pozostawia wykonawcom decyzję, czy chcą potwierdzić warunek dotyczący sytuacji finansowej, wykazując się zdolnością kredytową bądź posiadanymi środkami czy też jednym i drugim. Uzasadniał, że ograniczenie sposobu wykazania spełniania warunku dotyczącego sytuacji finansowej do informacji z jednego tylko banku - co wydaje się być oczekiwaniem Odwołującego - jest sprzeczne z prawem zamówień publicznych. Zamawiający powołał się na wyrok KIO z dnia 17 października 2014 roku sygn. akt: KIO 2047/14. Zamawiający

wskazał, iż przywołane powyżej uregulowania nie zawierają zakazu sumowania zaświadczeń/opinii pochodzących z różnych banków. Nie jest usprawiedliwione i nie znajduje podstaw w okolicznościach niniejszej sprawy ograniczenie, które usiłuje narzucić odwołujący. Podniesione przez niego zarzuty o przenoszeniu środków zgromadzonych na poszczególnych rachunkach pozostają gołosłowne. Okoliczność ta winna być wykazana przez podmiot stawiający zarzut.

Zamawiający podkreślał, że złożone opinie nie wzbudziły żadnych podejrzeń Komisji przetargowej. Jak wynika z doświadczenia Zamawiającego, zarówno treść opinii bankowych jak i terminy ich wydania są zależne do wewnętrznych uregulowań banków i nie zawsze Wykonawca ma wpływ na ich ostateczną treść i wykazane terminy. Porównując treści złożonych przez ZABERD opinii, Zamawiający ocenia, że rozbieżności w datach wydanych opinii wynikają właśnie z tych okoliczności, a nie są wynikiem zamierzonego działania.

Sygn. akt: KIO 1019/22

W dniu 11 kwietnia 2022 r. wykonawca FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie [dalej „Odwołujący” lub „FBSerwis”] wniósł odwołanie w zakresie części 2 zamówienia zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 224 ust. 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ZABERD, pomimo iż:

- wykonawca ten, wezwany do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, złożył wyjaśnienia nierzetelne, nieuzasadniające podanej w ofercie ceny, gdyż:
 - wyjaśnienia te i zawarte w nich wyliczenia nie zostały poparte praktycznie jakimikolwiek dowodami potwierdzającymi słuszności przyjętych założeń i kosztów (z wyjątkiem kilku ofert i umów podwykonawczych, których treść sprowadza się do wskazania analogicznych do ujętych w ofercie ZABERD cen jednostkowych, obniżonych jedynie o wartość, która miałyby stanowić zysk wykonawcy ZABERD oraz kilku ofert czy faktur na dostawę jedynie części materiałów wykorzystywanych w niektórych spośród wyjaśnianych prac),
 - wyjaśnienia i zawarte w nich „wyliczenia” zostały w znacznej mierze oparte o niewiarygodne (wręcz absurdalne) założenia dotyczące sposobu prowadzenia prac i ich wydajności, co skutkowało znacznym zaniżeniem kosztów robocizny oraz kosztów pracy sprzętu,
 - w wyjaśnieniach pominięto szereg istotnych z punktu widzenia kalkulacji kosztów, które będą ponoszone przy realizacji prac objętych wyjaśnianymi cenami jednostkowymi,
- oferta złożona przez ZABERD zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu, w szczególności, jak wynika ze złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień, nie pozwala na

pokrycie wszystkich kosztów związanych z wykonaniem prac, których dotyczą wyjaśnienia, tj.:

- kosztów pracy,
- kosztów wszystkich materiałów niezbędnych do wykonania prac,
- kosztów utylizacji odpadów powstałych w wyniku prowadzonych prac,
- kosztów zabezpieczenia prac prowadzonych w warunkach ruchu drogowego;

2. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ZABERD, pomimo iż jest ona niezgodna z warunkami zamówienia, a mianowicie z pkt 17.5. SWZ, które to postanowienie nakazuje, aby każda cena jednostkowa obejmowała całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w FORMULARZACH.

Podnosząc ww. zarzuty Odwołujący 1 wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty ZABERD jako oferty najkorzystniejszej;
3. nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty ZABERD;
4. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa według spisu, który przedłożony zostanie na rozprawie (faktura).

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący 1 zauważył, iż niemal całość wyjaśnień złożonych przez ZABERD opiera się na jego własnych oświadczeniach. Wykonawca ten, wyjaśniając cenę ofertową, przedstawił własną kalkulację, sporządzoną w oprogramowaniu kosztorysowym NORMA PRO, prezentując ją jako dokonaną w oparciu o nakłady przewidziane w Katalogach Nakładów Rzeczowych (KNR) – a w istocie znacznie zmodyfikowaną (zaniżoną) w stosunku do KNR.

Przyjęte w kalkulacji założenia i koszty jednostkowe nie zostały jednak poparte rzeczowymi dowodami, które potwierdzałyby ich realność.

W szczególności ZABERD:

- nie przedstawił jakichkolwiek dowodów potwierdzających przyjęte koszty pracy – wskazał w swoich wyjaśnieniach na jednostkowy koszt roboczogodziny w wysokości 22,32 zł (co odpowiada wynagrodzeniu miesięcznemu na poziomie 3 756,48 zł (przy czym z treści kalkulacji można wnioskować, że jest to wartość obejmująca tzw. koszty pracodawcy, tj. uwzględniająca koszty składek na ubezpieczenie ponoszonych przez pracodawcę – a to oznaczałoby, że wysokość wynagrodzenia brutto pracowników byłaby jeszcze niższa – wynosiłaby ok. 3 109 zł, a więc niewiele więcej od minimalnego wynagrodzenia za pracę – które dla roku 2022 r. zostało ustalone w wysokości 3 010 zł. Jednocześnie ZABERD nie wykazał, aby za taką kwotę był w stanie pracowników do realizacji zamówienia za taką kwotę

zatrudnić (nie przedstawił żadnych dowodów w postaci umów o pracę czy chociażby listy płac – które to dowody przy tak niskim poziomie wynagrodzeń powinno zostać przedstawione). Co więcej, przyjęty przez ZABERD koszt roboczogodziny nie uwzględnia prowadzenia prac w porze nocnej – nie uwzględnia dodatku za pracę w nocy.

- nie przedstawił dowodów potwierdzających przyjęte koszty pracy sprzętu (motogodzin pracy walca, samojezdnej ścinarki poboczy, samochodu wyładowczego do 5t, koparkoładowarki), kosztów materiałów (destruktu bitumicznego, wody, wody z detergentem - w odniesieniu do których nie zostały wskazane żadne dane czy dokumenty potwierdzające ich wartość – a są to wartości niskie),
- przedstawił jedynie dowody mające w jego zamierzeniu potwierdzić koszty mieszanki niezwiązanej (piasku i kamieni) i płotków przeciwnieźnych – a więc wykazał swoje koszty jedynie w wąskim zakresie, przy czym w ocenie Odwołującego dowód w postaci oferty zakupu piasku i kamieni jest mało wiarygodny, bowiem: (1) obejmuje on ceny znacznie odbiegające od cen rynkowych, (2) nie wskazuje, aby obejmował kruszywo spełniające wymagania określone przez Zamawiającego dla mieszanek niezwiązanych – powołuje się w sposób ogólny na piasek i kamień, a z uwagi na niską cenę istnieje poważne ryzyko, że są to produkty nieodpowiednie jakościowo, (3) dotyczy on niewielkich ilości materiału (na co wskazuje chociażby podział cen: do 1m³ i pow. 1m³), (4) oferta nie została oznaczona nawet datą, co uniemożliwia weryfikację jej ważności (30 dni), krótki okres ważności wskazuje jednoznacznie, że tak niskie ceny obowiązywałyby jedynie w początkowym okresie współpracy – zaś w całym okresie realizacji zamówienia byłyby inne – zapewne znacznie wyższe.

Brak przedstawienia przez ZABERD dowodów potwierdzających ujęte w wyjaśnieniach założenia, koszty oraz wyliczenia oznacza, że wykonawca nie sprostął ciężącemu na nim na mocy art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązkowi wykazania, że oferta ceny rażąco niskiej nie zawiera.

Odwołujący 1 wskazał, że te dowody, które zostały przedstawione na potwierdzenie cen jednostkowych (jedna oferta podwykonawcza, nota bene w ogóle nie dotycząca prac objętych wezwaniem Zamawiającego, lecz zupełnie innych prac, a nadto cztery zawarte umowy z podwykonawcami) trudno jest uznać za potwierdzające, że ZABERD uwzględnił w zaoferowanych cenach wszystkie rzeczywiste koszty wykonania prac. Wszystkie oferty podwykonawców (w tym te stanowiące załączniki do umów podwykonawczych) zostały przedstawione według tożsamego schematu – polegającego na wskazaniu analogicznych, jak w ofercie wykonawcy ZABERD cen jednostkowych (na kosztorysie zgodnym z tym, który stanowił element dokumentacji przetargowej, pomniejszonych jedynie o kwoty, które miałyby stanowić marżę wykonawcy (odpowiednio niższych od cen ofertowych ZABERD). Oferty te nie stanowią dowodu na to, aby zawarte w nich ceny uwzględniały wszystkie koszty

realizacji prac objętych przedmiotem zamówienia. Ceny te również mogły być cenami rażąco niskimi – wykazanie twierdzenia przeciwnego wymagałoby udowodnienia przez wykonawcę, że ceny te pokrywały wszystkie koszty ponoszone przez podwykonawcę w związku z realizacją prac objętych przedmiotem zamówienia. Odwołujący powołał się na wyrok KIO 2488/20 i wskazał, że złożenie przez ZABERD wyjaśnień niepopartych rzeczowymi dowodami musi skutkować uznaniem, że złożone wyjaśnienia nie uzasadniają zaoferowanej przez tego wykonawcę ceny ofertowej.

Niezależnie od tego Odwołujący 1 wskazał, że twierdzenie ZABERD, jakoby składając ofertę dokonał już wyboru kilku firm podwykonawczych, z którymi zamierzał współpracować przy realizacji zamówienia, jest niewiarygodne. W pkt 5 formularza ofertowego ZABERD wyraźnie zaznaczył, że na etapie składania oferty podwykonawcy nie byli jeszcze znani. Ponadto Odwołujący wskazał, że wszystkie te umowy:

- zostały podpisane według jednego schematu – na wzorach zgodnych z projektem umowy w sprawie zamówienia stanowiącym element dokumentacji przetargowej – co wprost wskazuje, że zostały sporządzone minimalnym nakładem pracy,
- wbrew oznaczonej w nagłówku rzekomej dacie ich zawarcia (18.11.2021 – tj. dacie sprzed złożenia oferty w Postępowaniu) były zawierane później (po dniu 6 grudnia 2021 r. – o czym świadczy chociażby załączona do jednej z umów (BUD_DROG) polisa ubezpieczeniowa wraz z dowodem zapłaty składki.

Tym samym powołanie się na zamiar powierzenia prac konkretnym podwykonawcom dopiero na etapie wyjaśnienia ceny trudno jest interpretować inaczej, aniżeli jako rozpaczliwą próbę obrony oferty w zakresie takich cen jednostkowych, które w sposób oczywisty zostały zaniżone i w odniesieniu do których wykonawca ZABERD nie byłby w stanie złożyć wyjaśnień w inny sposób (w drodze wykazania kosztów, jakie będzie ponosił przy realizacji usługi). Nie sposób nie odnieść wrażenia, że umowy te zostały załączone wyłącznie po to, aby wyjaśnienia „zostały poparte jakimikolwiek dowodami” i nie były absolutnie gołosłowne. Uzupełniając powyższą argumentację Odwołujący 1 nadmienił, że poza załączonymi „dowodami” w postaci ofert i umów podwykonawczych żadnych innych dowodów ZABERD nie zaprezentował żadnych dowodów w zakresie odnoszącym się do większości swojej kalkulacji. Poza powołaniem się na oferty podwykonawców (i umowy z nimi zawarte) przedstawił on jedynie kalkulację własną kosztów realizacji poszczególnych prac objętych wyjaśnieniami – która to kalkulacja, oparta na własnych, nigdzie nie wyjaśnionych założeniach, jest niewiarygodna i sporządzona nieprawidłowo (szerzej na ten temat w dalszej części odwołania). W tych okolicznościach nie sposób jest twierdzić, aby wyjaśnił on, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską (tj. aby pozwalała ona na pokrycie wszystkich podstawowych kosztów wykonania prac objętych przedmiotem zamówienia).

Następnie Odwołujący 1 wskazał, że przedstawiona przez ZABERD kalkulacja mająca potwierdzać prawidłowość wyliczenia ceny została sporządzona w programie kosztorysowym NORMA PRO i została zaprezentowana jako wykonana zgodnie z katalogami nakładów rzeczowych (KNR) – a więc z uwzględnieniem powszechnie przyjętych w kosztorysowaniu standardów dotyczących nakładów pracy i sprzętu niezbędnych do wykonania prac. Szczegółowa analiza kalkulacji prowadzi jednak do wniosku, iż kalkulacja, którą ZABERD przedstawił, jest w istocie kalkulacją własną, w ramach której wykonawca ten zmodyfikował niemal wszystkie pozycje kosztowe w stosunku do norm wynikających z KNR w taki sposób, aby poszczególne koszty były niższe od cen jednostkowych zaoferowanych przez ZABERD. Zestawienie przedstawionej kalkulacji z rzeczywistymi wartościami wynikającymi z KNR wskazuje na znaczące zaniżenie przez ZABERD nakładów koniecznych do wykonania prac. Dotyczy to przede wszystkim robocizny, która w przedstawionej kalkulacji została drastycznie zaniżona praktycznie w każdej z pozycji kosztorysowych. Przykładem powyższego jest chociażby kalkulacja pierwszej pozycji: Remont poboczy destruktem bitumicznym o grubości warstwy do 10 cm, materiał Wykonawcy (pkt 1 kalkulacji przedstawionej przez ZABERD), która została rzekomo wykonana w oparciu o normy KNR 2-31 1101-03 1101-04. ZABERD przyjął w tym zakresie robociznę w wymiarze 0,193 roboczogodziny na każdy metr kwadratowy: - R – 1* robocizna 0,103 r-g/m² * 22,32 zł/r-g.

podczas gdy z normy KNR 2-31 1101-03 1101-04 (dotyczącej prac przy mechanicznym zagęszczeniu tłuczni) wynika, że do wykonania ww. prac konieczne jest niemal dziewięciokrotnie większy nakład pracy (0,893 r-g na m²), co obrazuje dokładnie Załącznik nr 1 do niniejszego Odwołania (kalkulacja nakładów wybranych pozycji dokonana zgodnie z KNR).

Powyższa niezgodność doprowadziła do drastycznego zaniżenia kosztów robocizny przyjętej w kalkulacji sporządzonej przez ZABERD. Prawidłowo wyliczone koszty samej robocizny przekraczają bowiem 1 200 000 zł - podczas gdy zaoferowana przez ZABERD cena jednostkowa dla pozycji poz. „Remont poboczy destruktem bitumicznym o grubości warstwy do 10 cm, materiał Wykonawcy” to zaledwie 640 000 zł (poz. 1.3. TER Grupa 2 z oferty ZABERD, a analogiczne prace realizowane z wykorzystaniem materiału Zamawiającego – zaledwie 135 200 zł (poz. 1.1. TER Grupa 2 ZABERD).

Wobec rażącego zaniżenia nakładów robocizny na marginesie Odwołujący 1 wskazał, że przedstawiona kalkulacja została sporządzona dla warstwy do 5 cm, podczas gdy wyjaśniana przez ZABERD pozycja dotyczyła warstwy do 10 cm. W praktyce zatem, w przypadku wykonywania prac w zakresie przekraczającym 5 cm zaniżenie nakładów robocizny będzie jeszcze większe. Zaniżenie nakładów pracy (robocizny) jest jeszcze bardziej widoczne przy zestawieniu kalkulacji ZBERD z normami KNR 2-31 1101-01 i 1101-

02 (dotyczącymi ręcznego zagęszczenia tłucznia) – na normy te zresztą powołuje się ZABERD w poz. 3 i 4 przedstawionej kalkulacji. Przyjęty przez KNR normatyw nakładu pracy to 1,103 roboczogodziny na m² nawierzchni, podczas gdy ZABERD w swojej kalkulacji przyjął zaledwie 0,103 r-h/m² – zaniżając nakład pracy jedenastokrotnie.

Odwołujący 1 wskazał, że można dyskutować, czy nakłady robocizny wynikające z KNR są adekwatne dla potrzeb kalkulacji ceny ofertowej, czy też możliwe było przyjęcie nakładu nieco niższego. Jednakże nie sposób jest wyjaśnić żadnymi racjonalnymi powodami przyjęcia przez ZABERD nakładów pracy niemal dziesięciokrotnie niższych niż wynikających z KNR. Normy KNR są bowiem uznanym punktem odniesienia dla kalkulowania cen ofertowych i zostały opracowane w oparciu o wieloletnie doświadczenia w budownictwie. Z całą stanowczością podkreślić należy, że nie są one tak dalece zawyżone w stosunku do realnych nakładów, jak wynikałoby z kalkulacji przedstawionej przez ZABERD.

Co więcej, to sam ZABERD próbuje wyjaśniać swoją cenę powołując się na kalkulację sporządzoną m.in. w oparciu o przywołane normy – uznając ją za adekwatny sposób wykazania rynkowego charakteru ceny ofertowej. Przedstawiając jednak swoje wyliczenia w sposób rażąco od tych norm odbiegający w istocie sam swoją cenę podważa.

Odwołujący 1 zaznaczył, że z przedstawionych przez ZABERD wyjaśnień nie wynika, aby z jakichkolwiek powodów był on w stanie zapewnić jakąś nadzwyczajną (niespotykaną w rzeczywistości) wydajność prac realizowanych przez jego pracowników. Tymczasem przyjęte przez ZABERD założenia co do wymaganych nakładów pracy (a tym samym wydajności realizowanych przez pracowników czynności) zupełnie nie przystają do rzeczywistych warunków realizacji prac związanych z utrzymaniem elementów drogi – są znacznie niższe, aniżeli wynikałoby to z doświadczenia Odwołującego.

W ocenie Odwołującego 1 prowadzi to do jednoznacznego wniosku, że przedstawiając ZABERD kalkulację i prezentując ją jako sporządzoną w programie kosztorysowym na podstawie cen Sekocenbud i nakładów KNR, zmanipulował podstawowe założenia kalkulacyjne celem wypaczenia wyniku kalkulacji.

Niezależnie jednak od zestawienia kalkulacji ZABERD z normami KNR, zniżenie kosztów pracy jest widoczne również na przykładzie pozycji nieobjętej KNR (dla której nie ma adekwatnej normy KNR) – tj. ujętych w Grupie 10a TER pozycji dotyczących ustawienia, utrzymania i rozebrania płotków przeciwnieżnych (poz. 8, 10, 12, 14, 16, 18, 20, 22, 24, 26, 28 Kalkulacji ZABERD). Dla wszystkich ww. pozycji ZABERD przyjął nakład robocizny na poziomie 8,0017 r-h na km drogi. Ten czas musiałby wystarczyć na zamontowanie ogrodzenia (zamontowanie słupków palisadowych – wywiercenie otworów w ziemi, umieszczenie słupków i zagęszczenie ziemi, rozwieszenie linki mocującej siatkę i rozwieszenie siatki, czynności związane z utrzymaniem siatki oraz demontaż siatki po zakończeniu sezonu zimowego). Biorąc pod uwagę, że przewidziane przez ZABERD słupki

palisadowe powinny być rozmieszczone w odległości nie większej niż 2,5 m (powyższe wynika z dokumentów zamówienia – a konkretnie z „Wytycznych zimowego utrzymania dróg” (do których to wytycznych wprost odsyła dokumentacja postępowania – SST D-66.01.00 Zimowe Utrzymanie Dróg pkt 10 ppkt 9), na każdy kilometr płotka powinien on zamontować 400 słupków. Jeśli ZABERD zakłada wykonanie 1 km płotka przeciwnieźnego w ciągu 8 godzin, to w tym czasie powinien zamontować ww. 400 słupków ($1000 \text{ m} / 2,5 \text{ m} = 400$) (a niezależnie od tego wykonać cały szereg innych czynności związanych z rozwieszeniem siatki), a także zdemontować siatkę i umieszczone w ziemi słupki. Jeśli te wszystkie czynności miałyby zrealizować w zakładane 8 godzin, to w ciągu 1 godziny musiałyby je wykonać dla 50 słupków – na każdy ze słupków miałyby zatem zaledwie nieco ponad 1 minutę. Takie założenie jest absurdalne – tym bardziej, że jak wynika z kalkulacji ZABERD, wszystkie te czynności musiałyby zostać wykonane ręcznie (nie przewidziano użycia jakiegokolwiek sprzętu mechanicznego poza samochodem dostawczym do 0,9 t). Obrazuje to wyraźnie, jak bardzo wypaczona jest kalkulacja przedstawiona przez ZABERD.

Odwołujący 1 zaznaczył, że w kalkulacji ZABERD (we wszystkich pozycjach) zaniżone w stosunku do norm KNR są również nakłady dotyczące pracy sprzętu – co w konsekwencji również prowadzi do zaniżenia kosztów sprzętu w całej kalkulacji.

Za nieprawidłowe uznać należy również wykazane adekwatności cen z grupy prac nr 12 (np. czyszczenie wpustów mostowych) przy wykorzystaniu normy KNR 0-25 0101-01 (Mycie konstrukcji pełnościennych wodą z detergentem pod ciśnieniem). Norma ta ma się nijak do czyszczenia wpustów mostowych – których czyszczenie wymaga zupełnie innych nakładów (innego sprzętu i sposobu prowadzenia prac), aniżeli czyszczenie konstrukcji pełnościennych (czyli *de facto* mycie ścian). Ponadto czyszczenie wpustów czy dylatacji wiąże się z koniecznością oczyszczenia ww. elementów i utylizacją zgromadzonych tam zanieczyszczeń wraz z użytym detergentem – a w wyjaśnieniach ZABERD brak jest w ogóle uwzględnienia kosztu takich czynności. Zastosowanie nieprawidłowej normy KNR doprowadziło do zaniżenia kosztów prac z grupy 12 – bowiem przedstawiona kalkulacja nie uwzględnia wszystkich kosztów związanych z prowadzonymi pracami (w tym pełnych kosztów sprzętu i robocizny).

Kolejnym elementem, który w kalkulacji ZABERD nie został uwzględniony jest fakt, iż prace objęte przedmiotem zamówienia będą realizowane w warunkach ciągłego ruchu drogowego. Sporządzone kalkulacje w ogóle tego faktu nie odzwierciedlają, próżno również szukać w nich kosztów związanych z zabezpieczeniem prac (w tym w szczególności prac z grupy 2 i grupy 12).

W wyjaśnieniach nie zostały również w żaden sposób wyjaśnione przyjęte przez ZABERD koszty pośrednie (narzuty) – co jest o tyle wątpliwe, iż znacząco one odbiegają od kosztów ustalanych zgodnie z KNR (gdzie te koszty sięgają około 70%). W kalkulacji

sporządzonej przez ZABERD koszty te zostały zredukowane do zaledwie około 8% - bez jakiegokolwiek słowa komentarza na temat przyczyn takiego zredukowania.

W tych okolicznościach wobec:

- braku wykazania wysokości ponoszonych kosztów odpowiednimi środkami dowodowymi,
 - drastycznego zaniżenia nakładów pracy i w konsekwencji kosztów robocizny,
 - zaniżenia nakładów związanych z pracą sprzętu,
 - zaniżenia kosztów pośrednich,
 - nieuwzględnienia w kalkulacji kosztów utylizacji odpadów powstałych w wyniku prowadzenia prac z grupy 12,
 - nie uwzględnienia kosztów zabezpieczenia prac prowadzonych w warunkach ruchu drogowego,
- wyjaśnienia muszą być uznane za nieobejmujące wszystkich kosztów wykonania zamówienia, obarczone błędami i jako takie za nierzetelne.

Odwołujący 1 wskazał, iż niezależnie od powyższego nieuwzględnienie przez ZABERD w cenach jednostkowych dotyczących wyjaśnianych pozycji wszystkich kosztów związanych z realizacją prac stoi w oczywistej sprzeczności z kategoriowym zapisem pkt 17.5. SWZ, w myśl którego: „Każda cena jednostkowa zawarta w OFERCIE powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w FORMULARZACH”. Mając na uwadze, że powyższa niezgodność dotyczy elementu przedmiotowo istotnego oferty wykonawcy – tj. ceny (wynagrodzenia) za realizację usługi, powoduje ona obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 21 kwietnia 2022 r. wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający wskazał, że cena całkowita oferty ZABERD nie nosi znamion rażąco niskiej w rozumieniu art. 224 ust. 2 ustawy Pzp. Cena oferty tego wykonawcy wynosi 143 143 143,77 PLN i jest jedynie o 11,67% niższa od wartości szacunkowej zamówienia, powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej w wysokości w wysokości 162 062 760,14 PLN. Natomiast w stosunku do średniej z wszystkich ofert jest niższa o niecałe 15%. Wykonawca ten został wezwany na podstawie art. 224 ust. 1 oraz art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia istotnych części składowych oraz treści oferty w związku z wątpliwościami dotyczącymi ewentualnego zaniżenia jednej spośród czterech szczególnie istotnych grup prac (GRUPA PRAC: 10a. Zimowe utrzymanie dróg). Dodatkowo Zamawiający poprosił o złożenie wyjaśnień dotyczących dwóch spośród pozostałych grup, których wartość znacząco różniła się od wyceny inwestorskiej oraz ofert

pozostałych Wykonawców (GRUPA PRAC: 2. Pobocza i pasy rozdziału, GRUPA PRAC: 12. Czystość na obiektach inżynierskich).

Wykonawca w wyznaczonym terminie złożył wyjaśnienia, które Zamawiający ocenił jako wystarczające do uznania, że cena części zamówienia, o których wyjaśnienie został poproszony ZABERD, gwarantuje należyte wykonanie usług objętych zamówieniem.

Odnosząc się szczegółowo do złożonych wyjaśnień, ZABERD w zakresie pytania dotyczącego - GRUPY PRAC: 10a. Zimowe utrzymanie dróg, zgodnie z wymaganiem Zamawiającego, przedstawił szczegółową kalkulację dla każdej pozycji cenowej dla tej grupy (Załącznik 1). W kalkulacji tej ujął:

- koszty robocizny w wysokości 22,32 zł/r-g. Stawka ta nie budzi podejrzeń w zakresie zgodności z obowiązującymi przepisami w zakresie minimalnego wynagrodzenia, bowiem uwzględniając średnią ilość godzin w miesiącu daje kwotę wynagrodzenia miesięcznego w wysokości 3 749,76 PLN - a więc wyższą niż całkowity koszt zatrudnienia pracownika jaki ponosi pracodawca przy minimalnym wynagrodzeniu (w 2022 roku to kwota 3 626,46 PLN). Dodatkowo biorąc pod uwagę, że zakres wykonywanych czynności nie wymaga szczególnych kwalifikacji, przyjęcie przez ZABERD wynagrodzenia na tym poziomie jest uzasadnione,
- koszty sprzętu, który jest zgodny z wymaganiami określonymi w Specyfikacjach technicznych,
- koszty materiału w pozycjach „Ustawienie, utrzymanie i rozebranie płotków przeciwnieżnych” ujął koszt płotków przeciwnieżnych, wskazując, że będzie to materiał z odzysku, używany wielokrotnie.

Istotne przy tym jest, że ZABERD realizuje aktualnie umowę tożsamą z będącą przedmiotem niniejszego postępowania i Zamawiającemu wiadome jest, że Wykonawca ten posiada płotki możliwe do zadysponowania zgodnie z treścią wyjaśnień. Dlatego też przyjął wyjaśnienia ZABERD w tym zakresie za wystarczające i wiarygodne.

- koszty pośrednie, koszty zakupu oraz zysk.

Zamawiający wskazał, iż dodatkowo wbrew zarzutom Odwołującego dotyczącym braku udowodnienia podniesionych w wyjaśnieniach twierdzeń - dla tego zakresu usług ZABERD przedstawił ofertę podwykonawcy PW PAROKS R. P. z dnia 18.11.2021 roku. Przedstawił także dwie umowy podwykonawcze, które obejmują komplet usług z zakresu GRUPA PRAC: 10a. (umowę z dnia 19.11.2021 roku z podwykonawcą BEDNAREX M. B., oraz umowa z dnia 22.11.2022 roku z podwykonawcą PHUP Z. M. Z.). Firma PHUP Z. M. Z., to aktualny podwykonawca, który na zlecenie ZABERD prowadzi na terenie Rejonu Nowy Sącz prace związane z zimowym utrzymaniem. Usługa do chwili obecnej była przez ZABERD

(z udziałem podwykonawców) realizowana należycie i na zbliżonym poziomie cenowym do

tego zaoferowanego w przedmiotowym postępowaniu, dlatego nie sposób obronić zarzut Odwołującego dotyczący „wytworzenia przez ZABERD” dokumentów wyłącznie na potrzeby niniejszego postępowania i dopasowania w nich oferty cenowej podwykonawcy do cen zaoferowanych już w postępowaniu. Podmioty te od dłuższego okresu czasu ze sobą współpracują, a warunki tej współpracy są Zamawiającemu znane.

Zamawiający podniósł, że nie bez znaczenia dla oceny odpowiedzi na wątpliwości Zamawiającego było także to - na co ZABERD zwrócił uwagę, że na GRUPĘ 10: Zimowe utrzymanie dróg składają się dwie podgrupy - prace pomocnicze (10a) oraz prace zasadnicze (10b). Prace pomocnicze stanowią niewielki procent (ok. 2-3% całości GRUPY 10). Natomiast cała GRUPA PRAC 10 wyceniona została przez Wykonawcę powyżej wartości oszacowanej przez Zamawiającego. Twierdzenie więc Odwołującego o tym, że mamy do czynienia z ceną rażąco niską nie znajduje tutaj uzasadnienia.

W odniesieniu do pozostałych grup, o których wyjaśnienie prosił Zamawiający (tj. GRUPA PRAC: 2. Pobocza i pasy rozdziału oraz GRUPA PRAC: 12. Czystość na obiektach inżynierskich), Wykonawca przedłożył szczegółową kalkulację dla wszystkich pozycji, które wzbudziły szczególne wątpliwości Zamawiającego (Załącznik 1). W kalkulacji tej ujął koszty robocizny w wysokości 22,32 zł/r-g. Stawka ta odpowiada minimalnemu wynagrodzeniu za pracę i biorąc pod uwagę zakres wykonywanych w ramach tych grup czynności (nie wymagających wykwalifikowanych pracowników) jest zasadna. W cenie ujęto koszty niezbędnych materiałów i sprzętu. Ponadto wycena każdej pozycji obejmuje koszty pośrednie, koszty zakupu oraz zysk.

Na dowód realności przyjętych cen Wykonawca przedstawił umowy zawarte z podwykonawcami, które obejmują prace z zakresu GRUPY PRAC 3 i 12, w szczególności:

1. umowę z dnia 19.11.2021 roku z podwykonawcą BEDNAREX M. B., która obejmuje GRUPĘ 2.
2. umowę z dnia 22.11.2022 roku z podwykonawcą PHUP Z. M. Z., która obejmuje GRUPĘ 2 oraz GRUPĘ 12. Podwykonawca ten aktualnie realizuje usługi w zakresie utrzymania poboczy i pasów rozdziału oraz utrzymania czystości na obiektach inżynierskich w Rejonie Nowy Sącz na zlecenie ZABERD.
3. umowę z dnia 19.11.2021 roku z podwykonawcą ESBUD S. Ch., która obejmuje GRUPĘ 2 oraz GRUPĘ 12. Podwykonawca ten aktualnie realizuje usługi w zakresie utrzymania poboczy i pasów rozdziału oraz utrzymania czystości na obiektach inżynierskich w Rejonie Nowy Sącz na zlecenie ZABERD.

Dodatkowo dla usług z zakresu „Czystość na obiektach inżynierskich” Wykonawca przedstawił ofertę podwykonawcy PW PAROKS z dnia 18.11.2021 roku obejmującą komplet usług objętych GRUPĄ PRAC 12.

Biorąc pod uwagę przedłożone dowody (cztery niezależne wyceny sporządzone przez podwykonawców, przy czym z trzema zawarto już umowy podwykonawcze) uwzględniając jednocześnie, że dla tych grup prac głównym kosztem jest koszt robocizny (przy czym prace te nie wymagają szczególnych kwalifikacji) Zamawiający uznał, że Wykonawca wystarczającym stopniu wyjaśnił wątpliwości Zamawiającego wyartykułowane w wezwaniu.

Zamawiający wskazał, iż odnosząc się do stawianych przez Odwołującego zarzutów uznać należy, że są one nieobiektywne i nieuzasadnione. Odwołujący zarzuca, że w wyjaśnieniach ZABERD brak jest dowodów potwierdzających prawidłowość wyliczeń zawartych w kalkulacjach. Tymczasem wyjaśnienia ZABERD w głównej mierze opierają się na dowodach. Wbrew zarzutom Odwołującego, w przedmiotowym przypadku mamy do czynienia nie tylko z oświadczeniami ZABERD bez szerszego odniesienia oraz bez poparcia w dowodach. Zarzut ten nie przystaje do stanu faktycznego przedmiotowej sprawy. W przedmiotowym przypadku mamy bowiem do czynienia nie tylko z oświadczeniem, ale także przedstawieniem licznych dowodów (kilkoma ofertami) potwierdzającymi założenia Wykonawcy. Oznacza to, że ryzyko błędnej wyceny jest zerowe. Dodatkowo, co istotne dla Zamawiającego, część ofert pochodzi od aktualnych podwykonawców, realizujących usługi na terenie Rejonu Nowy Sącz, zatem podmiotów znających zarówno warunki realizacji umowy, jak i specyfikę terenu, w którym przedmiot umowy ma być realizowany. Podmioty te dotychczas realizują umowę prawidłowo i bez zastrzeżeń. Ceny, które zaoferowali aktualnie nie odbiegają od warunków, na jakich umowy aktualnie są przez nich z powodzeniem realizowane. Dlatego też wyjaśnienia ZABERD uznać należy za wiarygodne i wyczerpujące.

W ocenie Zamawiającego, to nie wyjaśnienia ZABERD lecz zarzuty odwołania są gołosłowne i niepoparte dowodami. Odwołujący usiłuje narzucić swoją optykę na ocenę oferty ZABERD, tj. optykę tworzenia własnych kosztorysów i kalkulacji. Nie jest to działanie prawidłowe. Zamawiający przy tym nie kwestionuje prawidłowości stanowisk Krajowej Izby Odwoławczej licznie przywołanych w treści uzasadnienia Odwołania FBSerwis. W ocenie Zamawiającego zostały one jednak przywołane we fragmentach dopasowanych do narracji Odwołującego, natomiast w rzeczywistości żadne z nich nie odnosi się do analogicznego stanu faktycznego, jaki zaistniał w przedmiotowej sprawie.

Z przyczyn, o których mowa powyżej nie można uznać za zasadny zarzut dopasowania ofert podwykonawców *ex post*. Zarzut ten oparty jest w dużej mierze na spostrzeżeniu, że umowy podwykonawcze zostały zawarte wedle jednego schematu. Próba zdyskredytowania przedłożonych przez ZABERD dowodów w oparciu o takie wyłącznie spostrzeżenie jest wręcz absurdalna, bowiem z doświadczenia Zamawiającego wynika, że częstą praktyką wykonawców jest stosowanie schematu umowy podwykonawczej, zwłaszcza w sytuacji, gdy umowy te są przedkładane do akceptacji Zamawiającego i ich

treść co najmniej w części jest determinowana treścią umowy zawieranej pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. Co więcej, jak zostało wskazane powyżej umowy, które zostały przedłożone przez ZABERD dotyczą podmiotów, z którymi wykonawca aktualnie współpracuje i realizuje umowę na rzecz Zamawiającego.

Zamawiający wskazał, iż nie znajduje potwierdzenia także zarzut zaniżenia kosztów pracy i braku udowodnienia tych okoliczności przez ZABERD. ZABERD przedstawił w wyjaśnieniach kalkulacje, z których wynika, że koszty pracy zostały przyjęte na poziomie przekraczającym wartość wynagrodzenia minimalnego. Sam Odwołujący potwierdza, że stawki przyjęte przez ZABERD są nieznacznie (ale jednak) przekraczające wartość minimalnego wynagrodzenia za pracę. W takim przypadku nie jest wymagane dodatkowe dowodzenie przez ZABERD, że posiada już zawarte umowy pozwalające na zapewnienie kosztów na takim poziomie. Przyjęte założenia co do kosztów pracy, biorąc pod uwagę brak wymagań co do kwalifikacji, są wiarygodne. Jeżeli Odwołujący twierdzi, że ZABERD nie będzie w stanie zapewnić wykonania zamówienia przy założeniu kosztów pracy na takim poziomie, to właśnie na nim spoczywa ciężar dowodu wykazujący te okoliczności. Tymczasem Odwołujący postawił się w pozycji podmiotu kontestującego wyjaśnienia ZABERD i ocenę Zamawiającego, ale oprócz głośłownych zarzutów nie oferuje nic, co te oceny mogłoby skutecznie podważyć.

W ocenie Zamawiającego chybiony jest również zarzut nieuwzględnienia w kosztach roboczogodziny dodatku za pracę w nocy. W szczególności należy wskazać, że Wykonawca wyjaśniał nie całość ceny złożonej oferty, a jedynie jej elementy. Tym samym brak jednoznacznego ujęcia w przedłożonych wyjaśnieniach dodatku za pracę w nocy nie może być przenoszone na całość oferty.

Zamawiający wskazał, iż zgodnie ze Specyfikacją techniczną D-M.00.00.00 (pkt 5.3.) w porze nocnej powinny być obowiązkowo wykonywane takie roboty utrzymaniowe jak:

- mechaniczne zmiatanie nawierzchni jezdni,
- wymiana barier energochłonnych,
- remonty nawierzchni dróg w terenach zabudowanych,
- regulacje studzienek w środku jezdni i innych elementów dróg na jezdni dwupasmowej w terenach zabudowanych,
- koszenie traw w pasach rozdziału,
- malowanie nawierzchni w terenach zabudowanych,
- roboty utrzymaniowe, których organizacja ruchu przewiduje zmniejszenie ilości pasów ruchu na drogach o SDR przekraczającym 17.000 pojazdów/dobę,
- inne prace, których wykonywanie w porze dziennej związane byłoby z utrudnieniami w ruchu pojazdów.

Natomiast obowiązkowy wymóg prowadzenia wymienionych powyżej prac utrzymaniowych w porze nocnej dotyczy następujących odcinków dróg:

- autostrada A4 od km 400+871 do km 468+600 (w. Balice - w. Brzesko);
- droga ekspresowa S52c od km 0+000 do km 3,446 (w. Balice - w. Modliczka);
- droga krajowa nr 7 od km 649+800 do km 657+897, km 667+904 - 669+691, km 674+182 - 684+100 (Michałowice - Kraków, Kraków - w. Modliczka, Kraków - w. Głogoczków);
- przejścia przez miejscowości: Zabierzów, Olkusz, Chrzanów, Krzeszowice, Kalwaria Zebrzydowska, Wadowice, Andrychów, Kęty, Sucha Beskidzka, Maków Podhalański, Limanowa, Gorlice.

Uwzględniając lokalizację Rejonu Nowy Sącz, omawianej części zamówienia dotyczą jedynie drogi stanowiące przejścia przez miejscowości Limanowa i Gorlice. Biorąc pod uwagę powyższe zapisy ST oraz zakres wyjaśnianych elementów usługi, nie dziwi brak uwzględnienia dodatku za pracę w godzinach nocnych. W szczególności czynności pomocnicze dla zimowego utrzymania dróg (GRUPA 10a) nie należą do prac, które muszą być prowadzone w nocy. Podobnie prace z zakresu GRUPY 12 Czystość na obiektach inżynierskich objęte wyjaśnieniami, też nie wymagają wykonywania ich w porze nocnej. Większość z wyjaśnianych pozycji dotyczy prac prowadzonych poza jezdnią, nie generujących żadnych utrudnień w ruchu. Jedynie czyszczenie dylatacji oraz wpustów mostowych (w zależności od zastosowanego typu) może generować utrudnienia, ale będą to utrudnienia punktowe i krótkotrwałe, przez to Zamawiający co do zasady nie wymaga realizacji tych prac w godzinach nocnych (co jest dodatkowo uzasadnione lepszą widocznością a przez to dokładnością wykonania przy świetle dziennym). Odnosząc się do prac z zakresu GRUPY 2 dotyczącej utrzymania pobocza i pasów rozdziału, biorąc pod uwagę, że na terenie rejonu Nowy Sącz nie występują pasy rozdziału (brak dróg o takim przekroju), natomiast drogi przechodzące przez miejscowości Limanowa i Gorlice praktycznie nie posiadają poboczy (zlokalizowane tam są chodniki) - również nie obejmują prac, które bezwzględnie muszą być wykonywane w porze nocnej.

Zamawiający wskazał, iż najbardziej adekwatny zarzut jaki Odwołujący mógłby postawić, biorąc pod uwagę treść uzasadnienia złożonego przez niego odwołania, to niezgodność treści złożonych przez ZABERD wyjaśnień z treścią KNR, które dotyczą elementów umowy wyjaśnianych przez ZABERD.

Do takiego zarzutu sprowadza się bowiem treść odwołania. Oczywiście jest, że kalkulacje wykonawców nie musiały być oparte na KNR i Zamawiający w żadnym miejscu nie wymagał zgodności poszczególnych pozycji z pozycjami i składowymi cen KNR. Oczekiwanie Odwołującego w tej kwestii nie znajduje zatem uzasadnienia. ZABERD wielokrotnie podkreślał w swoich wyjaśnieniach, że przedstawia kalkulację własną. Fakt, iż pomocniczo opierał się na pozycjach KNR ani jego wyjaśnień nie wzmacnia, ani nie osłabia

argumentów podniesionych przez ZABERD. Wykonawca dokonał kalkulacji własnych w dowolny sposób budował cenę i był do tego w pełni uprawniony. Wykazał, że ujął w cenie oferty wszystkie elementy pozwalające na prawidłową realizację usługi, zgodnie z wymaganiami SWZ. Na marginesie Zamawiający dodał, że KNR podają warunki techniczne wykonania robót i założenia kalkulacyjne dla realizacji robót budowlanych. Tymczasem przedmiotem zamówienia jest bieżące wykonywanie poszczególnych czynności (będących w głównej mierze usługami) na każdorazowe zlecenie Zamawiającego. Stąd dostosowanie nakładów do rzeczywistych potrzeb jest rzeczą naturalną - stanowi mechanizm racjonalizacji wynagrodzenia. Dokonując kalkulacji własnej, wykonawca opiera się na własnym doświadczeniu i posiadanej wiedzy oraz dostosowuje parametry do rzeczywistości wykonywanych prac.

Odnosząc się do kalkulacji pozycji „Remont poboczy destruktem bitumicznym o grubości warstwy do 10 cm”, gdzie Odwołujący zarzuca iż ZABERD zaniżył nakład robocizny niemal dziewięciokrotnie, Zamawiający wskazuje, że podany nakład pracy nie budzi szczególnych zastrzeżeń. Zgodnie z założeniami przyjęto 0,103 r-g na m² co oznacza, że na utwardzenie 1m² poboczy, z wykorzystaniem walca samojezdnego Wykonawca ma 6 roboczo-minut (dwóch pracowników w 3 minuty) co wydaje się być realnym założeniem, biorąc pod uwagę, że prace te zlecane są na większych odcinkach (często do kilkuset metrów nawet do kilku kilometrów w jednym ciągu). Podobnie odnośnie wyceny pozycji dotyczących ustawienia, utrzymania i rozebrania płotków przeciwnieźnych, Odwołujący zarzuca, że ZABERD przyjął nakład robocizny na poziomie 8,0017 r-g na km drogi. Wskazuje, że nie jest możliwe w ciągu 1 godziny zamocowanie 50 słupków - bowiem, na każdy ze słupków pracownik miałby zaledwie nieco ponad 1 minutę. Zdaniem Zamawiającego nie jest to założenie nierealne. Biorąc pod uwagę, że ZABERD, jako dotychczasowy Wykonawca posiada wiedzę, że płotki są stawiane na terenach rolniczych, gdzie nie występuje grunt skalisty (obszary uprawne), zabicie słupka trwa bardzo krótko i doświadczony w tych pracach pracownik jest w stanie w ciągu godziny zamontować nawet więcej niż 50 szt.

Jednocześnie Zamawiający wskazał, że prosił o wycenę jedynie niektórych pozycji i grup kosztorysowych. Jak wskazał ZABERD w swoich dodatkowych wyjaśnieniach odnoszących się do Rejonu Kraków, a które to wyjaśnienia w całości podziela Zamawiający, umowa bieżącego utrzymania dróg wymaga synergii działań. Prace z jednej GRUPY wpływają na inne, przez co usługa wymaga bardzo zwinnego zarządzania - w szczególności w zakresie wykorzystania posiadanych zasobów. Dotyczy to w głównej mierze wykorzystania potencjału brygad interwencyjnych, które muszą pozostawać w gotowości, tak aby w określonym czasie stawić się do wykonywania poleceń Zamawiającego. Jednak w czasie oczekiwania Wykonawca ma prawo dysponować warunkowo tym potencjałem

i wykorzystywać do wykonywania prostych prac (np. montaż płytaków czy umacnianie poboczy).

Sygn. akt: KIO 1020/22

W dniu 11 kwietnia 2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Eurovia Polska S.A. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich, Saferoad Grawil Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku oraz R. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe Madrocar R. M. w Radziszowie [dalej „Odwołujący 2” lub „Konsorcjum Eurovia”] wniósł odwołanie w zakresie części 1 zamówienia zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty ZABERD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu [dalej „ZABERD”], pomimo że złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia w zakresie następujących pozycji:

- 1) Grupa prac nr 1 – Nawierzchnia, Poz. 9.1-9.2 TER - Wyrównanie nawierzchni betonem asfaltowym przy grubości do 3 cm i Wyrównanie nawierzchni betonem asfaltowym - za każdy dalszy 1 cm różnicy,
- 2) Grupa prac nr 2 – Pobocza i pasy rozdziału, Poz. 1.1 TER - Remont poboczy destruktem bitumicznym o grubości warstwy do 10 cm, materiał Zamawiającego,
- 3) Grupa prac nr 3 – Korpus drogi, Poz. 1.1 TER - Uzupelnienie ubytków w korpusie drogi gruntem niewysadzinowym (pospółką, żwirem, piaskiem grubym),
- 4) Grupa prac nr 3 – Korpus drogi, Poz. 4.1 -4.2 TER - Uzupelnienie skarp korpusu drogi narzutem kamiennym typu średniego (do 1 m3) i Uzupelnienie skarp korpusu drogi narzutem kamiennym typu ciężkiego (powyżej 1 m3),
- 5) Grupa prac nr 3 – Korpus drogi, Poz. 5.1 TER - Wykonanie umocnienia skarp obrukiem (kamień na betonie),
- 6) Grupa prac nr 3 – Korpus drogi, Poz. 6.1-6.3 TER - Uzupelnienie skarp korpusu drogi żużlem, Uzupelnienie skarp korpusu drogi gruntem, Uzupelnienie skarp korpusu drogi kruszywem łamanym,
- 7) Grupa prac nr 3 – Korpus drogi, Poz. 8.1 TER, Wykonanie umocnień koszami siatkowo – kamiennymi,
- 8) Grupa prac nr 3 – Korpus drogi, Poz. 12.1 - 12.2 TER - Umocnienie skarp palisadą betonową na ławie betonowej do wysokości 0,60 m i Umocnienie skarp palisadą betonową na ławie betonowej do wysokości powyżej 0,60 m,

- 9) Grupa 4 – Odwodnienie, Poz. 7.1-7.3 TER - Oczyszczenie urządzeń odwadniających - odpady niebezpieczne, Oczyszczanie urządzeń odwadniających - odpady inne niż niebezpieczne i Wywóz ścieków gospodarczych,
- 10) Grupa 4 – Odwodnienie, Poz. 25.1-25.5 TER - Renowacja, uszczelnienie metodą bezwykopową kanalizacji i przykanalików - średnica do 40 cm, Renowacja, uszczelnienie metodą bezwykopową kanalizacji i przepustów - średnica od 41 do 60 cm, Renowacja, uszczelnienie metodą bezwykopową kanalizacji i przepustów - średnica od 61 do 80 cm, Renowacja, uszczelnienie metodą bezwykopową kanalizacji i przepustów - średnica od 81 cm do 120 cm i Renowacja, uszczelnienie metodą bezwykopową kanalizacji i przepustów - średnica powyżej 121 cm,
- 11) Grupa prac nr 7 – Urządzenia BRD, Poz. 10.1 TER - Wymiana / zamontowanie bariery U-14b,
- 12) Grupa prac nr 7 – Urządzenia BRD, Poz. 13.3 TER - Wymiana / zamontowanie segmentu podwaliny betonowej ekranu akustycznego,
- 13) Grupa prac nr 8 – Estetyka, Poz. 1.1-1.5 - Mycie istniejącego oznakowania pionowego – znaki, Mycie istniejącego oznakowania pionowego – tablice, Mycie słupków prowadzących, blokujących, krawędziowych typu U, Mycie elementów odblaskowych na poręczach i barierach ochronnych, Mycie ekranów akustycznych, ekranów przeciwołnieniowych, ekranów przeciwbłotnych i wygrodzeń betonowych,
- 14) Grupa prac nr 8 – Estetyka, Poz. 10.1 TER - Ręczne i mechaniczne koszenie traw i chwastów,
- 15) Grupa prac nr 9 – Urządzenia wspomagające, Poz. 1.1 TER, Wymiana / zamontowanie elementów ogrodzenia drogi – siatka,
- 16) Grupa prac nr 9 – Urządzenia wspomagające, Poz. 1.2 TER - Wymiana / zamontowanie elementów ogrodzenia drogi – słupki,
- 17) Grupa prac nr 11 – Zarządzanie Kontraktem, Poz. 1.1 TER - Zarządzanie kontraktem wraz z patrolowaniem dróg i podejmowaniem działań interwencyjnych,
- 18) Grupa prac nr 11 – Zarządzanie Kontraktem, Poz. 1.1 TER - Zarządzanie kontraktem wraz z patrolowaniem dróg i podejmowaniem działań interwencyjnych,
- 19) Grupa prac nr 11 – Zarządzanie Kontraktem, Poz. 1.1 TER - Zarządzanie kontraktem wraz z patrolowaniem dróg i podejmowaniem działań interwencyjnych,
- 20) Grupa prac nr 11 – Zarządzanie Kontraktem, Poz. 1.1 TER - Zarządzanie kontraktem wraz z patrolowaniem dróg i podejmowaniem działań interwencyjnych,
- 21) Grupa prac nr 12 – Czystość na obiektach inżynierskich, Poz. 1.1, 3.1-3.2 - Mycie obiektu inżynierskiego, Czyszczenie elementów mostowych (gzymsy, przyczółki, nawierzchnia jezdni na całej szerokości, wyniesione pobocza i chodniki itp.), Mycie i czyszczenie barier i balustrad mostowych,

22) Grupa prac nr 12 – Czystość na obiektach inżynierskich, Poz. 4.2 TER - Utrzymanie drożności przepustów

nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, gdyż wyjaśnienia przedstawione przez ZABERD w toku Postępowania wskazują, że ceny jednostkowe poszczególnych, wskazanych powyżej pozycji kosztorysowych nie zawierają wyceny elementów niezbędnych, koniecznych do realizacji prac w świetle Szczegółowych Specyfikacji Technicznych (m.in. sprzęt, materiał), a część kosztów, w szczególności związanych z szerokim katalogiem sprzętu wymaganego do realizacji prac w większości wypadków ujęta została w kosztach pośrednich bez wyjaśnienia przyczyn takiego sposobu kalkulacji, m.in. w kontekście punktu 9.3 poszczególnych Szczegółowych Specyfikacji Technicznych dla ww. pozycji, opisujących elementy ceny jednostkowej, a ponadto część ww. pozycji została oszacowana bez ujęcia istotnych warunków zamówienia, takich, jak np. konieczność realizacji szeregu prac w porze nocnej – poszczególne elementy brakujące / elementy wycenione w sposób nieprawidłowy zostały wyspecyfikowane w uzasadnieniu odwołania – w treści tabeli,

2. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty ZABERD, pomimo że jej treść w zakresie następujących pozycji:

1) Grupa prac nr 1 – Nawierzchnia, Poz. 9.1-9.2 TER - Wyrównanie nawierzchni betonem asfaltowym przy grubości do 3 cm i Wyrównanie nawierzchni betonem asfaltowym - za każdy dalszy 1 cm różnicy,

2) Grupa prac nr 2 – Pobocza i pasy rozdziału, Poz. 1.1 TER - Remont poboczy destruktem bitumicznym o grubości warstwy do 10 cm, materiał Zamawiającego,

3) Grupa prac nr 3 – Korpus drogi, Poz. 1.1 TER - Uzupełnienie ubytków w korpusie drogi gruntem niewysadzinowym (pospółką, żwirem, piaskiem grubym),

4) Grupa prac nr 3 – Korpus drogi, Poz. 4.1 -4.2 TER - Uzupełnienie skarp korpusu drogi narzutem kamiennym typu średniego (do 1 m³) i Uzupełnienie skarp korpusu drogi narzutem kamiennym typu ciężkiego (powyżej 1 m³),

5) Grupa prac nr 3 – Korpus drogi, Poz. 5.1 TER - Wykonanie umocnienia skarp obrukiem (kamień na betonie),

6) Grupa prac nr 3 – Korpus drogi, Poz. 6.1-6.3 TER - Uzupełnienie skarp korpusu drogi żużlem, Uzupełnienie skarp korpusu drogi gruntem, Uzupełnienie skarp korpusu drogi kruszywem łamanym,

7) Grupa prac nr 3 – Korpus drogi, Poz. 8.1 TER, Wykonanie umocnień koszami siatkowo – kamiennymi,

8) Grupa prac nr 3 – Korpus drogi, Poz. 12.1 - 12.2 TER - Umocnienie skarp palisadą betonową na ławie betonowej do wysokości 0,60 m i Umocnienie skarp palisadą betonową na ławie betonowej do wysokości powyżej 0,60 m,

- 9) Grupa 4 – Odwodnienie, Poz. 7.1-7.3 TER - Oczyszczenie urządzeń odwadniających - odpady niebezpieczne, Oczyszczanie urządzeń odwadniających - odpady inne niż niebezpieczne i Wywóz ścieków gospodarczych,
- 10) Grupa 4 – Odwodnienie, Poz. 25.1-25.5 TER - Renowacja, uszczelnienie metodą bezwykopową kanalizacji i przykanalików - średnica do 40 cm, Renowacja, uszczelnienie metodą bezwykopową kanalizacji i przepustów - średnica od 41 do 60 cm, Renowacja, uszczelnienie metodą bezwykopową kanalizacji i przepustów - średnica od 61 do 80 cm, Renowacja, uszczelnienie metodą bezwykopową kanalizacji i przepustów - średnica od 81 cm do 120 cm i Renowacja, uszczelnienie metodą bezwykopową kanalizacji i przepustów - średnica powyżej 121 cm,
- 11) Grupa prac nr 7 – Urządzenia BRD, Poz. 10.1 TER - Wymiana / zamontowanie bariery U-14b,
- 12) Grupa prac nr 7 – Urządzenia BRD, Poz. 13.3 TER - Wymiana / zamontowanie segmentu podwaliny betonowej ekranu akustycznego,
- 13) Grupa prac nr 8 – Estetyka, Poz. 1.1-1.5 - Mycie istniejącego oznakowania pionowego – znaki, Mycie istniejącego oznakowania pionowego – tablice, Mycie słupków prowadzących, blokujących, krawędziowych typu U, Mycie elementów odblaskowych na poręczach i barierach ochronnych, Mycie ekranów akustycznych, ekranów przeciwołnieniowych, ekranów przeciwbłotnych i wygrodzeń betonowych,
- 14) Grupa prac nr 8 – Estetyka, Poz. 10.1 TER - Ręczne i mechaniczne koszenie traw i chwastów,
- 15) Grupa prac nr 9 – Urządzenia wspomagające, Poz. 1.1 TER, Wymiana / zamontowanie elementów ogrodzenia drogi – siatka,
- 16) Grupa prac nr 9 – Urządzenia wspomagające, Poz. 1.2 TER - Wymiana / zamontowanie elementów ogrodzenia drogi – słupki,
- 17) Grupa prac nr 11 – Zarządzanie Kontraktem, Poz. 1.1 TER - Zarządzanie kontraktem wraz z patrolowaniem dróg i podejmowaniem działań interwencyjnych,
- 18) Grupa prac nr 11 – Zarządzanie Kontraktem, Poz. 1.1 TER - Zarządzanie kontraktem wraz z patrolowaniem dróg i podejmowaniem działań interwencyjnych,
- 19) Grupa prac nr 11 – Zarządzanie Kontraktem, Poz. 1.1 TER - Zarządzanie kontraktem wraz z patrolowaniem dróg i podejmowaniem działań interwencyjnych,
- 20) Grupa prac nr 11 – Zarządzanie Kontraktem, Poz. 1.1 TER - Zarządzanie kontraktem wraz z patrolowaniem dróg i podejmowaniem działań interwencyjnych,
- 21) Grupa prac nr 12 – Czystość na obiektach inżynierskich, Poz. 1.1, 3.1-3.2 - Mycie obiektu inżynierskiego, Czyszczenie elementów mostowych (gzymsy, przyczółki, nawierzchnia jezdni na całej szerokości, wyniesione pobocza i chodniki itp.), Mycie i czyszczenie barier i balustrad mostowych,

22) Grupa prac nr 12 – Czystość na obiektach inżynierskich, Poz. 4.2 TER - Utrzymanie drożności przepustów

wskazuje, że wykonawca ten dokonał wyceny, jak i przewidział realizację przedmiotu zamówienia, dla którego prowadzone jest Postępowanie, w sposób niezgodny z warunkami zamówienia w rozumieniu art. 7 pkt 29 ustawy Pzp, gdyż w przypadkach wyspecyfikowanych w uzasadnieniu odwołania – w treści tabeli, ZABERD przyjął do kalkulacji cen nieprawidłowe założenia (m.in. praca wyłącznie w ciągu dnia, praca osób niepełnosprawnych bez ograniczeń) oraz błędne parametry materiałów (m.in. gęstość, grubość, szerokość, kilometraż), które to parametry wynikają wprost – jako wymagane przez Zamawiającego – ze Szczegółowych Specyfikacji Technicznych i wpływają przy tym na wynik kalkulacji dla poszczególnych pozycji, tj. jego istotne zaniżenie, co pozostaje w bezpośrednim związku z zarzutem opisanym w punkcie 1. powyżej.

W oparciu o przedstawione powyżej zarzuty Odwołujący 2 wniósł o:

- a) merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania i jego uwzględnienie w całości,
- b) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania oraz tych opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania, a także dowodów, które zostaną przedstawione na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą,
- c) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez ZABERD jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny oraz niezgodnej z warunkami zamówienia, dla którego prowadzone jest Postępowanie,
- d) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Odwołujący 2 przedstawił opis stanu faktycznego sprawy.

Odwołujący 2 wskazał, że istotą odwołania jest szereg nieprawidłowości zidentyfikowanych w wyjaśnieniach ZABERD przedstawionych w toku Postępowania Zamawiającemu (tj. Wyjaśnienia ZABERD z 18 lutego 2022 r. oraz Wyjaśnienia ZABERD z 14 marca 2022 r.). Podkreślał, że wyjaśnienia, o których mowa powyżej, nie uzasadniają podanej przez ZABERD ceny ofertowej, co stanowi wystarczającą przesłankę do odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. Uzasadniał, że wyjaśnienia ZABERD oparte są na błędnych założeniach w zakresie kalkulacji cenowych (często wprost sprzecznych z warunkami zamówienia) oraz nie uwzględniają szeregu czynników cenotwórczych wymaganych dokumentacją zamówienia.

Odwołujący 2 wskazał, że istotną okolicznością Postępowania pozostaje fakt, że Zamawiający wymagał, aby poszczególne ceny jednostkowe poszczególnych pozycji kosztorysowych zawierały wszystkie elementy niezbędne do ich wykonania (m. in. koszty zakupu, koszty pośrednie, robociznę, zysk). Tym samym, wypełniana przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia Tabela Elementów Rozliczeniowych („TER”) stanowiła istotny element treści oferty i jako taka musiała być wypełniona zgodnie z wymaganiami szczegółowych specyfikacji technicznych („SST”) udostępnionych wykonawcom dla każdej ze wskazanych grup prac.

Kolejną ważną okolicznością wynikającą z SWZ pozostaje to, że Zamawiający przyjął dla rozliczenia zamówienia publicznego, dla którego prowadzone jest Postępowanie, wynagrodzenie o charakterze kosztorysowym, co jednoznacznie potwierdza §4 ust. 2 PPU, czyniący z cen jednostkowych wpisanych do TER przez wykonawcę podstawę dla rozliczeń. Nie budzi wątpliwości, iż natura wynagrodzenia kosztorysowego opiera się na tym, że tylko prawidłowa wycena wszystkich pozycji, a tym samym wszystkich prac i całego zakresu pozwala na porównanie ofert, a przede wszystkim na rozliczenie zadania publicznego.

Odwołujący 2 wskazał, że w zaistniałych w sprawie okolicznościach faktycznych uprawnionym jest twierdzenie, że ZABERD składając swoje wyjaśnienia co do realnego charakteru zaoferowanej ceny, próbował niejako „na siłę” dostosować swoją wycenę dla poszczególnych cen jednostkowych do wymagań Zamawiającego, co nie udało się w przypadku wadliwości zidentyfikowanych przez Odwołującego. Najlepiej widać to na przykładzie niejednolitego podejścia tego wykonawcy do wyceny analogicznych pozycji znajdujących się w różnych grupach prac, gdzie w jednej grupie wszelkie niezbędne koszty zostały wycenione zgodnie z SST, a w drugiej wykonawca starał się przekonać Zamawiającego co do tego, że zostały one ujęte gdzie indziej np. w kosztach pośrednich. W związku z powyższym, te same wyjaśnienia, wskazują także, że cena ofertowa ZABERD została skalkulowana niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w dokumentacji Postępowania.

Odwołujący 2 przywołał treść art. 218 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp i uzasadniał, że istotą odwołania jest szereg zarzutów identyfikujących wadliwości w przedstawionych przez ZABERD wyjaśnieniach co do zaoferowanej ceny. Wszystkie wadliwości (ale też każda z nich niezależnie), o których mowa, jednoznacznie pokazują, że ZABERD prezentował swoje wyjaśnienia w sposób niezgodny z warunkami zamówienia, dla którego prowadzone jest Postępowanie. Przyjęte przez tego wykonawcę założenia albo dane do kalkulacji potwierdzają, że w istocie zaoferowane przez niego świadczenie na rzecz Zamawiającego nie jest tym, którego Zamawiający oczekiwał. Naturalną konsekwencją dokonania wyceny przedmiotu zamówienia niepełnego lub nie takiego, jakiego oczekiwał Zamawiający, było zaoferowanie przez ZABERD ceny niższej niż

wykonawca, który rzetelnie przeanalizował specyfikacje techniczne, a w rezultacie przedstawiona przez niego wycena obejmowała wszelkie (a nie tylko niektóre, jak w przypadku ZABERD) warunki realizacji zamówienia. Skala nieprawidłowości ZABERD świadczy o tym, że złożona przez tego wykonawcę oferta jest niezgodna z wymaganiami Zamawiającego w istotnym zakresie, nie można jej już na tym etapie Postępowania poprawić i w związku z tym podlega ona odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Odwołujący 2 wskazał, że nie budzi bowiem wątpliwości, że cena oferty, w tym sposób jej budowania, jest "treścią oferty", w sensie merytorycznym i to jej dotyczy dyspozycja art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Tym samym niezgodność wyceny oferty ze sposobem wskazanym w specyfikacji warunków zamówienia powoduje konsekwencje wskazane w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, czyli konieczność odrzucenia tak sporządzonej oferty. Skoro bowiem ZABERD zaoferował Zamawiającemu przedmiot zamówienia niezgodny z warunkami zamówienia (inny zakres niż przewidywała to SWZ) to kalkulując swoje świadczenie, dokonał tych obliczeń w sposób niezgodny ze sposobem obliczania ceny ustalonym w SWZ (ten wymagał uwzględnienia pełnego zakresu zamówienia). Zasadnym zatem jest stwierdzenie, że oferta ZABERD zawiera błędy w obliczeniu ceny, co stanowi podstawę do jej odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Odwołujący 2 podniósł, że żadnej ze wskazanych poniżej wadliwości nie można na obecnym etapie Postępowania poprawić w oparciu o mechanizmy prawne przewidziane w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz przedstawił stosowną argumentację.

Odwołujący 2 przedstawił w formie tabeli wadliwości w wyjaśnieniach wykonawcy ZABERD. Odwołujący 2 wskazał, że zidentyfikowane przez niego nieprawidłowości można podzielić na trzy grupy.

Po pierwsze, błędem bardzo często pojawiającym się przy kalkulacjach dla poszczególnych grup prac jest uwzględnienie przez ZABERD kosztów sprzętu wymaganych do realizacji danego zakresu prac w kosztach pośrednich. Powyższe jest nie tylko sprzeczne z potocznym rozumieniem definicji kosztu pośredniego, ale też niezgodne z zapisami SST, które w poszczególnych miejscach wyraźnie odróżniały koszty sprzętu od kosztów pośrednich. Podejście ZABERD do tej kwestii dziwi tym bardziej, że w niektórych przypadkach postępuje on zgodnie z SST dokonując wyceny kosztów sprzętu obok kosztów pośrednich, a w innych (analogicznych pozycjach dla innych grup prac) przyjmuje odmienne rozwiązanie (i wlicza koszty sprzętu do kosztów pośrednich). Uwzględnienie kosztów sprzętu w kosztach pośrednich (mimo wyraźnej treści SST) pozwoliło ZABERD na uniknięcie obowiązku wykazywania szczegółowej kalkulacji dla bardzo specjalistycznych sprzętów wymaganych dokumentami zamówienia, co z kolei potwierdza, że złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

Po drugie, kolejnym błędem powtarzającym się przy wyjaśnieniach ZABERD jest, określenie stawki godzinowej dla każdej grupy prac (poza grupą prac nr 11) niezgodnie z obowiązującymi przepisami (niezależnie od formy zatrudnienia stawka ta jest zaniżona) oraz brak uwzględnienia przy kosztach robocizny niezbędnych dodatków przy zatrudnianiu osób, np. dodatkowych kosztów za pracę w nadgodzinach, porze nocnej, za urlop wypoczynkowy czy z innych powodów. Wyjaśnienia ZABERD zostały opracowane przy skrajnie nierealnych założeniach kalkulacyjnych, naruszając normy dotyczące minimalnego wynagrodzenia, które można by sprowadzić do stwierdzenia, że osoby zatrudnione przez ZABERD (niezależnie czy na podstawie umowy o pracę czy zlecenia) będą pracowały bez jakichkolwiek dodatków za pracę w ponadnormatywnym czasie pracy, bez urlopów wypoczynkowych, nigdy nie będą chorowały, a osoby niepełnosprawne będą zatrudniane wbrew ustawowym ograniczeniom w zakresie dopuszczalnego czasu pracy (czas pracy osoby niepełnosprawnej nie może przekraczać 8 h/doba i 40 h/tydzień, przy czym osoby ze znacznym lub umiarkowanym stopniem niepełnosprawności mają dodatkowe ograniczenie czasu pracy, tj.: 7h/doba, 35h/tydzień). Powyższe znajduje szczególne znaczenie dla tych prac, gdzie z mocy samych postanowień dokumentacji zamówienia wymagana była całodobowa dyspozycyjność. Brak uwzględnienia dodatkowych elementów kosztotwórczych dla robocizny w konsekwencji może prowadzić do tego, że oferta ZABERD w powyższym zakresie pozostaje niezgodna także z ustawą z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, co tym bardziej czyni zasadnym zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Trzecią grupę wadliwości stanowią nieprawidłowości o charakterze „punktowym”, które nie mają charakteru powtarzalnego, a potwierdzają niezgodność wyjaśnień ZABERD z konkretnymi zapisami SST. W dużej mierze wynikają one z wadliwie dokonanych kalkulacji czy nieprawidłowo przyjętych (wprost sprzecznych z SST) założeniach do tych kalkulacji.

Odwołujący 2 podkreślał, że każdy z zarzutów objętych jedną z powyżej zarysowanych grup stanowi wystarczającą podstawę do odrzucenia oferty ZABERD na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp oraz (niezależnie od powyższego) na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Współwystępowanie tych dwóch, odrębnych (grup) zarzutów wydaje się częstym zjawiskiem w sytuacji, kiedy wykonawcy nie udźwigną ciężaru wykazania realności zaoferowanej ceny w ramach prezentowanych zamawiającemu wyjaśnień. Odwołujący 2 stwierdził, że wadliwości w ofercie ZABERD nie tyle pojawiły się na etapie prezentowanych wyjaśnień, co dopiero wówczas mogły zostać zidentyfikowane. Powyższe nie zmienia faktu, że wadliwości, o których mowa, pojawiły się już na etapie kalkulowania oferty tego wykonawcy, czyli przed złożeniem oferty w Postępowaniu. W rzeczywistości zatem jeżeli ZABERD miałby zrealizować zamówienie w sposób ujawniony w treści wyjaśnień, musiałby znacząco

zmodyfikować swoją propozycję dla Zamawiającego, tak aby uwzględniała ona pominięte zapisy SST. Zmiana, o której mowa, jest w sposób oczywisty niedozwolona na obecnym etapie Postępowania. Alternatywnie, swoje wymagania mógłby zmodyfikować na etapie realizacji zamówienia Zamawiający, ale wówczas taka zmiana, o ile urealnijająca ofertę ZABERD, byłaby niezgodna z przepisami ustawy Pzp. Odwołujący 2 wskazał, że błędy przy prezentowanych wyjaśnieniach co do realności zaoferowanej ceny skutkują tym, że nie mogą być one wzięte pod uwagę przez Zamawiającego, ponieważ przestają być wiarygodne. Takie wadliwe wyjaśnienia skutkują sankcją odrzucenia całej oferty wykonawcy, bez względu na ich skalę, co potwierdził SO w Warszawie.

Odwołujący 2 przedstawił tabelę zawierającą nieprawidłowości w ofercie wykonawcy ZABERD oraz złożonych wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 21 kwietnia 2022 r. wniósł o oddalenie odwołania.

Tytułem wstępu Zamawiający wskazał, że cena całkowita oferty ZABERD nie nosi znamion rażąco niskiej w rozumieniu art. 224 ust. 2 ustawy Pzp. Cena oferty tego wykonawcy wynosi 211 581 054, 16 PLN i jest jedynie o 7,11% niższa od wartości szacunkowej zamówienia, powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej w wysokości w wysokości 227 785 915,89 PLN. Natomiast w stosunku do średniej z wszystkich ofert jest niższa o niecałe 12%.

Wykonawca ten został wezwany w dniu 04.02.2022 roku na podstawie art. 224 ust. 1 oraz art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia istotnych części składowych oraz treści oferty w związku z wątpliwościami dotyczącymi ewentualnego zaniżenia dwóch spośród czterech szczególnie istotnych grup prac (GRUPA PRAC: 10a. Zimowe utrzymanie dróg oraz GRUPA PRAC: 11. Zarządzanie Kontraktem). Dodatkowo Zamawiający poprosił o złożenie wyjaśnień dotyczących trzech spośród pozostałych grup, których wartość znacząco różniła się od wyceny inwestorskiej oraz ofert pozostałych Wykonawców (GRUPA PRAC: 3. Korpus drogi, GRUPA PRAC: 8. Estetyka, GRUPA PRAC: 12. Czystość na obiektach inżynierskich) oraz wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących pojedynczych cen jednostkowych, wskazanych przez Odwołującego w piśmie z dnia 25.01.2022 roku. Wykonawca w wyznaczonym terminie złożył wyjaśnienia, jednak w trakcie ich analizy Zamawiający powziął dalsze wątpliwości. Dlatego Zamawiający skierował do ZABERD pismami z dnia 07.03.2022 roku oraz z dnia 22.03.2022 roku wezwanie do złożenia dalszych wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny i treści oferty. Wykonawca na każde z wezwań udzielił merytorycznych odpowiedzi, które poparł dowodami, czym ostatecznie przekonał Zamawiającego, że cena oferty, a w szczególności

cena części zamówienia, o których wyjaśnienie został poproszony ZABERD, gwarantuje należyte wykonanie usług objętych zamówieniem. Przy ocenie wyjaśnień Zamawiający brał pod uwagę także dotychczasowe stanowisko prezentowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, w tym np. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 16 października 2017 roku, sygn. KIO 1995/17. W ocenie Zamawiającego w przedmiotowym przypadku ZABERD sprostował wymaganiom procedury wyjaśnień rnc i wykazał, że oferowana przez niego cena pozwala na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z warunkami określonymi w SWZ.

Odnosząc się szczegółowo do złożonych wyjaśnień, ZABERD w zakresie pytania dotyczącego istotnej części zamówienia - GRUPY PRAC: 10a. Zimowe utrzymanie dróg, zgodnie z wymaganiem zamawiającego, przedstawił szczegółową kalkulację dla każdej pozycji cenowej dla tej grupy (Załącznik 1). W kalkulacji tej ujął:

- koszty robocizny w wysokości 22,32 zł/r-g. Stawka nie budzi podejrzeń w zakresie zgodności z obowiązującymi przepisami w zakresie minimalnego wynagrodzenia, bowiem uwzględniając średnią ilość godzin w miesiącu daje kwotę wynagrodzenia miesięcznego w wysokości 3 749,76 PLN - a więc wyższą niż całkowity koszt zatrudnienia pracownika jaki ponosi pracodawca przy minimalnym wynagrodzeniu (w 2022 roku to kwota 3 626,46 PLN). Dodatkowo biorąc pod uwagę, że zakres wykonywanych czynności nie wymaga szczególnych kwalifikacji, przyjęcie przez ZABERD wynagrodzenia na tym poziomie jest uzasadnione.
- koszty sprzętu, który jest zgodny z wymaganiami określonymi w Specyfikacjach technicznych,
- koszty materiału w pozycjach „Ustawienie, utrzymanie i rozebranie płotków przeciwnieźnych” Wykonawca nie przedstawił dowodów na przyjętą w kalkulacji cenę zakupu płotków przeciwnieźnych, jednak biorąc pod uwagę, że płotki mogą być zakupione w pierwszym roku i używane przez okres całej umowy, przyjęta cena nie budzi zastrzeżeń Zamawiającego.
- koszty pośrednie, koszty zakupu oraz zysk.

Zamawiający dodatkowo wskazał, że wbrew zarzutom Odwołującego dotyczącym braku udowodnienia podniesionych w wyjaśnieniach twierdzeń - dla tego zakresu usług ZABERD przedstawił ofertę podwykonawcy PW PAROKS R. P. z dnia 18.11.2021 roku. Przedstawił także dwie umowy podwykonawcze, które obejmują komplet usług z zakresu GRUPA PRAC: 10a. (umowę z dnia 19.11.2021 roku z podwykonawcą BEDNAREX M. B., oraz umowa z dnia 22.11.2022 roku z podwykonawcą O. Ł. Odwołujący). Przy czym firma O. L. O. oraz PW PAROKS R. P., to podwykonawcy, którzy na zlecenie aktualnego Wykonawcy, prowadzi na terenie Rejonu Kraków prace. Tym samym są to podmioty, które znają specyfikę i warunki realizacji przedmiotowej usługi.

Nie bez znaczenia dla oceny odpowiedzi na wątpliwości Zamawiającego było także to na co ZABERD zwrócił uwagę, że na GRUPĘ PRAC: 10 Zimowe utrzymanie dróg składają się dwie podgrupy - prace pomocnicze (10a) oraz prace zasadnicze (10b). Prace pomocnicze stanowią niewielki procent (ok. 2-3% całości GRUPY 10). Natomiast cała GRUPA 10 wyceniona została przez Wykonawcę powyżej wartości oszacowanej przez Zamawiającego. Twierdzenie więc Odwołującego o tym, że mamy do czynienia z ceną rażąco niską nie znajduje tutaj uzasadnienia.

Zamawiający wskazał, że podobnie w zakresie pytania dotyczącego drugiej z istotnych części zamówienia, co do której wątpliwości powziął Zamawiający, tj. GRUPY PRAC: 11. Zarządzanie kontraktem, ZABERD udowodnił, że jest w stanie zrealizować te usługi zgodnie z wymaganiami Specyfikacji warunków zamówienia za cenę przyjętą w ofercie. Wykonawca dla tej grupy prac przedstawił szczegółową kalkulację zryczałtowanej miesięcznej ceny jednostkowej (załącznik 1b). Z kalkulacji wynika, że Wykonawca zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia skalkulował w cenie oferty wymagane ilości brygad patrolowych, interwencyjnych i patrolowo-interwencyjnych oraz przyjął realnie ilość osób wchodzących w skład tych brygad. Wykonawca w cenie skalkulował miesięczny koszt paliwa dla pojazdów dokonujących patroli, przyjmując właściwe ilości kilometrów. ZABERD przedstawił wyliczenie wynagrodzenia osób wchodzących w skład brygad, przyjmując koszty pracy na poziomie minimalnego wynagrodzenia wynikającego z właściwych przepisów. Wszelkie wątpliwości Zamawiającego dotyczące udziału w przedmiotowych pracach osób niepełnosprawnych oraz wysokości ujętego w cenie oferty dofinansowania z PEFRON, Wykonawca rzeczowo wyjaśnił.

W dalszej części kalkulacji ZABERD wyliczył miesięczne koszty zespołu POK, w skład którego wchodzi osoby wymagane zapisami specyfikacji technicznej, tj. Kierownik ds. Utrzymania Dróg, Zastępca Kierownika ds. Utrzymania Dróg, Specjaliści ds. utrzymania dróg (4 osoby) oraz specjalista ds. administracyjno - finansowych. W swojej kalkulacji ujął również zryczałtowaną kwotę na koszty amortyzacji pojazdów patrolowych, interwencyjnych i patrolowo interwencyjnych, Przyczepki U26 VMS, Poduszka TMA, e-toll, inne. W dodatkowych wyjaśnieniach ZABERD uszczegółowił wycenę w zakresie kosztów wyposażenia brygad w tym: ubrań, środków i sprzętu ochrony osobistej, sprzętu ostrzegawczego, narzędzi, kosztów związanych z prawidłowym zabezpieczeniem prac, koszty wynajmu pomieszczeń, wyposażenia punktu POK i innych związanych z zarządzaniem kontraktem, przyjmując że część kosztów związanych z przystosowaniem do zimowego utrzymania dróg zostało skalkulowanych w grupie związanej z utrzymaniem zimowym.

W odniesieniu do pozostałych grup, o których wyjaśnienie prosił Zamawiający (tj. GRUPA PRAC: 3. Korpus drogi, GRUPA PRAC: 8. Estetyka, GRUPA PRAC: 12. Czystość

na obiektach inżynierskich), Wykonawca przedłożył szczegółową kalkulację dla wszystkich pozycji, które wzbudziły szczególne wątpliwości Zamawiającego (Załącznik 1a). W kalkulacji tej ujął koszty robocizny w wysokości 22,32 zł/r-g. Stawka ta odpowiada minimalnemu wynagrodzeniu za pracę i biorąc pod uwagę zakres wykonywanych w ramach tych grup czynności (nie wymagających wykwalifikowanych pracowników) jest zasadna. W cenie ujęto koszty niezbędnych materiałów, dla większości których Wykonawca przedstawił oferty dostawców. Przy czym wątpliwości odnoszące się do przyjętych w kalkulacji własnej jednostek zostały wyjaśnione w toku dalszych wyjaśnień. Ponadto wycena każdej pozycji obejmuje koszty pośrednie, koszty zakupu oraz zysk. Wątpliwości odnoszące się do brakującego w przedstawionej kalkulacji sprzętu czy środków transportu a także kosztów utylizacji Wykonawca w dalszych wyjaśnieniach obalił, wskazując, że koszty te zostały ujęte w kosztach pośrednich. Zamawiający uwzględnił wyjaśnienie wykonawcy w tym zakresie, biorąc pod uwagę specyfikę usługi całorocznego, bieżącego utrzymania dróg, gdzie, uwzględniając wiedzę Zamawiającego, działaniem faktycznym jest zapewnienie stałej, podstawowej bazy sprzętowej na potrzeby realizacji całości umowy. W tych okolicznościach ujęcie części sprzętu wykorzystywanego do realizacji usług i prac z różnych grup (w szczególności sprzętu do typowych prac utrzymaniowych oraz środków transportu) w kosztach pośrednich jest działaniem racjonalnym i wynika z indywidualnego charakteru przedmiotowej usługi.

Zamawiający wskazał, że na dowód realności przyjętych cen Wykonawca przedstawił umowy zawarte z podwykonawcami, które obejmują prace z zakresu GRUPY PRAC: 3, 8 i 12, w szczególności:

1. umowę z dnia 19.11.2021 roku z podwykonawcą BEDNAREX M. B., która obejmuje GRUPĘ PRAC: 3.
2. umowę z dnia 22.11.2021 roku z podwykonawcą O. Ł. O., która obejmuje GRUPĘ PRAC: 3, 8 i 12. Przy czym firma O. Ł. O., na zlecenie aktualnego Wykonawcy, prowadziła na terenie Rejonu Kraków prace w zakresie w/w grup.
3. umowę z dnia 19.11.2021 roku z podwykonawcą ESBUD S. Ch., która obejmuje GRUPĘ PRAC: 3 i 12.

Dodatkowo dla usług z zakresu GRUP PRAC: 8 i 12 Wykonawca przedstawił ofertę podwykonawcy PW PAROKS z dnia 18.11.2021 roku obejmującą komplet usług objętych tymi grupami. Przy czym podmiot ten na zlecenie aktualnego Wykonawcy, prowadził na terenie Rejonu Kraków prace, tym samym zna specyfikę i uwarunkowania przedmiotowej usługi.

Zamawiający wskazał, że biorąc pod uwagę przedłożone dowody (cztery niezależne wyceny sporządzone przez podwykonawców, przy czym z trzema zawarto już umowy podwykonawcze) uwzględniając jednocześnie, że dla tych grup prac głównym kosztem jest

koszt robocizny (przy czym prace te nie wymagają szczególnych kwalifikacji) uznał, że Wykonawca wystarczającym stopniu wyjaśnił wątpliwości Zamawiającego wyartykułowane w wezwaniu. Jednocześnie Wykonawca wyjaśnił wątpliwości Zamawiającego odnoszące się do ilości jednostek występujących w przedłożonych ofertach, które nie pokrywają całości zamówienia. ZABERD wskazał, że dopełnieniem brakującego zakresu prac będą prace wykonane przez ZABERD przy pomocy sił własnych oraz odwołał się do zapisów SWZ wskazujących na ilości o charakterze jedynie szacunkowym. W zakresie pytania dotyczącego pojedynczych cen jednostkowych wykazanych w piśmie Odwołującego z dnia 25.01.2022 roku ZABERD przedstawił kalkulację własną oraz dowody w postaci umów podwykonawczych i ofert dostawców materiałów. Wątpliwości i rozbieżności jakie wystąpiły w złożonych wyjaśnieniach, Wykonawca w dalszej korespondencji skorygował i wyjaśnił.

W świetle powyższego uznać należy, że Przystępujący złożył wyjaśnienia, w których szczegółowo ustosunkował się do wskazanych przez Zamawiającego wątpliwości. Zauważyć przy tym należy, że wykonawca nie ma obowiązku w ramach uczynienia zadość wezwaniu do wyjaśnienia elementów kalkulacyjnych oferty przedstawienia dokładnej, „co do grosza” kalkulacji ceny. Konieczne jest zaprezentowanie istotnych z perspektywy jej kalkulacji elementów ceny. Wynika to wprost z przepisów - przepis art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał, że Przystępujący w przedmiotowym przypadku przedstawił żądane przez Zamawiającego kalkulacje oraz dowody pozwalające na uwiarygodnienie zaoferowanej ceny, w tym w szczególności przedstawił oferty podwykonawców, poprzez które udowodnił przyjętą wartość poszczególnych cen jednostkowych. Dlatego postawiony w tym zakresie zarzut Odwołującego został obalony. Zamawiający przeanalizował wyjaśnienia ZABERDU odnośnie podejrzenia rażąco niskiej ceny i uznał wyjaśnienia Przystępującego za wystarczające, logiczne, pełne i pozwalające na przyjęcie, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską.

Zamawiający zauważył, że Odwołujący stawiając zarzuty w zakresie rażąco niskiej ceny podnosi, iż ZABERD w swoich wyjaśnieniach przedstawił poszczególne pozycje kosztorysowe w sposób „wirtualny”, bez oparcia się na złożonej ofercie oraz realiach rynkowych, cenach zakupu materiałów, kosztach eksploatacji urządzeń, wynagrodzeń pracowników, itp. Odwołujący całkowicie pomija przy tym wspomniane już wcześniej oferty podwykonawcze, a także nie przedstawia jakichkolwiek własnych dowodów, które w wiarygodny sposób mogłyby podważyć ceny zaoferowane przez ZABERD. Kwestionując przy tym ocenę dokonaną przez Zamawiającego, Odwołujący wybiera pozycje, które mimo że są niższe od wartości kosztorysowych i wartości przyjętych przez Odwołującego, to faktycznie nie mają istotnego wpływu na cenę całej oferty.

Zamawiający wskazał, że nie sposób nie zauważyć, że działanie Odwołującego w tym postępowaniu, a raczej konstruowane przez niego zarzuty dotyczące oferty ZABERD

opierają się *de facto* na porównaniu poszczególnych pozycji w ofercie ZABERD z odpowiednimi pozycjami kosztorysu inwestorskiego oraz swojej własnej oferty. Przez takie porównanie Odwołujący usiłował stworzyć obraz oferty Przystępującego jako oferty, która jest nierealna, spekulacyjna, uniemożliwiająca wykonanie zadania. Zabieg ten podejmuje Odwołujący specyfikując pojedyncze elementy oferty. W ocenie Zamawiającego takie działanie jest nieprawidłowe z dwóch podstawowych przyczyn.

Po pierwsze wartość szacunkowa zamówienia jest oszacowaniem zamawiającego opartym o kalkulacje, które muszą znaleźć odpowiedź, czy też zostać zweryfikowane poprzez treść cen oferowanych przez podmioty działające na zasadzie konkurencji. Nie budzi przy tym konieczność dokonywania oszacowania przez zamawiającego z zachowaniem zasady ostrożnej wyceny, w sposób uśredniony i nie nadmiernie optymistyczny. Kosztorys inwestorski jest jednak opracowywany w celu określenia wartości zamówienia publicznego z dokładnością wynikającą z jego przeznaczenia, a więc przede wszystkim w celu określenia kwoty jaką zamawiający musi posiadać i zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Nie można jednak tak sporządzonego kosztorysu uznać, za jedyny miernik cen rynkowych. A takie działanie wydaje się przyjmować Odwołujący. Nie przedstawia on bowiem żadnych innych dowodów, czy argumentów, które podważyłyby prawidłowość wyceny ZABERD.

Po drugie, zarówno w swoim piśmie złożonym na etapie oceny ofert, jak i aktualnie w odwołaniu wybiera - jak wskazano powyżej - jedynie niektóre pozycje, pozycje które sam w swojej ofercie co do zasady wycenił wyżej. Niemniej biorąc pod uwagę całość oferty Odwołującego i Przystępującego w każdej z nich można znaleźć takie pozycje, które będąc wyodrębnione z całego zadania mogą stwarzać wrażenie rażąco niskich.

Zamawiający wskazał, że specyfika niniejszego postępowania, które jest złożone i dotyczy wielu różnorodnych czynności nie pozwala na takie podejście do oceny ofert jakie prezentuje Odwołujący. Niewłaściwe jest dokonywanie oceny możliwości wykonania usługi poprzez uwzględnienie pojedynczo i przypadkowo wyspecyfikowanych pozycji TER, ponieważ poszczególne zlecenia co do zasady, wymagają „uruchomienia jednocześnie kilku pozycji”. Tylko taka analiza dałaby podstawy do stwierdzenia, czy zadanie jest możliwe do wykonania za zaoferowaną cenę, czy też cena została zaproponowana poniżej wartości rynkowej. Takiej oceny dokonał w niniejszym postępowaniu Zamawiający i uznał, że nie ma podstaw do odrzucenia oferty ZABERD.

Odwołujący listując w treści odwołania pozycje, których wycenę podważa, próbuje wyrzeć wrażenie, jak wiele nieprawidłowości występuje w ofercie ZABERD. W odwołaniu wskazuje na „szereg nieprawidłowości zidentyfikowanych w wyjaśnieniach ZABERD”. Jeśli jednak spojrzymy na całość oferty ZABERD, w szczególności na Tabele Elementów Rozliczeniowych dla Rejonu Kraków, zauważymy, że Odwołujący wyraża wątpliwości do

jedynie 36 pojedynczych pozycji z 519 (co stanowi jedynie niewiele ponad 7% wszystkich pozycji). Co więcej z tych 36 pozycji jedynie 5 odnosi się do grup prac uznanych przez Zamawiającego jako szczególnie istotne części zamówienia (tj. GRUPA PRAC: 1, 7, 10 i 11).

Odwołujący błędnie wskazuje w treści odwołania, że Zamawiający uznał jako szczególnie istotne części zamówienia GRUPY PRAC: 10a, 11, 3, 8 oraz 12. Jak jednoznacznie wynika z treści wezwania ZABERD do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia istotnych części składowych oraz treści oferty, jako istotne części zamówienia Zamawiający uznał cztery GRUPY PRAC: 1 Nawierzchnie, 7 Bezpieczeństwo, 10 Zimowe utrzymanie dróg, 11 Zarządzanie Kontraktem. Jak wskazano powyżej Zamawiający zidentyfikował, że w ofercie ZABERD dwie spośród tych czterech szczególnie istotnych grup prac (tj. GRUPA 10a i 11) rodzą podejrzenie zaniżenia. Dodatkowo Zamawiający w swoim wezwaniu poprosił o wyjaśnienie w zakresie trzech spośród pozostałych grup, nie oznacza to jednak, że GRUPY PRAC: 3, 8 i 12 stanowią istotne części zamówienia. W ocenie Zamawiającego, w toku przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego ZABERD udowodnił, że zaoferowana przez niego cena ma charakter realny i jest wystarczająca dla należytego wykonania zobowiązań. Zaznaczyć przy tym należy że w aktualnym stanie prawnym dopuszczalne jest odrzucenie oferty w wyniku negatywnej oceny przez zamawiającego otrzymanych wyjaśnień dotyczących istotnych części składowych ceny oferty (np. KIO z dnia 31 maja 2017 roku, Sygn. akt: KIO 1001/17), a taka sytuacja nie zaistniała w przypadku oferty Przystępującego.

Cena wyjaśnianych elementów oferty ZABERD jest niska, ale - biorąc pod uwagę także treść złożonych wyjaśnień nie sposób uznać jej za niską w stopniu rażącym, „spekulacyjną”, czy też uniemożliwiającą wykonanie zleconego zadania. W sytuacji silnej konkurencji na rynku, a GDDKIA od lat obserwuje taką w ramach prowadzonych przez siebie postępowań, oferowanie cen gwarantujących dla Wykonawców zysk na minimalnym jedynie poziomie jest praktyką powszechną. Dlatego nawet jeżeli cena zaoferowana przez Wykonawcę jest niższa niż wynikałoby to z szacunków zamawiającego, lecz Wykonawca wykaże, że uwzględnił w niej wszystkie koszty niezbędne dla prawidłowego wykonania zadania, nie ma podstaw do odrzucenia jego oferty.

W przedmiotowym przypadku Zamawiający po przeprowadzeniu szczegółowych wyjaśnień uznał, że oferta ZABERD została skalkulowana prawidłowo. Nawet jeżeli Zamawiający miał zastrzeżenia co do niektórych elementów składanych przez ZABERD wyjaśnień, to nie były one na tyle istotne by mogły skutkować odrzuceniem jego oferty z powodu uznania, że Przystępujący zbagatelizował procedurę wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Zamawiający dokonał wnikliwej oceny i badania zarówno oferty, jak i złożonych przez ZABERD wyjaśnień. Celem procedury opartej na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Prawo

zamówień publicznych jest uzyskanie potwierdzenia realności ceny, nie zaś wciągnięcie wykonawcy w formalną pułapkę skutkującą odrzuceniem jego oferty i domaganie rozbicia każdego nawet najdrobniejszego kosztu (a tego wydaje się oczekiwać Odwołujący). Odwołujący oceniając ofertę Przystępującego wymaga by kalkulacja ceny została przeprowadzona w taki sposób, w jaki swojej wyceny dokonał Odwołujący. Oczekiwanie to nie znajduje jednak uzasadnienia. Fakt, że Zamawiający kontynuował procedurę wyjaśnień nie wynika z tego, że wyjaśnienia Przystępującego były nierzetelne, czy nieprawidłowe. Wynikał jedynie z faktu dążenia przez Zamawiającego do usunięcia jakichkolwiek wątpliwości co do prawidłowości wyceny. Niewłaściwa ocena złożonych wyjaśnień, zbyt pochopna i skutkująca odrzuceniem oferty ZABERD, doprowadziłaby do nieuprawnionego wydatkowania z budżetu Państwa dodatkowych 50 mln zł (oferta odwołującego jest o ponad 50 mln droższa od ofert ZABERD i jednocześnie o ponad 40 mln przekracza budżet Zamawiającego).

Zamawiający podniósł, że stawiając zarzuty w tym zakresie Odwołujący zapomina, że ZABERD został wezwany nie do wyjaśnienia całości oferty a jedynie jej zakresu, szczegółowo wyartykułowanego w wezwaniu skierowanym przez Zamawiającego. Tym samym nie można uznać, że wszystkie elementy wchodzące w skład oferty muszą wynikać tylko i wyłącznie ze złożonych wyjaśnień. Nawet przyjmując, że wynagrodzenie jest kosztorysowe i w cenie jednostkowej każdej pozycji winny być ujęte wszystkie elementy niezbędne do ich wykonania (m. in. koszty zakupu, koszty pośrednie, robociznę, zysk) nie prowadzi do ostatecznego wniosku, że każda pozycja musi być wyceniona, tak jakby była realizowana tylko ona jedna. Byłoby to bowiem nieracjonalne i prowadziłoby do sztucznego zawyżenia ceny oferty. Wykonawca wyceniając ofertę musi brać pod uwagę indywidualny charakter zamówienia, sposób realizacji, kalkulować ryzyka. W taki, indywidualny sposób cenę oferty kalkulował każdy z Wykonawców składających ofertę w przedmiotowym postępowaniu, o czym świadczą zróżnicowane ceny jednostkowe występujące w każdej ofercie (w każdej ofercie Zamawiający zidentyfikował pozycje znacząco zaniżone jak i znacząco zawyżone notatka w tym przedmiocie znajduje się w dokumentach postępowania). Dla Zamawiającego oczywistym jest, że niektóre koszty (przykładowo koszty transportu) są rozbijane na kilka pozycji kosztorysowych.

W swoim odwołaniu Odwołujący wskazuje na błędne ujęcie w pozycji „koszty pośrednie” przez ZABERD kosztów sprzętu wymaganego do realizacji danego zakresu prac. Zamawiający wskazał, że nie narzucał sposobu kalkulowania. Przepisy nie specyfikują w sposób sztywny, jakie elementy usługi mogą być uwzględniane jako tzw. koszty pośrednie. Przystępujący był więc uprawniony do przedstawienia kosztów w sposób jaki uczynił to w złożonych przez siebie wyjaśnieniach. Dla Zamawiającego istotne jest, że koszty wykonania zostały uwzględnione, a nie w jakim elemencie składowym tego kosztu. Nie

sposób też zgodzić się z zarzutem kreatywnego dostosowywania wyjaśnień do oczekiwań Zamawiającego, mimo bowiem pewnych zmian w zakresie wyjaśnień ceny poszczególnych pozycji pozostały niezmiennie i każdorazowo zawierały wymagane elementy. Zaś omyłki w wyjaśnieniach, a nie jak sugeruje Odwołujący - w ofercie, zostały wytłumaczone.

Zamawiający wskazał, iż nawet gdyby uznać optykę Odwołującego, że koszty pośrednie to określenie składnika ceny kosztorysowej obejmującej koszty ogólne budowy i koszty zarządu, przy czym koszty ogólne budowy, to koszty ponoszone w odniesieniu do danej, konkretnej budowy, a nie objęte kosztami bezpośrednimi. Jest to więc określenie adekwatne dla realizacji konkretnych robót budowlanych. Biorąc pod uwagę charakter zamówienia (nie jest to robota budowlana a usługa bieżącego utrzymania dróg) ZABERD miał prawo (a wręcz było to konieczne) inaczej zdefiniować element kosztów pośrednich jakim są koszty ogólne usługi, w szczególności ująć w tych kosztach sprzęt wykorzystywany do wielu prac.

Natomiast dla Zamawiającego istotnym jest aby wymagany sprzęt był zapewniony dla realizacji umowy, stąd skierował do ZABERD wezwanie w tym zakresie. ZABERD szczegółowo przedstawił strukturę kosztów pośrednich, gdzie wykazał potrzebny sprzęt. Te wyjaśnienia przekonały Zamawiającego, co zostało wykazane powyżej.

Zamawiający wskazał, iż nie sposób uznać za uzasadniony zarzut Odwołującego dotyczący błędnego określenia stawki godzinowej dla każdej grupy prac (poza GRUPĄ PRAC nr 11), które Odwołujący uznaje za niezgodnie z obowiązującymi przepisami (niezależnie od formy zatrudnienia stawka ta jest zaniżona) oraz brak uwzględnienia przy kosztach robocizny niezbędnych dodatków przy zatrudnianiu osób. Odnosząc się do tego zarzutu należy w pierwszej kolejności zauważyć, że Odwołujący ogranicza się do ogólnych zarzutów nie wykazując żadnej niezgodności z przepisami. W sposób lakoniczny, wskazuje, że osoby zatrudnione przez ZABERD (niezależnie czy na podstawie umowy o pracę czy zlecenia) będą pracowały bez jakichkolwiek dodatków za pracę w ponadnormatywnym czasie pracy, bez urlopów wypoczynkowych, nigdy nie będą chorowały, a osoby niepełnosprawne będą zatrudniane wbrew ustawowym ograniczeniom w zakresie dopuszczalnego czasu pracy. Po drugie należy zauważyć, że ZABERD wyjaśniał jedynie niektóre elementy oferty - jedynie w zakresie GRUP PRAC: 3, 8, 10a, 11, 12, które to prace nie wymagają szczególnych kwalifikacji, stąd przyjęcie wynagrodzenia na minimalnym poziomie jest racjonalne i uzasadnione. Fakt, że z postanowień dokumentacji wynika całodobowa dyspozycyjność, nie oznacza obowiązku pracy osób w ponadnormatywnym czasie. Jest to obowiązek stawiany wobec Wykonawcy, który może go realizować poprzez zapewnienie odpowiedniej ilości osób oraz właściwe nimi zarządzanie.

Również zarzut braku ujęcia dodatku za pracę w godzinach nocnych jest nieadekwatny do przedmiotu wyjaśnień i bezpodstawny. Nie wszystkie objęte usługą prace

i nie w pełnym zakresie wymagają realizacji w godzinach nocnych. Stąd działaniem nieracjonalnym byłoby uwzględnienie tego dodatku w każdym koszcie roboczogodziny. Pokreślić należy przy tym, że ZABERD w zakresie prac z GRUPY 11: Zarządzanie Kontraktem w wynagrodzeniu osób wchodzących w skład brygad, gdzie praca w godzinach nocnych jest bezwzględnie wymagana ujął w wynagrodzeniu pracownika nocnego dodatek za pracę w godzinach nocnych.

Jako kolejną grupę nieprawidłowości Odwołujący wskazuje nieprawidłowości o charakterze „punktowym”, które nie mają charakteru powtarzalnego, a potwierdzają niezgodność wyjaśnień ZABERD z konkretnymi zapisami SST. Analizując wykazane nieprawidłowości nie sposób nie odnieść wrażenia, że są one bardzo drobiazgowe i wyolbrzymiane. Dotyczą mało istotnych i nisko kosztowych elementów wchodzących w skład pojedynczych pozycji. Odnoszą się do braku ujęcia w cenie pozycji niektórych elementów, które jak wyjaśnił ZABERD ujęte zostały w kosztach pośrednich. Ponadto zarzuty Odwołującego budowane są na jego własnych założeniach, nie zawsze adekwatnych do rzeczywistych wymagań Zamawiającego wynikających z SWZ. Szczegółowe stanowisko Zamawiającego w odniesieniu do każdej wykazanej w Odwołaniu pozycji stanowi załącznik do odpowiedzi na odwołanie.

W ocenie Zamawiającego zarzut podniesiony przez Odwołującego, a dotyczący niezgodności treści oferty z treścią SWZ jest nieusprawiedliwiony i oparty na przyjętych przez Odwołującego założeniach, które nie mają żadnego oparcia w stanie faktycznym niniejszej sprawy. Nie sposób nie dostrzec, że zarzut został oparty wyłącznie na przypuszczeniach Odwołującego nieopartych chociażby próbą ich uprawdopodobnienia.

W ocenie Zamawiającego w przedmiotowym przypadku - biorąc pod uwagę złożone przez Przystępującego wyjaśnienia nie zachodzi podejrzenie „przerzucania cen”, nieuwzględnienia części kosztów, a przez to niezgodności oferty Przystępującego z treścią swz. Jak zostało wskazane powyżej, wyjaśniając zaoferowaną cenę, ZABERD oprócz przedstawienia okoliczności mających wpływ na kalkulację ceny, przedłożył także oferty podwykonawców, za pomocą których udowodnił, że wartości wskazane w poszczególnych TER są realne i umożliwią wykonanie zleconego zadania, a także uzyskanie Wykonawcy określonego zysku. Uwiarygadniając ceny, które są niższe niż kalkulacje Zamawiającego, Przystępujący wypełnił swoje obowiązki wynikające z art. 224 ustawy Pzp i jednocześnie podważył zarzuty rażąco niskiej ceny i niezgodności z treścią SWZ.

W załączniku do odwołania Zamawiający odniósł się do zarzutów zawartych w tabeli przedstawionej przez Odwołującego 2 w odwołaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący 1 i 2 posiadają interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnili materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 5 i 12 kwietnia 2022 r. powiadomił wykonawców o wniesionych odwołaniach.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę ZABERD Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 936/22, KIO 1019/22 oraz KIO 1020/22 odpowiednio w dniu 8 i 14 kwietnia 2022 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu wraz ze zmianami, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, dokumentację projektową, ofertę Przystępującego złożoną w części 1 i 2 zamówienia wraz z wyjaśnieniami oraz uzupełnieniami, a także zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty dotyczące części 1 i 2 zamówienia.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika złożone ustnie i pisemnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 22 i 29 kwietnia 2022 r. oraz 12 maja 2022 r., w tym odpowiedzi na odwołania, pisma procesowe Przystępującego z dnia 22 kwietnia i 11 maja 2022 r. oraz pisma procesowe Konsorcjum Eurovia z dnia 27 kwietnia oraz 6 maja 2022 r.

W sprawie o sygn. akt: KIO 1019/22 Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy dowody złożone przez Odwołującego 1, tj.:

1. porównanie wyjaśnień RNC na częściach Kraków i Nowy Sącz, KNR oraz umowy podwykonawczej (Z. – Nowy Sącz);
 2. wydruki dotyczące Tablicy 1101, Tablicy 1102 oraz Tablicy 1103 KNR
- jak również dowody złożone przez Przystępującego stanowiące zestawienie własne cen jednostkowych ZABERD dotyczące grupy prac nr 2, 10a i 12 z innymi postępowaniami wraz z materiałami źródłowymi.

Z kolei w sprawie o sygn. akt: KIO 1020/22 Izba zaliczyła do akt sprawy dowody złożone przez Odwołującego 2, tj.:

1. kalkulacja sprzętu dla grupy prac nr 7 poz. 13.3 – urządzenia BRD;
2. symulacja stawki wyliczenia roboczogodziny dla zatrudnionych na umowę o pracę według danych z załącznika nr 1B do wyjaśnień ZABERD z dnia 18 lutego 2022 r. oraz symulacja stawki wyliczenia roboczogodziny dla zatrudnionych na umowę o cywilnoprawną według danych z załącznika nr 1B do wyjaśnień ZABERD z dnia 18 lutego 2022 r.;
3. kalkulacja ilości betonu potrzebnego do wykonania jednego otworu w gruncie pod słupki (grupa prac nr 9 poz. 1.2 TER);
4. zestawienie obrazujące, że stanowisko Zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie (i) potwierdza, że założenia przyjęte przez ZABERD w zakresie przyjętej długości tras objazdów jest nieprawidłowe w zakresie dróg krajowych, (ii) po korekcie mającej na celu doprowadzenie zgodności tego stanowiska z wymaganiami SST 10.10.01z potwierdza, że założenia przyjęte przez ZABERD w zakresie przyjętej długości tras objazdów jest nieprawidłowe w zakresie autostrad i dróg ekspresowych;
5. kalkulacja kilometrażu objazdów dla patrolu A4 i S7 (grupa prac nr 11 poz. 1.1 TER) Odwołującego oparta na mapach Google Maps;
6. oferty cenowe dla poduszki TMA (grupa prac nr 11 poz. 1.1 TER).

Izba wzięła pod rozwagę również dowód złożony przez Zamawiającego stanowiący zestawienie zrealizowanych dyspozycji wydawanych przez Zamawiającego dla dróg krajowych woj. Małopolskiego administrowanych przez Rejon Kraków GDDKiA Dyżurny POK Kraków za miesiąc marzec 2022 r.

Izba włączyła w poczet materiału sprawy dowody złożone przez wykonawcę ZABERD, tj.:

1. zestawienie własne cen jednostkowych ZABERD dotyczące grupy prac nr 1, 2, 3, 4, 7, 8, 9 i 12 z innymi postępowaniami wraz z materiałami źródłowymi;
2. wydruki z mapy Google Maps wraz z opisem patroli;
3. grafikę dotyczącą pozycji 1. Tabeli odwołania.

Izba po wysłuchaniu stanowisk Stron oraz Przystępującego na podstawie art. 541 ustawy Pzp oddaliła wniosek dowodowy zgłoszony przez Odwołującego 1 w sprawie o sygn. akt: KIO 1019/22 o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa w specjalizacji budownictwo drogowe i kosztorysowania na okoliczność, czy przyjęte przez Przystępującego nakłady robocizny i pracy sprzętu w ramach kalkulacji szczegółowej w ramach prac grupy 2, 10a i 12 pozwalają na należyte wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie ze specyfikacją uznając, iż został powołany dla zwłoki.

Zgodnie z art. 541 ustawy Pzp, Izba odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami lub

gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki. Stosownie natomiast do treści art. 539 ust. 2 zd. pierwsze ustawy Pzp, Izba może powołać biegłego spośród osób wpisanych na listę biegłych sądowych albo spoza tej listy, jeżeli ustalenie stanu faktycznego sprawy wymaga wiadomości specjalnych.

W świetle powyższego wskazać należy, iż zadaniem Izby w toku postępowania odwoławczego jest ocena prawidłowości czynności zamawiającego podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które Izba rozpoznaje w granicach zarzutów odwołania. Uwzględniając powyższe jak również zgromadzony w sprawie o sygn. akt: KIO 1019/22 materiał dowodowy Izba doszła do przekonania, iż powołanie biegłego w okolicznościach niniejszej sprawy nie było niezbędne do jej rozstrzygnięcia wobec braku sprzeczności w zgromadzonym materiale dowodowym. W ocenie Izby Odwołujący 1 nie przedstawił argumentów tego rodzaju, które poddawałyby w wątpliwość prawidłowość oceny działań Zamawiającego w zakresie przeprowadzonej procedury rażąco niskiej ceny względem oferty ZABERD. Tym samym wobec braku jakichkolwiek wiarygodnych twierdzeń czy dowodów ze strony Odwołującego 1, które pozwoliłyby na poddanie w wątpliwość prawidłowość oszacowania przez ZABERD ceny oferty, przy uwzględnieniu także tego, iż przedmiotowa sprawa nie odbiega stopniem skomplikowania od innych tego typu spraw, Izba uznała, że nie było potrzeby powoływania w niej biegłego. Ustalenia w tym zakresie sprowadzały się bowiem w istocie do analizy wyjaśnień ceny oferty złożonych przez ZABERD przy uwzględnieniu zasad doświadczenia życiowego w konfrontacji z zakresem wniesionego odwołania.

Podsumowując zdaniem Izby przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego w ww. zakresie w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie było konieczne, a jednocześnie prowadziłoby do zwłoki w rozpoznaniu postępowania. Tym samym zgłoszony przez Odwołującego 1 wniosek dowodowy podlegał oddaleniu.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie w podziale na 5 części:

Część 1 – Rejon Kraków.

Część 2 – Rejon Nowy Sącz.

Część 3 – Rejon Nowy Targ.

Część 4 – Rejon Tarnów.

Część 5 – Rejon Wadowice.

Zgodnie z punktem 8.2.3. lit. b IDW, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej lub finansowej: Wykonawca musi wykazać:

posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż:
dla Części 1 (Rejon Kraków) – 8 000 000,00 PLN,
dla Części 2 (Rejon Nowy Sącz) – 5 000 000,00 PLN,
dla Części 3 (Rejon Nowy Targ) – 5 000 000,00 PLN,
dla Części 4 (Rejon Tarnów) – 6 000 000,00 PLN,
dla Części 5 (Rejon Wadowice) – 5 000 000,00 PLN.

W przypadku złożenia oferty na więcej niż 1 część zamówienia, Wykonawca wykazuje średni roczny przychód oraz posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż suma wartości przypisanych dla Części, na które jest składana oferta.

Zgodnie z punktem 10.8. lit. b IDW, w celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu Wykonawca składa informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed jej złożeniem.

Zgodnie z punktem 16.12. IDW, w OFERCIE, Wykonawca powinien wpisać na podstawie jakiego biuletynu krajowego, publikowanego przez profesjonalnych doradców analizujących rynkowe ceny robót budowlanych i inżynierskich od minimum 5 lat, będzie dokonywał kalkulacji prac wymienionych w Tabelach Elementów Rozliczeniowych.

Zgodnie z punktem 17.1. IDW, cena oferty dla Części, na którą jest składana oferta, zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o Zbiorcze Zestawienie Kosztów (ZZK) oraz FORMULARZE Tabele Elementów Rozliczeniowych (TER), na które składało się 12 grup prac wskazanych w tym punkcie.

Pod formularzami TER dla poszczególnych grup prac Zamawiający wskazał, że cena za jednostkę obejmuje wszystkie składniki kosztów (m.in. KP, KZ, Zysk, itp.), a także inne czynności opisane w SST (a w szczególności oznakowanie robót).

Zgodnie z punktem 17.5. IDW, każda cena jednostkowa zawarta w OFERCIE powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w FORMULARZACH.

Stosownie do punktu 17.6. IDW, dla każdej pozycji wyszczególnionej w FORMULARZACH, jeśli składają się na nią elementy o zróżnicowanych kosztach, jednolita stawka jednostkowa powinna zostać skalkulowana na zasadzie uśrednienia kosztów składowych.

Projektowane postanowienia umowy (TOM II SWZ)

Zgodnie z §5 ust. 5, wynagrodzenie za wykonanie prac pomocniczych będzie rozliczane zgodnie z zasadami określonymi w § 6. Przez prace pomocnicze Zamawiający rozumie prace objęte przedmiotem zamówienia, niezbędne do jego realizacji, a nie wyspecyfikowane w TER.

Zgodnie z § 6 ust. 1 wzoru umowy, prace z Grup Prac nr 1 – 9, Grupy Prac nr 12 oraz prace pomocnicze, Wykonawca będzie wykonywał na podstawie pisemnego polecenia Zamawiającego, stanowiącego Załącznik nr 5 do Umowy, określającego lokalizację i orientacyjny zakres prac oraz terminy rozpoczęcia i zakończenia tych prac oraz szacunkową wartość zleczanych prac. Wykonawca niezwłocznie, pisemnie lub drogą elektroniczną potwierdzi przyjęcie polecenia wykonania. Brak potwierdzenia przyjęcia polecenia wykonania przez Wykonawcę nie zwalnia Wykonawcy z obowiązku jego realizacji w terminach w nim określonych. W uzasadnionych przypadkach, w uzgodnieniu z Wykonawcą, Zamawiający może zmienić termin realizacji zlecenia określony w wydanym poleceniu. Zmiana taka nie wymaga aneksu do Umowy, chyba, że w wyniku zmiany nastąpiłoby przekroczenie terminu określonego w § 3 ust. 1 Umowy.

Stosownie do ust. 2, w przypadkach zagrożenia bezpieczeństwa ruchu, awarii lub katastrofy budowlanej wymagających podjęcia działań interwencyjnych, polecenie może być wydane ustnie (telefonicznie), a następnie potwierdzone pisemnie. Polecenie może być wydane przez osoby upoważnione przez Zamawiającego, w tym pracownika Punktu Informacji Drogowej Oddziału GDDKiA w Krakowie. Zamawiający w terminie 7 dni od zawarcia Umowy, pisemnie lub drogą elektroniczną, przedstawi Wykonawcy listę pracowników upoważnionych do wydania ustnego polecenia. Zmiana osób na przedmiotowej liście nie wymaga zmiany do Umowy.

W myśl § 6 ust. 3 wzoru umowy, prace z Grupy Prac nr 10 (Zimowe Utrzymanie Dróg) Wykonawca będzie wykonywał w każdym roku obowiązywania Umowy w okresie od 1 października do 30 kwietnia. Prace z Grupy Prac nr 11 Wykonawca będzie wykonywał przez cały okres realizacji Umowy.

Zgodnie z § 6 ust. 4 wzoru umowy, jeżeli prace wynikające z poleceń nie odpowiadają opisowi pozycji w TER (prace pomocnicze, o których mowa w § 5 ust. 5), Wykonawca powinien przedłożyć do pisemnej akceptacji Zamawiającego, pisemną kalkulację kosztów tych prac w terminie 7 dni od dnia wydania polecenia, sporządzoną w oparciu o następujące nośniki cenowe:

a) robocizna, sprzęt oraz materiały – wg cen nie wyższych, niż średnie ceny robocizny, sprzętu oraz materiałów, publikowane we wskazanym przez Wykonawcę, biuletynie krajowym publikowanym przez profesjonalnych doradców analizujących rynkowe ceny robót budowlanych i inżynierskich od minimum 5 lat, w kwartale, w którym kalkulacja jest

sporządzana, a w przypadku prac, których nie określono w biuletynie wskazanym przez Wykonawcę, według innych ogólnie stosowanych katalogów lub nakładów własnych zaakceptowanych przez Zamawiającego,

b) ilości roboczogodzin i maszynogodzin zostaną określone na podstawie nakładów rzeczowych określonych w Katalogach Nakładów Rzeczowych (KNR), a w przypadku prac, dla których nie określono nakładów rzeczowych w KNR, według innych ogólnie stosowanych katalogów lub nakładów własnych zaakceptowanych przez Zamawiającego.

W dniu 24 listopada 2021 r. upłynął termin składania ofert.

Wartość szacunkowa części 1 zamówienia powiększona o należny podatek VAT stanowiła 227 785 915,89 zł, z kolei części 2 - 162 062 760,14 zł.

W części 1 zamówienia zostały złożone dwie oferty, tj. Odwołującego 2 z ceną 265 901 458,06 zł oraz Przystępującego z ceną 211 581 054,16 zł. W części 2 zamówienia zostały złożone trzy oferty, tj. Odwołującego 1 z ceną 174 017 476,38 zł, Przystępującego z ceną 143 143 143,77 zł oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BUDIa-Standard Sp. z o.o. oraz „B.” Firma Produkcyjno-Handlowo Usługowa T. B. z ceną 187 348 946,52 zł.

Wykonawca ZABERD w punkcie 8. Formularza oferty oświadczył, że: *„kalkulacji prac niewymienionych w Tabelach Elementów Rozliczeniowych będziemy dokonywać na podstawie biuletynu krajowego, publikowanego przez profesjonalnych doradców analizujących rynkowe ceny robót budowlanych i inżynierskich od minimum 5 lat tj. _____”*.

Pismem z dnia 10 grudnia 2021 r. Zamawiający wezwał wykonawcę ZABERD w zakresie części 2 zamówienia do złożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w 8.2. IDW, tj.: m.in. informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed jej złożeniem.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca ZABERD złożył m.in.:

1. zaświadczenie PKO BP S.A. z dnia 29 listopada 2021 r. wg stanu na 26.11.2021 r., z którego wynika, że Przystępujący posiada na rachunku bieżącym na dzień 26 listopada 2021 roku - 5 272 249,69 PLN. Stan środków na rachunku VAT wynosi 106 179,12 PLN oraz na rachunku wyodrębnionych wpływów 1 951 366,99 PLN;
2. opinię bankową BNP Paribas Bank Polska S.A. z dnia 30 listopada 2021 r. wg stanu na 24.11.2021 r., z której wynika saldo ZABERD Sp. z o.o. na rachunku bieżącym w wysokości 2 267 589,89 PLN. Stan środków na rachunku VAT wynosił 900 432,77 zł;
3. opinia bankową Banku Gospodarstwa Krajowego z dnia 26 listopada 2021 r. wg stanu na dzień 25.11.2021 r., z której wynika saldo Przystępującego na poziomie 4 249 949,97 PLN.

Pismem z dnia 4 lutego 2022 r. Zamawiający wezwał wykonawcę ZABERD

w zakresie części 1 zamówienia do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 oraz art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. W ww. piśmie Zamawiający wskazał, że powziął wątpliwość co do realności wysokości cen istotnych części zamówienia, za które Zamawiający uznaje w szczególności cztery grupy prac: 1 Nawierzchnie, 7 Bezpieczeństwo, 10 Zimowe utrzymanie dróg, 11 Zarządzanie Kontraktem, wyszczególnione w Zbiorczym Zestawieniu Kosztów (ZZK), co w konsekwencji budzi wątpliwość Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Zamawiający podał, iż po zestawieniu wartości wszystkich dwunastu grup asortymentowych, biorąc pod uwagę wartość szacunkową tych grup (oraz pomocniczo średnią z ofert i medianę), zidentyfikował w ofercie ZABERD dwie spośród czterech szczególnie istotnych grup prac, oraz dodatkowo trzy spośród pozostałych grup, których wartość w odniesieniu do wyceny inwestorskiej jest znacząco zaniżona lub/i budzi wątpliwość Zamawiającego w porównaniu z ofertami innych Wykonawców, a dla których Zamawiający nie znajduje obiektywnego uzasadnienia. W związku z powyższym Zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia istotnych części składowych ceny oraz treści oferty w zakresie grup prac:

- zimowe utrzymanie dróg (grupa prac 10a),
- zarządzanie kontraktem (grupa prac 11),
- korpus drogi (grupa prac 3 poz.1.1, 4.1, 4.2, 5.1, 6.1, 6.2, 6.3.8.1, 12.1, 12.2),
- estetyka (grupa prac 8 poz. 1.1, 1.2, 1.3, 1.4, 1.5, 1.6, 3.1, 3.2, 3.3, 5.1, 5.3, 7.1, 8.3, 9.2, 10.1, 10.2),
- czystość na obiektach inżynierskich (grupa prac 12 poz. 1.1, 2.1, 2.2, 2.3, 2.4, 3.1, 3.2, 3.3, 4.1, 4.2,).

W treści ww. wezwania Zamawiający wskazał, iż w odniesieniu do każdej z wymienionych grup prac, w tym w szczególności cen jednostkowych dla wskazanych powyżej pozycji TER, należy przedstawić wyczerpujące i szczegółowe informacje na temat sposobu uwzględnienia elementów mających wpływ na wycenę tych pozycji, ale także inne, które ZABERD uważa za istotne - mając na uwadze koszty wynikające z wymagań dokumentów zamówienia (w tym SWZ i SST), zaangażowanie osobowe, rzeczowe, finansowe i związane z tym niezbędne do poniesienia koszty a także zakładany poziom zysku. Zamawiający nadto zwrócił uwagę na wymagania SWZ pkt. 17 Sposób obliczenia ceny oferty, przywołując jedną z zasad określonych w uwagach zamieszczonych pod FORMULARZAMI ZZK i TER: „Cena za jednostkę obejmuje wszystkie składniki kosztów (m.in. KP, KZ, Zysk, itp.), a także inne czynności opisane w SST (a w szczególności oznakowanie robót)”.

Zamawiający wezwał dodatkowo o złożenie wyjaśnień treści oferty w zakresie cen jednostkowych, które wskazało Konsorcjum w składzie: Eurovia Polska S.A., SafeRoad

Grawil Sp. z o.o., M. R. Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe Madrocar w piśmie nr DK/4/2022 z dnia 25.01.2022 roku złożonym Zamawiającemu.

W dniu 18 lutego 2022 r. wykonawca ZABERD złożył wyjaśnienia dotyczące części 1 zamówienia wraz z dowodami.

Pismem z dnia 4 lutego 2022 r. Zamawiający wezwał wykonawcę ZABERD w zakresie części 2 zamówienia do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 oraz art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. W ww. piśmie Zamawiający wskazał, że powziął wątpliwość co do realności wysokości cen istotnych części zamówienia, za które Zamawiający uznaje w cztery grupy prac: 1 Nawierzchnie, 7 Bezpieczeństwo, 10 Zimowe utrzymanie dróg, 11 Zarządzanie Kontraktem, wyszczególnione w Zbiorczym Zestawieniu Kosztów (ZZK), co w konsekwencji budzi wątpliwość Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Zamawiający podał, iż po zestawieniu wartości wszystkich dwunastu grup asortymentowych, biorąc pod uwagę wartość szacunkową tych grup (oraz pomocniczo średnią z ofert i medianę), zidentyfikował w ofercie ZABERD jedną spośród czterech szczególnie istotnych grup prac, oraz dodatkowo dwie spośród pozostałych grup, których wartość w odniesieniu do wyceny inwestorskiej jest znacząco zaniżona lub/i budzi wątpliwość Zamawiającego w porównaniu z ofertami innych Wykonawców, a dla których Zamawiający nie znajduje obiektywnego uzasadnienia. W związku z powyższym Zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia istotnych części składowych ceny oraz treści oferty w zakresie grup prac:

- zimowe utrzymanie dróg (grupa prac 10a),
- pobocza i pasy rozdziału (grupa prac 2 poz. 1.3, 1.4, 2.1, 2.2, 4.1 oraz 4.2),
- czystość na obiektach inżynierskich (grupa prac 12 poz. 2.1, 2.2, 2.3, 2.4, 4.1 oraz 4.2).

W treści ww. wezwania Zamawiający wskazał, iż w odniesieniu do każdej z wymienionych grup prac, w tym w szczególności cen jednostkowych dla wskazanych powyżej pozycji TER, należy przedstawić wyczerpujące i szczegółowe informacje na temat sposobu uwzględnienia elementów mających wpływ na wycenę tych pozycji, ale także inne, które ZABERD uważa za istotne - mając na uwadze koszty wynikające z wymagań dokumentów zamówienia (w tym SWZ i SST), zaangażowanie osobowe, rzeczowe, finansowe i związane z tym niezbędne do poniesienia koszty a także zakładany poziom zysku. Zamawiający nadto zwrócił uwagę na wymagania SWZ pkt. 17 Sposób obliczenia ceny oferty, przywołując jedną z zasad określonych w uwagach zamieszczonych pod FORMULARZAMI ZZK i TER: „Cena za jednostkę obejmuje wszystkie składniki kosztów (m.in. KP, KZ, Zysk, itp.), a także inne czynności opisane w SST (a w szczególności oznakowanie robót)”.

Pismem z dnia 17 lutego 2022 r. wykonawca ZABERD złożył wyjaśnienia dotyczące części 2 zamówienia wraz z dowodami.

W dniu 7 marca 2022 r. Zamawiający na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę ZABERD w zakresie części 1 zamówienia do przedstawienia dalszych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny oraz jej istotnych części składowych.

W dniu 14 marca 2022 r. wykonawca ZABERD odpowiedział na powyższe wezwanie Zamawiającego przedstawiając stanowisko i dowody.

W dniu 22 marca 2022 r. Zamawiający wezwał wykonawcę ZABERD w zakresie części 1 zamówienia do złożenia dalszych wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 oraz art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 28 marca 2022 r. wykonawca ZABERD złożył wyjaśnienia dotyczące części 1.

Pismem z dnia 24 marca 2022 r. Zamawiający wezwał wykonawcę ZABERD w zakresie części 2 zamówienia do wyjaśnienia treści oferty w zakresie pkt. 8 Formularza „OFERTA”. Zamawiający prosił o wyjaśnienie, z jakiego biuletynu krajowego, publikowanego przez profesjonalnych doradców analizujących rynkowe ceny robót budowlanych i inżynierskich od minimum 5 lat będą Państwo korzystali na etapie realizacji umowy.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca ZABERD pismem z dnia 25 marca 2022 r. wyjaśnił, że przy kalkulacji prac niewymienionych w Tabelach Elementów Rozliczeniowych będzie korzystał z biuletynu krajowego „SEKOCENBUD” publikowanego przez profesjonalnych doradców analizujących rynkowe ceny robót budowlanych i inżynierskich od minimum 5 lat.

W dniu 1 kwietnia 2022 r. za najkorzystniejsze w części 1 i 2 zamówienia Zamawiający uznał oferty wykonawcy ZABERD. Na drugim miejscu w rankingu ofert w ww. częściach znalazły się odpowiednio oferty Odwołującego 2 oraz Odwołującego 1.

Izba wskazuje, iż zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego złożonym w toku rozprawy wyjaśnienia ceny oferty i dowody złożone przez ZABERD w części 1 i 2 zamówienia, jak również wezwania kierowane do wykonawcy ZABERD w trybie art. 224 ust. 1 oraz art. 223 ust. 1 ustawy Pzp były jawne w pełnym zakresie.

Izba zważyła, co następuje:

Sygn. akt: KIO 936/22

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5, pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 218 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wybór oferty ZABERD pomimo, iż treść ww. oferty jest niezgodna z wymogami SWZ, w zakresie w jakim ZABERD w pkt 8 oferty nie wskazał jakiego „*biuletynu krajowego, publikowanego przez profesjonalnych doradców analizujących rynkowe ceny robót budowlanych i inżynierskich od minimum 5 lat*” będzie używać do kalkulacji prac niewymienionych w Tabelach Elementów Rozliczeniowych.

Okolicznością bezsporną między Stronami postępowania odwoławczego było to, że wykonawca ZABERD nie złożył oświadczenia w zakresie punktu 8. oferty, tj. nie wskazał jakiego biuletynu krajowego, publikowanego przez profesjonalnych doradców analizujących rynkowe ceny robót budowlanych i inżynierskich od minimum 5 lat będzie używać do kalkulacji prac niewymienionych w Tabelach Elementów Rozliczeniowych. Osłą sporu była natomiast kwestia, czy oświadczenie, o którym mowa w punkcie 8. oferty stanowiło merytoryczny zakres zobowiązania wykonawcy ZABERD.

Stosownie do treści art. 218 ust. 2 ustawy Pzp, treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia. Zgodnie natomiast z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Z kolei w myśl art. 7 pkt 29 ustawy Pzp, warunki zamówienia to warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba wskazuje, iż zgodnie z ugruntowanym na tle poprzedniego stanu prawnego orzecznictwem Izby, zachowującym obecnie aktualność, niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ma miejsce w sytuacji, gdy oferowane przez wykonawcę w ofercie zobowiązanie nie odpowiada zobowiązaniu określonymu w SWZ, bądź też polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami zamawiającego, przy czym chodzi tutaj o takie wymagania SWZ, które dotyczą sposobu opisanego, wyrażenia i potwierdzenia zobowiązania oferowanego, tj. wymagania co do treści oferty, a nie jej formy (por. wyrok KIO z dnia 31 marca 2016 r. sygn. akt: KIO 396/16 oraz

wyrok KIO z dnia 6 września 2016 r. sygn. akt: KIO 1565/16). Z kolei termin oferta należy odczytywać w świetle art. 66 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tj. Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm.), który stanowi że oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Na gruncie Prawa zamówień publicznych to zamawiający ustala w SWZ wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie następnie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. Dodać należy, że zastosowanie ww. przesłanki odrzucenia wymaga jednoznacznego wykazania na czym polega niezgodność oferty z warunkami zamówienia, poprzez wskazanie w ofercie tego, co jest sprzeczne z dokumentacją postępowania i w jaki sposób ta niezgodność występuje, w konfrontacji z wyraźnie określonymi i ustalonymi warunkami zamówienia. Tym samym punktem wyjścia dla stwierdzenia wady oferty jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie dokumentacji sporządzonej w danym postępowaniu, która powinna być rozumiana w sposób ścisły, aby ograniczyć pole dla ewentualnych niejasności i nieporozumień, skutkujących niedozwoloną uznaniowością przy ocenie ofert.

W tym miejscu Izba dodaje, iż okoliczności faktyczne stanowiące podstawę zarzutu wymagały rozstrzygnięcia, czy oferta wykonawcy ZABERD odpowiada warunkom zamówienia opisanym w specyfikacji. Z kolei sankcję za ich ewentualne niespełnienie reguluje art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, nie zaś podniesiony przez Odwołującego 1 art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

W ocenie Izby w okolicznościach niniejszej sprawy Odwołujący 1 nie wykazał, że oświadczenie dotyczące punktu 8. oferty stanowiło *essentialia negotii* oferty. W zaprezentowanym w odwołaniu stanowisku Odwołujący 1 ograniczył się w zasadzie do dostrzeżenia braku oświadczenia wykonawcy ZABERD w zakresie punktu 8. oferty, nie dokonując przy tym żadnej analizy jego charakteru. Dopiero w toku rozprawy przed Izbą Odwołujący 1 akcentował, iż ww. oświadczenie stanowi istotny element przedmiotu świadczenia wykonawcy, gdyż dotyczy wypłacanego wynagrodzenia w zakresie prac niewymienionych w Tabeli Elementów Rozliczeniowych. Podkreślenia wymaga, iż złożenie oferty jest niewątpliwie czynnością prawną, w skład której wchodzi elementy o różnym charakterze, w tym tzw. *essentialia negotii*, stanowiące przedmiotowo istotne i niezbędne cechy identyfikujące daną czynność, które rozstrzygają o jej skutkach prawnych. Tym samym zadaniem Odwołującego 1 było wykazanie, iż rzeczony oświadczenie ma charakter przedmiotowo istotny, identyfikujący zobowiązanie wykonawcy.

Zdaniem składu orzekającego w okolicznościach rozpoznawanej sprawy Odwołujący 1 nie sprostował powyższemu obowiązkowi. Przede wszystkim wskazać należy, co też akcentował Zamawiający, iż deklaracja wykonawcy odnośnie biuletynu krajowego, odnosi się

do przyszłych, jeszcze ostatecznie nieokreślonych prac, które nie zostały wymienione w TER, przez co nie może stanowić zakresu zobowiązania wykonawcy. Nie było też sporne między Stronami, że zgodnie z zapisami umowy prace wyceniane na podstawie wskazanego przez wykonawcę biuletynu mogą w trakcie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego wystąpić lub nie. Jednocześnie Odwołujący 1 nie odparł stanowiska Przystępującego, który wskazywał na nieistotny charakter ww. informacji w świetle brzmienia §6 ust. 4 w zw. z §5 ust. 5 wzoru umowy. Jak zauważył ZABERD w sytuacji zlecenia przez Zamawiającego prac pomocniczych nieodpowiadających opisowi pozycji w TER i których nie określono w biuletynie podanym przez wykonawcę, Zamawiający ma podstawę do weryfikacji wartości prac skalkulowanych przez wykonawcę, na podstawie ogólnie stosowanych katalogów lub nakładów własnych. Tym samym w przypadku braku danych dotyczących biuletynu Zamawiający zweryfikuje przyjęte przez wykonawcę wartości prac dodatkowych na podstawie ogólnie stosowanych katalogów lub nakładów własnych. Powyższe okoliczności w ocenie Izby wskazują, iż informacji określonej w punkcie 8. oferty nie można przypisać przymiotu treści oferty.

Ponadto Izba wskazuje, iż Odwołujący 1 nie objął przedmiotem odwołania czynności Zamawiającego z dnia 24 marca 2022 r. polegającej na wezwaniu ZABERD do wyjaśnienia, z jakiego biuletynu krajowego, publikowanego przez profesjonalnych doradców analizujących rynkowe ceny robót budowlanych i inżynierskich od minimum 5 lat wykonawca będzie korzystał na etapie realizacji umowy oraz wyjaśnień złożonych przez wykonawcę ZABERD w tymże zakresie wskazujących na zamiar korzystania z biuletynu krajowego „SEKOCENBUD”. Dopiero podczas rozprawy przez Izbą Odwołujący 1 podniósł, że wykonawca ZABERD uzupełnił w sposób niedopuszczalny oświadczenie z pkt. 8 oferty, co nie mogło zostać przez Izbę uwzględnione w świetle art. 555 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe okoliczności Izba stwierdziła, iż brak jest podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy ZABERD na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 w zw. z art. 218 ust. 2 ustawy Pzp. Wobec czego podniesiony zarzut nie mógł zostać uwzględniony.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 226 ust. 2 lit. c w zw. z art. 218 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Stosownie do treści art. 226 ust. 2 lit. c ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń. Z kolei zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych

dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Osią sporu w zakresie ww. zarzutu było to, czy złożone przez wykonawcę ZABERD podmiotowe środki dowodowe potwierdzały spełnianie warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o którym mowa w punkcie 8.2.3. lit. b IDW. Zdaniem Odwoływającego 1 złożone przez ZABERD zaświadczenia i opinie bankowe nie potwierdzały posiadania środków wymaganych dla części 1 (Rejon Kraków) i części 2 (Rejon Nowy Sącz). Jednocześnie Odwoływający 1 wskazał, iż złożone przez ZABERD dokumenty pochodziły z różnych rachunków bankowych i dotyczyły różnych dni, wobec czego ujawnione w nich środki mogły stanowić tą samą kwotę swobodnie przenoszoną między ww. rachunkami celem sztucznego sprawienia pozoru posiadania większej ilości środków.

W ocenie Izby stanowisko prezentowane przez Odwoływającego 1 było nieprawidłowe, bowiem wykonawca ZABERD wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej.

Izba wskazuje, iż analiza dokumentów podmiotowych złożonych przez ZABERD (przywołanych szczegółowo w ustaleniach faktycznych sprawy) celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 8.2.3. lit. b IDW potwierdziła, że posiada zdolność finansową na poziomie 13 741 156,54 zł (nie uwzględniając nawet środków zgromadzonych na rachunkach VAT), spełniając tym samym postawiony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu łącznie dla części 1 i 2. Zauważyć jednocześnie należy, iż z zaświadczenia PKO BP S.A. wynika, że wykonawca ZABERD na rachunku bieżącym posiadał środki w wysokości 5 272 249,69 PLN, co jednoznacznie potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej w zakresie części 2 zamówienia określonego na poziomie 5 000 000 PLN, objętej przedmiotem odwołania.

Za głosowne - wbrew regule wynikającej z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp, jak również oparte na przypuszczeniach Izba uznała stanowisko Odwoływającego 1 dotyczące możliwości przenoszenia pomiędzy posiadanymi rachunkami bankowymi tożsamej kwoty celem wygenerowania większej ilości potwierdzeń z uwagi na różne daty złożonych opinii bankowych i zaświadczeń, co po stronie Zamawiającego miało wywołać przekonanie o posiadaniu zdolności finansowej przez ZABERD. Ponadto Izba wskazuje, że argumentacja Odwoływającego 1 nie znajduje uzasadnienia w przepisach ustawy Pzp. Brak jest bowiem na gruncie przepisów ustawy Pzp zakazu sumowania środków finansowych zgromadzonych na osobnych rachunkach bankowych prowadzonych przez wykonawcę. Co więcej, sam

Odwołujący 1 nie przedstawił argumentacji wskazującej, że zabieg sumowania środków finansowych zgromadzonych przez wykonawcę na kilku rachunkach bankowych jest prawem zakazany.

Wobec powyższego stwierdzić należy, iż wykonawca ZABERD wykazał, że posiada wymaganą przez Zamawiającego treścią specyfikacji warunków zamówienia zdolność finansową. Tym samym zarzut naruszenia art. 226 ust. 2 lit. c w zw. z art. 218 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp należało oddalić.

Sygn. akt: KIO 1019/22

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp dotyczące zaniechania odrzucenia oferty ZABERD w części 2 zamówienia jako oferty zawierającej cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz niezgodną z warunkami zamówienia określonymi w punkcie 17.5. IDW.

Izba odniesie się do ww. zarzutów łącznie, jako że oparte zostały na wspólnych i ściśle powiązanych okolicznościach faktycznych.

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

Stosownie do ust. 2 ww. przepisu, w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania,

w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:

- 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
- 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
- 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;
- 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
- 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6 (art. 224 ust. 4 ustawy Pzp). W myśl art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. 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 (art. 224 ust. 6 ustawy Pzp).

Jak wynika z ugruntowanego orzecznictwa Izby oraz sądów powszechnych za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. W orzecznictwie wskazuje się również, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, iż przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Analiza przepisów ustawy Pzp prowadzi do wniosku, że zamawiający może powziąć wątpliwości co do wystąpienia podejrzenia rażąco niskiej ceny nie tylko na podstawie całościowej ceny oferty, ale także analizując poszczególne, istotne części składowe, które wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nie ulega wątpliwości, iż ciężar wykazania, że

oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Tym samym złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Wykonawca zobowiązany jest wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należyłą realizację całego zamówienia. To na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę powinny poparte być stosownymi dowodami.

W tym miejscu Izba wskazuje, iż ciężar dowodu w przypadku zarzutu rażąco niskiej ceny jest ukształtowany odwrotnie do reguły, zgodnie z którą ciężar dowodu spoczywa na stronie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne (por. art. 534 ust. 1 i art. 537 ustawy Pzp). Jednocześnie pomimo, modyfikacji reguły ciężaru dowodu wykonawca zarzucający zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty z rażąco niską ceną w dalszym ciągu jest obowiązany dowodzić faktów, które pozwalają stawiać tezę o rażąco niskiej cenie. Odwrócony ciężar dowodu nie zwalnia strony odwołującej z obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni ona podstawą swoich zarzutów, jak również przedstawienia kontrdowodów wobec tych, które przedłożyli przeciwnicy.

Dla rozpoznania przedmiotowej sprawy aktualna pozostaje argumentacja prawna dotycząca przesłanki odrzucenia oferty, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp omówiona w ramach sprawy o sygn. akt: KIO 936/22. Tym samym niezasadne jest jej powielanie.

Tytułem wstępu Izba wskazuje, iż poza sporem było to, że wobec oferty wykonawcy ZABERD nie została spełniona żadna z przesłanek wskazanych w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Cena zaoferowana przez ZABERD jest bowiem niższa o ok. 11% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT oraz ok. 15% od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy Pzp. Wykonawca ZABERD został wezwany na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia istotnych części składowych ceny oraz treści oferty w związku z wątpliwościami Zamawiającego dotyczącymi ewentualnego zaniżenia jednej spośród czterech szczególnie istotnych grup prac, tj. 10a Zimowe utrzymanie dróg. Dodatkowo Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy o złożenie wyjaśnień w zakresie dwóch spośród pozostałych grup, których wartość znacząco różniła się od wyceny inwestorskiej oraz ofert pozostałych wykonawców, tj. grupy prac nr 2 Pobocza i pasy rozdziału oraz grupy prac nr 12 Czystość na obiektach inżynierskich.

Wykonawca ZABERD w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przedstawił wyjaśnienia poziomu ceny obejmujące szczegółową kalkulację dla każdej pozycji cenowej dotyczącej grupy prac nr 10a oraz pozycji wymaganych przez Zamawiającego dla grupy prac nr 2 i 12 (załącznik nr 1 do pisma ZABERD z dnia 17 lutego 2022 r). Z analizy kalkulacji złożonej przez ZABERD wynika, że Wykonawca ujął w niej koszty robocizny w wysokości 22,32 zł / r-g we wszystkich pozycjach cenowych, koszty sprzętu, koszty materiałów, koszty pośrednie, koszty zakupu oraz zysk. Ponadto złożone przez ZABERD wyjaśnienia ceny oferty poparte zostały dowodami. I tak, na potwierdzenie przyjętych kosztów dla grupy prac nr 10a wykonawca ZABERD złożył ofertę podwykonawcy PW PAROKS R. P. z dnia 18.11.2021 roku oraz dwie umowy podwykonawcze, które obejmują całość usług z zakresu grupy prac nr 10a, tj. umowę z dnia 19.11.2021 roku z podwykonawcą BEDNAREX M. B. oraz umowę z dnia 22.11.2022 roku z podwykonawcą PHUP Z. M. Z. będącym aktualnym podwykonawcą ZABERD, który na zlecenie Przystępującego prowadzi prace związane z zimowym utrzymaniem na terenie Rejonu Nowy Sącz. Z kolei w zakresie pozostałych prac w ramach grupy nr 2 i 12 wykonawca ZABERD na potwierdzenie realności przyjętych założeń cenowych przedstawił umowę z dnia 19.11.2021 roku z podwykonawcą BEDNAREX M. B. dotyczącą grupy prac nr 2, umowę z dnia 22.11.2022 roku z podwykonawcą PHUP Z. M. Z., która obejmuje prace wskazane w grupie nr 2 i 12. Przedsiębiorca PHUP Z. M. Z. analogicznie jak w przypadku grupy prac nr 10a jest aktualnym podwykonawcą ZABERD realizującym na jego zlecenie usługi w zakresie utrzymania poboczy i pasów rozdziału oraz utrzymania czystości na obiektach inżynierskich w Rejonie Nowy Sącz. Ponadto wykonawca ZABERD złożył Zamawiającemu umowę z dnia 19.11.2021 roku z podwykonawcą ESBUD S. Ch. – aktualnym podwykonawcą ZABERD świadczącym usługi w zakresie utrzymania poboczy i pasów rozdziału oraz utrzymania czystości na obiektach inżynierskich w Rejonie Nowy Sącz celem potwierdzenia kosztów dotyczących grupy prac nr 2 i 12. Koszty prac dotyczących usług objętych grupą nr 12 potwierdziła także oferta podwykonawcy PW PAROKS z dnia 18.11.2021 roku. Jednocześnie ZABERD złożył duplikat faktury z dnia 29 listopada 2021 r. dotyczący siatki czarnej, fakturę VAT 226/10/2021 w zakresie kołków palisadowych oraz ofertę Szymona Podolskiego obejmującą wycenę piasku grubego, kamienia do 1m³ oraz kamienia pow. 1 m³.

Mając na względzie powyższe okoliczności faktyczne nie sposób podzielić stanowiska Odwołującego 1 jakoby niemal całość wyjaśnień złożonych przez ZABERD oparta była na oświadczeniach Wykonawcy. Powyższemu przeczą złożone przez ZABERD dowody, w tym w szczególności zawarte umowy podwykonawcze pochodzące od podmiotów, z którymi ZABERD współpracuje i które na zlecenie Przystępującego aktualnie realizują usługi w zakresie utrzymania poboczy i pasów rozdziału, czystości na obiektach

inżynierskich oraz świadczą prace związane z zimowym utrzymaniem na terenie Rejonu Nowy Sącz. Tym samym zdaniem Izby za bez znaczenia należało uznać twierdzenia Odwołującego 1, iż złożone przez ZABERD umowy podwykonawcze zostały sporządzone według jednego schematu na wzorach zgodnych z projektem umowy w sprawie zamówienia stanowiącym element dokumentacji przetargowej, co – zdaniem Odwołującego 1 – miało wskazywać, że zostały sporządzone minimalnym nakładem pracy. Powyższa okoliczność w żadnej mierze nie podważa szczegółowej wyceny złożonej przez ZABERD, jak i kalkulacji sporządzonych przez poszczególnych podwykonawców. Co więcej, jak wyjaśnił Zamawiający opierając się na własnych doświadczeniach, częstą praktyką wykonawców jest stosowanie schematu umowy podwykonawczej, zwłaszcza w sytuacji, gdy umowy te są przedkładane do akceptacji Zamawiającego, a ich treść co najmniej w części jest determinowana treścią umowy zawieranej pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. Jednocześnie wbrew stanowisku Odwołującego 1 złożone przez ZABERD umowy podwykonawcze nie zostały zawarte po 6 grudnia 2021 r., o czym – zdaniem Odwołującego 1 - miałyby świadczyć załączona do jednej z umów polisa ubezpieczeniowa wraz z dowodem zapłaty składki. Wskazać należy, iż złożone przez ZABERD umowy podwykonawcze zostały zawarte przed upływem terminu składania ofert (24 listopada 2021 r.), co potwierdzają nagłówki złożonych umów oraz daty pod kalkulacjami dotyczącymi poszczególnych grup prac załączonymi do przedmiotowych umów (18, 19, 22 listopada 2021 r.). Podniesiona przez Odwołującego 1 okoliczność zawarcia umowy ubezpieczenia wraz z opłaceniem składki w grudniu 2021 r. przez podwykonawcę Zakład Budowlano – Drogowy „BUD – DROG” Z. H., nie podważa daty zawarcia umowy podwykonawczej między ZABERD a ww. podmiotem, co miało miejsce 18 listopada 2021 r. Jednocześnie zauważyć należy, iż ww. umowa podwykonawcza dotyczy grupy prac nr 6 i 7, a zatem prac innych niż objęte wezwaniem Zamawiającego z dnia 4 lutego 2022 r. i nieobjętych zakresem niniejszego odwołania.

Odnosząc się z kolei do akcentowanej przez Odwołującego 1 w toku rozprawy możliwości rażącego zaniżenia kalkulacji cenowych składanych przez poszczególnych podwykonawców ZABERD wskazać należy, iż co do zasady stanowisku Wykonawcy nie można odmówić słuszności. Podkreślić jednak trzeba, że to zadaniem Odwołującego 1 było podważenie wiarygodności wyceny określonych elementów składających się na przedmiot zamówienia sporządzonych przez poszczególnych podwykonawców ZABERD i wykazanie ich nierynkowego charakteru. Powyższemu obowiązkowi Odwołujący 1 w okolicznościach rozpoznawanej sprawy nie sprostał. Poza twierdzeniem, iż ceny oferowane przez podwykonawców ZABERD mogą być cenami rażąco niskimi oraz mogą nie obejmować wszystkich kosztów wykonania prac dla danej pozycji TER, próżno szukać w odwołaniu analizy poszczególnych umów podwykonawczych i załączonych do nich kalkulacji

dotyczących wyjaśnianych grup prac. Dopiero w toku rozprawy przed Izbą na podstawie złożonego dowodu Odwołujący 1 podjął próbę analizy i porównania wyjaśnień ceny oferty złożonych przez ZABERD w części 2 zamówienia w zestawieniu z częścią 1 oraz przyjętymi KNR i danymi wynikającymi z jednej umowy podwykonawczej (PHUP Z. M. Z.), które w ocenie Odwołującego 1 wskazywały na błędy i nieścisłości w kalkulacji Przystępującego, co należy uznać za działanie spóźnione. Izba wskazuje, iż co do zasady umowy podwykonawcze wraz z ofertami podmiotów zewnętrznych składane przez wykonawców celem wykazania prawidłowości kalkulacji cenowej należy uznać za wiarygodne, zwłaszcza w sytuacji gdy dane podmioty współpracują ze sobą przy realizacji analogicznych zamówień publicznych, przez co znane są im warunki realizacji umowy, czy też specyfika terenu, na którym przedmiot umowy będzie realizowany, co też ma miejsce w okolicznościach rozpoznawanej sprawy. Z kolei jak wskazano powyżej podważenie złożonych umów oraz kalkulacji podwykonawców jest zadaniem odwołującego się Wykonawcy, który winien kontestować wynikające z nich dane i wartości. Z powyższych przyczyn Izba nie znalazła podstaw do odmówienia wiarygodności umowom podwykonawczym wraz z kalkulacjami złożonymi przez ZABERD w ramach procedury rażąco niskiej ceny, jak również nie podzieliła twierdzenia Odwołującego 1 jakoby złożenie przez ZABERD umów podwykonawczych stanowiło niejako próbę obrony jego oferty w zakresie uwiarygodnienia cen jednostkowych.

Odnosząc się następnie do zarzucanej przez Odwołującego 1 kwestii braku udowodnienia przez ZABERD przyjętych kosztów pracy Izba wskazuje, że Przystępujący przedstawił w wyjaśnieniach ceny oferty szczegółowe kalkulacje w zakresie oczekiwanym przez Zamawiającego, z których wynika, iż koszty robocizny skalkulowano na poziomie 22,32 zł /rg, a zatem na poziomie nieznacznie przekraczającym wysokość wynagrodzenia minimalnego określonego przepisami prawa. Powyższe potwierdził sam Odwołujący 1, który w odwołaniu wskazał, iż ww. stawka odpowiada wynagrodzeniu miesięcznemu na poziomie 3 756,48 zł, co oznacza, że wysokość wynagrodzenia brutto pracowników wynosiłaby ok. 3109 zł, a zatem nieznacznie przekracza kwotę minimalnego wynagrodzenia za pracę, które dla roku 2022 zostało ustalone na poziomie 3010 zł. Zgodzić należy się z Zamawiającym, iż w takim przypadku nie jest wymagane dodatkowe dowodzenie przez ZABERD, że wykonawca posiada już zawarte umowy pozwalające na zapewnienie kosztów na przyjętym poziomie. Wskazać również należy, iż Odwołujący 1 nie podważał twierdzeń Zamawiającego, iż prace zawarte w poszczególnych pozycjach TER grupy nr 2, 10a i 12 nie wymagają szczególnych kwalifikacji, co czyni przyjęte założenia w zakresie kosztów pracy wiarygodnymi. Odwołujący 1 nie przedstawił również żadnych dowodów wskazujących na rynkowy poziom stawek za jakie świadczone są usługi objęte przedmiotem zamówienia przez personel wykonawców.

Za niewykazane Izba uznała twierdzenia Odwołującego 1 dotyczące braku uwzględnienia przez ZABERD w koszcie roboczogodziny dodatku za pracę w nocy. W powyższym zakresie wskazać należy, iż Odwołujący 1 nie rozwinął prezentowanego stanowiska, a w szczególności nie podał żadnych z argumentów, z których wywodził, że w przypadku prac dotyczących właściwych pozycji TER grupy nr 2, 10a i 12 objętych wezwaniem Zamawiającego z dnia 4 lutego 2022 r. rzeczony dodatek winien zostać uwzględniony. Dalej Izba stwierdza, że Odwołujący 1 nie polemizował ze stanowiskiem Zamawiającego, że czynności pomocnicze zimowego utrzymania (grupa prac nr 10a) oraz czystość na obiektach inżynierskich (grup prac nr 12) nie wymagają wykonania w porze nocnej. Jak wskazał Zamawiający, czemu nie przeczył Odwołujący 1, większość z wyjaśnianych pozycji dotyczy prac prowadzonych poza jezdnią, nie generuje żadnych utrudnień w ruchu. Jedynie czyszczenie dylatacji oraz wpustów mostowych (w zależności od zastosowanego typu) może generować utrudnienia, ale będą to utrudnienia punktowe i krótkotrwałe, przez to Zamawiający co do zasady nie wymaga realizacji tych prac w godzinach nocnych, co jest dodatkowo uzasadnione lepszą widocznością a przez to dokładnością wykonania przy świetle dziennym. Z kolei w przypadku prac dotyczących grupy 2 – pobocza i pasy rozdzielców, z uwagi na to, że na terenie rejonu Nowego Sącza nie występują pasy rozdzielcy, natomiast drogi przechodzące przez miejscowości Limanowa i Gorlice praktycznie nie posiadają poboczy (zlokalizowane są tam chodniki) również nie obejmują prac, które bezwzględnie muszą być wykonywane w porze nocnej.

Co do zarzucanej przez Odwołującego 1 kwestii braku udowodnienia przez ZABERD przyjętych kosztów pracy sprzętu (motogodzin pracy walca, samojezdnej ścinarki poboczy, samochodu wyładowczego 5t, koparko – ładowarki) oraz kosztów materiałów (destruktu bitumicznego, wody, wody z detergentem) wskazać należy, że Odwołujący 1 w żadnej mierze nie podważył poziomu kosztów wskazanych przez ZABERD w wyjaśnieniach ceny oferty. Dostrzec trzeba, iż Odwołujący 1 dysponował szczegółową kalkulacją ZABERD obejmującą m.in. założone koszty sprzętu i materiałów niezbędnych do realizacji prac objętych przedmiotem zamówienia osobno dla każdej pozycji wymagającej wyjaśnienia zgodnie z wezwaniem Zamawiającego. Tym samym po stronie Odwołującego 1 jako podmiotu kontestującego rzetelność i prawidłowość sporządzonej przez ZABERD kalkulacji cenowej zaktualizował się obowiązek podważenia wyliczeń Przystępującego, czemu Odwołujący 1 nie sprostał. Ponadto stanowisko Odwołującego 1 w zakresie złożonych przez ZABERD ofert dostawców materiałów było niespójne. Z jednej strony Odwołujący 1 w toku rozprawy stwierdził, iż nie kwestionuje ww. ofert, z drugiej zaś w odwołaniu podważał wiarygodność dowodu w postaci oferty zakupu piasku i kamieni. Izba wobec braku dowodów przeciwnych nie znalazła podstaw do zakwestionowania wynikających z oferty Szymona Podolskiego stawek za dostawę piasku grubego i kamieni. Za gołosłowną i opartą na

przyrównaniach Odwołującego 1 należało uznać argumentację dotyczącą poważnego ryzyka co do nieodpowiedniego jakościowo produktu (kamienia i piasku) z uwagi na niską cenę materiałów.

Następnie Izba wskazuje, iż nie podzieliła stanowiska Odwołującego 1 jakoby sporządzenie przez ZABERD kalkulacji w oprogramowaniu kosztorysowym NORMA PRO w oparciu o nakłady przewidziane w Katalogach Nakładów Rzeczowych (KNR), które – w ocenie Odwołującego 1 - zostały znacząco zmodyfikowane (zaniżone) w stosunku do KNR zwłaszcza w zakresie kosztów robocizny oraz sprzętu miało na celu wypaczenie wyniku kalkulacji. Stwierdzić należy, iż analiza wyjaśnień poziomu ceny złożonych przez ZABERD, w tym szczegółowej kalkulacji, prowadzi do wniosku, że Wykonawca przedstawił kalkulację własną, co zresztą dostrzegł sam Odwołujący 1. Wykonawca ZABERD w przypadku każdej pozycji kalkulacji szczegółowej (załącznik nr 1 do pisma ZABERD z 17 lutego 2022 r.) zawarł adnotację „kalk. własna”. Poza sporem było to, iż Zamawiający w niniejszej sprawie nie wymagał od wykonawców kalkulacji ceny z uwzględnieniem warunków technicznych i założeń kalkulacyjnych wynikających z KNR właściwych dla realizacji robót budowlanych, choćby z uwagi na przedmiot zamówienia stanowiący usługi. W ocenie składu orzekającego stanowisko Odwołującego 1, który doszukiwał się błędów w kalkulacji cenowej ZABERD, zasadniczo z tego powodu, iż założenia kalkulacyjne przyjęte przez Przystępującego odbiegały od norm KNR, czy też dotyczyły zastosowania nieprawidłowej normy KNR, oparte było na z góry błędnym założeniu sprowadzającym się w istocie do oceny zgodności wyliczeń ZABERD z treścią i założeniami KNR. Ponadto wskazać należy, iż z samego faktu sporządzenia przez ZABERD szczegółowej kalkulacji w programie kosztorysowym NORMA PRO nie można wywnioskować, że określone normy KNR stanowiły bezwzględną podstawę kalkulacji ceny oferty wykonawcy, skoro Wykonawca w każdej pozycji kosztorysu zawarł wskazaną wyżej adnotację. Tym samym stanowisko Odwołującego 1 sprowadzające się w głównie do porównania kalkulacji cenowej sporządzonej przez ZABERD z danymi wynikającymi z nakładów KNR i wywodzenie z tego powodu nieprawidłowości czy błędów w kosztorysie Przystępującego nie mogło znaleźć poparcia Izby. W związku z powyższym za nieprzydatne Izba uznała wnioski dowodowe złożone przez Odwołującego 1 dotyczące tablicy 1101 i n. KNR.

Wobec powyższego za nieuzasadnioną Izba uznała argumentację Odwołującego 1 dotyczącą poz. „Remont poboczy destruktem bitumicznym o grubości warstwy do 10 cm” (poz. 1 kosztorysu), „Remont nawierzchni (poboczy) z mieszanki niezwiązanej o grubości warstwy do 10 cm” (poz. 3) oraz „Remont nawierzchni (poboczy) z mieszanki niezwiązanej - za każdy dalszy 1 cm różnicy (poz. 4), gdzie Odwołujący 1 zarzucił, iż ZABERD zaniżył nakład robocizny niemal dziewięciokrotnie (poz. 1 kalkulacji) oraz jedenastokrotnie (poz. 3 i 4), opartą wyłącznie na danych wynikających z norm KNR.

Za głosowne Izba uznała stanowiska Odwołującego 1 dotyczące zaniżenia kosztów pracy ujętych w grupie prac nr 10a dotyczącej ustawienia, utrzymania i rozebrania płotków przeciwnieżnych (poz. 8, 10, 12, 14, 16, 18, 20, 22, 24, 26 i 28) przyjętych na poziomie 8,0017 r – h na km drogi, co oznaczałoby, że wykonawca ZABERD przy uwzględnieniu wymogów SST D-66.01.00 w ciągu 1 godziny pracy musiałby wykonać 50 słupków, tj. na każdy słupek miałby nieco ponad minutę. Powyższym twierdzeniom Odwołującego 1 przeczył z kolei Zamawiający wskazując w piśmie procesowym z dnia 21 kwietnia 2022 r., że nie jest niemożliwe w ciągu 1 godziny zamocowanie 50 słupków, biorąc pod uwagę doświadczenie ZABERD oraz okoliczność, iż płotki stawiane są na terenach rolniczych, gdzie nie występuje grunt skalisty (obszary uprawne), co czyni założenie ZABERD realnym.

Dalej Izba wskazuje, że szereg zarzutów podniesionych przez Odwołującego 1 miała charakter hasłowy, jednozdaniowy, referujący do odmiennych założeń ZABERD niż wynikające z norm KNR, niejednokrotnie bez wskazania konkretnej pozycji kosztorysu w ramach grup prac objętych wyjaśnieniami wobec, której formułowane były zarzuty (np. w zakresie zarzucanego braku uwzględnienia przez ZABERD realizacji prac w warunkach ciągłego ruchu drogowego). I tak, Odwołujący 1 stwierdził, że w kalkulacji ZABERD we wszystkich pozycjach zaniżone w stosunku do norm KNR są nakłady dotyczące pracy sprzętu, nie wskazując nawet jaki poziom w ocenie Odwołującego 1 należałoby uznać za realny. Kolejno Odwołujący 1 podniósł, że za nieprawidłowe należy uznać wykazanie adekwatności cen z grupy prac nr 12 (np. czyszczenie wpustów mostowych) przy wykorzystaniu normy KNR 0-25 0101-01 (Mycie konstrukcji pełnościennych wodą z detergentem pod ciśnieniem). Odwołujący 1 doprecyzował, że norma ta ma się nijak do czyszczenia wpustów mostowych, których czyszczenie wymaga zupełnie innych nakładów (innego sprzętu i sposobu prowadzenia prac), aniżeli czyszczenie konstrukcji pełnościennych oraz że przy ww. pracach konieczna jest utylizacja zgromadzonych tam zanieczyszczeń wraz z użytym detergentem, czego ZABERD nie uwzględnił w kalkulacji. Odwołujący 1 nie podważył jednak przyjętych przez ZABERD w pozycji dotyczącej czyszczenia wpustów mostowych założeń kalkulacyjnych w zakresie robocizny, materiałów oraz sprzętu, jak również nie wykazał, iż jej realizacja wymagała uwzględnienie kosztów utylizacji zgromadzonych zanieczyszczeń wraz z detergentem. Następnie Odwołujący 1 wskazał, że prace objęte przedmiotem zamówienia będą realizowane w warunkach ciągłego ruchu drogowego, a sporządzone kalkulacje w ogóle tego nie odzwierciedlają. Odwołujący 1 nie podał przy tym w ramach jakich prac objętych grupą nr 2 i 12 należało uwzględnić powyższy wymóg oraz z czego on wynikał. W końcu Odwołujący 1 wskazał, że wykonawca ZABERD nie wyjaśnił przyjętych kosztów pośrednich (narzutów), które znacząco odbiegają od kosztów ustalanych zgodnie z KNR (gdzie te koszty sięgają około 70%), a w kalkulacji

Przystępującego zostały zredukowane do zaledwie ok. 8%, ponownie porównując kalkulację ZABERD z nakładami wynikającymi z KNR.

W końcu Izba wskazuje, iż na rynkowy charakter wyceny ZABERD w zakresie kwestionowanych przez Odwołującego 1 pozycji kosztorysu wskazują dowody złożone przez Przystępującego z innych analogicznych postępowań, które nie sięgają dalej niż roku wstecz, oddając tym samym trendy rynkowe w zakresie kosztów wykonania zamówienia.

Mając na względzie całokształt okoliczności faktycznych niniejszej sprawy oraz rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów Izba doszła do przekonania, że Odwołujący 1 nie podważył wyjaśnień ceny oferty złożonych przez ZABERD w zakresie części 2 zamówienia, w tym szczegółowej kalkulacji oraz złożonych dowodów, wobec czego brak było podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na rażące zaniżenie elementów składowych przedmiotu zamówienia. Odwołujący 1 nie wykazał również w sposób jednoznaczny niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią SWZ w zakresie wymogu nakładającego na wykonawców obowiązek uwzględnienia w każdej cenie jednostkowej całkowitego kosztu wykonania danej pozycji (pkt 17.5 IDW). Wobec powyższego zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp nie mogły zostać uwzględnione.

Sygn. akt: KIO 1020/22

Odwołanie zasługiwało na częściowe uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ZABERD jako niezgodnej z warunkami zamówienia w zakresie części 1 zamówienia potwierdził się w części.

Stosownie do treści art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Izba wskazuje, iż aktualna pozostaje dotychczasowa argumentacja prawna dotycząca ww. przesłanki odrzucenia oferty omówiona w ramach sprawy o sygn. akt: KIO 936/22, tym samym niezasadne jest jej powielanie.

Tytułem wstępu Izba wskazuje, że całościowa lektura odwołania, materiał dowodowy przedstawiony przez Odwołującego 2, jak również argumentacja prezentowana przez Wykonawcę w toku rozprawy doprowadziły Izbę do przekonania, że istota sprawy wymagała przede wszystkim oceny zgodności oferty ZABERD z warunkami zamówienia. Wymaga podkreślenia, iż oś sporu skoncentrowana została wobec trzech zagadnień. Po pierwsze, dotyczyła nieuwjęcia przez ZABERD w kalkulacji ceny oferty w poszczególnych pozycjach grup prac nr 1, 2, 3, 4, 7, 8, 9, 11 i 12 określonych rodzajów kosztów wskazanych

szczegółowo w tabeli odwołania, w czym Odwołujący 2 upatrywał sprzeczność z wymogami zamówienia określonymi w punkcie 17.5 IDW oraz informacją zawartą pod formularzami TER. Po drugie, ujęcia części kosztów w rodzajowo innym koszcie składającym się na wycenę danej pozycji, co z kolei zdaniem Odwołującego 2 uchybiało wymogowi punktu 9.3 właściwej SST. Po trzecie, dotyczyła uwzględnienia przez ZABERD w kalkulacji elementów o parametrach innych niż wymagane w dokumentach technicznych zamówienia. Już tylko powyższe w ocenie Izby wskazuje, iż spór wymagał w głównej mierze przesądzenia o zgodności lub nie oferty ZABERD z wymogami specyfikacji warunków zamówienia.

W tym miejscu wymaga zaakcentowania, iż jakkolwiek Izba dostrzega ścisły związek między procedurą wyjaśnień poziomu ceny a treścią oferty wykonawcy, to jednak wywodzenie niezgodności oferty z warunkami zamówienia na podstawie wyjaśnień ceny nie będzie każdorazowo miarodajne czy też w ogóle możliwe bez uzyskania od wykonawcy dalszych wyjaśnień. Zauważyć należy, iż przesłanki odrzucenia oferty wykonawcy z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia oraz jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia zostały uregulowane w odrębnych przepisach, a dla zaistnienia możliwości odrzucenia oferty na tych podstawach konieczne jest ziszczenie się innych rodzajowo okoliczności. Nie jest jednak tak, że na podstawie wyjaśnień ceny oferty nie mogą ujawnić się podstawy do odrzucenia oferty w oparciu o inne przepisy ustawy Pzp, w tym np. art. 226 ust. 1 pkt 5. Nie można również wykluczyć sytuacji, w której zostaną spełnione łącznie przesłanki określone art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz 8 ustawy Pzp. Powyższe wymaga jednak szczegółowej analizy *ad casum*.

Jednocześnie Izba wskazuje, że nie było sporne między Stronami postępowania odwoławczego, iż ewentualne wadliwości oferty wykonawcy ZABERD nie mogły na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia zostać konwalidowane na podstawie instrumentów określonych art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się do poszczególnych aspektów zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przedstawionych w odwołaniu w formie tabeli Izba wskazuje, co następuje.

Poz. 1 tabeli – Grupa prac nr 1 – Nawierzchnia, Poz. 9.1-9.2 TER - Wyrównanie nawierzchni betonem asfaltowym przy grubości do 3 cm i Wyrównanie nawierzchni betonem asfaltowym - za każdy dalszy 1 cm różnicy – zarzut zasadny w części dotyczącej badań i pomiarów, bez wpływu na wynik postępowania, zarzut niezasadny w zakresie kosztów sprzętu oraz emulsji asfaltowej niezbędnej do skropienia przez skrapiarkę, materiału do złączy oraz prawidłowej grubości betonu

W zakresie zarzutów dotyczących poz. 1 tabeli odwołania obejmujących poz. 9.1 – 9.2 TER Izba wskazuje, iż w toku rozprawy Odwołujący 2 oświadczył, że w zakresie grupy

prac nr 1 kwestionuje poz. 9.1 TER. Tym samym poza rozważaniami Izby znalazła się poz. 9.2 TER grupy prac nr 1.

Odnośnie kwestii ujęcia kosztów sprzętu w kosztach pośrednich Izba wskazuje, iż nie podzieliła argumentacji Odwołującego 2 jakoby powyższe stanowiło niezgodność oferty ZABERD z warunkami zamówienia, tj. punktem 9.3 właściwej SST. Wskazać należy, iż zgodnie z ww. punktem cena jednostki obmiarowej obejmuje wszelkie czynności związane z prawidłowym wykonaniem prac określonych niniejszą SST, co do zasady będą to: 1) wykonanie prac pomiarowych i prac przygotowawczych, 2) oznakowanie prac, 3) koszt pracy sprzętu oraz koszty dowozu i odwozu sprzętu na/z terenu prac, 4) koszt użytych materiałów wraz z kosztami ich zakupu, transportu i magazynowania, 5) wywóz urobku i/lub zużytych materiałów poza teren prac i zagospodarowanie bądź zutylizowanie zgodnie z obecnie obowiązującymi przepisami, 6) wykonanie prac zgodnie z technologią prac opisaną w pkt. 5 niniejszej Specyfikacji oraz zgodnie z przepisami, normami, 7) uporządkowanie terenu prac, 8) wszystkie koszty związane z kosztami pośrednimi, zyskiem kalkulacyjnym i podatkami obligatoryjnymi. Jednocześnie w każdej Tabeli Elementów Rozliczeniowych Zamawiający wskazał: *„Cena za jednostkę obejmuje wszystkie składniki kosztów (m.in. KP, KZ, Zysk itp.), a także inne czynności opisane w SST (a w szczególności oznakowanie robót).”*

Z powyższego wynika zatem, iż Zamawiający wymagał, aby cena jednostki obmiarowej obejmowała wszelkie czynności związane z prawidłowym wykonaniem prac określonych właściwą SST. Dalej analiza ww. punktu wskazuje, że Zamawiający podał potencjalny katalog kosztów, które mogą wystąpić w przypadku realizacji poszczególnej pozycji kosztorysowej, na co wskazuje określenie *„co do zasady”*. Potencjalny katalog kosztów składowych pozycji TER potwierdza także informacja zawarta pod Tabelami Elementów Rozliczeniowych *„(m.in. KP, KZ, Zysk itp.), a także inne czynności opisane w SST”*. Z powyższego nie wynika jednak, że w przypadku każdej pozycji TER wykonawca obowiązany był ująć wszystkie rodzaje kosztów opisane w punkcie 9.3 SST. W sytuacji gdy wykonanie danej pozycji TER nie pociągało za sobą kosztów określonego rodzaju, to brak było po stronie wykonawcy konieczności ich uwzględnienia. Jako przykład można podać koszty wywozu urobku, czy utylizacji, które nie będą występować w przypadku każdej pozycji kosztorysowej. Z powyższego nie można również zdaniem Izby wywieść, że koszty pośrednie oraz koszty sprzętu musiały być każdorazowo w odniesieniu do danej pozycji TER wyodrębnione osobno w ramach kalkulacji ceny, co Odwołujący 2 wywodził z konstrukcji punktu 9.3 SST, w którym koszty sprzętu i koszty pośrednie zostały ujęte w osobnych pozycjach oraz z definicji kosztów pośrednich i bezpośrednich. Jakkolwiek Izba dostrzega różnicę między kosztami pośrednimi oraz kosztami bezpośrednimi oraz miała na uwadze ich rozumienie zaprezentowane przez ZABERD w toku rozprawy, to jednak doszła do wniosku,

że postanowienia specyfikacji technicznych nie zawierały bezwzględnego wymogu wyodrębnienia poszczególnych rodzajów kosztów składających się na daną pozycję TER. Wskazać należy, iż uwzględnienie kosztów sprzętu czy innych wskazywanych przez Odwołującego 2 (np. kosztów utylizacji) w kosztach pośrednich nie spowodowało, że koszty te „zniknęły”, czy też obniżyły wycenę danej pozycji. Istotnym było ich uwzględnienie w danej pozycji kosztorysowej, stosownie do postanowienia 17.5 IDW oraz informacji pod TER. Izba w przyjętym przez ZABERD sposobie wyceny poszczególnych rodzajów kosztów bezpośrednich i pośrednich nie dopatrzyła się niezgodności ze specyfikacją. Tym samym wobec braku określenia w SWZ kategorię obowiązkowego wyodrębnienia kosztów pośrednich i bezpośrednich w kalkulacji poszczególnych pozycji kosztorysowej stanowisko Odwołującego 2 jakoby przyjęty przez ZABERD sposób wyceny kosztów bezpośrednich i pośrednich nie był zgodny z SWZ nie zasługiwało na aprobatę. Jednocześnie Odwołujący nie wykazał, aby taki sposób prezentacji kosztów dawał wykonawcy przewagę na etapie ofertowania oraz wyjaśnień ceny ofertowej.

Ponadto wskazać należy, iż odniesienie przez ZABERD w złożonych wyjaśnieniach ceny oferty do norm KNR wynikało z funkcjonalności użytego oprogramowania NORMA-PRO. Jak wyjaśnił w toku rozprawy ZABERD, czego nie kwestionował Odwołujący 2, w sytuacji gdy wykonawca dokonuje kalkulacji własnej w ww. programie, pojawia się numer KNR, którego usunięcie wymagałoby „ręcznej pracy” wykonawcy tzn. każdorazowego usunięcia numeru KNR. Powyższe nie zmienia jednak tego, iż każdą pozycję kosztorysową ZABERD opatrzył adnotacją „kalk. własna”. Jednocześnie poza sporem w okolicznościach rozpoznawanej sprawy było to, iż Zamawiający nie wymagał od wykonawców kalkulacji ceny z uwzględnieniem warunków technicznych i założeń kalkulacyjnych wynikających z KNR właściwych dla realizacji robót budowlanych, choćby z uwagi na przedmiot zamówienia stanowiący usługi. Tym samym ustalanie właściwej proporcji między kosztami sprzętu a kosztami robocizny w oparciu o normy KNR, jak oczekiwałby tego Odwołujący 2, nie znajduje uzasadnienia w okolicznościach niniejszej sprawy.

W zakresie stanowiska Odwołującego 2 jakoby ZABERD nie wyjaśnił obliczeń co do kosztów pośrednich w kontekście ujęcia w nich kosztów sprzętu wskazać należy, iż ZABERD w punkcie 2. pisma z dnia 14 marca 2022 r. podał przyczyny zróżnicowania kosztów pośrednich powołując się między innymi na specyfikę kontraktów utrzymaniowych oraz rozumienie punktu 17.6 IDW.

Odnosnie kwestii ujęcia w kalkulacji ZABERD kosztów emulsji asfaltowej niezbędnej do skropienia przez skrapiajkę, materiałów do złączy oraz prawidłowej grubości betonu Izba uznała ww. zarzuty za niewykazane. Podnieść należy, że Odwołujący 2, na którym spoczywał ciężar dowodu nie wykazał podanej w odwołaniu ceny emulsji na poziomie ok. 1660 zł/Mg, a ponadto podana cena emulsji stanowiła wartość uśrednioną na podstawie

danych z Sekocenbudu, co nie oznacza, że wykonawca ZABERD nie może nabyć emulsji za niższą cenę. Odwołujący 2 nie wykazał również nakładu emulsji wynikającego z WT-2 2016. Podobnie Izba wskazuje, iż dla oceny kwestii grubości betonu niezbędne byłoby zapoznanie się z ww. wytycznymi, które nie zostało złożone. Jednocześnie sporna między Stronami była kwestia, czy przedmiotowe wytyczne dotyczą warstw konstrukcyjnych czy wyrównawczych. Zdaniem Zamawiającego oraz Przystępującego przedmiotowe wytyczne dotyczą tylko warstw konstrukcyjnych. Jak wskazał ZABERD w piśmie procesowym z dnia 11 maja 2022 r. wyrównanie podłoża masa bitumiczną nie ma na celu uzyskać warstwy o konkretnej grubości, a przygotować podłoże tak, aby warstwa z betonu asfaltowego wykonywana na tymże podłożu była zgodna z wymogami SST i sztuki budowlanej. Z kolei Odwołujący 2 twierdził, że praca objęta omawianą pozycją dotyczy wyrównania naw betonem asfaltowym grubości do 3 cm. Jednocześnie założenie przyjęte przez Odwołującego 2 nie uwzględniało zróżnicowania głębokości ubytku w jezdni, na co zwracał uwagę Przystępujący. Dostrzec również trzeba, iż nazwa omawianej pozycji nie daje podstaw do przyjęcia założenia, iż wyrównanie nawierzchni w każdym przypadku będzie dotyczyło 3 cm grubości („przy grubości do 3 cm”).

Z kolei w zakresie ujęcia w wycenie badań i pomiarów Izba wskazuje, iż przedmiotowe zagadnienie winno być przedmiotem dalszych wyjaśnień. Bezsprene realizacja pozycji 9.1 TER grupy prac nr 1 wymagała przeprowadzenia stosownych badań jakości robót oraz pomiarów grubości warstwy, zgodnie z postanowieniami punktu 6 SST nr D-05.03.05b. Izba wskazuje, iż stanowisko Zamawiającego jakoby ZABERD przedmiotowe koszty uwzględnił w udziale RMS oraz kosztów pośrednich nie wynika z wyjaśnień Przystępującego. Powyższej kwestii nie wyjaśnił również w sposób rzeczowy ZABERD. Wziąwszy pod rozwagę powyższe okoliczności Izba doszła do przekonania, iż w zakresie omawianych kosztów czynność ewentualnego odrzucenia oferty ZABERD winna zostać poprzedzona dodatkowym wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień, przy czym z uwagi na to, że Izba uwzględniła zarzut dalej idący dotyczący odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, odstąpiono od nakazania Zamawiającemu kontynuowania procedury wyjaśniającej, wobec braku wpływu na wynik postępowania zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Poz. 2 tabeli - Grupa prac nr 2 – Pobocza i pasy rozdziału, Poz. 1.1 TER - Remont poboczny destruktem bitumicznym o grubości warstwy do 10 cm, materiał Zamawiającego – zarzut niezasadny

W przedmiocie podniesionego zarzutu Izba podtrzymuje argumentację zaprezentowaną w poz. 1 powyżej dotyczącą kwestii ujęcia ceny sprzętu w cenie kosztów pośrednich oraz proporcji między kosztami sprzętu a kosztami robocizny. Tym samym

niezasadne jest jej powielanie. Uzupełniająco w zakresie wątpliwości zgłoszonych przez Odwołującego 2 dotyczących proporcji między kosztem sprzętu a wyceną robocizny oraz wartością ww. pozycji wskazać należy, iż postanowienia specyfikacji nie przewidywały żadnych zasad dotyczących proporcji poszczególnych rodzajów kosztów uwzględnianych przy wycenie danej pozycji Tabeli Elementów Rozliczeniowych. Wykonawca ZABERD w wyjaśnieniach z dnia 14 marca 2022 r. dla przedmiotowej pozycji wskazał, iż cena jednostkowa sprzętu została ujęta w kosztach pośrednich i wynosi 0,6356zł/m² (0,3756zł/m² + 0,2600zł/m²). W ocenie Izby Odwołujący 2 nie wykazał w jaki sposób zgłoszone wątpliwości przekładają się na niezgodność oferty ZABERD z warunkami zamówienia. Odwołujący 2 nie podał przy tym na jakim poziomie i w jaki sposób powinna kształtować się w jego ocenie właściwa proporcja między kosztami sprzętu a kosztami robocizny ujętymi w przedmiotowej pozycji.

Poz. 3 tabeli - Grupa prac nr 3 – Korpus drogi, Poz. 1.1 TER - Uzupełnienie ubytków w korpusie drogi gruntem niewysadzinowym (pospółką, żwirem, piaskiem grubym) – zarzut zasadny w części dotyczącej prac pomiarowych i przygotowawczych, bez wpływu na wynik postępowania. Niezasadny w zakresie kosztów sprzętu oraz piasku średniego

W zakresie ww. zarzutu Izba podtrzymuje argumentację zaprezentowaną w poz. 1 powyżej w przedmiocie kwestii ujęcia ceny sprzętu w cenie kosztów pośrednich. Niezasadne jest zatem jej powielanie. Uzupełniająco wskazać należy, iż z wyjaśnień ZABERD z dnia 14 marca 2022 r. wynika, iż w przypadku ww. pozycji cena jednostkowa sprzętu została ujęta w kosztach pośrednich oraz kosztach zakupu i wynosi 1,9312 zł/m² (1,3660zł/m² + 0,2000zł/m² + 0,3652zł/m²), a nie jak wskazał Odwołujący 2 wyłącznie w kosztach pośrednich.

W przedmiocie podnoszonej przez Odwołującego 2 kwestii zaniechania uwzględnienia przez ZABERD w kalkulacji piasku średniego wymaganego przez SST do uzupełnienia ubytków korpusu drogi na nasypach dojazdowych do obiektów mostowych Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w toku rozprawy, iż analiza punktu 2.2.5 - Grunty wymagania SST nr D-02.01.01 prowadzi do wniosku, że katalog gruntów niespoistych ma charakter zamknięty i przykładowy. Zgodnie bowiem z ww. punktem „*wolno stosować wyłącznie grunty sypkie, niewysadzinowe, spełniające wymagania jak w pkt. 2.2.1. – przy czym przy uzupełnianiu ubytków w nasypach dojazdowych do obiektów mostowych, należy stosować grunty niespoiste – żwiry, pospółki, piaski średni i grube o wskaźniku jednorodności uziarnienia $Cu \geq 5,0$ i współczynnika wodoprzepuszczalności k_{10} powyżej 10-5 m/s.*” Z powyższego wynika, że Zamawiający w ww. punkcie SST wskazał katalog materiałów możliwych do zastosowania przez wykonawcę, co potwierdza użyte przez Zamawiającego określenie „*wolno stosować*”, po którym w dalszej części odnośnego

postanowienia specyfikacji technicznej wymieniono katalog materiałów możliwych do zastosowania. Tym samym uwzględnienie przez ZABERD w ramach wyceny oferty piasku grubego było wystarczające dla spełnienia wymogów specyfikacji.

W ocenie Izby za uzasadnione w zakresie przedmiotowego zarzutu należało uznać twierdzenia Odwołującego 2 dotyczące prac pomiarowych i przygotowawczych, z tym jednak zastrzeżeniem, iż kwestia ujęcia przez ZABERD w kalkulacji ceny ww. prac winna być przedmiotem dalszych wyjaśnień w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Izba wskazuje, iż wykonawca ZABERD w złożonych wyjaśnieniach dotyczących omawianej pozycji nie wskazał, że w kalkulacji ceny uwzględnił koszty prac pomiarowych i prac przygotowawczych. Nie umknęło uwadze Izby, że Przystępujący w toku postępowania odwoławczego nie odniósł się do ww. kwestii. Z kolei stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie stanowiące, iż *„Zamawiający przyjął za wiarygodne wyjaśnienia wykonawcy ZABERD, że koszty pośrednie mogą obejmować m.in. koszty zastosowanego do wykonywania prac utrzymaniowych sprzętu czy kosztów przeprowadzenia prac pomiarowych i przygotowawczych”* nie znajduje potwierdzenia w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia. Co więcej, w toku rozprawy Zamawiający wyjaśnił, że powyższe wywiódł z otwartego katalogu struktury kosztów pośrednich przyjętych przez ZABERD zgodnie z załącznikiem nr 4 do wyjaśnień z dnia 14 marca 2022 r. W ocenie Izby podkreślić należy, iż nie jest rolą Zamawiającego domniemywanie czy też poszukiwanie treści, które nie wynikają wprost ze złożonych przez wykonawcę wyjaśnień lub których logicznie nie da się z nich wywieść. Tymczasem w okolicznościach niniejszej sprawy postawa Zamawiającego niejednokrotnie sprowadzała się do uzupełnienia treści wyjaśnień złożonych przez ZABERD, przyjmowania możliwych rozwiązań w oparciu o dotychczasową współpracę i relacje z Przystępującym oraz obrony interesów Wykonawcy na etapie postępowania odwoławczego, przy często biernej postawie samego Wykonawcy. Powyższa uwaga ma charakter uniwersalny i znajduje uzasadnienie w odniesieniu do tych pozycji, w których stanowisko Zamawiającego wykraczało poza treść wyjaśnień złożonych przez ZABERD.

Wziąwszy pod rozwagę powyższe okoliczności Izba doszła do przekonania, iż w zakresie omawianych kosztów czynność ewentualnego odrzucenia oferty ZABERD winna zostać poprzedzona dodatkowym wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień, przy czym z uwagi na to, że Izba uwzględniła zarzut dalej idący dotyczący odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, odstąpiono od nakazania Zamawiającemu kontynuowania procedury wyjaśniającej, wobec braku wpływu na wynik postępowania zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Poz. 4 tabeli - Grupa prac nr 3 – Korpus drogi, Poz. 4.1 - 4.2 TER - Uzupełnienie skarp korpusu drogi narzutem kamiennym typu średniego (do 1 m³) i Uzupełnienie skarp korpusu drogi narzutem kamiennym typu ciężkiego (powyżej 1 m³) – zarzut zasadny w części dotyczącej wymiarów kamienia narzutowego, bez wpływu na wynik postępowania. Niezasadny w zakresie kosztów sprzętu

W zakresie ww. zarzutu Izba podtrzymuje argumentację zaprezentowaną w poz. 1 i 2 powyżej w przedmiocie kwestii ujęcia ceny sprzętu w cenie kosztów pośrednich oraz proporcji między kosztami sprzętu a kosztami robocizny. Tym samym niezasadne jej jest powielanie. Uzupełniająco wskazać należy, iż z wyjaśnień ZABERD z dnia 14 marca 2022 r. wynika, iż w przypadku obu pozycji koszty sprzętu zostały ujęte nie tylko w kosztach pośrednich, ale i kosztach zakupu. Dla pozycji 4.1 TER grupy prac nr 3 cena jednostkowa sprzętu ujęta została w kosztach pośrednich oraz kosztach zakupu i wynosiła 4,7578 zł/m³ (3,9550 zł/m³ + 0,2000 zł/m³ + 0,6028 zł/m³). Z kolei w przypadku poz. 4.2 TER cena jednostkowa sprzętu ujęta została w kosztach pośrednich oraz kosztach zakupu i wynosiła 5,5937 zł/m³ (3,9550 zł/m³ + 0,6147 zł/m³ + 1,024 zł/m³).

Przechodząc do kwestii ujęcia przez ZABERD w kalkulacji kamienia narzutowego o wymiarach zgodnych z SST Izba wskazuje, iż bezspornie zgodnie z punktem 2.2 SST nr D-06.01.01g Zamawiający wymagał, aby kamień odznaczał się dużym ciężarem właściwym min. 2,4 g/cm³. Z kolei jak wynika z załącznika nr 4 do wyjaśnień ZABERD z dnia 14 marca 2022 r. w obu ww. pozycjach Przystępujący uwzględnił kamień narzutowy – 1,8 t/m³. Z kolei w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający w zakresie omawianej pozycji podał, że „wskazany przez wykonawcę ZABERD narzut materiałowy 2,4 tony na 1 m³ obejmuje zastosowanie kamienia o właściwej gramaturze (czyli ciężarze właściwym). Wykonanie takiej konstrukcji bez pustych przestrzeni nie jest możliwe do wykonania. Przy układaniu kamieni nie da się go położyć tak ściśle, aby po pomiarze uzyskać wynik 2,4 g/cm³. Odwołujący myli współczynnik zagęszczenia, który jest wykorzystywany do przeliczenia jednostek z tony na m², z ciężarem właściwym samego kamienia”.

Odnosząc się do powyższego stanowiska Zamawiającego dostrzec należy, iż wbrew twierdzeniom Zamawiającego wykonawca ZABERD w wyjaśnieniach z dnia 14 marca 2022 r. wskazał kamień narzutowy – 1,8 t/m³, a nie jak podano w odpowiedzi na odwołanie 2,4 tony/m³. Dalej podnieść należy, iż z wyjaśnień ZABERD nie wynika, czy 1,8 t/m³ dotyczy ciężaru właściwego samego kamienia. Jednocześnie Zamawiający nie wyjaśnił na jakiej podstawie przyjął, iż Odwołujący 2 myli współczynnik zagęszczenia, który jest wykorzystywany do przeliczenia jednostek z tony na m² z ciężarem właściwym samego kamienia. Z treści odwołania nie wynika, aby Odwołujący 2 dokonywał przeliczenia jednostek z tony na m². Do przedmiotowego zagadnienia wykonawca ZABERD nie odniósł się w toku postępowania odwoławczego.

W świetle powyższych okoliczności, w tym wobec stanowiska Zamawiającego nieznajdującego oparcia w wyjaśnieniach Przystępującego oraz biernej postawy ZABERD, który nie odniósł się do podniesionego zarzutu, w ocenie Izby, czynność ewentualnego odrzucenia oferty ZABERD winna zostać poprzedzona dodatkowym wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Z uwagi na to, że Izba uwzględniła zarzut dalej idący dotyczący odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, odstąpiono od nakazania Zamawiającemu kontynuowania procedury wyjaśniającej, wobec braku wpływu na wynik postępowania zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Poz. 5 tabeli - Grupa prac nr 3 – Korpus drogi, Poz. 5.1 TER - Wykonanie umocnienia skarp obrukiem (kamień na betonie) – zarzut zasadny w części dotyczącej wymiarów kamienia narzutowego. Niezasadny w zakresie kosztów sprzętu

W zakresie ww. zarzutu Izba podtrzymuje argumentację zaprezentowaną w poz. 1 powyżej w przedmiocie kwestii ujęcia ceny sprzętu w cenie kosztów pośrednich. Tym samym niezasadne jest jej powielanie. Ponadto wskazać należy, iż z wyjaśnień ZABERD z dnia 14 marca 2022 r. wynika, iż w przypadku ww. pozycji koszty sprzętu zostały ujęte nie tylko w kosztach pośrednich, ale i kosztach zakupu.

Zdaniem Izby zarzut niezgodności oferty ZABERD z warunkami zamówienia polegający na przyjęciu przez Wykonawcę nieprawidłowego kamienia łamanego określonego w SST potwierdził się. Bezsposornie zgodnie z punktem 2.2 SST nr D-06.01.01g Materiały do wykonania robót: przewidziano zastosowanie kamienia łamanego typu średniego – kamień naturalny, łamany o kształcie zbliżonym do bryły sześcienniej o wymiarach boków nie mniejszym od 30 cm i nie większym od 90 cm oraz kamienia łamanego typu ciężkiego - kamień naturalny, łamany o kształcie zbliżonym do bryły sześcienniej, w której najmniejszy z boków nie powinien być mniejszy od 90 cm (...). Tymczasem z wyjaśnień ZABERD złożonych pismem z dnia 14 marca 2022 r. wynika, że Wykonawca w ramach kalkulacji ceny ujął kamień łamany (niesortowany) o wymiarach 25 – 100 cm. Analiza powyższego prowadzi zatem do wniosku, iż wykonawca ZABERD na etapie kalkulacji ceny i przygotowania oferty przyjął kamień nieodpowiadający w części warunkom Zamawiającego dotyczącym jego wielkości, oferując tym samym świadczenie niezgodne z wymaganiami specyfikacji.

Izba wskazuje, iż za irrelevantną na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia należy uznać argumentację Zamawiającego oraz Przystępującego, którzy podnosili, że przyjęty przez ZABERD materiał mieści się w wymaganym w SST przedziale wymiarów oraz że kamień o wymiarach nieodpowiednich będzie odrzucany na etapie realizacji zamówienia, czy też że Zamawiający nie odbierze prac w przypadku zastosowania materiału innego niż wynikający ze specyfikacji. Odróżnić bowiem należy etap badania oferty wykonawcy pod kątem zgodności z warunkami zamówienia od etapu realizacji kontraktu. Nie

budzi wątpliwości, iż nie jest prawnie dopuszczalne dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, który oferuje świadczenie sprzeczne z wymaganiami zamówienia.

Nie zasługuje również na aprobatę stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, zgodnie z którym „Zamawiający zakłada, że Wykonawca podczas układania konstrukcji umocnienia będzie dobierał kamienie o właściwych wymiarach”. Przypomnieć należy, iż rolą zamawiającego jest rzetelna i kompleksowa analiza wyjaśnień złożonych przez profesjonalnego wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie gospodarza postępowania, która nie może być oparta na przypuszczeniach czy nieuzasadnionych założeniach zmierzających w istocie do obrony oferty podlegającej odrzuceniu. Akceptacja powyższego zapatrywania w ocenie Izby byłaby sprzeczna z fundamentalnymi zasadami postępowania o udzielenie zamówienia wyrażonymi w art. 16 ustawy Pzp, w szczególności zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz przejrzystości.

W świetle powyższego oferta ZABERD podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zakresie dotyczącym wymiarów kamienia narzutowego określonych w punkcie 2.2 SST nr D-06.01.01g.

Poz. 6 tabeli - Grupa prac nr 3 – Korpus drogi, Poz. 6.1-6.3 TER - Uzupełnienie skarp korpusu drogi żużłem, Uzupełnienie skarp korpusu drogi gruntem, Uzupełnienie skarp korpusu drogi kruszywem łamanym – zarzut niezasadny

W przedmiocie ww. zarzutu Izba podtrzymuje argumentację zaprezentowaną w poz. 1 i 2 powyżej dotyczącą kwestii ujęcia ceny sprzętu w cenie kosztów pośrednich oraz proporcji między kosztami sprzętu a kosztami robocizny. Tym samym niezasadne jej jest powielanie. Ponadto wskazać należy, iż z wyjaśnień ZABERD z dnia 14 marca 2022 r. wynika, iż w przypadku ww. pozycji koszty sprzętu zostały ujęte nie tylko w kosztach pośrednich, ale i kosztach zakupu.

Poz. 7 tabeli – Grupa prac nr 3 – Korpus drogi, Poz. 8.1 TER, Wykonanie umocnień kosztami siatkowo – kamiennymi - zarzut zasadny w części dotyczącej nieujęcia w kalkulacji pospółki na podbudowę gr. 10 cm oraz geowłókniny i robocizny związanej z ich ułożeniem, bez wpływu na wynik postępowania. Niezasadny w zakresie kosztów sprzętu

W przedmiocie ww. zarzutu Izba podtrzymuje argumentację zaprezentowaną w poz. 1 powyżej w przedmiocie kwestii ujęcia ceny sprzętu w cenie kosztów pośrednich. Tym samym niezasadne jej jest powielanie. Ponadto wskazać należy, iż z wyjaśnień ZABERD z dnia 14 marca 2022 r. wynika, iż w przypadku ww. pozycji cena jednostkowa sprzętu została ujęta

w kosztach pośrednich oraz kosztach zakupu i wynosi 26,4663 zł/m³ (16,7260 zł/m³ + 3,0970 zł/m³ /m³ + 6,6433 zł/m³).

Przechodząc natomiast do kwestii uwzględnienia w wycenie ZABERD pospółki na podbudowę o gr. 10 cm oraz geowłókniny i robocizny związanej z ich ułożeniem Izba uznała, że przedmiotowe zagadnienie winno być przedmiotem dalszych wyjaśnień. Po pierwsze Izba wskazuje, iż stanowisko Zamawiającego jakoby w kalkulacji cenowej przedłożonej przez ZABERD zostały ujęte materiały, które mogły zostać zastosowane alternatywnie czyli pospółka lub geowłóknina nie znajduje potwierdzenia w punkcie 5.2 SST nr D-10.01.01a. Zgodnie z ww. punktem specyfikacji technicznej *„Pierwszą czynnością jest wyprofilowanie skarp oraz podłoża, rozścielenie i zagęszczenie podbudowy z pospółki gr. 10 cm pod elementy konstrukcji siatkowo-kamiennych. Na podbudowie z pospółki należy rozścielić warstwę geowłókniny i przystąpić do układania konstrukcji siatkowych (kosze lub gabiony).”* Analiza powyższego postanowienia wprost wskazuje, iż do wykonania konstrukcji siatkowo – kamiennych należy użyć zarówno pospółki jak i geowłókniny. Po drugie, z wyjaśnień ZABERD z dnia 14 marca 2022 r. nie wynika wprost, że Przystępujący do wyceny omawianej pozycji przyjął zarówno pospółkę jak i geowłókninę, czy też choćby jeden z ww. materiałów, nawet gdyby przyjąć możliwość ich alternatywnego zastosowania zgodnie z argumentacją Zamawiającego. Po trzecie, przyjęcie przez Zamawiającego, iż we wskazanych przez ZABERD „materiałach pomocniczych” mogła zostać ujęta geowłóknina oparte zostało na przypuszczeniach. Jednocześnie Izba wskazuje, iż kwestia uwzględnienia ww. materiałów w wycenie poz. 8.1 TER grupy prac 3 nie została jednoznacznie wyjaśniona w toku rozprawy przez samego Przystępującego, który stwierdził, że w materiałach pomocniczych ujął materiały potrzebne do wykonania prac zgodnie ze zleceniem Zamawiającego.

Wziąwszy pod rozwagę powyższe okoliczności Izba doszła do przekonania, iż w zakresie omawianych kosztów czynność ewentualnego odrzucenia oferty ZABERD winna zostać poprzedzona dodatkowym wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień, przy czym z uwagi na to, że Izba uwzględniła zarzut dalej idący dotyczący odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, odstąpiono od nakazania Zamawiającemu kontynuowania procedury wyjaśniającej, wobec braku wpływu na wynik postępowania zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Poz. 8 tabeli - Grupa prac nr 3 – Korpus drogi, Poz. 12.1 - 12.2 TER - Umocnienie skarp palisadą betonową na ławie betonowej do wysokości 0,60 m i Umocnienie skarp palisadą betonową na ławie betonowej do wysokości powyżej 0,60 m – zarzut niezasadny

W zakresie ww. zarzutu Izba podtrzymuje argumentację zaprezentowaną w poz. 1 powyżej w przedmiocie kwestii ujęcia ceny sprzętu w cenie kosztów pośrednich. Tym samym niezasadne jej jest powielanie. Ponadto wskazać należy, iż z wyjaśnień ZABERD z dnia 14

marca 2022 r. wynika, iż w przypadku ww. pozycji koszty sprzętu zostały ujęte nie tylko w kosztach pośrednich, ale i kosztach zakupu. W zakresie poz. 12.1 TER Przystępujący podał, że cena jednostkowa sprzętu ujęta została w kosztach pośrednich oraz kosztach zakupu i wynosi 6,4022 zł/mb (5,054 zł/mb + 0,3482zł/mb + 1,00zł/mb). Z kolei w przypadku poz. 12.2 TER ZABERD wyjaśnił, że cena jednostkowa sprzętu została ujęta w kosztach pośrednich oraz kosztach zakupu i wynosi 6,6844 zł/mb (5,409 zł/mb + 0,3754zł/mb.+0,9000zł/mb).

Poz. 9 tabeli - Grupa 4 – Odwodnienie, Poz. 7.1-7.3 TER - Oczyszczenie urządzeń odwadniających - odpady niebezpieczne, Oczyszczanie urządzeń odwadniających - odpady inne niż niebezpieczne i Wywóz ścieków gospodarczych - zarzut zasadny w części dotyczącej nieujęcia w kalkulacji wody, bez wpływu na wynik postępowania. Niezasadny w zakresie kosztów utylizacji

W zakresie zarzutów dotyczących poz. 9 tabeli odwołania obejmujących poz. 7.1 – 7.3 TER Izba wskazuje, iż w toku rozprawy Odwołujący 2 oświadczył, że w zakresie grupy prac nr 4 kwestionuje poz. 7.1 i 7.2 TER. Tym samym poza rozważaniami Izby znalazła się poz. 7.3 TER grupy prac nr 4.

Odnośnie kwestii ujęcia kosztów utylizacji w kosztach pośrednich Izba prezentuje analogiczną argumentację jak w przypadku ujęcia ceny sprzętu w cenie kosztów pośrednich omówioną w pozycji 1. Ponadto wskazać należy, iż z wyjaśnień ZABERD z dnia 14 marca 2022 r. wynika, iż w przypadku pozycji 7.1 oraz 7.2 TER cena jednostkowa utylizacji odpadów została ujęta nie tylko w kosztach pośrednich, ale i kosztach sprzętu.

W przedmiocie kwestii ujęcia w kalkulacji ZABERD kosztów wody w pierwszej kolejności zwrócić należy uwagę na postanowienie punktu 2.2.1 SST nr D-03.01.03f, zgodnie z którym *„Do wykonania prac związanych z przeglądem i czyszczeniem urządzeń należy używać wody pobranej z sieci wodociągowej. Wówczas nie wymaga się przeprowadzania dla niej żadnych badań. Użycie wody pobieranej z innych źródeł może być dopuszczone przez Przedstawiciela Zamawiającego pod warunkiem przedstawienia przez Wykonawcę wyników badania jej składu chemicznego, który powinien odpowiadać wymaganiom określonym w normie PNEN 1008:2004.”* Z powyższego wynika, iż do wykonania ww. prac wykonawca mógł użyć wody z innego źródła niż sieć wodociągowa, pod warunkiem przedstawienia wyników badań składu chemicznego wody, która musiała spełniać określone normy. Tym samym przyjęte przez wykonawcę źródło, z którego będzie pozyskiwał wodę przekładało się na ewentualne koszty wykonania dodatkowych badań wody.

Dalej wskazać należy, iż wyjaśnienia złożone przez ZABERD pismem z dnia 14 marca 2022 r. nie dają jednoznacznych podstaw do przyjęcia, iż Wykonawca w ramach poz. 7.1 oraz 7.2 grupy prac nr 4 ujął jako składnik ceny samochód specjalistyczny służący do

odseparowania odpadów od wody, jak podnosił Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie. Jak wynika bowiem z poz. 7.1 TER grupy prac nr 4 w kalkulacji uwzględniono samochód dostawczy specjalistyczny, a w poz. 7.2 TER samochód dostawczy.

Ponadto zwrócić należy uwagę, iż zgodnie z punktem 3.2 SST wykonawca przystępujący do czyszczenia urzędów powinien wykazać się możliwością korzystania z co najmniej jednego specjalistycznego samochodu do przewozu materiałów niebezpiecznych. Wykonawca ZABERD w złożonych wyjaśnieniach dotyczących poz. 7.1 TER nie skonkretyzował przeznaczenia pojazdu specjalistycznego. Tym samym konfrontacja stanowiska Zamawiającego oraz ZABERD zaprezentowanego w toku rozprawy z treścią wyjaśnień złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia nie daje podstaw do jednoznacznego uznania, że Przystępujący wycenił samochód specjalistyczny służący do odseparowania odpadów od wody. Co więcej, stanowisko Zamawiającego oparte zostało na dotychczasowej współpracy z wykonawcą ZABERD, który realizuje na rzecz Zamawiającego usługi utrzymaniowe, stosując sprzęt do odseparowania odpadów od wody. Tym samym dokonana przez Zamawiającego analiza wyjaśnień złożonych przez ZABERD była wadliwa.

Uwzględniając powyższe, w tym w szczególności zestawienie stanowiska Zamawiającego i Uczestnika postępowania z treścią złożonych w toku postępowania o udzielenie wyjaśnień, w ocenie Izby, czynność ewentualnego odrzucenia oferty ZABERD winna zostać poprzedzona dodatkowym wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Z uwagi jednak na okoliczność, że Izba uwzględniła zarzut dalej idący dotyczący odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, odstąpiono od nakazania Zamawiającemu kontynuowania procedury wyjaśniającej, wobec braku wpływu na wynik postępowania zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Poz. 10 tabeli - Grupa 4 – Odwodnienie, Poz. 25.1-25.5 TER - Renowacja, uszczelnienie metodą bezwykopową kanalizacji i przykanalików - średnica do 40 cm, Renowacja, uszczelnienie metodą bezwykopową kanalizacji i przepustów - średnica od 41 do 60 cm, Renowacja, uszczelnienie metodą bezwykopową kanalizacji i przepustów - średnica od 61 do 80 cm, Renowacja, uszczelnienie metodą bezwykopową kanalizacji i przepustów - średnica od 81 cm do 120 cm i Renowacja, uszczelnienie metodą bezwykopową kanalizacji i przepustów - średnica powyżej 121 cm – zarzut niezasadny

W przedmiocie ww. zarzutu Izba podtrzymuje argumentację zaprezentowaną w poz. 1 powyżej dotyczącą kwestii ujęcia ceny sprzętu w cenie kosztów pośrednich. Tym samym niezasadne jest jej powielanie. Dodatkowo wskazać należy, iż z wyjaśnień ZABERD z dnia 14 marca 2022 r. wynika, iż w przypadku poz. 25.1 TER cena jednostkowa sprzętu została ujęta w kosztach bezpośrednich, w kosztach pośrednich oraz kosztach zakupu i wynosi 55,6000zł/mb (8,230zł /mb,. + 35,205zł/mb,+ 7,650 zł/mb + 4,5150 zł/mb). Z kolei w zakresie

poz. 25.2 – 25.5 TER będących przedmiotem wyjaśnień ZABERD w piśmie z dnia 17 lutego 2022 r. nie sposób wyciągnąć wniosku Odwołującego 2, iż koszty sprzętu ujęto w kosztach pośrednich z uwagi na ogólny charakter wyjaśnień.

Poz. 11 tabeli - Grupa prac nr 7 – Urządzenia BRD, Poz. 10.1 TER - Wymiana / zamontowanie bariery U-14b – zarzut niezasadny

W przedmiocie niezgodności oferty ZABERD z treścią SWZ w zakresie dotyczącym braku ujęcia w kalkulacji ceny nowych barier wskazać należy, iż Przystępujący w wyjaśnieniach z dnia 17 lutego 2022 r. nie złożył oświadczenia co do zaoferowania barier używanych. Zdaniem Izby stanowisko Odwołującego 2, który ze złożonej przez Przystępującego faktury z dnia 11 sierpnia 2021 r. wywodził jakoby ZABERD oferował bariery używane, podczas gdy SST wymagała zastosowania barier nowych jest zbyt daleko idące. Wskazać należy, iż zasadniczym celem procedury uruchamianej przez Zamawiającego w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp jest wyjaśnienie poziomu ceny lub kosztu oferty lub ich istotnych części składowych. Tym samym dowody składane przez wykonawcę w ramach owej procedury mają na celu wykazanie, że oferta wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, nie zaś potwierdzenie zgodności oferowanego przedmiotu świadczenia z wymogami SWZ. W powyższy sposób – jako dowód na okoliczność wysokości przyjętych kosztów, należy potraktować złożoną przez ZABERD fakturę.

Ponadto zauważyć należy, iż Odwołujący 2 nie twierdził, że cena wynikająca z ww. faktury dotycząca barier betonowych miała charakter nierynkowy, czy też wskazywała na oferowanie produktu używanego czy niepełnowartościowego. Odwołujący 2 przedmiotowy zarzut w istocie oparł na oświadczeniu wystawcy faktury P.H.P.U.T. S. Sz., z którego wynika, że bariery betonowe typu Jersey są nieuszkodzone a ich stan jest dobry, nie odpierając przy tym stanowiska Przystępującego, iż określenie „nieuszkodzone” dotyczy stanu magazynowego barier.

Analogicznie zdaniem Izby należy ocenić stanowisko Odwołującego 2, który zarzucał, że ZABERD nie wykazał, iż faktura obejmuje bariery spełniające wymagania SST. Jak już wskazano powyżej rzeczony dokument miał stanowić dowód na realność przyjętych przez ZABERD kosztów. Ponadto dostrzec trzeba, iż Odwołujący 2 nie skonkretyzował w odwołaniu, jakich konkretnie wymagań nie spełniają przedmiotowe bariery, w tym wynikających z normy PN-EN 1317. Dopiero w piśmie z dnia 6 maja 2022 r. Odwołujący 2 zaakcentował, że bariery ochronne winny spełniać wymagania normy PN-EN 1317 oraz podniósł, iż złożona faktura dotyczy innego postępowania i nie spełnia ustalonych w obecnym postępowaniu wymagań technicznych, nie wskazując przy tym po raz kolejny jakie wymagania miał na względzie. W tym miejscu Izba wskazuje, iż jakkolwiek dostrzega, że wezwanie skierowane do ZABERD pismem z dnia 4 lutego 2022 r. wystosowane zostało

w trybie art. 224 ust. 1 oraz art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, to nie można jednak pominąć, że sporna kwestia nie była przedmiotem szczegółowego badania Zamawiającego, a odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp wymaga jednoznacznego ustalenia w jakim zakresie oferta jest sprzeczna z wymogami zamówienia.

Co do kwestii braku uwzględnienia przez ZABERD w kalkulacji cenowej prac nocnych i wiążącego się z tym dodatku nocnego w przypadku zatrudnienia pracowników na umowę o pracę Izba uznała, iż Odwołujący 2 nie odparł stanowiska Zamawiającego, że bariery U-14b nie są barierami energochłonnymi tylko barierami ochronnymi, przez co montaż tych barier nie jest objęty obowiązkiem wykonywania prac w porze nocnej. Jak wynika bowiem z punktu 5.3 SST nr D-M-00.00.00 w porze nocnej powinny być obowiązkowo wykonywane takie roboty utrzymaniowe jak m.in. wymiana barier energochłonnych. Ponadto jak wskazał Zamawiający, z czym nie polemizował Odwołujący 2, montaż tego typu barier (biorąc pod uwagę ich lokalizację) będzie jednostkowy, wykonywany w sporadycznych sytuacjach w miejscach niepowodujących utrudnień w ruchu, przez co prowadzenie tego typu prac w porze dziennej jest zgodne z wymaganiami Zamawiającego.

Poz. 12 tabeli - Grupa prac nr 7 – Urządzenia BRD, Poz. 13.3 TER - Wymiana / zamontowanie segmentu podwaliny betonowej ekranu akustycznego – zarzut niezasadny

W przedmiocie ww. zarzutu Izba podtrzymuje argumentację zaprezentowaną w poz. 1 powyżej w zakresie kwestii ujęcia ceny sprzętu w cenie kosztów pośrednich. Tym samym niezasadne jest jej powielanie.

Uzupełniająco wskazać należy, iż z wyjaśnień ZABERD z dnia 14 marca 2022 r. wynika, iż do wykonania pracy związanej z pozycją Grupa prac 7: poz. 13.3 Wykonawca przewidział używanie poniższego sprzętu: samochód dostawczy, samochód skrzyniowy, samochód skrzyniowy z żurawiem – sprzęt służący do transportu materiału oraz sprzęt do rozładunku i montażu, które ujęte zostały w kosztach zakupu w cenie jednostkowej 9,450zł/m². Jednocześnie ZABERD wskazał, że transport ekipy wykonującej oraz sprzętu ujęte zostały w kosztach pośrednich 5,4488 zł/m². Dalej jak wynika z wyjaśnień ZABERD w wyposażeniu samochodów brygad roboczych znajduje się drobny sprzęt niezbędny do wykonania prac zgodnych z SST. Cena sprzętu zawarta została w kosztach dostawczego sprzętu podstawowego wymienionego powyżej. Tym samym cena jednostkowa sprzętu ujęta w kosztach pośrednich oraz kosztach zakupu wynosiła 14,8988zł/m² (9,450zł/m² + 5,4488zł/m²). Nie jest zatem tak jak twierdził Odwołujący 2, iż koszty sprzętu zostały ujęte przez ZABERD wyłącznie w kosztach pośrednich.

Za gołosłowne Izba uznała stanowisko Odwołującego 2 dotyczące zaniechania uwzględnienia przez ZABERD w kalkulacji cenowej kosztu dźwigu samochodowego niezbędnego do zamontowania podwaliny betonowej, uwzględnionego przez

Przystępującego w analogicznej pozycji 13.1 dotyczącej grupy prac nr 7. Wbrew regule określonej art. 534 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący 2 nie wykazał, że montaż podwaliny betonowej wymaga użycia dźwigu samochodowego. Podkreślić również należy, że użycia dźwigu samochodowego jako sprzętu właściwego do wykonania omawianej pozycji nie precyzowała SST nr D-07.08.02, zgodnie z którą do wykonania elementów dźwiękochłonnych należy stosować specjalistyczne urządzenia dostosowane do rodzaju konstrukcji ekranu (pkt 3.2). Izba wskazuje, iż złożony przez Odwołującego 2 dowód nr 1 uznana za stanowisko własne Wykonawcy referujące wprost do okoliczności faktycznych stanowiących podstawę zarzutu odwołania dotyczących porównania sprzętu ujętego przez ZABERD w poz. 13.1 oraz 13.3 TER grupy prac nr 7.

Poz. 13 tabeli - Grupa prac nr 8 – Estetyka, Poz. 1.1-1.5 - Mycie istniejącego oznakowania pionowego – znaki, Mycie istniejącego oznakowania pionowego – tablice, Mycie słupków prowadzących, blokujących, krawędziowych typu U, Mycie elementów odblaskowych na poręczach i barierach ochronnych, Mycie ekranów akustycznych, ekranów przeciwolśnieniowych, ekranów przeciwbłotnych i wygradzeń betonowych – zarzut zasadny w części dotyczącej kosztów zabezpieczenia prac oraz prac nocnych i wiążącego się z tym dodatku nocnego dla pracowników zatrudnionych na umowę o pracę. Niezasadny w zakresie pojazdu dostawczego do transportu wody, detergentów i myjki ciśnieniowej

Nie potwierdziły się zarzuty Odwołującego 2 dotyczące nie ujęcia przez ZABERD w kalkulacji ceny kosztów pojazdu dostawczego do transportu wody, detergentów i myjki ciśnieniowej. Powyższemu przeczą wyjaśnienia złożone przez Przystępującego pismem z dnia 14 marca 2022 r., z których w zakresie poz. 1.1 – 1.5 grupy prac nr 8 wynika, że koszty wody z detergentem, myjki niskociśnieniowej, szczotek, zmywaków, drobnego sprzętu pomocniczego oraz samochodu dostawczego i skrzyniowego ujęto w kosztach pośrednich. Jednocześnie za nieuzasadnione Izba uznała stanowisko Odwołującego 2, który podnosił, że wykonawca ZABERD prace podobnego typu w ramach innych grup prac wycenił odmiennie. Odwołujący 2 nie wyjaśnił na jakiej podstawie przyjął, iż prace podobnego typu winny być wyceniane analogicznie, jak również nie wykazał, aby takie działanie wykonawcy było sprzeczne z przepisami ustawy Pzp.

Odnosząc się do kosztów zabezpieczenia prac oraz prac nocnych i wiążącego się z tym dodatku nocnego dla pracowników zatrudnionych na umowę o pracę Izba wskazuje, iż wykonawca ZABERD jak i Zamawiający w toku rozprawy konsekwentnie i spójnie twierdzili, że koszty zabezpieczenia prac tzw. praca postępująca zostały ujęte w grupie prac nr 11. Zamawiający niejednorodnie podkreślał, że oczywistym i naturalnym jest to, że wykonawcy przy realizacji usług utrzymaniowych wykorzystują pracowników oraz sprzęt z grupy prac nr 11 do realizacji zadań objętych innymi grupami. Powyższe w ocenie Zamawiającego było

dopuszczalne w przypadku braku pilnych zleceń np. do umycia czy postawienia znaku. Jednocześnie Zamawiający oraz ZABERD w ww. zakresie powoływali się na specyfikę kontraktów utrzymaniowych, których celem jest optymalizacja kosztów, wyrażająca się w okolicznościach przedmiotowej sprawy m.in. w tym, aby grupa prac nr 11 dotycząca zarządzania kontraktem, płacona miesięcznie ryczałtem, wykorzystywana była do realizacji bieżących zleceń. Wykorzystywanie zasobów kadrowych i sprzętowych z grupy prac nr 11 do realizacji prac z innych grup potwierdzał złożony przez Zamawiającego dowód w postaci zestawienia wykonanych dyspozycji za marzec 2022 r.

Izba wskazuje, iż stanowisko prezentowane przez Zamawiającego oraz ZABERD w powyższym zakresie jest sprzeczne z punktem 17.5 IDW oraz informacją zawartą pod tabelami TER. Zgodnie z punktem 17.5 IDW, każda cena jednostkowa zawarta w ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w formularzach. Z kolei pod formularzami TER dla poszczególnych grup prac Zamawiający wskazał, że cena za jednostkę obejmuje wszystkie składniki kosztów (m.in. KP, KZ, Zysk, itp.), a także inne czynności opisane w SST (a w szczególności oznakowanie robót). Jednocześnie w myśl punktu 17.6 IDW, dla każdej pozycji wyszczególnionej w formularzach, jeśli składają się na nią elementy o zróżnicowanych kosztach, jednolita stawka jednostkowa powinna zostać skalkulowana na zasadzie uśrednienia kosztów składowych.

Zdaniem Izby z powyższego wprost wynika, iż każda pozycja TER powinna zostać wyceniona w pełnym zakresie, tj. jako zawierająca wszelkie niezbędne dla jej realizacji koszty, o których mowa w punkcie 9.3 SST. Omawiane postanowienia specyfikacji, wbrew stanowisku Zamawiającego i ZABERD, nie dawały możliwości przerzucania kosztów z danej pozycji do innej, czy też w ogóle do innej grupy prac, co też miało miejsce w okolicznościach przedmiotowej sprawy, lecz co najwyżej dopuszczały pewne uśrednienie kosztów składowych. Tym samym każdy wykonawca zainteresowany przedmiotowym zamówieniem winien uwzględnić i wycenić koszty wynikające z danej pozycji TER w zakresie niezbędnym do jej prawidłowego wykonania stosownie do wymogów Zamawiającego, a zmiana postanowień SWZ po upływie terminu składania ofert jest niedopuszczalna w świetle podstawowych zasad udzielania zamówień. Odejścia od wiążących Zamawiającego oraz Wykonawców postanowień specyfikacji nie usprawiedliwia specyfika kontraktów utrzymaniowych wyrażająca się w szczególności w tym, iż ostateczny zakres zamówienia uzależniony jest od zleceń zamawiającego, które co do zasady obejmują kilka pozycji TER składających się na jedną usługę utrzymaniową, jak również dotychczasowa praktyka wynikająca z ich realizacji. Podkreślenia wymaga, iż Zamawiający nie wskazał w toku postępowania odwoławczego żadnego postanowienia SWZ dopuszczającego możliwość

przenoszenia poszczególnych kosztów między pozycjami danej grupy czy też ich przeniesienia do innej grupy prac.

W ocenie Izby nałożony przez Zamawiającego wymóg uwzględnienia w cenie za jednostkę wszystkich składników kosztowych nie oznaczał, że świetle zapisów specyfikacji nie było dopuszczalne proporcjonalne - w stosunku do nakładów wynikających z danej pozycji TER - rozdzielenie poszczególnych rodzajów kosztów opisanych w punkcie 9.3 SST właściwych dla kilku pozycji danej grupy prac czy też w ramach pozycji z innej grupy prac np. kosztów sprzętu niezbędnego do realizacji szeregu pozycji poszczególnych grup prac. Przyjęcie takiego mechanizmu byłoby zgodne z wymogami specyfikacji i wykluczało podnoszoną przez Zamawiającego oraz ZABERD okoliczność powielania w kalkulacji ceny danego rodzaju kosztu tyle razy, ile jest cen jednostkowych podanych w ofercie.

Ponadto dostrzec należy, iż w przypadku grupy prac nr 8 (poz. 13 tabeli odwołania) w postanowieniach SST podano, iż wykonanie i rozbiórka rusztowań, użycie podnośników, środków pływających i innych urządzeń pomocniczych niezbędnych do wykonania lub zabezpieczenia robót prowadzonych przy odbywającym się ruchu drogowym, należy do Wykonawcy robót oraz zabezpieczenie robót prowadzonych przy odbywającym się ruchu drogowym i pieszym na obiekcie oraz drogowym i pieszym lub kolejowym pod obiektem, należy do Wykonawcy. Podobnie Zamawiający wskazał w punkcie 5.2 SST nr D-10.10.01g oraz SST nr D-03.01.07b w przypadku grupy prac nr 12 (poz. 21 i 22 tabeli odwołania), który stanowił, że przed przystąpieniem do robót należy, na podstawie wskazań Zamawiającego ustalić m.in. sposób zabezpieczenia robót i użytkowników drogi. Jednocześnie w punkcie 5.3 SST nr D-10.10.01g wskazano, że zabezpieczenie robót prowadzonych przy odbywającym się ruchu drogowym i pieszym na obiekcie oraz drogowym i pieszym lub kolejowym pod obiektem, należy do Wykonawcy. Tym samym Zamawiający w konkretnych postanowieniach SST dotyczących właściwych TER jednoznacznie wskazał na konieczność uwzględnienia zabezpieczenia prac przy prowadzonym ruchu drogowym, co przekładało się na obowiązek ich ujęcia w cenie za jednostkę danej pozycji TER.

Izba wskazuje, iż powyższe rozważania dotyczą również kwestii ujęcia kosztów dodatku za pracę w nocy. Dla porządku podać należy, że nie było sporne między Stronami, że w grupie prac nr 11 ZABERD ujął koszty dodatku za pracę w nocy. Ponadto Zamawiający oraz ZABERD spólnie wskazywali, że do realizacji prac z innych grup dopuszczalne jest wykorzystywanie pracowników nocnych brygad pozostających w gotowości, w tym w przypadku mycia urządzeń, o których mowa w poz. 1.1 TER grupy prac nr 8 (poz. 13 tabeli odwołania) oraz koszenia trawy w pasach rozdziału zgodnie z poz. 10.1 TER grupy prac nr 8 (poz. 14 tabeli odwołania). Skoro zatem niesporne było to, że koszty dodatku za pracę w nocy zostały ujęte w grupie prac nr 11, nie zaś w odpowiedniej pozycji TER grupy prac nr

8, to oferta wykonawcy ZABERD w ww. zakresie była sprzeczna z wymogiem określonym w punkcie 17.5 IDW oraz wskazaną wyżej informacją pod tabelą.

Konkludując Izba stwierdziła, że oferta ZABERD była sprzeczna z warunkami zamówienia w zakresie w jakim specyfikacja w punkcie 17.5 IDW wymagała, aby każda cena jednostkowa zawarta w ofercie obejmowała całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w formularzach oraz aby cena za jednostkę obejmowała wszystkie składniki kosztów (m.in. KP, KZ, Zysk, itp.), a także inne czynności opisane w SST (a w szczególności oznakowanie robót) – zgodnie z informacją formularzami TER dla poszczególnych grup prac, a wykonawca ZABERD koszty zabezpieczenia prac i koszty dodatku za pracę w nocy uwzględnił w ramach prac grupy nr 11, a nie w pozycjach 1.1-1.5 TER grupy prac nr 8.

Poz. 14 tabeli - Grupa prac nr 8 – Estetyka, Poz. 10.1 TER - Ręczne i mechaniczne koszenie traw i chwastów – zarzut zasadny w części dotyczącej kosztów zabezpieczenia prac oraz prac nocnych i wiążącego się z tym dodatku nocnego dla pracowników zatrudnionych na umowę o pracę, w zakresie kosztów wywozu skoszonej trawy i jej utylizacji – zarzut zasadny, bez wpływu na wynik postępowania

Odnosząc się do kwestii kosztów zabezpieczenia prac oraz związanego z tym dodatku za pracę w nocy Izba podtrzymuje argumentację dotyczącą poz. 13 tabeli odwołania, wobec czego niezasadne jest jej powtarzanie. Uzupełniająco wskazać należy, iż ZABERD w toku rozprawy wprost oświadczył, że koszty zabezpieczenia ujął w grupie prac nr 11, co pozostawało w sprzeczności z postanowieniem punktu 17.5 IDW oraz informacją zawartą pod formularzami TER dla poszczególnych grup prac.

Jednocześnie w zakresie kosztów dodatku za pracę w nocy podkreślić należy, iż z postanowienia 5.3 SST nr D-M-00.00.00 jednoznacznie wynikało, że w porze nocnej obowiązkowo winno być wykonywane koszenie traw w pasach rozdziału. Powyższe jest spójne ze stanowiskiem Zamawiającego wyrażonym w odpowiedzi na odwołanie, który stwierdził, że *„koszenie traw w większości przypadków nie jest objęte obowiązkiem wykonywania prac w porze nocnej. Obowiązek wykonywania prac w porze nocnej dotyczy tylko koszenia pasów rozdziału, które stanowią niewielki procent udziału całkowitej powierzchni przewidzianej do koszenia. Do tego rodzaju prac wykonawca ma prawo wykorzystywać pracowników nocnych brygad, pozostających w gotowości”*. Tym samym w ramach omawianej pozycji TER winny zostać ujęte koszty dodatku za pracę w nocy, czego ZABERD nie uwzględnił w złożonej kalkulacji.

Wobec powyższego oferta wykonawcy ZABERD w zakresie w jakim nie obejmowała w poz. 10.1 TER grupy prac nr 8 kosztów zabezpieczenia prac oraz dodatku za pracę w nocy podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W zakresie kosztów wywozu skoszonej trawy i jej utylizacji w kalkulacji ceny oferty ZABERD wskazać należy, że niewątpliwie zgodnie z punktem 5.2 SST nr D-09.01.03a, realizacja usług przez wykonawcę obejmuje m.in. zebranie i wywiezienie wraz z odpowiednim zagospodarowaniem (kompostowanie lub zutylizowanie) skoszonej trawy. Jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie „koszenie trawy na większości terenów zielonych (ponad 90%) prowadzone jest poprzez kosiarki mulczujące skoszoną trawę (rozdrobienie). W związku z powyższym nie powstaje obowiązek usuwania i utylizacji skoszonej trawy. Trawę wywozi się tylko z nielicznych miejsc wyspecyfikowanych w SST (systemy odwodnienia, drogi miejskie).” Z powyższego w ocenie Izby wynika, iż w przypadku części prac obejmujących systemy odwodnienia czy drogi miejskie konieczne będzie wywiezienie trawy. Ponadto nie zostało wykazane, że usługi koszenia trawy ZABERD będzie wykonywał przy użyciu kosiarek mulczujących. Izba wzięła również pod uwagę, że wykonawca ZABERD nie odniósł się w toku rozprawy do ww. elementu kosztotwórczego, w tym nie wyjaśnił sposobu realizacji prac objętych poz. 10.1 TER grupy prac 8.

W świetle powyższego w ocenie Izby czynność ewentualnego odrzucenia oferty ZABERD winna zostać poprzedzona dodatkowym wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień, przy czym zważywszy, że Izba uwzględniła zarzut dalej idący dotyczący odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, odstąpiono od nakazania Zamawiającemu kontynuowania procedury wyjaśniającej, wobec braku wpływu na wynik postępowania zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Poz. 15 tabeli - Grupa prac nr 9 – Urządzenia wspomagające, Poz. 1.1 TER, Wymiana / zamontowanie elementów ogrodzenia drogi – siatka – zarzut zasadny

Potwierdził się zarzut dotyczący niezgodności oferty ZABERD z warunkami zamówienia w zakresie uwzględnienia siatki o wysokości niezgodnej z SST, tj. 250 cm, podczas gdy zgodnie z punktem 1.5.1 SST nr D-07.06.01 wysokość siatki winna wynosić w zależności od zlecenia Zamawiającego 2,3 m, 2,5 m lub 2,7 m.

W zakresie podniesionego zarzutu Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego oraz Przystępującego jakoby w świetle punktu 17.6. IDW dopuszczalne było przyjęcie w kalkulacji ceny uśrednionej wysokości siatki do 2,5 m. Wskazać należy, iż stosownie do punktu 17.6. IDW, dla każdej pozycji wyszczególnionej w formularzach, jeśli składają się na nią elementy o zróżnicowanych kosztach, jednolita stawka jednostkowa powinna zostać skalkulowana na zasadzie uśrednienia kosztów składowych. Trafnie zatem skonstatował Odwołujący 2, że ww. postanowienie specyfikacji nakładało na wykonawcę obowiązek uwzględnienia wszystkich niezbędnych kosztów w danej pozycji Tabeli Elementów Rozliczeniowych, przy czym dopuszczalne było pewne uśrednienie kosztów składowych. Powyższego w ocenie Izby nie można w żadnej mierze odnieść do wymagań technicznych

wynikających z SST w zakresie wysokości siatki. Innymi słowy, dopuszczalnego na gruncie SWZ uśrednienia kosztów składowych danej pozycji TER nie można utożsamiać z uśrednieniem wymogów wynikających z przedmiotu zamówienia.

Dodatkowo dostrzec należy, iż z wyjaśnień wykonawcy ZABERD nie można wywnioskować, że wysokość siatki 2,5 m stanowiła średnią i to przyjętą wyłącznie na potrzeby kalkulacji ceny oferty. Wykonawca ZABERD nie twierdził przy tym w toku postępowania odwoławczego, że przedmiotem zobowiązania objął siatkę o trzech wysokościach wynikających z SST. Podkreślić należy, że to wykonawca jako podmiot posiadający fachową wiedzę winien dołożyć należytej staranności przy formułowaniu wyjaśnień składanych na żądanie zamawiającego, tak aby były one pełne, spójne i rzetelne. Uchybienia czy nieścisłości wynikające ze złożonych w toku postępowania wyjaśnień obciążają samego wykonawcę, który winien mieć świadomość skutków prawnych własnych działań czy zaniechań.

W świetle powyższego Izba stwierdziła, że oferta ZABERD podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zakresie dotyczącym wysokości siatki określonym w punkcie 1.5.1 SST nr D-07.06.01. Jednocześnie argumentacja Przystępującego zaprezentowana w toku postępowania odwoławczego wskazuje, iż przyjęte przez ZABERD w poz. 1.1 TER grupy prac nr 9 uśrednienie wysokości siatki do 2,5 m było sprzeczne z postanowieniem 17.6 IDW.

Poz. 16 tabeli - Grupa prac nr 9 – Urządzenia wspomagające, Poz. 1.2 TER - Wymiana / zamontowanie elementów ogrodzenia drogi – słupki – zarzut niezasadny

Za niezasadny Izba uznała zarzut jakoby ZABERD nie ujął w kalkulacji ceny wymaganej SST ilości betonu dla 1 sztuki fundamentu słupka ogrodzenia drogi. Izba wskazuje, że przedmiotowy zarzut oparty został na błędnym założeniu, że Przystępujący będzie osadzał wszystkie słupki na fundamencie betonowym. Tymczasem jak wskazywał Zamawiający oraz ZABERD specyfikacja techniczna dopuszczała różne metody ich posadowienia w zależności od rodzaju gruntu. Zgodnie z punktem 2.3.2 SST nr D-07.06.01 *„Słupki metalowe ogrodzeń można wykonywać z rur okrągłych zamkniętych lub blachy zwijanej (słupki z blachy zwijanej powinny być objęte aprobatą techniczną). Słupki z rur powinny być wykonane ze stali i spełniać wymagania odnośnych norm. Długość słupków uzależniona jest od wysokości ogrodzenia oraz przyjętego systemu posadowienia (fundament betonowy na mokro, słupki wbijane). Sposób posadowienia słupków powinien być dostosowany do rodzaju gruntu.”* Z kolei Przystępujący w toku rozprawy wyjaśnił, że przyjął do kalkulacji słupki osadzone bezpośrednio w gruncie oraz słupki na fundamencie betonowym.

W tym miejscu zauważyć trzeba, iż kwestia przyjętego przez ZABERD sposobu posadowienia słupków nie była przedmiotem szczegółowych wyjaśnień Zamawiającego, tym samym wywodzenie przez Odwołującego 2, iż ZABERD przyjął niewystarczającą ilość betonu dla 1 sztuki fundamentu słupka ogrodzenia drogi na podstawie treści wyjaśnień cenowych jest niewystarczające dla przesądzenia niezgodności oferty ZABERD z warunkami zamówienia. Wobec powyższego Izba oddaliła wniosek dowodowy nr 3 zgłoszony przez Odwołującego 2 uznając, iż jest nieprzydatny dla rozpoznania istoty zarzutu.

Poz. 17 tabeli - Grupa prac nr 11 – Zarządzanie Kontraktem, Poz. 1.1 TER - Zarządzanie kontraktem wraz z patrolowaniem dróg i podejmowaniem działań interwencyjnych – zarzut niezasadny w zakresie długości trasy wymaganej przez SST do objazdu przez patrol. W zakresie niewystarczającej liczby etatów – zarzut zasadny, bez wpływu na wynik postępowania

W zakresie ww. zarzutu Odwołujący 2 wskazał, iż prawidłowa długość trasy do objazdu dla patrolu w przypadku autostrady i dróg ekspresowych wynosi 912,6 km, podczas gdy ZABERD przyjął w wyjaśnieniach ceny oferty 445,08 km. Jednocześnie w złożonych wyjaśnieniach ZABERD wskazał, że długość objazdu dla dróg krajowych wynosi 259 km, podczas gdy w ocenie Odwołującego 2 długość objazdu dla tych dróg wynosi 348 km.

Izba wskazuje, iż Odwołujący 2 wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp nie wykazał długości objazdu dla dróg krajowych. Złożony przez Odwołującego 2 dowód nr 5 dotyczył długości objazdu dla autostrady oraz dróg ekspresowych. Powyższej kwestii nie rozstrzygał również dowód nr 4 złożony przez Odwołującego 2. Z kolei złożony przez ZBAERD dowód przedstawiał odcinki poszczególnych dróg krajowych objętych objazdem wraz z kilometrażem o łącznej długości 250 km.

Odnosnie natomiast długości objazdów dla autostrady i dróg ekspresowych Izba uznała, iż brak było wystarczających podstaw do przyjęcia, że wyliczenia przedstawione przez Odwołującego 2 w dowodzie nr 5 są jedynymi prawidłowymi względem wymogów wynikających ze specyfikacji. Nie było sporne w toku postępowania odwoławczego, iż Zamawiający nie sporządził mapy objazdów dróg, jak również nie wskazał kilometrażu objazdów. Tym samym w gestii każdego wykonawcy pozostawało sporządzenie własnej mapy objazdów z uwzględnieniem wytycznych specyfikacji.

Izba wzięła również pod uwagę, że w piśmie z dnia 25 stycznia 2022 r. skierowanym do Zamawiającego Odwołujący 2 wskazał, iż długość objazdu dla A4 i S7 wynosi łącznie 445,8 km, a zatem tyle ile wynika z wyjaśnień Przystępującego. Przedmiotowe pismo z kolei zostało załączone do wezwania Zamawiającego z dnia 4 lutego 2022 r. Wskazać należy, iż stanowisko Odwołującego 2 było sprzeczne z prezentowanym w toku postępowania o udzielenie zamówienia, co dodatkowo podważa jego wiarygodność.

Co do kwestii niewystarczającej liczby etatów przyjętej przez ZABERD na potrzeby zapewnienia całodobowej dyspozycyjności brygad (zgodnie z wyjaśnieniami ZABERD przewidział 64 osoby) Izba uznała, że wobec braku stanowiska Zamawiającego oraz ZABERD w powyższym zakresie zasadne byłoby kontynuowanie procedury wyjaśnień. Z uwagi jednak na to, że Izba uwzględniła zarzut dalej idący dotyczący odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, odstąpiono od nakazania Zamawiającemu kontynuowania procedury wyjaśniającej, wobec braku wpływu na wynik postępowania zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Poz. 18 tabeli - Grupa prac nr 11 – Zarządzanie Kontraktem, Poz. 1.1 TER - Zarządzanie kontraktem wraz z patrolowaniem dróg i podejmowaniem działań interwencyjnych – zarzut niezasadny

W ocenie Izby sformułowany przez Odwołującego 2 zarzut jakoby ZABERD nie zapewnił wymaganej SST całodobowej dyspozycyjności brygad z uwagi na ograniczenia co do czasu pracy dla osób niepełnosprawnych wynoszących maksymalnie 8h/dobę i 40 h/tygodniu oraz 7h/dobę i 35 h/tygodniu w przypadku osób ze znacznym lub umiarkowanym stopniem niepełnosprawności nie znajduje potwierdzenia w stanie faktycznym niniejszej sprawy. Jak wynika bowiem z wyjaśnień ceny oferty złożonych przez ZABERD pismem z dnia 14 marca 2022 r. Wykonawca planuje zatrudnić pracowników z lekkim stopniem niepełnosprawności, co oznacza że ma prawo uwzględnić czas pracy 8h/dobę i 40h/tygodniu. Na powyższą okoliczność wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, co nie było kwestionowane przez Odwołującego 2 w toku postępowania odwoławczego.

Poz. 19 tabeli - Grupa prac nr 11 – Zarządzanie Kontraktem, Poz. 1.1 TER - Zarządzanie kontraktem wraz z patrolowaniem dróg i podejmowaniem działań interwencyjnych – zarzut zasadny, bez wpływu na wynik postępowania

W zakresie postawionego zarzutu dotyczącego poz. 1.1 TER grupa prac nr 11 Izba miała na uwadze bierną podstawę Przystępującego, który w żadnej mierze nie odniósł się do stanowiska Odwołującego 2. Z kolei Zamawiający poprzestał na twierdzeniu, iż stanowisko Odwołującego 2 oparte jest na domysłach, a wymagania dotyczące sprzętu będą sprawdzane na bieżąco w ciągu trwania umowy. Izba wskazuje, że nie zostały jednak zakwestionowane przez Zamawiającego wyliczenia co do średniej wieku wszystkich pojazdów przyjętych przez ZABERD w ramach kalkulacji ceny jako obarczone błędem. Zdaniem składu orzekającego dostrzec trzeba, że dysponowanie przez wykonawcę flotą pojazdów o określonym wieku, w zakresie którego Zamawiający postawił konkretne wymagania w specyfikacji (max 7 lat w momencie podpisania umowy, dodatkowo wymaga się by średnia wieku wszystkich pojazdów patrolowych biorących udział w realizacji zlecenia w danej części nie była większa niż 7 lat w całym okresie trwania umowy) przy

jednoczesnym braku zamierzeń inwestycyjnych we flotę pojazdów może przekładać się na przedmiot oferowanego świadczenia czy też poziom kosztów przyjętych w kalkulacji cenowej.

Mając na uwadze powyższe, w tym w szczególności stanowisko Zamawiającego oraz brak aktywności procesowej ZABERD w zakresie podniesionego zarzutu, Izba doszła do przekonania, iż czynność ewentualnego odrzucenia oferty ZABERD winna zostać poprzedzona dodatkowym wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień, przy czym zważywszy, że Izba uwzględniła zarzut dalej idący dotyczący odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, odstąpiono od nakazania Zamawiającemu kontynuowania procedury wyjaśniającej, wobec braku wpływu na wynik postępowania zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Poz. 20 tabeli - Grupa prac nr 11 – Zarządzanie Kontraktem, Poz. 1.1 TER - Zarządzanie kontraktem wraz z patrolowaniem dróg i podejmowaniem działań interwencyjnych – zarzut niezasadny

Za niezasadny Izba uznała zarzut dotyczący braku ujęcia przez ZABERD w cenie oferty poduszki TMA wymaganej SST. Nie było sporne między Stronami postępowania odwoławczego, iż wykonawca ZABERD w kalkulacji ceny wskazał miesięczny koszt 3 sztuk poduszek TMA w wysokości 3 397,59 zł. Bezsporne było to, że Zamawiający nie wymagał, by poduszka TMA była fabrycznie nowa, jak również z punktu widzenia wymagań Gospodarza postępowania o udzielenie zamówienia irrelevantny był tytuł prawny, którym dysponował wykonawca do omawianych poduszek. Jak podkreślał Odwołujący 2 w piśmie z dnia 27 kwietnia 2022 r. oraz 6 maja 2022 r. przedmiotem zarzutu było spełnienie przez poduszki TMA przyjęte przez ZABERD do kalkulacji ceny wymagań technicznych SST, a wątpliwości Odwołującego 2 oparte były na bardzo niskim koszcie podanym w wyjaśnieniach.

W ocenie Izby zarzutu niezgodności oferty ZABERD z warunkami zamówienia nie potwierdza przyjęty przez Przystępującego koszt 3 sztuk poduszek TMA w skali miesiąca. Dla uznania, iż w konkretnych okolicznościach faktycznych zachodzi przesłanka odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nie jest wystarczające stwierdzenie, że dany element składowy oferty został wyceniony na niskim poziomie. Zadaniem odwołującego się Wykonawcy jest wykazanie w jakim konkretnie zakresie oferta konkurenta jest sprzeczna z merytorycznymi wymaganiami przedmiotu zamówienia, czemu w okolicznościach rozpoznawanej sprawy Odwołujący 2 nie sprostał, poprzestając w istocie na własnych przypuszczeniach. Wobec powyższego Izba oddaliła wniosek dowodowy nr 6 zgłoszony przez Odwołującego 2 uznając, iż nie potwierdza on, że poduszka oferowana przez ZABERD nie spełnia wymogów SST.

Poz. 21 i 22 tabeli - Grupa prac nr 12 – Czystość na obiektach inżynierskich, Poz. 1.1, 3.1-3.2 - Mycie obiektu inżynierskiego, Czyszczenie elementów mostowych (gzymsy, przyczółki, nawierzchnia jezdni na całej szerokości, wyniesione pobocza i chodniki itp.), Mycie i czyszczenie barier i balustrad mostowych oraz Grupa prac nr 12 – Czystość na obiektach inżynierskich, Poz. 4.2 TER - Utrzymanie drożności przepustów – zarzuty zasadne w części dotyczącej kosztów zabezpieczenia prac, w zakresie kosztów utylizacji – zarzuty zasadne, bez wpływu na wynik postępowania. Niezasadne w zakresie dodatku za pracę w nocy

Odnosząc się do kwestii kosztów zabezpieczenia prac Izba podtrzymuje argumentację zawartą w poz. 13 tabeli odwołania, wobec czego niezasadne jest jej powtarzanie. Dodać należy, iż w toku rozprawy wykonawca ZABERD wprost oświadczył, że koszty zabezpieczenia prac, o których mowa w kwestionowanych przez Odwołującego 2 pozycjach TER grupy prac nr 12 zostały ujęte w grupie nr 11. Tymczasem jak wynika z punktu 5.2 SST nr D-10.10.01g oraz SST nr D-03.01.07b, przed przystąpieniem do robót należy, na podstawie wskazań Zamawiającego ustalić m.in. sposób zabezpieczenia robót i użytkowników drogi. Dalej zgodnie z punktem 5.3 SST nr D-10.10.01g, zabezpieczenie robót prowadzonych przy odbywającym się ruchu drogowym i pieszym na obiekcie oraz drogowym i pieszym lub kolejowym pod obiektem, należy do Wykonawcy.

Wobec powyższego niewątpliwie oferta ZABERD była sprzeczna z warunkami zamówienia w zakresie w jakim specyfikacja w punkcie 17.5 IDW wymagała, aby każda cena jednostkowa zawarta w ofercie obejmowała całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w formularzach oraz aby cena za jednostkę obejmowała wszystkie składniki kosztów (m.in. KP, KZ, Zysk, itp.), a także inne czynności opisane w SST (a w szczególności oznakowanie robót) – zgodnie z informacją formularzami TER dla poszczególnych grup prac, a wykonawca ZABERD koszty zabezpieczenia prac uwzględnił w ramach grupy prac nr 11.

Co do ujęcia kosztów utylizacji w cenie oferty wskazać należy, że Zamawiający nie przeczył, że w przypadku ww. pozycji z grupy prac nr 12 koszty utylizacji stanowiły element składowy wyceny. Z kolei wykonawca ZABERD nie odniósł się w toku rozprawy do ww. elementu kosztotwórczego. W świetle powyższego w ocenie Izby czynność ewentualnego odrzucenia oferty ZABERD winna zostać poprzedzona dodatkowym wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień, przy czym zważywszy, że Izba uwzględniła zarzut dalej idący dotyczący odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, odstąpiono od nakazania Zamawiającemu kontynuowania procedury wyjaśniającej, wobec braku wpływu na wynik postępowania zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Izba nie podzieliła natomiast stanowiska Odwołującego 2 jakoby w kalkulacji ZABERD nie przewidziano dodatku za pracę w nocy. Podniesiony zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie przede wszystkim z tej przyczyny, iż Odwołujący 2 nie odparł stanowiska

Zamawiającego, który wskazywał, że utrzymanie czystości na obiektach inżynierskich nie jest objęte obowiązkiem wykonywania prac w porze nocnej, ponieważ mycie większości elementów mostowych nie powoduje utrudnień w ruchu (elementy zlokalizowane są poza jezdnią).

Podsumowując powyższe rozważania Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty ZABERD jako niezgodnej z warunkami zamówienia potwierdził się w zakresie określonym w *petitum* odwołania w punkcie II lit. b ppkt 5 w części dotyczącej wymiarów kamienia narzutowego, ppkt 13 i 14 w części dotyczącej kosztów zabezpieczenia prac oraz dodatku za pracę w nocy, ppkt 15 oraz ppkt 21 i 22 w części dotyczącej kosztów zabezpieczenia prac, wobec czego nakazała Zamawiającemu odrzuceniu oferty Przystępującego z części 1 zamówienia.

W ocenie Izby nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty ZABERD w części 1 zamówienia, pomimo że złożone przez tego Wykonawcę wyjaśnienia w zakresie pozycji 1 – 22 tabeli odwołania omówionych szczegółowo powyżej nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

Izba wskazuje, iż aktualna pozostaje argumentacja prawna dotycząca problematyki ceny rażąco niskiej wskazana w ramach sprawy o sygn. akt: KIO 1019/22. Tym samym jej powielanie jest nieuzasadnione.

Odnośnie postawionego w odwołaniu zarzutu Izba odniesie się łącznie w zakresie poz. 1 – 22 tabeli odwołania, jako że argumenty, które legły u podstaw rozstrzygnięcia Izby są wspólne dla wszystkich pozycji.

Na wstępie wskazać należy, iż bezspornie wobec oferty wykonawcy ZABERD nie została spełniona żadna z przesłanek wskazanych w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Cena zaoferowana przez ZABERD jest bowiem niższa o ok. 7,11% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT oraz ok. 12% od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy Pzp.

Wykonawca ZABERD w toku postępowania o udzielenie zamówienia został wezwany na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia istotnych części składowych ceny oraz treści oferty w związku z wątpliwościami Zamawiającego dotyczącymi ewentualnego zaniżenia dwóch spośród czterech szczególnie istotnych grup prac, tj. 10a Zimowe utrzymanie dróg oraz 11 Zarządzanie Kontraktem. Dodatkowo Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy o złożenie wyjaśnień w zakresie trzech spośród pozostałych grup, których wartość znacząco różniła się od wyceny inwestorskiej oraz ofert pozostałych wykonawców, tj. grupy prac nr 3 Korpus

drogi, grupy prac nr 8 Estetyka oraz nr 12 Czystość na obiektach inżynierskich, jak również wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących pojedynczych cen jednostkowych, wskazanych przez Odwołującego 2 w piśmie z dnia 25.01.2022 roku.

Wykonawca ZABERD w wyznaczonym terminie złożył wyjaśnienia poziomu ceny zawierające szczegółową kalkulację w zakresie żądanym przez Zamawiającego wraz z licznymi dowodami, jednak w trakcie ich analizy Zamawiający powziął wątpliwości, co skutkowało wezwaniem Przystępującego do złożenia dalszych wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny i treści oferty. Wykonawca ZABERD udzielił stosownych wyjaśnień, popartych dowodami zgodnie z wezwaniem Zamawiającego.

Izba wskazuje, iż z analizy kalkulacji złożonej przez ZABERD wynika, że Wykonawca w przypadku grupy prac nr 1, 2, 3, 4, 7, 8, 9, 10a oraz 12 ujął w niej koszty robocizny w wysokości 22,32 zł/r-g we wszystkich pozycjach cenowych, a zatem na poziomie nieznacznie przekraczającym wysokość wynagrodzenia minimalnego określonego przepisami prawa, koszty sprzętu, koszty materiałów, koszty pośrednie, koszty zakupu oraz zysk. Jednocześnie w przypadku grupy prac nr 11 Wykonawca przedstawił szczegółową kalkulację zryczałtowanej miesięcznej ceny jednostkowej (załącznik 1b do pisma ZABERD z dnia 17 lutego 2022 r.) uwzględniającą w szczególności określone ilości brygad patrolowych, interwencyjnych i patrolowo-interwencyjnych wraz z potencjałem kadrowym, koszty paliwa dla pojazdów dokonujących patroli, koszty zespołu POK oraz dodatkowe koszty, w tym m.in. koszty amortyzacji pojazdów patrolowych, interwencyjnych i patrolowo – interwencyjnych, przyczepki U26 VMS, poduszki TMA, e-toll, inne. Ponadto ZABERD przedstawił założenia dotyczące przyjętego wynagrodzenia personelu z godzinami nocnymi oraz dofinansowaniem z PFRON. Dostrzec należy, iż złożone przez ZABERD wyjaśnienia zostały poparte dowodami w postaci ofert podwykonawczych wraz z kalkulacjami podwykonawców oraz ofertami dostawców. Co warte podkreślenia, część ofert podwykonawczych pochodziła od podmiotów, które na zlecenie wykonawcy ZABERD prowadziły prace na terenie Rejonu Kraków, przez co znana jest im specyfika i uwarunkowania świadczenia przedmiotowej usługi.

W ocenie Izby wymaga podkreślenia, że Odwołujący 2 w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie twierdził, iż wyjaśnienia ceny oferty złożone przez ZABERD są ogólne, niewyczerpujące, czy też nie czyniły zadość wezwaniom Zamawiającego. Odwołujący 2 nie podważał także dowodów złożonych przez ZABERD celem uwiarygodnienia oferowanych cen jednostkowych, w szczególności umów podwykonawczych wraz z kalkulacjami oraz ofert dostawców, czy też nie argumentował, iż złożone dowody są niewystarczające dla wykazania prawidłowości kalkulacji ceny.

Istota sformułowanego przez Odwołującego 2 zarzutu w powyższym zakresie sprowadzała się do twierdzenia, iż wykonawca ZABERD nie wycenił pełnego przedmiotu

zamówienia tzn. elementów niezbędnych do realizacji prac określonych w poszczególnych pozycjach TER np. materiałów czy sprzętów wynikających z SST oraz nie ujął w części pozycji istotnych wymogów zamówienia jak np. konieczności realizacji prac w porze nocnej. Jednocześnie zdaniem Odwołującego 2 złożone przez ZABERD wyjaśnienia były nieprawidłowe z tego powodu, że część kosztów została ujęta w kosztach pośrednich bez wyjaśnienia przyczyny takiego sposobu kalkulacji.

Jak już wskazano powyżej tytułem wstępu do rozważań w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp okoliczności faktyczne podniesione przez Odwołującego 2 przede wszystkim wskazywały na zasadność analizy oferty ZABERD pod kątem zgodności z warunkami zamówienia. W ocenie Izby zgodzić należy się z Odwołującym 2, iż po stronie wykonawcy leży obowiązek wyceny pełnego przedmiotu zamówienia. Wskazać jednak należy, iż fundamentalnym celem procedury wyjaśnień poziomu ceny jest uzyskanie potwierdzenia realności zaoferowanej przez wykonawcę ceny. Tym samym okoliczność, iż w wyjaśnieniach ceny oferty wykonawca w odniesieniu do poszczególnej pozycji kosztorysowej nie wskazał wprost, że ujął nawet najdrobniejsze elementy składowe właściwe dla danego rodzaju usługi nie oznacza automatycznie, że przedmiot zamówienia został wyceniony na poziomie rażąco zaniżonym. Dostrzec należy, iż w przypadku procedury rażąco niskiej ceny co do zasady sposób przedstawienia wyjaśnień cenowych oraz założeń kalkulacyjnych pozostaje w gestii wykonawcy, przy czym stopień szczegółowości wyjaśnień może być determinowany wezwaniem zamawiającego.

W ocenie Izby uchybienia stwierdzone w ofercie ZABERD w zakresie niezgodności z warunkami zamówienia nie przekładały się na rażąco niską cenę. Takiego wniosku nie można wyprowadzić z uwagi na objęcie przedmiotem świadczenia kamienia czy siatki o wymiarach niezgodnych z SST. Także przeniesienie kosztów zabezpieczenia prac oraz związanego z tym dodatku za pracę w nocy w przypadku grupy prac nr 8 oraz 12 (bez dodatku za pracę w nocy) do grupy prac nr 11 nie stanowi o rażącym zaniżeniu ceny oferty.

Ponadto całokształt okoliczności niniejszej sprawy prowadzi do wniosku, iż Odwołujący 2 nie podważył prawidłowości kalkulacji ceny oferty złożonej przez ZABERD, popartej stosownymi dowodami. W szczególności podkreślić należy, iż Odwołujący 2 w odniesieniu do żadnej pozycji objętej odwołaniem nie wykazał, iż skalkulowana przez ZABERD cena jednostkowa jest ceną nierynkową. Co więcej, Odwołujący 2 w złożonym odwołaniu nie polemizował z wysokością poszczególnych cen kosztorysowych, w szczególności nie wykazał jaki poziom należałoby uznać za realny. Podstawy do stwierdzenia, że ceny jednostkowe oferowane przez ZABERD uniemożliwią należyłą realizację zamówienia bez straty dla Wykonawcy nie dały także złożone przez Odwołującego 2 dowody. Żaden ze złożonych dowodów nie wskazywał na nierealny poziom wyceny konkretnej pozycji kosztorysowej. W konsekwencji Izba nie znalazła podstaw do podważenia

złożonych przez ZABERD dowodów dotyczących cen jednostkowych oferowanych przez wykonawców w innych analogicznych postępowaniach, które nie sięgają dalej niż roku wstecz, oddając tym samym trendy rynkowe w zakresie kosztów wykonania zamówienia.

Wobec powyższego w ocenie Izby brak było podstaw do uznania, iż oferta ZABERD winna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. Tym samym ww. zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

W zakresie sformułowanego w żądaniach odwołania wniosku o odrzucenie oferty ZABERD z uwagi na błąd w obliczeniu ceny, na podstawie kompleksowej lektury odwołania oraz stanowiska procesowego Odwołującego 2 prezentowanego w toku rozprawy Izba uznała, że nie skonkretyzowano zarzutu w powyższym zakresie.

W sprawach o sygn. akt: KIO 936/22 oraz KIO 1019/22 o kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 zd. pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Z kolei w sprawie o sygn. akt: KIO 1020/22 o kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z ust. 5 ww. rozporządzenia. Zważywszy na wagę uwzględnionych zarzutów podniesionych w odwołaniu oraz daleko idące konsekwencje dla przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia Izba odstąpiła od rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego między Stronami, obciążając w całości tymi kosztami Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....