

**WYROK**

**z dnia 9 października 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Anna Packo**

**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 października 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 września 2020 r. przez wykonawcę

**Saferoad Grawil Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Włocławku**

w postępowaniu prowadzonym przez

**Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad – Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie**

przy udziale wykonawcy **P. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Budowlano-Transportowe P. D. z siedzibą w Dzwonowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. uwzględni odwołanie i nakazuje Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla części 16. i 17. zamówienia oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert dla części 16. i 17. zamówienia, w tym wyjaśnienie kwestii wysokości cen wskazanych w tabeli „Zbiorcze zestawienie kosztów. Kosztorys ofertowy” w ofercie wykonawcy P.D. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Budowlano-Transportowe P. D.,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Saferoad Grawil Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością tytułem wpisu od odwołania,**
- 2.2. zasądza od Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie na rzecz Saferoad Grawil Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Szczecinie.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „zimowe utrzymanie dróg w latach 2020-2023 (trzy sezony zimowe) w administracji Oddziału GDDKiA w Szczecinie z podziałem na 20 części” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 26 czerwca 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 122-299464. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

### I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący – Saferoad Grawil Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na wadliwą ocenę ofert wykonawcy P. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Budowlano-Transportowe P. D., zwanego dalej Przystępującym” w części nr 16 i 17 postępowania oraz wybór ofert złożonych przez Przystępującego w części nr 16 i 17 postępowania;

2. art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na:

a) wadliwą ocenę ofert złożonych przez Przystępującego – zaniechanie zbadania rażąco niskich cen składowych tych ofert celem wykluczenia podstaw do odrzucenia tych ofert jako ofert stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji,

b) zaniechanie wezwania do wyjaśnienia istotnych części składowych ww. ofert, które są rażąco niskie w związku z zaoferowaniem przez Przystępującego rażąco niskich i nierealnych cen jednostkowych,

c) uznanie, że ceny i ich istotne części składowe ww. ofert Przystępującego nie budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nie wydają się rażąco niskie;

3. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ze względu na zaniechanie odrzucenia ww. ofert jako ofert stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji,

4. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na uznanie, że ceny ww. ofert nie są rażąco niskie,

5. art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na wybór oferty, która podlega odrzuceniu a w konsekwencji,

6. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o:

1. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym,

2. rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

a) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego w części nr 16 i 17 postępowania,

b) nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert i odrzucenie ofert złożonych przez Przystępującego w części nr 16 i 17 postępowania jako ofert stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji i/lub jako ofert, których istotne części składowe ceny są rażąco niskie, oraz dokonanie oceny oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w części nr 16 i 17, a w przypadku oddalenia zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i/lub art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych – nakazanie Zamawiającemu wezwania do wyjaśnienia ceny, istotnych części składowych, cen jednostkowych ofert Przystępującego w części nr 16 i 17 postępowania celem zbadania, czy ww. oferty są rażąco niskie,

c) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego wyboru oferty w części nr 16 i 17 postępowania spośród ofert niepodlegających odrzuceniu,

3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że podstawą odwołania jest zaoferowanie przez Przystępującego w części 16 i 17 postępowania ceny jednostkowej za jednokrotne utrzymanie chodników w sezonie na poziomie 0,01 zł (cena jednostkowa netto; załącznik nr 1.d) oraz ceny jednostkowej za załadunek i wywóz śniegu. Bazując na ww. stawce jednostkowej Przystępujący oszacował wartość całego zadania w części nr 16 postępowania za 3 sezony zimowe na łączną kwotę 1,11 zł brutto. Kwota ta jest rażąco zaniżona oraz nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. Łączna długość chodników do utrzymania wynosi 9,652 km, a Zamawiający określił szacunkowo ilość usług w zakresie zimowego utrzymania

chodników w sezonie na 30. Przystępujący przewidział wykonanie jednej całej usługi kompleksowego utrzymania chodników o długości prawie 10 km za kwotę 0,01 zł. Analogicznie w części nr 17 Postępowania wartość zadania za 3 sezony zimowe Przystępujący oszacował na łączną kwotę 1,48 zł brutto przy konieczności utrzymania chodników o łącznej długości 8,07 km i szacowanej na 20 ilości usług (na każdy odcinek) w zakresie zimowego utrzymania chodników w sezonie.

W zakresie ceny jednostkowej dotyczącej załadunku i wywozu śniegu w obu częściach Przystępujący zaoferował jako cenę jednostkową 0,01 zł netto oraz łączną wartość zamówienia za 3 sezony 14,76 zł brutto (załącznik nr 1.a).

Zgodnie z wymaganiami punktu 15.6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia „cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w Tomach II-IV SIWZ. Koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których w kosztorysie nie ujęto w odrębnych pozycjach, Wykonawca powinien ująć w cenach jednostkowych pozycji opisanych w kosztorysie. Wszelkie ewentualne rabaty (upusty) należy ująć w poszczególnych cenach jednostkowych”. Zgodnie z § 3 ust. 2 wzoru umowy „podstawą do rozliczenia wykonanej usługi będą ceny jednostkowe zawarte w kosztorysach ofertowych w formie Tabel Elementów Rozliczeniowych”. Poza sporem pozostaje zatem fakt, że ceny jednostkowe to istotne części składowe całkowitej ceny ofertowej, które mają zasadnicze znaczenie dla rozliczeń umowy.

Zaoferowanie przez Przystępującego ceny 0,01 zł za określone pozycje kosztorysu oraz zawyżenie wyceny innych pozycji kosztorysu (celem pokrycia minimalnych kosztów realizacji usług za określone zaniżone usługi) stanowi manipulację stawkami kosztorysu, kwalifikowaną jako czyn nieuczciwej konkurencji, co skutkuje obowiązkiem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (tak wyrok KIO 2046/14, w którym skład orzekający uznał, że działanie wykonawcy polegające na zaoferowaniu ceny 1 grosz stanowi czyn nieuczciwej konkurencji).

Zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji ceny jednostkowe usług muszą odzwierciedlać realne dla nich koszty, a odstępstwo od prawidłowego skalkulowania cen usług – bez powiązania ich z realnymi kosztami stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Przystępujący zastosował niedopuszczalne prawem praktyki manipulowania cenami jednostkowymi celem zaoferowania Zamawiającemu nie jak najkorzystniejszych warunków, czy konkurowanie ceną, a jedynie nieuczciwe wykorzystanie przyjętych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia postanowień, co do rozliczenia za usługi ciągłe i okresowe, co zagraża interesowi nie tylko innych przedsiębiorców, ale przede wszystkim Zamawiającego.

Wykonawca składając ofertę nie ma pełnej swobody w kreowaniu cen, w szczególności nie ma możliwości oferowania cen towarów i usług poniżej cen ich zakupu lub wykonania, gdyż

sytuacja taka może prowadzić do zarzutu oferowania cen dumpingowych, w konsekwencji do postawienia zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji (tak wyrok KIO 817/16). Przejawem czynu nieuczciwej konkurencji jest sytuacja, gdy wykonawca dokonuje kalkulacji części cen jednostkowych w sposób nierentowny, odbiegający od kosztów ponoszonych na wykonanie tego rodzaju zadania, innych zaś relatywnie wysoko, bilansując koszty na różne elementy zamówienia i zakładając, że określone z nich wykona z większą niż zakładana przez zamawiającego częstotliwością. Ma to miejsce w szczególności, gdy ceny jednostkowe pełnią funkcję samodzielnych cen, w oparciu o które jest naliczane wynagrodzenie za wykonanie wyodrębnionych prac lub dostaw (wyrok KIO 1457/15). W niniejszym przypadku nie ma żadnej możliwości, aby za wskazane stawki jednostkowe 0,01 zł wykonać jakiegokolwiek usługi, a tym bardziej w zakresie utrzymania tak długich ciągów chodników.

Odwołujący zaprezentował własne wyliczenie kosztów bezpośrednich związanych z wykonywaniem usług utrzymania chodników, opracowane na podstawie średnich cen paliw w kraju, cen roboczogodzin robocizny i pracy sprzętu na podstawie ORGBUD-SERWIS w II kwartale 2020 roku oraz danych własnych. Wywóz śniegu – 10,84 zł/m<sup>3</sup>, odśnieżanie i zwalczanie gołoledzi chodników – 0,0338 zł/m<sup>2</sup> dla zadania nr 16 i 0,0389 zł/m<sup>2</sup> dla zadania nr 17, przy czym koszty te nie uwzględniają kosztów dysponowania sprzętem do odśnieżania i likwidacji gołoledzi chodników tj. traktorka wyposażonego w pług i rozsyrywacz.

Natomiast u Przystępującego cena jednostkowa netto za jednokrotne utrzymanie m<sup>2</sup> wynosi 0,00000104 zł dla zadania nr 16, a dla zadania nr 17 – 0,00000324 zł (chodniki Recz – Stara Korytnica) oraz 0,00000202 zł (chodniki Stara Korytnica – Piława). Zatem cena jednostkowa za utrzymanie chodników, zaoferowana przez Przystępującego, nie uwzględnia nawet w minimalnym zakresie kosztów bezpośrednich świadczenia tego typu usług.

Działanie Przystępującego w postaci zaoferowania rażąco niskiej ceny jednostkowej (istotnej części zamówienia) na poziomie 1 grosza stanowi działanie, które może prowadzić do zniekształcenia określonych interesów i zachowań gospodarczych w przeciętnych warunkach praktyki rynkowej (w branży usług utrzymaniowych), a które jednocześnie prowadzi do pogorszenia sytuacji innego przedsiębiorcy na tym konkurencyjnym rynku, poprzez naruszenie w tym zakresie jego interesu

W innych postępowaniach przetargowych Przystępujący oferował znacznie wyższą cenę jednostkową za usługi utrzymania chodników. W postępowaniu przetargowym Zamawiającego (GDDKiA Szczecin) na „utrzymanie czystości i porządku na jezdniach i chodnikach oraz utrzymanie zieleni w pasie drogowym dróg krajowych: nr S-3, 6, 10, 11, 13, 20, 22, 23, 25, 26, 31, 37 w latach 2020/2023 – 22 części” w części nr 15, 18, 19 i 20 określił w maju 2020 r. jako cenę jednostkową utrzymania chodników na poziomie 0,20 zł (w każdej z tych części jego oferta została uznana za najkorzystniejszą).

Określenie przez Przystępującego ceny jednostkowej na poziomie 0,01 zł jest rażąco niskie (spekulacyjne) i było ewidentnie tworzone w oderwaniu od ponoszonych przez tego wykonawcę kosztów i ich przyjęcie ma na celu wyciągnięcie korzyści z innych objętych zamówieniem usług, przy całkowitym pominięciu (niewkalkulowaniu) rzetelnego oszacowania ceny jednostkowej za utrzymanie kluczowego (istotnego) elementu całego zamówienia, jakim jest kompleksowe utrzymanie kilkunastu kilometrów chodników (w obu częściach zamówienia). Działanie Przystępującego w postaci *de facto* braku oszacowania zgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia ceny jednostkowej to nie tylko rażąco niskie zniżenie istotnej części ceny oferty (w obu częściach zamówienia), ale także naruszenie dobrych obyczajów obowiązującymi w praktyce gospodarczej.

W punkcie 15.6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wskazał, że „koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których w kosztorysie nie ujęto w odrębnych pozycjach, Wykonawca powinien ująć w cenach jednostkowych pozycji opisanych w kosztorysie”. W przypadku usług utrzymania chodników nie ma możliwości wykonania tych usług „przy okazji” realizacji innych usług związanych z utrzymaniem zimowym drogi. Czynności wykonywane na chodnikach wymagają użycia określonego sprzętu i zaangażowania dedykowanego personelu. Oznacza to, że nie było możliwości kosztów towarzyszących usługom utrzymania chodników wkalkulować w inne pozycje kosztorysu. W niniejszym przypadku Przystępujący, wbrew wymaganiom specyfikacji istotnych warunków zamówienia, musiał uwzględnić (przerzucić) koszty utrzymania chodników do innych pozycji, co musi być uznane za przejaw manipulacji stawkami jednostkowymi.

Według Odwołującego przesądza to o obowiązku odrzucenia oferty Przystępującego nie tylko na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, ale także na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jako oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji.

## II Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie oraz o obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa procesowego Zamawiającego.

Zamawiający wskazał, że przygotował i przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego zasady opisanej w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Odwołujący ograniczył do wskazania tego przepisu, nie wskazując na okoliczności faktyczne,

które miałyby świadczyć o naruszeniu przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców lub proporcjonalności i przejrzystości. Prawidłowe sformułowanie zarzutu wymaga podania w sposób możliwie dokładny okoliczności faktycznych uzasadniających zarzut. Uznać zatem należy, że w zakresie tym zarzut Odwołującego, jako sformułowany wadliwie, nie podlega rozpoznaniu. Naruszenia art 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych można dokonać jedynie poprzez udzielenie zamówienia (zawarcie umowy). W niniejszym postępowaniu umowa nie została zawarta, a tym samym zarzut naruszenia ww. przepisu jest niezasadny.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający stwierdził, że zgodnie z tym przepisem, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Odwołujący nie sformułował zarzutu, że cena którejkolwiek kwestionowanych ofert jest rażąco niska. Zarzut taki postawiony został jedynie w stosunku do dwóch elementów składowych tych cen – stawek jednostkowych za wywóz śniegu i odśnieżanie chodników.

W pierwszej kolejności należy zatem dokonać oceny, czy te stawki jednostkowe są takimi częściami ceny oferty, którym należy przypisać charakter części składowych, które w sposób istotny wpływają na cenę oferty. Stosownie bowiem do treści art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający dokonuje badania pod kątem rażąco niskiej ceny tylko tych części składowych, którym taki charakter można przypisać. Jak wynika z treści odwołania, Odwołujący oceny takiej dokonał wyłącznie poprzez treść zapisu § 3 ust. 2 wzoru umowy, zgodnie z którym podstawą do rozliczenia wykonanej usługi będą ceny jednostkowe zawarte w kosztorysach ofertowych w formie Tabel Elementów Rozliczeniowych, wywodząc, że taki zapis powoduje, iż w ogóle poza sporem jest, że ceny te mają charakter istotnych części składowych całkowitej ceny ofertowej. Z takim stanowiskiem nie sposób się zgodzić. Niewątpliwie każda z cen jednostkowych zawartych w formularzu ofertowym jest ceną odrębną i samodzielną i stanowi podstawę dla rozliczenia wykonanej usługi. Fakt ten nie czyni jednak *a priori* każdej z nich istotną częścią składową całkowitej ceny ofertowej. Ustawodawca nie wyjaśnia znaczenia zwrotu „istotna część składowa”, jednakże na podstawie orzecznictwa KIO można wskazać, że są to ceny cząstkowe, które w znacznym stopniu przyczyniają się do powstania ceny całkowitej, a więc zasadniczo dotyczące elementów/pozycji istotnych dla całości przedmiotu zamówienia (wyrok KIO 1870/17). Istotny charakter mają takie części składowe ceny lub kosztu, które w sposób wymierny przekładają się na ich wysokość, a tym samym na cenę oferty (wyrok KIO 2717/17). Tym samym



dokonanie oceny, czy cena jednostkowa jest istotną częścią składową ceny ofertowej, a tym samym, czy winna podlegać badaniu dla oceny, czy ma charakter rażąco niskiej, powinno następować przy zastosowaniu różnych kryteriów, w zależności od okoliczności konkretnej sprawy.

Ustawodawca wskazał też, iż cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, mają budzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami. Tylko zatem, gdy cena jednostkowa dotyczy istotnej części zamówienia i zamawiający ma wątpliwości, czy przy zastosowaniu tych cen przedmiot zamówienia zostanie wykonany prawidłowo, uprawniony jest do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Zatem Zamawiający winien był w pierwszej kolejności dokonać oceny, czy wywóz śniegu i odśnieżanie chodników są istotnymi częściami zamówienia na zimowe utrzymanie dróg w części nr 16 i 17. Zamawiający szczegółowo dokonał takiej oceny, uznając w efekcie, że w okolicznościach niniejszej sprawy nie sposób czynnościom tym przypisać charakteru istotnego.

Przedmiotem zamówienia jest zimowe utrzymanie drogi. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny określił, które prace w ramach realizacji tego zamówienia, mają dla niego istotne znaczenie. Dokonał tego poprzez: a) wskazanie, że prace w tabeli 1b mają charakter zasadniczy, a ujęte w tabelach 1a i 1d mają charakter robót towarzyszących, b) określenie różnego sposobu podejmowania tych prac – roboty towarzyszące wykonywane są dopiero po otrzymaniu polecenia do Zamawiającego, a rozpoczęcie prac zasadniczych takiego polecenia nie wymaga, c) określenie różnego sposobu rozliczania dla robót zasadniczych i towarzyszących – dla robót zasadniczych przewiduje się wynagrodzenie miesięczne, którego podstawą będą ceny jednostkowe zawarte w kosztorysach ofertowych, ale nie będzie ono niższe niż wynagrodzenie gwarantowane. Wynagrodzenie za prace towarzyszące nie jest elementem wynagrodzenia gwarantowanego.

Czynności wywozu śniegu i odśnieżania chodników w okolicznościach niniejszego postępowania nie mogą zostać uznane za istotne części zamówienia, również ze względu na ich charakter i zakres. Jeśli chodzi o wywóz śniegu, to prace ujęte w tabeli 1a będą wykonywane tylko, gdy Zamawiający wyda polecenie ich wykonania. W oparciu o dotychczasowe doświadczenia Zamawiającego, na terenie województwa zachodniopomorskiego polecenia takie wydawane są sporadycznie – w latach 2015-2020 czynności te nie były zlecane przez Zamawiającego w żadnym z rejonów, a ostatnie zlecenie w tym zakresie wydane zostało w 2013 r. Uznać zatem należy, że nie jest naruszeniem przepisów takie skalkulowanie ceny ofertowej, w której koszt wywozu śniegu nie ma istotnego wpływu na jej ostateczną wysokość. Działaniu takiemu nie można również przypisać znamion czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ustawy o zwalczaniu

nieuczciwej konkurencji, albowiem w żaden sposób nie zagraża i nie narusza ono interesów innych wykonawców. W cenie oferty Odwołującego cena za wywóz śniegu stanowi jedynie 0,28%.

Co do utrzymania chodników – przedmiotem przetargu jest zimowe utrzymanie drogi, a zatem budowli wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi, urządzeniami oraz instalacjami, stanowiącej całość techniczno-użytkową, przeznaczoną do prowadzenia ruchu drogowego, zlokalizowaną w pasie drogowym. Zamawiający w załączniku 1b nakazał w stawce za 1 km drogi zawrzeć koszt utrzymania drogi na całej szerokości jezdni wraz z jej wszystkimi elementami, ale z wyłączeniem chodników. Wyłączenie to wynika z faktu, że co do zasady chodniki w pasach drogowych dróg krajowych również w zimie utrzymywane są w ramach umów na „utrzymanie czystości i porządku na jezdniach i chodnikach oraz utrzymania zieleni”. Chodniki, które mają być utrzymywane w ramach umów zawartych w wyniku niniejszego przetargu i zostały wykazane w zał. 1d, są to nieobjęte tymi zamówieniami na utrzymanie czystości krótkie odcinki chodników w małych wsiach i poza nimi, najczęściej rzadko uczęszczane oraz krótkie odcinki chodników przy zatokach autobusowych (odsnieżanie samych zatok autobusowych przy tych chodnikach wykonywane jest w ramach rozliczenia zasadniczego – tabela 1b). Z tych względów Zamawiający uznał, że odsnieżanie tych chodników, bez istotnego uszczerbku dla bezpieczeństwa użytkowników ruchu, może odbywać się tylko na zlecenie i w zakresie istotnie mniejszym niż przewiduje się w umowach na utrzymanie czystości.

W ramach umowy na zimowe utrzymanie dróg, w zakresie chodników i ścieżek rowerowych Zamawiający wymaga, aby: 1) odsnieżanie chodników odbywało się przy pomocy urządzeń mechanicznych, 2) chodnik był odsnieżony na min. 1 m szerokości, 3) do 6 godzin po ustaniu opadu dopuszcza się cienką warstwę do 2 cm grubości śniegu posypaną materiałem uszorstniającym, 4) w przypadku wystąpienia ciągłych (nieprzerwanych) opadów śniegu odsnieżanie ciągów chodników i ścieżek rowerowych winno być prowadzone w taki sposób, aby była zapewniona drożność na chodnikach i ścieżkach objętych akcją. Natomiast w ramach umów na utrzymanie czystości, utrzymanie chodników – zimowe obejmuje: 1) oczyszczanie z zalegającego śniegu oraz likwidację śliskości na wyznaczonych odcinkach chodników oraz przejściach dla pieszych w ciągu chodników, a także zbieranie wszelkich nieczystości (widocznych śmieci) przy użyciu specjalistycznego sprzętu lub ręcznie, 2) typowe utrzymanie zimowe wykonywane jest wg potrzeb, tj. w przypadku wystąpienia niekorzystnych warunków atmosferycznych, 3) do wyceny należy przyjąć, iż typowe utrzymanie zimowe realizowane będzie od początku listopada do końca marca oraz obejmować będzie oczyszczanie z zanieczyszczeń. W sytuacji braku typowego zimowego utrzymania utrzymanie chodników zimowe należy przyjąć oczyszczanie chodników jak w pozostałych miesiącach (letnich), 4) Wartość usługi w zakresie typowego utrzymania

zimowego będzie liczona za rzeczywiste powierzchnie, nie mniej niż: - chodniki odśnieżone i posypane na szerokości min 1 m, - ciągi pieszo-rowerowe i rowerowe odśnieżone i posypane na szerokości min. 2 m – w zakresie oczyszczania z zanieczyszczeń utrzymaniu podlega cała powierzchnia chodnika w nietypowych warunkach zimowych lub powierzchnia odśnieżona w typowych warunkach zimowych, 5) wykonawca powinien być przygotowany w takim stopniu, aby rozpoczął działanie w ciągu ... godzin (ilość godzin zadeklarowana przez wykonawcę, maksymalnie 2,5 godz.) od chwili ustania opadów w danej miejscowości lub powzięcia decyzji przez przedstawiciela Zamawiającego o konieczności przedmiotowych działań.

Powyższe porównanie w sposób jednoznaczny wskazuje na całkowicie odmienne zakresy obowiązków wykonawcy i oczekiwań Zamawiającego. Dokonując zatem analizy cen jednostkowych zaoferowanych przez wybranego wykonawcę w zakresie utrzymania chodników w ramach niniejszego przetargu, Zamawiający w sposób prawidłowy ocenił, że nie są one takimi częściami ceny za wykonanie zamówienia, które mają charakter istotny, W ocenie Zamawiającego, mając na uwadze powyższe, nie można zgodzić się z twierdzeniem odwołania, że Przystępujący dokonał manipulacji cenami jednostkowymi polegającej na rażącym zaniżeniu cen jednostkowych usług zimowego utrzymania chodników oraz załadunku i wywozu śniegu i przerzuceniu kosztów tych usług na inne ceny jednostkowe w celu osiągnięcia sprzecznej z prawem korzyści.

Zamawiający, mając na względzie cel zamówienia i jego prawidłowe wykonanie, uznał, że nie są w sprawie wyczerpane przesłanki art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, dla wezwania do złożenia wyjaśnień. Wykonawca ma prawo do optymalizacji kosztów i własnej kalkulacji, opartej na dotychczasowym doświadczeniu. Wewnętrzna kalkulacja poszczególnych elementów cennika pozostaje suwerenną decyzją wykonawcy i tak długo, jak nie narusza ona innych znajdujących zastosowanie przepisów prawa, pozostaje zgodna z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający nie podzielił też stanowiska Odwołującego, że w okolicznościach niniejszej sprawy oferta złożona przez Przystępującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z definicją, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ubieganie się o udzielenie zamówienia stanowi w każdym przypadku element konkurencji, nie w każdym przypadku jednakże złożenie oferty z niższą ceną stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Przesłanką zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych jest udowodnienie zaniżenia cen w celu eliminacji innych przedsiębiorców z rynku.

Ceny ofert obu wykonawców wynoszą: 1) dla zadania nr 16 – Odwołujący 6.219.173 zł, Przystępujący 4.239.803,74 zł. Różnica cen ofert to 1.979.369,26 zł, natomiast różnica cen

za wywóz śniegu i utrzymanie chodników to 774.884,13 zł, 2) dla zadania nr 17 – Odwołujący 7.462.955,79 zł, Przystępujący 6.557.550,66 zł. Różnica w cenach ofert to 905.405,13 zł, natomiast różnica cen za wywóz śniegu i utrzymanie chodników to 786.837,15 zł. W obu zatem przypadkach, nawet gdyby Przystępujący oszacował koszt wywozu śniegu i odśnieżania chodników tak jak Odwołujący, którego wycena w tym zakresie również trzykrotnie przewyższa ceny zaproponowane przez wykonawcę Transmasz, to i tak wybranym wykonawcą pozostałby Przystępujący. Tym samym uznać należy, że działania tego wykonawcy nie zrodziły skutku w postaci zdobycia przez niego przewagi konkurencyjnej i w konsekwencji uzyskania przedmiotowego zamówienia. Ceny za odśnieżanie chodników zaproponowane przez Odwołującego na zadaniach nr 16 i 17 istotnie różnią się również od ceny zaproponowanej przez wykonawcę Transmasz.

Zatem w niniejszej sprawie nie zaistniały podstawy ku temu, aby przypisać Przystępującemu popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający podkreślił, że Odwołujący nie podnosi zarzutu rażąco niskiej ceny oferty a zarzut rażąco niskich cen jednostkowych tej oferty. Stosownie do wskazanego w tym zarzucie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. W przepisie tym jest mowa o rażąco niskiej cenie „w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Chodzi tu zatem zasadniczo o cenę całkowitą odnoszoną co całości przedmiotu zamówienia. W przepisie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, regulującym przesłanki wszczęcia procedury wyjaśniającej, jest mowa o sytuacji, w której cena lub koszt, lub ich „istotne części składowe” wydają się rażąco niskie i budzą wątpliwości. Ziszczenie się dyspozycji tego przepisu skutkuje wszczęciem procedury wyjaśniającej. Jednakże analogicznej regulacji nie ma w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nawet zatem prowadzenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny w odniesieniu jedynie do dwóch cen jednostkowych składających się na ostateczną cenę oferty nie może prowadzić do wniosku, że cena oferty jest rażąco niska. Rażąco niska cena jednostkowa nie stanowi bowiem o rażąco niskiej cenie oferty. Nie można zatem odrzucić oferty na tej podstawie, że jeden z elementów ceny oferty jest niedoszacowany (wyrok KIO 2467/17, KIO 2338/19). Pozostałe elementy ceny ofertowej Przystępującego są skalkulowane prawidłowo, niekwestionowane, a nawet wyższe niż w ofercie Odwołującego. W orzecznictwie Izby doprecyzowano, że może podlegać odrębnemu badaniu pod kątem ceny rażąco niskiej wyodrębniona część ceny oferty, która stanowi odrębne kryterium oceny ofert. Oczywistym jest bowiem, że w tej sytuacji brak jest możliwości przenoszenia kosztów między usługami, których ceny stanowią oddzielnie oceniane kryteria oceny ofert. Z taką sytuacją nie mamy jednak do czynienia w niniejszej sprawie. W odwołaniu zakwestionowano jedynie realność ceny na usługę wywozu śniegu i odśnieżania chodników. Odwołujący nie

kwestionuje realności kalkulacji ceny ofertowej w pozostałym zakresie, a w szczególności ceny pracy sprzętu (1-2 i 3 krotnego) utrzymania drogi na całej szerokości jezdni.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ustalenie przesłanek skutkujących odrzuceniem oferty następuje w toku badania ofert a przed ich oceną w oparciu o przyjęte przez zamawiającego kryteria oceny ofert. Oferty podlegające odrzuceniu nie są poddawane ocenie, wobec czego nie są uwzględniane w rankingu ofert. Zatem z formalnego punktu widzenia naruszenie przepisu art. 91 ust. ustawy Prawo zamówień publicznych nie może polegać na wyborze oferty, która powinna zostać odrzucona. W niniejszym postępowaniu Zamawiający określił kryteria: cena – 60%, stawka ryczału – 18%, park maszynowy – 12%, czas reakcji – 10%. W treści odwołania Odwołujący nie wskazał, które z tych kryteriów naruszył Zamawiający dokonując wyboru oferty Przystępującego.

### III Stanowisko Przystępującego

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonywa P. D. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Budowlano-Transportowe P. D. .

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W odpowiedzi na zarzuty Przystępujący stwierdził, że Odwołujący wskazuje na manipulację cenami ze względu na zestawienie pozycji cenowych, natomiast Zamawiający skonstruował specyfikację istotnych warunków zamówienia w specyficzny sposób, tj. inaczej podchodząc do rozliczenia kosztów stałych w wynagrodzeniu ryczałtowym, gwarantowanym wykonawcy, a inaczej do kosztów rozliczanych obmiarowo. Pozycje wycenione w jego ofercie na jeden grosz, to wynagrodzenie dodatkowe w momencie, kiedy pojawi się konieczność wykonania tego rodzaju czynności. Opis przedmiotu zamówienia w punkcie 1.4.36 definiuje pojęcie ryczału wskazując na wynagrodzenie gwarantowane z tytułu prowadzenia zasadniczych prac. Odwołujący wskazał, że pozycje te są kluczowe i zasadnicze, zgadza się więc z tą definicją. Ryczałt to 15% wynagrodzenia zasadniczego i u Przystępującego, i u Odwołującego. Dopiero gdy pojawiają się obowiązki dodatkowe, do ceny ryczału będzie doliczana wartość tych usług. 15% ceny to około 800.000 zł dla zadania nr 17 i 517.000 zł dla zadania nr 16, co daje Przystępującemu odpowiednio miesięczny ryczałt 44.427.74 zł netto i 28.724.85 zł netto. W tej kwocie wykonywane będą zasadnicze prace zimowego utrzymania. Przystępujący nie wystawi faktury za oczyszczanie chodników czy wywóz śniegu. Punkty 7.5 – 7.14 opisu przedmiotu zamówienia wyjaśniają rozliczanie ryczału. Wynagrodzenie ryczałtowe to wynagrodzenie gwarantowane, a jego konstrukcja jest taka, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie mówi o żadnej liczbie wyjazdów, mówi

natomiast, że jeśli wartość usług przekroczy kwotę gwarantowaną, to wypłacane jest wynagrodzenie ryczałtowe wraz z dopłatą tej różnicy. Zgodnie z punktem 7.11 opisu przedmiotu zamówienia wynagrodzenie gwarantowane może ulec waloryzacji. W punkcie 9.3 opisu przedmiotu zamówienia opisano odbiory – z postanowienia tego wynika, że są to trzy razy po sześć miesięcy, co pozwala obliczyć wskazane 800.000 zł i 517.000 zł. Przystępujący podkreślił, że niniejsze usługi nie są kosztorysowane jak roboty budowlane, gdzie każda pozycja jest osobno wyceniana.

Zdaniem Przystępującego odwołanie jest wadliwie wniesione, a oferta Przystępującego jest realistyczna. Poza tym bez wezwania na podstawie art. 90 lub art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie można odrzucić oferty.

Przystępujący nie oferuje świadczeń poniżej kosztów świadczenia. W poprzednich latach nie było konieczności wykonywania przedmiotowych czynności, a Przystępujący również zaoferował wartość jednego grosza. Świadczenie dotyczące chodników i śniegu ma charakter wypadkowy. Przystępujący nigdy też nie miał naliczanych kar umownych w zakresie utrzymania chodników lub wywozu śniegu.

Podkreślił, że ze strony Przystępującego nie ma miejsca ani rażąco niska cena, ani czyn nieuczciwej konkurencji czy też inne nieuczciwe praktyki. Jeśli Zamawiający mówi o nieistotności i istotności, to ma na myśli, iż istotą świadczenia nie jest utrzymanie chodnika, tylko dróg i z tego punktu widzenia ocenia istotność.

#### IV Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania w zakresie postawionych zarzutów nie jest sporny między Stronami i Przystępującym.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron i Przystępującego, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przetargowego przedstawionej przez Zamawiającego oraz stanowisk Stron i Przystępującego przedstawionych w pismach procesowych i podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: choć nie wszystkie wskazane przez Odwołującego naruszenia potwierdziły się, odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na wadliwą ocenę ofert wykonawcy P. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Budowlano-Transportowe P. D., zwanego dalej Przystępującym” w części nr 16 i 17 postępowania oraz wybór ofert złożonych przez Przystępującego w części nr 16 i 17 postępowania;

2. art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na:

a) wadliwą ocenę ofert złożonych przez Przystępującego – zaniechanie zbadania rażąco niskich cen składowych tych ofert celem wykluczenia podstaw do odrzucenia tych ofert jako ofert stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji,

b) zaniechanie wezwania do wyjaśnienia istotnych części składowych ww. ofert, które są rażąco niskie w związku z zaoferowaniem przez Przystępującego rażąco niskich i nierealnych cen jednostkowych,

c) uznanie, że ceny i ich istotne części składowe ww. ofert Przystępującego nie budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nie wydają się rażąco niskie;

3. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ze względu na zaniechanie odrzucenia ww. ofert jako ofert stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji,

4. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na uznanie, że ceny ww. ofert nie są rażąco niskie,

5. art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na wybór oferty, która podlega odrzuceniu a w konsekwencji,

6. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Powyższe przepisy stanowią:

Art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.”,

Art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych: „Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.”

Art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.”,

Art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.”

Art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: „Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, 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 2018 r. poz. 2177);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.”

Art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: „Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.”

Art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji: „Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.”

Zgodnie z punktem 5.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu jest zimowe utrzymanie dróg w latach 2020-2023 (trzy sezony zimowe) w administracji Oddziału GDDKiA w Szczecinie z podziałem na 20 części. Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych. Części objęte zakresem odwołania dotyczą: część nr 16 – „Zimowe utrzymanie drogi nr 20 na odcinku granica Rejonu – Czaplunek – Szczecinek administrowanym przez Rejon Szczecinek oraz część nr 17 – „Zimowe utrzymanie drogi nr 10 na odcinku Recz – Piława administrowanym przez Rejon Wąlc. Termin realizacji zamówienia został określony w punkcie 6. specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wynosi „od dnia podpisania do dnia 30.04.2023 r.”



Zgodnie z punktem 8.1 opisu przedmiotu zamówienia ogólne zasady obmiaru robót są następujące. Jednostkami obmiaru robót są: załadunek i wywóz śniegu [m<sup>3</sup>], praca sprzętu jednokrotna [km/doba\*], praca sprzętu dwukrotna [km/doba\*], praca sprzętu trzy i więcej krotna [km/doba], utrzymanie obiektów nad drogą [szt.], utrzymanie wszystkich chodników w ciągu danej drogi: cena świadczenia za jedną usługę zgodnie z ofertą [droga nr xx], utrzymanie MOP-ów: cena świadczenia usługi za jeden MOP zgodnie z ofertą [szt.]. W ramach powyższych jednostek obmiaru należy wykonywać czynności niezbędne do utrzymania drogi w wymaganym standardzie tj.: Załadunek i wywóz śniegu, który zalega w ilości utrudniającej ruch pieszych i samochodów oraz powoduje ograniczenie możliwości odśnieżania (zaleganie śniegu na pasie rozdziału) i ograniczenie widoczności. Realizacja tej pozycji odbywa się na polecenie Inspektora ZUD; Zapobieganie śliskości poprzez posypywanie i/lub odśnieżanie całości lub miejsc najbardziej niebezpiecznych przy ustabilizowanych warunkach pogodowych, długość posypywania i odśnieżania maksymalnie do długości odcinka jezdni/drogi wydzielonego w TER przy jednokrotnej pracy sprzętu na danym odcinku drogi w ciągu doby rozliczeniowej; Usuwanie śliskości i/lub odśnieżanie odcinków dróg, na których został osiągnięty standard ZUD w ciągu doby w wyniku dwu- i więcejkrotnego wykonywania czynności niezbędnych do utrzymania danego odcinka jezdni/dróg w wymaganym standardzie w ciągu doby rozliczeniowej; Obiekty nad drogą, utrzymywane na polecenie Inspektora – [szt.]; Utrzymanie wszystkich chodników w ciągu danej drogi, w zakresie zgodnym z wykazem, wyłącznie na polecenie Inspektora; Utrzymanie MOP-ów, w zakresie zgodnym z wykazem, wyłącznie na polecenie Inspektora.

Obmiar robót polega na określeniu faktycznego zakresu wykonanych prac podczas ZUD oraz udokumentowaniu ilości dni występowania zjawisk opadów śniegu i dni, w których występowała potrzeba zwalczania śliskości zimowej i odśnieżania, przy czym zwalczenie śliskości i odśnieżanie może/powinno być prowadzone jednocześnie przez daną jednostkę sprzętową. Obmiar robót obejmuje również prace dodatkowe i nieprzewidziane których potrzebę uzgodniono pomiędzy Wykonawcą a Inspektorem. Podejmowane prace ZUD w trybie natychmiastowym o którym mowa w pkt 4.3 SST Wymagania Szczegółowe nie będą uznane jako prace dodatkowe i nieprzewidywalne.

Jak wynika z punktu 14.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia ofertę stanowi wypełniony Formularz „Oferta”, formularz cenowy/kosztorys ofertowy odpowiedni do części, na którą składana jest oferta oraz formularz kryterium „park maszyn”.

W rozdziale 15. specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający w następujący sposób opisał sposób obliczenia ceny oferty:

„15.1. Cena Oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o formularz cenowy/kosztorys ofertowy. Wykonawca wybiera właściwy dla części, na które składa ofertę. Zamawiający zamieszcza w Tomie IV gotowy kosztorys i zaleca jego wykorzystanie.

15.2. Kosztorys, o którym mowa w pkt 15.1. należy sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej ściśle według kolejności wyszczególnionych pozycji. Należy określić ceny jednostkowe netto dla wszystkich pozycji wymienionych w kosztorysie ofertowym, tj.:

- w kolumnie f w arkuszu „wywóz zał. nr 1a”

- w kolumnach h, i, j w arkuszu „rob\_zasadn zał. nr 1b”

- w kolumnie f w arkuszu „zał. nr 1d chodnik” (nie dotyczy wszystkich części zamówienia)

- w kolumnie f w arkuszu „zał. nr 1e obiekty mostowe” (nie dotyczy wszystkich części zamówienia)

Suma kolumny „e” w arkuszu „zest\_zbiorcze” stanowi cenę oferty brutto, którą należy przenieść do formularza oferty (odpowiednio dla części, na którą Wykonawca składa ofertę), stanowiącego załącznik do SIWZ. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić zmian do formularza.

15.3. Podczas oceny ofert, w razie jakichkolwiek wątpliwości Zamawiającego wynikających, np. z omyłek w obliczeniach wartości poszczególnych elementów rozliczeniowych, brana będzie pod uwagę Cena Oferty po poprawieniu omyłek, zgodnie z art. 87 ustawy Pzp.

15.4. Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić w kosztorysie wszystkie opisane pozycje. Wykonawca nie może również wprowadzać zmian do kosztorysu. Wszystkie błędy ujawnione w Opisie Przedmiotu Zamówienia oraz kosztorysie, Wykonawca powinien zgłosić Zamawiającemu przed terminem składania ofert.

15.5. Tam, gdzie zostało wskazane pochodzenie (marka, znak towarowy, producent, dostawca) materiałów lub normy, aprobaty, specyfikacje i systemy, o których mowa w art. 30 ust. 1-3 ustawy Pzp, Zamawiający dopuszcza oferowanie materiałów lub rozwiązań równoważnych pod warunkiem, że zapewnią uzyskanie parametrów technicznych nie gorszych od założonych w wyżej wymienionych dokumentach. Wykonawca, który powołuje się na materiały lub rozwiązania równoważne jest obowiązany wykazać w ofercie, że zapewniają one uzyskanie parametrów technicznych przedmiotu zamówienia nie gorszych od założonych w wyżej wymienionych dokumentach.

15.6. Cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w Tomach II-IV SIWZ. Koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których w kosztorysie nie ujęto w odrębnych pozycjach, Wykonawca powinien ująć w cenach jednostkowych pozycji opisanych w kosztorysie. Wszelkie ewentualne rabaty (upusty) należy ująć w poszczególnych cenach jednostkowych.

15.7. Wartości w poszczególnych pozycjach kosztorysu oraz cena oferty powinny być wyrażone w złotych polskich (PLN) z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

15.8. Jeżeli wybór oferty będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego to Wykonawca wraz z ofertą złoży dokument, w którym – zgodnie z art. 91 ust. 3a ustawy Pzp – poinformuje Zamawiającego, że wybór jego oferty będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego (tj. rozliczenie podatku VAT z Urzędem Skarbowym nastąpi ze strony Zamawiającego), wskaże nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania oraz wskaże ich wartość bez kwoty podatku.

15.9. W przypadku, gdy w kosztorysie udostępnionym w wersji edytowalnej arkusza kalkulacyjnego (np. w formacie programu Microsoft Excel \*.xlsx) występują rozbieżności pomiędzy danymi wyświetlanymi w poszczególnych komórkach kosztorysu a danymi widocznymi po wydrukowaniu tego kosztorysu – za prawidłowe należy przyjąć wartości widoczne na wydruku.”

W punkcie 7. opisu przedmiotu zamówienia zostały zawarte dodatkowe „Ustalenia ekonomiczne”: „Wskazane w Ofercie Wykonawcy wynagrodzenie musi uwzględniać wszystkie koszty związane z wykonaniem poszczególnych rodzajów robót, w zakresie określonym w niniejszym OPZ wraz z załącznikami oraz wszelkie koszty pośrednie wpływające na ostateczne ceny jednostkowe, w tym w szczególności: koszty ogólne, koszty pośrednie, zysk kalkulacyjny i ryzyko, koszty podatkowe i koncesyjne, koszty dojazdu pracowników, koszty ubezpieczenia, koszty wynikające z zapewnienia i eksploatacji pojazdów, sprzętu, urządzeń, konstrukcji wsporczych itp., koszty opłat za przejazd odcinkami objętymi poborem opłat, ponoszonymi za przejazd pojazdów Wykonawcy, koszty robocizny bezpośredniej wraz z towarzyszącymi kosztami, koszty wyposażenia pracowników wraz z kosztami zarządzania i koordynowania procesem utrzymania, wartość zużytych materiałów wraz z kosztami ich zakupu, w tym koszty zakupu soli drogowej i innych niezbędnych do realizacji przedmiotu umowy, koszty magazynowania oraz dostarczenia materiałów w miejsce przeznaczenia, koszty pracy pojazdów, sprzętu i wszelkich urządzeń niezbędnych do zrealizowania przedmiotu umowy wraz z towarzyszącymi kosztami, koszty opracowania harmonogramu robót oraz Planu Bezpieczeństwa i Ochrony Zdrowia (BIOZ), wykonywanie usług w dni wolne, święta, niedziele oraz w godzinach nocnych, koszty dodatkowego oznakowania i zabezpieczenia strefy prac, gwarantujących zachowanie bezpieczeństwa ruchu drogowego i bezpieczeństwa pracowników, w związku z wykonywaniem czynności utrzymaniowych w porze nocnej, organizację zaplecza, zapewnienie niezbędnej energii, wody, itp., wykonanie prób, sprawdzeń i badań przewidzianych wymaganiami specyfikacji technicznych, koszty usuwania wszelkich nieprawidłowości stwierdzonych podczas

odbiorów, koszty dostosowanie się do wymagań określonych w niniejszym Opisie Przedmiotu Zamówienia (OPZ) oraz postanowień umowy, koszty zawarcia koniecznych umów na usługi wspomagające proces utrzymania (w tym w szczególności: usług ochrony meteorologicznej, usług obsługi systemu monitorowania stanu pracy i położenia sprzętu ZUD), koszty zawarcia umów ubezpieczeniowych od odpowiedzialności za zdarzenia na drodze wynikłe z powodu nierealizowania przez Wykonawcę bądź realizowania niezgodnie z umową zadań utrzymaniowych, Wszystkie inne koszty niezbędne i konieczne do realizacji przedmiotu umowy. Wszystkie prace wykonywane w ramach zamówienia należy wykonywać zgodnie z zapisami OPZ, poszczególnych specyfikacji technicznych oraz umowy. Dokumenty te należy traktować jako wzajemnie uzupełniające się. Wymagania odnośnie zakresu i rodzaju prac, o których mowa w przedmiotowych dokumentach, bezwzględnie obowiązują Wykonawcę nawet wówczas, kiedy znajdują się w tylko jednym z wymienionych dokumentów i nie zostały powtórzone w innym. Wszelkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia Wykonawca powinien ująć w cenach jednostkowych określonych w kosztorysach ofertowych każdej części zamówienia. Rozliczenia wykonanych usług i robót dokonywane będą w okresach miesięcznych w oparciu o ceny jednostkowe z kosztorysu ofertowego. W ramach rozliczenia z tytułu robót zasadniczych za dany miesiąc Wykonawca otrzymywać będzie tylko jedno z dwóch n.w. rodzajów wynagrodzeń: wynagrodzenie gwarantowane (co nastąpi jedynie w przypadku, gdy łączna wartość zrealizowanych w okresie rozliczeniowym robót zasadniczych nie przewyższy wartości „ryczałtu” z kosztorysu ofertowego), wynagrodzenie obmiarowe: wynagrodzenie gwarantowane + dopłata (jedynie w przypadku gdy łączna wartość zrealizowanych w okresie rozliczeniowym robót zasadniczych przewyższy wartość „ryczałtu” z kosztorysu ofertowego). W przypadku niepełnych miesięcy ww. wartości zostaną obliczone proporcjonalnie przyjmując, iż miesiąc ma 30 dni. Dotyczyć to może przykładowo sytuacji w których zajdzie konieczność prowadzenia ZUD np. przed 1 listopada lub po 30 kwietnia. Wysokość wynagrodzenia gwarantowanego stanowić będzie 15% lub 20% lub 25% (zgodnie z ofertą) średniej wartości miesięcznej świadczenia usługi w zakresie robót zasadniczych dla danej części zamówienia (15% lub 20% lub 25% wartości razem kolumny n tabeli TER w załączniku nr 1b). Wynagrodzenie gwarantowane będzie przysługiwało Wykonawcy w przypadku, gdy łączna wartość podjętych przez niego prac w ramach realizacji części zamówienia nie przekroczy wartość o której mowa jest w pkt 7.6. Wynagrodzenie obmiarowe: gwarantowane + dopłata, będzie przysługiwało Wykonawcy w przypadku, gdy łączna wartość podjętych przez niego prac w ramach realizacji zasadniczej części zamówienia (zał. nr 1 b) przekroczy wartość o której mowa jest w pkt 7.6. Przy czym dopłata będzie równa różnicy wartości wykonanych robót zasadniczych oraz wartości wynagrodzenia gwarantowanego w miesięcznym okresie rozliczeniowym. Wykonawca wyceni koszt realizacji poszczególnych grup robót wraz

z wyceną kluczowych elementów tych grup (wskazanych w zestawieniu tabelarycznym kosztorysu ofertowego). Wycena wartości danej grupy prac stanowić będzie wartość elementu kluczowego wskazanych w zestawieniu tabelarycznym kosztorysu ofertowego oraz wartości innych prac wymienionych w OPZ i koniecznych do realizacji by spełnić wymagania utrzymania danego elementu drogi. Wynagrodzenie gwarantowane określone zostaje jako wynagrodzenie miesięcznie, równe średniomiesięcznemu wynagrodzeniu w pierwszym sezonie zimowym niezależnie od stanu pogody oraz zakresu (ilości i częstotliwości) prac utrzymaniowych. Kwota ta może ulec w przyszłości waloryzacji zgodnie z warunkami umowy. Wartość wynagrodzenia wykazanego na fakturze może być pomniejszona o wysokość kar z tytułu niewykonywania prac zgodnie z umową. Dopuszcza się zmiany wysokości wynagrodzenia w sytuacjach zmiany długości odcinka drogi podlegającemu utrzymaniu, np. ze względu na zwiększenie lub zmniejszenie długości utrzymywanych dróg. Rozliczenia okresowe robót i usług będą dokonywane na podstawie obmiarów powykonawczych Wykonawcy potwierdzonych przez Zamawiającego, i dotyczyć będą wyłącznie prac objętych zleceniem przez Zamawiającego. Obmiar powykonawczy musi zawierać szczegółowy wykaz pracy jednostek sprzętowych realizujących roboty tzw. zasadnicze.”

Zgodnie z punktem 19.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający miał stosować następujące kryteria oceny ofert: cena – 60% = 60 pkt, stawka ryczałtu –18% = 18 pkt, park maszynowy – 12% = 12 pkt, czas reakcji – 10% = 10 pkt.

Wycena ofert dla każdego zadania została zawarta w załącznikach:

- 1) 1.a – „Tabela elementów rozliczeniowych (roboty towarzyszące)” – do wyceny pozycja obejmująca załadunek i wywóz śniegu, 400 m<sup>3</sup> dla zadania nr 16 i 400 (200+ 200) m<sup>3</sup> dla zadania nr 17,
- 2) 1.b – „Tabela elementów rozliczeniowych (roboty zasadnicze)” – do wyceny jedna pozycja „stawka odcinkowa za 1 km/doba”,
- 3) 1.d – do wyceny jedna pozycja „obiekt: chodniki”, dodatkowo załącznik zawierał „Wykaz ciągów: pieszych, rowerowych (zatok autobusowych) na utrzymaniu w ramach zud”, łącznie 9.652 km dla zadania nr 16 i 4.983 km dla zadania nr 17,
- 4) „Zbiornicze zestawienie kosztów. Kosztorys ofertowy” obejmujące 5 pozycji:
  - załadunek i wywóz śniegu (wg zał. nr 1.a),
  - praca sprzętu jednokrotna (wg zał. nr 1.b),
  - praca sprzętu dwukrotna (wg załącznika nr 1.b),
  - praca sprzętu trzy i więcejkrotna (wg zał. nr 1.b)
  - utrzymanie chodników (wg zał. nr 1.d).

W załączniku nr 1.a Przystępujący wskazał cenę za załadunek i wywóz śniegu netto za m<sup>3</sup> 0,01 zł, co przy zakładanych 400 m<sup>3</sup> śniegu dla zadania nr 16 i zadania nr 17 łącznie dało wartość 14,76 zł za 3 sezony dla każdego z zadań.

W załączniku nr 1.d Przystępujący dla obu zadań wskazał cenę jednostkową 0,01 zł za jednokrotne utrzymanie chodnika, co przy szacowanej ilości usług w zakresie zimowego utrzymania chodników w sezonie – 30 razy dla zadania nr 16, dało wartość 1,11 zł brutto za 3 sezony zimowe, a dla zadania nr 17 – 20 razy, co dało wartość 1,48 zł brutto za 3 sezony zimowe.

W związku z powyższym w tabeli „Zbiorcze zestawienie kosztów. Kosztorys ofertowy” wartość pozycji „wartość oferty brutto za 3 sezony zimowe” dla zadania nr 16 kształtowała się następująco:

- załadunek i wywóz śniegu (wg zał. nr 1.a): 14,76
- praca sprzętu jednokrotna (wg zał. nr 1.b): 963.588,15
- praca sprzętu dwukrotna (wg załącznika nr 1.b): 1.830.817,49
- praca sprzętu trzy i więcejkrotna (wg zał. nr 1.b): 1.445.382,23
- utrzymanie chodników (wg zał. nr 1.d): 1,11

łącznie 4.239.803,74 zł;

a dla zadania nr 17, następująco:

- załadunek i wywóz śniegu (wg zał. nr 1.a): 14,76
- praca sprzętu jednokrotna (wg zał. nr 1.b): 967. 901,76
- praca sprzętu dwukrotna (wg załącznika nr 1.b): 3.992.594,76
- praca sprzętu trzy i więcejkrotna (wg zał. nr 1.b): 1.597.037,90
- utrzymanie chodników (wg zał. nr 1.d): 1,48

łącznie 6.557.550,66 zł.

Art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że zamawiający zwraca się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Wymagania Zamawiającego w niniejszym postępowaniu zostały określone m.in. w przywołanych powyżej postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym w opisie przedmiotu zamówienia i formularzach wyceny.

W formularzach tych (zał. 1.a i 1.d) Zamawiający wskazał, jaką ilość załadunku i wywozu śniegu oraz jaką długość chłodników i krotność ich utrzymania wykonawca ma ująć w wycenie oferty.

W każdej z tych pozycji Przystępujący wycenił kwestionowane pozycje na 0,01 zł za jednostkę miary, co spowodowało, że jego trzyletnie wynagrodzenie w tej pozycji to wartość 14,76 zł i 1,11 zł dla zadania nr 16 oraz 14,76 zł i 1,48 zł dla zadania nr 17, które to kwoty w sposób nie budzący wątpliwości wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i do możliwości wykonania tego przedmiotu zamówienia za zaoferowaną kwotę. Tym samym powinny wzbudzić wątpliwości zamawiającego, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Trudno bowiem założyć, że koszt wykonawcy załadunku i wywozu 400 m<sup>3</sup> śniegu oraz utrzymania prawie 10.000 m i prawie 5.000 m chodnika mieści się w tej kwocie.

Zamawiający swoją decyzję o niewdrożeniu instytucji wyjaśnień poziomu ceny tłumaczył tym, że pozycje te nie były istotne dla wyceny ofert. Jednak takie stanowisko zależy od sposobu pojmowania istotności pozycji.

Po pierwsze Zamawiający przyjął, że i tak nie będzie zlecał wykonania tych pozycji, skoro nie zlecał ich w latach ubiegłych. Jednak jest to w sposób ewidentny niezgodne z założeniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w której przewidział takie czynności oraz ich ilość, którą wykonawcy mieli uwzględnić w swoich ofertach. Nie może zatem na obecnym etapie postępowania stwierdzać, że pozycje te nie mają znaczenia, jakby nie istniały w opisie przedmiotu zamówienia. Jeśli rzeczywiście Zamawiający nie planował ich zlecać, nie powinien był ich w tym zamówieniu ujmować, nie może natomiast ich ignorować, skoro ujął.

Po drugie Zamawiający przyjął, że pozycje te nie są istotne ze względu na ich nikłą wartość w stosunku do pozostałych pozycji tabeli „Zbiornicze zestawienie kosztów. Kosztorys ofertowy”. Tak – pozycje te mają nikłą wartość w przypadku ich wyceny na poziomie 0,01 zł. Jednak przy przyjęciu, że realna wartość prac zleczanych w tych pozycjach jest inna, wartość samych pozycji również nie byłaby tak pomijalna.

Poza tym, pomimo że wartość kwestionowanych pozycji jest znacznie niższa niż wycena za pracę sprzętu w pozostałych trzech pozycjach, to jednak są to 2 z 5 pozycji wyceny, które przyjął Zamawiający, a nie jedna z wielu pozycji skomplikowanego kosztorysu, co do których rzeczywiście wskazuje się, że mogą być pomijalne.

Należy też zauważyć, że o ile Zamawiający prawidłowo przywołał poglądy orzecznictwa, z których wynika, że za czyn nieuczciwej konkurencji uznaje się zaoferowanie nierealnej stawki ceny jednostkowej w przypadku, gdy jest ona oceniana jako odrębne kryterium oceny ofert, to jednak nie jest to jedyny przypadek, gdy cena jednostkowa, czy też w konsekwencji wartość całej pozycji, do której się odnosi, jest uznawana za nieprawidłową i mającą wpływ na całą ofertę.

Tak więc, nawet jeśli Zamawiający przy badaniu oferty Przystępującego przyjął powyższe założenia, nie uwzględnił jednej znaczącej kwestii, o której wspomniano powyżej, tj. wyceny oferty zgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Jak już wskazano, co nie budzi wątpliwości, wycena oferty musi zostać dokonana zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych co prawda posługuje się pojęciem „przedmiotu zamówienia”, ale nie należy tego pojęcia utożsamiać wyłącznie z postanowieniami opisu przedmiotu zamówienia, gdyż mogą to być jakiegokolwiek postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia odnoszące się do warunków wykonania zamówienia, czy też oferowanej ceny.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał m.in., że:

1) Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić w kosztorysie wszystkie opisane pozycje. Wykonawca nie może również wprowadzać zmian do kosztorysu. (pkt 15.4. specyfikacji istotnych warunków zamówienia – IDW).

2) Cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w Tomach II-IV SIWZ. Koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których w kosztorysie nie ujęto w odrębnych pozycjach, Wykonawca powinien ująć w cenach jednostkowych pozycji opisanych w kosztorysie. Wszelkie ewentualne rabaty (upusty) należy ująć w poszczególnych cenach jednostkowych. (pkt 15.6. specyfikacji istotnych warunków zamówienia – IDW).

3) „Wskazane w Ofercie Wykonawcy wynagrodzenie musi uwzględniać wszystkie koszty związane z wykonaniem poszczególnych rodzajów robót, w zakresie określonym w niniejszym OPZ wraz z załącznikami oraz wszelkie koszty pośrednie wpływające na ostateczne ceny jednostkowe, w tym w szczególności:... (pkt 7. opisu przedmiotu zamówienia).

4) Wszelkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia Wykonawca powinien ująć w cenach jednostkowych określonych w kosztorysach ofertowych każdej części zamówienia. Rozliczenia wykonanych usług i robót dokonywane będą w okresach miesięcznych w oparciu o ceny jednostkowe z kosztorysu ofertowego. (pkt 7. opisu przedmiotu zamówienia).

5) Wykonawca wyceni koszt realizacji poszczególnych grup robót wraz z wyceną kluczowych elementów tych grup (wskazanych w zestawieniu tabelarycznym kosztorysu ofertowego). Wycena wartości danej grupy prac stanowić będzie wartość elementu kluczowego wskazanych w zestawieniu tabelarycznym kosztorysu ofertowego oraz wartości innych prac wymienionych w OPZ i koniecznych do realizacji, by spełnić wymagania utrzymania danego elementu drogi. (pkt 7. opisu przedmiotu zamówienia).



Nie budzi wątpliwości, że wykonawcy mieli wycenić dany rodzaj prac składających się na przedmiot zamówienia w poszczególnych pozycjach tabel przygotowanych przez Zamawiającego załączników, według opisu tych pozycji. Przy czym w zakresie pozycji, które zostały w tych tabelach opisane, powinno się wycenić zakres prac tam opisany oraz nie wyceniać zakresu prac opisanego w innych pozycjach. Wynika to już choćby z zasady interpretacji oświadczeń woli zawartej w art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którą oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

Jeśli więc Zamawiający wskazał, że w danej pozycji ma być ujęty „załadunek i wywóz śniegu”, to jego oświadczenie należy tak tłumaczyć, że wykonawca załadunek i wywóz śniegu ma wycenić właśnie w tej pozycji tabeli (kosztorysu) i w żadnej innej. Jeśli zaś w pozycji jest ujęte „utrzymanie chodników”, to oświadczenie woli Zamawiającego zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy tak tłumaczyć, że w tej pozycji ma być ujęte utrzymanie chodników – a nie coś innego lub też, że utrzymanie to ma być ujęte w innej pozycji. Odpowiednio w innych pozycjach miały być ujęte prace tam wskazane, czyli praca sprzętu jedno-, dwu- i trzykrotna.

Wyjątek stanowiły tu tylko koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których w kosztorysie nie ujęto w odrębnych pozycjach, ale wyjątek ten nie dotyczy spornych pozycji, które zostały opisane.

Wyceniając kwestionowane pozycje na 0,01 zł Przystępujący albo nie wycenił tych pozycji w ogóle, albo ujął je w osobnych pozycjach (na co wskazywał podczas rozprawy). Każda z tych opcji powoduje niezgodność wyceny oferty z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a pierwsza dodatkowo deficyt w przychodzie w przypadku, gdy Zamawiający chociaż raz zleci wykonanie przedmiotowych prac. Niezależnie już bowiem od niezgodności z założeniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia ani Zamawiający, ani Przystępujący nie są w stanie zagwarantować, że w ciągu trzech kolejnych sezonów zimowych nie będzie żadnej potrzeby oczyszczania chodników ani wywozu śniegu.

Co zaś do różnicy w cenie pomiędzy ofertami złożonymi dla zadania nr 16 i 17, to jest to wyłącznie kwestia przypadku, gdyż mogły w postępowaniu pojawić się oferty z cenami tylko nieznacznie różniącymi się od ceny globalnej oferty Przystępującego, a wtedy brak prawidłowej wyceny kwestionowanych pozycji mógł być nieobojętny dla wyniku postępowania.

W związku z powyższym, nawet jeśli uznać, że dokonana wycena oferty Przystępującego nie jest aż czynem nieuczciwej konkurencji i niekoniecznie jest rażąco niska jako cena globalna (zwłaszcza z powodu ujęcia brakujących kwot w innych pozycjach tabeli wyceny), to niewątpliwie została sporządzona w sposób nieprawidłowy, a jej zaakceptowanie można oceniać jako brak zachowania w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez zaakceptowanie oferty niezgodnej z opisem przedmiotu zamówienia, co już samo w sobie stanowi podstawę do uwzględnienia odwołania.

W związku z powyższym Zamawiający powinien dokonać ponownego badania oferty Przystępującego i wyjaśnić kwestię wyceny oferty Przystępującego dla części nr 16 i 17 zamówienia – czy to w trybie art. 87 ust. 1, czy też art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tu Izba pozostawia wybór podstawy prawnej – czy też zastosowanie obu podstaw – Zamawiającemu, w zależności od sposobu sformułowania przez niego wezwania do wyjaśnień, z tego względu, że *de facto* obie te podstawy służą wyjaśnieniu treści oferty.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), uwzględniając uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 15.000 złotych oraz 3.600 złotych tytułem wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego.

**Przewodniczący:** .....