Sygn. akt: KIO 1556/22

WYROK

z dnia 8 lipca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Członkowie: Marek Bienias

Anna Katarzyna Wojciechowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 26 czerwca i 7 lipca 2022 r. w Warszawie w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 czerwca 2022 r. przez odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „GNOM" Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) ul. Techniczna 20, 92-518 Łódź, Przedsiębiorstwo Robót Drogowych S.A. (Partner Konsorcjum) ul. Łódzka 108, 99-200 Poddębice w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi ul. Irysowa 2, 91-857 Łódź przy udziale przystępującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ROKOM Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) ul. Karnicka 22, 03-162 Warszawa, POL-DRÓG Warszawa Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) ul. Wólczyńska 133, 01-919 Warszawa, D. Sz. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „D. Sz. SZADEK" (Partner Konsorcjum) ul. Jana Karola Chodkiewicza 21, 94-028 Łódź, G&P M. M., P. M. sp. j. (Partner

Konsorcjum) ul. Bolesława 13, 93-492 Łódź zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty przystępującego po stronie zamawiającego jako najkorzystniejszej w postępowaniu, nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, po uprzednim wezwaniu przystępującego po stronie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie

wyliczenia istotnych części składowych ceny

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi ul. Irysowa 2, 91-857 Łódź
i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (sł.: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „GNOM" Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) ul. Techniczna 20, 92-518 Łódź, Przedsiębiorstwo Robót Drogowych

S.A. (Partner Konsorcjum) ul. Łódzka 108, 99-200 Poddębice tytułem wpisu od odwołania

2.2. zasądza od zamawiającego Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi ul. Irysowa 2, 91-857 Łódź na rzecz odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „GNOM" Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) ul. Techniczna 20, 92-518 Łódź, Przedsiębiorstwo Robót Drogowych S.A. (Partner Konsorcjum) ul. Łódzka 108, 99-200 Poddębice kwotę18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień

publicznych (Dz. U. j.t. 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:

Uzasadnienie

Odwołanie

Na podstawie art. 513 pkt 1) ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), zwanej dalej „ustawą" lub „Pzp", odwołanie wobec niezgodnych z ustawą czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi wraz ze wszystkimi elementami na autostradzie A1 na odcinku od km 295+850 do km 335+937,65, w tym S8e (węzeł Łódź Południe) od km 231+659 do km 232+738", nr referencyjny O/ŁO.D-3.2421.3.2022.vk ("Postępowanie"), ogłoszonym w DUUE w dniu 23 lutego 2022 r. pod nr 2022/S 038-098583.

Odwołujący podnosi niezgodność z ustawą czynności i zaniechań Zamawiającego

polegających na:

1) wyborze oferty Konsorcjum: ROKOM Sp. z o.o., Warszawa 03-162, ul. Karnicka 22; POLDRÓG Warszawa Sp. z o.o., Warszawa 01-919, ul. Wólczyńska 133; D. Sz. „SZADEK", Łódź 94-028, ul. Jana Karola Chodkiewicza 21; G&P M. M., P. M. SPÓŁKA JAWNA, Łódź

93-492, ul. Bolesława 13 (dalej jako „Rokom" lub „Konsorcjum Rokom") jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu;

2) zaniechaniu odrzucenia oferty Rokom;

3) zaniechaniu wezwania Rokom do złożenia wyjaśnień istotnych części składowych ceny, które wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinny budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia

oferty Rokom, pomimo że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w

rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

2) art. 224 ust. 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania Rokom do

złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia istotnych części składowych ceny, pomimo iż wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinny budzić wątpliwości Zamawiającego;

3) art. 16 pkt 1 i 2) Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak i niezapewniający dostatecznej przejrzystości Postępowania.

Powyższe uchybienia doprowadziły do naruszenia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i narażenia go przy tym na szkodę związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu jego realizacji (oferta Odwołującego została sklasyfikowana na

drugiej pozycji).

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

I. unieważnienia czynności wyboru oferty Rokom jako najkorzystniejszej w Postępowaniu;

II. powtórzenia czynności badania i oceny ofert w Postępowaniu, a w jej wyniku:

1) odrzucenia oferty Rokom, a w przypadku uznania, że nie ma do tego podstaw,

2) wezwania Rokom do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia istotnych części składowych ceny.

Zawiadomienie o wynikach Postępowania zostało przekazane Odwołującemu w dniu 31 maja 2022 r., toteż termin zawity do wniesienia odwołania został dotrzymany. Kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania i w taki sposób, że mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Wpis został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

<u>Uzasadnienie odwołania</u>

A. Wstęp

1. Przedmiotem Postępowania jest całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi wraz ze wszystkimi elementami na autostradzie A1 na odcinku od km 295+850 do km

335+937,65, w tym S8e (węzeł Łódź Południe) od km 231+659 do km 232+738. Jest to jedno z trzech podobnych postępowań prowadzonych w ostatnim czasie, tj. na przełomie 2021/2022 roku, przez łódzki oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad. Wcześniejsze dotyczyły południowego odcinka autostrady A1 oraz autostrady A2 od granicy województwa mazowieckiego do węzła Łódź Północ 2. Wszystkie obejmują świadczenia z zakresu bieżącego utrzymania dróg (BUD), zimowego utrzymania dróg (ZUD) oraz

bieżącego utrzymania czystości na obiektach inżynierskich (BUM). Asortymenty usług i robót objęte zamówieniami zostały zasadniczo ujęte w 12 (dwunastu) grupach robót:

Grupa prac nr 1 -	Nawierzchnia
Grupa prac nr 2 -	Pobocza i pasy rozdziału
Grupa prac nr 3 -	Korpus drogi
Grupa prac nr 4 -	Odwodnienie
Grupa prac nr 5 -	Chodniki, ścieżki rowerowe
Grupa prac nr 6 -	Oznakowanie
Grupa prac nr 7 -	Urządzenia BRD
Grupa prac nr 8 -	Estetyka
Grupa prac nr 9 -	Urządzenia wspomagające
Grupa prac nr 10	- Zimowe utrzymanie dróg
Grupa prac nr 11	- Zarządzanie Kontraktem
Grupa prac nr 12	- Czystość na obiektach inżynierskich

Wykazy asortymentów robót i usług przypisanych do poszczególnych grup robót zawierają Tabele Elementów Rozliczeniowych (tzw. „TER") każdorazowo stanowiące załączniki do umów.

2. Ofertowanie zadań polegało zasadniczo na wycenie pozycji zawartych w formularzach cenowych, odpowiadających ww. grupom prac, czyli:

„Tabela Elementów Rozliczeniowych GRUPA PRAC NR 1 - Nawierzchnia"

„Tabela Elementów Rozliczeniowych GRUPA PRAC NR 2 - Pobocza i pasy rozdziału"

„Tabela Elementów Rozliczeniowych GRUPA PRAC NR 3 - Korpus drogi"

„Tabela Elementów Rozliczeniowych GRUPA PRAC NR 4 - Odwodnienie"

„Tabela Elementów Rozliczeniowych GRUPA PRAC NR 5 - Chodniki, ścieżki rowerowe"

„Tabela Elementów Rozliczeniowych GRUPA PRAC NR 6 - Oznakowanie"

„Tabela Elementów Rozliczeniowych GRUPA PRAC NR 7 - Urządzenia BRD"

„Tabela Elementów Rozliczeniowych GRUPA PRAC NR 9 - Urządzenia wspomagające"

„Tabela Elementów Rozliczeniowych GRUPA PRAC NR 10a - Zimowe utrzymanie dróg"

„Tabela Elementów Rozliczeniowych GRUPA PRAC NR 10b - Zimowe utrzymanie dróg"

„Tabela Elementów Rozliczeniowych GRUPA PRAC NR 10c - Zimowe utrzymanie dróg"

„Tabela Elementów Rozliczeniowych GRUPA PRAC NR 11 - Zarządzanie kontraktem"

„Tabela Elementów Rozliczeniowych GRUPA PRAC NR 12 - Czystość na obiektach inżynierskich"

3. W każdym z postępowań Zamawiający wymagał wypełnienia formularzy cenowych

(poszczególne TER), ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w tych formularzach, wyliczając poszczególne ceny jednostkowe netto metodą kalkulacji uproszczonej. Każda cena jednostkowa powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w formularzu cenowym.

4. Warunki i okoliczności udzielania innych zamówień na podobne usługi (inne odcinki autostrad w administracji Zamawiającego) nie mogą bezpośrednio rzutować na ocenę czynności i zaniechań w tym konkretnym postępowaniem. Niemniej zostały przywołane dla zrozumienia charakteru i istoty zarzutów. Odwołujący nie zamierza wyciągać skutków prawnych w oparciu o porównania do innych przypadków. Wręcz odwrotnie, pragnie podkreślić, że specyfika Postępowania (która w dalszej kolejności zostanie szczegółowo zreferowana) wymaga indywidualnego podejścia do oceny ofert, niezależnie od dotychczasowych doświadczeń, będących udziałem Zamawiającego, Odwołującego oraz Rokom (ale także innych wykonawców, regularnie konkurujących ze sobą w przetargach organizowanych przez GDDKiA).

B. Stan faktyczny

1. Przedmiotowe Postępowanie jest pierwszym, w którym w ramach zamówienia na całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg (jakich jest wiele, nie tylko w dyrekcji łódzkiej) przewidziano prawo opcji. Ten element przedmiotowego zamówienia stanowi o jego fundamentalnej różnicy względem innych podobnych kontraktów.

2. Zgodnie z pkt 6.1 SWZ przedmiotem zamówienia jest całoroczne utrzymanie autostrady A1 na odcinku od km 295+850 do km 335+937,65, w tym S8e (węzeł Łódź Południe) od km 231+659 do km 232+738 wraz z węzłami, MOP-ami, drogami serwisowymi i poprzecznymi, obejmujące usługi i roboty budowlane z zakresu bieżącego utrzymania dróg (BUD), zimowego utrzymania dróg (ZUD) oraz bieżącego utrzymania czystości na obiektach inżynierskich (BUM).

3. Stosownie do postanowień pkt 6.8 SWZ Zamawiający przewiduje możliwość zastosowania prawa opcji, o którym mowa w art. 441 ust. 1 Pzp. Zastosowanie prawa opcji będzie polegać na realizacji tych samych usług (czynności) jak te, które są świadczone przez Wykonawcę, z którym została zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Wszystkie wymagania, które zostaną zawarte w zapisach umowy czy OPZ będą dotyczyły również zamówienia realizowanego w ramach prawa opcji dla odcinków dróg objętych zamówieniem podstawowym lub odcinków Autostrad A2 od km 362+700 do km 411+466 z węzłem Łódź Północ, A1 od km 244+300 do km 293+00, A2 od km 303+145 do km 362+700, A1 od km 335+937 do km 399+743- ciąg główny z węzłami, łącznicami, MOP-ami.

4. Zastrzeżono również, że

- przy zastosowaniu prawa opcji dla zamówienia podstawowego Wykonawca będzie świadczył usługi przez okres do 12 kolejnych miesięcy następujących bezpośrednio po zakończeniu realizacji zamówienia podstawowego.

- dla odcinków autostrad A2 od km 362+700 do km 411+466 z węzłem Łódź Północ,

A1 od km 244+300 do km 293+00, A2 od km 303+145 do km 362+700 i A1 od km 335+937 do km 399+743 - ciąg główny z węzłami, łącznicami, MOPami (określone w Załączniku nr 2a do Umowy) prawo opcji może być powierzone niezależnie od zamówienia podstawowego.

5. Decyzja co do możliwości skorzystania z prawa opcji będzie uzależniona od bieżących potrzeb i możliwości finansowych oraz od należytego wykonywania zamówienia w

okresie podstawowym.

6. Z powyższego wynika, że prawo opcji może być wykorzystane do powtórzenia tych samych usług, które są świadczone w ramach zamówienia podstawowego (autostrada A1 na odcinku od km 295+850 do km 335+937,65) ale także na ich realizacji na całkowicie innych odcinkach autostrad (A1, A2), według swobodnego uznania Zamawiającego. Z tych powodów Zamawiający wymagał osobnej (niezależnej) wyceny usługi realizowanej w ramach zamówienia podstawowego oraz zamówienia fakultatywnego (opcji).

7. Mianowicie, zgodnie z pkt 16.5 SWZ ofertę stanowi wypełniony Formularz „Oferta” oraz niżej wymienione wypełnione dokumenty:

1) Formularz cenowy (Tom IV SWZ), dla zamówienia podstawowego (Załącznik nr 2 Tabele Elementów Rozliczeniowych, Zbiorcze Zestawienie Kosztów), na który składa się:

„Tabela Elementów Rozliczeniowych GRUPA PRAC NR 1 - Nawierzchnia”

„Tabela Elementów Rozliczeniowych GRUPA PRAC NR 2 - Pobocza i pasy rozdziału”

„Tabela Elementów Rozliczeniowych GRUPA PRAC NR 3 - Korpus drogi”
„Tabela Elementów Rozliczeniowych GRUPA PRAC NR 4 - Odwodnienie”

„Tabela Elementów Rozliczeniowych GRUPA PRAC NR 5 - Chodniki, ścieżki rowerowe”

„Tabela Elementów Rozliczeniowych GRUPA PRAC NR 6 - Oznakowanie”

„Tabela Elementów Rozliczeniowych GRUPA PRAC NR 7 - Urządzenia BRD”

„Tabela Elementów Rozliczeniowych GRUPA PRAC NR 8 - Estetyka”

„Tabela Elementów Rozliczeniowych GRUPA PRAC NR 9 - Urządzenia wspomagające”

„Tabela Elementów Rozliczeniowych GRUPA PRAC NR 10a - Zimowe utrzymanie dróg”

„Tabela Elementów Rozliczeniowych GRUPA PRAC NR 10b - Zimowe utrzymanie dróg”

„Tabela Elementów Rozliczeniowych GRUPA PRAC NR 10c - Zimowe utrzymanie dróg”

„Tabela Elementów Rozliczeniowych GRUPA PRAC NR 11 - Zarządzanie kontraktem”

„Tabela Elementów Rozliczeniowych GRUPA PRAC NR 12 - Czystość na obiektach inżynierskich”

„Grupa nr 13 - PRACE POMOCNICZE Wykaz stawek godzinowych - SPRZĘT”

„Zbiorcze Zestawienie Kosztów REJON AUTOSTRADOWY W ŁOWICZU”

2) Formularz cenowy (Tom IV SWZ), dla opcji (Załącznik nr 2 Tabele Elementów Rozliczeniowych, Zbiorcze Zestawienie Kosztów), na który składa się:

„Tabela Elementów Rozliczeniowych GRUPA PRAC NR 1 - Nawierzchnia”

„Tabela Elementów Rozliczeniowych GRUPA PRAC NR 2 - Pobocza i pasy rozdziału”

„Tabela Elementów Rozliczeniowych GRUPA PRAC NR 3 - Korpus drogi”

„Tabela Elementów Rozliczeniowych GRUPA PRAC NR 4 - Odwodnienie”

„Tabela Elementów Rozliczeniowych GRUPA PRAC NR 5 - Chodniki, ścieżki rowerowe”

„Tabela Elementów Rozliczeniowych GRUPA PRAC NR 6 - Oznakowanie”

„Tabela Elementów Rozliczeniowych GRUPA PRAC NR 7 - Urządzenia BRD”

„Tabela Elementów Rozliczeniowych GRUPA PRAC NR 8 - Estetyka”

„Tabela Elementów Rozliczeniowych GRUPA PRAC NR 9 - Urządzenia wspomagające”

„Tabela Elementów Rozliczeniowych GRUPA PRAC NR 10a - Zimowe utrzymanie dróg”

„Tabela Elementów Rozliczeniowych GRUPA PRAC NR 10b - Zimowe utrzymanie dróg”
„Tabela Elementów Rozliczeniowych GRUPA PRAC NR 10c - Zimowe utrzymanie dróg”

„Tabela Elementów Rozliczeniowych GRUPA PRAC NR 11 - Zarządzanie kontraktem”

„Tabela Elementów Rozliczeniowych GRUPA PRAC NR 12 - Czystość na obiektach inżynierskich”

„Grupa nr 13 - PRACE POMOCNICZE Wykaz stawek godzinowych - SPRZĘT”

„Zbiorcze Zestawienie Kosztów REJON AUTOSTRADOWY W ŁOWICZU”

8. Kolejno, w pkt 17.2 SWZ przewidziano, że formularze cenowe, poszczególne Tabele (odpowiednio zamówienia podstawowego i opcji), o których mowa w pkt. 17.1 SWZ, należy wypełnić ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w tym formularzu, wyliczając poszczególne ceny jednostkowe netto metodą kalkulacji uproszczonej.

9. Wartość brutto za wykonanie całości zamówienia podstawowego Wykonawca zamieszczał w ofercie jako cenę ofertową brutto zamówienia podstawowego i cena ta była brana pod uwagę przez Komisję Przetargową w trakcie wyboru najkorzystniejszej oferty. Podobnie wartość brutto za wykonanie OPCJI. Również była zamieszczana w ofercie jako cena ofertowa brutto za wykonanie opcji i brana pod uwagę przez Komisję Przetargową w trakcie wyboru najkorzystniejszej oferty. Każda cena jednostkowa zawarta w ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzu cenowym. Co istotne, Zamawiający oceniał ceny poszczególnych elementów zamówienia niezależnie.

10. Zgodnie z pkt 21.1 SWZ przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający stosował następujące kryteria oceny ofert:

Cena zamówienia podstawowego (Cp) - 40 % = 40 pkt

Cena zamówienia z prawa opcji (Co) - 20 % = 20 pkt

11. Jak widać, Zamawiający:

a) przewiduje wykonywanie usług w ramach prawa opcji niezależnie od zamówienia

podstawowego, także na innych odcinkach autostrad niż stanowiące przedmiot postępowania, w szczególności po zakończeniu realizacji kontraktu głównego;

b) wymaga oddzielnej, wobec zamówienia podstawowego, wyceny wszystkich elementów składających się na zakres opcji;

c) przewiduje niezależną ocenę oferty na zamówienie podstawowe i opcji (dwie różne wagi w ramach kryterium „Ceny”).

12. Dalsze, istotne kwestie związane z realizacją kontraktu wynikają z wyjaśnień SWZ, a w szczególności:

a) Pismo Zamawiającego (wyjaśnienia SWZ) z dnia 24.03.2022 r.:

Pytanie 11

Prosimy o potwierdzenie czy MOP-y Skoszewy Wschód oraz Skoszewy Zachód Wykonawca

będzie zobowiązany utrzymywać przez cały czas trwania umowy czyli przez 12 miesięcy z prawa opcji.

Odpowiedź:

Przedmiot Umowy w zakresie opcjonalnym, tj. w zakresie, jaki może zostać zlecony Wykonawcy do realizacji w ramach prawa opcji, zgodnie z § 1 ust. 8 PPU, wynikać będzie z rzeczywistych potrzeb Zamawiającego.

Pytanie 26

Prosimy o wyjaśnienie rozbieżności w procentowym udziale Zarządzania kontraktem oraz Zimowego utrzymania pomiędzy zamówieniem podstawowym a prawem opcji.

Odpowiedź:

Różnica w procentowym udziale Zarządzania kontraktem oraz Gotowości do zimowego utrzymania pomiędzy zamówieniem podstawowym, a prawem opcji wynika z różnicy przedmiaru zamówienia podstawowego i zamówienia w ramach prawa opcji realizowanego w ramach Załącznika 2a.

Koszty Gotowości do ZUD i koszty Zarządzania kontraktem w zamówieniu podstawowym i opcji odnoszą się odpowiednio do wartości zamówienia podstawowego i wartości zamówienia w ramach prawa opcji według Załącznika 2a oraz są ich częścią. Mniejsza wartość kosztorysu z prawa opcji, pomniejsza wartość gotowości do ZUD i wartość Zarządzania kontraktem, przy stosunkowo wysokich i stałych kosztach Wykonawcy (kosztach utrzymania operatorów sprzętu do zud, członków grup patrolowych i interwencyjnych itp.). Zwiększenie procentowego udziału Gotowości do zud i Zarządzania kontraktem w Załączniku 2a - Tabele Elementów Rozliczeniowych, Zbiorcze Zestawienie

Kosztów - OPCJA - zamienny ma na celu ich wyrównanie.

Jednocześnie Zamawiający wyjaśnia, iż nie wymaga się zwiększenia personelu wchodzącego w skład Zespołu ds. Utrzymania Dróg, w przypadku powierzenia realizacji pełnego zakresu prawa opcji według załącznika 2a.

Pytanie 58

Prosimy o potwierdzenie czy pompownie wód deszczowych Wykonawca będzie zobowiązany utrzymywać przez cały czas trwania umowy czyli przez 12 miesięcy z prawa

opcji.

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, że w ramach umowy faktyczne ilości prac w poszczególnych asortymentach wynikać będą z rzeczywistych potrzeb. Prace będą zlecane i rozliczanie oddzielnie zgodnie z właściwym TER.

Pytanie 65

Prosimy o podanie ilości wymaganych brygad patrolowych i interwencyjnych do realizacji zakresu zgodnego z załącznikiem nr 2a do PPU.

Odpowiedź:

Dla utrzymania odcinków dróg zleconych w ramach prawa opcji w pełnym (kompleksowym) zakresie wymaga się zabezpieczenia odrębnych brygad patrolowych i interwencyjnych w ilościach takich samych co w zamówieniu podstawowym.

Pytanie 66

Czy Wykonawca będzie mógł używać pojazdów patrolowych oraz interwencyjnych przypisanych do zamówienia podstawowego w zakresie realizacji opisanego w załączniku nr

2a PPU ?

Odpowiedź:

Nie. Dla utrzymania odcinków dróg zleconych w ramach prawa opcji w pełnym (kompleksowym) zakresie wymaga się zabezpieczenia odrębnych brygad patrolowych i interwencyjnych w ilościach takich samych co w zamówieniu podstawowym.

Pytanie 69

Czy Zamawiający potwierdza, że istnieje możliwość realizacji zamówienia w zakresie z prawa opcji po zakończeniu okresu wykonywania zamówienia podstawowego? Jeśli tak, to czy Wykonawca powinien ująć koszty zespołu POK oraz brygad patrolowych w załączniku nr 2a do PPU tak samo jak w zamówieniu podstawowym?

Tak, istnieje możliwość realizacji zamówienia w zakresie prawa opcji po zakończeniu okresu wykonywania zamówienia podstawowego, pod warunkiem dopełnienia przez Zamawiającego powiadomienia Wykonawcy o skorzystaniu z prawa opcji w terminie określonym w § 27 ust. 1 PPU. Wykonawca winien uwzględnić koszty brygad patrolowych w załączniku nr 2a do PPU tak samo jak w zamówieniu podstawowym.

Pytanie 137

Czy uruchomienie prawa opcji dla zamówienia podstawowego może odbyć się tylko raz, na z góry określony okres czasu (max. 12 miesięcy)?

Odpowiedź:

Zgodnie z treścią § 27 PPU ust. 2 „Zamawiający jest uprawniony lecz nie zobowiązany do skorzystania w trakcie realizacji Umowy z prawa opcji wielokrotnie, aż do wyczerpania limitu wynagrodzenia przewidzianego na prawo opcji, przy czym opcja udzielona na podstawie

Załącznika nr 2a do Umowy nie może zostać powierzona w tym samym okresie czasu na więcej niż jednym odcinku drogi wskazanym w Załączniku Nr 2a. Wykonawcy nie przysługują w stosunku do Zamawiającego żadne roszczenia, w szczególności roszczenia odszkodowawcze, z tytułu skorzystania lub nieskorzystania z prawa opcji przez Zamawiającego.”

Pytanie 138

IDW, pkt. 6.8

Czy dla odcinków autostrad A2 od km 362+700 do km 411+466 z węzłem Łódź Północ, A1

od km 244+300 do km 293+00, A2 od km 303+145 do km 362+700 i A1 od km 335+937 do

km 399+743 - ciąg główny z węzłami, łącznicami, MOPami (określone w Załączniku nr 2a do Umowy) prawo opcji może być powierzone tylko raz, na ściśle określony okres czasu, nie dłuższy niż na 12 miesięcy?

Odpowiedź:

Zgodnie z treścią § 27 PPU ust. 2 „Zamawiający jest uprawniony lecz nie zobowiązany do skorzystania w trakcie realizacji Umowy z prawa opcji wielokrotnie, aż do wyczerpania limitu wynagrodzenia przewidzianego na prawo opcji, przy czym opcja udzielona na podstawie

Załącznika nr 2a do Umowy nie może zostać powierzona w tym samym okresie czasu na więcej niż jednym odcinku drogi wskazanym w Załączniku Nr 2a. Wykonawcy nie przysługują w stosunku do Zamawiającego żadne roszczenia, w szczególności roszczenia odszkodowawcze, z tytułu skorzystania lub nieskorzystania z prawa opcji przez Zamawiającego.”

Pytanie 141

Czy Zamawiający uruchamiając prawo opcji wybiera konkretne pozycje z TER, czyli zakres w jakim ono będzie realizowane, czy też odbywa się to dla pełnego zakresu?

Odpowiedź:

Uruchamiając prawo opcji dla odcinka podstawowego lub odcinków określonych w Załączniku 2a, Zamawiający będzie zlecał wykonanie konkretnych pozycji TER lub pełnego zakresu w zależności od potrzeb.

b) Pismo Zamawiającego (wyjaśnienia SWZ) z dnia 28.03.2022 r. Pytanie 167 dot. pytania i odpowiedzi nr 69

„Czy Zamawiający potwierdza, że istnieje możliwość realizacji zamówienia w zakresie z prawa opcji po zakończeniu okresu wykonywania zamówienia podstawowego? Jeśli tak, to czy Wykonawca powinien ująć koszty zespołu POK oraz brygad patrolowych w załączniku nr 2a do PPU tak samo jak w zamówieniu podstawowym ?

Odpowiedź:

Tak, istnieje możliwość realizacji zamówienia w zakresie prawa opcji po zakończeniu okresu wykonywania zamówienia podstawowego, pod warunkiem dopełnienia przez Zamawiającego powiadomienia Wykonawcy o skorzystaniu z prawa opcji w terminie określonym w § 27 ust. 1 PPU. Wykonawca winien uwzględnić koszty brygad patrolowych w załączniku nr 2a do PPU tak samo jak w zamówieniu podstawowym".

Wskazujemy, że w odpowiedzi pominięto część pytania dotyczącą kosztów zespołu POK.

W związku z powyższym, ponownie wnioskujemy o udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy Wykonawca powinien ująć koszty zespołu POK w załączniku nr 2a do PPU, tak samo jak w zamówieniu podstawowym ?

Z ogólnodostępnych dokumentów przetargowych i dotychczas udzielonych odpowiedzi nie wynika, z której pozycji TER 2a będzie rozliczany POK w sytuacji, gdy prawo opcji będzie realizowane po zakończeniu zamówienia podstawowego, na innych odcinkach dróg niż autostrada A1 od km 295+850 do km 335+937,65. Jeśli Zamawiający przewiduje uruchomienie prawa opcji z załącznika 2a do PPU tylko w trakcie realizacji zamówienia

podstawowego, to prosimy o jednoznaczne wskazanie w tym zakresie.

Zamawiający przewiduje możliwość realizacji zamówienia w zakresie prawa opcji (na innym odcinku drogi niż autostrada A1 od km 295+850 do km 335+937,65) również po zakończeniu okresu wykonywania zamówienia podstawowego, pod warunkiem dopełnienia przez Zamawiającego powiadomienia Wykonawcy o skorzystaniu z prawa opcji w terminie określonym w § 27 ust. 1 PPU. Wykonawca winien uwzględnić koszty zarządzania kontraktem, w tym koszty organizacji POK oraz koszty brygad patrolowych i brygad interwencyjnych (według wymagań jak dla zamówienia podstawowego) w TER Gr 11 Załącznika 2a Tabele Elementów Rozliczeniowych, Zbiorcze Zestawienie Kosztów - OPCJA - zamienny 2.

13. Z analizy powyższego materiału wynika, że zamówienie w ramach prawa opcji może być wykonywane równolegle do zamówienia podstawowego - czyli - wykonawca będzie świadczył usługi na podstawowym odcinku autostrady A1 z jednoczesnym świadczeniem podobnych prac na innej drodze (innej nitce A1 albo A2). Wówczas część kosztów opcji (przede wszystkim koszty utrzymania POK, koszty personelu kluczowego) jest współdzielonych. Jednakże równie dobrze zamówienie opcyjne może być uruchomione po zakończeniu zakresu podstawowego i obejmować wykonywanie w okresie od 1 do 12 miesięcy wybranych pozycji TER na dowolnej drodze (spośród wskazanych odcinków A1 lub A2), bez możliwości współdzielenia kosztów. Zamawiający jednoznacznie i kategorycznie wskazał, że:

Wykonawca winien uwzględnić koszty zarządzania kontraktem, w tym koszty organizacji

POK oraz koszty brygad patrolowych i brygad interwencyjnych (według wymagań jak dla zamówienia podstawowego) w TER Gr 11 Załącznika 2a Tabele Elementów Rozliczeniowych, Zbiorcze Zestawienie Kosztów - OPCJA - zamienny 2.

14. Kolejno stwierdzić należy, że w tak ukształtowanych warunkach OPCJA jest

niezależnym od zamówienia podstawowego elementem świadczenia. Jakkolwiek obejmuje ją jeden, ten sam kontrakt, to stanowi niejako odrębną umowę, albowiem essentialia negotii pozostają odmienne: inne wynagrodzenie (według TER dla opcji), inny termin (po zakończeniu zakresu podstawowego), inne warunki (różne odcinki dróg).

15. Jednocześnie nie powinno być najmniejszych wątpliwości, że OPCJA jest istotną częścią składową kontraktu. Nie tylko z uwagi na wskazane powyżej zależności wykonawcze, ale także ze względu na jej wartość. Kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia podstawowego wynosi 69 004 108,66 PLN (brutto), a na opcję 35 545 582,36 PLN (brutto). Zatem według szacunków Zamawiającego wartość opcji stanowić może ok. 50% wartości zamówienia podstawowego.

16. Wybrana oferta Rokom w zakresie zamówienia podstawowego opiewa na 68 874 811,77 zł. Natomiast za opcję wykonawca zaoferował 9 430 955,79 zł. Globalna cena wynosi 78 305 767, 56 zł. Druga w rankingu oferta Odwołującego przewiduje następujące warunki finansowe: podstawa - 60 433 737,78 zł, opcja - 12 869 015,38 zł, razem - 73 302 753,16 zł. Pomimo 5 000 000 zł różnicy w kryteriach ceny oferta Rokom otrzymała łącznie 55,10 pkt, a oferta Odwołującego 54,66 pkt (w pozostałych kryteriach punktacja była identyczna - nomen omen wszyscy otrzymali maksymalny wynik, więc w przetargu rozstrzygająca była cena).

dowód: zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty (w aktach)

17. Dalsza lektura oferty Rokom pokazuje olbrzymi, niczym niewytłumaczalny, rozziew między najważniejszymi pozycjami TER dla zamówienia podstawowego i opcji. Poniżej Odwołujący przytacza kluczowe elementy, istotne z punktu widzenia stawianych zarzutów.

a) ZARZĄDZANIE KONTRAKTEM odwołanie prezentuje w tabelach ofertę ROKOM w porównaniu Zamówienie podstawowe (9.870.000,00zł) a Opcja na zarządzanie kontraktem (1.500.000,00zl.) i dalej zimowe utrzymanie dróg (Cp 9.168.407,13 zł. i Co 1.983.508,73 zł.) - dowód oferta Rokom w aktach - dokumentacja zamawiającego.

18. Wnioski wynikające z takiej treści oferty Rokom zawiera uzasadnienie stawianych zarzutów, zawarte w kolejnej części niniejszego odwołania. W tym miejscu Odwołujący przytoczył jedynie fakty. Niemniej nawet bez głębszej ich analizy i znajomości przepisów prawa, doświadczenie życiowe nakazuje powziąć bardzo poważne wątpliwości co do wyceny Rokom. Jeśli Zarządzanie Kontraktem na odcinku przedmiotowej autostrady A1 (ok. 42 km) kosztuje miesięcznie 282 000 zł, to jak wytłumaczyć stawkę 125 000 zł za analogiczną usługę na odcinku prawie 56 km?! Podobnie w odniesieniu do ZUD. Skoro jeden sezon na A1 wyceniono na ponad 3 000 000 zł, to skąd się wzięła cena niespełna dwóch milionów złotych w ramach opcji (skoro długość dróg jest o 30% większa)?! Owszem, we wszystkich ofertach opcja jest wyceniona relatywnie nisko (poszczególne elementy są tańsze w porównaniu do podstawy), ale takich dysproporcji jak u Rokom nie sposób dostrzec. Można by pomyśleć, że wszyscy oferenci zarobek (marżę) ulokowali w zamówieniu podstawowym, które stanowi pewny element kontraktu. Gdyby jednak tak było, to wartość opcji powinna pokrywać przynajmniej koszty. Czy zatem cena opcji Rokom obejmuje wszystkie wydatki, które należy ponieść aby wykonać usługi? Na przykładzie ww. elementów (Zarządzanie kontraktem i ZUD) Odwołujący wykaże, że tak nie jest. Udowodni również, że oferta Rokom stanowi ewidentny czyn nieuczciwej konkurencji.

C. Omówienie zarzutów

I. Zarzut 1 - oferta Rokom złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji

1. Okolicznością nie wymagającą dowodu jest fakt, że Zamawiający (najprawdopodobniej niezamierzenie) dokonując podziału wagi kryterium „Ceny” na odpowiednio 40 % dla zamówienia podstawowego i 20 % dla opcji wygenerował sytuację, w której „opłacało się” zaniżyć cenę opcji i zaoferować drożej zamówienie podstawowe. Zamawiający przyjął najpewniej, że skoro wartość opcji wynosi ok. połowę wartości zamówienia podstawowego, to w taki sam sposób powinny być rozłożone wagi. Nic bardziej mylnego. Strata punktowa w przypadku podniesienia ceny podstawy była istotnie mniejsza, niż korzyści wynikające z zaoferowania najniższej ceny opcji. Potwierdzają to w sposób przejrzysty niekwestionowane wyliczenia samego Zamawiającego w ramach oceny ofert, zawarte w zawiadomieniu z dnia 31.05.2022 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty: (tabela - akta sprawy -dokumentacja zamawiającego)

2. Tak więc Rokom uzyskał względem Odwołującego przewagę punktową na opcji wynoszącą 5,34 pkt kosztem ok. 3,4 mln zł, a zarazem stracił tylko 4,9 pkt w ramach zamówienia podstawowego, choć jest droższy o ponad 8,4 mln zł. W rezultacie, pomimo łącznej ceny wyższej o ok. 5 mln zł (!) wygrał punktację w kryterium ceny. Tyle że zabieg którego dokonał, widoczny prima facie, jest nielegalny, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Manipulacja kwotami wystąpiła przede wszystkim na dwóch pozycjach: Zarządzanie Kontraktem i ZUD.

3. Jak wynika z oferty Rokom w ramach opcji wykonawca wycenił pozycję Zarządzanie Kontraktem na kwotę 125 000 zł miesięcznie, czyli 1,5 mln zł w ciągu 12 miesięcy. Dla porównania usługa podstawowa w takim samym zakresie została zaoferowana za 282 000 zł miesięcznie (3,384 mln zł rocznie). Generalnie nie może dziwić fakt, że po realizacji zamówienia podstawowego i poniesieniu wydatków inwestycyjnych (np. na pojazdy, wyposażenie brygad itd.), w czwartym roku zarządzanie kontraktem może kosztować mniej. Jednakże specyfika tego świadczenia wymaga ponoszenia wysokich kosztów bieżących, które miesięcznie są istotnie wyższe niż wspomniane 125 000 zł.

4. Zakres usługi z grupy prac 11 - Zarządzanie kontraktem, reguluje SST 10.10.01z (zgodnie z pkt 6.2 SWZ szczegółowo przedmiot zamówienia opisany został w Tomie II i III SWZ; integralną częścią tomu III są szczegółowe specyfikacje techniczne; dla Grupy Prac 11 właściwa jest wspomniana D-10.10.01z v.1). Tamże, na 16 stronach dokładnie opisano obowiązki wykonawcy związane z powierzeniem zarządzania kontraktem, które obejmuje działania wykonawcy polegające na koordynacji prowadzonych prac utrzymaniowych na drodze, całodobowym monitorowaniu stanu przejezdności sieci drogowej (w tym warunków atmosferycznych) oraz patrolowania dróg i prowadzenia prac interwencyjnych na drodze. Co istotne, Zamawiający nie pozostawił wykonawcom swobody doboru koniecznych zasobów do wykonywania Zarządzania.

5. Zamawiający narzucił wszystkim, że w ramach Zarządzania należy zapewnić 2 brygady patrolowe + 2 brygady interwencyjne, gotowe do podjęcia działań interwencyjnych/patrolowych na drodze, na każdorazowe wezwanie Zamawiającego. Wykonawca ma obowiązek zapewnić całodobową dyspozycyjność brygad, również w dni wolne od pracy (§12 ust. 3 umowy); wyposażenie każdej z brygad określa pkt 3.2 SST - osoby i pojazdy wykonujące pracę na Drodze muszą być odpowiednio wyposażone, zarówno w sprzęt ochrony osobistej, jak i ostrzegawczy. Wszystkie te elementy są drobiazgowo wymienione w SST. Wymagane jest także w określonych okolicznościach dodatkowe wyposażenie - pkt. 3.4

SST. W pkt 3.5 SST zastrzeżono minimalną ilość (a także stan techniczny, wiek, a nawet kolor) pojazdów - co najmniej 1 pojazd na 1 wymaganą zapisami w § 12 ust. 3 Projektowanych Postanowień Umowy brygadę, oraz ich wyposażenie. W pkt 5.2 SST przewidziano, że wykonawca musi zapewnić wymagany personel oraz zorganizować Punkt Obsługi Kontraktu.

6. W skład personelu wejdzie Kierownik ds. Utrzymania Dróg (koordynator kontraktu) w liczbie co najmniej 1 osoby. Kierownik ds. Utrzymania Dróg ma zorganizować Zespół ds. Utrzymania Dróg w skład, którego będą wchodzić następujące osoby: Kierownik ds. Utrzymania Dróg, Zastępca Kierownika ds. Utrzymania Dróg, Specjaliści ds. utrzymania dróg (w ilości zapewniającej całodobową pracę Wykonawcy), Specjalista ds. administracyjno-finansowych. Kierownik ds. Utrzymania Dróg lub zastępujący go w razie nieobecności Zastępca Kierownika ds. Utrzymania Dróg muszą bezwzględnie być dostępni dla Przedstawicieli Zamawiającego w godzinach pracy Zamawiającego. Zamawiający wymaga, aby osoby z Zespołu ds. Utrzymania Dróg były zatrudnione na podstawie umowy o pracę.

7. Z pkt 5.3 SST wynika, że pracownicy kluczowi tj. Kierownik ds. Utrzymania Dróg / Zastępca Kierownika ds. Utrzymania Dróg, Specjalista ds. utrzymania dróg, Specjalista ds. administracyjno - finansowych muszą być dostępni w godzinach pracy Zamawiającego tj. od

godz. 7.00 do godz. 15.00 w każdy dzień roboczy w siedzibie Wykonawcy (Punkcie Obsługi Kontraktu - POK). Poza godzinami pracy Zamawiającego tj. od godz. 15.00 do godz. 7.00 w

dni robocze oraz całodobowo w dni wolne od pracy wymaga się obecności minimum jednego pracownika Zespołu ds. Utrzymania Dróg w POK.

8. Jeśli chodzi o patrol drogi (pkt 5.4.3 SST) to obowiązuje wymóg czterokrotnego dokonania patrolu w ciągu doby (co 6 godzin). W tym samym punkcie zapisano obowiązki brygady patrolowej (bardzo szerokie, wydaje się zbędne ich cytowanie, Odwołujący odsyła

do dokumentacji).

9. Jak zostało wyjaśnione na wstępie odwołania, prace objęte zakresem zamówienia zasadniczo realizowane są na polecenie Zamawiającego, tzn. Zamawiający zastrzegł, że będzie zlecał poszczególne usługi stosownie do potrzeb, które następnie będą rozliczane na podstawie cen jednostkowych wynikających z TER. W tym zakresie są jednak dwa wyjątki: Zarządzanie Kontraktem i ZUD. ZUD zostanie omówiony w dalszej części, natomiast w odniesieniu do Zarządzania kontraktem, to stanowi pewny element zamówienia podstawowego (por. §24 ust. 6 Umowy) i minimalny (konieczny) zakres zamówienia opcjonalnego - jeśli Zamawiający będzie miał wolę i potrzebę skorzystania z tego prawa, a to z dwóch powodów:

a) Po pierwsze, wspomniany §24 ust.6 Umowy będzie miał odpowiednie zastosowanie do opcji. Oznacza to, że jeśli Zamawiający uruchomi opcję, to co najmniej w zakresie

Zarządzania kontraktem (na okres od 1 do 12 miesięcy, także w układzie wielokrotnego zlecenia Zarządzania na krótkie okresy, na różnych drogach), w pozostałej części (inne prace wynikające z TER) uzależniając zlecenia od istniejących potrzeb;

b) Po drugie, nie sposób sobie wyobrazić, że wykonawca miałby realizować pojedyncze usługi wynikające z TER na drodze, której zarządzanie (w rozumieniu SST) sprawowałby podmiot trzeci. Jakiekolwiek czynności na autostradzie wymagają odpowiedniej organizacji, przygotowania i zabezpieczenia, co jest obowiązkiem Kierowników ds. utrzymania. Oni natomiast wchodzą w skład personelu kluczowego, który zapewnia Zarządzający Kontraktem.

10. Innymi słowy, jeśli Zamawiający skorzysta z opcji to powierzy wykonawcy Zarządzanie Kontraktem na konkretnym fragmencie autostrady. Wszelkie dodatkowe prace, licznie wymienione w TER, nadal jednak nie będą musiały być wykonywane i wykonawca nie będzie na nich realizował przychodu (nie przysługuje mu roszczenia o ich uruchomienie). Zamawiający będzie miał zapewnione podstawowe świadczenia związane z utrzymaniem bezpieczeństwa na drodze, a ze zlecaniem jakichkolwiek robót uzupełniających (naprawy, wymiany, mycie, czyszczenie itd.) może się wstrzymać do czasu wyłonienia wykonawcy docelowego. Należy bowiem podkreślić, że opcja ma charakter pomostowy. Ma zabezpieczać Zamawiającego na wypadek braku umowy finalnej na obsługę A1 lub A2. Aktualnie wszystkie drogi objęte prawem opcji znajdują się pod pieczą różnych firm. Zamawiający nie ma potrzeby ani możliwości (wobec zobowiązań względem tych podmiotów) zlecania jakichkolwiek prac na tych odcinkach w ramach opcji. Jednocześnie te umowy zapadają w różnych terminach, jak również mogą być niespodziewanie przerwane (np. wypowiedziane). Wówczas to, do czasu wyboru wykonawcy w ramach odpowiedniej procedury zakupowej, Zamawiający będzie się posiłkował opcją zarezerwowaną w ramach przedmiotowego kontraktu. Zamawiający zatem nie bez kozery kategorycznie zastrzegł, że Wykonawca winien uwzględnić koszty zarządzania kontraktem, w tym koszty organizacji POK oraz koszty brygad patrolowych i brygad interwencyjnych (według wymagań jak dla zamówienia podstawowego) w TER Gr 11

Załącznika 2a Tabele Elementów Rozliczeniowych, Zbiorcze Zestawienie Kosztów - OPCJA

- zamienny 2.

11. Żaden wykonawca nie ma gwarancji, że oprócz zarządzania (pomijając, że i ten

element jest fakultatywny) otrzyma jakiekolwiek inne zlecenia z oferty. Inaczej jest przy zamówieniu podstawowym. Wykonawca ma zapewnione nie tylko Zarządzanie (100% pewny zakres kontraktu), ale w praktyce także inne świadczenia wycenione indywidualnie w TER (stosownie do potrzeb Zamawiającego). Jakkolwiek bowiem Zamawiający zastrzega, że nie musi ich udzielać, to nie sposób sobie wyobrazić, aby przez 36 miesięcy nie było konieczności realizacji prac na drodze. Zupełnie inaczej jest w przypadku Opcji. Obejmuje ona 3 (trzy) inne odcinki drogi (inny kawałek A1 oraz dwa różne fragmenty A2), po których wykonawca może być „rozrzucony" przez Zamawiającego, np. 2 miesiące na A2, później 1 miesiąc na A1, potem 3 miesiące na innym A2. Każdorazowo wykonawcy może otrzymać wyłącznie Zarządzaniem kontraktem, w zamian za wynagrodzenie z formularza cenowego. W przypadku Rokom - 125 000 zł miesięcznie.

12. Powyższa stawka za Zarządzanie kontraktem - 125 000 zł miesięcznie - nie pokrywa kosztów związanych z realizacją tego zakresu zgodnie z OPZ (SST). Poniżej Odwołujący prezentuje absolutnie minimalne koszty bieżące, pomijając dla czytelności przekazu te

elementy, które wykonawcy mogą w miarę indywidualnie ujmować i mniej lub bardziej przekonująco się z nich tłumaczyć (np. koszty szkoleń, zakupu pojazdów, ich napraw, ubezpieczenia itd.).

a) Koszty związane z pracą brygad (patrolowych i interwencyjnych):

i. koszty zatrudnienia personelu:

Zamawiający wymaga obsady następujących stanowisk:

• Kierownicy utrzymania - 2 osoby;

• Specjaliści ds. utrzymania - 4 osoby;

• Brygada patrolowa - 12 osób / dobę (2x2 osoby po 8 godzin); • Brygada interwencyjna - 12 osób / dobę (2x2 osoby po 8 godzin); • Specjalista ds. finansowych i rozliczeń - 1 osoba.

Na potrzeby samych patroli i interwencji minimalne koszty osobowe wyglądają następująco:

4 brygady po 2 osoby = 8 osób x 24h (patrole są całodobowe) = 192 rbh / dobę x 30 dni = 5.760 rbh miesięcznie x 19,70 zł (minimalne wynagrodzenie godzinowe brutto) = 113.472 zł Zakładając kolejno również minimalne wynagrodzenie :

• dyżurnych (specjaliści utrzymania) - 24h4 x 30 = 720 rbh/m-c

• kierownika ds. utrzymania - 8 h x 20 = 160 rbh/m-c

• specjalisty ds. finansowych - 8h x 20 = 160 rbh/m-c

(Wyliczenia zostały dokonane w oparciu o minimalną ilość roboczogodzin, które są konieczne do realizacji zamówienia zgodnie z SWZ; faktyczna liczba pracowników musi być dostosowana do tej pracochłonności, uwzględniając przepisy prawa pracy; dla przykładu - Zamawiający wymaga zatrudnienia Kierownika i zastępcy Kierownika (zatem 2 osób), co nie oznacza, że obydwaj muszą stale przebywać na POK i mieć pełny etat. 4 obsada całodobowa)

otrzymujemy:720 + 160 + 160 = 1040 rbh miesięcznie x 19,70 zł = 20 488 zł

Powyższe nie obejmuje narzutów pracodawcy. Minimalna stawka godzinowa z narzutami wynosi 22,67 zł.

Koszty zatrudnienia personelu to łącznie: 113 472 zł + 20 488 zł = 133 960 zł / m-c

ii. koszty patrolowania drogi:

Zakładając, że patrol jest realizowany codziennie, 4 razy / dobę (zgodnie z SST) i przejeżdża 111,838 km (długość jezdni głównej 55,919 km x 2 strony) konieczne wydatki na paliwo wynoszą:

111,838 x 4 x 30 dni = 13 420,56 km miesięcznie zużycie paliwa - 5 litrów / 100 km cena 1 litra ON netto = 7 zł

koszt: 13420,56 x 5 / 100 x 7 zł = 4 697,20 zł / m-c

iii. koszty interwencji

Do kalkulacji przyjęto, iż średnio brygada interwencyjna przejedzie w ciągu jednej doby 110 km (tylko jeden najdalszy wyjazd - na koniec odcinka, na dobę). Konieczne wydatki na paliwo wynoszą:

110 x 30 dni = 3300 km miesięcznie zużycie paliwa - 8 litrów / 100 km cena 1 litra ON netto = 7 zł
koszt: 3300 x 7 / 100 x 7 zł = 1 617 zł / m-c

Razem koszt paliwa z tytułu patrolowania dróg i czynności interwencyjnych to:

4 697,20 + 1 617 = 6 314,20 zł / m-c

b) Koszty związanie z utrzymaniem POK

energia, woda, itp. - ok. 3 000 zł / m-c.

13. Pomijając koszty nabycia środków trwałych (pojazdów, przyczepek, znaków, itd), koszty eksploatacyjne (opony, ubezpieczenia, przeglądy), koszty odzieży roboczej i wszystkie inne związane z wyposażeniem brygad, wynikające z SST - zakładając, że zostaną w całości poniesione już w ramach zamówienia podstawowego, a zakupione wyposażenie, sprzęt, materiały, będą wykorzystane do kontynuacji usługi w ramach opcji, najmniejszy możliwy koszt Zarządzania kontraktem wynosi w skali jednego miesiąca:

Płaca minimalna personelu - 113 472 zł + 20 488 zł = 133 960 zł

(bez narzutów pracodawcy, z narzutami = 6800 x 22,67 = 154 156 zł)

Koszty patrolowania/interwencji - 6 314 zł

Utrzymanie POK - 3 000 zł

RAZEM: 143 274 zł

(z narzutami pracodawcy: 163 470 zł)

14. Realna, niepodważalna różnica między minimalnym kosztem Zarządzania Kontraktem, a przychodem Rokom wynosi: 125 000 - 163 470 = 38 470 zł. W skali roku niedoszacowanie kosztów zarządzania wynosi: 38 470 zł x 12 = 461 640 zł netto x 1,23 = 567 817,20 zł brutto.

15. Założywszy, że tylko w tym wąskim zakresie faktyczne koszty zostały przeniesione do zamówienia podstawowego (choć jest ich więcej, chociażby w zakresie ZUD), czyli przyjmując, że cena opcji byłaby wyższa jedynie o wskazane 567 817,20 zł, a zamówienie podstawowe byłyby wycenione o ww. kwotę taniej wynik oceny ofert byłby następujący:

Rokom:

podstawa - 68 874 811,77 - 567 817,20 = 68 306 994,57 zł = 35,39 pkt opcja - 9 430 955,79 + 572 156,64 = 10 003 112,43 zł = 20,00 pkt

RAZEM: = 55,39 pkt

Odwołujący:

podstawa - 60 433 737,78 zł = 40 pkt

opcja - 12 869 015,38 zł = 15,55 pkt

RAZEM: = 55,55 pkt

Oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza.

16. Kolejna bardzo istotna pozycja, która została zaniżona w ramach Opcji to zimowe utrzymanie dróg (ZUD). Zasady wykonywania czynności ZUD zawiera SST D-66.01.00 v.1.

Cena ofertowa Wykonawcy dla Grupy 10b poz. 1.1 wynosi: 1 983 508,73 zł netto

Zamawiający oszacował wartość usług dla Grupy 10 b poz. 1.1: 4 232 544,47 zł netto

Średnia cena wszystkich złożonych ofert dla Grupy 10 b poz. 1.1 wynosi: 3 243 900,52 zł.

netto.

Porównanie GRUPY PRAC NR 10b - Zimowe utrzymanie dróg - opcja wygląda następująco:

(Tabela - odwołanie w aktach sprawy

(ceny netto za 1km na dobę wyliczone jako iloraz cen jednostkowych GRUPY PRAC NR 10b i ilości km; w przypadku Rokom i usuwania śliskości - 14 259,35 zł : 55,919 = 255 zł/km)

17. Poniżej przedstawiamy wyliczenia dotyczące ceny za usuwanie śliskości, która według Odwołującego została nierzetelnie skalkulowana.

18. Konsorcjum Rokom zaoferowało cenę jednostkową za pozycję Usuwanie śliskości na poziomie 14 259,35 zł netto, co jest znacznie poniżej minimalnych kosztów jej wykonania.

19. Zgodnie z pkt 7 wskazanej SST obmiar prac winien określić faktyczny zakres

wykonywanych prac przy zimowym utrzymaniu w jednostkach ustalonych w tabelach

elementów rozliczeniowych (lub SST). Zasadą obmiaru jest zapewnienie standardu na danym odcinku drogi w okresie jednej doby, a w przypadku gotowości doba, w której na odcinkach drogi, nie pracował sprzęt. Jednostkami obmiaru prac są:

- ustawianie płotków przeciwśnieżnych z materiału Wykonawcy (montaż i demontaż) -

w kilometrach;

- gotowość do ZUD - ilość dni, w których sprzęt podstawowy do ZUD na odcinkach dróg [km] nie pracował (zgodnie z Załącznikiem nr 2 do OPZ);

- zapobieganie śliskości - odcinki dróg [wyszczególnione w TER, kolumna e)], na których zostało wykonane w ciągu doby jednokrotne posypywanie środkami do zwalczania śliskości;

- usuwanie śliskości - odcinki dróg [wyszczególnione w TER, kolumna e)], na których zostało wykonane w ciągu doby więcej niż jednokrotne posypywanie środkami do zwalczania śliskości celem uzyskania wymaganego standardu;

- odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości - odcinki dróg [wyszczególnione w TER, kolumna e)], na których został osiągnięty standard ZUD w ciągu jednej doby bez względu na krotność wykonywanych czynności przez sprzęt;

20. W SST odsyła się również do Zarządzenia nr 53 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 13 października 2015 r. w sprawie wprowadzenia „Wytycznych zimowego utrzymania dróg”, przy czym aktualne w tym zakresie pozostaje ZARZĄDZENIE Nr 31 GENERALNEGO DYREKTORA DRÓG KRAJOWYCH I AUTOSTRAD z dnia 5 września 2017 r. w sprawie wprowadzenia "Wytycznych zimowego utrzymania dróg". W pkt 6.3.2. określa zasady likwidowania śliskości. Usuwanie śliskości wymaga zaangażowania odpowiednich zasobów ludzkich (kierowcy, ładowacze), sprzętowych (pojazdy + paliwo) i materiałowych (głównie soli). Poniżej zostanie wykazane, że już tylko koszty soli konieczne do wykonania akcji usuwania śliskości są wyższe niż zaoferowana przez Rokom w ramach opcji cena jednostkowa.

21. Zgodnie z wytycznymi ZUD do obliczeń minimalnych ilości materiału (soli) powinny być przyjęte następujące wartości:

- usuwanie śliskości - średnia dawka materiału (soli) do posypywania zgodnie z Wytycznymi ZUD- to 22,5 gr/m2 dla wszystkich zakresów temperatur (od 15 gr/m2 do 30 gr/m2 w zależności od temperatury powietrza). Odwołujący przyjął do wyliczeń dawkę na

poziomie 20 gr/m2.

- minimalna krotność posypywania w ciągu doby zgodnie z SST D-66.01.00 -

ZIMOWE UTRZYMANIE DRÓG KRAJOWYCH pkt. 7 Obmiar Robót:

• Usuwanie śliskości - 2 razy w ciągu doby

- powierzchnia 1 km odcinka drogi A1/ A2 Odcinki Autostrady (A2 od km 362+700 do

km 411+466 z węzłem Łódź Północ w śladzie A1 od km 293+000 do km 295+850 / A1 od km

244+300 do km 293+00 / A2 od km 303+145 do km 362+700 / A1 od km 335+937 do km

399+743) - ciąg główny z węzłami, łącznicami, MOP-ami wynosi 20 800 m2 (zgodnie z wyliczeniem szerokość jednej jezdni to 10,4 m x 2 jezdnie)

- obliczenia minimalnej ilości materiału (soli) wynikające z dokumentów przetargowych:

• Usuwanie śliskości

20 800m2 x 20 gr /m2 x 2 krotność = 0,832 tony/km

Przyjęto minimalną cenę soli na poziomie 350,00 zł/tonę

350,00 zł. x 0,832 = 291,20 zł/km (koszt soli na utrzymanie 1 km drogi)

22. Odwołujący w powyżej kalkulacji uwzględnił tylko koszt materiału (soli). Pragniemy jednocześnie zauważyć, że cena jednostkowa za usuwanie śliskości za dobę nie obejmuje następujących pozycji kosztowych:

• wynagrodzenie kierowców za pracę;

• paliwo;

• opłaty za przejazd (e-TOLL);

• koszty sprzętów do ZUD;

• zakup chlorku wapnia (używanych do akcji zimowego utrzymania dróg przy temperaturach poniżej -6*C zgodnie z wytycznymi ZUD);

• zwiększenia dawki materiału do posypywania;

• zwiększenia krotności posypywania w ciągu doby;

Faktyczny koszt musi przenieść 300 zł/km (wynagrodzenie kierowcy to przecież min. 20 zł/godzinę, do tego paliwo itp.), co daje 16 775,70 zł za odcinek/dobę.

Porównanie ceny za usuwanie śliskości: tabela - odwołanie -akta sprawy.

Średnia wszystkich ofert za usuwanie śliskości za dobę całego odcinka to wartość 22 084,91 netto zaś cena konsorcjum ROKOM Sp. z o.o. to 14 259,35 netto co daje 64,57% wartości. Zgodnie z ww. wyliczeniami została zaniżona o min. 2 500 zł netto. Nie może być więc wątpliwość, że usuwanie śliskości w ramach ZUD zostało zaoferowane za cenę nie

pokrywającą kosztów wykonania tej usługi.

23. Uzupełnieniem powyższego obrazu niech będzie porównanie cen za usuwanie śliskości Konsorcjum ROKOM w analogicznych postępowaniach:

„Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez

Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi wraz ze wszystkimi elementami na autostradzie A1 na odcinku od km 295+850

do km 335+937,65, w tym S8e (węzeł Łódź Południe) od km 231+659 do km 232+738" opcja - Znak postępowania: O/ŁO.D-3.2421.3.2022.vk„Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi wraz ze wszystkimi elementami na autostradzie A1 na odcinku od km 295+850 do km 335+937,65, w tym S8e (węzeł Łódź Południe) od km 231+659 do km 232+738" zamówienie podstawowe Znak postępowania: O/ŁO.D3.2421.3.2022.vkCałoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, Rejon Autostradowy w Łowiczu - autostrada A2.Znak postępowania: O/Ł.D-3.2413.9.2021.vk Całoroczne utrzymanie dróg krajowych

zarządzanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, Rejon w Sieradzu - droga ekspresowa S8 Znak postępowania: O/Ł.D-3.2413.15.2021.mr

Całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, Rejon w Wieluniu - droga ekspresowa S8 Znak postępowania: O/Ł.D-3.2413.16.2021.jo według pozycji: opis cena netto za 1 km /doba; (tabela -odwołanie - akta sprawy).

Odwołujący pragnie zwrócić uwagę na fakt, iż powyższe postępowania (Autostrada A2, Sieradz S8 oraz Wieluń S8) były kalkulowane w ubiegłym roku, czyli przed atakiem zbrojnym Federacji Rosyjskiej na Ukrainę, kiedy nie tylko ceny paliw były znacznie niższe, ale przede wszystkim soli.

24. Z powyższych okoliczności Odwołujący wywodzi szereg skutków prawnych, z których część została omówiona przy drugim zarzucie. W kontekście natomiast czynu nieuczciwej konkurencji Odwołujący podnosi, że oferta Rokom nosi znamiona czynów, o których mowa w art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

2. Jednym z przypadków, w których ofertę uznaje się za czyn nieuczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest zastosowanie manipulacji cenowych przejawiających się nieuzasadnionymi dysproporcjami w stosunku do poszczególnych składowych oferty. Najczęściej dochodzi do tego typu sytuacji, gdy zasady oceny ofert uprzywilejowują niektóre części zamówienia, powodując, że zaoferowanie ich w niskiej cenie rodzi wymierne korzyści na gruncie globalnej punktacji oferty w ramach rankingu ofert.

Dotyczyć to może także podziału zamówienia na zamówienie podstawowe i zamówienie opcjonalne (tzw. prawo opcji). Dochodzi wówczas do przerzucania faktycznych kosztów pomiędzy niektórymi elementami zamówienia w taki sposób, że łączna cena może nawet nie wzbudzać obiekcji (niską wartość jednego elementu kompensuje zawyżona kwota za inny, a ceny jednostkowe nie są powiązane z realnymi kosztami realizacji usługi). Tą drogą tworzy się nieuzasadnioną przewagę konkurencyjną. W skrajnym przypadku oferta droższa może być bowiem bardziej korzystna od oferty tańszej - co ma miejsce w niniejszej sprawie.

3. W myśl art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „u.z.n.k."), czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Jako czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 3 ust. 1 u.z.n.k. należy potraktować działania wykonawcy mające na celu manipulowanie ceną w oderwaniu od realiów rynkowych, wyłącznie w celu uzyskania lepszej punktacji.

4. Ponadto zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest

również utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

5. Ukrywanie kosztów w innych pozycjach, nie dając szansy zamawiającemu na rzetelne ocenienie oferty w kontekście innych ofert złożonych w danym postępowaniu, narusza ww. przepisy u.z.n.k. jak i zasadę przejrzystości postępowania, uniemożliwiając innym uczestnikom oraz zamawiającemu prawidłową i rzetelną weryfikację oferty.

6. Krajowa Izba Odwoławcza niejednokrotnie wypowiadała się w zakresie zjawiska manipulowania cenami w celu zdobycia znacznej przewagi nad pozostałymi wykonawcami. Jak wskazano chociażby w wyroku z dnia 28 marca 2017 r. o sygn. KIO 473/17: „Ceny poszczególnych elementów oferty, również muszą odzwierciedlać realne dla nich koszty, przynajmniej do poziomu, który pozwala na taką ocenę. Za czyn nieuczciwej konkurencji może być poczytane takie rozkładanie kosztów oferty, przykładowo, które wskazuje na lokowanie przeważających kosztów na wstępny etap umowy, nie związany z postępem prac, lub wręcz dający możliwość odstąpienia od realizacji umowy przez wykonawcę po pobraniu wynagrodzenia nieadekwatnego do zakresu wykonanych prac, co również zdarzało się w praktyce zamówień publicznych (...) Przejawem manipulacji cenowej nie jest jedynie przyjmowanie rażących dysproporcji w stosunku do kosztu poszczególnych cen składowych oferty - w niegodziwym celu - wyeliminowania w ten sposób konkurencji, ale wszelkie znaczące i wyraźnie wskazujące na taki zamiar - odstępstwa od prawidłowego kalkulowania cen - bez powiązania z ich realnymi kosztami uzyskania.”

7. Podobnie orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia o 20 maja 2019 r. o

sygn. KIO 766/19: „Za niedopuszczalne, należy uznać działanie wykonawcy

uniemożliwiające zamawiającemu dokonanie oceny oferty w każdej z pozycji wymaganej treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Takie działanie ma bowiem wpływ na zachwianie zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jak zatem zamawiający miałby porównać oferty, w szczególności dokonać oceny ofert w ramach kryteriów oceny ofert, w sytuacji, gdy jeden z wykonawców "ukrywa" koszty w innych pozycjach, nie dając szansy zamawiającemu na rzetelne ocenienie jego oferty w kontekście innych ofert złożonych w danym postępowaniu. Takie zachowanie wykonawcy (odwołującego) narusza zasadę przejrzystości postępowania, uniemożliwiając innym uczestnikom oraz zamawiającemu prawidłową i rzetelną ocenę oferty.”

8. Przywołać w tym miejscu można również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 września 2020 r. o sygn. akt KIO 1850/20: „Manipulowanie ceną ofertową poprawiające sytuację wykonawcy, zarówno na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i na etapie realizacji umowy, może być uważane za działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami i przeto stanowić czyn nieuczciwej konkurencji.”, czy też wyrok z dnia 18 grudnia 2018 r. o sygn. KIO 2366/18: „"Przerzucanie" kosztów z jednego obszaru wpływającego na korzystniejszą oceny ofert z zastosowaniem kryteriów oceny, do drugiego, mniej korzystnego, określane jest jako "inżynieria cenowa", uznawana za czyn nieuczciwej konkurencji.”

9. Wprawdzie ww. orzecznictwo zostało wydane w poprzednio obowiązującym stanie prawnym, to niewątpliwie zachowuje aktualność także na gruncie obecnie obowiązującego art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp, co ma swoje odzwierciedlenie w piśmiennictwie: „Jako czyn nieuczciwej konkurencji może być uznana praktyka manipulowania ceną oferty, np. poprzez określanie cen jednostkowych w taki sposób, że ich część określana jest na poziomie rażąco niskim, w oderwaniu od rzeczywistych kosztów i nakładów koniecznych do realizacji wyodrębnionej części zamówienia, a część cen jest bez uzasadnienia zawyżona, by zrekompensować zaniżenie innych. Brak obiektywnego uzasadnienia dla dokonywania takiej operacji wskazuje, że jedynym jej celem jest zamierzona optymalizacja wyceny przedmiotu zamówienia, która pozwala na uzyskanie przewagi nad innymi wykonawcami w przyjętych przez zamawiającego kryteriach oceny ofert, zawyżenie ostatecznego wynagrodzenia przysługującego wykonawcy lub odmienne, od określonego w dokumentach zamówienia, jego rozliczenie, np. otrzymanie części wynagrodzenia za wykonanie zamówienia na wcześniejszym etapie jego realizacji. Takie działanie w sposób oczywisty prowadzi do wynaturzeń pozbawiających ekonomicznego sensu cały system zamówień publicznych, a także ewidentnie narusza interes innych przedsiębiorców (wykonawców) oraz klienta (zamawiającego).” (tak M. Jaworska w: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, pod. red. M. Jaworska, Warszawa 2021, wyd. C.H. Beck, str. 641- 642).

10. Podsumowując, Zamawiający naruszył przepis art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Rokom, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji określonego w art. 3 ust. 1 u.z.n.k. oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k, który polega na manipulacji ceną oferty (cenami jednostkowymi) oraz zaoferowaniu usług poniżej kosztów ich wykonania.

11. Zarzut 2 - zaniechanie wezwania Rokom do złożenia wyjaśnień istotnych części składowych ceny

1. Okoliczności faktyczne przedstawione w ramach zarzutu pierwszego (czyn nieuczciwej konkurencji) stanowią podstawę wywiedzenia także niniejszego zarzutu zaniechania wezwania Rokom do złożenia wyjaśnień istotnych części składowych ceny opcji, które wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji całej ceny opcji, która również wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinna budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach Zamówienia.

2. Wartość zamówienia objętego prawem opcji została ustalona przez Zamawiającego

na kwotę 12 068 577,04 zł, z czego na Zarządzanie Kontraktem i ZUD przypada odpowiednio 2 000 780,40 zł oraz 4 405 342,24 zł. Udział Zarządzania i ZUD stanowi zatem ponad 50% wartości Opcji. Cena Rokom za te elementy to 1 500 000 zł + 2 186 978,73 zł, czyli razem 3 686 978,73 zł. Jest to zatem około połowa wartości oszacowanej przez Zamawiającego.

3. Zarządzanie kontraktem w ramach opcji zostało zaoferowane przez Rokom za cenę 125 000 zł miesięcznie, podczas gdy wszyscy pozostali oferenci wycenili tę usługę na poziomie 150 000 zł miesięcznie i więcej. Jeśli chodzi o ZUD to relacje cenowe zostały szczegółowo omówione powyżej.

4. Przypomnieć w tym miejscu należy charakter zamówienia opcyjnego, jako stanowiącego niezależne od zamówienia podstawowego świadczenie, które będzie realizowane na odmiennych warunkach cenowych, innych odcinkach dróg itd. Może być udzielone już po zakończeniu części pewnej kontraktu i być od niego zupełnie odseparowane (dzielić z nim wyłącznie wymagania techniczne usług).

5. Zamawiający nie może lekceważyć ofert na ten element zamówienia (Opcję), bowiem pozostaje nie mniej istotny od zamówienia głównego (wszak dotyczy obsługi dróg o najwyższym standardzie) i ma zapewnić odpowiednie jakościowo świadczenia bezpośrednio rzutujące na bezpieczeństwo podróżnych. Ponadto, Zamawiający, jako dysponent środków publicznych, nie powinien dopuszczać do sytuacji, w której wykonawca realizując cały, ponadprzeciętny zysk w pierwszym okresie umowy nie będzie zdolny, tudzież nie będzie miał interesu, aby ją kontynuować po cenach generujących stratę. W tym aspekcie szczególną uwagę Zamawiający powinien zwrócić na opłacalność absolutnie podstawowych i kluczowych z punktu widzenia zapewnienia odpowiednich warunków na autostradzie, elementów opcji, czyli Zarządzania kontraktem i ZUD.

6. Tymczasem Zamawiający całkowicie bezkrytycznie podszedł do oferty Rokom, zdając się nie widzieć ewidentnej manipulacji cenowej oraz rażąco niskich kwot zaproponowanych za Zarządzanie Kontraktem i ZUD. Brak wątpliwości nie ma obiektywnego uzasadnienia - chociażby w świetle wymownych statystyk. Jednocześnie na tle przepisu art. 224 ust. 1 Pzp nie sposób nie uznać, że istotne części składowe opcji (a ślad za tym całej opcji) muszą wydawać się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia.

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

8. Hipoteza ww. przepisu stanowi, iż Zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do wyjaśnień istotnych części składowych ceny już tylko kiedy wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jest to przesłanka, która powinna być rozpatrywana w kategoriach obiektywnych, a zatem w oderwaniu od uznaniowości zamawiającego, na co może wskazywać użycie w ww. przepisie spójnika „lub" pomiędzy frazą „wydają się rażąco niskie" a „budzą wątpliwości zamawiającego" (w poprzednim stanie prawnym ustawodawca zastosował koniunkcję - użył spójnika „i"). Niemniej jednak nawet przy ocenie zastosowania poprzednio obowiązującego art. 90 ust. 1 Pzp z 2004 r., orzecznictwo wskazywało, iż stwierdzenie „budzi wątpliwości zamawiającego" nie oznacza dowolności i uznaniowości Zamawiającego przy ocenie konieczności wystosowania do wykonawcy wezwania do złożenia wyjaśnień. Taka weryfikacja powinna zostać przeprowadzona w realiach danej sprawy, przy uwzględnieniu indywidualnych cech zamówienia w powiązaniu z właściwymi dla

danego rynku uwarunkowaniami (cyt.): „Skoro zatem określenie ceny oferty, jako mogącej nosić charakter ceny rażąco niskiej, jest dokonywane w szeroko pojętych realiach danej sprawy, to również weryfikacja czy zamawiający był zobowiązany do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej sposób kalkulacji ceny - wskazanej w art. 90 ust. 1 p.z.p., w tym badanie czy zaistniała przesłanka obligująca zamawiającego do rozpoczęcia procedury wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w jaki sposób i na jakiej podstawie wyliczono cenę oferty - także jest dokonywana w okolicznościach faktycznych konkretnego zamówienia, przy uwzględnieniu jego indywidualnych cech w korelacji z uwarunkowaniami właściwymi dla danego rynku. I pomimo, że w omawianej normie ustawodawca zawarł normę określającą fakultatywne wezwanie do złożenia wyjaśnień, w przeciwieństwie do art. 90 ust. 1a p.z.p., to w przypadku zajścia okoliczności, o których mowa w hipotezie przepisu - zaistnienie okoliczności powodujących, że cena lub jej istotna część składowa wydaje się rażąco niska i wzbudza wątpliwość, czy możliwym będzie wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentacją postępowania i przepisami prawa - przeradza się to w obowiązek zamawiającego, którego zaniechanie może spowodować negatywne dla niego skutki. Zamawiający, aby poprawnie zastosować normę art. 90 ust. 1 p.z.p., musi poddać zaistniały w sprawie stan faktyczny krytycznej analizie, pod katem prawidłowości i rynkowego charakteru zaoferowanej ceny, przy uwzględnieniu weryfikacji wartości istotnych części składowych ceny. Ustalając zatem wzorzec prawidłowego postępowania, do którego Izba w toku orzekania porówna podważane czynności i zaniechania zamawiającego, celem oceny ich prawidłowości, należy włączyć w ten wzorzec konieczność ustalenia, czy należycie działający zamawiający w danym stanie rzeczy powziąłby takie wątpliwości, czy też nie. Dokonując tej analizy, na kanwie okoliczności niniejszej sprawy, Krajowa Izba Odwoławcza doszła do przekonania, że u zamawiającego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami dokumentacji postępowania i przepisami prawa powinny były powstać i zamawiający powinien zbadać ofertę przystępującego w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p.” (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 27 stycznia 2020 r. o sygn. akt: KIO 51/20).

9. Na obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie istotnych części składowych, nawet jeżeli globalna cena nie była niższa o więcej niż 30 % w stosunku do średniej arytmetycznej cen, albo wartości szacunkowej zamówienia, wskazywała Krajowa Izba Odwoławcza również w wyroku z dnia 3 grudnia 2020 r. o sygn. akt KIO 2974/20: „Na wstępie wskazać należy, w świetle art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający jest uprawniony do wszczęcia procedury wyjaśniającej w dwóch okolicznościach. Po pierwsze w sytuacji, gdy zaoferowana cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. Po drugie zaś w sytuacji, gdy istotna część składowa ceny lub kosztu wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. Oznacza to, że w przypadku gdy cena całkowita oferty nie sprawia wrażenia rażąco niskiej, a w szczególności nie jest niższa o określony wskaźnik od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej innych ofert, ale cena (koszt) jednego lub kilku istotnych składników ceny (kosztu) oferty sprawia wrażenie rażąco niskiej, to

zamawiający ma obowiązek zażądać od wykonawcy stosownych wyjaśnień. (...) Izba wskazuje po pierwsze, że w treści SIWZ zostało przewidziane, że wynagrodzenie należne wykonawcy obliczane będzie według cen jednostkowych podanych w formularzu cenowym (§3 wzoru umowy). Przewidzenie tego rodzaju ustalania wynagrodzenia wykonawcy co do zasady uprawnia i obliguje zamawiającego do badania również cen jednostkowych przewidzianych za wykonanie poszczególnych prac w ramach przedmiotu zamówienia. Zdaniem Izby skoro Zamawiający wymaga podania cen jednostkowych i na ich podstawie obliczona będzie wartość wynagrodzenia za wykonanie poszczególnych prac wchodzących w zakres zamówienia, to wycena takich prac ma charakter istotny z punktu widzenia prawidłowości realizacji przedmiotu zamówienia, na zasadach określonych przez Zamawiającego. W tym zakresie, Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, iż wystarczającą dla zaniechania wezwania Przystępującego do wyjaśnienia cen jednostkowych była okoliczność, iż cena globalna nie była niższa niż 30% wartości zamówienia czy średniej arytmetycznej wartości ofert złożonych w postępowaniu. Takie stanowisko stoi w sprzeczności z przyjętą przez Zamawiającego metodologią rozliczania prac określoną we wzorze umowy i SIWZ. Sam Zamawiający nadał cenom jednostkowym charakter istotny poprzez obliczenie należnego wynagrodzenia właśnie na podstawie takich cen jednostkowych. Podana cena globalna jest tylko maksymalną ceną wynikającą z cen jednostkowych przyjętych przez wykonawcę.” (podobnie orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 16 października 2020 r. o sygn. KIO 2064/20).

10. Podsumowując, Zamawiający powinien kierować się obiektywnymi przesłankami do stwierdzenia, czy istotna część składowa wydaje się być rażąco niska. Zamawiający jest wówczas zobligowany do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień istotnych części składowych ceny.

11. Przechodząc natomiast do pojęcia „istotnych części składowych" doktryna wypracowała pogląd, zgodnie z którym za części istotne powinny być uznawane te części, których wartość znacząco wpływa na cenę, a zatem takie, które w znacznym stopniu przyczyniają się do powstania kosztów po stronie wykonawcy. Ustawodawca nie wyjaśnia pojęcia istotnej części składowej. Jednakże posługiwanie się tym pojęciem w kontekście ceny wskazuje na to, że za części istotne powinny być uznawane te, których wartość znacząco wpływa na cenę (W. Dzierżanowski [w:] Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 224.)

12. Część ceny dotycząca zamówienia opcjonalnego ma istotny wpływ na globalną cenę ofertową, a zatem jak najbardziej może być traktowana jako istotna część składowa ceny ofertowej. W tym kontekście Odwołujący zwraca szczególną uwagę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 sierpnia 2020 r. o sygn. akt KIO 1755/20, który został wydany w stanie faktycznym sprawy dotyczącym ceny, na którą składa się cena za zadanie podstawowe oraz cena za zamówienie opcjonalne: „W ocenie Izby niewątpliwie kryterium oceny ofert była cena łączna, niemniej fakt, że cena łączna staniała element kryterium oceny ofert nie oznacza, że Zamawiający nie ma uprawnienia, a nawet obowiązku, dokonać w ramach procedury z art. 90 ust. 1 ustawy badania istotnej części składowej ceny łącznej. Wymaga zaznaczenia, że zgodnie z SIWZ Zamawiający w celu dokonania oceny oferty, w formularzu ofertowym, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ wymagał określenia ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia, w podziale na zadanie podstawowe oraz opcjonalne. Tym samym, Zamawiający w sposób jednoznaczny określił istotne z punktu widzenia przedmiotu zamówienia części składowe dzieląc je na zakres podstawowy oraz zakres opcjonalny. (...) Ustawodawca w art. 90 ust. 1 ustawy w sposób bardzo jednoznaczny określił, że istotne części składowe ceny mogą podlegać badaniu przez Zamawiającego, tym samym Zamawiający miał prawo poddać ocenie część składową tj. cenę jednostkową za zakres opcjonalny badania w tej procedurze."

13. Zamawiający nie może zatem bagatelizować istotnych składowych ceny dotyczących zamówienia opcjonalnego i nie może powstrzymać się od wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w tym przedmiocie, pomimo że opcja nie jest obligatoryjną częścią zamówienia. Tezę tę potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 25 stycznia 2022 r. o sygn. KIO 62/22. Odwołujący pozwala sobie na przytoczenie szerszego fragmentu ww. orzeczenia, przy czym okoliczność, że przedmiot zamówienia był odmienny (choć także dotyczył usług) nie przekreśla uniwersalności wywodów i konkluzji tutejszej Izby: .„Nie budzi wątpliwości, że wskazana cena jednostkowa dezynfekcji podłóg i ścian stacji metra poszczególnych stacji w wysokości od 9 do 25 złotych za stację ma przymiot rażąco niskiej w stosunku do zakresu usługi i ani Zamawiający, ani Przystępujący nie usiłowali z tym polemizować, co jasno wynika z faktu, że żaden z nich nie podjął nawet próby wyliczenia kosztu owej dezynfekcji mieszczącego się w granicach owych 9 - 25 złotych. Powoływali się jedynie na fakt, że powyższe nie ma znaczenia ze względu na postanowienie specyfikacji warunków zamówienia, zgodnie z którym Zamawiający na dezynfekcję na zlecenie dla zadania nr 1 przewidział maksymalną kwotę 150.000 złotych, co jest jedynie promilem ceny oferty, a przedmiotowa usługa jest opcjonalna i prawdopodobnie i tak nie będzie zlecana. (...) Nie zmienia to jednak dwóch okoliczności - po pierwsze, że powyższa usługa została ujęta jako część przedmiotu zamówienia, nawet jeśli opcjonalna, zatem tłumaczenie, że nie będzie ona zlecana, nie ma znaczenia i nie może być wzięte pod uwagę. Jeżeli zlecanie takiej usługi nie jest planowane, nie powinna ona być ujmowana w opisie przedmiotu zamówienia. Po drugie, skoro została ujęta w zamówieniu, to powinna być traktowana jako część zamówienia, a skoro jest częścią zamówienia podlegającą wycenie, to powinna zostać wyceniona, a co więcej - skoro miała zostać wyceniona, to powinna zostać wyceniona rzetelnie i realnie. (...) Tym samym, w ocenie Izby, nie można jedynie ograniczyć się do stwierdzenia, że chodzi o wartość 150.000 złotych, co stanowi jedynie 0,003 % ceny oferty, zatem nie została spełniona przesłanka istotności części składowej, o której mowa w art. 224 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 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.".

14. Reasumując, w niniejszym stanie faktycznym Zamawiający miał obowiązek wezwania Rokom do wyjaśnień istotnych części składowej ceny w ramach prawa opcji, zwłaszcza dotyczących Zarządzania Kontraktem oraz Zimowego Utrzymania Dróg. Są to absolutnie najważniejsze elementy całorocznego utrzymania autostrady, bez których użytkowanie drogi może być wręcz niemożliwe. Argumenty przedstawione w całym uzasadnieniu niniejszego odwołania (nie tylko w ramach omawianego w tym miejscu zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 Pzp) nie mogą pozostawiać wątpliwości, że ceny tych kluczowych elementów zostały

zaniżone, nie pokrywają kosztu wykonania usług i nie pozwalają na należyte wykonanie zamówienia w ramach opcji, zwłaszcza jeśli Zamawiający skorzysta z niej wyłącznie w zakresie zarządzania czy ZUD. W konsekwencji zasadnym jest zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania.

15. Należy również uznać, że w Postępowaniu zostały naruszone zasady wynikające z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp, bowiem akceptacja oferty zawierającej zaniżone i zmanipulowane ceny jest przejawem nierównego traktowania wykonawców, niezachowania uczciwej konkurencji i braku przejrzystości postępowania.

16. Mając na uwadze powyższe odwołujący wnosi odwołanie uznając je za konieczne i uzasadnione.

Odpowiedź na odwołanie

Działając w imieniu i na rzecz Zamawiającego, na podstawie przedłożonego pełnomocnictwa oraz przepisu art. 521 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.), dalej jako „Pzp", wnoszę o:

1. oddalenie odwołania w całości za zasądzeniem - na podstawie faktury VAT, która zostanie złożona do akt sprawy na rozprawie - wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600 zł;

2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści dokumentów przywołanych w odpowiedzi na odwołanie.

Uzasadnienie odpowiedzi na odwołanie

Zamawiający przeczy wszystkim twierdzeniom Odwołującego, których poniżej wyraźnie i wprost nie potwierdza, wskazując co następuje.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), zwanej dalej „Znk" (zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp) Zamawiający wskazuje, że obszerne wywody odwołania można w istocie sprowadzić do twierdzenia, że czyn nieuczciwej konkurencji, którego rzekomo dopuścił się Przystępujący składając ofertę, polegać miał na zaniżeniu kosztów realizacji świadczeń objętych przewidzianym przez Zamawiającego prawem opcji, tj. grup prac nr 10b i 11, tj., odpowiednio, Zimowe utrzymanie dróg (dalej „ZUD") oraz Zarządzanie Kontraktem. Powyższe, zdaniem Odwołującego, motywowane było chęcią uzyskania większej liczby punktów w kryteriach odnoszących się do ceny i umożliwiło wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Powyższe doprowadziło Odwołującego do wniosku, że działanie Przystępującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 Znk (część C pkt I.24 uzasadnienia odwołania).

W ocenie Zamawiającego dokonana przez Odwołującego na gruncie przepisów Znk kumulatywna kwalifikacja prawna, choć nieprzypadkowa (o czym w dalszej części odwołania), jest błędna. Jak bowiem trafnie stwierdził Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 2 lutego 2001 r., IV CKN 255/00 Samą konstrukcję zarzutu naruszenia prawa materialnego, przez niewłaściwe zastosowanie zarówno art. 3, jak i art. 15 Znk, należało uznać za błędną, bowiem oba te przepisy nie mogą być stosowane kumulatywnie, a na sugestię takiego właśnie ich stosowania wskazuje użyty przez skarżącego, właściwy wyłącznie dla koniunkcji, spójnik „i". Tymczasem zachowania noszące znamiona czynów konkurencyjnych powinny być badane najpierw z uwzględnieniem przesłanek określonych w przepisach art. 5 do art. 17 Znk. Dopiero wówczas, gdy kwestionowane przez innego przedsiębiorcę działania nie mieszczą się w hipotezie żadnego z tych przepisów, powstaje potrzeba dokonania ich oceny w świetle klauzul generalnych przewidzianych w art. 3 Znk, określającym uniwersalną postać czynu nieuczciwej konkurencji. O równoczesnym naruszeniu przepisów art. 3 i art. 15 Znk nie może zatem być mowy (podobnie SN w wyroku

z 13 listopada 1997 r., I CKN 710/97).

W powyższym kontekście zauważyć należy, że skoro czyn nieuczciwej konkurencji polegać miał - w przekonaniu Odwołującego - na zaniżeniu kosztów wykonania dwóch grup prac, to

mechanizm ten należałoby oceniać przez pryzmat przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 Znk, odnoszącego się m.in. do sprzedaży usług poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców (tu - Odwołującego), nie zaś art. 3 ust. 1 Znk, przewidującego tzw. ogólną postać czynu nieuczciwej konkurencji. Gdyby było inaczej, to Odwołujący nie przedstawiałby w uzasadnieniu odwołania minimalnych (zdaniem Odwołującego) kosztów Zarządzania Kontraktem i ZUD (zob. część C, pkt. I.1-I.23 uzasadnienia odwołania), które niewątpliwie wpisują się w dyspozycję art. 15 ust. 1 pkt 1 Znk, który stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Z kolei nawet gdyby chcieć kwalifikować zachowanie Przystępującego na gruncie art. 3 ust. 1 Znk (do czego - z przytoczonych powyżej względów - brak jest podstaw), to wyjaśnić należy, że o ile przywołany powyżej przepis Znk stanowić może samodzielną podstawę odpowiedzialności wykonawcy za naruszanie uczciwej konkurencji, o tyle obowiązkiem (ad casum) Odwołującego, na którym spoczywa ciężar udowodnienia postawionego zarzutu, było wskazanie jaki przepis prawa, względnie - dobry obyczaj, został naruszony zachowaniem sprawcy (tu - Przystępującego) - zob. przykładowo wyrok SN z 9 stycznia 2008 r., II CSK 363/07. Próżno jest szukać w treści odwołania takiego wskazania, nie wspominając już nawet o udowodnieniu postawionej tezy, który to obowiązek - zgodnie z przepisem art. 534 ust. 1 ustawy Pzp - spoczywa na Odwołującym. W tym aspekcie odwołanie sprowadza się bowiem do przedstawienia przez Odwołującego własnych wyobrażeń dotyczących wartości spornych grup prac, a nie zawiera nie tylko wyjaśnienia, ale nawet wskazania (kwalifikacji) działań Przystępującego w aspekcie ich sprzeczności z prawem lub dobrymi obyczajami, co jest wymagane treścią przepisu art. 3 ust. 1 Znk, który stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Jak wspomniano powyżej zabieg Odwołującego jest - w ocenie Zamawiającego - nieprzypadkowy, ponieważ przypisanie Przystępującemu odpowiedzialności za złożenie

oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 1 pkt 1 Znk (przez pryzmat

którego należałoby oceniać zachowanie Przystępującego) wymagałoby udowodnienia przez Odwołującego przyświecającego Przystępującemu celu w postaci eliminacji innych wykonawców, którego to dopatrzeć się nie sposób. Jest tak nie tylko dlatego, że - po pierwsze - naturalnym zachowaniem związanym z ubieganiem się o udzielnie zamówienia jest konkurowanie wykonawców tymi parametrami ofert, które brane są pod uwagę w kryteriach oceny ofert. Po drugie zaś, jak wynika z zestawienia ofert złożonych w Postępowaniu, wszyscy Wykonawcy biorący w nim udział wycenili świadczenia objęte prawem opcji na poziomie znacznie niższym niż zakres podstawowy zamówienia.

Dowód: - zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 31 maja 2022 r., w

dokumentacji Postępowania.

Odnosząc się szczegółowo do zakwestionowanych elementów wyceny świadczeń objętych prawem opcji Zamawiający, tytułem wyjaśnienia i w odpowiedzi na twierdzenia Odwołującego zawarte w części C pkt. I.10 dotyczące istoty prawa opcji (którego elementy stanowią clou sporu w przedmiotowej sprawie), wskazuje że przewidziane w Postępowaniu prawo opcji obejmuje wszystkie analogiczne jak dla zamówienia podstawowego pozycje kosztorysowe umożliwiające realizację utrzymania drogi w absolutnie pełnym zakresie. Odwołujący błędnie zakłada, że Zamawiający zleci wykonawcy wyłącznie Zarządzanie kontraktem, bez zlecania robót i usług z pozostałych pozycji TER, co skutkować będzie brakiem dodatkowego przychodu Wykonawcy.

Gdyby takie było zamierzenie Zamawiającego, to nie przewidywałby innych pozycji kosztorysowych w „Załączniku nr 2a Tabele Elementów Rozliczeniowych, Zbiorcze Zestawienie Kosztów - OPCJA - zamienny 2". Wprawdzie uwzględnienie w zamówieniu możliwości skorzystania z prawa opcji, co do zasady przewidziane jest jako zamówienie pomostowe, jednakże Zamawiający celowo i świadomie zagwarantował sobie możliwość pełnego i kompleksowego utrzymania drogi, gdyby wystąpiła taka potrzeba lub konieczność. Nie ma również uzasadnienia teza Odwołującego, że pozycje Zarządzanie Kontraktem oraz Gotowość do ZUD stanowią gwarantowane wynagrodzenie Wykonawcy przy uruchomieniu

opcji.

Postanowienie § 24 ust. 6 wzoru umowy zgodnie z którym Strony ustalają minimalną wielkość świadczenia prac objętych niniejszą Umową stanowiącą wartość należnego wynagrodzenia Wykonawcy za świadczenie usług, o których mowa w SST Zarządzanie Kontraktem, oraz w SST Zimowe utrzymanie dróg krajowych, w zakresie pozycji określonych

w TER jako „Gotowość do ZUD" i „Zarządzanie Kontraktem", tj.....PLN brutto - w

okresie trwania Umowy, o którym mowa w § 3 ust. 1 dotyczy minimalnej wielkości świadczenia usługi stanowiącej podstawowy zakres zamówienia, natomiast opcja stanowi jedynie zamówienie fakultatywne.

Trudno również sobie wyobrazić sytuację obowiązkowej zapłaty za Gotowość do ZUD w przypadku uruchomienia opcji na innej drodze niż objęta zamówieniem podstawowym na okres np. 2 miesięcy obejmujący np. miesiąc lipiec i sierpień.

W dalszej części odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wykaże, na podstawie dotychczasowych doświadczeń z realizacji tego typu prac i posiadanych przez siebie informacji, że cena oferty Przystępującego nie została skalkulowana poniżej kosztów świadczenia ujętych w niej usług ergo nie doszło do popełnienia przez Przystępującego

czynu nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 1 pkt 1 Znk.

I. Analiza kosztów Zarządzania Kontraktem

W obszarze kosztów zarządzania kontraktem przedstawiona przez Odwołującego

Przedstawiona przez Odwołującego kalkulacja kosztów osobowych pracowników realizujących zadania Zarządzania Kontraktem oparta jest na minimalnej stawce godzinowej. W rzeczywistości, w związku z charakterem realizowanych w sposób ciągły (całodobowo, przez wszystkie dni roku) usług Zarządzania Kontraktem, wykonawcy zatrudniają pracowników na umowy o pracę z wynagrodzeniem miesięcznym, nieprzekraczającym stawki płacy minimalnej, która obecnie wynosi 3.010,00 zł. (do których dochodzą dodatkowo koszty pracodawcy w wysokości 22,67%). Na potwierdzenie tej okoliczności Zamawiający przedstawia przykładową zanonimizowaną umowę o pracę zawartą pomiędzy pracownikiem a realizującym dla GDDKiA Oddział w Łodzi wykonawcą usług utrzymaniowych.

Dowód: - zanonimizowana umowa o pracę jw.

Dla optymalizacji kosztów wykonawcy stosują również zgodnie z przepisami prawa pracy, zatrudnienie w systemie równoważnym (wyjaśnienie pod linkiem:

s-pracy-wprowadzanie-i-stosowanie.html) z wydłużonym najczęściej do 12 godzin czasem

pracy.

Taki sposób planowania systemu pracy nie skutkuje powstawaniem nadgodzin dobowych i zapewnia optymalne wykorzystanie czasu pracowników z jednoczesnym zachowaniem

wymaganych przepisami przerw w pracy.

W związku z powyższym koszty pracownicze stanowiące najistotniejszy koszt pozycji Zarzadzanie Kontraktem kształtują się następująco:

Liczba osób Liczba zmian Minimalna liczba etatów Minimalne wynagrodzenie brutto Koszt dla wszystkich osób Koszt pracodawcy (zwiększenie o 20,67%)

brygada patrolowa 1 2	3	6	3 010,00		18 060,00	21 793,00
brygada patrolowa 2 2	3	6	3 010,00		18 060,00	21 793,00
brygada interwencyjna 1	2	3	6	3 010,00	18 060,00	21 793,00
brygada interwencyjna 2	2	3	6	3 010,00	18 060,00	21 793,00

Kierownik ds. Utrzymania	1		1	5 000,00	5 000,00	6 033,50
Z-ca Kierownika ds.						
utrzymania	1		1	3 010,00	3 010,00	3 632,17
Specjalista ds..						
Utrzymania Dróg	4		4	3 010,00	12 040,00	14 528,67
Specjalista ds. Administracyjno		- finansowych				
	1		1	3 010,00	3 010,00	3 632,17

Co daje: Łączny koszt zatrudnienia niezbędnego do realizacji usługi personelu realizującego zadania Zarządzania Kontraktem wynosi zatem 95.300,00 zł. (a z narzutami Pracodawcy 114.998,51 zł.), a nie jak wskazuje Odwołujący 133.960,00 zł (a z narzutami 154.156,00 zł.).

Zaznaczyć w tym miejscu należy, że w przedstawionej powyżej kalkulacji przyjęto zwiększone koszty płacy pracowników kluczowych personelu Punktu Obsługi Kontraktu. tj. 5.000,00 zł dla Kierownika Utrzymania. Przyjęta w tabeli liczba pracowników umożliwia zgodną z wymogami pkt 5.3. SST Zarządzanie Kontraktem realizację usługi, w szczególności w zakresie całodobowej obsługi i dostępności personelu Kluczowego Punktu Obsługi Kontraktem. Dla wyjaśnienia zaznaczyć trzeba również, że zapewnienie całodobowej obsady przy średnio 168 godzinnym miesięcznym czasie pracy równym 168 h stanowi 4,29 etatu, zgodnie z poniższym wyliczeniem:

24h x 30 dni = 720 h □ 720 h/168 h = 4,29 etatu

Zatem personel w przyjętej liczbie 5 specjalistów ds. utrzymania i administracyjnofinansowych zapewnia wymaganą obsadę POK oraz uwzględnia ewentualne urlopy i nieobecności pracowników.

Powyższa kalkulacja daje różnicę w przedstawionych przez Odwołującego kosztach zatrudnienia rzędu 38 660,00 zł. (133 960,00 zł - 95 300,00 zł = 38 660,00 zł).

II. Analiza kosztów ZUD (usuwania śliskości)

Przyjmując metodykę Odwołującego do obliczenia ceny pozycji kosztorysowej „usuwanie śliskości", zdecydowanie należy jednak sprostować niewłaściwie założenia w zakresie wydatkowania materiałów do zwalczania śliskości i przyjmowanej do wyliczeń powierzchni

posypu drogi.

Przyjmuje się, iż usługa usuwania śliskości polega na średnio dwukrotnym wykonaniu posypu drogi na dobę. Do dalszych wyliczeń, zgodnie z wytycznymi ZUD, pkt. 6.8, należy przyjąć posyp na 0,9 szerokości jezdni wynoszącej 10,4 m. Aby określić powierzchnię posypu odcinka drogi o długości 1 km zastosowanie znajdą poniższe obliczenia:

10,4 m x 1.000 m x 2 jezdnie x 0,9 *x 2 przejazdy = 37.400,00 m2

Należy również skorygować założenie Odwołującego co do średniej ilości dawkowania soli z ilości 20g/m2 do poziomu max. 18 g/m2. Ilość wydatkowania soli drogowej na powierzchnię jezdni jest zależna od występujących warunków pogodowych, w szczególności od temperatury. Średnie temperatury w Polsce w okresie zimowym kształtują się, zgodnie ze

statystykamiIMGW , opartymi na 20 ostatnich

sezonach zimowych na poziomie 0 °C (dokładnie -0,14 °C).

Zgodnie z Wytycznymi ZUD wydatkowanie soli drogowej przy temperaturze do -2 °C wynosi „do 20g/m2". Wyższa temperatura pozwala znacząco zmniejszyć jej wydatkowanie, przy jednoczesnej gwarancji uzyskania oczekiwanego efektu. Użycie soli zwilżonej powoduje dodatkowe istotne zmniejszenie wydatkowania i większą skuteczność działania.

Wieloletnie doświadczenia GDDKiA, będącego kluczowym zarządcą dróg w Polsce, wskazuje, że ilość wysypywanej w takich warunkach (około 0 °C) soli, wynosi od 16 do 18 g/m2. Przyjmując nawet najwyższą spośród sosowanych gramaturę zużycia soli w wysokości

18g/m2, faktyczne zużycie soli na powierzchnię 1 km drogi wynosi:

37.400,00 m2 x 18 g/m2 = 673.920,00 g tj. 0,67392 tony = 0,67 tony

Wskazana przez Odwołującego cena 350 zł/tonę jest mocno wygórowana - dla porównania Zamawiający kupuje sól drogowa po cenie 289,00 zł/tonę.

Łączny koszt soli przy złożeniu obecnych cen soli drogowej na poziomie 300-320 zł/tonę wynosiłby:
0,67 tony x 320,00 zł. = 214,40 zł

Zatem cena soli zużytej do usuwania śliskości na odcinku 55,919 km drogi wynosiłaby:

55,919 km * 214,40 zł. = 11.989,03 zł. za odcinek/dobę, a nie jak wskazuje Odwołujący 16 775,70 zł. za odcinek/dobę.

Zatem cena zaoferowana przez Przystępującego w ramach pozycji

„usuwanie śliskości", wynosząca 14.259,35 zł netto nie stanowi ceny zaniżonej, lecz jest adekwatna do realnych kosztów i uwzględnia wszystkie składowe kosztu takie jak materiały (paliwo), robocizna, koszty opłat drogowych, których nieuwzględnienie zarzuca Odwołujący.

W przedstawionych powyżej okolicznościach zarzut naruszenia przez Zamawiającego 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie może się ostać.

Chybiony jest również drugi z zarzutów odwołania, a to naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, przez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny („RNC") w zakresie wyliczenia istotnych części składowych - omówionych powyżej świadczeń wchodzących w opcjonalny zakres zamówienia. Zamawiający przeprowadził bowiem badanie wstępne ofert złożonych w Postępowaniu w celu stwierdzenia, czy zachodzą podstawy do przeprowadzenia szczegółowego postępowania wyjaśniającego, a także wytypowania oferty/ofert, na które pada podejrzenie rażącego zaniżenia ceny.

Dokonana przez Zamawiającego analiza możliwości wystąpienia rażąco niskiej w złożonych ofertach została przeprowadzona zgodnie z wytycznymi wynikającymi w szczególności z przepisu art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp, przy uwzględnieniu wartości zamówienia podstawowego oraz opcji. Nie wykazało ono przesłanek do wszczynania procedury badania RNC, czego nie kwestionuje nawet sam Odwołujący, stawiając w obszarze RNC zarzut zaniechania wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień z uwagi na rzekome wątpliwości, jakie Zamawiający powinien był powziąć.

W tym miejscu zauważenia wymaga, że regulacja zawarta w art. 224 ust. 1 Pzp uzależnia żądanie wyjaśnień od wykonawcy od wystąpienia po stronie Zamawiającego wątpliwości lub, gdy zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Za W. Dzierżanowskim Zamawiający wskazuje, że (.) zwrot „wydaje się" jest skierowany do zamawiającego jako podmiotu, którego obowiązkiem jest badanie i ocena ofert. Wbrew językowej definicji „wydaje się" nie odnosi się do sfery odczuć („wydawać się" to „wywołać jakieś wrażenie" - Słownik języka polskiego PWN, red. S. Dubisz, Warszawa 2003, s. 574), lecz do sfery wiedzy. Zamawiający, dokonując oceny ofert, musi ją odnieść do realiów rynkowych i na ich podstawie ocenić, czy wrażenie rażąco niskiego poziomu ceny lub kosztu jest trafne i zobowiązuje do wyjaśnienia (W. Dzierżanowski i in.: Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, Warszawa 2021 r.). Wobec tego obowiązek badania, czy cena lub koszt nie zostały zaniżone, powstaje zawsze, gdy Zamawiający nabierze wobec ich wysokości uzasadnionych wątpliwości. W szczególności należy mieć na uwadze, że bezpodstawne żądanie wyjaśnień - w braku uzasadnienia znajdującego oparcie w okolicznościach stanu faktycznego lub przepisach prawa - stanowi naruszenie prawa.

Zwrócić uwagę należy, że oprócz tego wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w aspekcie podejrzenia występowania w złożonej przez niego ofercie RNC wywołuje doniosłe i daleko idące konsekwencje po stronie wykonawcy, który do złożenia takich wyjaśnień został wezwany. Przepis art. 224 ust. 5 Pzp nakłada bowiem na wezwanego wykonawcę obowiązek wykazania, że jego oferta nie zawiera RNC. Zgodnie z ugruntowaną linią orzeczniczą Izby z przytoczonych powyżej powodów stosowanie tego instrumentu powinno być stosowane przez Zamawiających z dużą ostrożnością i tyko w uzasadnionych

przypadkach. Jedynie przykładowo można wskazać na wyrok z dnia 18 maja 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1118/21, w którym Izba stwierdziła, że (...) podejmowanie przez Zamawiającego decyzji w kwestii wystosowania do wykonawcy wezwania na ww. podstawie prawnej powinno być czynione z należytą rozwagą i poprzedzone gruntowną analizą zasadności takiego wezwania a nie lekkomyślnie lub też jedynie „z ostrożności" i na „wypadek ewentualnego postępowania odwoławczego". W tym miejscu podkreślenia wymaga, że wystosowane tego rodzaju wezwania - zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp - nakłada na wykonawcę obowiązek wykazania, że zaproponowana przez niego cena nie ma charakteru rażąco niskiej. Tego rodzaju sytuacja może mieć dla wykonawcy daleko idące konsekwencje w sytuacji, gdy Zamawiający uzna złożone wyjaśnienia za niewystarczające lub też za takie, które potwierdzają, że występująca w jego ofercie cena ma charakter rażąco niskiej. W aspekcie powyższego stwierdzić należy, że decyzja Zamawiającego o wezwaniu wykonawcy do złożenia wyjaśnień nie może być lekkomyślna z uwagi na skutki, które może wywołać w następstwie oceny wyjaśnień dokonanej przez Zamawiającego.

Wobec powyższego stwierdzić należy, że zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp również nie zasługuje na uwzględnienie.

W konsekwencji Zamawiający, rozstrzygając Postępowanie, nie naruszył również zasad udzielania zamówień wynikających z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym zamawiający wnosi o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Wniesione odwołanie wyczerpuje przesłanki określone w art. 513 Pzp, wskazując w jego zarzutach na normy odnoszące się zarówno do czynności jak i zaniechań zamawiającego podjętych w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi wraz ze wszystkimi elementami na autostradzie A1 na odcinku od km 295+850 do km 335+937,65, w tym S8e (węzeł Łódź Południe) od km 231+659 do km 232+738 wraz z węzłami, MOP-ami, drogami serwisowymi i poprzecznymi, obejmujące usługi i roboty budowlane z zakresu bieżącego utrzymania dróg (BUD), zimowego utrzymania dróg (ZUD), oraz bieżącego utrzymania czystości na obiektach inżynierskich (BUM)".

Zamówienie otrzymało numer referencyjny: O/ŁO.D-3.2421.3.2022

Ogłoszenie opublikowano w Dz. Urz. U. E. w dniu 23 lutego 2022 r. pod nr 2022/S 038-098583). W dniu 28 lutego 2022 r. ogłoszono I zmianę i w miejscu informacji o opcjach wprowadzono zamiast opcje: nie - opcje: tak. W dniu 23.03.2022r. ogłoszono II zmianę o zmianie terminu składania ofert z 28.03.2022r. na 31.03.2022r. W dniu 29.03.2022r. ogłoszono III zmianę o zmianie terminu składania ofert z 31.03.2022r. na 01.04.2022r. W dniu 01.04.2022r. ogłoszono IV zmianę o zmianie terminu składania ofert z 01.04.2022r. na 04.04.2022r. Kolejno zmianie ulegały terminy związania ofertą z pierwotnego terminu z 26.07.2022r. na ostatecznie 02.08.2022r.

Umowa z wykonawcą wybranym zostanie zawarta na okres 47 miesięcy (35 m-cy zamówienie podstawowe plus 12m-cy zamówienie opcjonalne32) zgodnie z pkt 7 SWZ Termin Realizacji Usługi - dokumentacja zamawiającego dołączona do akt sprawy).

Obowiązują następujące kryteria oceny ofert:

Cena zamówienia podstawowego: (Cp) : 40% = 40 pkt,

Cena zamówienia z prawa opcji : (Co) : 20% = 20 pkt,

Emisja spalin: 30% = 30 pkt

Kwalifikacje zawodowe personelu: 10% = 10pkt.

(Źródło SWZ - dokumentacja przekazana przez zamawiającego).

Odwołujący w złożonym odwołaniu podniósł niezgodność z Pzp czynności i zaniechań zamawiającego, które polegają na:

1) wyborze oferty wykonawcy wybranego/ przystępującego po stronie zamawiającego/Rokom jako oferty najkorzystniejszej,

2) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy wybranego,

3) zaniechaniu wezwania wykonawcy wybranego do złożenia wyjaśnień istotnych części składowych ceny, które wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinny budzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia.

Formułując zarzuty odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty

Rokom, pomimo że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w

rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

2) art. 224 ust. 1 Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania Rokom do

złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia istotnych części składowych ceny, pomimo iż wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinny budzić wątpliwości zamawiającego;

3) art. 16 pkt 1 i 2) Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak i niezapewniający dostatecznej przejrzystości postępowania.

Odwołujący powołując się na powyższe naruszenia zamawiającego w zakresie czynności jak i zaniechań przy wyborze najkorzystniejszej oferty, wskazuje na naruszenie jego interesu w uzyskaniu zamówienia i narażenia jego na szkodę związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu realizacji zamówienia. Odwołujący powołuje się na okoliczność, że jego oferta została sklasyfikowana na drugiej pozycji w rankingu ofert według obowiązujących kryteriów oceny ofert. Odwołujący powołując się na zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty (pismo z dnia 31 maja 2022r. w aktach przekazanych przez zamawiającego) wskazał na okoliczność, że wybrana oferta Rokom w zakresie zamówienia podstawowego opiewa na 68 874 811,77 zł. Natomiast za opcję wykonawca zaoferował 9 430 955,79 zł. Globalna cena wynosi 78 305 767, 56 zł. Druga w rankingu oferta odwołującego przewiduje następujące warunki finansowe: podstawa - 60 433 737,78 zł, opcja - 12 869 015,38 zł, razem - 73 302 753,16 zł. Pomimo 5 000 000 zł różnicy na korzyść oferty odwołującego, w kryteriach oceny oferta Rokom otrzymała łącznie 55,10 pkt, a oferta odwołującego 54,66 pkt, w sytuacji gdy w pozostałych kryteriach oceny ofert punktacja była identyczna. Pozostali oferenci otrzymali maksymalny wynik, więc w przetargu rozstrzygająca była cena.

Powyższe wskazuje na prawo odwołującego do złożenia odwołania w myśl art.505 ust.1 Pzp, ale również stanowi w ocenie składającego odwołanie na czyn nieuczciwej konkurencji, przy wycenie opcji po stronie wykonawcy wybranego to jest Rokom.

Zawiadomienie o wynikach postępowania zostało przekazane odwołującemu w dniu 31 maja 2022 r., toteż termin zawity do wniesienia odwołania został dotrzymany, przez złożenie odwołania pismem z dnia 10 czerwca 2022 roku. Jednocześnie kopia odwołania została przesłana zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania i w taki sposób, że mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Wpis został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

Na posiedzeniu nie zgłoszono przesłanek ustawowych opisanych w art.528 Pzp stanowiących podstawę do odrzucenia odwołania oraz Izba takowych przesłanek nie stwierdziła.

W tym stanie rzeczy Izba w myśl art. 530 Pzp skierowała sprawę na rozprawę.

Izba rozpoznając sprawę, na podstawie przeprowadzonego postępowania dowodowego, uwzględniając argumentację stron i uczestnika w pismach procesowych w tym w odwołaniu oraz złożone wyjaśnienia, na posiedzeniu i rozprawie w dniach 26 czerwca 2022r. i 7 lipca 2022r., uwzględniła odwołanie w ramach podniesionych zarzutów odwołania, przywołanych powyżej, jak żądań odwołania jak poniżej.

Zgodnie z odwołaniem wniesiono o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty Rokom jako najkorzystniejszej w postępowaniu,

2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, a w jej wyniku:

1) odrzucenia oferty Rokom, a w przypadku uznania, że nie ma do tego podstaw,

2) wezwania Rokom do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia istotnych części składowych ceny.

Izba uwzględniając odwołanie podziela argumentację odwołującego, co do naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów, w zakresie naruszenia zasad uczciwej konkurencji. Na powyższe wskazuje okoliczność, że pomimo złożenia tańszej oferty, odwołujący nie uzyskał zamówienia, w związku z wyceną kosztów zamówienia opcjonalnego, przez wykonawcę ROKOM, według obowiązujących kryteriów oceny ofert (Cp 40 % i Co20%). W tej sytuacji Izba nakazała unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty i wezwanie wykonawcy ROKOM do złożenia wyjaśnień istotnych elementów oferty, które wyznaczają poszczególne pozycje TER w zakresie wyceny zamówienia opcjonalnego. Zamawiający dokonując oceny wyjaśnień ROKOM powinien uwzględnić nie tylko pkt 6.8. SWZ, ale w szczególności udzielone odpowiedzi na pytania wykonawców, które przywołał odwołujący w złożonym odwołaniu.

W związku z powyższym Izba nie podziela argumentacji zamawiającego, co do braku wykazania przez odwołującego naruszenia ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zawartej w odpowiedzi na odwołanie. Izba również nie podziela argumentacji zamawiającego, że odwołanie ogranicza się w zarzutach tylko do kosztów zarządzania kontraktem i ZUD (usuwanie śliskości). Dlatego też skoro zamawiający wyraźnie zaprzeczył („Zamawiający przeczy wszystkim twierdzeniom Odwołującego, których poniżej wyraźnie i wprost nie potwierdza, wskazując co następuje") i odniósł się do kosztów zarządzania i ZUD, Izba nakazała złożenie wyjaśnień co do kalkulacji ceny w zamówieniu opcjonalnym, w zakresie wszystkich kosztów TER (dwanaście grup robót).

Z kolei co do argumentacji przystępującego po stronie zamawiającego, nie odniósł się on do zarzucanych zaniżeń wyceny zamówienia opcjonalnego w stosunku do wyceny zamówienia podstawowego jego oferty, jak i wyceny zamawiającego (stosunek wyceny opcji do zamówienia podstawowego na poziomie 50%). Przystępujący przede wszystkim wskazywał na manipulacje cenowe odwołującego np. w zakresie wyceny pozycji kosztowych, niezależnych od polecenia zamawiającego, na rozpoczęcie ich realizacji. Przywoływał również kształtowanie się kosztów w innych postępowaniach na zbieżny przedmiot zamówienia, a nie przedstawił uzasadnienia dla wyceny przez niego zamówienia opcjonalnego w przedmiotowym postępowaniu.

W związku ze stwierdzeniem, że Izba podziela argumentację odwołującego zawartą w odwołaniu, niniejszym przywołuje się jego istotne dla rozstrzygnięcia sprawy fragmenty, którego całość zamieszczona jest powyżej w uzasadnieniu odwołania:

Cytat „Ofertowanie zadań polegało zasadniczo na wycenie pozycji zawartych w formularzach cenowych, odpowiadających ww. grupom prac, czyli:

„Tabela Elementów Rozliczeniowych GRUPA PRAC NR 1 - Nawierzchnia"
„Tabela Elementów Rozliczeniowych GRUPA PRAC NR 2 - Pobocza i pasy rozdziału"

„Tabela Elementów Rozliczeniowych GRUPA PRAC NR 3 - Korpus drogi”

„Tabela Elementów Rozliczeniowych GRUPA PRAC NR 4 - Odwodnienie”

„Tabela Elementów Rozliczeniowych GRUPA PRAC NR 5 - Chodniki, ścieżki rowerowe”

„Tabela Elementów Rozliczeniowych GRUPA PRAC NR 6 - Oznakowanie”

„Tabela Elementów Rozliczeniowych GRUPA PRAC NR 7 - Urządzenia BRD”

„Tabela Elementów Rozliczeniowych GRUPA PRAC NR 8 - Estetyka”

„Tabela Elementów Rozliczeniowych GRUPA PRAC NR 9 - Urządzenia wspomagające”

„Tabela Elementów Rozliczeniowych GRUPA PRAC NR 10a - Zimowe utrzymanie dróg”

„Tabela Elementów Rozliczeniowych GRUPA PRAC NR 10b - Zimowe utrzymanie dróg”

„Tabela Elementów Rozliczeniowych GRUPA PRAC NR 10c - Zimowe utrzymanie dróg”

„Tabela Elementów Rozliczeniowych GRUPA PRAC NR 11 - Zarządzanie kontraktem”

„Tabela Elementów Rozliczeniowych GRUPA PRAC NR 12 - Czystość na obiektach inżynierskich”

W każdym z postępowań Zamawiający wymagał wypełnienia formularzy cenowych (poszczególne TER), ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w tych formularzach, wyliczając poszczególne ceny jednostkowe netto metodą kalkulacji uproszczonej. Każda cena jednostkowa powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w formularzu cenowym.

Warunki i okoliczności udzielania innych zamówień na podobne usługi (inne odcinki autostrad w administracji Zamawiającego) nie mogą bezpośrednio rzutować na ocenę czynności i zaniechań w tym konkretnym postępowaniem. Niemniej zostały przywołane dla zrozumienia charakteru i istoty zarzutów. Odwołujący nie zamierza wyciągać skutków prawnych w oparciu o porównania do innych przypadków. Wręcz odwrotnie, pragnie podkreślić, że specyfika Postępowania (która w dalszej kolejności zostanie szczegółowo zreferowana) wymaga indywidualnego podejścia do oceny ofert, niezależnie od dotychczasowych doświadczeń, będących udziałem Zamawiającego, Odwołującego oraz Rokom (ale także innych wykonawców, regularnie konkurujących ze sobą w przetargach organizowanych przez GDDKiA).

Przedmiotowe Postępowanie jest pierwszym, w którym w ramach zamówienia na całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg (jakich jest wiele, nie tylko w dyrekcji łódzkiej) przewidziano prawo opcji. Ten element przedmiotowego zamówienia stanowi o jego fundamentalnej różnicy względem innych podobnych kontraktów.

Zgodnie z pkt 6.1 SWZ przedmiotem zamówienia jest całoroczne utrzymanie autostrady A1 na odcinku od km 295+850 do km 335+937,65, w tym S8e (węzeł Łódź Południe) od km 231+659 do km 232+738 wraz z węzłami, MOP-ami, drogami serwisowymi i poprzecznymi, obejmujące usługi i roboty budowlane z zakresu bieżącego utrzymania dróg (BUD), zimowego utrzymania dróg (ZUD) oraz bieżącego utrzymania czystości na obiektach inżynierskich (BUM).

Stosownie do postanowień pkt 6.8 SWZ Zamawiający przewiduje możliwość zastosowania prawa opcji, o którym mowa w art. 441 ust. 1 Pzp. Zastosowanie prawa opcji będzie polegać na realizacji tych samych usług (czynności) jak te, które są świadczone przez Wykonawcę, z którym została zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Wszystkie wymagania, które zostaną zawarte w zapisach umowy czy OPZ będą dotyczyły również zamówienia realizowanego w ramach prawa opcji dla odcinków dróg objętych zamówieniem podstawowym lub odcinków Autostrad A2 od km 362+700 do km 411+466 z węzłem Łódź Północ, A1 od km 244+300 do km 293+00, A2 od km 303+145 do km 362+700, A1 od km 335+937 do km 399+743- ciąg główny z węzłami, łącznicami, MOP-ami.

Zastrzeżono również, że

- przy zastosowaniu prawa opcji dla zamówienia podstawowego Wykonawca będzie świadczył usługi przez okres do 12 kolejnych miesięcy następujących bezpośrednio po zakończeniu realizacji zamówienia podstawowego.

- dla odcinków autostrad A2 od km 362+700 do km 411+466 z węzłem Łódź Północ,

A1 od km 244+300 do km 293+00, A2 od km 303+145 do km 362+700 i A1 od km 335+937 do km 399+743 - ciąg główny z węzłami, łącznicami, MOPami (określone w Załączniku nr 2a do Umowy) prawo opcji może być powierzone niezależnie od zamówienia podstawowego.

Decyzja co do możliwości skorzystania z prawa opcji będzie uzależniona od bieżących potrzeb i możliwości finansowych oraz od należytego wykonywania zamówienia w okresie

podstawowym.

Z powyższego wynika, że prawo opcji może być wykorzystane do powtórzenia tych samych usług, które są świadczone w ramach zamówienia podstawowego (autostrada A1 na odcinku od km 295+850 do km 335+937,65) ale także na ich realizacji na całkowicie innych odcinkach autostrad (A1, A2), według swobodnego uznania Zamawiającego. Z tych powodów Zamawiający wymagał osobnej (niezależnej) wyceny usługi realizowanej w ramach zamówienia podstawowego oraz zamówienia fakultatywnego (opcji)'(.)

„Wartość brutto za wykonanie całości zamówienia podstawowego Wykonawca zamieszczał w ofercie jako cenę ofertową brutto zamówienia podstawowego i cena ta była brana pod uwagę przez Komisję Przetargową w trakcie wyboru najkorzystniejszej oferty. Podobnie wartość brutto za wykonanie OPCJI. Również była zamieszczana w ofercie jako cena ofertowa brutto za wykonanie opcji i brana pod uwagę przez Komisję Przetargową w trakcie wyboru najkorzystniejszej oferty. Każda cena jednostkowa zawarta w ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzu cenowym. Co istotne, Zamawiający oceniał ceny poszczególnych elementów zamówienia niezależnie.

10. Zgodnie z pkt 21.1 SWZ przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający stosował następujące kryteria oceny ofert:

Cena zamówienia podstawowego (Cp) - 40 % = 40 pkt

Cena zamówienia z prawa opcji (Co) - 20 % = 20 pkt

11. Jak widać, Zamawiający:

a) przewiduje wykonywanie usług w ramach prawa opcji niezależnie od zamówienia podstawowego, także na innych odcinkach autostrad niż stanowiące przedmiot postępowania, w szczególności po zakończeniu realizacji kontraktu głównego;

b) wymaga oddzielnej, wobec zamówienia podstawowego, wyceny wszystkich elementów składających się na zakres opcji;

c) przewiduje niezależną ocenę oferty na zamówienie podstawowe i opcji (dwie różne wagi w ramach kryterium „Ceny”).

12. Dalsze, istotne kwestie związane z realizacją kontraktu wynikają z wyjaśnień SWZ”(..), a w szczególności:

a) Pismo Zamawiającego (wyjaśnienia SWZ) z dnia 24.03.2022 r.:

Pytanie 11

Prosimy o potwierdzenie czy MOP-y Skoszewy Wschód oraz Skoszewy Zachód Wykonawca

będzie zobowiązany utrzymywać przez cały czas trwania umowy czyli przez 12 miesięcy z

prawa opcji.

Odpowiedź:

Przedmiot Umowy w zakresie opcjonalnym, tj. w zakresie, jaki może zostać zlecony Wykonawcy do realizacji w ramach prawa opcji, zgodnie z § 1 ust. 8 PPU, wynikać będzie z rzeczywistych potrzeb Zamawiającego.

Pytanie 26

Prosimy o wyjaśnienie rozbieżności w procentowym udziale Zarządzania kontraktem oraz Zimowego utrzymania pomiędzy zamówieniem podstawowym a prawem opcji.

Odpowiedź:

Różnica w procentowym udziale Zarządzania kontraktem oraz Gotowości do zimowego utrzymania pomiędzy zamówieniem podstawowym, a prawem opcji wynika z różnicy przedmiaru zamówienia podstawowego i zamówienia w ramach prawa opcji realizowanego w ramach Załącznika 2a.

Koszty Gotowości do ZUD i koszty Zarządzania kontraktem w zamówieniu podstawowym i opcji odnoszą się odpowiednio do wartości zamówienia podstawowego i wartości zamówienia w ramach prawa opcji według Załącznika 2a oraz są ich częścią. Mniejsza wartość kosztorysu z prawa opcji, pomniejsza wartość gotowości do ZUD i wartość Zarządzania kontraktem, przy stosunkowo wysokich i stałych kosztach Wykonawcy (kosztach utrzymania operatorów sprzętu do zud, członków grup patrolowych i interwencyjnych itp.). Zwiększenie procentowego udziału Gotowości do zud i Zarządzania kontraktem w Załączniku 2a - Tabele Elementów Rozliczeniowych, Zbiorcze Zestawienie Kosztów - OPCJA - zamienny ma na celu ich wyrównanie.

Jednocześnie Zamawiający wyjaśnia, iż nie wymaga się zwiększenia personelu wchodzącego w skład Zespołu ds. Utrzymania Dróg, w przypadku powierzenia realizacji pełnego zakresu prawa opcji według załącznika 2a.

Pytanie 58

Prosimy o potwierdzenie czy pompownie wód deszczowych Wykonawca będzie zobowiązany utrzymywać przez cały czas trwania umowy czyli przez 12 miesięcy z prawa

opcji.

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, że w ramach umowy faktyczne ilości prac w poszczególnych asortymentach wynikać będą z rzeczywistych potrzeb. Prace będą zlecane i rozliczanie oddzielnie zgodnie z właściwym TER.

Pytanie 65

Prosimy o podanie ilości wymaganych brygad patrolowych i interwencyjnych do realizacji zakresu zgodnego z załącznikiem nr 2a do PPU.

Odpowiedź:

Dla utrzymania odcinków dróg zleconych w ramach prawa opcji w pełnym (kompleksowym) zakresie wymaga się zabezpieczenia odrębnych brygad patrolowych i interwencyjnych w ilościach takich samych co w zamówieniu podstawowym.

Pytanie 66

Czy Wykonawca będzie mógł używać pojazdów patrolowych oraz interwencyjnych przypisanych do zamówienia podstawowego w zakresie realizacji opisanego w załączniku nr

2a PPU ?

Odpowiedź:

Nie. Dla utrzymania odcinków dróg zleconych w ramach prawa opcji w pełnym (kompleksowym) zakresie wymaga się zabezpieczenia odrębnych brygad patrolowych i interwencyjnych w ilościach takich samych co w zamówieniu podstawowym.

Pytanie 69

Czy Zamawiający potwierdza, że istnieje możliwość realizacji zamówienia w zakresie z prawa opcji po zakończeniu okresu wykonywania zamówienia podstawowego? Jeśli tak, to czy Wykonawca powinien ująć koszty zespołu POK oraz brygad patrolowych w załączniku nr 2a do PPU tak samo jak w zamówieniu podstawowym?

Odpowiedź:

Tak, istnieje możliwość realizacji zamówienia w zakresie prawa opcji po zakończeniu okresu wykonywania zamówienia podstawowego, pod warunkiem dopełnienia przez Zamawiającego powiadomienia Wykonawcy o skorzystaniu z prawa opcji w terminie określonym w § 27 ust. 1 PPU. Wykonawca winien uwzględnić koszty brygad patrolowych w załączniku nr 2a do PPU tak samo jak w zamówieniu podstawowym.

Pytanie 137

Czy uruchomienie prawa opcji dla zamówienia podstawowego może odbyć się tylko raz, na z góry określony okres czasu (max. 12 miesięcy)?

Odpowiedź:

Zgodnie z treścią § 27 PPU ust. 2 „Zamawiający jest uprawniony lecz nie zobowiązany do skorzystania w trakcie realizacji Umowy z prawa opcji wielokrotnie, aż do wyczerpania limitu wynagrodzenia przewidzianego na prawo opcji, przy czym opcja udzielona na podstawie

Załącznika nr 2a do Umowy nie może zostać powierzona w tym samym okresie czasu na więcej niż jednym odcinku drogi wskazanym w Załączniku Nr 2a. Wykonawcy nie przysługują w stosunku do Zamawiającego żadne roszczenia, w szczególności roszczenia odszkodowawcze, z tytułu skorzystania lub nieskorzystania z prawa opcji przez Zamawiającego.”

Pytanie 138

IDW, pkt. 6.8

Czy dla odcinków autostrad A2 od km 362+700 do km 411+466 z węzłem Łódź Północ, A1

od km 244+300 do km 293+00, A2 od km 303+145 do km 362+700 i A1 od km 335+937 do km 399+743 - ciąg główny z węzłami, łącznicami, MOPami (określone w Załączniku nr 2a do Umowy) prawo opcji może być powierzone tylko raz, na ściśle określony okres czasu, nie dłuższy niż na 12 miesięcy?

Odpowiedź:

Zgodnie z treścią § 27 PPU ust. 2 „Zamawiający jest uprawniony lecz nie zobowiązany do skorzystania w trakcie realizacji Umowy z prawa opcji wielokrotnie, aż do wyczerpania limitu

wynagrodzenia przewidzianego na prawo opcji, przy czym opcja udzielona na podstawie

Załącznika nr 2a do Umowy nie może zostać powierzona w tym samym okresie czasu na więcej niż jednym odcinku drogi wskazanym w Załączniku Nr 2a. Wykonawcy nie przysługują w stosunku do Zamawiającego żadne roszczenia, w szczególności roszczenia odszkodowawcze, z tytułu skorzystania lub nieskorzystania z prawa opcji przez Zamawiającego.”

Pytanie 141

Czy Zamawiający uruchamiając prawo opcji wybiera konkretne pozycje z TER, czyli zakres w jakim ono będzie realizowane, czy też odbywa się to dla pełnego zakresu?

Odpowiedź:

Uruchamiając prawo opcji dla odcinka podstawowego lub odcinków określonych w Załączniku 2a, Zamawiający będzie zlecał wykonanie konkretnych pozycji TER lub pełnego zakresu w zależności od potrzeb.

b) Pismo Zamawiającego (wyjaśnienia SWZ) z dnia 28.03.2022 r. Pytanie 167 dot. pytania i odpowiedzi nr 69
„Czy Zamawiający potwierdza, że istnieje możliwość realizacji zamówienia w zakresie z prawa opcji po zakończeniu okresu wykonywania zamówienia podstawowego? Jeśli tak, to czy Wykonawca powinien ująć koszty zespołu POK oraz brygad patrolowych w załączniku nr 2a do PPU tak samo jak w zamówieniu podstawowym ?

Odpowiedź:

Tak, istnieje możliwość realizacji zamówienia w zakresie prawa opcji po zakończeniu okresu wykonywania zamówienia podstawowego, pod warunkiem dopełnienia przez Zamawiającego powiadomienia Wykonawcy o skorzystaniu z prawa opcji w terminie określonym w § 27 ust. 1 PPU. Wykonawca winien uwzględnić koszty brygad patrolowych w załączniku nr 2a do PPU tak samo jak w zamówieniu podstawowym”.

Wskazujemy, że w odpowiedzi pominięto część pytania dotyczącą kosztów zespołu POK.

W związku z powyższym, ponownie wnioskujemy o udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy Wykonawca powinien ująć koszty zespołu POK w załączniku nr 2a do PPU, tak samo jak w

zamówieniu podstawowym ?

Z ogólnodostępnych dokumentów przetargowych i dotychczas udzielonych odpowiedzi nie wynika, z której pozycji TER 2a będzie rozliczany POK w sytuacji, gdy prawo opcji będzie realizowane po zakończeniu zamówienia podstawowego, na innych odcinkach dróg niż autostrada A1 od km 295+850 do km 335+937,65. Jeśli Zamawiający przewiduje uruchomienie prawa opcji z załącznika 2a do PPU tylko w trakcie realizacji zamówienia podstawowego, to prosimy o jednoznaczne wskazanie w tym zakresie.

Odpowiedź:

Zamawiający przewiduje możliwość realizacji zamówienia w zakresie prawa opcji (na innym odcinku drogi niż autostrada A1 od km 295+850 do km 335+937,65) również po zakończeniu okresu wykonywania zamówienia podstawowego, pod warunkiem dopełnienia przez Zamawiającego powiadomienia Wykonawcy o skorzystaniu z prawa opcji w terminie określonym w § 27 ust. 1 PPU. Wykonawca winien uwzględnić koszty zarządzania kontraktem, w tym koszty organizacji POK oraz koszty brygad patrolowych i brygad interwencyjnych (według wymagań jak dla zamówienia podstawowego) w TER Gr 11 Załącznika 2a Tabele Elementów Rozliczeniowych, Zbiorcze Zestawienie Kosztów - OPCJA - zamienny 2.

13. Z analizy powyższego materiału wynika, że zamówienie w ramach prawa opcji może być wykonywane równolegle do zamówienia podstawowego - czyli - wykonawca będzie świadczył usługi na podstawowym odcinku autostrady A1 z jednoczesnym świadczeniem podobnych prac na innej drodze (innej nitce A1 albo A2). Wówczas część kosztów opcji (przede wszystkim koszty utrzymania POK, koszty personelu kluczowego) jest

współdzielonych. Jednakże równie dobrze zamówienie opcyjne może być uruchomione po zakończeniu zakresu podstawowego i obejmować wykonywanie w okresie od 1 do 12 miesięcy wybranych pozycji TER na dowolnej drodze (spośród wskazanych odcinków A1 lub A2), bez możliwości współdzielenia kosztów. Zamawiający jednoznacznie i kategorycznie wskazał, że:

Wykonawca winien uwzględnić koszty zarządzania kontraktem, w tym koszty organizacji

POK oraz koszty brygad patrolowych i brygad interwencyjnych (według wymagań jak dla zamówienia podstawowego) w TER Gr 11 Załącznika 2a Tabele Elementów Rozliczeniowych, Zbiorcze Zestawienie Kosztów - OPCJA - zamienny 2.

Kolejno stwierdzić należy, że w tak ukształtowanych warunkach OPCJA jest niezależnym od zamówienia podstawowego elementem świadczenia. Jakkolwiek obejmuje ją jeden, ten sam kontrakt, to stanowi niejako odrębną umowę, albowiem essentialia negotii pozostają odmienne: inne wynagrodzenie (według TER dla opcji), inny termin (po zakończeniu zakresu podstawowego), inne warunki (różne odcinki dróg).

Jednocześnie nie powinno być najmniejszych wątpliwości, że OPCJA jest istotną częścią składową kontraktu. Nie tylko z uwagi na wskazane powyżej zależności wykonawcze, ale także ze względu na jej wartość. Kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia podstawowego wynosi 69 004 108,66 PLN (brutto), a na opcję 35 545 582,36 PLN (brutto). Zatem według szacunków Zamawiającego wartość opcji stanowić może ok. 50% wartości zamówienia podstawowego.

Wybrana oferta Rokom w zakresie zamówienia podstawowego opiewa na 68 874 811,77 zł. Natomiast za opcję wykonawca zaoferował 9 430 955,79 zł. Globalna cena wynosi 78 305 767, 56 zł. Druga w rankingu oferta Odwołującego przewiduje następujące warunki finansowe: podstawa - 60 433 737,78 zł, opcja - 12 869 015,38 zł, razem - 73 302 753,16 zł. Pomimo 5 000 000 zł różnicy w kryteriach ceny oferta Rokom otrzymała łącznie 55,10 pkt, a oferta Odwołującego 54,66 pkt (w pozostałych kryteriach punktacja była identyczna - nomen omen wszyscy otrzymali maksymalny wynik, więc w przetargu rozstrzygająca była cena).

dowód: zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty (w aktach)

Dalsza lektura oferty Rokom pokazuje olbrzymi, niczym niewytłumaczalny, rozziew między najważniejszymi pozycjami TER dla zamówienia podstawowego i opcji. Poniżej Odwołujący przytacza kluczowe elementy, istotne z punktu widzenia stawianych zarzutów.

a) ZARZĄDZANIE KONTRAKTEM odwołanie prezentuje w tabelach ofertę ROKOM w porównaniu Zamówienie podstawowe (9.870.000,00zł) a Opcja na zarządzanie kontraktem (1.500.000,00zl.) i dalej zimowe utrzymanie dróg (Cp 9.168.407,13 zł. i Co 1.983.508,73 zł.) - dowód oferta Rokom w aktach - dokumentacja zamawiającego.

18. Wnioski wynikające z takiej treści oferty Rokom zawiera uzasadnienie stawianych zarzutów, zawarte w kolejnej części niniejszego odwołania. W tym miejscu Odwołujący przytoczył jedynie fakty. Niemniej nawet bez głębszej ich analizy i znajomości przepisów prawa, doświadczenie życiowe nakazuje powziąć bardzo poważne wątpliwości co do wyceny Rokom. Jeśli Zarządzanie Kontraktem na odcinku przedmiotowej autostrady A1 (ok. 42 km) kosztuje miesięcznie 282 000 zł, to jak wytłumaczyć stawkę 125 000 zł za analogiczną usługę na odcinku prawie 56 km?! Podobnie w odniesieniu do ZUD. Skoro jeden sezon na A1 wyceniono na ponad 3 000 000 zł, to skąd się wzięła cena niespełna dwóch milionów złotych w ramach opcji (skoro długość dróg jest o 30% większa)?! Owszem, we wszystkich ofertach opcja jest wyceniona relatywnie nisko (poszczególne elementy są tańsze w porównaniu do podstawy), ale takich dysproporcji jak u Rokom nie sposób dostrzec. Można by pomyśleć, że wszyscy oferenci zarobek (marżę) ulokowali w zamówieniu podstawowym, które stanowi pewny element kontraktu. Gdyby jednak tak było, to wartość opcji powinna pokrywać przynajmniej koszty. Czy zatem cena opcji Rokom obejmuje wszystkie wydatki, które należy ponieść aby wykonać usługi? Na przykładzie ww. elementów (Zarządzanie kontraktem i ZUD) Odwołujący wykaże, że tak nie jest. Udowodni również, że oferta Rokom stanowi ewidentny czyn nieuczciwej konkurencji.

C. Omówienie zarzutów

Zarzut 1 - oferta Rokom złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji

Okolicznością nie wymagającą dowodu jest fakt, że Zamawiający (najprawdopodobniej niezamierzenie) dokonując podziału wagi kryterium „Ceny” na odpowiednio 40 % dla zamówienia podstawowego i 20 % dla opcji wygenerował sytuację, w której „opłacało się” zaniżyć cenę opcji i zaoferować drożej zamówienie podstawowe. Zamawiający przyjął najpewniej, że skoro wartość opcji wynosi ok. połowę wartości zamówienia podstawowego, to w taki sam sposób powinny być rozłożone wagi. Nic bardziej mylnego. Strata punktowa w przypadku podniesienia ceny podstawy była istotnie mniejsza, niż korzyści wynikające z zaoferowania najniższej ceny opcji. Potwierdzają to w sposób przejrzysty niekwestionowane

wyliczenia samego Zamawiającego w ramach oceny ofert, zawarte w zawiadomieniu z dnia 31.05.2022 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty: (tabela - akta sprawy -dokumentacja zamawiającego)

Tak więc Rokom uzyskał względem Odwołującego przewagę punktową na opcji wynoszącą 5,34 pkt kosztem ok. 3,4 mln zł, a zarazem stracił tylko 4,9 pkt w ramach zamówienia podstawowego, choć jest droższy o ponad 8,4 mln zł. W rezultacie, pomimo łącznej ceny wyższej o ok. 5 mln zł (!) wygrał punktację w kryterium ceny. Tyle że zabieg którego dokonał, widoczny prima facie, jest nielegalny, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Manipulacja kwotami wystąpiła przede wszystkim na dwóch pozycjach: Zarządzanie Kontraktem i ZUD.

Jak wynika z oferty Rokom w ramach opcji wykonawca wycenił pozycję Zarządzanie Kontraktem na kwotę 125 000 zł miesięcznie, czyli 1,5 mln zł w ciągu 12 miesięcy. Dla porównania usługa podstawowa w takim samym zakresie została zaoferowana za 282 000 zł miesięcznie (3,384 mln zł rocznie). Generalnie nie może dziwić fakt, że po realizacji zamówienia podstawowego i poniesieniu wydatków inwestycyjnych (np. na pojazdy, wyposażenie brygad itd.), w czwartym roku zarządzanie kontraktem może kosztować mniej. Jednakże specyfika tego świadczenia wymaga ponoszenia wysokich kosztów bieżących, które miesięcznie są istotnie wyższe niż wspomniane 125 000 zł.

Zakres usługi z grupy prac 11 - Zarządzanie kontraktem, reguluje SST 10.10.01z (zgodnie z pkt 6.2 SWZ szczegółowo przedmiot zamówienia opisany został w Tomie II i III SWZ; integralną częścią tomu III są szczegółowe specyfikacje techniczne; dla Grupy Prac 11 właściwa jest wspomniana D-10.10.01z v.1). Tamże, na 16 stronach dokładnie opisano obowiązki wykonawcy związane z powierzeniem zarządzania kontraktem, które obejmuje działania wykonawcy polegające na koordynacji prowadzonych prac utrzymaniowych na drodze, całodobowym monitorowaniu stanu przejezdności sieci drogowej (w tym warunków atmosferycznych) oraz patrolowania dróg i prowadzenia prac interwencyjnych na drodze. Co istotne, Zamawiający nie pozostawił wykonawcom swobody doboru koniecznych zasobów do wykonywania Zarządzania.

Z powyższych okoliczności Odwołujący wywodzi szereg skutków prawnych, z których część została omówiona przy drugim zarzucie. W kontekście natomiast czynu nieuczciwej konkurencji Odwołujący podnosi, że oferta Rokom nosi znamiona czynów, o których mowa w

art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Jednym z przypadków, w których ofertę uznaje się za czyn nieuczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest zastosowanie manipulacji cenowych przejawiających się nieuzasadnionymi dysproporcjami w stosunku do poszczególnych składowych oferty. Najczęściej dochodzi do tego typu sytuacji, gdy zasady oceny ofert uprzywilejowują niektóre części zamówienia, powodując, że zaoferowanie ich w niskiej cenie rodzi wymierne korzyści na gruncie globalnej punktacji oferty w ramach rankingu ofert.

Dotyczyć to może także podziału zamówienia na zamówienie podstawowe i zamówienie opcjonalne (tzw. prawo opcji). Dochodzi wówczas do przerzucania faktycznych kosztów pomiędzy niektórymi elementami zamówienia w taki sposób, że łączna cena może nawet nie wzbudzać obiekcji (niską wartość jednego elementu kompensuje zawyżona kwota za inny, a ceny jednostkowe nie są powiązane z realnymi kosztami realizacji usługi). Tą drogą tworzy się nieuzasadnioną przewagę konkurencyjną. W skrajnym przypadku oferta droższa może być bowiem bardziej korzystna od oferty tańszej - co ma miejsce w niniejszej sprawie.

W myśl art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „u.z.n.k.”), czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Jako czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 3 ust. 1 u.z.n.k. należy potraktować działania wykonawcy mające na celu manipulowanie ceną w oderwaniu od realiów rynkowych, wyłącznie w celu uzyskania lepszej punktacji.

Ponadto zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest również utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Ukrywanie kosztów w innych pozycjach, nie dając szansy zamawiającemu na rzetelne ocenienie oferty w kontekście innych ofert złożonych w danym postępowaniu, narusza ww.

przepisy u.z.n.k. jak i zasadę przejrzystości postępowania, uniemożliwiając innym uczestnikom oraz zamawiającemu prawidłową i rzetelną weryfikację oferty" (.).

Podsumowując, Zamawiający naruszył przepis art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Rokom, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji określonego w art. 3 ust. 1 u.z.n.k. oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k, który polega na manipulacji ceną oferty (cenami jednostkowymi) oraz zaoferowaniu usług poniżej kosztów ich wykonania.

Zarzut 2 - zaniechanie wezwania Rokom do złożenia wyjaśnień istotnych części składowych ceny

Okoliczności faktyczne przedstawione w ramach zarzutu pierwszego (czyn nieuczciwej konkurencji) stanowią podstawę wywiedzenia także niniejszego zarzutu zaniechania wezwania Rokom do złożenia wyjaśnień istotnych części składowych ceny opcji, które wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji całej ceny opcji, która również wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinna budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach Zamówienia".

Izba dla istoty rozstrzygnięcia sprawy, przede wszystkim podkreśla, co już zaznaczyła powyżej, że odwołujący w złożonym odwołaniu wskazał, że wyjaśnienia wymaga wycena wszystkich dwunastu pozycji TER, a w samym odwołaniu odnosi się do kluczowych pozycji TER czyli kosztów zarządzania oraz kosztów ZUD. W związku z tym zamawiający wykonując wyrok Izby winien wezwać do całkowitego wyjaśnienia kosztów zamówienia opcjonalnego, które zdecydowało o przewadze oferty Rokom w konkurencji ofert i wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej, według obowiązujących kryteriów oceny ofert.

Zamawiający tylko w pkt 6.8. SWZ reguluje prawo opcji.

Kryteria oceny ofert przewidują odrębną punktację dla zamówienia w ramach opcji. Zamawiający daje wykonawcom możliwość odrębnej wyceny nie dając żadnych ograniczeń co do relacji między Cp a Co. Pozostawienie wykonawcom swobody w relacji Cp a Co przypomina sytuację w zamówieniach sprzed kilkunastu lat gdzie kryterium gwarancji było wykorzystywane w sposób nieuczciwy t. j. wykonawcy proponowali terminy gwarancji do kilkudziesięciu lat np. 99 lat. W tej sytuacji odwołujący słusznie posiłkuje się jako miernikiem relacji wyceny zamawiającego (poziom 50 % opcji do podstawowego zamówienia).

Zadaniem Izby w tym postępowaniu była ocena, czy tak dozwolone zachowania oferentów w wycenie opcji w stosunku do podstawowego zamówienia można kwalifikować jako czyn nieuczciwej konkurencji. Zamawiający wykonując wyrok powinien otrzymać odpowiedź od wykonawcy Rokom dlaczego powstały tak duże różnice w tych samych pozycjach kosztowych według TER między usługa/robotą w podstawowym zamówieniu a usługą/robotą w opcjonalnym zamówieniu. Zamawiający dokonując oceny wyjaśnień powinien mieć na uwadze SWZ w tym pkt 6.8. SWZ, ale przede wszystkim udzielone przez zamawiającego odpowiedzi na pytania potencjalnych oferentów, które cytowane są też w odwołaniu.

Zamawiający na rozprawie odpierając zarzuty odwołania twierdził, że różnice spowodowane są być może zastosowaniem różnych marż (zysku). Stąd wniosek Izby, że zamawiający słusznie uważa, że różnice między Cp a Co nie mogą być skutkiem przerzucania kosztów do innych pozycji TER tzn. niewłaściwych dla danej pozycji TER. W tej sytuacji wykonawca Rokom powinien wyjaśnić, a jednocześnie udowodnić po pierwsze pokrycie kosztów w danej pozycji TER dla zamówienia w ramach opcji. Po drugie powinien wyjaśnić wysokość naliczonego dochodu, w zamówieniu podstawowym i w zamówieniu z opcji. Z kolei zamawiający powinien dokonać oceny wyjaśnień pod kątem uczciwych praktyk wykonawców w uzyskaniu zamówienia. Zamawiający dokonując oceny wyjaśnień Rokom powinien mieć na uwadze, że w sytuacji nie zastosowania opcji np. ze względów finansowych, wybierając ofertę odwołującego, zaoszczędzi 8.441.073,99zł. (Rokom Cp 68.874.811,77 Co

9.430.955,79zł., Odwołujący Cp 60.433.737,78zł. Co 12.869.015,38zł.).

Zamawiający, wobec zaistniałej sytuacji, powinien rozważyć na przyszłość, czy wprost z SWZ nie powinny wynikać zastrzeżenia co do ograniczenia różnić tych samych, czy też zbieżnych rodzajów usług w tym robót w zamówieniu podstawowym w związku z zamówieniem opcjonalnym.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, z uwzględnieniem § 7 ust. 1 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2021 r. poz.1129 wraz z późn. zm.), zasądzając na rzecz odwołującego od zamawiającego kwotę 18.600,00 złotych tytułem zwrotu wpisu od odwołania oraz kosztów zastępstwa procesowego według złożonej faktury vat.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku, stwierdzając naruszenie przepisów ustawy Pzp., przywołane w odwołaniu, które mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania, co dało podstawę do uwzględnienia odwołania w myśl art.554 ust.1 pkt 1) ustawy Pzp.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: .....

Członkowie: