Sygn. akt: KIO 2292/22, KIO 2320/22

WYROK

z dnia 23 września 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 września 2022 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 i 5 września 2022 roku przez wykonawców:

1) wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Wardex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupnie oraz (2) AJW WARDEX Spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupnie (Odwołujący) - sygn. akt KIO

2292/22;

2) Przedsiębiorstwo Robót Drogowo Mostowych Spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim (Odwołujący 3) - sygn. akt KIO 2320/22

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Skarb Państwa, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, Oddział w Warszawie

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowań odwoławczych:
- po stronie Zamawiającego:

1) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - konsorcjum:

(1) Abramss Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz

(2) T. J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Tar-Pol Przedsiębiorstwo Wielobranżowe T. J. z siedzibą w Targówce, w sprawach KIO 2292/22 oraz KIO 2320/22;

2) Przedsiębiorstwo DUBR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach w sprawach KIO 2292/22 oraz KIO 2320/22
- po stronie Odwołującego:

3) 1) Przedsiębiorstwo Robót Drogowo Mostowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim w sprawie KIO 2292/22

orzeka:

A. Sprawa KIO 2292/22

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu jako 1, 2a, 4, 6a, z powodu uwzględnienia ich przez Zamawiającego i braku sprzeciwu po stronie Przedsiębiorstwa DUBR Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach oraz w zakresie zarzutu

oznaczonego jako 3a z powodu wycofania go przez Odwołującego;

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawców wspólnie

ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Wardex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupnie oraz (2) AJW WARDEX Spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupnie i:

3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Wardex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupnie oraz (2) AJW WARDEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupnie tytułem wpisu od odwołania,

3.2 zasądza od Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Wardex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupnie oraz (2) AJW WARDEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupnie na rzecz Zamawiającego - Skarbu Państwa, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie Oddział w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

B. sprawa KIO 2320/22

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutów 1,2,3 odwołania z powodu uwzględnienia

ich przez Zamawiającego i braku sprzeciwu po stronie Przedsiębiorstwa DUBR Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach;

2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

3. kosztami postępowania obciąża Odwołującego 3 - Przedsiębiorstwo Robót Drogowo Mostowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim i:

3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego 3 - Przedsiębiorstwo Robót Drogowo Mostowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim tytułem wpisu od odwołania;

3.2 zasądza od Odwołującego 3 - Przedsiębiorstwa Robót Drogowo Mostowych

Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim

na rzecz Zamawiającego - Skarbu Państwa, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie Oddział w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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

publicznych (tekst jednolity Dz.U.2022 r., poz. 1710 ze zmianami) 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:

Sygn. akt KIO 2292/22, KIO 2320/22

UZASADNIENIE

Sygn. akt KIO 2292/22

Zamawiający: Skarb Państwa, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Kraj owych i Autostrad Oddział w Warszawie prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych

zarządzanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie, w podziale na 3 Części: Część nr 1 — Rejon w Ostrowi Mazowieckiej, Część nr 2 - Rejon w Płońsku, Część nr 3 - Rejon w Przasnyszu. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 października 2021 r. pod numerem 2021/S 208-544841.

Dnia 2 września 2022 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1 i 2, art. 514 ust. 1 i ust. 2, art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) oraz art. 516 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień (t.j. Dz.U. z 2022 r., poz.

1710 ze zm., dalej jako: „PZP"), odwołanie w prowadzonym postępowaniu złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: (1) Wardex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupnie oraz (2) AJW WARDEX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Słupnie (dalej jako „Odwołujący"). Odwołanie złożono w zakresie Części nr 2.

Odwołanie złożono od niezgodnych z przepisami PZP czynności Zamawiającego polegających na:

- wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo „DUBR" Sp. z o. o.

z siedzibą w Kielcach (dalej jako: „Przedsiębiorstwo DUBR" lub „DUBR") i zaniechaniu odrzucenia oferty DUBR, z uwagi na to, iż treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r., poz. 1233 ze zm., dalej jako: „u.z.n.k."), jak również zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz błędy w obliczeniu ceny,

- zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum firm: Abramss sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (Lider Konsorcjum) i Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „TAR-POL" T. J. (Partner Konsorcjum), dalej jako: „Konsorcjum Abramss" z uwagi na to, iż treść oferty

jest niezgodna z warunkami zamówienia, została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu u.z.n.k., jak również zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz błędy w obliczeniu ceny.

Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty przy użyciu środków komunikacji elektronicznej - w dniu 26 sierpnia 2022 r. Odwołanie złożono w ustawowym terminie, kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu następujące naruszenia:

1. art. 239 ust. 1 i ust. 2 PZP przez wybór oferty DUBR, pomimo iż oferta ta podlegała odrzuceniu i jako taka nie mogła być uznana za najkorzystniejszą;

2. art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez:

a. zaniechanie odrzucenia oferty DUBR, pomimo iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia wynikającymi z pkt 17-3 i 17-4 Instrukcji dla Wykonawców (Tom I, Rozdział I

Specyfikacji Warunków Zamówienia) w zw. z pkt. 5-3. i 5-5-5. Szczegółowej Specyfikacji Technicznej D-1o.1o.o1z Zarządzanie Kontraktem w zw. z par. 11 ust. 2 pkt 20 Projektowanych Postanowień Umowy (Tom II, Rozdział 1 Specyfikacji Warunków Zamówienia), tj. obowiązkiem uwzględnienia w cenie oferty całkowitych kosztów wykonania przedmiotu zamówienia, jak również uwzględnienia w każdej cenie za jednostkę wszystkich składników kosztów, na które składają się również koszty związane z obowiązkiem zapewnienia całodobowej dyspozycyjności brygad patrolowych i interwencyjnych i jednego pracownika Zespołu ds. Utrzymania Dróg, przez cały okres związania umową (wliczając w to również dni wolne od pracy) oraz konieczności zatrudnienia tak brygad patrolowych i interwencyjnych, jak i całego Zespołu ds. Utrzymania Dróg w oparciu o umowę o pracę i tym samym konieczności przestrzegania przepisów w zakresie prawa pracy i zabezpieczenia społecznego oraz ustawy o minimalnym wynagrodzeniu,

b. zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Abramss, pomimo iż jej treść jest

niezgodna z warunkami zamówienia wynikającymi z pkt 17-3 i 17-4 Instrukcji dla Wykonawców (Tom I, Rozdział I Specyfikacji Warunków Zamówienia) w zw. z pkt. 5-3. i 5-5-5. Szczegółowej Specyfikacji Technicznej D-1o.10.o1z Zarządzanie Kontraktem w zw. z par. 11 ust. 2 pkt 20 Projektowanych Postanowień Umowy (Tom II, Rozdział 1 Specyfikacji

Warunków Zamówienia), tj. obowiązkiem uwzględnienia w cenie oferty całkowitych kosztów

wykonania przedmiotu zamówienia, jak również uwzględnienia w każdej cenie za jednostkę wszystkich składników kosztów, na które składają się również koszty związane z obowiązkiem zapewnienia całodobowej dyspozycyjności brygad patrolowych i interwencyjnych i jednego pracownika Zespołu ds. Utrzymania Dróg, przez cały okres związania umową (wliczając w to również dni wolne od pracy) oraz konieczności zatrudnienia tak brygad patrolowych i interwencyjnych, jak i Zespołu ds. Utrzymania Dróg w oparciu o umowę o pracę i tym samym konieczności przestrzegania przepisów w zakresie prawa pracy i zabezpieczenia społecznego oraz ustawy o minimalnym wynagrodzeniu;

3. art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP w zw. z art. 3 ust. 1 i ust. 2 u.z.n.k. oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. poprzez:

a. zaniechanie odrzucenia oferty DUBR, pomimo iż została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu u.z.n.k., polegającego na utrudnianiu innym wykonawcom dostępu do rynku, poprzez zaoferowanie świadczenia usługi poniżej kosztów jej świadczenia,

b. zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Abramss, pomimo iż została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu u.z.n.k., polegającego na utrudnianiu innym wykonawcom dostępu do rynku poprzez zaoferowanie świadczenia usługi poniżej kosztów jej świadczenia;

4. art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z art. 224 ust. 6 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia

oferty DUBR, pomimo iż zawierała ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożone przez DUBR wyjaśnienia nie uzasadniły podanej w ofercie ceny,

z uwagi na nieprzedstawienie przez DUBR sposobu kalkulacji ceny jednostkowej za 1

miesiąc Zarządzania Kontraktem wraz z patrolowaniem dróg i podejmowaniem działań interwencyjnych przy jednoczesnym spełnieniu wymogu zatrudnienia personelu na umowę o pracę w kontekście obowiązujących przepisów prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu, a także nieprzedstawienie wyjaśnień w szczególności w zakresie przyjętych do wyceny powyższych pozycji ilości roboczogodzin brygad patrolowych, interwencyjnych oraz Zespołu ds. Utrzymania Dróg wraz z odzwierciedleniem ilości etatów niezbędnych do realizacji zadań wskazanych w Grupie Prac nr 11 — Zarządzanie Kontraktem zgodnie z par. n ust. 2 pkt 20 Projektowanych Postanowień Umowy (Tom II, Rozdział 1 Specyfikacji Warunków Zamówienia) oraz w zakresie zaoferowania ceny jednostkowej w ww. grupie prac obejmującej całkowity koszt świadczenia usług Zarządzania Kontraktem;

5. art. 224 ust. 1 w zw. z art. 223 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Abramss do udzielenia wyjaśnień celem ustalenia, czy oferta Konsorcjum Abramss zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, w szczególności zakresie Grupy Prac nr 11 Zarządzanie Kontraktem w zakresie ceny jednostkowej za 1 miesiąc zarządzania kontraktem wraz z patrolowaniem dróg i podejmowaniem działań interwencyjnych;

6. art. 226 ust. 1 pkt 10 PZP poprzez:

a. zaniechanie odrzucenia oferty DUBR, pomimo iż zawiera ona błąd w obliczeniu ceny, bowiem cena ofertowa nie została obliczona zgodnie ze sposobem obliczenia ceny wskazanym w pkt 17-3. i 17-4 Instrukcji dla Wykonawców (Tom I, Rozdział I Specyfikacji Warunków Zamówienia),

b. zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Abramss, pomimo iż zawiera ona błąd w obliczeniu ceny, bowiem cena ofertowa nie została obliczona zgodnie ze sposobem obliczenia ceny wskazanym w pkt 17-3. i 17-4 Instrukcji dla Wykonawców (Tom I, Rozdział I Specyfikacji Warunków Zamówienia).

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty DUBR jako najkorzystniejszej,

2. odrzucenie oferty DUBR na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5, art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 3 ust. 1 i ust. 2 u.z.n.k. oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k, art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 PZP, art. 226 ust. 1 pkt 10 PZP,

3. odrzucenie oferty Konsorcjum Abramss na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5, art. 226

ust. 1 pkt 7, art. 226 ust. 1 pkt 10 PZP,

4. powtórzenie czynności oceny i badania ofert, bez udziału oferty DUBR i Konsorcjum Abramss i powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący podkreślił, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż jest wykonawcą zdolnym do jego wykonania, spełnia wszystkie warunki wymagane przez Zamawiającego i złożył niepodlegającą odrzuceniu ofertę, która uzyskała 91,30 pkt. Pomimo to, za najkorzystniejszą została uznana oferta Przedsiębiorstwa DUBR, która winna podlegać odrzuceniu. Nadto odrzuceniu winna podlegać oferta Konsorcjum Abramss. Pozostałe oferty uzyskały mniejszą liczbę pkt niż oferty Odwołującego, DUBR i Konsorcjum Abramss. Odwołujący, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP, może ponieść realną szkodę w postaci nieuzyskania zamówienia, które powinien uzyskać. Naruszenie przez Zamawiającego wskazanych przepisów PZP pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania i realizacji zamówienia. Szkoda, jaką Odwołujący może ponieść, wyraża się w utracie korzyści, jakie mógłby uzyskać w razie uzyskania zamówienia publicznego i pozostaje w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami PZP.

W dniu 26 sierpnia 2022 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, którą okazała się oferta złożona przez Przedsiębiorstwo DUBR, z ceną 89 412 847,68 zł. Nadto, Zamawiający, poinformował również o ofertach odrzuconych, jednak na liście tej nie znalazła się oferta Konsorcjum Abramss.

Wymagania określone w warunkach zamówienia wobec osób wykonujących pracę

w Grupie prac nr 11 — Zarządzanie Kontraktem

W Tomie I Rozdziale 1 SWZ IDW, Zamawiający:
w pkt 6.3. wskazał, że: „Wymagania związane z realizacją zamówienia w zakresie

zatrudnienia przez Wykonawcę lub Podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez Zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia zostały określone w dalszej części SWZ — w szczególności w Tomie II. Powyższe wymagania określają w szczególności: a) rodzaj czynności związanych z realizacją zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie stosunku pracy przez Wykonawcę lub Podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia; b)sposób weryfikacji zatrudnienia tych osób; c) uprawnienia Zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez Wykonawcę wymagań związanych z zatrudnianiem tych osób oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań",

w pkt 6.5. lit. a) zastrzegł, że: „Wykonawca jest zobowiązany osobiście wykonać zastrzeżone przez Zamawiającego, zgodnie z art. 121 ustawy Pzp, kluczowe części zamówienia, tj. czynności wykonywane w ramach grupy prac nr 11 - „Zarządzanie Kontraktem",

w pkt 7.1. postawił wymaganie „(...) aby przedmiot zamówienia byt realizowany przez okres 48 miesięcy od daty wydania pierwszego zlecenia",

w pkt 17-3. wskazał, że „Cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w Tomach II-IV niniejszej SWZ",

w pkt 17-4. wskazał, że „Każda cena za jednostkę powinna obejmować wszystkie składniki kosztów (m. in. KP, KZ, Zysk, itp.), a także inne czynności opisane w ST (a w szczególności oznakowanie robót)",

w pkt 17.6. zawarł postanowienie, zgodnie z którym „W TER dla Grupy Prac nr 11 — ZARZĄDZANIE KONTRAKTEM został ustanowiony limit. Przekroczenie ustanowionego w TER limitu spowoduje odrzucenie oferty".

W Tomie II, Rozdziale 1 SWZ, Projektowane Postanowienia Umowy (dalej jako: „PPU"), Zamawiający:

- w par. 11 ust. 2 pkt 20 zawarł postanowienie o treści: Wykonawca jest zobowiązany do zatrudnienia na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez Zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia tj. osób tworzących Zespół ds. Utrzymania Dróg oraz osób wykonujących czynności związane z usuwaniem skutków zdarzeń i patrolowaniem dróg (brygady interwencyjne i patrolowe). Powyższy wymóg dotyczy również Podwykonawców lub dalszych Podwykonawców, za pomocą których będzie realizowany przedmiot umowy, tj. zobowiązani są oni zatrudniać na podstawie stosunku

pracy osoby skierowane przez nich do wykonywania w/w czynności",

- w par. 12 ust. 3 zawarł postanowienie o treści: „Wykonawca zorganizuje w dniu rozpoczęcia realizacji Umowy, o którym mowa w par. 3 ust. 1, co najmniej (...) Rejon w Płońsku — 2 brygady patrolowe oraz 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".

W Tomie III SWZ zatytułowanym OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA z załącznikami (dalej jako: „OPZ"):

- w pkt 4.1. Zamawiający określił wymagania ogólne i szczegółowe odnoszące się do zasad realizacji prac. Zgodnie z pkt 4.1. lit.b) „Wymagania szczegółowe dotyczące realizacji usług i robót objętych przedmiotem zamówienia w zakresie: materiałów, sprzętu, transportu, wykonania prac, kontroli ich jakości oraz odbioru prac określają właściwe dla danego asortymentu Szczegółowe Specyfikacje Techniczne — stanowiące Załącznik nr 4 do OPZ",

- w pkt 4.2. OPZ został określony wykaz Specyfikacji Technicznych całorocznego

utrzymania dróg krajowych, w tym dla Grupy 11. ZARZĄDZANIE KONTRAKTEM - D.1o.1o.o1z - Zarządzanie kontraktem.

W Szczegółowej Specyfikacji Technicznej D.1o.1o.o1z Zarządzanie Kontraktem stanowiącej załącznik nr 4 do OPZ (dalej jako: „SST D.1o.1o.o1z"), Zamawiający:

- w pkt 5.2. dotyczącym Zarządzania Kontraktem wskazał m. in., że: „Celem prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia Wykonawca jako odpowiedzialny za jakość wykonywanych prac oraz za ich zgodność z wymaganiami kontraktu w okresie jego trwania musi zapewnić niezbędny nadzór nad wszystkim pracami wykonywanymi w ramach umowy. W tym celu zapewni wymagany personel oraz zorganizuje Punkt Obsługi Kontraktu. W skład personelu wejdzie Kierownik ds. Utrzymania Dróg (koordynator kontraktu) w liczbie co najmniej osoby na część przedmiotu zamówienia (Rejon). Kierownik ds. Utrzymania Dróg zorganizuje 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",

- w pkt 5-3. dotyczącym prowadzenia Punktu Obsługi Kontraktu wskazał m.in., że: „Wykonawca winien zorganizować pracę Zespołu ds. Utrzymania Dróg w taki sposób, aby zapewniona była całodobowa obecność przynajmniej jednego pracownika Zespołu poza godzinami pracy Zamawiającego. Wymaga się, aby pracownicy kluczowi tj. Kierownik ds. Utrzymania Dróg / Zastępca Kierownika ds. Utrzymania Dróg, Specjalista ds. utrzymania dróg, Specjalista ds. administracyjno — finansowych byli 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) znajdującej się na terenie: (...) dla zadania nr 2 - siedziba Rejonu w Płońsku (...) (w odległości do 10 km od siedziby Rejonu), którego dana część zamówienia dotyczy. 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 (...)"

- w pkt 5-5.1. dotyczącym szczegółowych wymagań w zakresie pracowników brygad patrolowych wskazał, że „Pracownicy brygad patrolowych gotowych do wykonywania zadań z uwzględnieniem podziału na: - Lidera brygady patrolowej; - Członka brygady patrolowej w składzie dostosowanym do zakresu wykonywanych prac, jednak nie mniejszym niż 2 osobowy (lider + członek brygady patrolowej) (...)",

- w pkt 5-5.2. dotyczącym szczegółowych wymagań w zakresie pracowników brygad

interwencyjnych wskazał, że „Pracownicy brygad interwencyjnych gotowych do wykonywania zadań zgodnie z OPZ z uwzględnieniem podziału na: - Lidera brygady interwencyjnej; - Członka brygady interwencyjnej w składzie dostosowanym do zakresu wykonywanych prac, jednak nie mniejszym niż 2-osobowy (lider + członek brygady interwencyjnej) (...)"

- w pkt 5-5-5. dotyczącym dyspozycyjności brygady patrolowej i interwencyjnej wskazał, że, Wykonawca zorganizuje do dnia rozpoczęcia realizacji Umowy brygady patrolowe w ilości: (...) w Rejonie Płońsk - min. 2 brygady (...) oraz brygady interwencyjne w ilości: (...) w Rejonie Płońsk - min. 2 brygady (...). Wykonawca zapewni całodobową dyspozycyjność brygad patrolowo i interwencyjnych, przez cały okres związania Umową (wliczając w to również dni wolne od pracy) (...)".

W Tomie IV SWZ, zatytułowanym TABELE ELEMENTÓW ROZLICZENIOWYCH (TER) dla Części nr 1. 2 i 3, w Tabeli Elementów Rozliczeniowych dla Rejonu w Płońsku w Grupie Prac nr 11 - Zarządzanie Kontraktem, Zamawiający zamieścił następujące uwagi:

- „Cena za jednostkę obejmuje wszystkie składniki kosztów (m. in. KP, KZ, Zysk, itp.), a także inne czynności opisane w ST (a w szczególności oznakowanie robót)",

- „Wartość grupy prac 11 — „Zarządzanie kontraktem" nie może przekroczyć sumy wartości grup 1-12".

Minimalne koszty świadczenia usług dla Grupy prac nr 11 — Zarządzanie Kontraktem

Minimalny skład stanowiskowy personelu związanego z realizacją Grupy Prac nr 11 - Zarządzanie kontraktem, przedstawia się następująco:

- 1 stanowisko Kierownika ds. Utrzymania Dróg

- 1 stanowisko Zastępcy Kierownika ds. Utrzymania Dróg,

- 1 stanowisko Specjalisty ds. Administracyjno — Finansowych,

- 1 stanowisko Specjalisty ds. Utrzymania Dróg, w ilości etatów zapewniającej całodobową pracę Wykonawcy w POK,

- 8 stanowisk dla pracowników brygad patrolowych i interwencyjnych — 2 brygady patrolowe w składzie minimum 2-osobowym oraz 2 brygady interwencyjne w składzie minimum 2osobowym (2x2+2x2=8 stanowisk), w ilości etatów zapewniającej całodobową dyspozycyjność brygady patrolowej i interwencyjnej.

Przy czym:

- w przypadku stanowisk Kierownika ds. Utrzymania Dróg i Zastępcy Kierownika ds. Utrzymania Dróg, do kalkulacji ilości etatów wykonawca może przyjąć 1 etat lub dwa razy po 1/2 etatu, ponieważ Zamawiający wymaga obecności jednego z nich, i tylko w dni robocze w godzinach pracy Zamawiającego (700-15:00),

- w przypadku stanowiska Specjalisty ds. Administracyjno - Finansowych ilość stanowisk przewidziana w SWZ, jest równa ilości 1 etatu (7:00-15:00),

- w przypadku stanowiska Specjalisty ds. Utrzymania i 8 stanowisk dla pracowników dwóch brygad patrolowych i dwóch brygad interwencyjnych, wykonawca musi uwzględnić i wycenić taką ilość etatów, która zapewni ciągłą obsadę danego stanowiska.

Zakładając, że zarówno DUBR, jak i Konsorcjum Abramss przyjęli optymalny pod względem kosztów, tj. najtańszy możliwy wariant spełniający wymogi SST, PPU oraz wymogi wynikające z ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy - tj. przyjęli minimalne wynagrodzenie i brak godzin nadliczbowych (tj. praca po 8 godzin dziennie), dla 1 stanowiska Specjalisty ds. Utrzymania Dróg i dla 8 stanowisk brygad patrolowych i interwencyjnych, to na każde stanowisko, które ma być obsadzone w sposób ciągły, tj. całodobowo, 7 dni w tygodniu, należało przewidzieć 4,37 etatu, a wynika to z następujących wyliczeń:

- ilość godzin pracy pracownika w miesiącu: 167,2 godzin/m-c (średnia w latach trwania umowy z Zamawiającym, tj. od 2022 r. do 2026 r.), suma ilości dni pracujących w latach 2022-2026 podzielona na 60 miesięcy (5 lat) daje nam 167,2 godzin,

- ilość godzin pracy pracownika w roku: 12 miesięcy w roku x 167,2 2006,4 godzin/rok,

- ilość godzin w roku kalendarzowym: 24 x 365,5* = 8772 godzin/rok (*średnia — rok 2024 to rok przestępny), to wyliczenie jest konieczne z uwagi na ciągłą całodobową obsadę stanowisk brygad patrolowych i interwencyjnych oraz Specjalisty ds. Utrzymania Dróg i tym samym wykazanie, ile godzin ma cały rok kalendarzowy, kwota 365,5 stanowi sumę dni jakie maja lata 2022, 2023, 2024, 2025 i 2026 podzielona na 5 lat,

- ilość etatów niezbędna do zapewnienia ciągłej obsady danego stanowiska to ilość dni w roku podzielona przez ilość godzin pracy pracownika w roku: 8772 / 2006,4 = 4,37

etatu/stanowisko.

Zwrócenia uwagi dodatkowo wymaga, że:

- w 2022 roku dni wolnych mamy 114, dni pracujących mamy 251, a cały rok ma 365 w 2023 roku dni wolnych mamy 115, dni pracujących mamy 250, a cały rok ma 365

w 2024 roku dni wolnych mamy 115, dni pracujących mamy 251, a cały rok ma 366 dni,- w 2025 roku dni wolnych mamy 115, dni pracujących mamy 250, a cały rok ma 365 dni, - w 2026 roku dni wolnych mamy 113, dni pracujących mamy 252, a cały rok ma 365 dni.
Zatem odpowiednio ilość godzin w dni pracujące w roku wynosi:

dni,- w 2022 roku — 251 dni pracujących x 8 godzin dziennie daje nam 2008 godzin,

- w 2023 roku - 250 dni pracujących x 8 godzin dziennie daje nam 2000 godzin,

dni,- w 2024 roku - 251 dni pracujących x 8 godzin dziennie daje nam 2008 godzin,

- w 2025 roku - 250 dni pracujących x 8 godzin dziennie daje nam 2000 godzin,

- w 2026 roku - 252 dni pracujących x 8 godzin dziennie daje nam 2016 godzin.

Zatem odpowiednio ilość godzin w całym roku kalendarzowym wynosi:

- w 2022 roku — 365 dni w roku x 24 godziny (1 dzień) daje nam 8760 godzin,

- w 2023 roku - 365 dni w roku x 24 godziny (1 dzień) daje nam 8760 godzin,

- w 2024 roku - 366 dni w roku x 24 godziny (1 dzień) daje nam 8784 godzin,

- w 2025 roku - 365 dni w roku x 24 godziny (1 dzień) daje nam 8760 godzin,

- w 2026 roku - 365 dni w roku x 24 godziny (1 dzień) daje nam 8760 godzin.

Przyjęcie mniejszej ilości etatów spowodowałoby konieczność płacenia za godziny nadliczbowe oraz wypłacania dodatków za pracę w godzinach nadliczbowych, co w efekcie spowodowałoby wzrost kosztów o kwotę równą sumie wypłaconych dodatków.

Przyjęcie większej ilości etatów, również spowodowałoby wzrost kosztów o kwotę wynagrodzeń za dodatkowe etaty.

Uwzględniając niezbędną ilość etatów na każde stanowisko, które ma być obsadzone

w sposób ciągły, wykonawca musiał uwzględnić w wycenie 4,37 etatu dla każdego

stanowiska tego typu.

Dla 1 stanowiska Specjalisty ds. Utrzymania Dróg Wykonawca musiał uwzględnić w wycenie 4,37 etatów, a dla 8 stanowisk wchodzących w skład brygad patrolowych i interwencyjnych wykonawca musiał uwzględnić w wycenie 26,22 etatów, zgodnie z poniższym wyliczeniem:

- 1 stanowisko x 4,37 etatu/stanowisko = 4,37 etatów,

- 8 stanowisk x 4,37 etatu/stanowisko = 34,96 etatów.

Reasumując, łączna i optymalna pod względem kosztów ilość etatów to:

- 1 etat dla stanowiska Kierownik ds. Utrzymania Dróg i Zastępca Kierownika ds. Utrzymania Dróg,

- 1 etat dla stanowiska Specjalista ds. Administracyjno - Finansowych,

- 4,37 etatów dla stanowiska Specjalista ds. Utrzymania Dróg,

- 34,96 etatów dla 8 stanowisk wchodzących w skład brygad patrolowych

i interwencyjnych.

Razem daje to 41,33 etatów do obsadzenia i uwzględnienia w kosztach w ramach pozycji Zarządzanie Kontraktem (1 + 1 + 4,37 + 34,962 = 41,33 etatów).

Jak stanowi art. 6 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 2207 ze zm.), wysokość wynagrodzenia pracownika zatrudnionego w pełnym miesięcznym wymiarze czasu pracy nie może być niższa od wysokości minimalnego wynagrodzenia ustalonego w trybie art. 2 i art. 4. Zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 r. w sprawie

wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki

godzinowej w 2022 r. (Dz. U. z 2021 r., poz. 1690 ze zm.), od dnia 1 stycznia 2022 r. ustala

się minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 3010 zł.

Wynagrodzenie 3 010 zł brutto dla pracownika, to dla pracodawcy koszt 3 613 zł (wraz z kosztami pracodawcy, bez urlopów).

Zatem koszty pracownicze wynoszą 149 325.29 zł (41,33 etatów x 3 613,00 zł). Przy czym koszty nie uwzględniają urlopów i pracy w godzinach.

Zgodnie z art. 152 KP „Pracownikowi przysługuje prawo do corocznego, nieprzerwanego, płatnego urlopu wypoczynkowego". Zgodnie z art. 154 KP minimalny roczny „wymiar urlopu wynosi 20 dni".

Dla każdego z 41,33 etatów wykonawca musi uwzględnić co najmniej 20 płatnych dni urlopu. W trakcie wypoczynku pracownika, wykonawca musi go zastąpić innym pracownikiem, żeby nadal spełniać wymóg odpowiedniej ilości personelu. Wiąże się to z dodatkowym kosztem po stronie wykonawcy:

- 20 dni minimalnego urlopu w roku x 8 godzin/dzień = 160 godzin/rocznie przeznaczonych na urlop (dotyczy to oczywiście jednego etatu)

- ilość godzin pracy pracownika w roku wynosi 2006,4 (12 x 167,2 = 2006,4 godzin/rok.

Zatem, aby zapewnić stałą obsadę danego etatu przez 2006,4 godziny w roku,

wykonawca poniesie koszt wynagrodzenia za 2006,4 godziny pracujące w roku + 160 godzin przeznaczonych na urlop w roku, co daje łącznie 2166,4 godziny rocznie, co z kolei procentowo powiększa koszt zatrudnienia pracownika przez wykonawcę o 7,97% (bo jak 2 166,4 podzielimy przez 2 006,4 i odejmiemy 100% to wyjdzie 7,97%).

Zgodnie z art. 151^8 KP „Pracownikowi wykonującemu pracę w porze nocnej przysługuje dodatek do wynagrodzenia za każdą godzinę pracy w porze nocnej w wysokości

20% stawki godzinowej wynikającej z minimalnego wynagrodzenia za pracę".

Dla 1/3 pracowników związanych ze stanowiskami wymagającymi obsadzenia w sposób ciągły, tj. dla pracujących w porze nocnej (np. od 22:00 do 6:00), w kalkulacji kosztów należy przyjąć 20% dodatek do wynagrodzenia. Jeśli przyjmujemy pracę po 8 godzin dziennie, to na 24 godziny dziennie mamy 3 zmiany po 8 godzin, i jedna zmiana przypadnie nam w porach nocnych.

Z 4,37 etatów dla stanowiska Specjalista ds. Utrzymania Dróg i z 34,96 etatów dla 8 stanowisk wchodzących w skład brygad patrolowych i interwencyjnych, 1/3 to etaty „nocne". Jeśli dodamy ilość tych etatów (4,37 + 34,96) a następnie pomnożymy je o 1/3 (x 1/3) to wyjdzie nam suma etatów nocnych, tj. 10,20 etatów nocnych, do których należy doliczyć

20% dodatek do wynagrodzenia.

Zatem minimalny koszt pozycji „Zarządzanie Kontraktem" uwzględniający koszt zatrudnienia personelu zatrudnionego zgodnie z SWZ, tj. na podstawie stosunku pracy i w oparciu o minimalne wynagrodzenie o pracę bez dodatków za nadgodziny wynosi 171 454,83 zł netto/m-c, bowiem:

- KOSZT WYNAGRODZEŃ PODSTAWOWYCH wynosi -149 325,29 zł/m-c netto
41,33 etatów x 3 613 zł/m-c = 149 325,29 zł/m-c netto (ilość niezbędnych etatów pomnożona przez minimalny koszt pracodawcy za jeden etat bez urlopu i pracy w godzinach nocnych)

- KOSZT DODATKOWEGO WYNAGRODZENIA ZA PRACĘ W PORZE NOCNEJ wynosi 9 473,29 zł/m-c netto

13,11 etatów x 3 613 zł/m-c x 20% 473,29 zł/m-c netto (suma etatów nocnych pomnożona przez minimalny koszt pracodawcy za jeden etat pomnożona przez 20% - dodatek do wynagrodzenia)

- DODATKOWY KOSZT ZATRUDNIENIA PRACOWNIKA, WYNIKAJĄCY Z KONIECZNOŚCI ZAPEWNIENIA OBSADY ETATÓW W OKRESIE URLOPÓW

WYPOCZYNKOWYCH wynosi - 12 656,25 zł/m-c netto

149 325,29 zł/m-c + 9 473,29 zł/m-c) x 7,97% 12 656,25 zł/m-c netto (suma kosztu wynagrodzeń podstawowych i koszt dodatkowego wynagrodzenia za pracę w porze nocnej powiększona o procent wynikający z powiększenia kosztu zatrudnienia pracownika z uwagi na urlop)

RAZEM: 149 325,29 zł + 9 473,29 zł + 12 656,25 zł = 171 454,83 zł/m-c netto

Co istotne, kwota 171 454,83 zł/m-c netto, nie uwzględnia jakichkolwiek innych składników kosztów wchodzących w zakres Grupy prac nr 11 - Zarządzanie kontraktem, takich jak, np. koszt paliwa do pojazdów patrolowych, oznakowanie robót, czy nawet zysku.

Oferta Konsorcjum Abramss

Konsorcjum Abramss złożyło ofertę z ceną 98 944 706,24 zł brutto, z czego kwota 9 871 488,00 zł brutto (8 025 600,00 zł netto) została przeznaczona na Grupę prac nr 11 - Zarządzanie Kontraktem w okresie trwania umowy, tj. 48 miesięcy. Z kolei miesięczny koszt w zakresie Grupy prac nr 11 — Zarządzanie Kontraktem wskazany przez Konsorcjum wynosi 167 200,00 zł netto.

Według Odwołującego mamy tutaj do czynienia z sytuacją, w której Konsorcjum Abramss za wykonanie Grupy Prac nr 11 — Zarządzanie kontraktem zaoferowało cenę, która nawet nie uwzględnia minimalnych kosztów zatrudnienia personelu zgodnie z SWZ, tj. na podstawie stosunku pracy i w oparciu o minimalne wynagrodzenie o pracę, nie mówiąc już o pozostałych składnikach kosztów, tj. zysk, oznakowanie robót, czy koszt paliwa do pojazdów patrolowych.

Zaoferowana przez Konsorcjum Abramss cena za wykonanie prac z zakresu Grupy Prac nr 11 — Zarządzanie kontraktem, została ustalona na takim poziomie (tak w skali miesiąca, jak i całego okresu trwania umowy z Zamawiającym), który odzwierciedla nierealny poziom kosztów, tj. nieuwzględniający powszechnie obowiązujących przepisów prawa oraz warunków zamówienia.

Oferta Przedsiębiorstwa DUBR

DUBR złożyło ofertę z ceną 89 412 847,68 zł brutto, z czego kwota 8 052 000,00 zł brutto (6 600 000,00 zł netto) została przeznaczona na Grupę prac nr 11 - Zarządzanie Kontraktem w okresie trwania umowy, tj. 48 miesięcy. Z kolei miesięczny koszt w zakresie Grupy prac nr 11 — Zarządzanie Kontraktem wskazany przez DUBR wynosi 137 500,00 zł netto.

Zdaniem Odwołującego mamy do czynienia również z sytuacją, w której DUBR za wykonanie Grupy Prac nr 11 — Zarządzanie kontraktem zaoferowało cenę, która nie uwzględnia minimalnych kosztów zatrudnienia personelu zgodnie z SWZ, tj. na podstawie

stosunku pracy i w oparciu o minimalne wynagrodzenie o pracę, nie mówiąc już o pozostałych składnikach kosztów, tj. zysk, oznakowanie robót, czy koszt paliwa do pojazdów patrolowych.

Przedsiębiorstwo DUBR, podobnie jak Konsorcjum Abramss, zaoferowało cenę za wykonanie prac z zakresu Grupy Prac nr 11 - Zarządzanie kontraktem, ustaloną na takim

poziomie (tak w skali miesiąca, jak i całego okresu trwania umowy z Zamawiającym), który odzwierciedla nierealny poziom kosztów, tj. nieuwzględniający powszechnie obowiązujących przepisów prawa oraz warunków zamówienia.

Pismem z dnia 14 czerwca 2021 r. (sprostowanym w dniu 21 czerwca 2022 r.) Zamawiający wezwał DUBR do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. oraz art. 223 ust.

I Pzp, celem ustalenia, czy oferta DUBR zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ. Zamawiający wskazał, że wątpliwości w ofercie DUBR wzbudziły niektóre oferowane przez

DUBR ceny jednostkowe i w celu ustalenia czy istotne części składowe oferty nie są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy uwzględniają wszystkie wymagania SWZ, konieczne stało się złożenie wyjaśnień przez DUBR w zakresie określonym w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 i Grupy prac nr 11 - Zarządzanie Kontraktem w zakresie ceny jednostkowej ryczałtowej za 1 miesiąc zarządzania kontraktem wraz z patrolowaniem dróg i podejmowaniem działań interwencyjnych.

Zamawiający poprosił o szczegółowe wyjaśnienie, jakie elementy DUBR uwzględnił w ofercie określając cenę dla Grupy Prac nr 11 - Zarządzanie Kontraktem, w tym podanie wartości kosztów bezpośrednich (wartość robocizny, wartość pracy sprzętu, koszty

transportu), kosztów pośrednich i zysku. Zamawiający zwrócił się nadto o wyjaśnienie oraz przedstawienie sposobu kalkulacji ceny jednostkowej za 1 miesiąc zarządzania kontraktem wraz z patrolowaniem dróg i podejmowaniem działań interwencyjnych, mając na uwadze wymagania określone w SWZ, w tym w zakresie ilości wymaganego personelu, wymogu zatrudnienia personelu na umowę o pracę w kontekście obowiązujących przepisów prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu.

Zamawiający poprosił o przedłożenie przez DUBR szczegółowych wyjaśnień w zakresie przyjętych do wyceny pozycji ilości roboczogodzin brygad patrolowych, interwencyjnych i Zespołu ds. Utrzymania Dróg wraz z odzwierciedleniem w ilości etatów niezbędnych do realizacji zadań wskazanych w Grupie Prac nr 11 - Zarządzanie Kontraktem zgodnie z par.

II ust. 2 punkt 20 IPU. Zamawiający zwrócił się o wskazanie ilości etatów koniecznych do realizacji wskazanej usługi wraz z określeniem kosztów związanych z funkcjonowaniem

każdego z przedstawionych etatów, a także przedstawienie kalkulacji obejmującej całkowite

zestawienie kosztów w Grupie Prac nr 11 - Zarządzanie Kontraktem. Zamawiający oczekiwał szczegółowej i wyczerpującej informacji na temat sposobu uwzględnienia elementów mających wpływ na wartość pozycji mając na uwadze m.in. zaangażowanie osobowe i rzeczowe oraz związane z tym niezbędne do poniesienia koszty. Ponadto, Zamawiający zwrócił się z prośbą o wyjaśnienia (w tym wyliczenia) w zakresie zgodności zastosowanych stawek z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie oraz przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Zamawiający również podniósł, że w przypadku, gdy DUBR nie udzieli wyjaśnień w terminie lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający odrzuci ofertę Konsorcjum zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8) w związku z art. 224 ust. 6 PZP.

DUBR w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wskazało, że załącznik nr 1 do wyjaśnień przedstawia sposób wyliczenia kosztów zatrudnienia w zakresie Grupy Prac nr 11 — Zarządzanie kontraktem. W treści załącznika nr 1 DUBR przedstawiło tabelaryczne zestawienie zbiorcze kosztów ujętych w pozycji TER 11. W trzeciej kolumnie tabeli DUBR wskazuje przyjętą ilość pracowników (etatów). Dla brygad patrolowych DUBR przyjął 6 etatów, a dla brygad interwencyjnych - 16 etatów. W czwartej kolumnie DUBR wskazuje przyjętą cenę/wartość — koszt wynagrodzenia w przypadku pracowników. Dla pracowników brygad patrolowych i interwencyjnych DUBR przyjął koszt wynagrodzenia pracownika wraz kosztami pracodawcy: 3 260 zł/m-c. W piątej kolumnie tabeli DUBR wskazuje na przyjęty „Procentowy udział w pracach grupy" a pod tabelą, wyjaśnia, że „Wskazany procent oznacza poziom zaangażowania pracownika zatrudnionego do realizacji zamówienia w prace w GRUPIE PRAC nr 11".

W ocenie Odwołującego w postępowaniu mamy do czynienia z naruszeniem podstawowej zasady dokonania wyboru oferty, która została oceniona jako

najkorzystniejsza, tj. regulacji zawartych w art. 239 ust. 1 i ust. 2 PZP. Zamawiający nie może wybrać oferty, która podlega odrzuceniu, tym samym wyłączony jest wybór oferty Przedsiębiorstwa DUBR. Druga w kolejności co do uzyskanych pkt w ramach oceny ofert, jest oferta Konsorcjum Abramss, jednak oferta ta winna zostać odrzucona. Trzecia w kolejności co do uzyskanych pkt w ramach oceny ofert, jest oferta Odwołującego, niepodlegająca odrzuceniu - i jako taka winna ona zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Zdaniem Odwołującego działania Zamawiającego naruszają także art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP, skoro Zamawiający dokonał wyboru oferty DUBR i zaniechał odrzucenia oferty Konsorcjum Abramss, pomimo iż ich treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, jeżeli jest niezgodna z warunkami, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikającymi w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy o zamówienie publiczne. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi więc, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SWZ wymaganiom.

Oferta złożona przez DUBR nie uwzględnia wymagań zawartych w SWZ, w szczególności wynikającymi z pkt 17-3 i 17-4 IDW w zw. z pkt. 5-3. i 5-5-5 SST D-1o.10.o1 z w zw. z par. 11 ust. 2 pkt 20 PPU tj. obowiązku uwzględnienia w cenie oferty całkowitych kosztów wykonania przedmiotu zamówienia, jak również uwzględnienia w każdej cenie za jednostkę wszystkich składników kosztów, na które składają się również koszty związane z obowiązkiem zapewnienia całodobowej dyspozycyjności brygad patrolowych i interwencyjnych i jednego pracownika Zespołu ds. Utrzymania Dróg, przez cały okres związania umową (wliczając w to również dni wolne od pracy) oraz konieczności zatrudnienia tak brygad patrolowych i interwencyjnych, jak i całego Zespołu ds. Utrzymania Dróg w oparciu o umowę o pracę i tym samym konieczności przestrzegania przepisów w zakresie prawa pracy i zabezpieczenia społecznego oraz ustawy o minimalnym wynagrodzeniu.

DUBR w złożonych wyjaśnieniach wprost wskazało że:

- w piątej kolumnie tabeli w załączniku nr 1 do wyjaśnień DUBR przyjęło „Procentowy udział w pracach grupy", a pod tabelą wyjaśniło, że „Wskazany procent oznacza poziom zaangażowania pracownika zatrudnionego do realizacji zamówienia w prace w GRUPIE PRAC nr 11". DUBR przyjęło 10% udział w pracach grupy dla Kierownika ds. Utrzymania Dróg oraz Zastępcy ds. Utrzymania Dróg, 5 Specjalistów ds. Utrzymania Dróg oraz Specjalisty ds. Administracyjno-Finansowych oraz 70% udział w pracach grupy dla stanowisk wchodzących w skład brygad interwencyjnych. Jedynie dla stanowisk wchodzących w skład brygad patrolowych DUBR przyjęło 100% udział w pracach grupy. Przedsiębiorstwo DUBR potwierdziło, że pozostałą część kosztów pracowniczych ujęło w innych pozycjach, a zgodnie z pkt. 17-4 IDW „Każda cena za jednostkę powinna obejmować wszystkie składniki kosztów (m.in. KP, KZ, Zysk, itp.), a także inne czynności opisane w ST (a w szczególności oznakowanie robót)",

- w trzeciej kolumnie tabeli w załączniku nr 1 do wyjaśnień DUBR wskazało przyjętą ilość pracowników (etatów). Dla brygad patrolowych DUBR przyjął 6 etatów, a powinien przyjąć 17,48 etatów zgodnie z wyliczeniami przedstawionymi na wstępie odwołania (2 brygady patrolowe x 2 pracowników w brygadzie x 4,37 etatów/stanowisko* = 17,48 etatów). Dla brygad interwencyjnych DUBR przyjął 16 etatów, a powinien przyjąć 17,48 etatów (2 brygady interwencyjne x 2 pracowników w brygadzie x 4,37 etatów/stanowisko* = 17,48 etatów), gdzie *4,37 oznacza optymalną pod względem kosztów ilość etatów dla stanowisk pracowników brygad patrolowych i interwencyjnych. Zgodnie zaś z pkt 5-5-5 SST D-1o.1o.o1z: „Wykonawca zapewni całodobową dyspozycyjność brygad patrolowo i interwencyjnych, przez cały okres związania Umową (wliczając w to również dni wolne od pracy)".

- w czwartej kolumnie tabeli w załączniku nr 1 do wyjaśnień DUBR wskazuje przyjętą cenę/wartość - koszt wynagrodzenia w przypadku pracowników. Dla pracowników brygad patrolowych i interwencyjnych DUBR przyjął koszt wynagrodzenia pracownika wraz kosztami pracodawcy: 3 260 zł/m-c, a minimalny koszt pracodawcy to 3 613 zł/m-c (bez urlopów i dodatków za pracę w godzinach nocnych). DUBR zatem przyjął wynagrodzenia poniżej wysokości minimalnego wynagrodzenia.

Przyjęty przez DUBR koszt wynagrodzenia pracownika brygady patrolowej i interwencyjnej jest niższy niż wysokość minimalnego wynagrodzenia, stąd tym bardziej nie zawiera dodatkowych kosztów za pracę w godzinach nocnych i kosztów urlopów. Skoro Zamawiający wymaga całodobowej dostępności brygad, to te koszty również powinny być uwzględnione w pozycji Zarządzanie Kontraktem, czego DUBR nie uczynił. Zatem oferta

DUBR jest niezgodna z warunkami zamówienia, zaś Zamawiający w sposób nieprawidłowy przeprowadził analizę porównawczą treści oferty DUBRE, w tym złożonych wyjaśnień z SWZ, do czego zobowiązywały jego przepisy PZP.

Oferta Abramss

W tym przypadku zdaniem Odwołującego również mamy do czynienia z niezgodnością jej z warunkami zamówienia wynikającymi z pkt 17-3 i 17-4 IDW w zw. z pkt. 5-3. i 5-5-5. SST D-1o.1o.o1z w zw. z par. 11 ust. 2 pkt P PU tj. obowiązkiem uwzględnienia w cenie oferty całkowitych kosztów wykonania przedmiotu zamówienia, jak również uwzględnienia w każdej cenie za jednostkę wszystkich składników kosztów, na które składają się również koszty związane z obowiązkiem zapewnienia całodobowej dyspozycyjności brygad patrolowych i interwencyjnych i jednego pracownika Zespołu ds.

Utrzymania Dróg, przez cały okres związania umową (wliczając w to również dni wolne od pracy) oraz konieczności zatrudnienia tak brygad patrolowych i interwencyjnych jak i Zespołu ds. Utrzymania Dróg w oparciu o umowę o pracę i tym samym konieczności przestrzegania

przepisów w zakresie prawa pracy i zabezpieczenia społecznego oraz ustawy o minimalnym

wynagrodzeniu.

W SST D-1o.1o.o1z Zamawiający określił wymagania dotyczące dyspozycyjności poszczególnej kategorii personelu wchodzącego w skład Zespołu ds. Utrzymania Dróg, jak i samych brygad patrolowych i interwencyjnych. Dodatkowo, Zamawiający określił inne wymagania generujące koszty świadczenia usługi w tym zakresie, np. koszty oznakowania robót. Pomimo to, Konsorcjum Abramss ustaliło koszty świadczenia usług w zakresie Zarządzenia Kontraktem poniżej minimalnych kosztów. Taka cena nie obejmuje samych kosztów osobowych świadczenia tego typu usług, pomijając również całkowicie inne konieczne koszty.

Uwzględniając wymagania sposobu obliczenia ceny oferty wskazane w pkt 17-3 i 17-4 IDW, a dotyczące tego, by zarówno cena ofertowa, jak też każda cena jednostkowa obejmowała całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia lub jego części (obejmowała wszystkie składniki kosztów) — należy wskazać, iż tak obliczona cena jednostkowa przez

Konsorcjum Abramss, jak też cena oferty - nie spełniają warunków zamówienia.

Skoro koszt ma być wskazany przez Konsorcjum Abramss w TER w sposób całkowity (pkt 17-3 i pkt 17-4. IDW), to nie można wskazać go w danej pozycji w sposób częściowy. Wskazane w TER dla Grupy Prac nr 11 — Zarządzanie Kontraktem ceny, zostały wskazane

w sposób częściowy. Narusza to warunki zamówienia. Najprawdopodobniej, pozostała część kosztów z tej pozycji została przeniesiona do innych pozycji — takie działanie narusza

postanowienia IDW, a tym samym potwierdza niezgodność ofert z warunkami zamówienia.

Istnienie podstaw do odrzucenia oferty Konsorcjum Abramss i DUBR potwierdza

wydany w sprawie innego zamówienia publicznego Zamawiającego (postępowanie

o udzielenie zamówienia publicznego na „Całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie, Rejon w Ożarowie Mazowieckim, drogi nr Az, S7, S8, DK 50, DK 92, nr postępowania GDDKiA.O.WA.D-3.2413-9.2021), wyrok

Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 22 marca 2022 r. (sygn. XXIII Zs 9/22), oparty na

analogicznych podstawach faktycznych. W tamtej sprawie — tak postanowienia SWZ

w zakresie sposobu obliczenia ceny, jak też ceny ofertowe zostały sformułowane podobnie jak na gruncie tego postępowania. Sąd wskazał zaś, iż: „Sąd Okręgowy stoi tu (...) na stanowisku, iż takie zachowanie wykonawcy (wykazywanie kosztów w dowolnych pozycjach) jest niezgodne z warunkami zamówienia, które sformułował zamawiający. Przyjmując bowiem nawet, iż w pkt 17-3 SWZ posłużono się pojęciem cena „powinna" obejmować całkowity koszt, to pkt 17.2 zawiera już sformułowanie nie budzące wątpliwości, tj. nakaz, iż wykonawca „musi" przy obliczaniu ceny uwzględniać wszystkie pozycje opisane w TER. Ten nakaz stanowił zatem podstawę wykładni postanowień SWZ oraz podstawę oceny prawidłowości oferty", nadto, że "W ocenie Sądu Okręgowego w niniejszym stanie faktycznym doszło do nieuprawnionego, niezgodnego z postanowieniami SWZ przesunięcia kosztów pomiędzy pozycjami TER, co skutkować też miało uzyskaniem nieuprawnionego wyniku w postaci wyboru ofert dokonujących tych przesunięć wykonawców.
Takie "przerzucanie" kosztów z jednego obszaru wpływającego na korzystniejszą ocenę

oferty do drugiego, nazwane "inżynierią cenową", uznawane jest za czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 3 ust. ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji". (str. 19-21 uzasadnienia wyroku).

Wykonawcy DUBR i Abramss, formułując swoje oferty nie tylko nie uwzględnili nakazów i zakazów odnoszących się do sposobu obliczenia ceny, ale ewidentnie nie uwzględnili również wymogów zapewnienia, by wskazany zakres prac był realizowany przy pomocy pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, skoro przy wskazanych przez nich cenach nie jest możliwe zagwarantowanie pokrycia kosztów wynagrodzeń tych pracowników. Tym samym zaistniały podstawy do odrzucenia ofert wykonawców, jako niezgodnych z warunkami zamówienia.

Zarówno oferta DUBR, jak i Konsorcjum Abramss zostały złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu u.z.n.k., polegającego na utrudnianiu innym wykonawcom dostępu do rynku, tj. zaoferowanie świadczenia usługi poniżej kosztów jej świadczenia.

Art. 3 u.z.n.k. jest zbudowany z dwóch części. W art. 3 ust. 1 ustawodawca zamieścił klauzulę generalną czynu nieuczciwej konkurencji, natomiast w ust. 2 wskazał przykładowy katalog czynów nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 2 czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie dostępu do rynku (art. 15 u.z.n.k.). Czynem nieuczciwej konkurencji będzie więc każde zachowanie przedsiębiorcy, które narusza przepisy prawa (i to nie tylko ujęte w rozdziale 2 u.z.n.k.) lub dobre obyczaje, przez co zagraża interesowi przedsiębiorcy lub klienta bądź go narusza (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 20 lutego 2008 r., I ACa 93/08, LEX nr 446211).

Z kolei art. 15 u.z.n.k. definiuje czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu dostępu do rynku. Chroni on bodaj najważniejszą sferę aktywności profesjonalnej przedsiębiorców, jaką jest wolność działalności na rynku (zob. M. Sieradzka,

M. Mioduszewski, J. Sroczyński [w:] Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, wyd. II, red. M. Zdyb, Warszawa 2016, art. 15).

Nie każde utrudnianie dostępu do rynku stanowi naruszenie ustawy, lecz jedynie takie, które nie wynika z prowadzonej dozwolonymi metodami walki konkurencyjnej. Oczywistym jej skutkiem może być „utrudnianie" innym uczestnikom danego rynku dostępu do niego, byleby czynione to było w sposób zgodny z pożądaną, a więc uczciwą rywalizacją. Jak podkreślił Prezes UOKiK (pismo z 4.02.2003 r., Interpretacja przepisów nowelizacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Dz. Urz. UOKiK Nr 1, poz. 240), nie każde utrudnienie dostępu do rynku jest czynem nieuczciwej konkurencji. Jest nim tylko takie utrudnienie, które może być uznane za sprzeczne z ustawą, czyli nieuczciwe. Z kolei C. Banasiński i M. Bychowska (Utrudnianie... , s. 11) podkreślają, że utrudnianie dostępu do rynku ma miejsce wówczas, gdy nie znajduje uzasadnienia w mechanizmie konkurencji (zob. E. Nowińska, K. Szczepanowska Kozłowska [w:] E. Nowińska, K. Szczepanowska-Kozłowska, Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, wyd. II, Warszawa 2022, art. 15).

Art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. 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. Sprzedaż poniżej kosztów, o której stanowi przywołany wyżej przepis (określana mianem sprzedaży po cenach „drapieżnych" - predatory pricing) lub sprzedaż z niezwykle wąskim marginesem zysku jest w niektórych krajach wprost zakazana w prawie zwalczającym nieuczciwą konkurencję (np. w Belgii, we Francji, w Hiszpanii i Szwajcarii). W wielu państwach sprzedaż taka jest zakazana prawem antymonopolowym (np. w Japonii, USA, Wielkiej Brytanii). Jest również praktyką niedozwoloną w prawie europejskim (art. 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz. U. z 2004 poz. 90 nr 864/2 ze zm.)

Czynem nieuczciwej konkurencji jest sprzedaż poniżej kosztów własnych poniesionych przez sprawcę czynu. Powodem niskich kosztów nie mogą być działania nielegalne. W szczególności jeżeli niespotykanie niskie ceny surowców byłyby skutkiem nieuiszczenia podatków, opłat celnych, składek ZUS itp., to wówczas należałoby przyjąć, że doszło do sprzedaży poniżej kosztów własnych (zob. E. Nowińska, K. Szczepanowska-Kozłowska [w:] E. Nowińska, K. Szczepanowska-kozłowska, Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, wyd. II, Warszawa 2022, art. 15).

Na gruncie tej sprawy, zaoferowanie realizacji zamówienia poniżej podstawowych kosztów jakie wykonawca poniesie w związku z jego wykonaniem - kosztów osobowych,

związanych z wypłatą wynagrodzenia w wysokości co najmniej minimalnego wynagrodzenia za pracę — stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w 3 i art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. Ceny ofertowe wskazanych wykonawców zostały sztucznie zaniżone, przez co wykonawcy ci próbowali wpłynąć na wybór ich ofert, jako najkorzystniejszej, pomimo . iż uwzględniając warunki zamówienia, oferta taka nie została sporządzona prawidłowo. Takie działanie jest uznawane za czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na naruszenie rynkowych reguł uczciwego konkurowania (zob. wyr. KIO z 14 stycznia 2015 r., sygn. KIO 2734/14).

Zaoferowane ceny w części dotyczącej Grupy prac nr 11 Zarządzanie Kontraktem są cenami dumpingowymi (niepokrywającymi kosztów), zastosowanymi w celu opanowania rynku i wyeliminowania konkurentów. Zaoferowanie takiej ceny - nawet jeśli cała zaoferowana cena ofertowa nie może być uznana za rażąco niską w rozumieniu PZP — jest przejawem nieuczciwej konkurencji. Potwierdza to orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok KIO z 10 listopada 2020 r., sygn. KIO 2680/20, LEX nr 3107166). Takie działanie miało na celu eliminację innych wykonawców, którzy zaoferowali ceny uwzględniające prawidłowo ustalony koszt realizacji przedmiotowego zadania z możliwości uzyskania zamówienia (w tym Odwołującego.). Takie działanie jest sprzeczne z dobrymi obyczajami i godzi bezpośrednio w interesy innych wykonawców, a konsekwencją tego jest obowiązek Zamawiającego odrzucenia takich ofert.

Odwołujący uważa, że działanie Zamawiającego narusza również art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z art. 224 ust. 6 PZP, skoro Zamawiający dokonał wyboru oferty DUBR. pomimo iż zawierała ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożone przez DUBR wyjaśnienia nie uzasadniły podanej w ofercie ceny, z uwagi na nieprzedstawienie przez DUBR sposobu kalkulacji ceny jednostkowej za 1 miesiąc Zarządzania Kontraktem wraz z patrolowaniem dróg i podejmowaniem działań interwencyjnych przy jednoczesnym spełnieniu wymogu zatrudnienia personelu na umowę o pracę w kontekście obowiązujących przepisów prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu, a także nieprzedstawienie wyjaśnień w szczególności w zakresie przyjętych do wyceny powyższych pozycji ilości roboczogodzin brygad patrolowych, interwencyjnych oraz Zespołu ds. Utrzymania Dróg wraz z odzwierciedleniem ilości etatów niezbędnych do realizacji zadań wskazanych w Grupie Prac nr 11 - Zarządzanie Kontraktem zgodnie z par. 11 ust. 2 pkt 20 PPU oraz w zakresie zaoferowania ceny jednostkowej w ww. grupie prac obejmującej całkowity koszt świadczenia usług Zarządzania Kontraktem.

W art. 224 ust. 6PZP ustawodawca jednoznacznie przesądził, że „odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił

wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu".

W doktrynie i orzecznictwie ugruntowany jest podgląd, że jeżeli odpowiedź wykonawcy na wezwanie do wyjaśnienia nie zawiera żadnego wytłumaczenia sposobu kalkulacji ceny, żadnego wskazania czynnika sprzyjającego wykonawcy i umożliwiającego zaoferowanie tak niskiej ceny, jak też żadnego dowodu potwierdzającego przyjętą kalkulację i czynniki sprzyjające, to mamy do czynienia z wyjaśnieniami o charakterze ogólnikowym. Wówczas zamawiający nie ma podstaw do powtórnego wzywania wykonawcy do wyjaśnień, lecz powinien odrzucić jego ofertę (zob. np. wyrok KIO z 25 września 2018 r., KIO 1827/18, LEX nr 2585656; wyrok KIO z 23 maja 2019 r., KIO 815/19, LEX nr 2691004).

Jeżeli zamawiający wzywa wykonawcę do złożenia wyjaśnień, żądając jednocześnie aby ten przedstawił szczegółową kalkulację kosztów oraz złożył dowody na jej poparcie, to jego obowiązkiem, jako profesjonalisty biorącego udział w przetargu, jest zadośćuczynienie temu wezwaniu. Brak staranności w tym zakresie, tj. składanie wyjaśnień ogólnych, niepopartych dowodami powoduje, że wykonawcy ponoszą negatywne skutki niewykazania zasadności swoich twierdzeń. Wykonawca zobligowany do złożenia wyjaśnień ma obowiązek podać zamawiającemu okoliczności uzasadniające obniżenie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia lub też innych czynników, do których odnosi się wezwanie (tak wyrok KIO z 16 marca 2021 r., KIO 600/21).

Zamawiający wezwał DUBR do wyjaśnienia czy oferta DUBR uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ. Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie oraz przedstawienie sposobu kalkulacji ceny jednostkowej za 1 miesiąc zarządzania kontraktem wraz z patrolowaniem dróg i podejmowaniem działań interwencyjnych. mając na uwadze wymagania określone w SWZ, w tym w zakresie ilości wymaganego personelu, wymogu zatrudnienia personelu na umowę o pracę w kontekście obowiązujących przepisów prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu. Co więcej, Zamawiający poprosił o przedłożenie przez Konsorcjum szczegółowych wyjaśnień w zakresie przyjętych do wyceny pozycji ilości roboczogodzin brygad patrolowych, interwencyjnych i zespołu ds. utrzymania dróg wraz z odzwierciedleniem w ilości etatów niezbędnych do realizacji zadań wskazanych w Grupie Prac nr 11 - Zarządzanie Kontraktem

zgodnie z 11 ust. 2 punkt 20 PPU. Zamawiający zwrócił się o wskazanie ilości etatów koniecznych do realizacji wskazanej usługi wraz z określeniem kosztów związanych z funkcjonowaniem każdego z przedstawionych etatów. a także przedstawienie kalkulacji obejmującej całkowite zestawienie kosztów w Grupie Prac nr 11 - Zarządzanie Kontraktem. Zamawiający oczekiwał szczegółowej i wyczerpującej informacji na temat sposobu

uwzględnienia elementów mających wpływ na wartość pozycji mając na uwadze m.in. zaangażowanie osobowe i rzeczowe oraz związane z tym niezbędne do poniesienia koszty.

Zamawiający oczekiwał nadto wyjaśnień i wyliczeń w zakresie zgodności zastosowanych stawek z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściyw.ch dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie oraz przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego,

obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Zamawiający w sposób jasny i wyraźny sygnalizował Konsorcjum, że „Wykonawca jest zobowiązany do zatrudnienia na podstawie stosunku pracy osób (...) wykonujących czynności związane z usuwaniem

skutków zdarzeń i patrolowaniem dróg (brygady interwencyjne i patrolowe)", pouczając jednocześnie Konsorcjum, że jeśli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

Zamawiający odrzuci ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 PZP.

DUBR w złożonych wyjaśnieniach nie uzasadniło sposobu kalkulacji ceny

jednostkowej za 1 miesiąc Zarządzania Kontraktem wraz z patrolowaniem dróg i podejmowaniem działań interwencyjnych przy jednoczesnym spełnieniu wymogu zatrudnienia personelu na umowę o pracę w kontekście obowiązujących przepisów prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu, w tym

przyjętych do wyceny powyższych pozycji ilości roboczogodzin osób wykonujących pracę w Grupie Prac nr 11 - Zarządzanie Kontraktem wraz z odzwierciedleniem ilości etatów niezbędnych do realizacji tych zadań, ponadto potwierdziło, że pozostałą część kosztów pracowniczych ujęło w innych pozycjach, wbrew postanowieniu zawartym w pkt. 17-4 IDW. W złożonych wyjaśnieniach DUBR w zakresie Grupy Prac nr 11 — Zarządzanie Kontraktem lakonicznie wskazało, że chociażby dla brygad patrolowych niezbędne jest 6 etatów, a dla brygad interwencyjnych 16 etatów, stroniąc jednocześnie od szczegółowego wyjaśnienia tej kwestii. Zgodnie z uzasadnionymi wyliczeniami przedstawionymi przez Odwołującego, dla brygad patrolowych należało przyjąć 17,48 etatów, a dla brygad interwencyjnych - 17,48

etatów. Nadto, DUBR błędnie przyjął koszt wynagrodzenia pracownika wraz kosztami pracodawcy na kwotę 3 260 zł/m-c, podczas gdy minimalny koszt pracodawcy to: 3 613 zł/m-c (bez urlopów i dodatków za pracę w godzinach nocnych). Co więcej, DUBR kompletnie pominął kwestię dodatkowych kosztów za pracę w godzinach nocnych i kosztów urlopów. Zamawiający wymagał całodobowej dostępności brygad, to te koszty również powinny być uwzględnione w pozycji Zarządzanie Kontraktem. Zatem DUBR nie podał żadnych informacji odnoszących się do kosztów pracy.

W ocenie Odwołującego podanie samej „suchych" informacji, dodatkowo błędnych, w żaden sposób nie omówionych nie stanowi dostatecznego wyjaśnienia przyjętych kosztów pracy. Do składników wynagrodzenia zaliczane są: wynagrodzenie zasadnicze, premie regulaminowe, dodatkowe składniki wynagrodzenia (dodatki za staż pracy, inne dodatki przysługujące zgodnie z postanowieniami regulaminu pracy), inne świadczenia związane z pracą (wynagrodzenia za czas urlopu wypoczynkowego i za czas innej usprawiedliwionej nieobecności w pracy, zasiłki za czas niezdolności do pracy wskutek choroby, odprawy emerytalne, nagrody jubileuszowe), obligatoryjne obciążenia płac, odpisy na zakładowy fundusz świadczeń socjalnych. Wobec braku przedstawienia jakichkolwiek informacji przez DUBR odnoszącej się do kwestii przyjętych na potrzeby kalkulacji ceny oferty kosztów pracy nie sposób ocenić jej zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, prawa pracy czy zabezpieczenia społecznego.

DUBR nie podało żadnych szczegółowych informacji odnoszących się do przyjętych kosztów pracy, co uniemożliwia zweryfikowanie czy zostały one właściwie uwzględnione, z poszanowaniem obowiązujących przepisów prawa. Proste wskazanie wysokości płacy minimalnej (dodatkowo przyjętej w błędnej wysokości), bez jakiegokolwiek omówienia faktycznie przyjętych kosztów pracy, nie stanowi rzetelnego wyjaśnienia kluczowych aspektów zaakcentowanych w treści wezwania, jakie Zamawiający wystosował do DUBR

w swoich wyjaśnieniach poprzestało wyłącznie na niczym nie popartych twierdzeniach. W treści wyjaśnień DUBR brak jest jakichkolwiek dalszych informacji w zakresie przyjętych podczas kalkulacji ceny oferty kosztów pracy. W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie miał żadnej możliwości zweryfikowania prawdziwości twierdzeń DUBR i zgodności przyjętych założeń z obowiązującymi przepisami prawa, w świetle czego nie sposób uznać, aby DUBR udzieliło rzetelnej odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, w którym to właśnie kwestia kosztów pracy i zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy była szczególnie podkreślona. W wyjaśnieniach DUBR nie sposób odnaleźć informacji na temat przyjętej na potrzeby kalkulacji cen ofertowych wysokości wynagrodzenia pracowników, nie mówiąc o omówieniu kwestii uwzględnienia w wyliczeniach pozapłacowych kosztów pracy obciążających z tego tytułu pracodawcę. Na podstawie treści wyjaśnień brak jest możliwości ustalenia jakie faktycznie koszty pracy i na jakim poziomie zostały uwzględnione przez DUBR.

Obowiązkiem DUBR było przedstawienie dowodów, że cena nie jest rażąco niska, na którą to konieczność wskazywała zarówno treść wezwania, jak i na którą wskazuje PZP.

PZP nie określa katalogu dowodów, które DUBR zobowiązane było złożyć Zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Oznacza to więc, że każdy dowód, który w ocenie DUBR potwierdza argumentację przedstawioną w wyjaśnieniach, może okazać się przydatny i pomocny przy dokonywanej przez Zamawiającego ocenie. Natomiast PZP wyraźnie nakłada na wykonawców obowiązek przedstawienia dowodów na poparcie stawianych twierdzeń, ponieważ same wyjaśnienia rzadko kiedy mogą być uznane za w pełni obiektywne jako składane przez podmiot bezpośrednio zainteresowany rozstrzygnięciem. Zamawiający musi mieć możliwość zweryfikowania czy okoliczności, na które powołują się wykonawcy znajdują odzwierciedlenie w rzeczywistości.

Tymczasem, DUBR w zasadzie nie zadośćuczyniło wezwaniu Zamawiającego. Za niewystarczające w tym zakresie uznać należy poprzestanie na przedstawieniu przez DUBR lakonicznych wyjaśnień, które stanowią jedynie oświadczenia własne DUBR. DUBR nie przedłożyło jakichkolwiek szczegółowych wyjaśnień potwierdzających i uwiarygadniających w jakikolwiek sposób przyjęte koszty pracy czy też inne okoliczności wpływające na obniżenie ceny. Brak przedstawienia szczegółowych danych w odniesieniu do kwestii kosztów pracy i zgodności z obowiązującymi przepisami winna zatem powodować, że ocena wyjaśnień złożonych DUBR dokonywana przez Zamawiającego siłą rzeczy opierać musiała się na domysłach i jego własnym przekonaniu co do możliwości zrealizowania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę.

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 Wliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.”. W tym przypadku mamy do czynienia z wyceną istotnej części składowej zamówienia - Grupy Prac nr 11 — Zarządzanie Kontraktem. „Przez użyte sformułowanie "istotna część składowa zaoferowanej ceny" nie należy uznawać wyłącznie takiej części składowej ceny, która stanowi istotny ułamek ceny oferty, ale również część składową ceny oferty, będącą ceną (wynagrodzeniem) za wykonanie świadczenia, które ma istotne znaczenie merytoryczne.” (wyr. KIO z 25 stycznia 2022 r., sygn. KIO 69/22).

W ocenie Odwołującego Zamawiający naruszył również art. 224 ust. 1 w zw. z art. 223 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Abramss do udzielenia wyjaśnień celem ustalenia, czy oferta Konsorcjum Abramms zawiera rażąco niską cenę

w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, w szczególności zakresie Grupy Prac nr 11 - Zarządzanie Kontraktem w zakresie ceny jednostkowej za 1 miesiąc zarządzania kontraktem wraz z patrolowaniem dróg i podejmowaniem działań interwencyjnych.

Rażąco niska cena to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej. Nie wystarczy więc, aby cena zasadniczo odbiegała od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Istotne, aby była to cena taka, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby nieopłacalne. Musi to być cena rażąco niska w stosunku do konkretnego przedmiotu zamówienia, uwzględniającego specyfikę rynku. W jednym bowiem przypadku kilkunastoprocentowa różnica cenowa pomiędzy złożonymi w postępowaniu ofertami może świadczyć o cenie rażąco niskiej, w innym zaś - wprost przeciwnie, różnice w cenie oferty nawet przekraczające 30% w stosunku do średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert

czy w odniesieniu do szacunkowej wartości zamówienia - mogą być w danych okolicznościach uzasadnione. Badanie pod względem rażąco niskiej ceny lub kosztu dotyczy nie tylko w sytuacji, gdy cena lub koszt wskazane w ofercie wydają się rażąco niskie i budzą wątpliwości zamawiającego, lecz także przypadku, gdy rażąco niskie wydają się ich istotne części składowe. Istotność części składowych należy interpretować jako istotność z punktu widzenia cenotwórczego (zob. np. wyrok KIO z 3.04.2017 r., KIO 519/17, LEX nr 2275700). Zatem o rażąco niskiej cenie można również mówić, gdy rażąco niskie okażą się jedynie pewne ceny jednostkowe czy pewne ceny za poszczególne pojedyncze prace, niezależnie od tego, czy przekładają się na rażąco niską cenę w odniesieniu do całego zamówienia. Istotne, aby badanie cen jednostkowych dotyczyło wartości, które stanowią samodzielną podstawę rozliczania wynagrodzenia za wykonanie poszczególnych elementów składających się na zamówienie (zob. A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2022, art. 224).

Z kolei, przepis art. 223 ust. PZP przyznaje zamawiającemu uprawnienie w toku badania i oceny ofert do żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących również treści złożonych ofert. Wyjaśnienia mogą dotyczyć wszystkich elementów oferty: zarówno jej zawartości merytorycznej, jak i warunków wykonania zamówienia.

Zaoferowane ceny jednostkowe przez Konsorcjum Abramss nie obejmują całkowitego kosztu świadczenia usługi Zarządzania Kontraktem, a tym samym realizacja Grupy Prac nr 11 - Zarządzanie Kontraktem będzie musiała być finansowana z cen jednostkowych z innej grupy prac, ewentualnie nie będzie miała pokrycia w uzyskanym

wynagrodzeniu. Za ceny na poziomie zaoferowanym przez Konsorcjum Abramss nie sposób wykonać czynności wchodzących w zakres Zarządzania Kontraktem, zgodnie z wymogami określonymi w SWZ. Tym samym, Zamawiający winien wezwać Konsorcjum Abramss do złożenia stosownych wyjaśnień w trybie przepisów, czego zaniechał.

Na kanwie oferty Konsorcjum Abramss mamy do czynienia z wyceną istotnej części składowej zamówienia - Grupy Prac nr 11 - Zarządzanie kontraktem. Zamawiający winien żądać od Konsorcjum Abramss szczegółowych wyjaśnień. Na marginesie jednak podnieść należy, że wyjaśnienia te nie będą mogły być wiarygodne i przedstawiać uzasadnionej kalkulacji oferty, skoro nie sposób sformułować takiej ceny gwarantując spełnienie wymagań SWZ.

Bez względu więc na wyjaśnienia przedstawione ewentualnie przez Konsorcjum Abramss, jego oferta również podlega odrzuceniu — z innych wskazanych w odwołaniu względów.

Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 226 ust. pkt 10 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia tak oferty DUBR i Konsorcjum Abramss, pomimo iż zawierają one błąd w obliczeniu ceny, bowiem ceny ofertowe nie zostały obliczone zgodnie ze sposobem obliczenia ceny wskazanym w pkt 17-3. i 17-4 IDW. Zatem zaistniały również podstawy do odrzucenia ofert w oparciu o art. 226 ust. pkt 10 PZP, który nakazuje Zamawiającemu takie działanie w przypadku, gdy oferty zawierają błąd w obliczeniu ceny.

Skoro ceny ofertowe DUBR i Konsorcjum Abramss nie zostały obliczone zgodnie ze sposobem obliczenia ceny wskazanym w SWZ — uznać należy, iż wykonawcy ci dopuścili się w tym zakresie błędów. Nie można wszak wówczas uznać, iż wykonawcy dokonali prawidłowej wyceny danych, konkretnych pozycji, a co za tym idzie całej ceny. Błąd w obliczeniu ceny zachodzi, jeśli cena oferty została obliczona w sposób niezgodny z jej obliczeniem podanym w dokumentacji przetargowej.

Tego rodzaju błędu nie można poprawić w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP, skoro nie jest to oczywista omyłka rachunkowa. W innym wypadku, Zamawiający poprawiając te błędy dokonałby ingerencji w wysokość samej ceny ofertowej, co byłoby niedopuszczalne. Tym samym, przedmiotowe oferty podlegają odrzuceniu a limine.

W przepisie art. 226 Pzp ustawodawca zawarł zamknięty katalog przesłanek odrzucenia oferty. Norma prawna art. 226 Pzp nakłada zatem na zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty, gdy powstanie choćby jedna okoliczność określona w tym przepisie (Gawrońska-Baran Andrzela i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, Opublikowano: LEX/el. 2022).

W ofertach, tak DUBR, jak i Konsorcjum Abramss, cena jednostkowa pozycji Zarządzanie Kontraktem została wyceniona w przedziale od 137 500,00 do 167 200,00 zł/m-c netto. Żadna z tych kwot nie zapewnia Zamawiającemu zatrudnienia wymaganego w SWZ

personelu, a zgodnie z SWZ wykonawcy mieli obowiązek ująć w cenie jednostkowej tej pozycji wszystkie koszty związane z jej wykonaniem. Oferty wykonawców zostały skalkulowane niezgodnie z SWZ, zawierają błąd w obliczeniu ceny za kluczową część zamówienia - tj. pozycję w TER dla Grupy Prac nr 11 - Zarządzanie kontraktem, są rażąco niskie i ich zaoferowanie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Sygn. akt KIO 2320/22

W dniu 5 września 2022 roku w przedmiotowym postępowaniu odwołanie złożył również wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowo - Mostowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim, dalej jako „Odwołujący 3" lub „PRDM". Odwołanie złożono w zakresie części 2 postępowania, wobec następujących czynności podjętych przez Zamawiającego:

(1) zaniechania uznania oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo „DUBR" Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach („DUBR") za zawierającą rażąco niską cenę i, w konsekwencji, odrzucenia tej oferty;

(2) zaniechania uznania oferty złożonej przez „DUBR" za niezgodną z warunkami zamówienia SWZ i, w konsekwencji, odrzucenia tej oferty;

(3) zaniechania wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny: (1) konsorcjum wykonawców w składzie Abramms Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, (2) Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „TAR-POL" T. J. z siedzibą w Targówce („Konsorcjum Abramms"), (3) konsorcjum wykonawców w składzie: „AJW WARDEX" Sp. z o.o. z siedzibą w Radzyminie, WARDEX Sp. z o.o. z siedzibą w Radzyminie (łącznie „Konsorcjum Wardex"), (4) konsorcjum wykonawców w składzie: Polbud Partners Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Romil Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Wegarten Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Wegarten BAU Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (łącznie „Konsorcjum Polbud"), (5) konsorcjum wykonawców w składzie: ROKOM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, POL-DRÓG Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie („Konsorcjum Rokom"), mimo że oferty tych wykonawców (w tym ich istotne części składowe) powinny wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia;

(4) wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez DUBR, w sytuacji, w której oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę oraz jest niezgodna z wymogami SWZ.

Odwołujący 3 zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy

Pzp tj.:

(1) art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 Pzp oraz art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty DUBR (będące skutkiem wadliwej oceny udzielonych wyjaśnień), pomimo że wykonawca ten udzielił wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a zatem nie wykazał, że Jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (w szczególności w zakresie kosztów Grupy Prac nr 11 - Zarządzanie kontraktem), co doprowadziło do nieuzasadnionego wyboru oferty złożonej przez DUBR jako najkorzystniejszej w Postępowaniu,

(2) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty DUBR; pomimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia (SWZ), gdyż nie obejmuje ona wszystkich elementów składających się na przedmiot zamówienia (w zakresie Grupy Prac nr 11 - Zarządzania kontraktem), w szczególności minimalnych kosztów Zespołu ds. Utrzymania Dróg (w kontekście wymogu całodobowej obsługi zamówienia), co stanowi o niezgodności oferty DUBR z ust. 5.2 i 5.3 Szczegółowej Specyfikacji Technicznej D-10.10.01z v.1 ora § 11 ust. 2 pkt 20 oraz z § 12 ust. 2 i 3 Projektowanych Postanowień Umowy, co doprowadziło do nieuzasadnionego wyboru oferty złożonej przez DUBR jako najkorzystniejszej w Postępowaniu;

(3) art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 224 ust. 1 pkt 4 i 6 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty DUBR, pomimo że wykonawca ten nie uwzględnił w swojej ofercie kosztów minimalnego wynagrodzenia za pracę (co oznacza, że oferta DUBR jest niezgodna z przepisami ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę);

(4) art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Abramms, Konsorcjum Wardex, Konsorcjum Polbud oraz Konsorcjum Rokom do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny („RNC"), pomimo iż istotne części składowe ofert tych wykonawców (w zakresie kosztów Grupy Prac nr 11 - Zarządzanie kontraktem) wydają się być rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i niewystarczające do

jego wykonania, nie uwzględniają nawet minimalnych, ustawowo narzuconych kosztów wykonania Zamówienia, co też winno skutkować wezwaniem do wyjaśnień, a następnie - o ile wykonawcy nie złożyliby wyjaśnień w tym zakresie lub też okazałyby się one niewystarczające - odrzuceniem oferty tych wykonawców, czego jednak Zamawiający zaniechał; a w konsekwencji

(5) art. 16 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

PRDM wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

(1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

(2) odrzucenie oferty złożonej przez: DUBR;

(3) wezwanie Konsorcjum Abramms, Konsorcjum Wardex, Konsorcjum Polbud oraz

Konsorcjum Rokom do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w tym istotnych części składowych ofert (w zakresie kosztów Grupy Prac nr 11 - Zarządzanie kontraktem);

(4) dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

Odwołujący 3 podniósł, że ma interes w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący 3 może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa, bowiem gdyby Zamawiający przeprowadził czynności w postępowaniu zgodnie z przepisami Pzp, prawidłowo ocenił wyjaśnienia wykonawcy DUBR oraz wezwał do wyjaśnień Konsorcjum Abramms, Konsorcjum Wardex, Konsorcjum Polbud oraz Konsorcjum Rokom wówczas doszedłby do jednoznacznej konstatacji, iż oferty tych wykonawców są rażąco niskie oraz niezgodne z SWZ (w przypadku oferty DUBR). W takim przypadku oferta Odwołującego mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu.

Celem wyjaśnienia Odwołujący 3 zaznaczył, że zakwestionowanie oferty Konsorcjum Rokom (odrzuconej przez Zamawiającego z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia) zostało dokonane z ostrożności, jedynie na wypadek, w którym wykonawca ten wniesie odwołanie kwestionując zasadność odrzucenia Jego oferty.

Termin na wniesienie odwołania został zachowany. Do odwołania załączono dowód wniesienia wpisu w wymaganej wysokości oraz potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

Oferta złożona przez wykonawcę DUBR została niesłusznie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu, wykonawca ten nie obalił bowiem domniemania rażąco niskiej ceny. Udzielone przez DUBR wyjaśnienia potwierdzają, że oferta ta powinna zostać odrzucona nie tylko z uwagi na RNC, ale i z powodu niezgodności z warunkami zamówienia.

Jeśli chodzi o oferty Konsorcjum Abramms, Konsorcjum Wardex, Konsorcjum Polbud oraz Konsorcjum Rokom, to powinny one zostać zweryfikowane pod kątem RNC. Zamawiający, dokonując badania i oceny ofert.

Odwołujący podkreślił znaczenie wyceny ujętej w Grupie Prac nr 11 - Zarządzanie Kontraktem. Zakres prac ujęty w tej pozycji ma jest bowiem wyjątkowo istotny charakter, wadliwość wyceny dotyczącej Zarządzania Kontraktem w bezpośredni sposób może bowiem przełożyć się na bezpieczeństwo uczestników ruchu drogowego. Właściwa wycena Zarządzania Kontraktem winna, z uwagi na zakres i charakter świadczonych usług, zostać sporządzona ze szczególną dbałością o aspekt zgodności m.in. z przepisami dotyczącymi

kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Musi umożliwiać bowiem prawidłową realizację całego kontraktu, w tym kluczowych jego elementów, za jakie uznać należy te związane z reagowaniem na nieprzewidywalne zjawiska drogowe, jak wypadki, kolizje czy inne incydenty zagrażające życiu i zdrowiu uczestników ruchu. Jeśli bowiem Zamawiający nie dokonuje weryfikacji na etapie badania ofert wykonawców w tym kardynalnym i podstawowym zakresie, gdzie w sposób łatwy jest w stanie oszacować minimalny koszt zasadniczej części Grupy Prac nr 11, to nie będzie w stanie ustalić, że dany wykonawca realizuje zamówienie w sposób zgodny z odrębnymi

przepisami prawa.

Oferta DBUR

Zamawiający wezwał DUBR do złożenia wyjaśnień w zakresie RNC w odniesieniu do

Grupy Prac nr 11 - Zarządzanie Kontraktem. W treści Wezwania Zamawiający nakreślił oczekiwany zakres informacji, obowiązkiem DUBR było zatem:

a) wyjaśnienie, jakie elementy zostały uwzględnione w Grupie Prac nr 11;

b) podanie wartości kosztów bezpośrednich (wartość robocizny, wartość pracy sprzętu, koszty transportu), kosztów pośrednich i zysku;

c) wyjaśnienie oraz przedstawienie sposobu kalkulacji ceny jednostkowej za 1 miesiąc Zarządzania Kontraktem wraz z patrolowaniem dróg i podejmowaniem działań interwencyjnych;

d) przedłożenie szczegółowych wyjaśnień w zakresie przyjętych do wyceny liczb roboczogodzin brygad patrolowych, interwencyjnych i Zespołu ds. Utrzymania Dróg.

DUBR odpowiedział na wezwanie. Poza obszernym przywołaniem stanu faktycznego oraz obowiązujących przepisów Pzp, DUBR podnosił, że różnica pomiędzy wyceną miesięcznego Zarządzania Kontraktem w Jego ofercie (137 500 zł netto) a wyceną przyjętą przez Zamawiającego (151 250 zł netto) wynosi jedynie 9,02%. W dalszej części DUBR usiłuje wykazać, że Zamawiający nie powinien nabrać wątpliwości co do wyceny DUBR. DUBR poświęca temu zagadnieniu więcej miejsca niż rzetelnemu odniesieniu do treści wezwania. Tego typu argumentacja nie zasługuje na uwzględnienie - jeśli bowiem, w opinii wykonawcy, instytucja zamawiająca nadużywa swojego prawa (przejawem takiego nadużycia może być skierowanie do wykonawcy nieuzasadnionego wezwania do udzielenia wyjaśnień), to czynność ta powinna zostać zakwestionowana poprzez wniesienie odwołania. Brak skorzystania ze środka ochrony prawnej nakłada na wykonawcę obowiązek przedłożenia wyjaśnień.

Samo zwrócenie się do wykonawcy przez zamawiającego z wnioskiem o złożenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny ustanawia domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Rodzi to ten skutek, że to wykonawca „posądzony" o zaoferowanie ceny rażąco niskiej domniemanie to musi obalić. Wynika to wprost z treści Pzp (art. 224 ust. 5). Potwierdza to także rozległe orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Konsekwencją jest nałożenie na wykonawcę ciężaru dowodzenia w zakresie wykazania, że wątpliwości zamawiającego co do poziomu cenowego oferty są niesłuszne. Istotne jest, że wyjaśnienia wykonawcy nie mogą mieć zdawkowego, lakonicznego charakteru.

Wyjaśniając, iż możliwe jest wykonanie zamówienia za zaoferowaną przez wykonawcę cenę, zobligowany jest on do poparcia swoich twierdzeń dowodami. W przeciwnym razie mieć będziemy do czynienia z wyjaśnieniami, które (nawet jeśli w warstwie powiązanej z argumentacją spełniają wymogi dotyczące odpowiedniego poziomu skonkretyzowania) stanowić będą w istocie twierdzenia jedynie gołosłowne, a zatem niedające minimalnej chociażby gwarancji w zakresie możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę. Odrębnym obowiązkiem jest także uwzględnienie skonkretyzowanych wymagań zamawiającego (o ile takowe zostały sprecyzowane w treści wezwania).

DUBR nie sprostał wymienionym obowiązkom, tym samym nie obalił domniemania wystąpienia ceny rażąco niskiej. Co więcej - złożone przez DUBR Wyjaśnienia zawierają błędy i dowodzą rażąco niskiego charakteru przyjętej wyceny. Oferta DUBR powinna zatem zostać odrzucona.

Po pierwsze, DUBR nie poparł swoich Wyjaśnień dowodami. Za takowe nie mogą być bowiem uznane kalkulacje własne (załączniki 1-3) przedstawione wraz z Wyjaśnieniami. W treści Wyjaśnień DUBR powołuje się na szereg okoliczności, właściwych dla DUBR, które przemawiać mają za możliwością realizacji zamówienia za cenę zaoferowaną w ofercie. To właśnie tego typu okoliczności stanowią meritum każdej procedury wyjaśniającej w zakresie RNC (to od nich bowiem zależy, czy wykonawca rzeczywiście miał podstawy do wyceny danego zakresu prac na poziomie niższym niż konkurencja). To właśnie te okoliczności muszą zostać zatem poparte dowodami. W treści Wyjaśnień DUBR wskazuje m. in., że:

- zatrudnia pracowników wchodzących w skład brygad patrolowej i interwencyjnej za kwoty nieznacznie przekraczające wartości minimalne;

- poczynił ustalenia z wynajmującym pomieszczenie na potrzeby Punktu Obsługi Kontraktu (skutkujące ustaleniem konkretnej wartości czynszu najmu);

- jest właścicielem określonej floty pojazdów, sygnalizacji świetlnej, systemów GPS, telefonów komórkowych (jak sam twierdzi posiada w tym zakresie umowy);

- posiada wideorejestratory, aparaty fotograficzne, przyczepki sygnalizacyjne w wymaganej liczbie, a także dysponuje mobilnymi znakami VMS oraz mobilnymi poduszkami zderzeniowymi;

- posiada zestawy znaków, podstawowe narzędzia i sprzęt do prac naprawczych, sprzęt do napraw cząstkowych czy wbudowania mieszanki cementowo piaskowej, naprawy urządzeń odwadniających, oraz narzędzia do lokalnych prac porządkowych;

- jest także w posiadaniu zamiatarek, maszyn do spłukiwania, oraz posypywarki

- na potrzeby zamówienia podpisana została umowa użyczenia (DUBR, jak stwierdza, przeprowadził ustalenia co do warunków użyczenia maszyny).

W wyliczeniach DUBR przedstawił obszerny katalog argumentów (okoliczności), które potencjalnie mogą potwierdzać możliwość realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę. Jednakże, w celu potwierdzenia powyższych okoliczności DUBR nie posłużył się żadnymi dowodami. Nie sposób bowiem uznać, że trzy kalkulacje własne mogą zostać za takowe uznane. Pozostają one niczym innym jak tylko oświadczeniem wykonawcy.

Dla Odwołującego 3 zupełnie oczywiste jest, że nie każda okoliczność wskazywana w treści wyjaśnień dotyczących RNC zasługuje na poparcie materiałem dowodowym. Trudno bowiem oczekiwać, aby wykonawca „dowodził" np. posiadania zasób przywołanych narzędzi. Oczywiście nie jest to niemożliwe (można sobie bowiem wyobrazić dysponowaniem np. listą narzędzi, która zostanie załączona do wyjaśnień), ale nie jest to definitywnym obowiązkiem. Są jednak takie okoliczności, które definitywnie powinny znaleźć odzwierciedlenie w materiale dowodowym. W przeciwnym razie dochodzi do złożenia wyjaśnień gołosłownych i niewiarygodnych. Katalog tych dowodów stanowi konsekwencję treści udzielanych wyjaśnień, zależny jest zatem od tego, jakich argumentów używa dany wykonawca.

Szereg tego typu okoliczności DUBR wskazał w swoich Wyjaśnieniach:

a) zatrudnianie pracowników na określonych warunkach;

b) poczynienie ustaleń w zakresie wysokości czynszu Punktu Obsługi Kontraktu;

c) dysponowanie flotą pojazdów;

d) zakontraktowaniem systemów GPS czy telefonów;

e) pozyskaniem podsypywarki.

Bezwzględnym obowiązkiem DUBR było przedłożenie Zamawiającemu dowodów w tym zakresie. Sam DUBR wskazuje w treści wyjaśnień, że np. posiada zawarte umowy w zakresie GPS oraz telefonów. Podobnie w kwestii kosztów najmu czy użyczenia podnośnika - w tym zakresie DUBR powołuje się na poczynione ustalenia. Przypadkiem jaskrawym jest okoliczność pozyskania (w formie użyczenia) podnośnika. Za kuriozalną uznać należy sytuację, w której wykonawca stwierdza w udzielonych Zamawiającemu wyjaśnieniach, że pozyskał (darmowo!) istotny sprzęt, nie popiera tej niecodziennej umowy żadnym dowodem.

Odwołujący 3 podkreślił, że udzielone przez DUBR Wyjaśnienia, pomimo tego, że zawierają trzy załączniki, pozbawione są w istocie materii dowodowej. Biorąc natomiast pod uwagę treść art. 224 ust. 1 Pzp („w tym złożenia dowodów") oraz art. 224 ust. 6 Pzp („wraz z dowodami"), a także fakt, że w treści Wyjaśnień DUBR powołuje się na wymienione okoliczności właściwe tylko dla tego wykonawcy, przedłożenie stosowanych dowodów uznać należy za bezwzględny obowiązek, który obciążał DUBR.

Już więc zatem z powyższego powodu oferta Wykonawcy DUBR powinna zostać odrzucona.

Po drugie, za niezależną podstawę odrzucenia oferty DUBR uznać należy niesprostanie wymaganiom narzuconym przez Zamawiającego w treści Wezwania. Zgodnie z treścią Wezwania DUBR miał bowiem przedstawić szczegółowe kalkulacje obejmujące koszty bezpośrednie, pośrednie i zysk. W Wyjaśnieniach oraz załączniku nr 1 do nich brak jest jednak jakiegokolwiek wyliczenia kosztów pośrednich, zaś w Załączniku nr 2 i nr 3 do Wyjaśnień stosowne wyliczenia dotyczą jedynie wybranych przez DUBR pozycji. Również zatem z tego powodu Wyjaśnienia nie powinny zostać zaakceptowane. Skoro bowiem DUBR nie zakwestionował treści (w tym zakresu) wezwania, to Wyjaśnienia powinny obejmować wszystkie oczekiwane przez Zamawiającego elementy.

Po trzecie, udzielone przez DUBR Wyjaśnienia nie potwierdzają możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę. Wręcz przeciwnie, ich analiza pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, że wykonawca ten nie będzie w stanie podołać oczekiwaniom

Zamawiającego wyartykułowanym w SWZ.

Już lektura załącznika nr 1 pozwala przyjąć, że oferta DUBR jest ofertą rażąco niską i niewiarygodną. W zestawieniu tym przedstawione zostały koszty ujęte w pozycji dla Grupy Prac nr 11. W pozycjach 1 a) - k) DUBR wskazuje członków Zespołu ds. Utrzymania Dróg. Obok takich informacji jak liczba etatów, wartość (koszt) danego etatu, DUBR zawarł w zestawieniu pozycje pn. Procentowy udział w pracach grupy (który definiowany jest jako „poziom zaangażowania pracownika zatrudnionego do realizacji zamówienia w prace w GRUPIE PRAC nr 11"). Konsekwencją przyjętego procentowego udziału jest ostatnia z rubryk, która odzwierciedla wartość miesięczną (wartość etatu podzielona przez procentowy udział). Taka kalkulacja jest nieuzasadniona w świetle wymagań Zamawiającego.

Dokumentacja postępowania zawiera szereg wymagań, które wyznaczają standard realizacji przez wykonawcę Zarządzania Kontraktem. Odwołujący wskazał na:

a) definicje oraz wymagania opisane w Szczegółowej Specyfikacji Technicznej D10.10.01z v.1 Zarządzanie Kontraktem („SST"), w szczególności punkty 1.4.; 5.2.; 5.3.

b) wymagania ujęte w Projektowanych Postanowieniach Umowy (gdzie zasadniczo powtórzone są wymagania SST).

Zamawiający kładzie kluczowy nacisk na całodobowe zapewnienie zarówno prowadzenia prac na drodze, jak i monitorowanie dróg, a także umożliwienie sprawnego kontaktu. Powyższe zapewnione ma zostać przez Zespół ds. Utrzymania Dróg i Specjalisty ds. Administracyjno - Finansowych (składający się z 9 osób, co jest okolicznością niekwestionowaną również przez DUBR). Wszystkie osoby wchodzące w skład tego zespołu muszą być zatrudnione w oparciu o umowę o pracę (pkt 5.2, str. 7 SST).

Jak wynika z pkt. 5.2 SST 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 (tj. od 7 do 15, zgodnie z pkt. 5.3 SST). Jeśli zatem DUBR uwzględnia w swojej wycenie zaangażowanie Kierownika ds. Utrzymania Dróg oraz jego zastępcy jedynie na poziomie 10%, to już na tym przykładzie widać, że spełnienie wymagań Zamawiającego nie jest możliwe. Przekłada się to bowiem na 8h „pokrycia" godzinowego , co nie pozwala na zapewnienie dostępności przez 5 dni w tygodniu.

Gdyby przyjąć, że kierownik i jego zastępca będę pozostawać w dostępności Zamawiającego zamiennie, to ich zaangażowanie czasowe (a przez to również kosztowy wpływ na cenę ofertową) powinno wynosić po 50% (i to pomijając kwestie związane chociażby z korzystaniem z przysługujących każdemu pracownikowi urlopów czy choćby koszt wynagrodzenia chorobowego, które finansuje pracodawca przez pierwsze 33 dni tej niezdolności w danym roku kalendarzowym, a jeżeli ukończyli 50 rok życia - przez pierwsze 14 dni niezdolności do pracy w roku kalendarzowym). Metoda, którą przyjął DUBR stanowi rażące wypaczenie wymagań Zamawiającego.

Posługując się koncepcją prezentowaną w Wyjaśnieniach byłoby możliwe ominięcie każdego wymagania określonego przez Zamawiającego w zakresie Zarządzania Kontraktem.

Z zupełnie niezrozumiałych powodów DUBR przyjmuje w swojej kalkulacji akurat 10% zaangażowania członków Zespołu ds. Utrzymania Dróg. Wykonawca usiłuje w ten sposób antycypować przebieg kontraktu i jego realizację. Tymczasem kontrakty mające za przedmiot utrzymanie dróg charakteryzują się nieprzewidywalnością (która stanowi o ich specyfice). Obowiązkiem zatem każdego wykonawcy jest takie skonstruowanie oferty, które zapewni całkowite pokrycie oczekiwań Zamawiającego. Na obecnym etapie nie jest możliwe przewidzenie kiedy dokładnie członkowie tego zespołu będą musieli się zaangażować, a więc w celu spełnienia oczekiwań Zamawiającego wycenić należy pełen dobowy zakres świadczenia usług.

Z analogiczną sytuacją mamy do czynienia w przypadku pozostałych osób wchodzących w skład Zespołu ds. Utrzymania Dróg. Zamawiający wymaga bowiem, aby również Specjalista ds. utrzymania dróg oraz Specjalista ds. administracyjno - finansowych byli dostępni w godzinach pracy Zamawiającego. Po godzinach pracy Zamawiającego (oraz całodobowo w dni wolne od pracy) do dyspozycji Zamawiającego pozostawać musi minimum jeden pracownik zespołu.

A zatem, nawet jeśli przyjąć, że każda z 9 osób zatrudniona jest na 1/10 etatu (10%), to w ten sposób DUBR pokrywa jedynie 90% etatu, co nie pozwala na spełnienie wymagania całodobowej usługi. Przy czym oczywiście brakujące 10% to nie jedyna wadliwość, kalkulacja taka nie uwzględnia bowiem, że: 1) w godzinach pracy Zamawiającego

dostępność pracowników „nakłada się" na siebie (konieczne jest zapewnienie dostępności kierownika lub zastępcy oraz jednocześnie dwóch specjalistów), co generuje większe koszty, 2) pracownicy mają zapewnione urlopy, a korzystanie z nich nie zwalnia wykonawcy z zapewnienie całodobowej obsługi.

Członkowie Zespołu ds. Utrzymania Dróg świadczyć muszą pracę w Punkcie Obsługi Kontraktu, który oddalony musi być maksymalnie 10 km od siedziby Rejonu, w tym przypadku Płońska (pkt 5.3 SST). Uprzedzając zatem ewentualną argumentację wykonawcy DUBR, podkreślenia wymaga, że nie jest możliwe w celu spełnienia wymogów Zamawiającego skorzystanie z darmowego (przewidzianego przepisami prawa pracy) dyżuru, ten może być świadczony bez wynagrodzenia jedynie w miejscu zamieszkania (pomijając zupełnie, że, gdyby taka okoliczność miała miejsce w przypadku DUBR, to powinna zostać uwzględniona w treści Wyjaśnień).

Udzielone przez DUBR Wyjaśnienia nie tylko nie obalają domniemania rażąco niskiej ceny oferty złożonej przez tego wykonawcę, ale wręcz jednoznacznie potwierdzają to domniemanie. Tym bardziej dziwi więc stanowisko Zamawiającego, który zdecydował się dokonać wyboru oferty DUBR jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Zamawiający godzi się na realizację zamówienia z naruszeniem SWZ, w tym także z naruszeniem m.in. właściwych przepisów w zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Wyjaśnienia DUBR zawierają również inne nieprawidłowości.

Jako jeden z argumentów DUBR wykonawca ten stwierdza, że posiada samochody, których wiek nie przekracza 7 lat. Abstrahując od braku jakichkolwiek dowodów, DUBR pomija, że pkt. 3.5 SST wymaga, aby średnia wieku wszystkich pojazdów patrolowych biorących udział w realizacji zadania nie była większa niż 7 lat w całym okresie trwania umowy. Oznacza to, że jeśli DUBR zamierzał przekonać Zamawiającego, że okolicznością przemawiającą za brakiem RNC w Jego ofercie jest dysponowanie odpowiednią flotą na obecnym etapie, to pojazdy te nie mogą być aktualnie starsze niż 3 lata (zamówienie realizowane będzie przez okres 4 lat). Również ta okoliczność nie została w żaden sposób wykazana.

Jako załączniki nr 2 i 3 do Wyjaśnień DUBR przedstawia kalkulacje własne (załącznik nr 2 - koszty wykonania patroli, załącznik nr 3 - prace interwencyjne). Kalkulacje te zawierają określone ilości czy krotności stanowiące podstawę do wyliczeń. Nie sposób jednak ustalić jaka jest podstawa przyjętych założeń. Jeśli, jak zdaje się sugerować DUBR, podstawę dla tych kalkulacji stanowiło doświadczenie z innych kontraktów, to obowiązkiem wykonawcy DUBR było wskazanie konkretnie tych zadań (czego w Wyjaśnieniach nie uczyniono) oraz porównanie wymagań wynikających z tych inwestycji (wymagania zamawiającego, formuła realizacji, ramy czasowe etc.) z zamówieniem stanowiącym przedmiot postępowania.

Dopełnieniem fasadowości udzielonych przez DUBR Wyjaśnień jest informacja o koszcie abonamentu telefonicznego dla Zespołu ds. Utrzymania Dróg. Koszt ten wyceniony został raptem na 27 zł miesięcznie. Albo zatem DUBR zakłada, że członkowie Zespołu ds. Utrzymania Dróg będą korzystać z jednego telefonu (co jest nieuzasadnione chociażby w godzinach pracy Zamawiającego, kiedy to niezbędne jest zapewnienie obsługi kilkuosobowej, nie można również wykluczyć, że np. kierownik robót lub inna osoba będzie musiała opuścić POK, w takim przypadku pozbawi telefonu osoby pozostające w POK), albo też (przy, słusznym skądinąd, założeniu, że każda osoba zostanie wyposażona w telefon) DUBR zakłada, że koszt jednego abonamentu wyniesie 3 zł (27 zł : 9 osób). Na przykładzie tego kosztu widać, że DUBR nie będzie w stanie wykonać zamówienia za zaoferowaną cenę.

Odwołujący 3 podkreślił, że zasadne są zarzuty dotyczące nieprawidłowej oceny Wyjaśnień złożonych przez wykonawcę DUBR. Gdyby bowiem Zamawiający zastosował się do dyspozycji art. 224 ust. 1 i 6 Pzp, to doszedłby do wniosku, że DUBR nie sprostał obowiązkowi (art. 224 ust. 5 Pzp), a tym samym oferta powinna zostać odrzucona (art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp). W konsekwencji nie doszłoby do naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp.

Zaniechanie zbadania ofert wykonawców: Konsorcjum Abramms, Konsorcjum Wardex, Konsorcjum Polbud oraz Konsorcjum Rokom pod kątem RNC

Zamawiający naruszył przepisy Pzp również w stosunku do ofert złożonych przez wykonawców: Konsorcjum Abramms, Konsorcjum Wardex, Konsorcjum Polbud oraz Konsorcjum Rokom. Wykonawcy ci nie zostali bowiem wezwani do złożenia wyjaśnień w zakresie RNC, mimo że ich wyceny odnoszące się do Grupy Prac nr 11 - Zarządzanie Kontraktem nie pozwalają na realizację zamówienia zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego. Mimo więc, że są one wyższe od wyceny DUBR, to również w przypadku

tych ofert Zamawiający powinien przeprowadzić procedurę wyjaśniającą.

Weryfikacja oferty pod kątem realności ceny zaoferowanej przez danego wykonawcę i obowiązek odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia służy w szczególności temu, żeby eliminować z postępowania wykonawców niewiarygodnych i nierzetelnych z uwagi na proponowane przez nich nierealistyczne ceny. Ustawodawca przewidział mechanizmy weryfikacji prawidłowości złożonej oferty pod kątem zaoferowanej ceny, jak również sankcje na wypadek niewykazania jej realności. Mechanizmy te wdrożone zostały przez ustawodawcę poprzez dyspozycje art. 224 ust. 1 - ust. 3 ustawy Pzp.

W postępowaniu nie ziściły się opisane w art. 224 ust. 2 Pzp przesłanki warunkujące obligatoryjne rozpoczęcie procedury wyjaśniania rażąco niskiej ceny oferty Wykonawców. Niemniej jednak Zamawiający powinien wszcząć tę procedurę wyjaśniającą względem wszystkich Wykonawców z uwagi na rażąco niską wycenę istotnych części składowych ich ofert. Pomimo bowiem braku przekroczenia limitu 30% oferty te pozostają niewiarygodne w zakresie wyceny pozycji Zarządzanie Kontraktem i budzą daleko idące wątpliwości, co do prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej, jak również co do realności uwzględnienia w swojej wycenie wszystkich elementów wymaganych przez Zamawiającego w dokumentacji zamówienia.

Obowiązkiem zamawiającego, badającego poziom cenowy ofert wykonawców, jest nie tylko matematyczne zestawienie ceny końcowej z referencyjnymi wartościami, o których mowa w art. 224 ust. 2 Pzp (średnia arytmetyczna ofert, szacunkowa wartość zamówienia), ale również zbadanie ich istotnych elementów składowych. Pomimo wskazania przez ustawodawcę pewnego pułapu procentowego uprawdopodobniającego zaistnienie rażąco niskiej ceny, należy z całą stanowczością podkreślić, że każdy z przypadków musi podlegać indywidualnej ocenie.

Tym samym fakt braku zmaterializowania się przesłanek wszczęcia obligatoryjnej procedury wyjaśniania poziomu cenowego nie zwalnia Zamawiającego z jej przeprowadzenia, o ile cena lub jej istotne części składowe budzą wątpliwości. Wystąpienie takich wątpliwości powinno być oceniane w sposób zobiektywizowany, a nie wyłącznie przez pryzmat subiektywnego przeświadczenia zamawiającego.

Przesłanką zastosowania procedury, o której mowa w art. 224 ust. 1 Pzp jest wystąpienie wątpliwości w odniesieniu do części składowych, które mają charakter istotny. Kluczowe znaczenie w kontekście dokonywania oceny poziomu cenowego oferty pod kątem cen jednostkowych przypisać należy wpływowi składnika cenotwórczego na należne wykonawcy wynagrodzenie.

Rażąco niskie ceny jednostkowe uzasadniają odrzucenie oferty danego wykonawcy, nawet jeśli cena końcowa nie odbiega od średniej arytmetycznej ofert lub szacunkowej wartości zamówienia. „Istotność" części składowych, o której mowa w art. 224 ust. 1 Pzp, jest zatem okolicznością niezależną od tego, czy cena końcowa ma charakter rażąco niski, czy też nie. W doktrynie wskazuje się, że: „Istotnymi częściami składowymi ceny w rozumieniu art. 90 ust. 1 będą te części składowe ceny lub kosztu, które ze względu na wielkość lub rozmiar (znaczący udział części składowej ceny w całości zamówienia) i przypisane im ceny mogą spowodować nienależyte wykonanie lub niewykonanie zamówienia" .

Za nieuzasadnione uznać należy zaakceptowanie przez Zamawiającego ofert, których istotne części składowe mają rażąco niski charakter. Bez znaczenia jest, że cena końcowa tej oferty nie wygenerowała konieczności wszczęcia obligatoryjnego postępowania wyjaśniającego. Wskazani Wykonawcy zbudowali swoje oferty w oparciu o rażąco zaniżone, nierynkowe i nierealne do uzyskania wartości poszczególnych Grupy Prac nr 11 Zarządzanie Kontraktem, co powinno zostać zweryfikowane przez Zamawiającego w ramach procedury wyjaśniającej.

<u>Zarządzanie Kontraktem jest istotną częścią składową oferty</u>

W ocenie Odwołującego 3 uwagę Zamawiającego winna zwrócić wycena Grupy Prac nr 11 Zarządzanie Kontraktem. Wartość oszacowanej przez wspomnianych wykonawców pozycji istotnie bowiem odbiega od aktualnych na dzień składania ofert cen rynkowych. Niewykonanie wskazanych prac lub brak uwzględnienia jakiegokolwiek ich elementu na tym zadaniu uniemożliwi de facto zrealizowanie usługi w pełni, bowiem pozbawi Zamawiającego usług stanowiących część składową bieżącego utrzymania - a mianowicie np. patrolowania dróg czy podejmowania działań interwencyjnych przez odpowiednie brygady. Wskazany zakres przedmiotu zamówienia (Zarządzanie Kontraktem) niewątpliwie posiada cechę istotnej części zamówienia, bowiem wartość ceny tego zakresu w stosunku do wartości całej

ceny wynosi średnio w ofertach wykonawców 9,60 % wartości zamówienia (a zgodnie

z wytycznymi Zamawiającego wartość netto tej pozycji nie mogła przekroczyć 10 % wartości ceny zamówienia).

Wskazana grupa prac (Zarządzenia Kontraktem) stanowi istotną część składową. Jest to bowiem jeden z kluczowych elementów skupiających na sobie de facto meritum przedmiotu zamówienia - a zatem bieżącego utrzymania dróg. W ramach tej grupy prac wykonawca będzie musiał bowiem odpowiednio wycenić usługę polegającą na koordynacji prowadzonych prac utrzymaniowych na drodze, całodobowym monitorowaniu stanu przejezdności sieci drogowej, patrolowaniu dróg czy prowadzeniu prac interwencyjnych na drodze. Oprócz tego, w ramach tej grupy wyceniona miała zostać praca brygady patrolowej, interwencyjnej czy patrolowo-interwencyjnej (zespoły pracowników przeszkolonych do kierowania ruchem i prac pod ruchem). Ponadto, Zarządzanie Kontraktem jest (obok Zimowego Utrzymania Dróg) pewnym elementem wynagrodzenia wykonawcy (w pozostałym zakresie wynagrodzenie wypłacone zostanie w zależności od realizacji kontraktu będącego konsekwencją aktualnych potrzeb Zamawiającego w zakresie utrzymania dróg). Tym samym w momencie składania ofert wykonawcy mają pewność co do świadczenia na rzecz Zamawiającego jedynie w zakresie Zarządzania Kontraktem oraz Zimowego Utrzymania Dróg, zaś Zamawiający nie ma umownego obowiązku zlecania wykonawcy jakiejkolwiek innych pracy spoza obu Grup Prac.

Wreszcie, w stosunku do wykonawcy DUBR Zamawiający zastosował procedurę weryfikacji RNC (tym samym przyznając, że przesłanki zastosowania tego przepisu w kontekście Zarządzania Kontraktem są spełnione).

Minimalny poziom wyceny Grupy Prac nr 11 Zarządzanie Kontraktem

Odwołujący 3 zwrócił uwagę, iż szczegółowe wymogi w zakresie elementu wyceny Zarządzanie Kontraktem opisane zostały przez Zamawiającego w Tomie III Specyfikacji Warunków Zamówienia- Opisie Przedmiotu Zamówienia („OPZ") oraz dedykowanej Zarządzaniu Kontraktem SST.

W treści SST Zamawiający dokładnie przedstawił zakres poszczególnych czynności wchodzących w Zarządzanie kontraktem - są to m.in. dokładne wytyczne odnośnie:

- liczby osób wchodzących w składy patroli/brygad,
- transportu,
- prowadzenia Punktu Obsługi Kontraktu,
- patrolu drogi,
- organizacji pracy brygady patrolowej, interwencyjnej lub patrolowo interwencyjnej,
- podjęcia konkretnych czynności przez brygadę interwencyjną/patrolowo - interwencyjną.

Zamawiający w treści SST przedstawił też szczegółowe wytyczne co do niezbędnego sprzętu stanowiącego wyposażenie poszczególnych brygad.

Tak określone przez Zamawiającego elementy (składniki kosztotwórcze) wchodzące w zakres Zarządzania Kontraktem pozwalają na określenie minimalnego poziomu cenowego, poniżej którego obiektywnie nie jest możliwe wykonanie zakresu oczekiwanych przez Zamawiającego prac. W zakresie sformułowanego zarzutu Odwołujący 3 referował będzie właśnie do ustalonych minimalnych kosztów realizacji zamówienia w analizowanym zakresie.

Minimalne koszty elementów składających się na Zarządzanie Kontraktem.

Koszty osobowe

Zasadniczym składnikiem cenotwórczym w zakresie Zarządzania Kontraktem niewątpliwie są koszty osobowe. Zamawiający zobowiązał wykonawców do zatrudnienia na podstawie stosunku pracy osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia tj. osób tworzących Zespół ds. Utrzymania Dróg oraz osób wykonujących czynności związane z usuwaniem skutków zdarzeń i patrolowaniem dróg - brygady interwencyjne i patrolowe (pkt 5.2 SST, pkt 6.3 IDW oraz § 11 ust. 2 pkt 20 Umowy). Wykonawcy wyceniając koszty kontraktu - w tym koszty osobowe ujęte w grupie prac Zarządzanie Kontraktem, zobligowani zostali przez Zamawiającego do ustalenia wartości wynagrodzeń personelu zgodnie z przepisami kodeksu pracy.

Zgodnie z SST w skład personelu tworzącego Zespół ds. Utrzymania Dróg wykonującego zadania związane z Zarządzaniem Kontraktem wchodzić mają:

(1) Kierownik ds. Utrzymania;

(2) Z-ca Kierownika ds. Utrzymania

(3) Specjalista ds. Utrzymania dróg - 5 osób

(4) Specjalista ds. administracyjno - finansowych

(5) Kierownik robót drogowych

Łącznie jest to 9 osób stanowiących wyłącznie personel Zespołu ds. Utrzymania Dróg.

W ramach ustalanej ceny za Zarządzanie Kontraktem, wykonawca winien w swojej kalkulacji uwzględnić przede wszystkim koszty osobowe, którymi są wynagrodzenia wszystkich członków personelu. Aby ustalić minimalne koszty osobowe, w pierwszej kolejności ustalanie wymaga wartość minimalnego wynagrodzenia.

Od stycznia 2022 r. minimalne wynagrodzenie pracownika zatrudnionego na podstawie umowy o pracę wynosi 3010 zł brutto, co dla pracodawcy oznacza łączny koszt zatrudnienia takiej osoby w wysokości 3 629,16 zł brutto .

Zgodnie z SST oraz obowiązującymi przepisami wykonawcy powinni uwzględnić, w toku dokonywania wyceny Zarządzania Kontraktem, następujące okoliczności:

A. Liczba stanowisk w powiązaniu z liczbą etatów:

Skład stanowiskowy personelu związanego z realizacją Grupy Prac nr 11 to minimum:

-1 stanowisko Kierownika ds. Utrzymania Dróg
-1 stanowisko Zastępcy Kierownika ds. Utrzymania Dróg,

-1 stanowisko Specjalisty ds. Administracyjno - Finansowych,

-1 stanowisko Specjalisty ds. Utrzymania Dróg, w ilości etatów zapewniającej całodobową pracę Wykonawcy w POK,

- 8 stanowisk dla pracowników brygad patrolowych i interwencyjnych - 2 Brygady Patrolowe w składzie minimum 2-osobowym każda oraz 2 Brygady Interwencyjne w składzie minimum 2-osobowym każda (2x2+2x2=8 stanowisk), w ilości etatów zapewniającej całodobową dyspozycyjność brygad patrolowych i interwencyjnych.

W przypadku stanowisk Kierownika ds. Utrzymania i jego Zastępcy, do kalkulacji ilości etatów Wykonawca może przyjąć 1 etat lub dwa razy po / etatu, ponieważ Zamawiający wymaga obecności jednego z nich, i tylko w dni robocze w godzinach pracy Zamawiającego (7:00-15:00).

W przypadku stanowiska Specjalisty ds. Administracyjno - Finansowych liczba stanowisk przewidziana w SWZ, jest równa liczbie etatów - tj. 1 etat.

W przypadku stanowiska Specjalisty ds. Utrzymania i 8 stanowisk dla pracowników brygad patrolowych i interwencyjnych, Wykonawca musi uwzględnić i wycenić taką liczbę etatów, która zapewni ciągłą obsadę danego stanowiska.

B. Koszty świadczenia usługi w części grupy prac nr 11 - Zarządzanie kontraktem

Optymalna pod względem kosztów liczba etatów dla stanowiska Specjalisty ds. Utrzymania i dla 8 stanowisk dla pracowników brygad patrolowych i interwencyjnych.

Zakładając, że Wykonawcy przyjęli optymalny pod względem kosztów, tj. najtańszy możliwy wariant spełniający w/w wymogi SST i IPU oraz wymogi KP - tj. minimalne wynagrodzenie i brak godzin nadliczbowych, to na każde stanowisko, które ma być obsadzone w sposób ciągły, tj. całodobowo, 7 dni w tygodniu, Wykonawca musiał przewidzieć 4,37 etatu/stanowisko zgodnie z poniższym wyliczeniem:

1. liczba godzin pracy pracownika w miesiącu: 167,2 godzin/m-c (średnia w latach trwania umowy);

2. liczba godzin pracy pracownika w roku: 12 x 167,2 = 2006,4 godzin/rok,

3. liczba godzin w roku kalendarzowym: 24 x 365,5* = 8772 godzin/rok (*średnia - rok 2024 to rok przestępny),

4. liczba etatów niezbędna do zapewnienia ciągłej obsady danego stanowiska to liczba dni w roku podzielona przez liczbę godzin pracy pracownika w roku: etatu/stanowisko.

Przyjęcie mniejszej liczby etatów spowodowałoby konieczność płacenia za godziny nadliczbowe oraz wypłacania dodatków z pracę w godzinach nadliczbowych, co w efekcie spowodowałoby wzrost kosztów o kwotę równą sumie wypłaconych dodatków. Przyjęcie większej liczby etatów również spowodowałoby wzrost kosztów o kwotę wynagrodzeń za dodatkowe etaty.

Uwzględniając niezbędną liczbę etatów na każde stanowisko, które ma być obsadzone w sposób ciągły, Wykonawca musiał uwzględnić w wycenie 4,37 etatu dla każdego stanowiska tego typu.

Dla 1 stanowiska Specjalisty ds. Utrzymania Dróg Wykonawca musiał uwzględnić w wycenie 4,37 etatów, a dla 8 stanowisk dla pracowników brygad patrolowych i interwencyjnych Wykonawca musiał uwzględnić w wycenie 34,96 etatów, zgodnie z poniższym wyliczeniem:

- 1 stanowisko x 4,37 etatu/stanowisko = 4,37 etatów. - 8 stanowisk x 4,37 etatu/stanowisko = 34,96 etatów.

C. Łączna, optymalna pod względem kosztów ilość etatów

Reasumując, łączna liczba etatów to:

1. 1 etat dla stanowisk Kierownik ds. Utrzymania Dróg i Zastępca Kierownika ds. Utrzymania Dróg,

2. 1 etat dla stanowiska Specjalista ds. Administracyjno - Finansowych,

3. 4,37 etatów dla stanowiska Specjalista ds. Utrzymania Dróg,

4. 34,96 etatów dla 8 stanowisk dla pracowników brygad patrolowych i interwencyjnych. Razem daje to 41,33 etatów do obsadzenia i uwzględnienia w kosztach w ramach pozycji Zarządzanie kontraktem (1 + 1 + 4,37 + 34,96 = 41,33 etatów).

D. Płaca minimalna

Wynagrodzenie 3 010 zł brutto dla pracownika, to dla pracodawcy koszt 3 629,16 zł (wraz z kosztami pracodawcy, bez urlopów).

E. Zapewnienie odpowiedniej liczby personelu podczas urlopu wypoczynkowego pracowników

Dla każdego z 41,33 etatów Wykonawca musi uwzględnić co najmniej 20 płatnych dni urlopu. W trakcie wypoczynku pracownika, Wykonawca musi go zastąpić innym pracownikiem, żeby nadal spełniać wymóg odpowiedniej liczebności personelu. Wiąże się to z dodatkowym kosztem po stronie Wykonawcy wyliczonym zgodnie z poniższymi wymogami:

- 20 dni/rok x 8 godzin/dzień = 160 godzin/rocznie przeznaczonych na urlop,

- liczba godzin pracy pracownika w roku: 12 x 167,2 = 2 006,4 godzin/rok.

Zatem, aby zapewnić stałą obsadę danego etatu przez w/w 2 006,4 godziny w roku, Wykonawca poniesie koszt wynagrodzenia za: 2 006,4 + 160 = 2 166,4 godziny rocznie, co

procentowo powiększa koszt zatrudnienia pracownika przez wykonawcę o:

2 166,4 / 2 006,4 - 100% = 7,97%.

F. Praca w godzinach nocnych

Dla 1/3 pracowników związanych ze stanowiskami wymagającymi obsadzenia

w sposób ciągły, tj. dla pracujących w porze nocnej (np. od 22:00 do 6:00), w kalkulacji

kosztów należy przyjąć 20% dodatek do wynagrodzenia.

Z 4,37 etatów dla stanowiska Specjalista ds. Utrzymania Dróg i z 34,96 etatów dla 8

stanowisk dla pracowników brygad patrolowych i interwencyjnych, 1/3 to etaty „nocne”:

- (4,37 + 34,96) x 1/3 = 13,11 etatów nocnych, do których należy doliczyć 20% dodatek do wynagrodzenia.

G. Minimalny koszt pozycji „Zarządzanie kontraktem”

Biorąc powyższe pod uwagę, minimalny koszt wykonania pozycji Zarządzanie Kontraktem, uwzględniający koszt zatrudnienia wymaganego w SWZ personelu na minimalnych stawkach i bez dodatków za nadgodziny to: 172 221,69 zł netto/m-c zgodnie z poniższym wyliczeniem:

- koszt wynagrodzeń podstawowych: 41,33 etatów x 3 629,16 zł/m-c = 149 993,18 zł/m-c netto,

- koszt dodatkowego wynagrodzenia za pracę w porze nocnej: 13,11 etatów x 3 629,16 zł/m-c x 20% = 9 515,66 zł/m-c netto,

- dodatkowy koszt zatrudnienia pracownika, wynikający z konieczności zapewnienia obsady etatów w okresie urlopów wypoczynkowych: (149 993,18 zł/m-c + 9 515,66 zł/m-c) x 7,97% = 12 712,85 zł/m-c netto,

RAZEM: 149 993,18 + 9 515,66 + 12 712,85 = 172 221,69 zł/m-c netto.

Kwota ta 172 221,69 zł/m-c netto - nie uwzględnia jakichkolwiek innych kosztów niezbędnych do wykonania Grupy Prac nr 11 Zarządzanie kontraktem. Kwota ta nie obejmuje chociażby kosztu paliwa do pojazdów patrolowych.

Oznacza to, że mnożąc tę wartość przez liczbę miesięcy dla zakresu podstawowego (48), łączna minimalna wartość wynagrodzeń wyniesie wykonawcę 8 266 641,12 zł.

A zatem wycena Grupy Prac nr 11 zaoferowana przez: DUBR, Konsorcjum Arbamss, Konsorcjum Polbud oraz Konsorcjum Rokom nie obejmuje nawet minimalnych kosztów związanych z wynagrodzeniem pracowników.

Kalkulacja minimalnych pozostałych kosztów, które powinny zostać uwzględnione w Zarządzaniu Kontraktem.

Koszty transportu

(a) Koszty paliwa

Poza samymi wynagrodzeniami personelu, wykonawca zobligowany jest do ponoszenia innych, niezbędnych dla realizacji zamówienia, kosztów. W tym zakresie całkowicie zasadnym, z punktu widzenia cen za prace związane z Zarządzaniem Kontraktu, jest przedstawienie kosztów związanych z zakupem paliwa, które jest niezbędne do pracy poszczególnych brygad.

W ramach realizacji prac Zarządzanie Kontraktem, Zamawiający wymaga dyspozycji 4 brygad. Dla odcinka S7 o długości 34,682 km 1 patrol musi wykonać dwukrotnie objazd (co łącznie daje 69,364 km trasy po odcinku objętym zamówieniem). Dla odcinków dróg klasy G i GP (DK 50, DK10, DK62) patrol musi dokonać jednego objazdu na dobę, co daje łączną ilość 174 przejechanych kilometrów. Ponadto Zamawiający wymaga od wykonawcy przejazdu drogami serwisowymi i łącznikami z częstotliwości 1 razu na dobę, co daje dodatkowo 48,454 przejechanych kilometrów (dla drogi S7).

Z wymagań SWZ wynika, że brygady w ciągu jednego dnia objazdów wykonają ok. 291,82 km. Na dzień składania ofert hurtowa cena paliwa- olej napędowy EURODIESEL za 1 litr wynosiła 6,75 zł (zgodnie z cennikiem Grupy LOTOS S.A.) Uwzględniając dane spalania samochodu w trakcie trasy (7l/100km) oraz przyjętą liczba dni w miesiącu - 30,5, dojdziemy do wyniku, iż w trakcie jednego miesiąca, koszt paliwa dla brygad patrolowych wynosi 4205,49 zł:

291,82/100 x 7l x 6,75 x 30,5 = 4205,49 zł.

Odrębnie, ale w analogiczny sposób należy wyliczyć koszt paliwa przeznaczony dla każdej z brygad interwencyjnych (również w liczbie 2). Przyjmując, że każda brygada przejedzie w miesiącu tylko 1000 km (to ok. 32 km dziennie), zakładając ceny paliwa oraz średnie spalanie pojazdu jak w pkt. 80 otrzymamy koszt paliwa w trakcie jednego miesiąca dla brygad interwencyjnych w wysokości 945,00 zł.

1000 x 2/100 x 7l x 6,7529 =945,00 zł.

Dodając obie wartości kosztu za paliwo dla brygady patrolowej i brygady interwencyjnej otrzymujemy minimalną wartość kosztu paliwa, która oscyluje na poziomie

5150,49 zł.

Uwzględniając tylko koszt paliwa oraz koszt osobowe niezbędne do realizacji zamówienia zgodnie z SWZ, minimalna kwota kosztów, jakie winni uwzględnić przy prawidłowej wycenie wykonawcy wynosi:

- koszt wynagrodzeń personelu 172 221,69 zł/miesiąc

- koszt paliwa dla Brygad patrolowych i interwencyjnych 5 150,49zł/miesiąc,
- co daje łączny koszt w wysokości 177 372,18 zł/miesiąc.

Kwota ta przekracza kwoty, jakie wskazali w swych ofertach Wykonawcy: DUBR, Konsorcjum Abramms, Konsorcjum Wardex, Konsorcjum Polbud oraz Konsorcjum Rokom.

(b) Koszty pozostałe związane z transportem

Przy wycenie transportu nie można pomijać innych, stałych składowych, które wykonawca musi ponieść w związku z realizacją prac każdej z brygad. Są to w szczególności takie elementy jak: ubezpieczenie, koszty rocznego serwisowania każdego z pojazdów.

Odwołujący 3 przestawił uśrednione wartości kosztów stałych związanych z samym transportem (wartości dotyczą łącznie 4 samochodów brygad).

ubezpieczenie na rok (4 samochody) 10 400,00
koszt serwisowania na rok (4 samochody) 20 000,00
razem na rok 30 400,00

w przeliczeniu na m-c 2 533,33

Koszty stałe - pozostałe

W ramach wyceny pozycji Zarządzania Kontraktem wykonawcy winni byli uwzględnić inne, wymienione przez Zamawiającego elementy, w które wykonawca winien wyposażyć pracowników, jak i pojazdy poszczególnych brygad.

Odwołujący 3 zbiorczo, w postaci tabeli z konkretnymi elementami wskazał minimalne ceny i ilość danego elementu, które po odpowiednim przemnożeniu przez liczbę miesięcy dla zamówienia (48 miesięcy) winien był być uwzględniony przez każdego z wykonawców, w ujęciu liczby, kosztu jednostkowego, liczby miesięcy i kosztu na kontrakt.

ubrania dla pracowników	35	989,78		34 642,30
ekwiwalent za pranie/koszty prania	35	10,00	48	16 800,00
Badania okresowe pracowników	44	180,00		7 920,00
telefony	9	30,00	48	12 960,00
internet	1	100,00	48	4 800,00
projekt tymczasowej organizacji ruchu				5 000,00
wynajem pomieszczeń na POK	1	1 065,85	48	51 160,80
media POK		2 000,00		2 000,00
artykuły biurowe, środki czystości	1	500,00	48	24 000,00
ubezpieczenie VMS	2	1 500,00		12 000,00
wyposażenie samochodów patrolowych/interwencyjnych			4	100,00 48
19 200,00				
GPS	4	35,00	48	6 720,00

razem

197 203,10

w przeliczeniu na m-c

4 108,40

Uwzględniając wszystkie pozycje (wynagrodzenia, koszty transportu oraz inne koszty

stałe), to zauważyć, że pozycja Zarządzanie Kontraktem winna zostać wyceniona na minimalnym poziomie 183 946,20 zł/miesiąc. Jest to jednocześnie kwota, która nie uwzględnia kosztów pośrednich oraz zysku.

Zbiorczo dla okresu realizacji Zamówienia (48 miesięcy) daje to minimalny koszt z tytułu Zarządzania Kontraktem na poziomie 8 832 667,68 zł.

Oznacza to w ocenie Odwołującego 3, iż wartości określone przez Wykonawców są istotnie zaniżone w zestawieniu z rzeczywistymi kosztami, jakie powinny zostać poniesione na etapie realizacji przedmiotu zamówienia. Ceny za ten zakres zamówienia, która zaoferowana została przez poszczególnych Wykonawców istotnie odbiegają od aktualnych cen rynkowych, co jednoznacznie sugeruje, że wykonawcy w sposób niedopuszczalny zaniżyli ceny za poszczególne elementy Grupy Prac nr 11.

Wykonawcy zaoferowali z tytułu Zarządzania Kontraktem następujące kwoty:

- DUBR - 137.500,00 zł
- Konsorcjum Abramms - 167.200,00 zł
- Konsorcjum Rokom - 158.500,00 zł
- Konsorcjum Polbud - 163.988,86 zł
- Konsorcjum Wardex - 177.140,00 zł

Zdaniem Odwołującego 3 oferty Wykonawców (w zakresie wartości Zarządzania Kontraktem) opracowane zostały przy skrajnie nierealnych założeniach kalkulacyjnych, naruszających normy dotyczące minimalnego wynagrodzenia lub wymagania Zamawiającego określone w SWZ. Każdorazowo bowiem cena finalna za zakres prac związanych z Zarządzeniem Kontraktem jest znacząco niższa od minimalnych kosztów koniecznych do poniesienia przez wykonawcę zgodnie z postanowieniami SWZ.

W opinii Odwołującego 3 bezsporne jest, że Zamawiający powinien przeprowadzić badanie RNC w zakresie Grupy Prac nr 11 Zarządzanie Kontraktem.

ZARZUT NIEZGODNOŚCI OFERTY DUBR Z WARUNKAMI ZAMÓWIENIA

Odwołujący 3 uważa, że udzielone przez DUBR Wyjaśnienia potwierdzają niezgodność oferty tego wykonawcy z warunkami zamówienia.

We wcześniejszych punktach odwołania opisana została wadliwość kalkulacji ofertowej DUBR, uzasadnione jest w ocenie Odwołującego 3 twierdzenie, że oferta DUBR pozostaje w sprzeczności z wymaganiami Zamawiającego w zakresie konieczności

zapewnienia całodobowej obsługi kontraktu (poprzez Zespół ds. Utrzymania Dróg), o czym mowa w pkt. 5.2 i 5.3 SST oraz § 12 ust. 2 i 3 Projektowanych Postanowień Umowy.

Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jednoznacznie rozstrzyga, że zastosowanie tego przepisu będzie uzasadnione, gdy dojdzie do merytorycznej (materialnej) wadliwości (niezgodności) oferty w relacji do oczekiwań zamawiającego wyrażonych w opisie przedmiotu zamówienia (tak wyrok z dnia 12 lipca 2021 r.). Z takim właśnie przypadkiem mamy do czynienia w sprawie - cena ofertowa zaproponowana przez DUBR nie obejmuje wszystkich elementów składających się na przedmiot zamówienia, gdyż została skalkulowana w sposób sprzeczny z wymaganiami pkt. 5.2 i 5.3 SST (nie obejmuje minimalnych kosztów pracowniczych - w zakresie Zarządzania Kontraktem). W ocenie Odwołującego 3, taka okoliczność jednoznacznie świadczy o tym, że oferta DUBR jest niezgodna z wymogami Zamawiającego, a więc winna zostać odrzucona w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

ZARZUT NIEZGODNOŚCI OFERTY DUBR Z PRZEPISAMI PZP

Jak wynika z Wyjaśnień DUBR wykonawca ten oparł swoją ofertę na wynagrodzeniu określonym na poziomie 3260 zł (załącznik nr 1 do Wyjaśnień). Jak wynika z regulacji ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 r.) minimalne wynagrodzenie za pracę wynosi 3010 zł, daje całkowity koszt pracodawcy na poziomie 3619,16. Oferta DUBR nie uwzględnia tej kwoty, jest więc niezgodna z przepisami dotyczącymi ustalania minimalnego wynagrodzenia.

Z wyżej opisanych względów, w ocenie Odwołującego 3 odwołanie zasługuje na

uwzględnienie.

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

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregokolwiek z odwołań, odwołania nie zawierały braków formalnych i mogły zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba uznała, iż obaj Odwołujący wykazali interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełniono materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 513 ustawy Pzp. Możliwość dokonania w sposób nieprawidłowy czynności badania i oceny ofert, a w konsekwencji wybór jako najkorzystniejszej oferty innego wykonawcy, pozbawia każdego z Wykonawców możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia, co stanowi ich materialną szkodę.

Do postępowań odwoławczych zgłoszenie przystąpień złożyli następujący wykonawcy:

- po stronie Zamawiającego:

1) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - konsorcjum:

(1) Abramss Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz

(2) T. J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Tar-Pol Przedsiębiorstwo Wielobranżowe T. J. z siedzibą w Targówce, w sprawach KIO 2292/22 oraz KIO 2320/22;

2) Przedsiębiorstwo DUBR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach w sprawach KIO 2292/22 oraz KIO 2320/22

- po stronie Odwołującego:

3) 1) Przedsiębiorstwo Robót Drogowo Mostowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim w sprawie KIO 2292/22.

Izba potwierdziła skuteczność wszystkich przystąpień.

Zamawiający złożył odpowiedzi na odwołania, w których uwzględnił część zarzutów. W sprawie KIO 2292/22 Zamawiający uwzględnił zarzuty oznaczone w odwołaniu jako 1, 2a, 4, 6a, Odwołujący wycofał zarzut oznaczonego jako 3a. W sprawie KIO 2320/22 Zamawiający uwzględnił zarzuty 1-3 odwołania. Przystępujący DUBR nie zgłosił wobec czynności Zamawiającego sprzeciwu, co oznaczało możliwość umorzenia postępowań odwoławczych w zakresie tych zarzutów, co odzwierciedlają punktu A.1. i B.1. sentencji niniejszego orzeczenia.

W pozostałym zakresie Zamawiający wnosił o oddalenie zarzutów odwołań.

Na podstawie dokumentacji postępowania przesłanej przez Zamawiającego na nośniku elektronicznym izba ustaliła, że Odwołujący prawidłowo w odwołaniach przytoczyli zapisy SWZ oraz ST i wzoru umowy istotne dla rozstrzygnięcia sporu. Nie zachodziła konieczność ich powtarzania w ustaleniach faktycznych Izby.

Zamawiający w toku badania i oceny ofert, działając w trybie art. 224 ust. 1 oraz art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w celu ustalenia czy oferta DBUR zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, zwrócił się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty.

Zamawiający podał, że w ofercie wątpliwości wzbudziły niektóre zaoferowane ceny jednostkowe. W związku z powyższym w celu ustalenia czy istotne części składowe oferty nie są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy uwzględniają wszystkie wymagania SWZ Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień co najmniej w zakresie określonym w art. 224 ust 3 pkt 4 i 6 dla:

GRUPA PRAC NR 11 - ZARZĄDZANIE KONTRAKTEM:

- w zakresie ceny jednostkowej ryczałtowej za 1 miesiąc zarządzania kontraktem wraz z patrolowaniem dróg i podejmowaniem działań interwencyjnych,

Zamawiający prosił o szczegółowe wyjaśnienie, jakie elementy Wykonawca uwzględnił w ofercie określając cenę dla GRUPY PRAC nr 11. Prosił o podanie wartości kosztów bezpośrednich (wartość robocizny, wartość pracy sprzętu, koszty transportu), kosztów pośrednich i zysku.

Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie oraz przedstawienie sposobu kalkulacji ceny jednostkowej za 1 miesiąc zarządzania kontraktem wraz z patrolowaniem dróg i podejmowaniem działań interwencyjnych, mając na uwadze wymagania określone w SWZ w tym w zakresie ilości wymaganego personelu, wymogu zatrudnienia personelu na umowę o pracę w kontekście obowiązujących przepisów prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu oraz w zakresie kosztów utrzymania samochodów udostępnionych Zamawiającemu.

Zamawiający prosił o przedłożenie przez Wykonawcę szczegółowych wyjaśnień w zakresie przyjętych do wyceny pozycji ilości roboczogodzin brygad patrolowych, interwencyjnych i zespołu ds. utrzymania dróg znajdują wraz z odzwierciedleniem w ilości etatów niezbędnych do realizacji zadań wskazanych w Grupie Prac nr 11 Zarządzanie Kontraktem zgodnie z zapisem par. 11 ust. 2 punkt 20 IPU.

Wykonawca jest zobowiązany do zatrudnienia na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez Zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia tj. osób tworzących Zespół ds. Utrzymania Dróg oraz osób wykonujących czynności związane z usuwaniem skutków zdarzeń i patrolowaniem dróg (brygady interwencyjne i patrolowe).

Powyższy wymóg dotyczył również Podwykonawców lub dalszych Podwykonawców, za pomocą których będzie realizowany przedmiot umowy, tj. zobowiązani są oni zatrudniać na podstawie stosunku pracy osoby skierowane przez nich do wykonywania w/w czynności. Zamawiający zwrócił się o wskazanie ilości etatów koniecznych do realizacji wskazanej usługi wraz z określeniem kosztów związanych z funkcjonowaniem każdego z przedstawionych etatów, a także przedstawienie kalkulacji obejmującej całkowite zestawienie kosztów w Grupie Prac nr 11 - Zarządzanie Kontraktem.

Zamawiający oczekiwał szczegółowej i wyczerpującej informacji na temat sposobu uwzględnienia elementów mających wpływ na wartość ww. pozycji mając na uwadze m.in. zaangażowanie osobowe i rzeczowe oraz związane z tym niezbędne do poniesienia koszty. Ponadto zwracamy się z prośbą o wyjaśnienia (w tym wyliczenia) w zakresie zgodności zastosowanych stawek z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie oraz przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Zamawiający prosił o wyczerpującą i szczegółową informację na temat sposobu wyliczenia ceny oferty, co najmniej w kwestiach wskazanych powyżej, ale także innych, które Wykonawca uważa za istotne, mając na uwadze m. in. zaangażowanie osobowe, rzeczowe, sprzętowe i finansowe i związane z tym niezbędne do poniesienia koszty a także zakładany poziom zysku.

Ocena wyjaśnień dokonywana przez Zamawiającego ma na celu ustalenie, czy cena skalkulowana była rzetelnie i czy w związku z tym Wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie. Przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia muszą być merytoryczne, a Wykonawca musi dostarczyć wystarczający materiał do sformułowania przez Zamawiającego oceny zaoferowanej w ofercie kwoty, za którą Wykonawca ma zamiar wykonać przedmiot zamówienia. Proszono o przesłanie wszelakich informacji oraz dowodów istotnych, na temat sposobu obliczenia ceny zamówienia, a których Zamawiający nie wymienił powyżej.

Oceniając udzielone przez Wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami na ich potwierdzenie, Zamawiający będzie brał pod uwagę aspekty, o których mowa w art. 224 ust

3, w szczególności pkt 4 i 6 ustawy Pzp.

W przypadku, gdy Wykonawca nie udzieli wyjaśnień w terminie lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający odrzuci ofertę Wykonawcy zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Zamawiający sprostował wezwanie, zwracając się o wyjaśnienie i przedstawienie sposobu kalkulacji ceny jednostkowej za 1 miesiąc zarządzania kontraktem wraz z patrolowaniem dróg i podejmowaniem działań interwencyjnych, mając na uwadze określone w SWZ w tym zakresie ilości wymaganego personelu, wymogu zatrudnienia personelu na umowę o pracę w kontekście obowiązujących przepisów prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu.

Wezwany Wykonawca złożył wyjaśnienia, w których zauważył, że Zamawiający powziął wątpliwości co do tego, czy zaoferowana przez Wykonawcę cena lub jej istotna część składowa nie jest rażąco niska. Grupę Prac nr 11 Zarządzanie Kontraktem, że uznał za kluczową część zamówienia (istotną część składową), chociaż jak wynika z treści Załącznika, pt. „Tabela Elementów Rozliczeniowych - REJON W PŁOŃSKU GRUPA PRAC NR 11 - ZARZĄDZANIE KONTRAKTEM" wartość tego elementu nie mogła jednak przekroczyć 10% wartości oferty (sumy wartości grup 1-12).

Zamawiający kilkukrotnie pytany o możliwość podniesienia powyższego limitu, odpowiadał negatywnie (Odpowiedzi na pytania nr 1; pytania nr 92 i 94).

Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia 98 149 494,88 zł brutto (co daje 79 796 337,00 zł netto). Cena zaoferowana przez Przedsiębiorstwo DUBR wynosi 88 685 913,97 zł brutto. W ofercie „ZARZĄDZANIE KONTRAKTEM" wyceniono na 6 600 000,00 zł netto (8 118 000,00 zł brutto), czyli 137 500,00 zł netto przez 48 miesięcy. Kwota ta została określona przez Zamawiającego jako kwota ryczałtowa i obejmuje wszystkie składniki kosztów (m.in. KP, KZ, Zysk, itp.), a także inne czynności opisane w ST (a w szczególności oznakowanie robót).

Wyliczając różnicę w wysokościach miesięcznej kwoty ryczałtowej zakładanej przez Zamawiającego (zgodnie z wymaganiami SWZ) i określonej w ofercie Wykonawcy otrzymujemy kwotę 13 625,00 zł (151 125,00 - 137 500,00 = 13 625,00), co procentowo wynosi 9,02%. Wartość ta nie zbliża się nawet do ustawowo określonej wartości 30% (liczonej od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania (najczęściej po powiększeniu o należny podatek jest ona kwotą przeznaczoną na realizację zamówienia), czy nawet średniej arytmetycznej

cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu). DUBR podkreślił, że oferta jest tylko o 8,98% niższa od kwoty przeznaczoną na realizację zamówienia. W przypadku średniej ofert różnica wynosi 18,75%, a podkreślić przy tym należy, że jest tak tylko dlatego, że aż 5 z 7 ofert przekracza budżet Zamawiającego.

DUBR podał, że wartość GRUPY PRAC NR 11 została wyliczona zgodnie z wymaganiami SWZ, ani wycena oferty Przedsiębiorstwa DUBR, ani wartość GRUPY PRAC NR 11 nawet nie zbliżają się do granicy 30%, od której ustawodawca nakazuje dokonać weryfikacja pod kątem rażąco niskiej ceny. Wykonawca uważa, że Zamawiający nie miał podstaw do tego aby powziąć wątpliwość, co do tego, że cena lub jej istotne części (część) składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

W swoim piśmie Zamawiający nie wyjaśnił, co wzbudziło w nim podejrzenie, co do realności wyceny GRUPY PRAC NR 11. Zasadne byłoby choćby przybliżenie podstaw wątpliwości w sytuacji, gdy z drugiej strony nie dając Wykonawcom zbytniej elastyczności co do wyceny tej grupy (Wartość grupy prac 11 - „Zarządzanie kontraktem" nie może przekroczyć 10 % sumy wartości grup 1-12), a w samym piśmie wymaga się i podkreśla konieczność szczegółowego rozliczenia kwoty określonej, jako ryczałtowa.

Wykonawca podkreślił, że złożona oferta jest ofertą z realną ceną, jaką Zamawiający, uwzględniając dokonany należycie szacunek wartości zamówienia, powinien zapłacić, za dostarczony na warunkach SWZ przedmiot zamówienia, a kalkulacja poczyniona została w oparciu o swoją wieloletnią wiedzę i doświadczenie. Wykonawca DUBR uwzględnił

wszystkie elementy potrzebne do prawidłowej kalkulacji oferty dla GRUPY PRAC 11.

Zaoferowana przez Przedsiębiorstwo DUBR cena za część składową zamówienia, zawiera wycenę w pełni realną i gwarantującą Zamawiającemu wykonanie zamówienia zgodnie dokumentami zamówienia, w tym z postanowieniami SWZ (w szczególności zawiera wymagane w SWZ składniki) i zapewnia jako potencjalnemu Wykonawcy godziwy zysk.

Sposób wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny zależy od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić i przyjąć konieczny sposób i stopień uwiarygodnienia podawanych danych. Natomiast wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia. Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być konkretne, tak aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa była ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności.

Z samego braku dowodu nie można jeszcze wywodzić, że cena jest rażąco niska, a w takiej sytuacji przedmiotem oceny pozostają wówczas wyjaśnienia samego wykonawcy. Jednak jeżeli wykonawca powołuje się na właściwe tylko jemu okoliczności powodujące możliwość znacznego obniżenia ceny oferty (np. upusty dedykowane tylko temu wykonawcy, szczególne oferty jakie uzyskał wykonawca odnośnie świadczonych usług) i możliwe jest wsparcie tej argumentacji dowodem, to wówczas taki dowód powinien być złożony zamawiającemu, aby uczynić wyjaśnienia przekonującymi dla zamawiającego, a jednocześnie pełnymi.

Nie istnieje jeden, uniwersalny, odnoszący się do wszystkich zamówień, wzorzec prawidłowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, jak również jeden wzorzec odnoszący się do katalogu dowodów, które winny być przedłożone przez wykonawcę dla uzyskania gwarancji uznania, iż wywiązał się z obowiązku wykazania, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W każdym przypadku ocena wyjaśnień w zakresie wystąpienia w ofercie rażąco niskiej ceny winna być zindywidualizowana, powinna uwzględniać m.in. specyfikę przedmiotu zamówienia i realia towarzyszące jego realizacji. Chodzi bowiem w szczególności o ustalenie czy zamówienie za zaoferowaną cenę może być wykonane zgodnie z SWZ, z obowiązującymi przepisami prawa, sztuki zawodowej, przy zastosowaniu odpowiednich nakładów sprzętowych, osobowych, czasowych, z zachowaniem określonych standardów. Zamawiający dokonując ustaleń w zakresie rażąco niskiej ceny, powinien mieć na uwadze m.in. rzeczywistą relację wartości świadczenia pieniężnego do wartości świadczenia niepieniężnego. Inny sposób dokonania badania zaoferowanej w danym postępowaniu ceny może prowadzić do krzywdzącego i nieuzasadnionego odrzucenia oferty. Każdy przypadek, ze względu na przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji oraz wartość zamówienia należy rozpatrywać indywidualnie.

W ramach szczegółów wyjaśnień Wykonawca wskazał, że:

1. Zespół ds. Utrzymania Dróg, zgodnie z zapisami SST D-10.10.01z, obejmuje zatrudnienie na podstawie umowy o pracę Kierownika ds. Utrzymania Dróg, Zastępcę ds. Utrzymania Dróg, 5 Specjalistów ds. Utrzymania Dróg, specjalistę ds. administracyjno - finansowych, oraz, na podstawie pkt. 8.2.4 ppkt.2 SWZ, Kierownika robót drogowych. Załącznik nr 1 do wyjaśnień przedstawia sposób wyliczenia kosztów zatrudnienia w zakresie GRUPY PRAC 11.

2. Punkt Obsługi Kontraktu zostanie zlokalizowany w odległości do 10 km od Siedziby Rejonu. Przedsiębiorstwo DUBR zamierza wynająć pomieszczenie/pomieszczenia za kwotę ryczałtową w wysokości 4250 zł wraz z mediami (dokonano w tym względzie wstępnych ustaleń z wynajmującym). Całe zaplecze sprzętu potrzebnego do realizacji prac biurowych, tj. meble, sprzęt biurowy i urządzenia wielofunkcyjne znajdują się w posiadaniu firmy i zostaną przeniesione do biura POK.

3. Brygady patrolowe w ilości 2 szt. zostaną wyposażone w samochody o masie całkowitej do 3,5 tony, których wiek nie przekracza 7 lat. Pojazdy te stanowią własność Przedsiębiorstwa DUBR. Firma jest w posiadaniu ostrzegawczej sygnalizacji świetlnej, sprawnych systemów GPS zamontowanych w pojazdach oraz telefonów komórkowych.

Kalkulacja robót związanych z patrolowaniem dróg - Załącznik nr 2 do wyjaśnień (załącznik obrazuje koszty całkowitego wykonania patroli zgodnie z SWZ, tj. dwukrotny patrol dróg kategorii S oraz jednokrotny patrol pozostałych dróg w ciągu doby).

4. Przedsiębiorstwo DUBR na podstawie doświadczenia zdobytego przy prowadzeniu kontraktów utrzymaniowych dla GDDKiA O/Kraków Rejon Nowy Sącz, GDDKiA O/Zielona Góra Rejon Nowa Sól, oraz GDDKiA O/Kraków Rejon Kraków, posiadając wiedzę i doświadczenie konieczne do wykonania analizy i, w efekcie, realizacji kontraktu, ze

względu na brak danych od Zamawiającego, przewiduje, dokonując analizy sieci drogowej i natężenia ruchu dla Rejonu Płońsk, założyło że miesięcznie brygady interwencyjne podejmować będą działania średnio w ilości 45 wyjazdów, tj. około 270 roboczogodzin.

Prace brygad interwencyjnych, ze względu na swój charakter, zlecane przez Zamawiającego, w większości są rozliczane, w zależności od zdarzenia, na podstawie pozycji TER. Czynności nieopisane zostały skalkulowane w grupie 11.

5. W związku z zakończeniem kontraktu dla GDDKiA O/Kraków Rejon Kraków oraz O/Zielona Góra Rejon Nowa Sól, Wykonawca posiada samochody do prac interwencyjnych, których wiek nie przekracza 7 lat. Są to pojazdy wyposażone w wymagane

ostrzegawcze systemy świetlne, oznakowane w sposób zgodny z wymogami SST. Przedsiębiorstwo DUBR posiada podpisane umowy na obsługę systemu GPS czy telefoniczną, co za tym idzie telefony i urządzenia zamontowane w pojazdach

interwencyjnych czy patrolowych.

6. Wykonawca posiada wideorejestratory, aparaty fotograficzne, przyczepki sygnalizacyjne w wymaganej ilości, a także dysponuje mobilnymi znakami VMS oraz mobilnymi poduszkami zderzeniowymi.

7. Wykonawca posiada także: zestawy znaków, podstawowe narzędzia i sprzęt

do prac naprawczych, sprzęt do napraw cząstkowych czy wbudowania mieszanki cementowo-piaskowej, naprawy urządzeń odwadniających, oraz narzędzia do lokalnych prac porządkowych.

8. Wykonawca jest także w posiadaniu zamiatarek: maszyn do spłukiwania, oraz posypywarki. Na potrzeby kontraktu zostanie podpisana umowa ramowa użyczenia podnośnika (Wykonawca przeprowadził ustalenia co do warunków użyczenia maszyny).

Kalkulacja robót związanych z pracami interwencyjnymi stanowi Załącznik nr 3 do wyjaśnień (załącznik przedstawia koszty całkowite wykonania interwencji; założenia dotyczące przyjętych norm i ilości).

Kalkulacje i wyjaśnienia zostały sporządzone w oparciu o interpretację, wiedzę i doświadczenie Wykonawcy.

Żaden z pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty nie był wzywany do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny ofertowej.

Z protokołu postępowania ZP-1 wynika, że Zamawiający ustalił wartość szacunkową zamówienia dla grupy prac 11 (Zarządzanie kontraktem) na kwotę za miesiąc 165 000,00 zł netto, co łącznie daje kwotę 79 796 337,30 netto, 9 741 600,00 zł brutto. Zamawiający zaznaczył, że ta grupa prac nie może przekroczyć 10% sumy wartości prac grup 1-12. Wartość zamówienia został ustalona na podstawie średniej z ofert z innych postępowań.

Przed otwarciem ofert Zamawiający podał, że dla Rejonu 2 na sfinansowanie zamówienia przeznaczył kwotę 98 149 494,88 zł brutto.

W części tej oferty złożyli następujący wykonawcy:

1) Mota- Engil Central Europe S. A. z kwotę 138 934 234,80 zł
2) Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych za kwotę 132 720 418,72 zł
3) Konsorcjum Rokom za kwotę 93 659 985,16 zł
4) Konsorcjum Wardex za kwotę 104 585 447,37 zł
5) Konsorcjum Abramss za kwotę 98 944 706,24 zł
6) Konsorcjum Polbud za kwotę 106 500 924,97 zł
7) Przedsiębiorstwo DUBR za kwotę 88 685 913,97 zł

Zarzut 2b - zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Konsorcjum Abramss złożyło ofertę z ceną 98 944 706,24 zł brutto, z czego kwota 9 871 488,00 zł brutto (8 025 600,00 zł netto) została przeznaczona na Grupę prac nr 11 - Zarządzanie Kontraktem w okresie trwania umowy, tj. 48 miesięcy. Miesięczny koszt w zakresie Grupy prac nr 11 — Zarządzanie Kontraktem wskazany przez Konsorcjum wynosi 167 200,00 zł netto.

Zdaniem Odwołującego oferta konsorcjum Abramss jest niezgodna z zapisami SWZ, SST i wzoru umowy.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał w jaki sposób oferta Przystępującego Abramss jest niezgodna z treścią SWZ co do wymogu nakładającego na wykonawców obowiązek uwzględnienia w każdej cenie jednostkowej całkowitego kosztu wykonania danej pozycji.

Zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa o niezgodności treści oferty z treścią SWZ, czy innych dokumentów postępowania mówi się w przypadku materialnej odmienności zobowiązania oferty w stosunku do zobowiązania opisanego i oczekiwanego przez Zamawiającego. Obowiązkiem Odwołującego było opisane, czy też wskazanie w jakim zakresie oferta konsorcjum Abramss nie odpowiada wymogom określonym przez Zamawiającego. Odwołujący ową niezgodność treści oferty wiąże nie z samym zobowiązaniem ofertowym ale z kalkulacją ceny ofertowej i w rzekomym jej zaniżeniu poszukuje nieprawidłowości oferty. Jednocześnie Odwołujący nie wskazuje żadnego elementu oferty, który nie odpowiada treści SWZ.

Dostrzeżenia w ocenie Izby wymaga, iż Odwołujący niezgodności treści oferty Przystępującego Abramss poszukuje w ramach kalkulacji ceny ofertowej dla grupy prac 11. Choć niewątpliwie istnieje związek między treścią oferty a kalkulacją ceny ofertowej, także dla konkretnej grupy prac, w tym przypadku prac związanych z zarządzaniem kontraktem, to w ocenie Izby istotne jest i warte podkreślenia, że przesłanki odrzucenia oferty wykonawcy z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia oraz jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia zostały uregulowane w odrębnych przepisach, a dla zaistnienia możliwości odrzucenia oferty na tych podstawach konieczne jest ziszczenie się innych rodzajowo okoliczności. Wystąpienia okoliczności związanych z brakiem zgodności treści oferty Przystępującego a treścią SWZ, SST i wzoru umowy Odwołujący nie udowodnił. Przedstawiono kalkulację, która odpowiada założeniom przyjętym przez Odwołującego, jednakże w postępowaniu Przystępujący nie składał wyjaśnień, a wycena prac z grupy 11 zawiera się w jednowierszowej tabeli, gdzie wskazano na koszt miesięczny i koszt całościowy. W ocenie Izby zestawienie szczegółowej kalkulacji Odwołującego z treścią oferty Przystępującego Abramss nie jest wystarczające do stwierdzenia niezgodności treści oferty z założeniami dokumentów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Kalkulacja odzwierciedla założenia Odwołującego, które nie muszą odpowiadać założeniom innych wykonawców, a przed wszystkim nie odnoszą się zapewne do okoliczności, które mogły wpłynąć na obniżenie kosztów danej pozycji przez danego Wykonawcę. Gdyby Przystępujący złożył w tym zakresie wyjaśnienia,

możliwe byłoby wówczas ich zestawienie z założeniami odwołania. Przystępujący nie był jednak wzywany do wyjaśnienia ceny ofertowej dla grupy prac 11. Odpowiedzieć więc należało na pytanie, czy Zamawiający winien był wezwać danego wykonawcę do złożenia wyjaśnień i skonfrontować je z wymaganiami SWZ. Bez tego nie jest możliwe potwierdzenie zasadności zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w stosunku do oferty konsorcjum Abramss. Zarzut przedstawiony w odwołaniu opiera się w głównej mierze na założeniach Odwołującego, gdzie do kalkulacji przyjęto pewne założenia wynikające z zapisów SWZ i przepisów prawa powszechnego (w tym prawa pracy) w ujęciu podstawowym. Kalkulacja siłą rzeczy nie odnosi się do możliwych w pewnych sytuacjach wyjątków, bowiem Odwołującemu nie jest znana metodologia wyceny grupy prac 11, którą zastosował Przystępujący Abramss.

Zarzut 3b - nie zasługiwał na uwzględnienie

Odwołujący wskazywał, że oferta konsorcjum Abramss złożona została w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Odwołanie oprócz bogato przytoczonego stanowiska doktryny oraz orzecznictwa Izby i sądów powszechnych w uzasadnieniu zarzutu nie zawiera innych założeń. Odwołujący ograniczył się jedynie do wskazania, że ofertę złożoną jako czyn nieuczciwej konkurencji stanowi oferta, która utrudnia innym wykonawcom dostęp do rynku, ponieważ zaniża koszty

wykonania przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie przeprowadził choćby przykładowej analizy, czy w przedmiotowym postępowaniu rzeczywiście doszło do uniemożliwienia dostępu do zamówienia innym wykonawcom. Wobec ilości złożonych ofert dla Rejonu 2 Izba uważa, że raczej jest to mało prawdopodobne, a z pewnością nie zostało udowodnione, czy choćby uprawdopodobnione. Z pewnością Odwołujący nie wykazał także, że w postępowaniu miała miejsce choćby próba eliminacji innego podmiotu przez złożenie oferty przez Przystępującego Abramss.

Odwołujący nie podał w taj sposób konsorcjum Abramss utrudnia innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. Zauważyć należy, iż składanie ofert w postępowaniach i konkurowanie ceną stanowi normalną walkę rynkową w ramach prowadzonej przez Wykonawców polityki cenowej, która gwarantować ma brak poniesienia straty w wyniku realizacji zamówienia. Odwołujący nie wskazał, że Przystępujący posiada jakieś możliwości względem pozostałych Wykonawców, aby wypełnić przesłanki z art. 15 ust. 1 u.z.n.k. Nie można więc uznać, aby zostały spełnione przesłanki do odrzucenia oferty Przystępującego ze względu na utrudnianie innym Wykonawcom dostępu do rynku. Odwołujący nie przeprowadził żadnej analizy, czy to rynku właściwego, domniemania pozycji
60

dominującej, nadużywania tej pozycji, w jaki sposób może dojść do wykorzystania tej pozycji na danym rynku, cech charakterystycznych dla danego rynku i Przystępującego jako

podmiotu z danej branży. Nie odniesiono się do panujących na danym rynku praktyk, że te praktyki stosowane są wobec tylko jednego wykonawcy, co choćby w ten sposób utrudnia dostęp do rynku innym podmiotom.

Dla Izby niezrozumiałym jest również w jaki sposób konsorcjum Abramss miałoby naruszać dobre obyczaje składając swoją ofertę. Trudno uznać samo ofertowanie w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego za działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami. Natomiast braku rynkowości ceny oferty Przystępującego Odwołujący nie wykazał. Zdaniem składu orzekającego Izby nie dopatrzono się również w ramach oferty Przystępującego działań wskazujących na manipulowanie cenami, przynajmniej takiej manipulacji nie wykazał Odwołujący.

Końcowo ponownego podkreślenia wymagam, iż wszelkie okoliczności, do których odnosi się Izba w przedmiotowym zarzucie są tak naprawdę tylko przypuszczeniami, ponieważ uzasadnienie odwołania dla tego zarzutu było bardzo lakoniczne i enigmatyczne.

Zarzut 5 w sprawie KIO 2292/22 i zarzut 4 w sprawie KIO 2320/22

Z uwagi na zbieżność zarzutów obu odwołań co do ich głównych założeń, Izba rozpoznała je łącznie.

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

Jak wynika z ugruntowanego orzecznictwa Izby oraz sądów powszechnych za ofertę} z rażąco niską ceną należy uznać: ofertę; z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę; znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. W orzecznictwie wskazuje się również, że o cenie rażąco niskiej można mówić: wówczas, gdy oczywiste jest, iż przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę; byłoby dla niego nieopłacalne.

Analiza przepisów ustawy Pzp prowadzi do wniosku, że zamawiający może powziąć: wątpliwości co do wystąpienia podejrzenia rażąco niskiej ceny nie tylko na podstawie całościowej ceny oferty, ale także analizując poszczególne, istotne części składowe, które
61

wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nie ulega wątpliwości, iż ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Tym samym złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji lub wynikającymi

z odrębnych przepisów. Wykonawca zobowiązany jest wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należytą realizację całego zamówienia. To na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę powinny poparte być stosownymi dowodami.

Nie było sporne między Stronami postępowania, że część składową ceny dla grupy prac 11 - zarządzanie kontraktem - można uznać za istotną dla przedmiotu zamówienia. Żadna ze Stron nie przeczyła twierdzeniom podkreślonym szczególnie w sprawie KIO 2320/22.

Strony zgadzały się również co do okoliczności, że w sprawie nie ziściły się obligatoryjne przesłanki skierowania przez zamawiającego wezwania do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny oferty w stosunku do żadenego z Wykonawców, których ceny ofertowej kwestionowali łącznie obaj Odwołujący.

Należało zatem udzielić odpowiedzi, czy wobec brzmienia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiającemu istotne części składowe ceny mogły wydawać się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub mogły budzić jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami SWZ, SST i wzoru umowy, czy też zgodnie z innymi przepisami prawa, np. prawa pracy.

Tym samym oznacza to, że przepis wyznacza co najmniej dwie płaszczyzny, do których stosunek cen ofertowych powinien przeanalizować zamawiający. Jest to wartość zamówienia i wymagania związane z wykonaniem zamówienia zgodnie z opisanymi potrzebami zamawiającego oraz innymi przepisami. Przy czym powinność zamawiającego zastosowania określonej art. 224 ust. 1 ustawy Pzp regulacji oznacza, że zamawiający w przypadku pojawienia się wątpliwości jest do tego uprawniony, a nie zobowiązany.

W przypadku wartości zamówienia sam Zamawiający oszacował wartość prac dla grupy 11 na 165 000,00 zł netto miesięcznie. Z oferty konsorcjum Abramss wynika, że miesięczną wartość prac wyceniono na 167 200,00 zł, konsorcjum Polbud wyceniło cenę

jednostkową za miesiąc w wysokości 163 988,86 zł, konsorcjum Wardex natomiast wskazało na cenę 177 140,00 zł, natomiast Odwołujący 3 zaproponował 224 791,67 zł.

Warto podkreślić, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego żaden z wykonawców nie zakwestionował ustalonej wartości szacunkowej zamówienia przy użyciu środków ochrony prawnej. Co prawda kilkukrotnie Wykonawcy zwracali Zamawiającemu uwagę, że ustalony poziom 10% wartości prac dla grupy 11 jest zbyt niski i wnosili o jego podwyższenie, nawet do 20%, jednak ostatecznie wymagania Zamawiającego nie uległy zmianie i nie zostały zaskarżone. Jeżeli więc Zamawiający miał porównać cenę składową złożonych ofert dla grupy 11 z wartością zamówienia, to w ocenie Izby uprawnione były po jego stronie wnioski, że zaproponowane ceny są zbliżone do prognozowanych przez Zamawiającego, nie odbiegają ani kwotowo, ani procentowo od ustaleń samego Zamawiającego. O ile w przypadku oferty DUBR cena za grupę prac 11 odbiegała od szacunków Zamawiającego i od cen pozostałych ofert, co w ocenie Izby uprawniało Zamawiającego do wezwania tego wykonawcy do wyjaśnień, o tyle w przypadku innych ofert, takie założenia wydają się Izba nieuzasadnione. Dodatkowo podkreślić można, iż globalnie ceny wszystkich kwestionowanych przez Odwołujących ofert przekraczały wyliczenia dla wartości szacunkowej Zamawiającego, co tym bardziej czyni prawdopodobnym wniosek, że porównanie cen do wartości szacunkowej zamówienia nie mogło, a przynajmniej nie powinno, u Zamawiającego wywołać przekonania o potrzebie wezwania do złożenia wyjaśnień także innych wykonawców, niż Przedsiębiorstwo DUBR. Zamawiający wzywając innych niż DUBR wykonawców do złożenia wyjaśnień przeczyłby swoim czynnościom szacowania wartości zamówienia. Izbie trudno sobie wyobrazić sytuację, w której zamawiający szacując wartość miesięcznego wykonania usługi na 165 000,00 zł uważa, że wątpliwości powinna budzić przykładowo cena 167 000,00 zł lub jeszcze wyższa. Poza tym ceny tego segmentu prac są tak naprawdę wyjątkowo do siebie zbliżone w ofertach, że trudno nawet doszukiwać się co powinno wzbudzić wątpliwości u Zamawiającego.

Dokonując oceny złożonego materiału dowodowego, to w ocenie Izby dowodu na konieczność wezwania do wyjaśnień konsorcjum Abramss nie mogło stanowić pismo z dnia 26 lipca 2022 roku, w którym to Wykonawca sformułował swoje wątpliwości wobec kalkulacji w ofercie DUBR. Zawarte tam twierdzenia nie uprawdopodobniają tezy Odwołującego konsorcjum Wardex, że Przystępujący Abramss nieprawidłowo skalkulował cenę oferty dla grupy 11, przyjmując założenia niezgodne z SWZ. Wyrażone przez Wykonawcę stanowisko odnosi się do kalkulacji oferty DUBR i wskazuje jakie być może założenia przyjęto do tej kalkulacji, które są niezgodne z zapisami SWZ a jednocześnie doprowadziły do zaniżenia

ceny ofertowej danego podmiotu. Z pewnością w ocenie Izby nie można z góry założyć, że tożsame jak przedstawione w piśmie założenia przyjęło konsorcjum Abramss. Tym bardziej dowodu na nieprawidłowość kalkulacji oferty konsorcjum nie mogły stanowić dokumenty w postaci zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa złożone przez innych wykonawców w innych postępowaniach. Odwołujący Wardex posługuje się zbyt daleko idącym domniemaniem (?), że występowanie z innymi wykonawcami w różnych konsorcjach oznacza taki sam mechanizm kalkulacji w każdym postępowaniu i czyni to, co ciekawe, na podstawie treści uzasadnień informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa (!). Co do treści odwołania konsorcjum Abramss, gdzie sprawa ostatecznie została umorzona pod sygn. akt KIO 2313/22, to zauważyć należy, iż konsorcjum podzielało zapatrywania obu Odwołujących i uważało, że cena oferty DUBR w grupie 11 jest zaniżona, przy czym jednocześnie wskazano na szereg innych elementów w innych grupach prac, które zdaniem wówczas Odwołującego Abramss zostały zaniżone. To, że podmiot nie zamieścił w odwołaniu tak szczegółowych wyliczeń jako obaj Odwołujący, nie oznacza jeszcze, że sam zaniżył cenę dla tej grupy prac.

Obaj Odwołujący poczynili w odwołaniach dosyć zbieżne założenia w zakresie sposobu wykonania przedmiotu zamówienia, co prowadziło do zbieżności wyliczeń w zakresie kosztów do poniesienia dla grupy prac 11. Przy czym zauważyć należy, iż w obu przypadkach do wyliczeń przyjęto wariant podstawowy, odnoszący się do najniższego wynagrodzenia za pracę. Co warte podkreślenia żaden z Odwołujących nie odniósł tych wyliczeń do wartości oszacowanej i podanej przez Zamawiającego. Jeżeliby bowiem przyjąć założenia i wyliczenia Odwołujących za punkt wyjścia, to również szacowanie Zamawiającego albo ma zaniżoną wartość albo nie uwzględnia wymogów SWZ i przepisów prawa pracy. Tego jednak Odwołujący nie zarzucali. Nawet jeżeli za prawdziwą przyjąć tezę Odwołującego 3 PRDM, że skoro wykonanie zamówienia dla tej grupy nie jest możliwe w wariancie podstawowym, to tym bardziej wykonanie nie jest możliwe za kwoty niższe, to Izbie brakuje zestawienia tych okoliczności ze sposobem szacowania wartości zamówienia przez Zamawiającego. Ta bowiem wartość jest punktem wyjścia dla wszystkich innych elementów kosztotwórczych w ofertach.

Drugim punktem odniesienia dla Zamawiającego mogą być jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami. Domniemywać w ocenie Izby należy, iż Zamawiający wyliczając wartość prac dla grupy 11 uwzględnił wszystkie podane przez siebie wymogi we własnej kalkulacji. Jak już Izba zauważyła punktem obliczeń przez obu Odwołujących było najniższe wynagrodzenie i wymagania SWZ. Jednakże wyliczenia, jak celnie podkreślił na rozprawie Zamawiający, bazowały jedynie na

wariancie podstawowym, pracy na umowę o pracę, w pełnym wymiarze godzin. Tym samym nie uwzględniały specyficznych okoliczności, szczególnych rozwiązań, które mogą dotyczyć każdego z wykonawców, a które nie muszą być Odwołującym znane. Przystępujący Abramss nie był na rozprawie zobowiązany do wykazywania takich okoliczności, ponieważ ciężar wykazania, że wezwanie do złożenia wyjaśnień jest konieczne obciążał Odwołujących. To zaś oznacza, że obie kalkulacje nie muszą uwzględniać wszystkich możliwych okoliczności i wariantów. Co ciekawe, Odwołujący w sprawie KIO 2292/22 konsorcjum Wardex złożył na rozprawie własną, poszerzoną kalkulację o pozostałe koszty do poniesienia, której wartość i wyliczenia kwestionował Odwołujący 3, choć jest ona najbardziej zbliżona do wyliczeń samego Odwołującego 3. To tylko pokazuje, w jak różny sposób wykonawcy dokonują obliczeń kalkulacyjnych oferty przy jednobrzmiących zapisach SWZ, czy wzoru umowy.

Zdaniem składu orzekającego Izby Odwołujący nie wykazali, że wycena grupy prac 11 powinna była wzbudzić u Zamawiającego wątpliwości co do możliwości jej wykonania zgodnie z opisanymi założeniami. Dyspozycja art. 224 ust. 1 ustawy Pzp odwołuje się do czynników subiektywnych w ocenie samego zamawiającego, mogą to być zupełnie inne okoliczności niż wskazywane w odwołaniu. Jeżeli w odwołaniach nie wykazano żadnych elementów, które mogły wzbudzić u Zamawiającego wątpliwości, to zarzuty nie zasługiwały na uwzględnienie. Tym bardziej trudno powyższe wykazać, jeżeli ceny poszczególnych ofert przekraczają szacunek Zamawiającego lub są do niego bardzo zbliżone.

Mając na względzie całokształt okoliczności faktycznych niniejszej sprawy oraz rozpoznając odwołania w granicach zarzutów Izba doszła do przekonania, że żaden z Odwołujących nie podważył słuszności stanowiska Zamawiającego w zakresie badania i oceny ofert poszczególnych wykonawców co do wyceny prac dla grupy 11. Wobec czego brak było podstaw do uznania zasadności zarzutów, z których wynikał obowiązek wezwania wykonawców Abramss, Polbud, Wardex do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny oferty z uwagi na podejrzenie rażącego zaniżenia elementów składowych przedmiotu zamówienia. Wobec powyższego zarzuty naruszenia art. 224 ust. 1, art. 223 ust. 1 oraz art. 226 ust. 1 pkt

8 ustawy Pzp nie mogły zostać uwzględnione.

Zarzut 6b w sprawie KIO 2292/22

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Odwołujący uważał, że oferta konsorcjum Abramss podlega odrzuceniu, jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny. Podkreślić ponownie należy, iż Odwołujący okoliczność tę wiązał z obliczeniem ceny ofertowej w sposób niezgodny ze sposobem obliczenia wskazanym w pkt 17-3. i 17-4 Instrukcji dla Wykonawców. Zdaniem Izby takie wnioski nie są uprawnione wobec treści oferty Przystępującego. Odwołanie koncentruje się na założeniach przyjętych przez Odwołującego, nie odnosi się do treści samej oferty Przystępującego. Takie zaś podejście, jak już Izba zaznaczyła przy innych zarzutach w niniejszym orzeczeniu, nie jest właściwe. Błąd w obliczeniu ceny musi być łatwy do zauważenia, jednoznaczny do identyfikacji i umiejscowienia wobec zasad określonych w dokumentach postępowania. Odwołujący natomiast sformułował zarzut bazując na założeniach własnych, w jaki sposób rozumiał i interpretował SWZ i ustalone warunki wykonania przedmiotu zamówienia.
Nie jest tak, że Odwołujący przedstawił jedyny, właściwy model kalkulacji.

Zarzut 5 w sprawie KIO 2320/22

Zarzut okazał się niezasadny. Izba doszła do przekonania, że Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie naruszył zasad określonych w art. 16 ustawy Pzp. Wszystkie złożone w postępowaniu oferty zostały przez Zamawiającego ocenione w tożsamy sposób, do wszystkich zastosowano reguły określone w dokumentach postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji, wydając w sprawach orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b, § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołujących.

Przewodniczący: