

Sygn. akt KIO 223/24

Sygn. akt KIO 234/24

WYROK

Warszawa, dnia 19 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Michał Pawłowski

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 lutego 2024 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 22 stycznia 2024 r. przez wykonawcę BITUM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lipiu Śląskim (sygn. akt KIO 223/24)

B. w dniu 22 stycznia 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BITUM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lipiu Śląskim i DROG-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lubojence (sygn. akt KIO 234/24)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miejski Zarząd Dróg w Częstochowie

orzeka:

KIO 223/24

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutów nr 1, 2, 3 i 5 odwołania oraz nakazuje zamawiającemu – Miejskiemu Zarządowi Dróg w Częstochowie w zakresie części nr 2 zamówienia:

1.1. Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Wielobranżowe REZ-DROGPOL Spółka cywilna z siedzibą w Jaskrowie.

1.2. Odtajnienie załączników do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 5 stycznia 2024 r. złożonych przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Wielobranżowe REZ-DROGPOL Spółka cywilna z siedzibą w Jaskrowie.

1.3. Odrzucenie oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe REZ-DROGPOL

Spółka cywilna z siedzibą w Jaskrowie na podstawie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605, ze zm.).

1.4. Powtórzenie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego – wykonawcę BITUM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lipiu Śląskim oraz zamawiającego – Miejski Zarząd Dróg w Częstochowie i:

3.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez odwołującego – wykonawcę BITUM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lipiu Śląskim tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego na wynagrodzenie pełnomocnika i kwotę 17 zł 00 gr (słownie: siedemnaście złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego na opłatę skarbową od pełnomocnictwa.

3.2. Zasądza od zamawiającego – Miejskiego Zarządu Dróg w Częstochowie na rzecz odwołującego – wykonawcy BITUM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z

siedzibą w Lipiu Śląskim kwotę 9 078 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego.

KIO 234/24

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutów nr 1, 2, 3 i 5 odwołania oraz nakazuje zamawiającemu – Miejskiemu Zarządowi Dróg w Częstochowie w zakresie części nr 3 zamówienia:

1.1. Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

1.2. Odtajnienie załączników do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 5 stycznia 2024 r. złożonych przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Wielobranżowe REZ-DROGPOL Spółka cywilna z siedzibą w Jaskrowie.

1.3. Odrzucenie oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe REZ-DROGPOL Spółka cywilna z siedzibą w Jaskrowie na podstawie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605, ze zm.).

1.4. Powtórzenie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BITUM Spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością z siedzibą w Lipiu Śląskim i DROG-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lubojence oraz zamawiającego – Miejski Zarząd Dróg w Częstochowie i:

3.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BITUM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lipiu Śląskim i DROG-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lubojence tytułem wpisu

od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego na wynagrodzenie pełnomocnika i kwotę 34 zł 00 gr (słownie: trzydzieści cztery złote zero groszy) poniesioną przez odwołującego na opłatę skarbową od pełnomocnictw.

3.2. Zasądza od zamawiającego – Miejskiego Zarządu Dróg w Częstochowie na rzecz odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BITUM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lipiu Śląskim i DROG-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lubojence kwotę 9 089 zł 33 gr (słownie: dziewięć tysięcy osiemdziesiąt dziewięć złotych trzydzieści trzy grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 223/24

Sygn. akt KIO 234/24

Uzasadnienie

Miejski Zarząd Dróg w Częstochowie, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605, ze zm.), zwanej dalej „ustawą PZP”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „utrzymanie bieżące dróg w granicach miasta Częstochowy w latach 2024-2025 w rejonie I, II, III”. Zamówienie zostało podzielone na 3 części.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 5 grudnia 2023 r., pod numerem 2023/BZP 00533444/01.

W dniu 22 stycznia 2024 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawca BITUM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lipiu Śląskim, zwany dalej „wykonawcą BITUM”, wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz zaniechań czynności, do których Zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy w zakresie części nr II zamówienia:

1) zaniechaniu odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu na podstawie art. 74 ust. 1 i ust. 2 ustawy PZP w zw. z art. 18 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa załączników w postaci ofert handlowych i faktur VAT do odpowiedzi wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „REZ-DROGPOL” Spółka Cywilna z siedzibą w Jaskowie (dalej jako „wykonawca REZ-DROGPOL”) z dnia 5 stycznia 2024 r. na wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w terminie umożliwiającym wykonawcom skuteczne kwestionowanie wyboru oferty tego wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu (na innych podstawach niż wskazane w treści niniejszego odwołania),

2) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy REZ-DROGPOL na podstawie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP pomimo faktu, że oferta wykonawcy REZ-DROGPOL

powinna zostać odrzucona ze względu na złożenie przez tego wykonawcę niewystarczających wyjaśnień oraz dowodów, które uzasadniłyby podaną w ofercie cenę,

3) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy REZ-DROGPOL na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP

pomimo faktu, iż oferta ta zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinna zostać odrzucona z tego powodu,

4) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy REZ-DROGPOL na podstawie art. 226 ust 1 pkt 7 ustawy PZP w zw. z art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji pomimo ziszczenia się przesłanek do dokonania tej czynności, tj. oferta tego wykonawcy została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, gdyż wykonawca ten oferuje ceny jednostkowe, które są nierynkowe i nakierowane wyłącznie na uzyskanie lepszej punktacji w ramach kryterium oceny ofert, bez uzasadnienia kształtuje zróżnicowane ceny dla tego samego zakresu robót oraz stosuje rażąco zaniżone liczby roboczogodzin,

5) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy REZ-DROGPOL na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP pomimo faktu, iż była ona niezgodna z warunkami zamówienia, a zwłaszcza niezgodna z przedmiotem robót Zamawiającego i powinna zostać odrzucona z tego powodu,

6) dokonania nieprawidłowej czynności badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę REZ-DROGPOL i nieuzasadnione uznanie, że oferta złożona przez tego wykonawcę jest najkorzystniejsza, a w konsekwencji wybór oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej, co spowodowało naruszenie art. 239 ustawy PZP,

7) ewentualnie również zaniechanie wezwania wykonawcy REZ-DROGPOL do wyjaśnień uzupełniających na podstawie art. 224 ustawy PZP, podczas gdy wykonawca REZ-DROGPOL nie złożył wyjaśnień oraz dowodów, które uzasadniłyby podaną w ofercie cenę, a co więcej wykonawca ten nie złożył wyjaśnień odpowiadających na wszystkie pytania i wątpliwości Zamawiającego wskazane w wezwaniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Jednocześnie w dniu 22 stycznia 2024 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: wykonawca BITUM i wykonawca DROG-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Luboience, zwani dalej jako „Konsorcjum firm BITUM i DROG-BUD”, wnieśli odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy takich samych czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz zaniechań czynności, do których Zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy, w zakresie części nr III zamówienia.

Wykonawca BITUM w sprawie o sygn. akt KIO 223/24 i Konsorcjum firm BITUM i DROG-BUD w sprawie o sygn. akt KIO 234/24 zarzucili Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 74 ust. 1 i ust. 2 ustawy PZP w zw. z art. 18 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez ich błędne zastosowanie oraz zaniechanie odtajnienia i udostępnienia im załączników (w postaci ofert handlowych i faktur VAT) do odpowiedzi wykonawcy REZ-DROGPOL z dnia 5 stycznia 2024 r. na wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w terminie umożliwiającym wykonawcom skuteczne kwestionowanie wyboru oferty tego wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu (zarzut nr 1),

2) art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP poprzez ich niezastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy REZ-DROGPOL, podczas gdy oferta wykonawcy REZ-DROGPOL powinna zostać odrzucona ze względu na złożenie przez tego wykonawcę niewystarczających wyjaśnień oraz dowodów, które uzasadniłyby podaną w ofercie cenę (zarzut nr 2),

3) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy REZ-DROGPOL, podczas gdy oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona ze względu na to, że zawierała rażąco niską cenę (zarzut nr 3),

4) art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP w zw. z art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy REZ-DROGPOL, podczas gdy oferta tego wykonawcy została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji (zarzut nr 4),

5) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy REZ-DROGPOL, podczas gdy oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona ze względu na niezgodność z warunkami zamówienia, a zwłaszcza z przedmiotem robót Zamawiającego (zarzut nr 5),

6) art. 239 ustawy PZP poprzez jego błędne zastosowanie, przejawiające się w dokonaniu oceny oferty oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy REZ-DROGPOL, podczas gdy oferta ta powinna zostać odrzucona, a co za tym idzie nie mogła zostać wybrana jako najkorzystniejsza (zarzut nr 6),

7) ewentualnie art. 224 ustawy PZP poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie wezwania wykonawcy REZ-DROGPOL do wyjaśnień uzupełniających w zakresie zaoferowanej ceny, podczas gdy wykonawca REZ-DROGPOL nie złożył wyjaśnień i dowodów, które uzasadniłyby podaną w ofercie cenę, a co więcej wykonawca REZ-DROGPOL nie złożył wyjaśnień odpowiadających na wszystkie pytania i wątpliwości Zamawiającego wskazane w wezwaniu do wyjaśnień (zarzut nr 7).

W konsekwencji podniesionych zarzutów Odwołujący w obydwu sprawach wnieśli o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odpowiednio w ramach części nr II i części nr III zamówienia,

2) odrzucenia oferty wykonawcy REZ-DROGPOL na podstawie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, oraz na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP w ramach części nr II i części nr III zamówienia,

3) w razie braku nakazania odrzucenia oferty wykonawcy REZ-DROGPOL:

a) odtajnienia i udostępnienia Odwołującym załączników (w postaci ofert handlowych i faktur VAT) do odpowiedzi wykonawcy REZ-DROGPOL z dnia 5 stycznia 2024 r. na wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, oraz

b) wezwania wykonawcy REZ-DROGPOL do ponownego złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z dowodami uzasadniającymi, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska,

4) przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert w ramach obydwu części zamówienia.

Ponadto Odwołujący złożyli wniosek o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu pierwszego z zarzutów swoich odwołań dotyczącego zaniechania odtajnienia i udostępnienia Odwołującym załączników do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, które zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, wykonawca BITUM i Konsorcjum firm

BITUM i DROG-BUD podali, że w odpowiedzi na wniosek Odwołujących z dnia 17 stycznia 2024 r. o udostępnienie załączników do protokołu postępowania Zamawiający udostępnił ofertę wykonawcy REZ-DROGPOL i korespondencję prowadzoną z tym wykonawcą z pominięciem następujących dokumentów: a) oferty handlowej na zakup masy mineralno-asfaltowej, b) oferty handlowej na zakup mieszanki mineralno-asfaltowej "na zimno", c) faktury z dnia 14 listopada 2023 r. na zakup masy mineralno-bitumicznej, d) faktury z dnia 21 listopada 2023 r. na masę mieszanki mineralno-bitumicznej, które zostały załączone do odpowiedzi wykonawcy REZ-DROGPOL na wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny z dnia 5 stycznia 2024 r. Swojej decyzji dotyczącej utrzymania żądanych dokumentów w tajemnicy Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił. Odwołujący choć wezwali Zamawiającego do udostępnienia tych dokumentów pismem z dnia 19 stycznia 2024 r., to ich wezwanie pozostało bez reakcji. W treści pisma z dnia 5 stycznia 2024 r. wykonawca REZ-DROGPOL wskazał, że zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa dowody dołączone do wyjaśnień ceny oferty. Odwołujący podkreślił, że aby możliwym było skuteczne objęcie określonych informacji klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa” koniecznym jest równoległe ziszczenie się dwóch okoliczności, tj. wykazanie przez wykonawcę, stosownie do art. 18 ust. 3 ustawy PZP, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oraz faktyczny ich walor jako informacji poufnych w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Trzecią istotną okolicznością mającą wpływ na ocenę skuteczności zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa jest dokonanie takiego zastrzeżenia wraz (jednocześnie) z przekazaniem takich informacji oraz wykazanie, również wraz z przekazaniem tych informacji, że stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa – bez możliwości uzupełnienia tych elementów na późniejszym etapie postępowania. Zdaniem Odwołujących żadna z tych przesłanek polegających na wykazaniu zaistnienia okoliczności wynikających z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie ziszcza się w odniesieniu do informacji (dokumentów) zastrzeganych przez wykonawcę REZ-DROGPOL, a co za tym idzie informacje (dokumenty) te powinny być zostać niezwłocznie odtajnione.

Odwołujący zwrócił uwagę, że nie ma możliwości zastrzeżenia całych dokumentów jako „tajemnicy przedsiębiorstwa”, ponieważ tajemnicą taką mogą być co najwyżej określone informacje zawarte w dokumentach, a nie dokumenty jako takie. Wykonawca REZ-DROGPOL błędnie i w związku z tym nieskutecznie zastrzegł jako „tajemnicę przedsiębiorstwa” całe dokumenty. Nie jest rolą Zamawiającego doszukiwanie się w treści złożonych dokumentów, które informacje zawarte w tych dokumentach stanowią (lub potencjalnie mogą stanowić) tajemnicę przedsiębiorstwa i dokonywanie przez Zamawiającego w zastępstwie za wykonawcę

samodzielnych czynności polegających na anonimizowaniu dokumentów w jakichkolwiek fragmentach, co potwierdza m. in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 marca 2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 679/23. Wobec tego zdaniem Odwołujących z racji tego, że wykonawca REZ-DROGPOL nieskutecznie próbował zastrzec dokumenty jako takie, a nie konkretne zawarte w nich informacje, dokumenty te powinny zostać ujawnione, ponieważ zastrzeżenie „tajemnicy przedsiębiorstwa” zostało dokonane nieskutecznie.

Niezależnie od tego w ocenie Odwołujących analiza treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa prowadzi też do wniosku, że dokumenty w postaci faktur VAT i ofert handlowych na zakup nie stanowią de facto tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy REZ-DROGPOL, albowiem nie wykazał on należycie, że dane, które zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa, rzeczywiście są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Odwołujący zwrócili uwagę na to, że wykonawca REZ-DROGPOL nie określił ani nie wykazał, jakie to rzekomo działania podjął w celu zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do faktury VAT lub oferty handlowej, które utajnił. Odwołujący z wysokim prawdopodobieństwem założyli, że ani faktura VAT ani oferta handlowa złożone Zamawiającemu nie zawierają żadnych klauzul o poufności. Z treści pisma z dnia 5 stycznia 2024 nie wynikają również żadne umowy o poufności (NDA), ani umowy o pracę z pracownikami wykonawcy REZ-DROGPOL, zawierających klauzule poufności. Poza tym wykonawca REZ-DROGPOL nie wyjaśnił i nie wykazał, jaką wartość gospodarczą miałyby mieć faktura VAT lub oferty handlowe oraz tego, że faktury lub oferty handlowe nie są powszechnie dostępne. Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest na tyle lakoniczne i ogólne, że nie może być mowy o tym, aby uznano je za prawidłowe i wywołujące skutki prawne w postaci utajnienia. Wykonawca REZ-DROGPOL nie wykazał istnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, ponieważ samo powołanie się na art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie może być wystarczające dla wykazania istnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący uważa, że nie może być mowy o

żadnym przyjęciu przez Zamawiającego „na słowo”, czy formułowaniu głośnych oświadczeń, że przesłanki są spełnione, co ma miejsce w przypadku wyjaśnień złożonych przez wykonawcę REZ-DROGPOL. Jeśli dany wykonawca obejmujący jakąś część dokumentacji postępowania tajemnicą przedsiębiorstwa nie wykazał spełniania przesłanek oraz nie przedstawił dowodów, to Zamawiający powinien udostępnić takie dokumenty pozostałym wykonawcom lub Krajowa Izba Odwoławcza w postępowaniu odwoławczym powinna nakazać Zamawiającemu ich odtajnienie i udostępnienie. Na potwierdzenie swojego stanowiska Odwołujący powołał się na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, w tym m. in. na wyrok z dnia 28 lipca 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1810/22.

W ocenie Odwołujących ogólność przekazanego Zamawiającemu uzasadnienia, którym posłużył się wykonawca REZ-DROGPOL przy jednoczesnym braku załączenia dowodów na potwierdzenie argumentowanych okoliczności potwierdza, że jedynym celem objęcia tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa było utrudnienie konkurencyjnym wykonawcom ubiegającym się o przedmiotowe zamówienie weryfikacji oświadczeń składanych przez wykonawcę REZ-DROGPOL. Odwołujący podsumowali zarzut nr 1 stwierdzając, że wykonawca REZ-DROGPOL nie odnosząc się do meritum dokonywanego zastrzeżenia, czyli nie wskazując szczegółowo przyczyny zastrzeżenia poszczególnych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa i ich nie konkretyzując, a także nie przedstawiając dowodów potwierdzających zastosowanie odpowiednich środków w celu zachowania w poufności danych potwierdził, że dokonane zastrzeżenie było automatyczne i oderwane od okoliczności faktycznych tej konkretnej sprawy – a takie działanie niewątpliwie nie zasługuje na ochronę.

W zakresie uzasadnienia zarzutu nr 2 odwołania dotyczącego odrzucenia oferty wykonawcy REZ-DROGPOL z powodu złożenia niewystarczających wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz dowodów uzasadniających cenę ofertową Odwołujący ocenili, że wyjaśnienia i dowody złożone przez wykonawcę REZ-DROGPOL nie wyjaśniają wątpliwości Zamawiającego oraz nie obalają domniemania rażąco niskiej ceny, ani nie uzasadniają zaoferowanej ceny. Wyjaśnienia te są ogólnikowe, głośne, skrótowe, a więc nie można zgodzić się z tym, że wykonawca REZ-DROGPOL uzasadnił podaną w ofercie cenę, jak również nie można uznać, że wykonawca ten złożył prawidłowe i rzetelne wyjaśnienia. Powołując się m. in. na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 kwietnia 2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 778/23, z dnia 21 marca 2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 658/23, z dnia 14 marca 2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 515/23 Odwołujący wywiedli, że nieudzielenie rzetelnych wyjaśnień przez wykonawcę REZ-DROGPOL powinno być kwalifikowane jako niezłożenie żadnych wyjaśnień, a przynajmniej jako nieobalenie przez tego wykonawcę domniemania rażąco niskiej ceny, a tym samym oferta wykonawcy REZ-DROGPOL powinna zostać odrzucona na podstawie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP.

Następnie wykonawca BITUM w odwołaniu złożonym w sprawie o sygn. akt KIO 223/24 wskazał, że Zamawiający pismem z dnia 29 grudnia 2023 r. na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy PZP wezwał wykonawcę REZ-DROGPOL do złożenia wyjaśnień oraz dowodów w zakresie wyliczenia ceny oferty uznając, że ceny jednostkowe zaoferowane przez tego wykonawcę REZ-DROGPOL w Załączniku nr 10 do SWZ (ceny jednostkowe asortymentów robót) są rażąco niskie w stosunku do wartości cen jednostkowych zamówienia ustalonych przez Zamawiającego

w zakresie części nr II zamówienia w odniesieniu do pozycji nr 2, 3, 8, 9, 10, 12 i 13, natomiast w stosunku do średniej arytmetycznej poszczególnych cen jednostkowych zaoferowanych przez wszystkich wykonawców w zakresie części nr II zamówienia w odniesieniu do pozycji numer 2, 3, 8, 9, 12 i 13, wzbudzając przy tym uzasadnione wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia i wynikającymi z odrębnych przepisów. Jeśli chodzi zaś o odwołanie złożone w sprawie o sygn. akt KIO 234/24 to Konsorcjum firm BITUM i DROG-BUD wskazało, że Zamawiający pismem z dnia 29 grudnia 2023 r. na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy PZP wezwał wykonawcę REZ-DROGPOL do złożenia wyjaśnień oraz dowodów w zakresie wyliczenia ceny oferty uznając, że ceny jednostkowe zaoferowane przez tego wykonawcę REZ-DROGPOL w Załączniku nr 10 do SWZ (ceny jednostkowe asortymentów robót) są rażąco niskie w stosunku do wartości cen jednostkowych zamówienia ustalonych przez Zamawiającego w zakresie części nr III zamówienia w odniesieniu do pozycji nr 1, 2, 3, 8, 9 i 10, natomiast w stosunku do średniej arytmetycznej poszczególnych cen jednostkowych zaoferowanych przez wszystkich wykonawców w zakresie części nr III zamówienia w odniesieniu do pozycji numer 2, 3 i 8, co wzbudziło uzasadnione wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia i wynikającymi z odrębnych przepisów. Odwołujący podnieśli, że Zamawiający zażądał, aby wykonawca REZ-DROGPOL wyjaśnił, czy w cenie jednostkowej zostały uwzględnione wszystkie wymagania określone w SWZ oraz wszelkie koszty, jakie poniesie on z tytułu wykonania przedmiotu zamówienia w sposób należyty oraz zgodnie z obowiązującymi przepisami i zasadami sztuki budowlanej, czy przyjęta cena pozwoli na realizację zamówienia z należytą starannością, czy nie wskazuje ona na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych oraz czy pozwala na wygenerowanie zysków. Zamawiający podkreślił, że oczekuje informacji dotyczących zgodności zaoferowanych istotnych składników oferty 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 oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Zamawiający wyraźnie wskazał również w wezwaniu, że wymaga konkretnych dowodów na poparcie wyjaśnień. Odwołujący zauważyli, że wykonawca REZ-DROGPOL nie zaskarżył wezwania do wyjaśnień w trybie odwołania złożonego do Krajowej Izby Odwoławczej, a zatem uznał wszystkie elementy wezwania za prawidłowe i zgodne z ustawą PZP (zarówno w zakresie istotności części składowych ceny, jak również w zakresie treści

wyjaśnień i dowodów wymaganych przez Zamawiającego). Fakt niezaskarżenia wezwania przez wykonawcę REZ-DROGPOL powoduje, że wezwanie to jest w pełni „prawomocne”, natomiast wykonawcy ten zobowiązany był w pełni dostosować się do treści wezwania.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wykonawca REZ-DROGPOL w dniu 5 stycznia 2024 r. złożył wyjaśnienia ceny ofertowej. Odwołujący zwrócili uwagę na następujące aspekty wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę REZ-DROGPOL:

- 1) Wykonawca REZ-DROGPOL w żaden sposób nie odniósł się do wątpliwości Zamawiającego i w żaden sposób nie wyjaśnił cen jednostkowych przyjętych w ofercie, choć podał przykładowe stawki materiałów i sprzętu, to nie zostały one w żaden sposób powiązane z cenami jednostkowymi, co do których powstały zastrzeżenia Zamawiającego
- 2) Wykonawca REZ-DROGPOL w swoich wyjaśnieniach zawarł gołosłowne, ogólne i niepoparte żadnymi dowodami zapewnienia i oświadczenia o rzetelności wyceny, o rynkowości przyjętych cen materiałów i kosztów pracy sprzętu, przy czym do wyjaśnień załączone zostały jedynie faktury na zakup masy mineralno-bitumicznej oraz mieszanki mineralno-asfaltowej). Lektura wyjaśnień tego wykonawcy świadczy o fakcie, że stanowią one ogólniki, które mogą być powielane i wykorzystywane w różnorodnych postępowaniach, bez ich indywidualizacji i w formule „kopiuj-wklej”, albowiem nie odnoszą się do realnych wartości, nie wskazują na rzeczywiste koszty, a przede wszystkim nie odpowiadają na wymagania Zamawiającego zawarte w wezwaniu do wyjaśnień.
- 3) Wykonawca REZ-DROGPOL w swoich wyjaśnieniach zapewnił w sposób niezgodny z prawdą, że wskazane w kalkulacjach ceny robocizny zapewniają otrzymanie przez jego pracowników kwot wyższych od kwot minimalnego wynagrodzenia za pracę, podczas gdy w rzeczywistości wskazana w kosztorysach stawka za roboczogodzinę wynosi 23 zł 50 gr, natomiast minimalna stawka godzinowa zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa to 27 zł 70 gr od dnia 1 stycznia 2024 r. i 28 zł 10 gr od dnia 1 lipca 2024 r. Odwołujący zauważyli, że ustawodawca zobowiązuje Zamawiających do odrzucania ofert wykonawców, którzy nie respektują zasad wynagradzania za pracę ustalonych w przepisach prawa powszechnie obowiązujących. Zamawiający wymagał zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę, w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974r. – Kodeks pracy osoby wykonującej następujące czynności: operatora rozścielacza, operatora walca, operatora równiarki, pracownika wykonującego roboty brukarskie, trzech pracowników wykwalifikowanych do wykonywania robót bitumicznych. Pociąga to za sobą konieczność respektowania poziomu

wynagrodzenia wynikającego z przepisów o płacy minimalnej przy kalkulacji ceny. Ponadto nawet przy zatrudnianiu osób na podstawie umowy cywilnoprawnej dla obliczenia ceny oferty przyjęte być muszą kwoty wynagrodzeń minimalnych. Stawka robocizny wskazana w kosztorysach wykonawcy REZ-DROGPOL jest niższa od stawki minimalnego wynagrodzenia za pracę, co już samo przez się powinno obligować Zamawiającego do odrzucenia ceny oferty. Wykonawca REZ-DROGPOL nie wyjaśnił, dlaczego zastosował stawkę godzinową 23 zł 50 gr w kosztorysach a winien był to uczynić w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia ceny z dnia 29 grudnia 2023 r. W tym kontekście Odwołujący dodali, że wykonawca REZ-DROGPOL nie wyjaśnił również, dlaczego przyjął niemal o 50 % mniej roboczogodzin w swoim kosztorysie, aniżeli wskazał Zamawiający w przedmiarze robót.

- 4) Wykonawca REZ-DROGPOL stwierdził w swoich wyjaśnieniach, że: „Spółka nasza rzetelnie wykonywała prace zlecone w ramach zamówienia na „Utrzymanie bieżące dróg w granicach miasta Częstochowy w rejonie II w okresie od 2021 do 2023 r.” po cenach jednostkowych oferowanych w tamtym zamówieniu i w latach tych uzyskiwała pozytywne wyniki finansowe”, dodatkowo załączając kalkulację za tamten okres. Odwołujący zauważyli, że Załącznik prac z lat 2021 – 2023 jest nieporównywalny i nie może dowodzić braku rażąco niskiej ceny, ze względu na niższe koszty materiałów, pracy sprzętu i robocizny, poza tym przetarg na lata 2021-2023 miał inny zakres i inną wartość.
- 5) Wykonawca REZ-DROGPOL podał nieścisłe informacje w swoich wyjaśnieniach ceny w zakresie poziomu wzrostu stawki roboczogodzin przyjętej do kalkulacji na roboty realizowane w latach 2021-2023, ponieważ stawka wynosząca w tamtym okresie 17 zł 00 gr, a obecnie 23 zł 50 gr, wzrosła o około 27%, a nie jak wskazano w wyjaśnieniach wykonawcy REZ-DROGPOL o 38%.
- 6) Wykonawca REZ-DROGPOL w swoich wyjaśnieniach stwierdził, że w przeważającej większości dysponuje własnym sprzętem, natomiast w wykazie sprzętu co do około 50% wskazanego sprzętu wskazał, że podstawę dysponowania nim stanowi umowa najmu i co więcej w wyjaśnieniach w ramach kosztów pracy sprzętu nie znalazła się żadna wzmianka o kosztach jego najmu – zatem wyjaśnienia ceny nie korespondują z pozostałymi dokumentami złożonymi przez wykonawcę REZ-DROGPOL i uzasadniają tezę, że zaoferowane ceny są nieuzasadnione.
- 7) Wykonawca REZ-DROGPOL wskazał w wykazie sprzętu na podpisaną umowę z wytwórnią mas bitumicznych zawartą w okresie obowiązywania umowy z Zamawiającym z nieograniczonym dostępem do produkcji masy asfaltobetonowej, ale nie powołał tej okoliczności

w wyjaśnieniach ceny i nie załączył kopii umowy do wyjaśnień. Wzbudziło to uzasadnione wątpliwości Odwołujących, czy umowa taka rzeczywiście istnieje oraz czy zawiera korzystne warunki handlowe, ponieważ skoro powołano się na nią w wykazie sprzętu to wykonawca REZ-DROGPOL powinien dołączyć do wyjaśnień kopię takiej umowy wykazującą realne ceny i koszty, które byłyby faktycznie stabilne i najniższe.

- 8) Wykonawca REZ-DROGPOL zapewnił, że ceny materiałów są realne i rynkowe, ale nie przedstawił niemal żadnych dowodów, które by to twierdzenie wykazywały (załączył jedynie archiwalne faktury zakupu masy mineralno-bitumicznej oraz oferty sprzedaży masy mineralno-asfaltowej). Wskazane w tabeli przykładowe ceny materiałów, takich jak cement portlandzki oraz deski iglaste, nie zostały potwierdzone żadnym dowodem, nie jest

zatem jasne, w jaki sposób wykonawca REZ-DROGPOL ustalił ich wysokość i na jakiej podstawie przyjął, o jaki procent są wyższe od stawek obowiązujących w latach 2021-2023.

9) Odwołujący zwrócili również uwagę, że w zestawieniu przykładowych cen materiałów wskazano dwukrotnie ten sam materiał (mieszanka mineralno-bitumiczna), ale z zastosowaniem różnych cen. Podobny błąd został popełniony w zestawieniu cen pracy sprzętu – wskazano dwa razy ten sam sprzęt (frezarkę do nawierzchni drogowych za podajnikiem 2,0m), jednak dwie różne stawki za motogodzinę. Według Odwołujących takie działanie świadczy o niedochowaniu przez wykonawcę REZ-DROGPOL należytej staranności przy składaniu wyjaśnień.

10) Wykonawca REZ-DROGPOL nie złożył żadnych dowodów na potwierdzenie głosownych twierdzeń o warunkach handlowych w zakresie dostaw materiałów, w szczególności cementu portlandzkiego oraz desek iglastych, kalkulacji własnych ceny ani pozostałych dokumentów wykazujących realne koszty zatrudnienia, ale jedynie przedłożył oświadczenie własne, które – podobnie jak treść wyjaśnień – pozostaje głosowne.

11) Wykonawca REZ-DROGPOL powinien w swoich wyjaśnieniach ceny podać przyczyny, dla których ceny jednostkowe dla poszczególnych pozycji, a także koszty pośrednie i zysk różnią się zasadniczo, w zależności od tego, czy mamy do czynienia z rejonem II, czy z rejonem III. Z uwagi na to, że zakres robót jest niemal analogiczny pod względem jakościowym i ilościowym, nie powinno dochodzić do takich różnic.

Odwołujący zauważyli również, że wykonawca REZ-DROGPOL zakończył swoje pismo wyłącznie na ponowieniu głosownego twierdzenia o zaoferowaniu rynkowych cen, gwarantujących wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób należyty oraz zgodnie z

obowiązującymi przepisami i zasadami sztuki budowlanej, które pozwolą na realizację zamówienia z należytą starannością, a jednocześnie pozwolą na osiągnięcie zakładanego zysku. Wykonawca ten nie przedstawił jednak żadnych szczegółowych wyjaśnień i nie odpowiedział na wezwanie Zamawiającego z dnia 29 grudnia 2023 r. Odpowiedź wykonawcy REZ-DROGPOL na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia ceny ogranicza się zatem tylko do głosownego potwierdzenia, iż cena jest uzasadniona i należyście skalkulowana. Wykonawca REZ-DROGPOL wskazał, że ceny wynikają z „kalkulacji własnej”, ale ani jej nie przedstawił, ani nie dołączył do wyjaśnień – jest to głosowne, poddaje w wątpliwość, czy rzeczywiście taka kalkulacja została sporządzona i nie wypełnia wymagań zawartych w wezwaniu Zamawiającego. Odwołujący z tego powodu uważają, że wykonawca REZ-DROGPOL: a) nie odpowiedział na zadane przez Zamawiającego pytania, b) nie złożył rzetelnych, szczegółowych i konkretnych wyjaśnień, c) złożył wyjaśnienia głosowne, ogólnikowe, pasujące do każdego postępowania, d) złożył wyjaśnienia skrótowe, bez odnoszenia się do poszczególnych cen i bez wykazywania ich rzetelnego skalkulowania, e) złożył wielokrotnie zapewnienia o wycenie całości przedmiotu zamówienia, ale nie wykazał żadnych szczegółowych kosztów i kalkulacji, f) złożył wyjaśnienia, które są wewnętrznie sprzeczne i które nie korespondują z pozostałymi jego oświadczeniami, g) złożył wyjaśnienia nieścisłe i nierzetelne, h) nie złożył jakichkolwiek dowodów na potwierdzenie zasadności zaoferowanej ceny.

W uzasadnieniu zarzutu nr 3 odwołania dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy REZ-DROGPOL z powodu rażąco niskiej ceny Odwołujący podali, że 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, aby eliminować z postępowania wykonawców niewiarygodnych i nierzetelnych z uwagi na proponowane przez nich nierealistyczne ceny. W związku z ryzykiem nieprawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, które stanowi bezpośrednią konsekwencję skalkulowania ceny oferty na zaniżonym poziomie, 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 dyspozycję art. 224 ustawy PZP. Przepis ten ma zapobiegać wybieraniu ofert, które nie dają pewności, że zamówienie zostanie wykonane w całości i terminowo, a także bez uszczerbku dla jego jakości. Gwarantuje więc zamawiającemu ochronę przed nieuczciwymi praktykami wykonawców, którzy zaniżając cenę w celu uzyskania zamówienia, na etapie realizacji mogą sobie to rekompensować niższą jakością lub domaganiem się dodatkowego wynagrodzenia. W skrajnych wypadkach zagrożone może być wykonanie całego zamówienia.

Jednocześnie przepis chroni rzetelnych wykonawców, gdyż ułatwia eliminowanie z zamówień publicznych tych, którzy łamią zasady uczciwej konkurencji w zakresie ceny. Ze względu na brak jednoznacznego zdefiniowania pojęcia rażąco niskiej ceny, a także konieczność dążenia do zabezpieczenia prawidłowości wydatkowania środków publicznych, procedura weryfikacji prawidłowości i rzetelności kalkulacji ofertowej musi być wdrożona w każdym przypadku, gdy pojawiają się wątpliwości czy zaoferowana przez wykonawcę cena nie jest ceną rażąco niską. Każdorazowo punktem wyjścia do oceny czy cena oferty nosi znamiona rażąco niskiej jest więc szacunkowa wartość zamówienia określona przez zamawiającego, a także ceny zawarte w ofertach złożonych przez pozostałych wykonawców w postępowaniu. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wdrożył mechanizm weryfikacji prawidłowości ceny oferty złożonej przez REZ-DROGPOL, jednakże po dokonaniu badania podjął błędne wnioski, których efekt (wybór oferty najkorzystniejszej) stanowią jedną z podstaw niniejszego odwołania.

Porównując koszty za poszczególne elementy ceny we własnej ofercie oraz w ofercie wykonawcy REZ-DROGPOL Odwołujący wskazali, że różnica w cenach wynika z tego, że:

- 1) Wykonawca REZ-DROGPOL zastosował stawkę za roboczogodzinę niższą od przewidzianej przepisami stawki minimalnego wynagrodzenia za pracę, dlatego koszt robocizny i koszty pośrednie są wyraźnie niższe.
- 2) Wykonawca REZ-DROGPOL uwzględnił w ofercie o połowę niższą liczbę roboczogodzin niż wymagał tego

Zamawiający. Zgodnie z przedmiarem robót Zamawiający wymagał dla rejonu II przyjęcie 31 789,5430 roboczogodzin, zaś dla rejonu III przyjęcie 30 764,1680 roboczogodzin. Takie założenia przyjęli też obydwaj Odwołujący. Z kolei wykonawca REZ-DROGPOL w swoim kosztorysie przyjął o 50 % mniejszą liczbę roboczogodzin, tj. w odniesieniu do rejonu II łącznie 15 616,1878 roboczogodzin, natomiast w odniesieniu do rejonu III łącznie 15 012,6978.

3) Koszty pośrednie dla rejonu II są bardzo niskie i nierealne. Nie ma możliwości, aby przy tak założonych kosztach pośrednich można było należycie wykonać zamówienie. Absolutnym minimum w zakresie kosztów pośrednich powinno być 30-40 %, co zresztą wykonawca REZ-DROGPOL przyznaje w ofercie na rejon III, gdzie założono koszty pośrednie na poziomie 30 %. Powoduje to, że ceny jednostkowe zaoferowane przez wykonawcę REZ-DROGPOL są rażąco niskie, albowiem wykonawca ten zamierza zrealizować wszystkie pozycje poniżej kosztów wytworzenia i z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki minimalnej za godzinę pracy.

W uzasadnieniu zarzutu nr 4 odwołania dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy REZ-DROGPOL z powodu złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji Odwołujący podał, że upatruje czynu nieuczciwej konkurencji w ofercie wykonawcy REZ-DROGPOL w sztucznym zawyżeniu i zaniżeniu cen jednostkowych dla asortymentów robót w Załączniku nr 10 SWZ, które stanowiły kryterium oceny ofert dla wszystkich rejonów, w tym dla rejonu II i rejonu III. Zgodnie z rozdziałem 15 SWZ: pozycja nr 1 - 10 %, pozycja nr 2 - 4 %, pozycja nr 3 - 8 %, pozycja nr 4 - 7 %, pozycja nr 5 - 2 %, pozycja nr 6 - 8 %, pozycja nr 7 - 3 %, pozycja nr 8 - 10 %, pozycja nr 9 - 2 %, pozycja nr 10 - 2 %, pozycja nr 11 - 1 %, pozycja nr 12 - 1 %, pozycja nr 13 - 1 %, pozycja nr 14 - 1 %.

Odwołujący uważają, że w związku z tym wykonawca REZ-DROGPOL dopuścił się celowego, niezgodnego z prawem kształtowania cen w szczególności dla pozycji nr 4 i dla pozycji nr 5, tj. zaniżył cenę dla pozycji nr 4 i zawyżył cenę dla pozycji nr 5. Zgodnie z Załącznikiem nr 10 do SWZ cena jednostkowa dla pozycji nr 4 - ułożenie dywanika asfaltobetonowego o grubości 4 cm wynosiła 77 zł 00 gr netto, podczas gdy cena jednostkowa dla pozycji nr 5 - j.w. lecz dopłata za każdy następny 1 cm grubości wynosiła 33 zł 13 gr netto. Wykonawca REZ-DROGPOL zatem celowo i sztucznie obniżył cenę jednostkową dla pozycji nr 4, aby przenieść i zawyżyć sztucznie cenę jednostkową dla pozycji nr 5. Działanie to miało na celu uzyskanie jak największej liczby punktów przez wykonawcę REZ-DROGPOL dla pozycji nr 4, nawet kosztem pozycji nr 5, która była znacznie mniej punktowana. Odwołujący podnieśli, że nawet żadnych dowodów można zauważyć, że ułożenie 1 cm dywanika kosztuje niemal 45 % tego, ile ułożenie 4 cm dywanika, zatem cena nie została podana poprawnie i jest sprzeczna z dobrymi obyczajami. Ułożenie 1 cm powinno kosztować około 25 % ułożenia 4 cm, czyli cena jednostkowa dla pozycji nr 5 powinna w rozpatrywanym przypadku wynosić 16 zł 30 gr netto (25 % z 65 zł 21 gr netto), a nie 29 zł 63 gr netto. Alternatywnie cena jednostkowa dla pozycji nr 4 w rozpatrywanym przypadku powinna zatem stanowić czterokrotność stawki ceny jednostkowej dla pozycji nr 5, tj. 118 zł 52 gr netto (4x 29 zł 63 gr netto). W ocenie Odwołujących jest czymś niedopuszczalnym, aby 1 cm dywanika kosztował prawie 50 % tego, ile kosztuje ułożenie 4 cm dywanika. Odwołujący zauważyli, że na obszarze rejonu II i rejonu III zdecydowana większość odcinków dróg będzie wymagała dywanika o grubości 5 cm, zatem wykonawca REZ-DROGPOL doskonale zdaje sobie sprawę, że tego rodzaju zniekształcenie ceny jednostkowej nie odbije się negatywnie na nim, ponieważ i tak uzyska dochód zarówno z pozycji nr 4, jak i z pozycji nr 5. Odwołujący podnieśli, że cena jednostkowa wykonawcy REZ-DROGPOL nie oddaje rzetelnie kosztów ponoszonych przez niego i naraża Zamawiającego na zapłatę cen jednostkowych, które zostały ustalone w sposób dowolny i jednocześnie powoduje negatywne skutki dla

Odwołujących, którzy zgodnie ze sztuką wycenili ceny jednostkowe dla pozycji nr 4 i pozycji nr 5 (a w konsekwencji otrzymali mniejszą liczbę punktów). Odwołujący ocenili takie działanie ze strony wykonawcy REZ-DROGPOL jako niezgodne z dobrymi obyczajami i stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji.

Dla Odwołujących czynem nieuczciwej konkurencji, którego dopuścił się wykonawca REZ-DROGPOL, jest też nieuzasadnione stosowanie różnych stawek jednostkowych, kosztów pośrednich i zysku dla rejonu II i rejonu III. Ich zdaniem stanowi to niczym nieuzasadnione zróżnicowanie traktowania tego samego klienta (Zamawiającego), które nie zasługuje na ochronę prawną. Choć Odwołujący mają świadomość, że różnica pomiędzy rejonem II i rejonem III może istnieć, ale nie aż do takiego stopnia, który stosuje wykonawca REZ-DROGPOL. W ich ocenie ewentualne straty na jednym kontrakcie (rejon II) wykonawca REZ-DROGPOL będzie próbował nadrobić na drugim kontrakcie (rejon III). Ceny jednostkowe wykonawcy REZ-DROGPOL z Załącznika nr 10 do SWZ dla rejonu II i dla rejonu III różnią się diametralnie, a poza tym ceny jednostkowe dla rejonu III są znacząco wyższe od cen jednostkowych dla rejonu II, co może potwierdzać postawioną przez Odwołujących tezę, że wykonawca REZ-DROGPOL ewentualne koszty realizacji z jednego kontraktu (rejon II) będzie próbował odzyskać w ramach realizacji drugiego kontraktu (rejon III). Jednocześnie według Odwołujących świadczy to również o pełnej dowolności w kształtowaniu ceny przez wykonawcę REZ-DROGPOL oraz o tym, że jego ceny jednostkowe nie zostały skalkulowane w sposób rzetelny i przemyślany. Odwołujący podnieśli, że ceny jednostkowe wykonawcy REZ-DROGPOL z Załącznika nr 10 do SWZ mają kluczowe znaczenie, ponieważ na ich podstawie dokonuje się rozliczenia wynagrodzenia wykonawcy (§ 7 ust. 1 wzoru umowy) oraz rozliczenie ewentualnych robót dodatkowych (§ 2 ust. 10 wzoru umowy). Wykonawca nie powinien zatem oferować cen jednostkowych, które zostały ustalone w sposób dowolny, nieprzejrzysty itp. Odwołujący w swoich odwołaniach przedstawili różnice cen jednostkowych wykonawcy REZ-DROGPOL dla rejonu II i dla rejonu III w formie tabeli (str. 31-32 odwołań). Podnieśli, że wykonawca REZ-DROGPOL dla rejonu II przyjął koszty pośrednie i zysk na poziomie 10 %, natomiast dla rejonu III koszty pośrednie wynoszą 30 %, a zysk nawet 45 %. Ich zdaniem dyskryminacja cenowa może polegać także na zawężaniu marży lub zawężaniu ceny. Według Odwołujących skoro czynem nieuczciwej konkurencji jest stosowanie różnych cen dla różnych odbiorców za te same towary bądź usługi (art. 15 ust. 1 pkt 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, art. 9 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów), to tym bardziej czynem nieuczciwej konkurencji będzie stosowanie różnych cen jednostkowych dla tego samego odbiorcy (Zamawiającego) za te same towary bądź usługi bądź roboty budowlane w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (mimo

iż podzielonego na części). W uzupełnieniu swojej argumentacji Odwołujący dodali, że skoro ceny jednostkowe w ramach rejonu II są według wykonawcy REZ-DROGPOL realne i jest możliwe należyte wykonanie zamówienia za te ceny jednostkowe, to jednocześnie świadczy to o tym, że ceny jednostkowe wykonawcy REZ-DROGPOL dla rejonu III są cenami nieuczciwymi, tj. cenami nadmiernie wygórowanymi, opartymi o nieprzejrzyste kryteria jej kalkulacji. Nawet gdyby przyjąć, że wykonawca REZ-DROGPOL mógł zastosować tak odmienne ceny jednostkowe dla obu rejonów, to jednocześnie zastosowane ceny jednostkowe nie są w ogóle transparentne, co również uzasadnia potraktowanie oferty wykonawcy REZ-DROGPOL jako złożonej w warunkach nieuczciwej konkurencji. Niezależnie od tego wykonawca REZ-DROGPOL przyjął o 50 % mniej robocizny dla rejonu II i rejonu III niż wymaga to Zamawiający. Zdaniem Odwołujących oznacza to, że wykonawca REZ-DROGPOL może próbować wykonać zamówienie publiczne w sposób nienależyty lub poniżej kosztów własnych, co w obu przypadkach winno być traktowane jako czyn nieuczciwej konkurencji.

W ocenie Odwołujących wykonawca REZ-DROGPOL nie daje rękojmi wykonania zakresu prac przewidzianych do realizacji zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, co świadczy o niepełnej i niekompletnej wycenie. Takie działanie należy jednoznacznie zakwalifikować jako działanie na szkodę i ryzyko Zamawiającego, a także jako zakłócenie funkcjonowania uczciwej konkurencji poprzez wprowadzenie nierzetelnego współzawodnictwa w zakresie oferowanych cen jednostkowych. Działanie takie wpływa w sposób niekorzystny na wysokość zaoferowanej ceny. Takie praktyki bezpośrednio zagrażają interesom innych wykonawców, którzy kalkulując swoją cenę uczciwie, nie są w stanie realnie konkurować z podmiotem, który wycenia swoje prace nieprawidłowo, niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego i obowiązującymi przepisami. Zdaniem Odwołujących tego typu działanie wypełnia definicję czynu nieuczciwej konkurencji określoną w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co powinny skutkować obowiązkiem odrzucenia oferty wykonawcy REZ-DROGPOL na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP. Odwołujący podkreślili jednocześnie, że wykonawca REZ-DROGPOL nie miał możliwości złożenia stosownych wyjaśnień, które mogłyby doprowadzić do konkluzji, że złożona przez niego oferta nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji. W przypadku stwierdzenia, że oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, Zamawiający zobligowany był do odrzucenia oferty tego wykonawcy. W tych okolicznościach zdaniem obydwu Odwołujących oferta złożona przez wykonawcę REZ-DROGPOL powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, zaś samo działanie wykonawcy należy ocenić jako naruszające zasadę uczciwej konkurencji i uczciwego współzawodnictwa w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu zarzutu nr 5 odwołania dotyczącego niezgodności oferty wykonawcy REZ-DROGPOL z warunkami zamówienia Odwołujący wskazali, że w świetle orzecznictwa Sądów Okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej niezgodność treści oferty z SWZ musi mieć charakter nieusuwalny oraz dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SWZ i zobowiązania oferowanego w ofercie lub też polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SWZ. Odwołujący podnieśli, że Zamawiający zobligował wykonawców, aby wraz z ofertą złożyli kosztorys ofertowy (część 8 pkt 2.7 SWZ). Według wymagań Zamawiającego do oferty należy przedłożyć kosztorys ofertowy w formie uproszczonej wykonany zgodnie z obowiązującymi przepisami, oraz odrębny wykaz czynników cenotwórczych (R, Kp, Z, M, S) sporządzony zgodnie ze wzorem (przedmiarem) określonym w załączniku nr 1A, 1B, 1C do SWZ. Dokumenty należało wypełnić i podpisać przez osobę uprawnioną i złożyć wraz z ofertą. Załącznik nr 1B do SWZ dotyczył rejonu II, zaś załącznik nr 1C do SWZ dotyczył rejonu III. Załącznik nr 1B do SWZ przewidywał liczbę roboczogodzin na poziomie 31 789,5430, Załącznik nr 1C do SWZ przewidywał liczbę roboczogodzin na poziomie 30 764,1680, natomiast SWZ wskazywał, że w przypadku, gdy opis pozycji zawiera „krotność”, to w cenie jednostkowej za daną pozycję należy ją ująć (część 14 pkt 6 lit. c SWZ). Odwołujący podnieśli także, że ceny jednostkowe dla asortymentów robót miały stanowić integralny element umowy oraz podstawę do rozliczeń umownych (§ 7 ust. 1 wzoru umowy oraz § 2 ust. 10 wzoru umowy). Był to zatem istotny dokument w kontekście realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego, natomiast kosztorys stanowił rozwinięcie i uszczegółowienie zaproponowanych cen jednostkowych. Odwołujący podali, że zestawienie treści oferty wykonawcy REZ-DROGPOL z wytycznymi Zamawiającego prowadzi do wniosku, że wykonawca ten wbrew wymogom Zamawiającego ujął w swoim kosztorysie inną liczbę roboczogodzin, co stanowi pierwszą niezgodność z warunkami zamówienia. Ma ona charakter formalnej i merytorycznej niezgodności z SWZ, co oznacza, że nie uwzględniono pełnego nakładu czasu pracy na potrzeby ustalenia wartości cen jednostkowych, oferowanych w postępowaniu.

Drugą niezgodnością oferty wykonawcy REZ-DROGPOL jest wskazanie nieprawidłowej wielokrotności poszczególnych cen (błąd ten popełniono zarówno w kosztorysie ofertowym, jak i w Załączniku nr 10 do SWZ – ceny jednostkowe dla asortymentów robót). Zamawiający m. in. wymagał, aby pozycja nr 5 (j.w. lecz dopłata za każdy następny 1 cm grubości) stanowiła wielokrotność 0,25 pozycji nr 4 (układanie dywanika asfaltobetonowego grubości 4 cm), co powoduje, że cena jednostkowa dla pozycji nr 5 powinna stanowić 0,25 ceny jednostkowej dla pozycji nr 4. Z kolei wykonawca REZ-DROGPOL w swoim kosztorysie i w cenach jednostkowych dla asortymentu robót całkowicie zignorował wymóg stosowania wielokrotności

dla oferowanych cen jednostkowych. Pozycja nr 5 (j.w. lecz dopłata za każdy następny 1 cm grubości) stanowiła krotność wynoszącą około 0,5 dla pozycji 4 (układanie dywanika asfaltobetonowego grubości 4 cm), co oznacza, że zachodzi niezgodność oferty wykonawcy REZ-DROGPOL z warunkami zamówienia w wymiarze zarówno formalnym, jak i materialnym. Według Odwołujących skoro Zamawiający oczekuje, iż dana cena jednostkowa będzie określona jako krotność innej ceny jednostkowej, to wykonawcy nie mogą dowolnie ustalać cen jednostkowych z pominięciem wytycznych Zamawiającego. Poza tym Odwołujący podnieśli, że zaoferowanie tak zróżnicowanych cen jednostkowych przez wykonawcę REZ-DROGPOL może świadczyć o tym, że w wynagrodzeniu nie uwzględniono wszystkich elementów, niezbędnych do należytego wykonania zamówienia, co również uzasadnia odrzucenie oferty tego wykonawcy jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutu nr 6 odwołania dotyczącego naruszenia art. 239 ustawy PZP Odwołujący wskazali, że zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej składa się

konglomerat wielu realizowanych w postępowaniu czynności, w tym m. in. odrzucenie ofert podlegających odrzuceniu. W przypadku wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę REZ-DROGPOL, która powinna być odrzucona, czynność taka jest nieprawidłowa, a przynajmniej przedwczesna. Bez znaczenia jest, czy brak odrzucenia oferty tego wykonawcy był efektem niedopatrzenia czy brakiem pewności Zamawiającego, ponieważ w każdej z tych sytuacji Zamawiający dopuszcza się naruszenia art. 239 ustawy PZP – przepis ten pozwala tylko na dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej wyłącznie spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Poza tym na wypadek nieuwzględnienia zarzutów podstawowych odwołania i nieuznania oferty wykonawcy REZ-DROGPOL za ofertę podlegającą odrzuceniu Odwołujący z ostrożności postawili zarzut ewentualny dotyczący zaniechania wezwania wykonawcy REZ-DROGPOL do wyjaśnień uzupełniających istotnych części składowych ceny (zarzut nr 7). Powołali się przy tym na uzasadnienie zarzutu nr 2 odwołania. Odwołujący stanęli na stanowisko, że braki wyjaśnień wykonawcy REZ-DROGPOL udzielonych na pierwotne wezwanie Zamawiającego nie powinny być konwalidowane poprzez ponowne wezwanie uzupełniające. Niemniej jedynie z ostrożności Odwołujący, na wypadek gdyby Izba przyjęła przeciwne zapatrywanie, sformułowali zarzut ewentualny dotyczący niewezwania wykonawcy REZ-DROGPOL przez Zamawiającego do udzielenia dalszych szczegółowych wyjaśnień oraz złożenia wymaganych dowodów na poparcie zaofiarowanych istotnych części składowych ceny.

Uwzględniając akta sprawy odwoławczej, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone w pismach oraz złożone w trakcie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została spełniona żadna wynikająca z art. 528 ustawy PZP negatywna przesłanka, która uniemożliwiałaby merytoryczne rozpoznanie odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że wypełnione zostały opisane w art. 505 ust. 1 ustawy PZP ustawowe przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP.

W ustawowym terminie przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca REZ-DROGPOL. Krajowa Izba Odwoławcza na posiedzeniu niejawnym stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie do postępowania odwoławczego jest nieskuteczne, albowiem pełnomocnictwo udzielone przez jednego ze współników spółki cywilnej drugiemu współnikowi nie obejmowało upoważnienia do występowania w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą oraz jej Prezesem.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z regulacją § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2 rozporządzenia, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła też stanowisko prezentowane na rozprawie przez Odwołującego. Izba wydała na rozprawie postanowienie o dopuszczeniu dowodu z dokumentacji zgromadzonej w aktach sprawy odwoławczej, w tym z dowodów złożonych przez Odwołującego na rozprawie w postaci faktur VAT z zestawieniem łat i nakładek oraz Zestawień grubości dla wykonanych nakładek bitumicznych w latach 2017-20 dla rejonu II i rejonu III. Jednocześnie Izba uznała wiarygodność i moc dowodową dokumentów znajdujących się w aktach sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy PZP Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Zgodnie z rozdziałem 3 pkt 1 SWZ przedmiotem zamówienia jest utrzymanie bieżące dróg w granicach miasta Częstochowy w latach 2024-2025 w rejonie I, II i III. Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych.

Zgodnie z rozdziałem 3 pkt 2 SWZ Zamawiający wymagał zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę w sposób określony w art. 22 § 1 Kodeksu pracy osoby wykonującej następujące czynności: operatora rozścielacza, operatora walca, operatora równiarki, pracownika wykonującego roboty brukarskie, trzech pracowników wykwalifikowanych do wykonywania robót bitumicznych.

W świetle postanowień rozdziału 11 pkt 5 SWZ oferta musi być sporządzona według wzoru formularza oferty stanowiącego Załącznik do SWZ.

Zgodnie z rozdziałem 14 pkt 6 SWZ kosztorys ofertowy ma być sporządzony metodą kalkulacji uproszczonej dla ilości jednostek przedmiarowych robót podstawowych podanych w przedmiarach robót i być zgodny z OPZ:

- a) kwota netto (bez podatku VAT), wszystkich robót musi stanowić sumę iloczynów odpowiednio skalkulowanych cen jednostkowych robót i ilości jednostek przedmiarowych robót zawartych w przedmiarach robót,
- b) cena jednostkowa robót musi zawierać sumę kosztów bezpośrednich robocizny, materiałów i sprzętu oraz kosztów pośrednich i zysku oraz inne koszty związane z realizacją; dodatkowo czynniki cenotwórcze muszą być

podane w odrębnym wykazie, o którym mowa w pkt 14.3 oraz 8.2.7 SWZ,

c) w przypadku, gdy opis pozycji zawiera krotność to w cenie jednostkowej za daną pozycję należy ją ująć.

W świetle rozdziału 14 pkt 8 SWZ wszystkie opisy pozycji z kosztorysu ofertowego winny być zgodne z opisami załączonego do SWZ przedmiaru robót. Wykonawca nie jest uprawniony

do samoistnych zmian. Zmiany należy uwzględniać tylko w przypadku zmian i modyfikacji wprowadzonych przez Zamawiającego w trakcie postępowania.

Natomiast według rozdziału 14 pkt 9 SWZ w cenie należy uwzględnić wszystkie wymagania określone w niniejszej specyfikacji warunków oraz wszelkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia.

Oferty w postępowaniu na zadanie nr 2 złożyło 3 wykonawców:

- wykonawca REZ-DROGPOL na kwotę 2 249 747 zł 79 gr netto,
- wykonawca BITUM na kwotę 3 274 289 zł 08 gr netto,
- wykonawca RAFALIN Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Blachowni na kwotę 3 694 935 zł 57 gr netto.

Z kolei na zadanie nr 3 oferty w postępowaniu złożyło 2 wykonawców:

- wykonawca REZ-DROGPOL na kwotę 2 740 535 zł 81 gr netto,
- Konsorcjum firm BITUM i DROG-BUD na kwotę 3 106 880 zł 17 gr.

Zamawiający pismem z dnia 29 grudnia 2023 r. wezwał wykonawcę REZ-DROGPOL do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych. Zamawiający uznał, że niektóre ceny jednostkowe zaoferowane przez wykonawcę w Załączniku nr 10 do SWZ (Ceny jednostkowe asortymentów robót) są rażąco niskie w stosunku do wartości cen jednostkowych zamówienia ustalonych przez Zamawiającego:

1) część nr 2:

- pozycja nr 2 „jw. lecz dodatkowy 1cm grubości” – cena jest niższa o 75,39%,
- pozycja nr 3 „Remont cząstkowy nawierzchni masami na zimno grubości 4cm” – cena jest niższa o 69,98%,
- pozycja nr 8 „Równanie dróg gruntowych z zagęszczeniem” – cena jest niższa o 73,48%,
- pozycja nr 9 „Ścięcie poboczy grubości 10cm z odwozem na 5km” – cena jest niższa o 86,19%,
- pozycja nr 10 „jw. lecz dopłata za każde następne 5cm grubości” – cena jest niższa o 92,91%,
- pozycja nr 12 „Regulacja włązów” – cena jest niższa o 41,42%,
- pozycja nr 13 „Regulacja zasuw, studzienek i hydrantów” – cena jest niższa o 46,07%,

2) część nr 3:

- pozycja nr 1 „Remont nawierzchni grubości 4cm (powierzchnia łąty do 10m²)” – cena jest niższa o 45,24%,
- pozycja nr 2 „jw. lecz dodatkowy 1cm grubości” – cena jest niższa o 71,59%,
- pozycja nr 3 „Remont cząstkowy nawierzchni masami na zimno grubości 4cm” – cena jest niższa o 68,33%,
- pozycja nr 8 „Równanie dróg gruntowych z zagęszczeniem” – cena jest niższa o 58,50%,
- pozycja nr 9 „Ścięcie poboczy grubości 10cm z odwozem na 5km” – cena jest niższa o 78,95%,
- pozycja nr 10 „jw. lecz dopłata za każde następne 5cm grubości” – cena jest niższa o 89,08%.

Ponadto Zamawiający podał, że ceny jednostkowe zaoferowane przez wykonawcę w Załączniku nr 10 do SWZ (Ceny jednostkowe asortymentów robót) są rażąco niskie w stosunku do średniej arytmetycznej poszczególnych cen jednostkowych zaoferowanych przez wszystkich Wykonawców:

1) część nr 2:

- pozycja nr 2 „jw. lecz dodatkowy 1cm grubości” – cena jest niższa o 52,67%,

- pozycja nr 3 „Remont cząstkowy nawierzchni masami na zimno grubości 4cm” – cena jest niższa o 44,98%,
- pozycja nr 8 „Równanie dróg gruntowych z zagęszczeniem” – cena jest niższa o 71,76%,
- pozycja nr 9 „Ścięcie poboczy grubości 10cm z odwozem na 5km” – cena jest niższa o 38,69%,
- pozycja nr 12 „Regulacja włazów” – cena jest niższa o 40,63%,
- pozycja nr 13 „Regulacja zasuw, studzienek i hydrantów” – cena jest niższa o 43,19%,

2) część nr 3:

- pozycja nr 2 „jw. lecz dodatkowy 1cm grubości” – cena jest niższa o 36,97%,
- pozycja nr 3 „Remont cząstkowy nawierzchni masami na zimno grubości 4cm” – cena jest niższa o 35,62%,
- pozycja nr 8 „Równanie dróg gruntowych z zagęszczeniem” – cena jest niższa o 46,37%.

Wobec tego zaoferowane ceny wzbudziły uzasadnione wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia i wynikającymi z odrębnych przepisów. Zamawiający wezwał więc wykonawcę do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Wykonawca zobowiązany był do przedstawienia dowodów w zakresie sposobu ich wyliczenia i skalkulowania. Zamawiający oczekiwał wyjaśnienia, czy w cenie jednostkowej zostały uwzględnione wszystkie wymagania określone w SWZ oraz wszelkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu wykonania przedmiotu zamówienia w sposób należyty oraz zgodnie z obowiązującymi przepisami i zasadami sztuki budowlanej, a także czy przyjęta cena pozwoli na realizację zamówienia z należytą starannością, czy nie wskazuje ona na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych oraz czy pozwala na wygenerowanie przez wykonawcę zysków. Zamawiający wezwał do złożenia wyczerpujących informacji na temat sposobu uwzględnienia elementów mających wpływ na cenę, mając na uwadze m. in. zaangażowanie osobowe, rzeczowe, sprzętowe, finansowe i związane z tym niezbędne do poniesienia koszty. Ponadto wyjaśnienia musiały zawierać co najmniej informacje dotyczące:

- zgodności zaoferowanych istotnych składników oferty 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,
- zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

W swojej odpowiedzi z dnia 5 stycznia 2024 r. wykonawca REZ-DROGPOL wyjaśnił Zamawiającemu, że zaoferowane przez niego ceny jednostkowe są realne i zostały ustalone z należytą starannością. Ceny te wynikają z kalkulacji własnych dla poszczególnych pozycji opracowanych zgodnie z zasadami ustalonymi przez Zamawiającego, przy wykorzystaniu katalogów KNR wskazanych przez Zamawiającego. Przyjęte ceny materiałów są cenami rynkowymi, tj. wykonawca po takich cenach dokonuje zakupu materiałów (w szczególności odnosi się to do zakupu materiałów i usług sprzętowych). Do swoich wyjaśnień wykonawca REZ-DROGPOL załączył oferty handlowe od dostawców przedmiotowych materiałów oraz przykładowe faktury na zakup materiałów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia:

- faktury z dnia 14 i 21 listopada 2023 r. na zakup masy mineralno-bitumicznej,
- oferty handlowe na zakup mieszanki mineralno-asfaltowej „na zimno” i na zakup masy mineralno-asfaltowej.

Jednocześnie wykonawca REZ-DROGPOL zastrzegł, że do wyjaśnienia ofert i faktur swoich dostawców zastrzegł klauzulę „tajemnica przedsiębiorstwa”. Informacje te posiadają dla wspólników spółki wartość gospodarczą, zostały uzyskane w wyniku ich wieloletnich kontaktów z dostawcami, nie są powszechnie dostępne i są przez nich chronione w celu utrzymania poufności. Oznaczenie tych ofert klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa” jest zgodne z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wykonawca REZ-DROGPOL wskazał w swoich wyjaśnieniach także, że ceny materiałów i koszt pracy sprzętu są realne. Wartości przyjęte do opracowanych kalkulacji są wyższe od cen przyjętych do kalkulacji na prace wykonywane przez firmę wspólników w latach 2021 – 2023 na zalecenie Zamawiającego.

Wykonawca podał przykładowe ceny materiałów:

Nazwa	j.m.	Cena aktualna	Cena 2021-2023	Zmiana ceny w %
Mieszanka mineralno-asfaltowa grysowa (masa na zimno)	t	600,00	198,00	303
Mieszanka mineralno-bitumiczna	t	342,00	198,00	173
Mieszanka mineralno-bitumiczna	t	360,00	198,00	182

Asfalt drogowy	kg	2,30	0,90	256
Cement portlandzki zwykły	t	770,00	360,00	214
Deski iglaste obrzynane 19-25mm	m	940,00	100,00	940

Podał również przykładowe ceny pracy sprzętu

Nazwa	j.m.	Cena aktualna	Cena 2021-2023	Zmiana ceny w %
Ciągnik kołowy 37kw/50 KM	m-g	50,00	40,00	125
Rozkładarka mas bitumicznych	m-g	350,00	180,00	194
Frezarka do nawierzchni drogowych za podajnikiem 2,0m	m-g	400,00	100,00	400
Frezarka do nawierzchni drogowych za podajnikiem 2,0m	m-g	300,00	100,00	300

Wykonawca REZ-DROGPOL wyjaśnił ponadto, że wskazane w kalkulacjach ceny robocizny, oparte na stawce za 1 roboczogodzinę, zapewniają utrzymanie przez ich pracowników kwot wyższych od kwot wynagrodzenia minimalnego za pracę ustalonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Przyjęta stawka za 1 roboczogodzinę jest wyższa od stawki przyjętej do kalkulacji na roboty realizowane w latach 2021-2023 o 38,2%, co odpowiada wzrostowi wynagrodzeń w tym okresie.

Wykonawca podniósł też, że rzetelnie wykonywał prace zlecone w ramach zamówienia na „Utrzymanie bieżące dróg w granicach miasta Częstochowy w rejonie II w okresie od 2021 do 2023 r.” po cenach jednostkowych oferowanych w tamtym zamówieniu i w latach tych uzyskiwał pozytywne wyniki finansowe. Dodał, że prowadzi działalności gospodarczą w zakresie objętym postępowaniem od 1995 r. Posiada duże doświadczenie w tym zakresie, ma wypracowane i sprawdzone technologie wykonywania prac, ma wypracowane systemy organizacji robót,

posiada zespół pracowników z wieloletnim doświadczeniem, dysponuje w zdecydowanej większości własnym nowoczesnym sprzętem, nie korzysta z kredytów bankowych. Wszystkie te okoliczności umożliwiają oferowanie i wykonywanie prac po konkurencyjnych cenach.

Wykonawca REZ-DROGPOL oświadczył, że w cenach jednostkowych zawartych w jego ofercie zostały uwzględnione wszystkie wymagania określone w SWZ oraz wszystkie koszty jakie wykonawca poniesie z tytułu wykonania przedmiotu zamówienia w sposób należyty oraz zgodnie z obowiązującymi przepisami i zasadami sztuki budowlanej i z należytą starannością. Składając ofertę zrealizuje zamówienie po wskazanych cenach jednostkowych i nie poniesie straty na tych usługach, a wprost przeciwnie, osiągnie zysk. Jednocześnie wykonawca REZ-DROGPOL potwierdził, że oferowane przez niego ceny są cenami rynkowymi gwarantującymi wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób należyty oraz zgodnie z obowiązującymi przepisami i zasadami sztuki budowlanej. Przyjęte ceny jednostkowe pozwolą na realizację zamówienia z należytą starannością, a jednocześnie pozwolą na wypracowanie zakładanego przez niego zysku.

Zamawiający w dniu 17 stycznia 2024 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej we wszystkich trzech rejonach miasta Częstochowa. Zarówno w ramach zadania nr 2 obejmującego rejon II Częstochowy, jak i zadania nr 3 obejmującego rejon III Częstochowy za najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy REZ-DROGPOL.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy rozpoznała merytorycznie odwołania złożone przez wykonawcę BITUM (sprawa o sygn. akt KIO 223/24) i Konsorcjum firm BITUM i DROGBUD (sprawa o sygn. akt KIO 234/24) i uznała, że zarzuty podniesione w obu odwołaniu dotyczące oferty złożonej przez ich konkurenta – wykonawcę REZ-DROGPOL na dwa rejon miasta Częstochowa (rejon II i rejon III) w znacznej części są uzasadnione i w tym zakresie odwołania okazały się zasadne. Zważywszy na tożsamość stanu faktycznego, który leży u podstaw zarzutów odwołań oraz taką samą kwalifikację prawną uchybień zarzucanych czynnościom Zamawiającego, Izba odniesie się łącznie do sformułowanych tożsamo w obydwu odwołaniach zarzutów.

W zakresie zarzutu nr 1 obu odwołań:

W odniesieniu do pierwszego z zarzutów odwołań wykonawca BITUM i Konsorcjum firm BITUM i DROGBUD zarzucili Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

- art. 74 ust. 1 ustawy PZP, który stwierdza, że protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek
- art. 74 ust. 2 ustawy PZP, który stanowi, że załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że: 1) oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. 2 zdanie drugie, 2) wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami udostępnia się od dnia poinformowania o wynikach oceny tych wniosków – przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu,
- art. 18 ust. 1 ustawy PZP, według którego postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne,

- art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z którym przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Odnosząc się do zarzutów obydwu odwołań kwestionujących prawidłowość dokonanego przez wykonawcę REZ-DROGBUD zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz objęcia nim 4 załączników do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 5 stycznia 2024 r., a tym samym negujących działania Zamawiającego, który utrzymał w tajemnicy zastrzeżone przez wykonawcę REZ-DROGBUD załączniki, to Izba stwierdza, że ujęte w treści samych wyjaśnień uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest bardzo skąpe i ogólnikowe, wobec czego należy uznać, że wykonawca REZ-DROGPOL nie wykazał w ogóle spełnienia ustawowych przesłanek umożliwiających zachowanie w poufności określonych dokumentów i informacji przedsiębiorstwa

– ani w zakresie dotyczącym wartości gospodarczej, ani w zakresie odnoszącym się do działań podejmowanych przez wykonawcę w celu ochrony swoich tajemnic handlowych. Wykonawca REZ-DROGBUD nie wyjaśnił dlaczego utajniane oferty handlowe i faktury VAT mają dla niego wartość gospodarczą. W ocenie Izby samo powoływanie się na wieloletnie kontakty handlowe z kontrahentami jest niewystarczające, albowiem w działalności gospodarczej pozostawanie w stałych stosunkach gospodarczych z dostawcami czy usługodawcami jest czymś typowym, zaś wykonawca REZ-DROGPOL ani nie wyjaśnił, ani nie udowodnił, w jaki sposób te wieloletnie kontakty handlowe przełożyły się na uzyskanie korzystnych cen zakupu u swoich kontrahentów. Ponadto należy stwierdzić, że wykonawca REZ-DROGBUD nie wykazał spełnienia kolejnych przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. braku powszechności i łatwego dostępu do zastrzeganych informacji oraz tego, że on sam podejmuje odpowiednie działania mające na celu zachowanie swoich wrażliwych informacji i dokumentów w poufności. W tym zakresie wyjaśnienia rażąco niskiej nie zawierają żadnej mogącej mieć znaczenie treści. Brak jest również dowodów potwierdzających, że wykonawca REZ-DROGBUD w odniesieniu do swoich tajemnic podejmuje stosowne działania ochronne. W tych okolicznościach nie można więc stwierdzić, że wykonawca ten w sposób skuteczny dokonał zastrzeżenia tajemnicy swojego przedsiębiorstwa w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Dróg Miejskich w Częstochowie.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że Zamawiający niezasadnie utrzymał w mocy zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez wykonawcę REZ-DROGBUD i dlatego też, uwzględniając zarzut nr 1 w obydwu odwołaniach, nakazała Zamawiającemu odtajnienie wszystkich dokumentów załączonych do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 5 stycznia 2024 r.

W zakresie zarzutu nr 2 obu odwołań:

W odniesieniu do drugiego z zarzutów odwołań wykonawca BITUM i Konsorcjum firm BITUM i DROGBUD zarzucili Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

- art. 224 ust. 6 ustawy PZP, zgodnie z którym odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.
- art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, który stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ustosunkowując się do zarzutu obu odwołań dotyczącego złożenia niewystarczających, ogólnikowych wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny i braku dowodów na poparcie sposobu wyliczenia ceny ofertowej to należy stwierdzić, że lektura wyjaśnień z dnia 5 stycznia 2024 r. wskazuje na to, że wykonawca REZ-DROGPOL odpowiadając na wezwanie Zamawiającego z dnia 29.12.2023 r. udzielił bardzo lakonicznej odpowiedzi, która nie została udokumentowana dodatkowo dowodami, z wyjątkiem dwóch przykładowych faktur za zakup masy bitumicznej i dwóch ofert handlowych na sprzedaż mieszanki mineralno-asfaltowej. Należy przypomnieć, że Zamawiający oczekiwał złożenia konkretnych i należyście udokumentowanych wyjaśnień wobec sposobu wyceny pozycji nr 2, 3, 8, 9, 10, 12 i 13 z Załącznika nr 10 do SWZ w odniesieniu do rejonu II oraz wobec sposobu wyceny pozycji nr 1, 2, 3, 8, 9 i 10 w Załączniku nr 10 do SWZ w odniesieniu do rejonu III. Wykonawca REZ-DROGPOL nie odniósł się w swoich wyjaśnieniach do tego fragmentu wezwania Zamawiającego, tylko ogólnie odwołał się do realizacji podobnego zamówienia na rzecz tego samego Zamawiającego w latach 2021-2023 wskazując zarazem, iż wtedy ceny jednostkowe były niższe i jaka procentowo zmiana nastąpiła od tamtego okresu. Izba nie znając warunków tamtego zamówienia nie jest w stanie odnieść się do tej argumentacji i ocenić na ile warunki przetargu znajdują przełożenie na ten obecnie prowadzony, aby można było czynić porównania pomiędzy cenami zaoferowanymi wówczas a obecnie. Niemniej jednak skoro wykonawca REZ-DROGPOL mógł podać w swoich wyjaśnieniach w odniesieniu do niektórych materiałów i sprzętu własne stawki cenowe, to w ocenie Izby nic też nie stało na przeszkodzie, aby powiązać je z odpowiednimi pozycjami asortymentów robót z Załącznika nr 10 do SWZ, których sposób wyceny wzbudził wątpliwości u Zamawiającego. W wyjaśnieniach brak jest jednak tego powiązania.

Kolejną okolicznością przemawiającą za uznaniem, że złożone przez wykonawcę REZ-DROGPOL wyjaśnienia nie uzasadniają zaoferowanej ceny, jest podanie w kosztorysach ofertowych stawki roboczogodziny w wysokości 23 zł 50 gr. Należy przypomnieć, że w świetle rozdziału 3 pkt 2 SWZ Zamawiający wymagał zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na umowę o pracę co najmniej kilku pracowników: operatora rozścielacza, operatora walca, operatora równiarki, pracownika wykonującego roboty brukarskie, pracowników dedykowanych do wykonywania robót bitumicznych.

W tej sytuacji za zasadną należy uznać argumentację Odwołujących, że zarówno w odniesieniu do oferty złożonej na utrzymanie bieżące dróg w rejonie II w Częstochowie, jak i w rejonie III tego miasta wykonawca REZ-DROGPOL oszacował koszty robocizny poniżej stawek minimalnego wynagrodzenia za pracę i minimalnej stawki godzinowej obowiązujących w pierwszej i drugiej połowie 2024 r. Przyjęta przez wykonawcę REZ-DROGPOL stawka godzinowa w wysokości 23 zł 50 gr obowiązywała w 2023 r., natomiast

zgodnie z aktualnie obowiązującym rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 14 września 2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. (Dz. U. z 2023 r., poz. 1893) minimalna stawka godzinowa to 27 zł 70 gr, a minimalne wynagrodzenie za pracę, zakładając 160 godzin pracy w miesiącu, daje stawkę na poziomie 26 zł 51 gr za 1 godzinę pracy. W ofercie wykonawcy REZ-DROGPOL na obydwie zadania doszło zatem do zaniżenia kosztów robocizny, czyli niezgodności oferty z aktualnie obowiązującymi w 2024 r. przepisami dotyczącymi kosztów pracy.

Ponadto, na co słusznie zwrócili uwagę obaj Odwołujący, wykonawca REZ-DROGPOL w złożonych wykazach wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dla rejonu II i rejonu III jako podstawę dysponowania częścią sprzętu podał umowę najmu. W złożonych wyjaśnieniach w zakresie wyliczenia ceny brak jest natomiast jakiegokolwiek odniesienia do tego, jakie koszty w skali miesiąca po stronie wykonawcy generuje najem maszyn ujętych w wykazie. Niewątpliwie konieczność okresowego uiszczania opłat za korzystanie ze sprzętu stanowi koszt po stronie wykonawcy i powinien ująć ten koszt w swojej kalkulacji ceny.

Jeśli chodzi o dowody na potwierdzenie zaoferowanych cen i ponoszonych kosztów, to wykonawca REZ-DROGPOL do swoich wyjaśnień dołączył jedynie faktury VAT i oferty na zakup masy mineralno-bitumicznej i mieszanki mineralno-asfaltowej. Choć w swoich wyjaśnieniach wskazuje on również na konieczność zastosowania cementu portlandzkiego zwykłego i desek iglastych obrzynanych, to nie wykazał Zamawiającemu, jaki jest koszt tego rodzaju asortymentu. Należy więc uznać, iż informacje przedstawione w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, w tym zawartej na str. 2 tabeli, przynajmniej w odniesieniu do części ujętych tam materiałów, pozostają jedynie nieopartą żadnymi dowodami deklaracją wykonawcy.

Mając powyższe na uwadze Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że oferta wykonawcy REZ-DROGPOL powinna zostać odrzucona na podstawie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, jako że złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia i dołączone dowody nie potwierdzają ceny zawartej w ofercie, zaś w przypadku ceny zaoferowanej za robociznę na poziomie 23 zł 50 gr za roboczogodzinę wyjaśnienia potwierdzają, że zaproponowana cena jest niezgodna z przepisami prawa z zakresu kosztów pracy, ponieważ nie uwzględnia ona postawionego w dokumentacji postępowania wymagania dotyczącego zatrudnienia części osób dedykowanych do realizacji zamówienia na podstawie umowy o pracę. Dlatego też zarzut nr 2 odwołania podlega uwzględnieniu.

W zakresie zarzutu nr 3 obu odwołań:

W zarzucie nr 3 odwołań wykonawca BITUM i Konsorcjum firm BITUM i DROGBUD zarzucili Zamawiającemu naruszenie regulacji art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, która stwierdza, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zarzut ten stanowi uzupełnienie zarzutu nr 2 odwołania i zarazem jest on skorelowany z zarzutem nr 5 odwołania, w odniesieniu do przyjętej stawki roboczogodzin. Niezależnie od samej lakoniczności wyjaśnień rażąco niskiej ceny, które w dniu 5 stycznia 2024 r. wykonawca REZ-DROGPOL udzielił Zamawiającemu, oraz braku dostatecznego wykazania dowodami realności zaoferowanej ceny, kosztów i ich istotnych części składowych, za zasadną należy uznać argumentację Odwołujących, że – zarówno w odniesieniu do oferty złożonej na utrzymanie bieżące dróg w rejonie II miasta Częstochowy, jak i w rejonie III miasta Częstochowy – wykonawca REZ-DROGPOL oszacował koszty robocizny poniżej obowiązujących w 2024 r. stawek minimalnego wynagrodzenia za pracę i minimalnej stawki godzinowej. Okoliczność ta potwierdza, że oferta jest niezgodna z przepisami prawa regulującymi koszty pracy. Sprawia też to, że nie tylko jej część składowa dotycząca kosztów robocizny, ale również i cała zaoferowana cena zostały zaniżone w stopniu rażącym.

Poza tym w odniesieniu do obydwu rejonów miasta Częstochowa wykonawca REZ-DROGPOL w sposób samowolny zmienił liczbę roboczogodzin określoną przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania (przedmiarze robót – zestawieniu robocizny) na poszczególne rejon, do czego wykonawca nie był uprawniony w świetle postanowienia zawartego w rozdziale 14 pkt 8 SWZ. Choć Zamawiający w dokumentacji postępowania ustalił liczbę roboczogodzin w zestawieniu robocizny na 31 789,5430 (w odniesieniu do rejonu II) i 30 764,1680 (w odniesieniu do rejonu III), to nie wiedzieć czemu wykonawca REZ-DROGPOL w złożonej ofercie niemal 2-krotnie zaniżył te wartości. Doszło przez to do nieuprawnionego, rażącego zaniżenia wyceny jednego z istotnych składników cenotwórczych, co powoduje nie tylko niezgodność całej oferty z warunkami zamówienia (o czym szerzej w dalszej części uzasadnienia wyroku), ale również sprawia, że wobec niezasadnego, niezgodnego z dokumentacją postępowania przyjęcia przez wykonawcę REZ-DROGPOL innych założeń w zakresie sposobu realizacji zamówienia, oferty złożone przez wykonawców nie są porównywalne.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała również za uzasadniony zarzut nr 3 odwołania dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP.

W zakresie zarzutów nr 5 obu odwołań:

W zarzucie nr 5 Odwołujący zarzucili Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, który stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Izba stwierdza, że potwierdził się zarzut Odwołujących co do niewłaściwego założenia przez wykonawcę REZ-

DROGPOL w ofercie liczby roboczogodzin, niezgodnie z przedmiarem robót określonym przez Zamawiającego. Z dokumentacji postępowania wynika, że na potrzeby tego postępowania Zamawiający przyjął w przedmiarze robót (zestawienie robocizny) w rejonie II miasta Częstochowa – liczbę roboczogodzin w wysokości 31 789,5430, natomiast w rejonie III miasta Częstochowa – liczbę roboczogodzin w wysokości 30 764,1680. Skoro w swojej ofercie wykonawca REZ-DROGPOL przyjął wartość odpowiednio 15 616 roboczogodzin (dla rejonu II) i 15 012 roboczogodzin (dla rejonu III), to oznacza to, iż jest to założenie niezgodne z warunkami zamówienia. Powoduje to, że wykonawca REZ-DROGPOL zaniżył koszty robocizny na obydwie rejon w sposób sprzeczny z dokumentacją postępowania. Należy przypomnieć i podkreślić, że w świetle rozdziału 14 pkt 8 SWZ wszystkie opisy pozycji z kosztorysu ofertowego powinny być zgodne z opisami załączonego do SWZ przedmiaru robót, a wykonawca nie jest uprawniony do samoistnych zmian. Wykonawca REZ-DROGPOL nie był zatem uprawniony do samowolnego określenia innej liczby roboczogodzin niż ta określona przez Zamawiającego w przedmiarze robót – zestawieniu robocizny.

Jeśli natomiast chodzi o argument Odwołujących o niestosowaniu przez wykonawcę REZ-DROGPOL wielokrotności jednej ceny jednostkowej przy ustalaniu wysokości innej ceny jednostkowej, to nie zostało to wykazane, albowiem takie założenie nie wynika wprost z treści dokumentacji zamówienia.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała za uzasadniony zarzut obu odwołań dotyczące sprzeczności oferty złożonej przez wykonawcę REZ-DROGPOL z warunkami zamówienia.

W zakresie zarzutów oddalonych (zarzuty nr 4 i 6 obu odwołań):

Odwołujący zarzucili Zamawiającemu także naruszenie następujących przepisów:

- art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, który stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta,
- art. 3 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z którym czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej, prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym oraz nieuzasadnione wydłużanie terminów zapłaty za dostarczane towary lub wykonane usługi,
- art. 239 ustawy PZP, który stwierdza, że Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia (ust. 1); najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem (ust. 2).

W odniesieniu do zarzutów dotyczących złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji (zarzut nr 4 odwołań) to Odwołujący naruszenia przepisów ustawy PZP i ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji upatrują w dwóch różnych okolicznościach. Po pierwsze w sztucznym zawyżeniu i zaniżeniu cen jednostkowych dla asortymentów robót w Załączniku nr 10 do SWZ, które stanowiły kryterium oceny ofert dla wszystkich rejonów, co odnoszą oni przede wszystkim do zaniżenia ceny dla pozycji nr 4 przy jednoczesnym zawyżeniu ceny dla pozycji nr 5. Po drugie w stosowaniu różnych cen jednostkowych dla tego samego Zamawiającego za te same towary bądź usługi bądź roboty budowlane w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podzielonego na części, a zwłaszcza w odniesieniu do pozycji „koszty pośrednie”.

W ocenie Izby różnice w oferowanych przez wykonawcę REZ-DROGPOL cenach jednostkowych na zadania w poszczególnych rejonach Częstochowy nie są aż takie duże, aby można było automatycznie mówić o stosowaniu diametralnie różnych stawek przez wykonawcę. Twierdzenia Odwołujących o bardzo zbliżonych uwarunkowaniach realizacji zadań i zbliżonym charakterze dróg w poszczególnych rejonach miasta nie zostały w ogóle udowodnione. Izba stwierdza, że każdy wykonawca ma prawo do przyjęcia własnych założeń kalkulacyjnych co do przyjętych kosztów realizacji zamówienia, niemniej to czy wykonawca REZ-DROGPOL dopuścił się manipulowania cenami jednostkowymi asortymentów robót w celu uzyskania wyższej ilości punktów w ramach kryteriów oceny ofert w postępowaniu oraz czy jednocześnie w sposób nieuzasadniony zaoferował Zamawiającemu zróżnicowane ceny za wykonanie tego samego rodzaju robót w ramach dwóch różnych części zamówienia, przed ewentualnym odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP wymagałoby uprzedniego wezwania wykonawcy REZ-DROGPOL do wyjaśnienia treści oferty w podanym zakresie. Na obecnym etapie nie można bowiem wykluczyć, że istnieją obiektywne okoliczności uzasadniające różne wysokości cen jednostkowych zawartych w formularzu ofertowym. Wykonawca BITUM i Konsorcjum firm BITUM i DROGBUD nie postawili jednak zarzutu naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy PZP, natomiast ewentualne odrzucenie oferty wykonawcy REZ-DROGPOL za złożenie jej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, bez odebrania wyjaśnień, należy uznać za przedwczesne. Z tego też względu Izba uznała, że zarzut nr 4 odwołania jest niezasadny.

Jeśli natomiast chodzi o zarzut nr 6 odwoła dotyczący naruszenia kryteriów oceny ofert, to Izba uznała go za niezasadny z tego powodu, że Odwołujący w żaden sposób nie powiązali tego zarzutu z kryteriami oceny ofert. Samo dopuszczenie

przez Zamawiającego do oceny oferty wykonawcy, która w opinii odwołujących się wykonawców podlegała odrzuceniu, nie świadczy zarazem o tym, że Zamawiający w sposób wadliwy zastosował ustalone przez siebie kryteria oceny ofert.

Z uwagi na fakt, że Izba uwzględniła dalej idące zarzuty obu odwołań odnoszące się do złożenia na poszczególne zadania ofert z rażąco niską ceną, zarzut nr 7 odwołań dotyczący zaniechania wezwania wykonawcy REZ-DROGPOL do wyjaśnień uzupełniających w zakresie zaoferowanej ceny, Izba pozostawiła bez rozpoznania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, tj. na podstawie art. 557, art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437). Z uwagi na uwzględnienie 4 z 6 zarzutów każdego z odwołań Izba zasądziła w obydwu sprawach od Zamawiającego na rzecz Odwołujących zwrot 2/3 kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez tych wykonawców, tj. w sprawie o sygn. akt KIO 223/24 – zwrot kwoty 9 078 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy BITUM, zaś w sprawie o sygn. akt KIO 234/24 – zwrot kwoty 9 089 zł 33 gr (słownie: dziewięć tysięcy osiemdziesiąt dziewięć złotych trzydzieści trzy grosze) na rzecz Konsorcjum firm BITUM i DROGBUD.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: