

Sygn. akt: KIO 3469/24

WYROK

Warszawa, 15.10.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca:

Beata Pakulska-Banach

Protokolant:

Oskar Oksiński

po rozpoznaniu odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23.09.2024 r. przez wykonawcę BUDIa - Standard sp. z o.o. z siedzibą w Oleśnicy w postępowaniu prowadzonym przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu

uczestnik po stronie zamawiającego – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Saferoad Services sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (lider konsorcjum) oraz B. O., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: ORFIX Zakład Usługowy B. O. (partner konsorcjum)

uczestnik po stronie zamawiającego – wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowych S.A. z siedzibą w Poddębicach

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę: BUDIa - Standard sp. z o.o. z siedzibą w Oleśnicy i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (piętnaście tysięcy złotych), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od wykonawcy BUDIa - Standard sp. z o.o. z siedzibą w Oleśnicy na rzecz zamawiającego: Generalnej Dyрекcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu kwotę 3600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych), tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez zamawiającego w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

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.

Przewodnicząca: .....

Sygn. akt: KIO 3469/24

UZASADNIENIE

Generalna Dyрекcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu, dalej jako: „zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, na realizację zadania pn.: „Całoroczne utrzymanie dróg krajowych S8 i 25 zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu Rejon w Oleśnicy”, numer referencyjny: O/WR.D-3.2421.14.2024.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24.06.2024 roku Dz. U. S: 121/2024, numer publikacji: 372745-2024. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 23.09.2024 roku wykonawca BUDiA - Standard sp. z o.o. z siedzibą w Oleśnicy, zwany dalej: „odwołującym”, wniósł odwołanie na niezgodne z przepisami ustawy czynności/zaniechania zamawiającego polegające na:

- zaniechaniu unieważnienia postępowania, mimo iż jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz
- nieuzasadnionym wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Konsorcjum firm: Saferoad Services sp. z o.o. – Lider Konsorcjum; ORFIX Zakład Usługowy B. O. – Partner konsorcjum, dalej także jako: „Konsorcjum Saferoad”;
- zaniechania uznania oferty złożonej przez wykonawców:
  - 1) Konsorcjum firm: Saferoad Services sp. z o.o. – Lider Konsorcjum; ORFIX Zakład Usługowy B. O. – Partner konsorcjum;
  - 2) Przedsiębiorstwo Robót Drogowych S.A., dalej także jako: „PRD”, za niezgodne z warunkami zamówienia, mimo że nie obejmują one wszystkich elementów składających się na przedmiot zamówienia, w konsekwencji, zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez tych wykonawców;
- zaniechania uznania oferty złożonej przez wykonawców:
  - 1) Konsorcjum firm: Saferoad Services sp. z o.o. – Lider Konsorcjum; ORFIX Zakład Usługowy B. O. – Partner konsorcjum;
  - 2) Przedsiębiorstwo Robót Drogowych S.A.;

za złożoną w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w konsekwencji zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców oraz lub co najmniej

- zaniechania wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wykonawcy Konsorcjum firm: Saferoad Services sp. z o.o. – Lider Konsorcjum; ORFIX Zakład Usługowy B. O. – Partner konsorcjum, w zakresie istotnych części składowych (TER 8 poz. 6.1; 6.2; 6.3; 6.4; TER 8 poz. 10.1 i TER 11) – w przypadku niezłożenia wyjaśnień lub też braku wykazania, że cena zaoferowana nie jest rażąco niska – odrzucenia tych ofert;
- zaniechania wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Drogowych S.A., w zakresie istotnych części składowych (TER 8 poz. 6.1; 6.2; 6.3; 6.4, TER 8 poz. 10.1 i TER 11) – w przypadku niezłożenia wyjaśnień lub też braku wykazania, że cena zaoferowana nie jest rażąco niska – odrzucenia tych ofert.

Zaskarżonym czynnościom/zaniechaniom zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 28 Pzp w zw. z art. 17, art. 16 pkt 1-3 Pzp przez nienależyte oszacowanie wartości zamówienia, w tym przyjęcie w kosztorysie inwestorskim cen jednostkowych nierealnych i w oparciu o średnią arytmetyczną z cen dla postępowania na całoroczne utrzymanie dróg Rejon w Kielcach, bez dokonania własnej wyceny dla danego przedmiotu postępowania, które to postępowanie zakłada inny zakres świadczenia i którego nie sposób uznać za tożsame (w szczególności w zakresie pozycji dotyczących utrzymania obiektów MOP i parkingów), a w konsekwencji prowadzenie postępowania w sposób nierzetelny, co przejawia się w nieuzasadnionym uprzywilejowaniu poszczególnych wykonawców oraz wyeliminowanie z udziału w postępowaniu innych wykonawców (uwzględniających warunki konkretnego postępowania), naruszając tym samym zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i prowadząc do nieporównywalności ofert złożonych w postępowaniu;
- 2) art. 17 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp w zw. z art. 255 pkt 6 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z dokonaniem wyceny przy kosztorysie inwestorskim w TER 8 poz. 6.1-6.4 w oparciu o inne postępowanie – nieprzystające do warunków niniejszego zamówienia, a także dokumentacji niedostępnej wykonawcom na etapie składania oferty, o czym odwołujący powziął informację na etapie odwołania tj. 16.09.2024 r., co doprowadziło do nierównego traktowania wykonawców, przyjęcia przez zamawiającego kryteriów wyboru wykonawców nie korespondujących z przedmiotem zamówienia, opierającego się o brak wyceny świadczenia występującego w niniejszym postępowaniu, a także dokumentacją dostępną wykonawcom na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienie - czym zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 Pzp

w zw. z art. 28 Pzp w zw. z art. 224 ust. 1, 5 i 6 Pzp oraz art. 255 pkt 6 Pzp oraz prowadzenia postępowania w sposób nieproporcjonalny i nieprzejrzysty, co w ostateczności doprowadziło do zaniechania przez zamawiającego unieważnienia postępowania;

- 3) art. 29 ust. 1 Pzp, art. 28 Pzp w zw. z art. 224 ust. 1, 5 i 6 Pzp przez ustalenie cen jednostkowych w kosztorysie inwestorskim (stanowiącym odniesienie do oceny kosztorysów wykonawców ubiegających się o zamówienie) w sposób niedokładny i nierzetelny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności, które mają wpływ na sporządzenie oferty, jak również posłużenie się w kosztorysie inwestorskim danymi z innego postępowania, nieprzystającymi do przedmiotu zamówienia – o czym odwołujący powziął informację na etapie

odwołania tj. 16.09.2024 r., a przez to ustalenie składników kosztowych wynagrodzenia w kosztorysie inwestorskim w sposób nierealny, a co doprowadziło do niezgodnego z prawem zaniechania wezwania wykonawców PRD i Konsorcjum Saferoad do złożenia wyjaśnień w zakresie istotnej części składowej wobec oceny ofert i istotnych części składowych wobec nierealnych cen z kosztorysu inwestorskiego, czym zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 Pzp w zw. z art. 28 Pzp w zw. z art. 224 ust. 1, 5 i 6 Pzp oraz art. 255 pkt 6 Pzp i co doprowadziło do zaniechania przez zamawiającego unieważnienia niniejszego postępowania;

4) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Saferoad i jej wybór jako najkorzystniejszej oraz zaniechanie odrzucenia oferty PRD, pomimo że ich treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, a co dotyczy w szczególności wyceny robót i prac w zakresie:

a. pozycji utrzymania obiektów MOP (SST D-10.10.01e, v.2 - utrzymanie MOP-ów, parkingów), która to wycena nie pokrywa minimalnych kosztów związanych z ich elementami składowymi związanymi z utrzymaniem obiektu MOP (w tym wymaganiami związanymi z obiektem MOP);

b. kosztów zarządzania kontraktem (SST D-10.10.01z, v.2, zarządzanie kontraktem), która to wycena nie pokrywa minimalnych kosztów związanych z ich elementami składowymi; c. pozycje ręczne i mechaniczne koszenie traw i chwastów (SST, D-09.01.03a, v.1, koszenie traw i usuwanie chwastów), która to wycena nie pokrywa poszczególnych minimalnych kosztów związanych z jej elementami składowymi na tę pozycję,

a co czyni te oferty merytorycznie wadliwe, jak również nieuwzględniające wszystkich elementów, a co ma przełożenie na niezgodność z SWZ (w tym odnoszących się do konieczności objęcia wszystkich elementów);

5) art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („u.z.n.k.”) przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Saferoad i jej wybór oraz zaniechanie odrzucenia oferty PRD, pomimo że ich złożenie stanowi czyn

nieuczciwej konkurencji polegający na celowym, sztucznym zaniżeniu (lub pominięciu) wartości poszczególnych elementów cenotwórczych, w tym intencjonalnym zaniżeniu pozycji – co w rezultacie pozwoliło temu wykonawcy obniżyć całość ceny swojej oferty i uzyskać zamówienie, czego nie można uznać za uczciwą konkurencję, a co wzbudza wątpliwości, czy wykonawca zakłada w ogóle zysk w poszczególnych pozycjach i gwarantuje realizację przedmiotu zamówienia, gdy tymczasem winien on założyć możliwość realizacji zamówienia w ramach każdej pozycji;

6) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 3 i 8 Pzp polegające na braku odrzucenia oferty Konsorcjum Saferoad oraz PRD, mimo że pozostają one niezgodne z warunkami zamówienia i przepisami prawa (art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) w zw. z § 3 Rozporządzenia 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. poz. 1893), jak i § 1 Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 12 września 2024 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2025 r. (Dz. U. poz. 1362);

(7) art. 224 ust. 1, 5 i 6 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum Saferoad i PRD do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wycięcia ceny zaoferowanej przez PRD i jej istotnych części składowych (obejmującej niezależnie od siebie - TER 8 poz. 6.1;6.2;6.3;6.4 oraz TER 8 poz. 10.1, jak również TER 11), ponieważ wydają się one rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinny budzić wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia – co też winno skutkować wezwaniem do wyjaśnień, a następnie – o ile wykonawca nie złożyłby wyjaśnień w tym zakresie lub też okazałyby się one niewystarczające – odrzuceniem oferty, czego jednak zamawiający zaniechał.

W oparciu o powyższe odwołujący wnoszą o uwzględnienie odwołania oraz o:

a. unieważnienie postępowania;

ewentualnie:

b. nakazanie zamawiającemu, aby:

i. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej;

ii. powtórzył czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, w tym odrzucił ofertę Konsorcjum firm: Saferoad Services sp. z o.o. – Lider Konsorcjum; ORFIX Zakład Usługowy B. O. – Partner konsorcjum;

ewentualnie:

c. nakazanie zamawiającemu, aby wezwał do wyjaśnień:

1) Konsorcjum firm: Saferoad Services sp. z o.o. – Lider Konsorcjum; ORFIX Zakład Usługowy B. O. – Partner konsorcjum;

2) Przedsiębiorstwo Robót Drogowych S.A., w zakresie istotnych części składowych.

Ponadto odwołujący wnosił o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie faktury VAT i spisu kosztów przedstawionych na rozprawie.

#### Uzasadnienie zarzutów:

Zdaniem odwołującego w związku z rażącym zaniżeniem cen jednostkowych kilku pozycji do poziomu, który nie pozwala na ich wykonanie, a nawet zakup niezbędnych materiałów, oferta Konsorcjum Saferoad okazała się najkorzystniejszą w postępowaniu, a oferta PRD uplasowała się na drugim miejscu. Za sprawą przyjęcia skrajnie zaniżonych cen jednostkowych poszczególnych (wybranych) pozycji, Konsorcjum Saferoad i PRD udało się złożyć korzystniejszą od odwołującego ofertę. Nie ma to nic wspólnego z zasadą uczciwej konkurencji, jak i przeczy postanowieniom SWZ (w tym 17.1, 17.3 i 17.4 SWZ). W ocenie odwołującego najdalej idące wątpliwości budzą w szczególności pozycje kosztorysu TER 8 i 11, a mianowicie:

- TER 11 (1.1) - Zarządzanie kontraktem wraz z patrolowaniem dróg i podejmowaniem działań interwencyjnych;
- TER 8 (10.1) - Ręczne i mechaniczne koszenie traw i chwastów;
- TER 8 (6.1; 6.2; 6.3; 6.4) - Utrzymanie MOP/parkingów.

#### I. Nieprawidłowości dotyczące oceny w pozycjach TER 8 poz. 6.1-6.4:

Jako punkt wyjścia odwołujący podał, że zgodnie z warunkami zamówienia i jego przedmiotem, w zakres zamówienia wchodzi następujące pozycje TER 8:

6.1. Utrzymanie MOP/parkingów (w tym parkingów przy SPO/PPO) (nazwa "MOP I Jonas Południe"/lokalizacja DK S8e km 61+350 SP) o wyposażeniu wg załącznika nr 11;

6.2. Utrzymanie MOP/parkingów (w tym parkingów przy SPO/PPO) (nazwa "MOP I Jonas Północ" /lokalizacja DK S8e w km 61+350 SL) o wyposażeniu wg załącznika nr 11;

6.3. Utrzymanie MOP/parkingów (w tym parkingów przy SPO/PPO) (nazwa "MOP I Syców Południe"/lokalizacja DK S8e km 81+060 SP) o wyposażeniu wg załącznika nr 11;

6.4. Utrzymanie MOP/parkingów (w tym parkingów przy SPO/PPO) (nazwa "MOP I Syców

Północ"/lokalizacja DK S8e km 81+700 SL przy drodze dojazdowej) o wyposażeniu wg załącznika nr 11.

Odwołujący podkreślił, że wskazane 4 obiekty to punkty stanowiące „Miejsca Obsługi Podróżnych” (MOP) – w tym parking (stanowiący zasadniczo jedynie część składową MOPów). Podkreślił, że wszystkie ww. obiekty to punkty MOP, a nie parkingi, a czego – zdaniem odwołującego - nie uwzględnił sam zamawiający, jak i wykonawcy. Ponadto, odwołujący stwierdził, że zakres pracy i robót przy utrzymaniu obiektu MOP jest nieporównywalnie większy niż dla utrzymania parkingów, które stanowią jedynie część MOP, czego natomiast nie uwzględnił w żaden sposób zamawiający, sporządzając kosztorys inwestorski (w oparciu o oferty z innego postępowania o zupełnie odmiennym przedmiocie w zakresie prac utrzymaniowych dot. utrzymania obiektów MOP/parkingów).

W dalszej kolejności odwołujący przywołał przykładowe postanowienia warunków zamówienia, które jego zdaniem ukazują różnicę między kosztami utrzymania MOP a parkingu: 1.3. SST, 5.2.1. SST, 5.3. SST.

Następnie odwołujący stwierdził, że zamawiający dokonał ww. zakresie wyceny na nierynkowym poziomie, nieprzystającym do zamówienia. Zamawiający posłużył się średnią arytmetyczną z ofert w Rejonie Kielce, które całkowicie odbiegają od realiów niniejszego zamówienia i cen rynkowych (a nawet wycen samych wykonawców). Według odwołującego, zamawiający zdaje się dokonywać oceny w oparciu o średnią arytmetyczną ofert w tamtym postępowaniu, tj. cenę w przedziale 2181,09 zł – 4 605,21 zł/ obiekt. Dla porównania odwołujący przedstawił wycenę wykonawców Konsorcjum Saferoad i PRD oraz innych wykonawców w niniejszym postępowaniu dla TER 8 poz. 6.1. (i analogicznie: 6.2., 6.3. i 6.4.): 45 000 zł (Konsorcjum Saferoad i PRD), 75 000 zł (BUDiA Standard), 50 000 zł (Gnom). Odwołujący podkreślił, że średnia wycena zamawiającego na poziomie 3.393,15 zł nie przystaje do przedmiotu postępowania, bo jest od średniej cen wykonawców o przeszło 93 % niższa przez co postępowanie obarczone jest wadą niedającą się usunąć, a w tym sama ocena ofert również jest wadliwa.

#### II. Unieważnienie postępowania

Odwołujący wskazał, że zamawiający – odmiennie od założeń dokumentacji postępowania – udostępnił wykonawcom na etapie składania ofert określił kryteria kwalifikacji wykonawców w sposób różnicujący ich pozycję. Wyjaśnił, że kosztorys inwestorski, niezgodnie z SWZ i stanem rzeczywistym zakłada, że przedmiotem świadczenia wykonawców są parkingi, podczas, gdy obiekty, które powinny zostać wycenione to 4 punkty stanowiące „Miejsca Obsługi Podróżnych” (MOP) w tym parking. Zdaniem odwołującego ma to diametralne znaczenie dla wyceny pozycji 6.1-6.4 z TER 8, gdyż zakres pracy i robót

przy utrzymaniu obiektu MOP jest nieporównywalnie większy niż dla utrzymania parkingów.

W ocenie odwołującego powyższa wada czyni nieporównywalne oferty względem siebie. Kryteria porównywalności

zaburzane są przez zmienną, która nie powinna być brana pod uwagę przy weryfikacji ofert. Jego zdaniem, prowadzi to także do sytuacji, gdzie zamawiający naruszając procedurę badania ofert faworyzuje wykonawców Konsorcjum Saferoad i PRD. Przyjęcie innego zakresu świadczenia w kosztorysie inwestorskim powoduje, że wobec wykonawców Konsorcjum Saferoad i PRD nie zostało wystosowane obligatoryjne wezwanie do złożenia wyjaśnień z art. 224 ust. 2 Pzp w zakresie treści ofert (niezależnie od przesłanek wynikających z art. 224 ust. 1 Pzp, które zamawiający odnosząc się do przedmiotu zamówienia powinien zastosować). Odwołujący podkreślił też, że brak wezwania dot. w szczególności MOP oraz zarządzania kontraktem - z uwagi na koszty zarządzania wobec wadliwości ich oceny.

Odwołujący dodał, że wadliwość nieprawidłowego określenia wartości przedmiotu zamówienia nie jest możliwa do usunięcia na obecnym etapie postępowania. Jest to wada, która ma wpływ na wynik postępowania i jest nieusuwalna, bo jej skutkiem nie jest tylko stworzenie dwóch punktów odniesienia dla badania ofert (kosztorysu inwestorskiego versus wynikającego SWZ i pozostałej dokumentacji znanej wykonawcom na etapie ofert; korespondująca z w rzeczywistym zakresie świadczenia), ale także z uwagi na to, że błąd ten nie może być usunięty w ramach procedur przewidzianych przez Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie może dokonać ponownej wyceny biorąc pod uwagę inny zakres świadczenia, aniżeli przyjęty w jego kosztorysie inwestorskim. Tym samym – według odwołującego – powyższa wada skutkować powinna unieważnieniem postępowania na podstawie art. 255 ust. 1 pkt 6 Pzp. Odwołujący podkreślił przy tym, że w orzecznictwie wskazuje się, że właściwe oszacowanie wartości zamówienia ma doniosłe znaczenie dla prawidłowego zakwalifikowania zamówienia jako zamówienia powyżej lub poniżej wartości, o której mowa w art. 4 pkt 8 Pzp (sytuacji kiedy Pzp nie stosuje się) czy powyżej lub poniżej progów określonych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp (procedura krajowa lub unijna), jak również na dalszych etapach postępowania. Ustalenie wartości zamówienia stanowi czynność przygotowawczą postępowania i determinuje dalsze działania zamawiającego zmierzające do udzielenia zamówienia. Jednocześnie błąd w oszacowaniu przedmiotu zamówienia, mający wpływ m.in. na ocenę ofert, pozycję poszczególnych wykonawców – nie może być sanowany, ani walidowany. Prowadziłoby to do niedopuszczalnej zmiany dokumentów zamówienia po upływie terminu składania ofert. Nie sposób zatem zgodnie z prawem wyeliminować błędu odniesienia – do różnych przedmiotów świadczenia (MOP versus Parkingi). Zamawiający nie może na tym etapie wykreować lub ustalić wartości dla prowadzenia procedury do wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień.

Według odwołującego zmiana kosztorysu inwestorskiego wymaga unieważnienia postępowania z uwagi na jego konieczność związania z przedmiotem zamówienia, która to rozbieżność w niniejszym postępowaniu nie wynika z błędów kalkulacji, czy konieczności aktualizacji wartości. Istniejąca wada postępowania powinna skutkować jego nieważnością. Zniżenie wartości zamówienia stanowi w tym zakresie naruszenie art. 29 Pzp i nie może być ex post konwalidowane (zwłaszcza, że ma w niniejszej sprawie istotny charakter, mający wpływ na przebieg postępowania).

III. Nieprawidłowości w wycenie pozycji „Ręczne i mechaniczne koszenie traw i chwastów” i zarządzaniu kontraktem

(1) Nieprawidłowości dot. „Ręczne i mechaniczne koszenie traw i chwastów”

Odwołujący wskazał, że wykonawcy Konsorcjum Saferoad i PRD zaoferowali co do pozycji TER 8 poz. 10.1: Ręczne i mechaniczne koszenie traw i chwastów: Konsorcjum Saferoad: 3,00 zł (cena jednostkowa) / 1 405 800,00 zł (wartość netto razem) PRD: 6,00 zł (cena jednostkowa) / 2 811 600,00 zł (wartość netto razem).

W opinii odwołującego ceny ww. wykonawców są zdecydowanie zaniżone, w żaden sposób nie odpowiadają realiom rynkowym i nie zapewniają możliwości realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach postępowania lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Zamawiający wskazał w kosztorysie inwestorskim cenę jednostkową: 9,01 zł. Z kolei średnia z wszystkich ofert w tej pozycji to: 8,125 zł.

Odwołujący podkreślił też, że analiza porównawcza wskazanych pozycji cen jednostkowych oszacowanych przez samego zamawiającego oraz cen jednostkowych zaoferowanych przez Konsorcjum BUDiA prowadzi do jednoznacznych wyników, iż:

- wartość ceny jednostkowej Konsorcjum Saferoad za pozycję TER 8 poz. 10.1 stanowi 33 % wartości szacunkowej tej ceny przyjętej przez zamawiającego,
- wartość ceny jednostkowej PRD za pozycję TER 8 poz. 10.1 stanowi 66 % wartości szacunkowej tej ceny przyjętej przez zamawiającego.

Następnie odwołujący wskazywał, że na koszty koszenia zieleni składa się kilka elementów, w tym:

- wynagrodzenie pracowników operujących urządzeniami koszącymi);
- koszty zużycia paliwa przez urządzenia koszące;
- koszty materiałów zapasowych i niezbędnych serwisów.

Odwołujący wyjaśnił też, że koszenie zieleni odbywa się w dwóch trybach: koszenie ręczne i koszenie mechaniczne. Odwołujący stwierdził, że nie sposób przyjąć, by wykonanie

tej pozycji było możliwe za 3 czy też 6 zł i wskazał na takie czynniki jak:

- realny czas koszenia w trakcie jednej zmiany to maks. 10 godzin (pozostałe 2 godziny to czas na dojazd, rozładunek sprzętu czy przerwy w pracy);

- na poczet zabezpieczenia koszenia ręcznego konieczne jest wykonywanie pracy przez 2 osoby w trakcie jednej zmiany koszenia;
- wydajność koszenia wynosi od 6 000 m<sup>2</sup> (dla koszenia ręcznego) do 50 000 m<sup>2</sup> (dla koszenia mechanicznego z zastosowaniem największych maszyn koszących) w czasie jednej 12 godzinnej zmiany (10 godzin koszenia);
- koszt paliwa w kwocie 5,20 PLN za litr;
- koszt pracownika zarabiającego brutto ok. 5 500,00 PLN w zakresie 12-godzinnej zmiany.

Zdaniem odwołującego wskazywanie tak niskich kwot powinno wzbudzić u zamawiającego podejrzenie rażąco niskiej ceny, przy czym zaferowanie kwoty tak daleko odbiegającej od kosztów rynkowych wskazuje, że wykonawcy nie uwzględnili wszystkich ww. składowych ceny.

W dalszej kolejności odwołujący podnosił, że zaniżenie wskazanych powyżej cen nie jest dziełem przypadku, a samo Konsorcjum Saferoad i PRD jest świadome zdecydowanie wyższych kosztów ich wykonania, co też wynika z ofert tych samych wykonawców złożonych w innych postępowaniach, gdzie dokładnie te same pozycje zostały wycenione na zupełnie innym, znacznie wyższym, ale przede wszystkim – rynkowym poziomie. Tytułem przykładu odwołujący wskazał na ceny w zakresie pozycji ręcznego i mechanicznego koszenia traw: - Przedsiębiorstwo Robót Drogowych S.A./Sandfield sp. z o.o. - Rejon w Zabrze - cena jednostkowa – 9,5 zł;

- Saferoad Services sp. z o.o. – Rejon w Zabrze – cena jednostkowa – 10,86 zł;
- Saferoad Services sp. z o.o. – Rejon Chełm – cena jednostkowa – 10,44 zł;
- Saferoad Services sp. z o.o. – Rejon Koszalin – cena jednostkowa – 16,74 zł.

Odnosząc się zaś do cen ofert w tym postępowaniu w zakresie tej pozycji (ręczne i mechaniczne koszenie traw i chwastów) odwołujący wskazywał, że cena oferty Konsorcjum Saferoad odbiega od pozostałych cen o 271 %, a cena oferty PRD o 135%. Gdyby zaś wyliczyć średnią ceny bez Konsorcjum Saferoad i PRD, otrzymana średnia to 11,75 zł.

## (2) Nieprawidłowości co do zarządzania kontraktem

Odwołujący w pierwszej kolejności wskazał na specyfikę zarządzania kontraktem wynikającą z zapisów SST, wskazując, że wykonawca w swojej kalkulacji winien uwzględnić przede wszystkim koszty osobowe, którymi są wynagrodzenia wszystkich członków personelu, w tym: pracowników w ramach Punktu Obsługi Kontraktem, w ramach brygad interwencyjnych i brygad patrolowych. Odwołujący powołał się na postanowienia 5.2., 5.3., 5.5.3., 11 SST.

Dodatkowo odwołujący zwracał uwagę, że oprócz kosztów pracowniczych, wykonawca zobligowany jest do ponoszenia innych kosztów, niezbędnych do realizacji zamówienia, w tym związanych z zakupem paliwa, czy kosztów stałych takich jak: odzież pracowników, badania okresowe, utylizacja śmieci, wyposażenie samochodów, ubezpieczenia, artykuły biurowe, media. Zdaniem odwołującego wartości określone przez wykonawców są istotnie zaniżone w stosunku do rzeczywistych kosztów, a tym bardziej rodzą wątpliwości co do możliwości ich wykonania. Według odwołującego oferty Konsorcjum Saferoad i PRD zostały złożone w warunkach nieuczciwej konkurencji, wobec intencjonalnego zaniżenia składowych kosztów – tylko w obawie przed odrzuceniem ofert, co było związane z koniecznością dostosowania zaniżonych pozycji (kosztów MOP i koszenia trawy).

Odwołujący odniósł się także do cen oferowanych przez innych wykonawców w tym postępowaniu w poz. 11. Zarządzanie kontraktem, gdzie średnia wszystkich ofert wynosi: 97 585,63 zł.

## IV. Brak zaferowania przez wykonawców świadczenia odnoszącego się całości zamówienia powinien skutkować odrzuceniem ofert wykonawców Konsorcjum Saferoad i PRD

Odwołujący wskazywał, że z powyższej analizy można wysnuć wniosek, że oferty Konsorcjum Saferoad i PRD są nie tylko niezgodne z warunkami zamówienia (w tym poszczególne SST dla wskazanych pozycji, a co znajduje przełożenie na niezgodność także z zapisami 17.1, 17.3 i 17.4 SWZ), ale także podlegają odrzuceniu na zasadzie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp. Zdaniem odwołującego przejawia się to w szczególności w nieuwzględnieniu składowych kosztów poszczególnych cen jednostkowych – a co przekłada się na cenę całej oferty i poszczególne pozycje w przetargu, ale także w intencjonalnym zaniżeniu kosztów celem spełnienia wymogów dotyczących proporcji w zakresie TER 11.

Odwołujący podkreślił, że z warunków zamówienia wprost wynika konieczność dokładnego precyzyjnego skalkulowania poszczególnych cen, w szczególności: cena za jednostkę obejmuje wszystkie składniki kosztów (m.in. KP, KZ, Zysk, itp.), a także inne czynności opisane w SST (SWZ cz. IV). Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić opis sposobu obliczenia ceny zawarty w tomie IV SWZ – Kosztorys ofertowy (17.1, SWZ cz. I). Przy wycenie wykonawca winien przestrzegać zasad określonych w uwagach zamieszczonych w Tabelach Elementów Rozliczeniowych (17.3, SWZ cz. I). Każda cena jednostkowa zawarta w ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji, zgodnie z zapisami SST (17.4).

W ocenie odwołującego Konsorcjum Saferoad i PRD nie uwzględniają wszystkich niezbędnych do prawidłowej realizacji zamówienia kosztów, które powinny być badane z uwagi na ww. zapisy odrębnie dla każdej pozycji. Wartości cen jednostkowych wskazane przez tych

wykonawców nie pokrywają nawet kosztu wynagrodzenia czy zakupu materiałów niezbędnych do zrealizowania prac objętych tymi pozycjami. Według odwołującego potwierdza to przeprowadzona przez niego analiza porównawcza (w tym co do cen oferowanych przez innych wykonawców czy tego samego wykonawcę na tożsamych pozycjach, jak i przy uwzględnieniu składowych cen jednostkowych poszczególnych pozycji). W opinii odwołującego tak znacząca, widoczna i wysoka różnica w proporcjach wartości poszczególnych pozycji nie może być uznana jedynie za element kalkulacji.

Według odwołującego w tym postępowaniu mamy do czynienia z przypadkiem polegającym na ominięciu pewnego zakresu świadczenia czy zaoferowania odmiennego zakresu, tj. cena ofertowa zaproponowana przez Konsorcjum Saferoad i PRD nie obejmuje wszystkich elementów składających się na przedmiot zamówienia (a co ma znaczenie zarówno z punktu widzenia art. 226 ust. 1 pkt 5 – wobec wskazanych zapisów warunków zamówienia, jak i art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp) – a co świadczy o braku zgodności z warunkami zamówienia, jak i znajduje przełożenie na ocenę pod kątem czynu nieuczciwej konkurencji.

Dalej odwołujący zwrócił uwagę na związek przyczynowo - skutkowy pomiędzy zaoferowaniem cen dla ww. pozycji przez Konsorcjum Saferoad i PRD - na poziomie diametralnie odmiennym od cen zaoferowanych dla tożsamych pozycji w innych w/w postępowaniach i dla podobnych co do parametrów klasy dróg - dla TER 11. Zaniżenie kosztów przez Konsorcjum Saferoad i PRD, z uwagi na strukturę przedmiotu zamówienia doprowadziło do sytuacji, w której ich oferty zostały ograniczone do określonych procentowo przez zamawiającego pułapu, w sposób nie pozwalający na realizację ich części. Wykonawcy zaniżając ceny poszczególnych świadczeń – nie są obecnie w stanie wykazać, iż ramach oferty są w stanie realizować - TER 11 (1.1) - Zarządzanie kontraktem (...).

Zdaniem odwołującego, wykonawcy ci zaniżyli celowo i intencjonalnie pozycje w obawie przed odrzuceniem ofert. Mianowicie sztucznie zaniżone zostały pozycje:

(1) utrzymania obiektów MOP (SST D-10.10.01e, v.2 - utrzymanie MOP-ów, parkingów), która to wycena nie pokrywa minimalnych kosztów związanych z ich elementami składowymi związanymi z utrzymaniem obiektu MOP (w tym wymaganiami związanymi z obiektem MOP); (2) ręczne i mechaniczne koszenie traw i chwastów (SST, D-09.01.03a, v.1, koszenie traw i usuwanie chwastów), która to wycena nie pokrywa poszczególnych minimalnych kosztów związanych z jej elementami składowymi na tę pozycję;

(3) kosztów zarządzania kontraktem (SST D-10.10.01z, v.2, zarządzanie kontraktem), która to wycena nie pokrywa minimalnych kosztów związanych z ich elementami składowymi.

Odwołujący stwierdził, że określenie cen na nierynkowym poziomie, doprowadziło do sytuacji inżynierii cenowej i sztucznego ich określenia na poziomie pułapów określonych

arytmetycznie, nierynkowo, co powinno skutkować odrzuceniem ofert Konsorcjum Saferoad i PRD. Takie działanie w sposób oczywisty narusza interes innych przedsiębiorców (wykonawców) oraz klienta (zamawiającego), prowadząc do składania ofert niemających pokrycia w praktyce wykonywania umowy.

Odwołujący podkreślił przy tym, że złożenie oferty z cenami jednostkowymi zaniżonymi w tak wysokim poziomie samo w sobie stanowi już czyn nieuczciwej konkurencji.

W wyniku zaś działań zamawiającego w tym postępowaniu, zamawiający uniemożliwił udzielenie zamówienia innemu wykonawcy, którego oferta nie podlega odrzuceniu. Odwołujący dodał, że 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 – a z których to jednak instytucji nie skorzystał zamawiający, a co potwierdza również – jego zdaniem - naruszenie zasad Pzp. Takie zaniechania po stronie zamawiającego świadczą o braku zachowania obiektywizmu i bezstronności zamawiającego, a co negatywnie wpływa na zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

#### V. Zasadność ewentualnego wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień

Zdaniem odwołującego powyższe okoliczności winny były skłonić zamawiającego do odrzucenia ofert, a ewentualnie przeprowadzenia badania ofert wykonawców przez pryzmat ceny rażąco niskiej.

Jednocześnie z uwagi na brak prawidłowej wyceny utrzymania obiektów MOP przez zamawiającego, nie jest możliwe obecnie przez zamawiającego skierowania wezwania do złożenia wyjaśnień. Zamawiający nie dysponuje obecnie kosztorysem inwestorskim pozwalającym wycenić pozycje dla MOPów, a zatem wystosowania wezwania zgodnie z procedurą Pzp.

Ponadto, odwołujący wskazywał, że wykonawcy Konsorcjum Saferoad i PRD nie ujęli w swojej ofercie wszystkich kosztów, które będzie musiał ponieść wraz z realizacją zadania, co powinno co najmniej skłonić zamawiającego do wystosowania wezwania. Zaistnienie podejrzenia występowania rażąco niskiej ceny, kosztu lub istotnych części składowych generuje obowiązek przeprowadzenia przez zamawiającego procedury wyjaśniającej. Tymczasem w niniejszym stanie faktycznym nie sposób nie powziąć takich „wątpliwości”. Przede wszystkim wynikają one z zestawienia kosztu wskazanego przez Konsorcjum Saferoad i PRD za poz. TER 8 10.1 i TER 11 (niezależnie) z poszczególnymi kosztami składowymi na te ceny jednostkowe, jak i niezależnie TER 8 poz. 6. Brak rynkowości cen jednostkowych jednoznacznie potwierdza chociażby zestawienie stawek zaproponowanych

przez innych wykonawców – w analogicznych czynnościach.

Odwołujący przykładowo wskazał na wycenę w zakresie koszenia traw – która to wycena jest zaniżona 2,7- krotnie (odpowiednio 1,3 – krotnie) w stosunku do średniej wykonawców (nawet uwzględniając ceny Konsorcjum Saferoad i PRD).

Reasumując odwołujący stwierdził, 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, żeby 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 przy tym 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 - 3 Pzp. Tymczasem brak weryfikacji i zaniechanie

wezwania do wyjaśnień w niniejszym stanie faktycznym, świadczy o wyraźnym zaniechaniu po stronie zamawiającego, a przez to naruszeniu ww. przepisów prawa.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania.

W dniu 10.10.2024 roku zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosil o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest całoroczne utrzymanie dróg krajowych S8 i 25 zarządzanych przez Generalną Dyрекję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu Rejon w Oleśnicy. Drogi objęte przedmiotem zamówienia to droga ekspresowa nr S8 i droga krajowa nr 25. Zamówienie obejmuje wykonywanie usług i robót budowlanych z zakresu: - bieżącego utrzymania dróg (BUD), - zimowego utrzymania dróg (ZUD), - bieżącego utrzymanie czystości na obiektach inżynierskich (BUM),

Przedmiot zamówienia dotyczy wykonywania usług i robót budowlanych z zakresu bieżącego i zimowego utrzymania dróg, w tym między innymi:

- utrzymania nawierzchni dróg,
- utrzymania poboczy i pasów rozdzielających,
- utrzymania korpusu drogi,
- utrzymania odwodnienia,
- utrzymania chodników i ścieżek rowerowych,
- utrzymania oznakowania,
- utrzymania urządzeń bezpieczeństwa ruchu,
- utrzymania estetyki znaków, elementów bezpieczeństwa ruchu oraz pasa drogowego,
- utrzymania urządzeń wspomagających,
- zimowego utrzymania dróg,
- pełnienie funkcji Operatora Kontraktu,
- utrzymania czystości na obiektach inżynierskich,
- usługi pomocnicze.

Szczegółowy wykaz dróg (wraz z obiektami) objętych zamówieniem stanowi Załącznik nr 1 do OPZ.

Zamawiający w SWZ – Tom I: Instrukcja dla Wykonawców wraz z formularzami zawarł następujące postanowienia dotyczące sposobu obliczenia ceny:

17.1. Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o Tabele Elementów Rozliczeniowych (TER) sporządzone na formularzach stanowiących integralną część SWZ-Tom IV.

17.2. Tabele Elementów Rozliczeniowych, o których mowa w pkt 17.1., należy wypełnić ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w tych formularzach, wyliczając poszczególne ceny jednostkowe netto. Wykonawca powinien określić ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w danym formularzu, a następnie wyliczyć Wartość netto łącznie dla poszczególnych grup. Tak wyliczoną Wartość netto należy przenieść do Zbiorczego Zestawienia Kosztów (ZZK) i obliczyć WARTOŚĆ CAŁKOWITĄ. Na podstawie wyliczonej WARTOŚCI CAŁKOWITEJ Wykonawca wyceni koszt prawa opcji, o którym mowa w § 4 ust. 1 a pkt 1 i pkt 2 PPU oraz łączną wartość zamówienia wraz z prawem Opcji brutto, którą przeniesie do pkt 3 Formularza

„Oferta” jako cenę ofertową. Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględniać wszystkie pozycje opisane w danej Tabeli Elementów Rozliczeniowych (TER). Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić żadnych zmian do Tabel Elementów Rozliczeniowych (TER).

17.3. Przy wycenie Wykonawca winien przestrzegać zasad określonych w uwagach zamieszczonych w Tabelach Elementów Rozliczeniowych (TER).

W TER: GRUPA PRAC NR 10 – poz. 2.1 i GRUPA PRAC NR 11 – Zarządzanie kontraktem, Zamawiający przewiduje limit procentowy udział poszczególnych kosztów.

Przekroczenie któregokolwiek z ustanowionych limitów w TER dla:

- GRUPA PRAC NR 10 – poz. 2.1: Całodobowa gotowość pługosolarki liczona za dobę

w której brak było pracy lub dyżuru pługosolarki,

- GRUPA PRAC NR 11 i Zbiorcze Zestawienie Kosztów – poz. nr 11: Zarządzanie

Kontraktem, spowoduje odrzucenie oferty Wykonawcy

17.4. Każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji, zgodnie z zapisami SST.

W informacji o kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia zamawiający podał, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotu zamówienia kwotę:

- 36 999 666,92 zł brutto – za wykonanie przedmiotu zamówienia;
- 7 399 933,38 zł brutto – za wykonanie przedmiotu zamówienia w ramach prawa opcji (zgodnie z § 1 ust. 8 pkt 1 Tom II Projektowane postanowienia umowy);
- 7 399 933,38 zł brutto – za wykonanie przedmiotu zamówienia w ramach prawa opcji (zgodnie z § 1 ust. 8 pkt 2 Tom II Projektowane postanowienia umowy).

Jednocześnie zamawiający wskazał, że łączna wartość szacunkowa zamówienia to 51 799 533,68 zł.

W postępowaniu zostało złożone 4 oferty:

- 1) oferta Konsorcjum: Saferoad Services sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku (lider konsorcjum) oraz B. O., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: ORFIX Zakład Usługowy B. O. (partner konsorcjum) – cena za wykonanie zamówienia podstawowego: 35 195 083,40 zł brutto; cena całkowita brutto: 49 273 116,76 zł;
- 2) oferta Przedsiębiorstwa Robót Drogowych S.A. z siedzibą w Poddębicach - cena za wykonanie zamówienia podstawowego: 37 086 461,85 zł brutto; cena całkowita brutto: 51 921 046,59 zł;
- 3) oferta odwołującego - cena za wykonanie zamówienia podstawowego:

42 404 742,00 zł brutto; cena całkowita brutto: 59 366 638,80 zł;

- 4) oferta „GNOM” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi - cena za wykonanie zamówienia podstawowego: 47 823 398,76 zł; cena całkowita brutto: 66 952 758,26 zł

Pismem z dnia 12.09.2024 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez Konsorcjum: Saferoad Services sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku (lider konsorcjum) oraz B. O., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: ORFIX Zakład Usługowy B. O. (partner konsorcjum).

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz dowody i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone na pismach i podane do protokołu rozprawy zważyła, co następuje.

W dniu 27.09.2024 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili przystąpienie:

- 1) Konsorcjum: Saferoad Services sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku (lider konsorcjum) oraz B. O., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: ORFIX Zakład Usługowy B. O. (partner konsorcjum);
- 2) Przedsiębiorstwo Robót Drogowych S.A. z siedzibą w Poddębicach

Izba stwierdziła, że zgłoszenia przystąpienia ww. wykonawców jest skuteczne, zgodnie z art. 525 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, że odwołanie należało oddalić.

I. Odnosnie zarzutu nr 1 odwołania, tj.: zarzutu naruszenia art. 28 Pzp w zw. z art. 17, art. 16 pkt 1-3 Pzp przez nienależyte oszacowanie wartości zamówienia, w tym przyjęcie w kosztorysie inwestorskim cen jednostkowych nierealnych i w oparciu o średnią arytmetyczną z cen dla postępowania na całoroczne utrzymanie dróg Rejon w Kielcach, bez dokonania własnej wyceny dla danego przedmiotu postępowania, które to postępowanie zakłada inny zakres świadczenia i którego nie sposób uznać za tożsamy (w szczególności w zakresie pozycji dotyczących utrzymania obiektów MOP i parkingów), a w konsekwencji prowadzenie postępowania w sposób nierzetelny, co przejawia się w nieuzasadnionym uprzywilejowaniu poszczególnych wykonawców oraz wyeliminowanie z udziału w postępowaniu innych wykonawców (uwzględniających warunki konkretnego postępowania), naruszając tym samym zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i prowadząc do nieporównywalności ofert złożonych w postępowaniu

- zarzut należało oddalić.

Zgodnie z art. 28 ustawy Pzp podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy bez podatku od towarów i usług, ustalone z należyłą starannością.

Stosownie do art. 17 ustawy Pzp:

1. Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:

1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację,

oraz

2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

2. Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

3. Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm.

Z kolei przepis art. 16 pkt 1 – 3 ustawy Pzp stanowi, iż: zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Po pierwsze należy podkreślić, że Izba uwzględnia odwołanie, jeśli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Powyższe wynika z dyspozycji art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Tym samym, nie każde naruszenie przepisów ustawy Pzp będzie skutkowało uwzględnieniem odwołania czy to w całości, czy w części, lecz takie, które jest kwalifikowane przez skutek w postaci wpływu lub możliwości takiego wpływu na wynik postępowania, czy też systemu kwalifikowania wykonawców.

Faktem jest, że zamawiający popełnił omyłkę przy szacowaniu wartości przedmiotu zamówienia, co zresztą sam potwierdził i w odpowiedzi na odwołanie, i w stanowisku procesowym przedstawionym na rozprawie. Omyłka ta dotyczyła w szczególności cen jednostkowych dotyczących utrzymania MOP-ów, tj. TER 8 pozycje 6.1. – 6.4.

Nie implikowało to jednak skutków opisywanych przez odwołującego, a mianowicie, tego że postępowanie prowadzone było w sposób nierzetelny, że zamawiający w sposób nieuzasadniony uprzywilejował niektórych wykonawców oraz doprowadził do wyeliminowania z udziału w postępowaniu innych wykonawców (uwzględniających warunki konkretnego postępowania). Odwołujący nie wykazał, że została naruszona zasada uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości, czy też, że w tym postępowaniu doprowadzono do nieporównywalności ofert, które zostały złożone.

W szczególności nie potwierdził się też zarzut odwołującego, że wykonawcy

nie dokonali wyceny świadczenia występującego w niniejszym postępowaniu, tu w szczególności chodziło o brak wyceny utrzymania MOP (MOP I Jonas Południe, MOP I Jonas Północ, MOP I Syców Południe, MOP I Syców Północ). Odwołujący podnosił, że zamawiający dokonał wyceny w kosztorysie inwestorskim pozycji 6.1.-6.4. TER 8 na nierynkowym poziomie, nieprzystającym do zamówienia, posługując się w tym zakresie średnią arytmetyczną ofert w

Rejonie Kielce, które odbiegają od realiów tego zamówienia. Odwołujący zauważył, że szacunek zamawiającego w odniesieniu do tych pozycji odbiega znacząco nawet od wycen samych wykonawców w tym postępowaniu i średniej cen ofert złożonych w tym postępowaniu, bowiem aż o 93%, przez co zdaniem odwołującego postępowanie obarczone jest wadą niedającą się usunąć, a tym samym ocena ofert jest wadliwa.

Podkreślić jednak należy, że sam odwołujący nie wykazał, że błąd w określeniu wartości szacunkowej zamówienia w odniesieniu do TER 8 poz. 6.1. – 6.4. miał w istocie przełożenie na ocenę ofert złożonych w postępowaniu, jak i na naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Ze złożonych ofert wynika, że obsługa MOPów została wyceniona przez wszystkich czterech wykonawców, którzy złożyli oferty w tym postępowaniu. Wykonawcy ci wiedzieli doskonale co wchodzi w zakres przedmiotu zamówienia, a błędy w kosztorysie inwestorskim, nie miały żadnego przełożenia na wycenę ofert dokonaną przez poszczególnych wykonawców. Nie dokonali oni wyceny parkingów. Odwołujący nie wykazał, że ewentualne naruszenie przepisów dotyczących ustalenia wartości zamówienia z należytą starannością przez zamawiającego prowadziłyby w tym przypadku do nieporównywalności ofert, co w istocie mogłoby powodować, że postępowanie obarczone jest niedającą się usunąć wadą. Argumentacja przedstawiona przez odwołującego w odwołaniu wręcz przeczy tezom przez niego formułowanym. Mianowicie sam odwołujący wskazywał, że wszyscy czterej oferenci dokonali wyceny pozycji dotyczących utrzymania MOP na poziomie znacząco wyższym niż określony w pierwotnym kosztorysie inwestorskim zamawiającego.

Ponadto, z dokumentów zamówienia bezpośrednio wynika zakres przedmiotu zamówienia, obejmujący wskazane punkty MOP, a mianowicie wynika on w szczególności z OPZ, w tym z: załącznika nr 1.7. do OPZ Wykaz Miejsc Obsługi Podróżnych, parkingów, stacji ważenia, obiektów zarządcy dróg, z załącznika nr 1.13 do OPZ Charakterystyka MOP-ÓW, czy też z załącznika nr 4 do OPZ Szczegółowa Specyfikacja Techniczna – Grupa 8 (Estetyka – Utrzymanie MOP-ÓW, Parkingów).

Odwołujący nawet nie próbował wykazać, że wykonawcy nie wzięli pod uwagę ww. postanowień wynikających z dokumentów zamówienia, czy też, że faktycznie zostali

wprowadzeni w błąd przez kosztorys inwestorski, w następstwie czego oferty złożone w tym postępowaniu są nieporównywalne. Odwołujący nie wykazał na czym miałyby polegać uprzywilejowanie części wykonawców.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że zarzut jest bezzasadny.

II. Odnośnie zarzutu nr 2 odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 17 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp w zw. z art. 255 pkt 6 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z dokonaniem wyceny przy kosztorysie inwestorskim w TER 8 poz. 6.1-6.4 w oparciu o inne postępowanie – nieprzystające do warunków niniejszego zamówienia, a także dokumentacji nieudostępnionej wykonawcom na etapie składania oferty, o czym odwołujący powziął informację na etapie odwołania tj. 16.09.2024 r., co doprowadziło do nierównego traktowania wykonawców, przyjęcia przez zamawiającego kryteriów wyboru wykonawców nie korespondujących z przedmiotem zamówienia, opierającego się o brak wyceny świadczenia występującego w niniejszym postępowaniu, a także dokumentacją dostępną wykonawcom na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienie - czym zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 Pzp w zw. z art. 28 Pzp w zw. z art. 224 ust. 1, 5 i 6 Pzp

oraz art. 255 pkt 6 Pzp oraz prowadzenia postępowania w sposób nieproporcjonalny i nieprzejrzysty, co w ostateczności doprowadziło do zaniechania przez zamawiającego unieważnienia postępowania

- zarzut należało oddalić.

Treść przepisów art. 16 pkt 1 – 3 oraz art. 17 ustawy Pzp została przytoczona w pkt I.

Zgodnie zaś z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W piśmiennictwie wskazuje się, że: „Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie PrZamPubl wymaga ustalenia, że:

- 1) w postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie (wada postępowania);
- 2) naruszenie to stanowi wadę niemożliwą do usunięcia;
- 3) wada postępowania skutkuje brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy (konieczne jest zatem ustalenie związku przyczynowo - skutkowego pomiędzy wystąpieniem wady postępowania a brakiem możliwości zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu).

Podstawą do unieważnienia postępowania jest więc obarczenie postępowania wadą, przez którą należy rozumieć wyłącznie takie uchybienia proceduralne, które nie mogą być skorygowane przez zamawiającego w toku postępowania poprzez unieważnienie lub powtórzenie nieprawidłowej czynności. Ponadto wada taka musi uniemożliwić zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tym samym błędy w postępowaniu o

marginalnym znaczeniu, pozostające bez wpływu na możliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, nie są wystarczającą podstawą do unieważnienia postępowania. Z kolei jeśli wada jest usuwalna, konieczne jest jej usunięcie. W takim przypadku nie ma możliwości unieważnienia postępowania.” (Agnieszka Matusiak, Unieważnienie postępowania z powodu jego wady, ius.focus styczeń 2024).

Odwołujący powinien przy tym wykazać, że ziszczy się wszystkie przesłanki z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp powodujące konieczność unieważnienia postępowania.

Odwołujący swój zarzut opierał na twierdzeniach, że zamawiający – odmiennie od założeń dokumentacji postępowania – określił kryteria kwalifikacji wykonawców w sposób różnicujący ich pozycję. Jednocześnie w żaden sposób odwołujący nie udowodnił tych twierdzeń. Żadne okoliczności przedstawione przez odwołującego nie wskazują na to jakoby zamawiający określił kryteria kwalifikacji wykonawców w sposób różnicujący ich pozycję. W żaden sposób nie świadczy o tym to, że w kosztorysie inwestorskim zamawiający w sposób błędny dokonał wyceny pozycji dotyczących utrzymania MOP-ÓW. Kosztorys inwestorski nie zmienił w tym zakresie przedmiotu świadczenia, nie wprowadził też w błąd wykonawców. Oczywiście jest, co podkreślał odwołujący, że zakres pracy przy utrzymaniu obiektu MOP jest inny – większy niż dla utrzymania parkingów, a czego miał nie uwzględnić zamawiający, sporządzając kosztorys inwestorski. Jednak nie miało to żadnego przełożenia na zakres świadczenia oferowanego przez wykonawców, jak i na dokonane przez nich wyceny, jak i na ocenę ofert złożonych przez wykonawców. Odwołujący nie wykazał tego typu skutków w żaden sposób. A jak już zostało wskazane w pkt I niniejszego uzasadnienia – sam odwołujący wskazując na znaczące różnice wycen dokonanych przez wszystkich wykonawców w odniesieniu do pozycji 6.1.-6.4. z TER 8 przeczy podnoszonym przez siebie tezom. Nie da się zatem wywieść z tych okoliczności, że rzekoma wada postępowania czyni nieporównywalne oferty względem siebie. Niezrozumiałe jest twierdzenie odwołującego, iż: „kryteria porównywalności zaburzane są przez zmienną, która nie powinna być brana pod uwagę przy weryfikacji ofert”.

Także argument odwołującego, że przyjęcie innego zakresu świadczenia w kosztorysie inwestorskim powoduje, że wobec wykonawców: Konsorcjum Saferoad i PRD nie zostało wystosowane obligatoryjne wezwanie do złożenia wyjaśnień z art. 224 ust. 2 w zakresie treści ofert, nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący nie wykazał, że zamawiający celowo

pomiął zastosowanie przepisu art. 224 ust. 2 ustawy Pzp. Co więcej zauważyć należy, że odwołujący nie kwestionuje ceny całkowitej oferty czy to Konsorcjum Saferoad czy PRD, lecz jedynie ceny jednostkowe w tych ofertach i to w ograniczonym zakresie (6 z 308 pozycji kosztorysu). Tymczasem obowiązek wezwania wykonawcy do wyjaśnień ceny oferty na podstawie art. 224 ust. 2 ustawy Pzp aktualizuje się, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10. Dlatego też argumentacja odwołującego w tym zakresie jest chybiona.

W ocenie Izby, przedstawione przez odwołującego okoliczności nie wskazują na to, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Ponadto, odwołujący podnosił, że w orzecznictwie wskazuje się, że właściwe oszacowanie wartości zamówienia ma doniosłe znaczenie dla prawidłowego zakwalifikowania zamówienia jako zamówienia powyżej lub poniżej wartości, o której mowa w art. 4 pkt 8 Pzp (sytuacji kiedy Pzp nie stosuje się) czy powyżej lub poniżej progów określonych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp (procedura krajowa lub unijna), jak również na dalszych etapach postępowania.

Izba zgadza się z tym stanowiskiem. Niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia jest prowadzone przez zamawiającego na podstawie przepisów ustawy Pzp, powyżej progów unijnych, zatem także w tym zakresie omyłka w ustaleniu wartości szacunkowej zamówienia, polegająca na niedoszacowaniu tej wartości, nie miała wpływu na prowadzone postępowanie. Odwołujący nie wykazał, żeby też miała jakikolwiek wpływ na dalsze etapy postępowania, choćby w postaci pominięcia stosowania przepisu art. 224 ust. 2 ustawy Pzp.

Nie można zgodzić się z twierdzeniem odwołującego, iż jest to „błąd w oszacowaniu przedmiotu zamówienia, mający wpływ m.in. na ocenę ofert, pozycję poszczególnych wykonawców”, albowiem tego wpływu odwołujący nie wykazał.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła ww. zarzut jako bezzasadny.

III. Odnosnie zarzutu nr 3 odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp, art. 28 Pzp w zw. z art. 224 ust. 1, 5 i 6 Pzp przez ustalenie cen jednostkowych w kosztorysie inwestorskim (stanowiącym odniesienie do oceny kosztorysów wykonawców ubiegających się o zamówienie) w sposób niedokładny i nierzetelny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności, które mają wpływ na sporządzenie oferty, jak również postępowanie w kosztorysie inwestorskim danymi z innego postępowania, nieprzystającymi do przedmiotu zamówienia – o czym odwołujący powziął informację na etapie odwołania tj. 16.09.2024 r., 23

a przez to ustalenie składników kosztowych wynagrodzenia w kosztorysie inwestorskim w sposób nierealny, a co doprowadziło do niezgodnego z prawem zaniechania wezwania wykonawców PRD i Konsorcjum Saferoad do złożenia wyjaśnień w zakresie istotnej części składowej wobec oceny ofert i istotnych części składowych wobec nierealnych cen z kosztorysu inwestorskiego, czym zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 Pzp w zw. z art. 28 Pzp w zw. z art. 224 ust. 1, 5 i 6 Pzp oraz art. 255 pkt 6 Pzp i doprowadziło do zaniechania przez zamawiającego unieważnienia niniejszego postępowania

- zarzut należało oddalić.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający nie może, w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy, zaniżyć wartości zamówienia lub konkursu, lub wybierać sposobu obliczania wartości zamówienia.

Stosownie zaś do art. 224 ust. 1, 5 i 6 ustawy Pzp:

1. 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.
5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.
6. 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.

Na wstępie podkreślić należy, że w tym miejscu aktualna pozostaje argumentacja zaprezentowana w punkcie I i II niniejszego uzasadnienia.

Ponadto, stwierdzić należy, że zarzut z punktu III jest absurdalny, a to z tego względu, że odwołujący w jego ramach podnosi to, że zamawiający ustalił ceny jednostkowe w kosztorysie inwestorskim w sposób nierzetelny przez co niezgodnie z prawem zaniechał wezwania wykonawców PRD i Konsorcjum Saferoad do złożenia wyjaśnień w zakresie istotnej części składowej wobec oceny ofert i istotnych części składowych wobec nierealnych cen z kosztorysu inwestorskiego, w sytuacji, gdy z uzasadnienia odwołania wynika, że nierzetelność wyceny zamawiającego odwołujący odnosi do pozycji kosztorysu dotyczących utrzymania MOP. Jednocześnie jak już wcześniej zostało wskazane ten sam odwołujący w swoim odwołaniu wskazuje, że ceny ofert wszystkich wykonawców, złożonych w tym postępowaniu, znacząco przekraczały wartość szacunkową określoną

przez zamawiającego dla TER 8 pozycje 6.1.-6.4. Oferty trzech wykonawców były na poziomie zbliżonym, a jedynie oferta odwołującego odbiegała cenowo od pozostałych.

Następnie stwierdzić należy, że odwołujący nie wykazał, że prawidłowe ustalenie wartości szacunkowej dla tych pozycji powodowałyby konieczność wezwania ww. wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie istotnej części składowej. A nadto, odwołujący nie próbował nawet wykazać, że jest to istotna część składowa ceny oferty.

Z tych też względów ww. zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

IV. Odnosnie zarzutu nr 4 odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Saferoad i jej wybór jako najkorzystniejszej oraz zaniechanie odrzucenia oferty PRD, pomimo że ich treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, a co dotyczy w szczególności wyceny robót i prac w zakresie:

- a. pozycji utrzymania obiektów MOP (SST D-10.10.01e, v.2 - utrzymanie MOP-ów, parkingów), która to wycena nie pokrywa minimalnych kosztów związanych z ich elementami składowymi związanymi z utrzymaniem obiektu MOP (w tym wymaganiami związanymi z obiektem MOP);
- b. kosztów zarządzania kontraktem (SST D-10.10.01z, v.2, zarządzanie kontraktem), która to wycena nie pokrywa minimalnych kosztów związanych z ich elementami składowymi; c. pozycje ręczne i mechaniczne koszenie traw i chwastów (SST, D-09.01.03a, v.1, koszenie traw i usuwanie chwastów), która to wycena nie pokrywa poszczególnych minimalnych kosztów związanych z jej elementami składowymi na tę pozycję,

a co czyni te oferty merytorycznie wadliwe, jak również nieuwzględniające wszystkich elementów, a co ma przełożenie na niezgodność z SWZ (w tym odnoszących się do koniecznością objęcia wszystkich elementów)

- zarzut podlega oddaleniu.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W ocenie Izby brak jest podstaw do odrzucenia oferty Konsorcjum Saferoad oraz oferty wykonawcy PRD ze względu na to, że ich treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W orzecznictwie wskazuje się, że: „niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na niezgodności zobowiązania, które wykonawca wyraża w swojej ofercie i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, które zamawiający opisał w dokumentach zamówienia i którego przyjęcia oczekuje. Niezgodność treści oferty z treścią SWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia,

nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego” (przykładowo por. wyrok z dnia 20 lutego 2024 roku, sygn. akt: KIO 348/24).

Te okoliczności w odniesieniu do ofert ww. wykonawców nie zostały w żaden sposób wykazane przez odwołującego. Odwołujący w swoim odwołaniu wskazuje jedynie na kwestie związane z niedoszacowaniem pewnych pozycji kosztorysowych, co nie świadczy o tym, że oferty te nie są zgodne z wymaganiami zamawiającego, określonymi w dokumentach zamówienia. Odwołujący nie wykazał, że ww. wykonawcy zaoferowali przedmiot świadczenia nie odpowiadający pełnemu zakresowi przedmiotu zamówienia wymaganego przez zamawiającego.

Wobec powyższego ww. zarzut należało oddalić.

V. Odnoszenie zarzutu nr 5 odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („u.z.n.k.”) przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Saferoad i jej wybór oraz zaniechanie odrzucenia oferty PRD, pomimo że ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na celowym, sztucznym zaniżeniu (lub pominięciu) wartości poszczególnych elementów cenotwórczych, w tym intencjonalnym zaniżeniu pozycji – co w rezultacie pozwoliło temu wykonawcy obniżyć całość ceny swojej oferty i uzyskać zamówienie, czego nie można uznać za uczciwą konkurencję, a co wzbudza wątpliwości, czy wykonawca zakłada w ogóle zysk w poszczególnych pozycjach i gwarantuje realizację przedmiotu zamówienia, gdy tymczasem winien on założyć możliwość realizacji zamówienia w ramach każdej pozycji

- zarzut należało oddalić.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji: czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Niewątpliwie odwołujący zarzucając złożenie oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, winien udowodnić ziszczenie się wszystkich przesłanek stanowiących o zaistnieniu takiego czynu.

W ocenie Izby odwołujący nie sprostął spoczywającemu na nim ciężarowi dowodowemu w tym zakresie. Brak jest nawet przekonującej argumentacji wskazującej, że złożenie oferty przez Konsorcjum Saferoad oraz wykonawcy PRD stanowiło działanie

sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, a nadto zagrażało lub naruszało interes innego przedsiębiorcy czy klienta.

Znamienne jest, że odwołujący czynu nieuczciwej konkurencji upatrywał w celowym, sztucznym zaniżeniu (lub pominięciu) wartości poszczególnych elementów cenotwórczych, w tym intencjonalnym zaniżeniu pozycji - co w rezultacie pozwoliło wykonawcy obniżyć całość ceny swojej oferty i uzyskać zamówienie, czego – zdaniem odwołującego - nie można uznać za uczciwą konkurencję. Jednocześnie odwołujący w odwołaniu nie kwestionuje ceny całkowitej ani tej zaoferowanej przez wykonawcę Konsorcjum Saferoad, ani przez wykonawcę PRD, albowiem zarzuty swoje opiera wyłącznie w odniesieniu do kilku cen jednostkowych zawartych w ofertach tych wykonawców. Ponadto, w zarzucie stwierdza, że działanie wykonawcy pozwoliło mu na obniżenie ceny oferty i uzyskanie zamówienia – w sytuacji, gdy zamówienie – siłą rzeczy - uzyskał tylko jeden z tych wykonawców, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Odwołujący nie przedstawia indywidualnych okoliczności odnoszących się do każdego z tych wykonawców, generalizując te okoliczności i sam zarzut. Stwierdzić należy, że odwołujący nie wskazał konkretnego stanu faktycznego i nie przedstawił uzasadnienia faktycznego tego zarzutu. W szczególności nie odniósł się w sposób skonkretyzowany do przesłanek składających się na czyn nieuczciwej konkurencji.

Wobec powyższego ww. zarzut należało oddalić.

VI. Odnoszenie zarzutu nr 6 odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 3 i 8 Pzp polegające na braku odrzucenia oferty Konsorcjum Saferoad oraz PRD, mimo że pozostają one niezgodne z warunkami zamówienia i przepisami prawa (art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) w zw. z § 3 Rozporządzenia 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. poz. 1893), jak i § 1 Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 12 września 2024 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2025 r. (Dz. U. poz. 1362)

- zarzut należało oddalić.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 3 i 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

3. jest niezgodna z przepisami ustawy;
8. zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Powyższy zarzut odwołujący wywodzi również z naruszenia przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, co jak wskazano w punkcie IV niniejszego uzasadnienia, nie znajduje żadnych podstaw faktycznych.

Ponadto, podzielić należy stanowisko zamawiającego, który słusznie wskazywał, że treść ofert obu wykonawców, tj. Konsorcjum Saferoad i PRD należy odczytywać w sposób kompleksowy, gdyż tworzą one jedną całość. Z całości tej tworzy się obraz założeń jakie dany wykonawca przyjął w zakresie sposobu realizacji zamówienia i sposobu kalkulacji

ceny ofertowej, których to założeń odwołujący nie kwestionuje. Odwołujący bowiem odnosi się w uzasadnieniu odwołania wyłączenia do wybranych rażąco niskich cen jednostkowych. Zamawiający słusznie także podnosił, że w uzasadnieniu odwołania zabrakło wykazania, z jakiego to powodu odwołujący uważa, że oferty ww. wykonawców są niezgodne z warunkami zamówienia i przepisami o minimalnym wynagrodzeniu o pracę. Odwołujący nie tylko nie udowodnił swoich twierdzeń w tym zakresie, ale zaniechał skonkretyzowania swojego zarzutu. Odwołujący nie wskazał w uzasadnieniu odwołania z czego wywodzi, że naruszone zostały przepisy prawa - art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę w zw. z § 3 Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 14 września 2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r., jak i § 1 Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 12 września 2024 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2025 r. Odwołujący jedynie podnosił, że wartości wskazane przez ww. wykonawców w pozycjach kosztorysowych dotyczących ręcznego i mechanicznego koszenia traw oraz zarządzania kontraktem zostały znacząco zaniżone i nie odpowiadają realiom rynkowym. Odwołujący wskazywał na konieczność m.in. ujęcia kosztów związanych z wynagrodzeniami pracowników w ramach tych pozycji. Brak jednak jakiegokolwiek odniesienia do kwestii niezgodności z przepisami o minimalnym wynagrodzeniu o pracę i brak rzeczowej argumentacji, jak i dowodów w tym zakresie.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła ww. zarzut.

VII. Odnosnie zarzutu nr 7 odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1, 5 i 6 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum Saferoad i PRD do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny zaoferowanej przez PRD i jej istotnych części składowych (obejmującej niezależnie od siebie - TER 8 poz. 6.1;6.2;6.3;6.4 oraz TER 8 poz. 10.1, jak również TER 11), ponieważ wydają się one rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinny budzić wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia – co też winno skutkować wezwaniem do wyjaśnień, a następnie – o ile wykonawca nie złożyłby wyjaśnień w tym zakresie lub też okazałyby się one niewystarczające – odrzuceniem oferty, czego jednak zamawiający zaniechał

- zarzut należało oddalić.

Zgodnie z art. 224 ust. 1, 5 i 6 ustawy Pzp:

1. 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.
5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.
6. 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 pierwszej kolejności podkreślić należy, że skierowanie przez zamawiającego do wykonawców wezwania do wyjaśnień na podstawie ustawy Pzp powinno mieć miejsce wyłącznie wtedy, gdy cena oferty lub jej istotne części składowe wydają się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, jak i wtedy gdy budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia z wymaganiami określonymi przez zamawiającego czy też wynikającymi z odrębnych przepisów.

To na odwołującym, który zarzuca zamawiającemu zaniechanie wezwania wykonawcy do wyjaśnień ceny oferty spoczywa ciężar dowodu wykazania zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp: strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

W ocenie Izby odwołujący nie wykazał, że ziszczyli się przesłanki do wezwania Konsorcjum Saferoad i wykonawcy PRD do wyjaśnień ceny oferty w oparciu o przepis art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, w szczególności, że nie wykazał, że kwestionowane pozycje kosztorysowe to istotne części składowe ceny oferty. Odwołujący w istocie kwestionował 3 kategorie usług: tj. obsługa MOP-ÓW (4 pozycje kosztorysowe – TER 8 poz. 6.1., 6.2., 6.3. i 6.4.), ręczne i mechaniczne koszenie traw i chwastów (TER 8 poz. 10.1.) oraz TER 11 – zarządzanie kontraktem.

Podkreślić należy, że kosztorysy obejmowały 308 pozycji, z czego odwołujący kwestionował jedynie 6, nie kwestionując przy tym ceny całkowitej oferty czy to Konsorcjum Saferoad czy PRD.

Jednocześnie odwołujący w żaden sposób nie odnosi się do rzeczywistej istotności cen

tych pozycji.

Odnosząc się do pozycji dot. obsługi MOP-ÓW to zauważyć należy, że zostały one wycenione przez 3 spośród 4 wykonawców na zbliżonym poziomie (cena jednostkowa 45 000 – 50 000 zł/m-c/obiekt). Sam odwołujący jedynie zaoferował cenę 75 000 zł/m-c /obiekt. Jednocześnie w odwołaniu nie przedstawił argumentacji, iż ceny jednostkowe zaoferowane przez pozostałych wykonawców powinny budzić wątpliwości zamawiającego, które obowiązywałyby go do wezwania wykonawców do wyjaśnień istotnych części składowych ceny oferty w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Zauważyć przy tym należy, że sam odwołujący realizuje obecnie zamówienie na rzecz zamawiającego obejmujące utrzymanie tych samych MOP-ÓW za 29 580,00 zł/m-c/za obiekt.

Odnośnie pozycji kosztorysu dotyczącej zarządzania kontraktem, to tutaj zauważyć należy, że oprócz odniesienia się do cen oferowanych w innych postępowaniach odwołujący w istocie nie przedstawił żadnej argumentacji, ani dowodów, które wskazywałyby na rzeczywiste zniżenie ceny - poniżej poziomu rynkowego - w ramach tej pozycji, co mogłoby i powinno budzić wątpliwości zamawiającego. Dodatkowo wskazać należy, że wykonawcy byli ograniczeni w ramach tej pozycji (koszty zarządzania kontraktem) limitem procentowym ustalonym przez zamawiającego w dokumentach zamówienia (punkt 17.3. SWZ) – wynoszącym 12% netto od sumy wartości netto Grup robót nr 1-10 + 12-13.

Jak przyznał sam zamawiający jedyną pozycją mogącą budzić wątpliwości była pozycja TER 8 poz. 10.1. – ręczne i mechaniczne koszenie traw i chwastów. Jednak odwołujący przede wszystkim nie wykazał, że jest to istotna część składowa, która będzie powodować powstanie obowiązku po stronie zamawiającego w zakresie wezwania wykonawców do jej wyjaśnień. Odwołujący nie przedstawił żadnej analizy pod kątem ustalenia czy ten składnik cenowy jest istotny. A raz jeszcze podkreślić należy, że jest to jedna z ponad 300 cen jednostkowych kosztorysu.

Mając powyższe na uwadze zamawiający słusznie uznał, że brak jest podstaw do wezwania czy to Konsorcjum Saferoad, czy też wykonawcy PRD, do wyjaśnień w zakresie cen jednostkowych, które kwestionował odwołujący.

Wobec powyższego ww. zarzut należało oddalić.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 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 2020 r. poz. 2437).

W oparciu o powyższe Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3600 zł, tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez zamawiającego w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca: .....