

WYROK

Warszawa, dnia 22 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Aleksandra Patyk
Irina Pawlik
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Wardex Sp. z o.o. z siedzibą w Słupnie oraz Autostrada Mazowiecka Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy ZABERD Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu nr 1, 2 oraz 4 *petitum* odwołania i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 3 zamówienia, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w ww. części, w tym odrzucenie oferty wykonawcy ZABERD Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.

3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego – Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Wardex Sp. z o.o. z siedzibą

w Słupnie oraz Autostrada Mazowiecka Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez ww. wykonawców tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego – Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

3.2. zasądza od zamawiającego – Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie na rzecz odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Wardex Sp. z o.o.

z siedzibą w Słupnie oraz Autostrada Mazowiecka Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia 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:
.....
.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetarg nieograniczonego na *całocenne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach z podziałem na 3 części* (znak postępowania: O.Ki.2421.34.2023).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 grudnia 2023 r. pod numerem 00761553-2023.

W dniu 29 kwietnia 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Wardex Sp. z o.o. z siedzibą w Słupnie oraz Autostrada Mazowiecka Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [dalej „Odwołujący”] wnieśli odwołanie w zakresie części 3 zamówienia zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

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

2. art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ZABERD (który w poz. 1.5 i 2.2. Tabeli Elementów Rozliczeniowych Grupy Prac nr 8 - Estetyka zaoferował Zamawiającemu ceny jednostkowe w wysokości 0 zł i na wezwanie Zamawiającego nie udzielił wyczerpujących wyjaśnień i nie wykazał m. in. że oferowane ceny jednostkowe uwzględniają wszystkie elementy i wymagania Zamawiającego), podczas gdy treść oferty ZABERD jest niezgodna z warunkami zamówienia wynikającymi z pkt 17.3

i 17.4 Instrukcji dla Wykonawców (Tom I, Rozdział I Specyfikacji Warunków Zamówienia)

w zw. z pkt 9.1. Specyfikacji Technicznej D-M-00.00.00 Wymagania ogólne w zw. z pkt 9.2. Szczegółowej Specyfikacji Technicznej D-10.10.01i Mycie i czyszczenie znaków, urządzeń BRD, ekranów, osłon itp. w zw. z pkt 9.2. Szczegółowej Specyfikacji Technicznej

D-10.10.010 - Malowanie elementów wyposażenia drogi w zw. z pkt 2 uwag zawartych

w Tabeli Elementów Rozliczeniowych Rejon w Opatowie Grupa Prac nr 8 — Estetyka w zw. z § 6 ust. 1 i § 17 ust. 1 pkt

a) PPU tj. obowiązkiem uwzględnienia w cenie oferty całkowitych kosztów wykonania przedmiotu zamówienia, w tym uwzględnienia w każdej cenie jednostkowej (w tym w cenach jednostkowych pozycji 1.5 i 2.2. Tabeli Elementów Rozliczeniowych Grupy Prac nr 8 — Estetyka) wszystkich składników kosztów (m.in. KP, KZ, Zysk, itp.), a także innych czynności opisanych w pkt 9.2. Szczegółowej Specyfikacji Technicznej D-10.10.01i - Mycie i czyszczenie znaków, urządzeń BRD, ekranów, osłon itp.

i Szczegółowej Specyfikacji Technicznej D-10.10.010 - Malowanie elementów wyposażenia drogi oraz obowiązkiem zaoferowania Zamawiającemu cen jednostkowych dodatnich, albowiem Zamawiający uzależnił wysokość przysługującej mu kary umownej za zwłokę

w wykonaniu prac z Grupy Prac nr 8 Estetyka od wartości brutto zleconej do wykonania każdej pracy zawartej w poleceniu, która to wartość stanowi iloczyn ilości zleconych prac

i cen jednostkowych podanych w Tabeli Elementów Rozliczeniowych Grupy Prac nr 8 - Estetyka, a zarzut ten potwierdzają wyjaśnienia ZABERD z dnia 4 marca 2024 r.;

3. art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP w zw. z art. 3 ust. 1 i ust. 2 u.z.n.k. oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ZABERD pomimo, iż została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu u.z.n.k., polegającego na utrudnianiu innym wykonawcom dostępu do rynku poprzez zaoferowanie świadczenia usługi poniżej kosztów jej świadczenia, a także nieuprawnionym, niezgodnym z postanowieniami Specyfikacji Warunków Zamówienia przesunięciu kosztów pomiędzy pozycjami Tabeli Elementów Rozliczeniowych, co skutkowało uzyskaniem nieuprawnionego wyniku w postaci wyboru oferty ZABERD, podczas gdy „przerzucanie” kosztów z jednego obszaru wpływającego na korzystniejszą ocenę oferty do drugiego (zwane „inżynierią cenową”) uznawane jest za czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 3 ust. 1 u.z.n.k., a zarzut ten potwierdzają wyjaśnienia ZABERD z dnia 4 marca 2024 r.;

4. art. 226 ust. 1 pkt 10 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ZABERD, pomimo, iż zawiera ona błąd w obliczeniu ceny, bowiem cena ofertowa nie została obliczona zgodnie ze sposobem obliczenia ceny wskazanym przez Zamawiającego w pkt 17.3. i 17.4 Instrukcji dla Wykonawców (Tom I, Rozdział I Specyfikacji Warunków Zamówienia), co potwierdzają wyjaśnienia ZABERD z dnia 4 marca 2024 r.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wnieśli o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty ZABERD jako najkorzystniejszej;

2. odrzucenie oferty złożonej przez ZABERD na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP, art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP w zw. z art. 3 ust. 1 i ust. 2 u.z.n.k. oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k., a także na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 PZP;

3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert, bez udziału oferty ZABERD

i powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący przedstawił stan faktyczny sprawy. Wskazał, iż wbrew stanowisku Zamawiającego zawartemu w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 24 kwietnia 2024 r., oferta ZABERD nie odpowiada wszystkim wymaganiom określonym w PZP i SWZ. Uzasadniał, że Zamawiający skorzystał z procedury przewidzianej w art. 223 ust. 1 PZP, kierując do ZABERD wezwanie do przedstawienia szczegółowych i wyczerpujących wyjaśnień, obliczeń, kalkulacji dotyczących sposobu uwzględnienia wszystkich niezbędnych elementów, o których mowa w SWZ, mających wpływ na wysokość cen jednostkowych pozycji 1.5 i 2.2. TER Grupa Prac nr 8 Estetyka oraz wykazanie, że oferowane ceny jednostkowe ww. pozycji uwzględniają wszystkie elementy i wymagania opisane przez Zamawiającego w SWZ oraz wskazanie na istotne w ocenie ZABERD indywidualne czynniki kształtujące poziom oferowanych cen jednostkowych dla ww. pozycji, w szczególności mając na uwadze m.in. zaangażowanie

osobowe, rzeczowe, sprzętowe i związane z tym niezbędne koszty, a także zakładany poziom zysku. Zamawiający jednocześnie przytoczył ZABERD fragmenty SWZ, w tym IDW oraz SST D-10.10.01i, a także SST D-10.10.01i. Bezsprzecznie zagadnienia poruszone przez Zamawiającego w treści Wezwania, którym ZABERD winien był sprostac były bardzo szczegółowe, doprecyzowujące treść oferty i wymagające przedstawienia specjalistycznych informacji i dokumentów.

Zdaniem Odwołującego, wyjaśnienia ZABERD potwierdziły opinię (wątpliwość) Zamawiającego wyartykułowaną w Wezwaniu, iż oferta złożona przez ZABERD jest niezgodna z warunkami zamówienia i zawiera błąd w obliczeniu ceny, a nadto dodatkowo zdaniem Odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji

w rozumieniu u.z.n.k. ZABERD bowiem mimo wyraźnego Wezwania Zamawiającego: - nie przedstawił szczegółowych i wyczerpujących wyjaśnień; - nie przedstawił szczegółowych

i wyczerpujących obliczeń, kalkulacji dotyczących sposobu uwzględnienia wszystkich niezbędnych elementów, o których mowa w SWZ, mających wpływ na wysokość cen jednostkowych pozycji 1.5 i 2.2. TER Grupa Prac nr 8 - Estetyka; nie wykazał, że oferowane ceny jednostkowe ww. pozycji uwzględniają wszystkie elementy i wymagania opisane przez Zamawiającego w SWZ; - nie wskazał na istotne w jego ocenie indywidualne czynniki kształtujące poziom oferowanych cen jednostkowych dla ww. pozycji,

w szczególności mając na uwadze m.in. zaangażowanie osobowe, rzeczowe, sprzętowe

i związane z tym niezbędne koszty, a także zakładany poziom zysku.

Uzasadniał, że wyjaśnienia ZABERD zawierają jedynie ogólnikowe frazesy i niczym nie poparte zapewnienia, że podane w pozycjach 1.5 i 2.2. TER Grupa Prac nr 8 — Estetyka wartości 0,00 zł obejmują pełen koszt realizacji zamówienia wskazany w SWZ, tj. pkt 9.2. SST D10.10.01i — Mycie i czyszczenie znaków, urządzeń BRD, ekranów, osłon itp. oraz pkt 9.2. SST D-10.10.010 — Malowanie elementów wyposażenia drogi. Przy czym stanowisko ZABERD nie jest konsekwentne, albowiem w jednym miejscu wskazuje, że zaoferowana cena w ww. pozycjach pokrywa całość kosztów danej pozycji, jakie ZABERD poniesie

w ramach realizacji zamówienia, by w innym miejscu wskazać, że nie będzie ponosił jakichkolwiek kosztów związanych z realizacją prac objętych pozycjami 1.5 i 2.2. TER Grupa Prac nr 8 — Estetyka. ZABERD ponadto powoływał się na rzekomo indywidualne czynniki kształtujące poziom oferowanych cen jednostkowych dla ww. pozycji, które swoje źródło znajdują w ofercie współpracy otrzymanej od swojego wieloletniego Podwykonawcy — ORFIN ŁUKASZ ORFIN Sp. o.o., który to z kolei Podwykonawca zapewniając, że zapoznał się z całością warunków zamówienia, zaoferował ZABERD wykonanie pozycji 1.5 i 2.2. TER Grupa Prac nr 8 Estetyka za 0 zł. Tym samym zaoferowanie przez Podwykonawcę wykonanie ww. pozycji za 0 zł zdaniem ZABERD uprawniało go do wyceny tych pozycji również na poziomie 0 zł. ZABERD jednocześnie przyznał w swoich wyjaśnieniach, że taki zabieg zwiększył jego konkurencyjność względem innych ofert. Jednocześnie z treści oferty współpracy z Podwykonawcą wynika, że rzekomy rabat, który został udzielony ZABERD na wykonanie prac Grupy Prac nr 8 — Estetyka został w całości uwzględniony w spornych pozycjach, co skutkowało zaniżeniem w nich cen jednostkowych do 0 zł i finalnie będzie powodowało konieczność przesunięcia kosztów pomiędzy pozycjami TER Grupa Prac nr 8 - Estetyka, lub pozycjami innych TER, względnie wykonanie tych prac ze szkodą dla ZABERD lub/i jego Podwykonawcy. Oczywistym bowiem jest, że nie jest możliwe wykonanie ww. pozycji za 0 zł. W takim stanie rzeczy Zamawiający dokonując wyboru oferty ZABERD jako najkorzystniejszej, naruszył szereg przepisów PZP.

Odwołujący wskazał, iż niewątpliwie oferta złożona przez ZABERD i wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza, nie uwzględnia wymagań zawartych w warunkach zamówienia, w szczególności zawartych w: pkt 17.3 IDW, pkt 17.4 IDW, pkt 9.1. ST D-M-oo.oo.oo Wymagania ogólne, pkt 9.2. SST D-10.10.01i - Mycie i czyszczenie znaków, urządzeń BRD, ekranów, osłon itp., pkt 9.2. SST D-10.10.010 - Malowanie elementów wyposażenia drogi, pkt 2 uwag zawartych w TER Rejon w Opatowie Grupa Prac nr 8

- Estetyka, § 6 ust. 1 i § 17 ust. 1 pkt a) PPU, z których to warunków jasno wynika, że obowiązkiem ZABERD: było uwzględnienie w cenie oferty całkowitych kosztów wykonania przedmiotu zamówienia, w tym uwzględnienia w każdej cenie jednostkowej (w tym w cenach jednostkowych pozycji 1.5 i 2.2. TER Grupa Prac nr 8 - Estetyka) wszystkich składników kosztów (m.in. KP, KZ, Zysk, itp.), a także innych czynności opisanych w pkt 9.2. SST D-10.10.01i - Mycie i czyszczenie znaków, urządzeń BRD, ekranów, osłon itp. i pkt 9.2. SST D-10.10.010 - Malowanie elementów wyposażenia drogi oraz - zaoferowanie Zamawiającemu cen jednostkowych dodatnich, albowiem Zamawiający uzależnił wysokość przysługującej mu kary umownej za zwłokę w wykonaniu prac przez ZABERD z Grupy Prac nr 8 Estetyka od wartości brutto zleconej do wykonania każdej pracy zawartej w poleceniu, która to wartość stanowi iloczyn ilości zleconych prac i cen jednostkowych podanych w TER Grupa Prac nr 8 - Estetyka.

Podniósł, że ZABERD w złożonych wyjaśnieniach wprost wskazał, że zaoferował 0 zł za pozycje 1.5 i 2.2. TER Grupa Prac nr 8 — Estetyka, bo taką cenę zaoferował Podwykonawca (który dodatkowo zapoznał się z warunkami zamówienia). Przyjęte przez ZABERD i jego Podwykonawcę ceny jednostkowe za ww. pozycje nie uwzględniają i nie

obejmują ŻADNYCH kosztów związanych z realizacją tych prac, na które szczególną uwagę zwracał Zamawiający w treści Wezwania. Wobec powyższego nie budzi wątpliwości fakt, że oferta ZABERD wybrana jako najkorzystniejsza jest niezgodna z warunkami zamówienia, zaś Zamawiający w sposób nieprawidłowy przeprowadził analizę porównawczą treści oferty ZABERD, w tym złożonych wyjaśnień z warunkami zamówienia, do czego zobowiązywały jego przepisy PZP.

Uwzględniając wymagania sposobu obliczenia ceny oferty wskazane w pkt 17.3

i 17.4 IDW - a dotyczące tego, by zarówno cena ofertowa, jak też każda cena jednostkowa obejmowała całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia lub jego części (obejmowała wszystkie składniki kosztów) wskazał, iż tak obliczone ceny jednostkowe przez ZABERD jak też oferty, nie spełniają warunków zamówienia. Skoro koszt ma być wskazany przez ZABERD w pozycjach 1.5 i 2.2 TER Grupa Prac nr 8 — Estetyka w sposób całkowity (pkt 17.3 i pkt 17.4. IDW), to nie można wskazać go w danej pozycji w sposób częściowy lub co gorsza w sposób zerowy. Opisane powyżej działanie ZABERD (i Podwykonawcy) narusza warunki zamówienia. Zdaniem Odwołującego, koszty wykonania tych pozycji zostały przeniesione do innych pozycji, przy czym takie działanie również narusza ww. postanowienia IDW, a tym samym potwierdza niezgodność oferty z warunkami zamówienia.

Zauważył, że o ile w treści SWZ Zamawiający nie zakazał wprost wyceny pozycji na

0 zł, nie zakazał wprost stosowania do wyceny wyłącznie cen dodatnich, nie zastrzegł, że wycena danej pozycji na 0 zł skutkować będzie odrzuceniem oferty, to jednak Zamawiający zakazał jasno i wyraźnie ujęcia danej pozycji w innej pozycji kosztorysu ofertowego. Zakaz ten jest naturalną konsekwencją nakazu ujęcia w każdej cenie jednostkowej całkowitego kosztu wykonania danej pozycji, zgodnie z zapisami SST, o którym mowa w pkt 17.4. IDW. Tak stwierdził Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 22 marca 2022 r. (sygn. XXIII Zs 9/22), który oparty jest na analogicznych podstawach faktycznych, jak w przedmiotowym postępowaniu. W sprawie tej postanowienia warunków zamówienia w zakresie sposobu obliczenia ceny zostały sformułowane identycznie jak na gruncie niniejszego postępowania. Sąd Okręgowy stanął na stanowisku, że zachowanie wykonawcy (wykazywanie kosztów w dowolnych pozycjach) jest niezgodne z warunkami zamówienia, które sformułował zamawiający. Przyjmując bowiem nawet, że w pkt 17.3 IDW posłużono się pojęciem cena „powinna” obejmować całkowity koszt, to pkt 17.2 IDW zawiera już sformułowanie nie budzące wątpliwości, tj. nakaz, iż wykonawca „musi” przy obliczaniu ceny uwzględniać wszystkie pozycje opisane w TER. Ten nakaz stanowił zatem podstawę wykładni postanowień SWZ oraz podstawę oceny prawidłowości oferty (zob. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 22.03.2022 r., XXIII Zs 9/22, LEX nr 3433339).

Podkreślał, że dla Zamawiającego istotne są ceny jednostkowe za poszczególne prace wchodzące w zakres Grup Prac nr 1-9 oraz 12, a zatem również w zakresie Grupy Prac nr 8 - Estetyka. Przypomnienia wymaga, że PPU jasno stanowią, że wynagrodzenie wykonawcy stanowić będzie wynik iloczynu ilości wykonanych prac i cen jednostkowych podanych w TER. Zwrócenia uwagi wymaga, że Prace z Grup Prac nr 1-9, Grupy Prac nr 12 oraz prace pomocnicze, wykonawca będzie wykonywał na podstawie polecenia Zamawiającego w formie pisemnej, określającego m.in. szacunkową wartość zleczanych prac. Przyjęcie zatem przez Zamawiającego oferty ZABERD z wycenionymi pozycjami w kwocie 0 zł doprowadzi do sytuacji, iż wartość szacunkowa zleczanych przez Zamawiającego prac, zawsze będzie wynosiła 0 zł. To z kolei spowoduje, że Zamawiający nie będzie mógł wyliczyć, a następnie skutecznie egzekwować kar umownych od ZABERD za zwłokę w wykonaniu tych prac, albowiem ich wysokość uzależniona jest od wartości brutto zleczonych do wykonania prac (i zawsze będzie wynosiła 0 zł). W istocie skutkiem tego będzie brak odpowiedniej ochrony i zabezpieczenia Zamawiającego na wypadek gdyby ZABERD (czy działający Podwykonawca) dopuścił się zwłoki w wykonaniu prac, których ceny jednostkowe wycenił na 0 zł. Przypomnieć w tym miejscu należy, że zgodnie z treścią § 17 ust. 1 pkt a) PPU, wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne za zwłokę

w wykonaniu pracy objętej poleceniem wykonania o którym mowa w § 6 ust. 1 - w wysokości 1% wartości brutto zleconej do wykonania każdej pracy zawartej w poleceniu, lecz nie mniej niż 1.000 zł, za każdy dzień (w przypadku terminów wyznaczonych w dniach) lub godzinę

(w przypadku terminów oznaczonych w godzinach) przekroczenia terminu wykonania tej pracy określonego w poleceniu.

Z tych też względów, mimo, iż w treści SWZ Zamawiający nie zakazał wprost wyceny pozycji na 0 zł, nie zakazał wprost stosowania do wyceny wyłącznie cen dodatnich, nie zastrzegł wprost, że wycena danej pozycji na 0 zł skutkować będzie odrzuceniem oferty, to mając na względzie ww. postanowienia PPU, trudno uznać, iż Zamawiający wyraził aprobatę dla takiego działania wykonawcy. Żaden bowiem racjonalny zamawiający nie przyjąłby takiego rozwiązania jako zgodnego z warunkami zamówienia, tj. wyceny pozycji na 0 zł, w sytuacji gdy wynagrodzenie wykonawcy stanowić będzie wynik iloczynu ilości wykonanych prac i cen jednostkowych podanych w TER, a wysokość kary umownej, która zabezpiecza słuszny interes Zamawiającego wszak uzależniona jest od dodatknej wyceny danej pozycji.

ZABERD formułując swoją ofertę (na podstawie oferty Podwykonawcy) nie tylko nie uwzględnił ww. nakazów i zakazów odnoszących się do sposobu obliczenia ceny, ale ewidentnie nie uwzględnił również wymogów zapewnienia, by wskazany zakres prac był realizowany zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, skoro przy wskazanych przez niego

cenach nie jest możliwe zagwarantowanie pokrycia JAKICHKOLWIEK kosztów związanych z realizacją pozycji 1.5 i 2.2. TER Grupa Prac nr 8 - Estetyka.

Wskazał, iż w trakcie realizacji niniejszego zamówienia może zdarzyć się sytuacja, kiedy Zamawiający - poza gwarantowanym ZABERD wykonaniem prac z Grupy Prac nr 10b — Zimowe Utrzymanie Dróg oraz Grupy Prac nr 11 — Zarządzanie Kontraktem — będzie zlecał ZABERD do wykonania jedynie prace z pozycji 1.5 i 2.1 TER Grupa Prac nr 8 Estetyka. Wówczas ZABERD, jak i jego Podwykonawca będą realizowali te prace przez okres trwania kontraktu (4 lata) zupełnie za darmo, a ZABERD nie będzie miał z czego pokryć Kosztów Zarządu związanych z realizacją w/w pozycji, które to koszty niewątpliwie będzie ponosił.

Uzasadniał, że nie można również zapominać, że w warunkach zamówienia (pkt 6.8. IDW) Zamawiający przewidział możliwość zastosowania prawa opcji, o którym mowa

w art. 441 ust. 1 PZP w zakresie powierzenia wykonawcy wykonanie prac na odcinkach dróg innych niż wskazane w Załączniku nr 1 do OPZ po cenach określonych przez wykonawcę dla zamówienia podstawowego w Załączniku nr 2 do PPU - TER, Zbiorcze Zestawienie Kosztów. Przy czym dla Części 3 utrzymanie według prawa opcji może zostać zlecone na niżej wskazanych odcinkach dróg będących w zarządzie Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach (...). Gdyby zatem w trakcie realizacji kontraktu doszło do skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji w zakresie wykonania prac

z pozycji 1.5 i 2.1 TER Grupa Prac nr 8 — Estetyka, wówczas ZABERD samodzielnie lub przez Podwykonawcę zobowiązany będzie do świadczenia tych usług za 0 zł na terenie innych Rejonów zarządzanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach, niż Opatów. W tej sytuacji również doszłoby do realizacji tych prac zupełnie za darmo, bez jednoczesnego zabezpieczenia Zamawiającego w terminowym wykonaniu tych prac w postaci kary umownej, której wysokość uzależniona jest od wartości zlecanych prac (kara umowna zawsze będzie wynosiła 0 zł). Tym samym, nie powinno ulegać wątpliwości, iż zaistniały podstaw do odrzucenia oferty ZABERD jako niezgodnej

z warunkami zamówienia.

Zaoferowanie realizacji zamówienia poniżej jakichkolwiek kosztów jakie ZABERD poniesie w związku z jego wykonaniem stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w 3 i art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. Na kanwie niniejszej sprawy, cena ofertowa ZABERD została sztucznie zaniżona (dzięki ofercie Podwykonawcy), przez co ZABERD wpłynął na wybór jego oferty jako najkorzystniejszej, pomimo, iż uwzględniając warunki zamówienia, oferta nie została sporządzona prawidłowo. Takie działanie jest uznawane za czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na naruszenie rynkowych reguł uczciwego konkurowania

i świadczy to bezsprzecznie o tym, że zaoferowana przez ZABERD cena w części dotyczącej pozycji 1.5 i 2.1 TER Grupa Prac nr 8 — Estetyka jest ceną dumpingową (niepokrywającą kosztów), zastosowaną w celu opanowania rynku i wyeliminowania konkurentów, w tym Odwołującego. Zaoferowanie takiej ceny — nawet jeśli cała zaoferowana cena ofertowa nie może być uznana za rażąco niską w rozumieniu PZP — jest przejawem nieuczciwej konkurencji. Podkreślenia również wymaga, że Sąd Okręgowy

w Warszawie w wyroku z dnia 22 marca 2022 r. (sygn. XXIII Zs 9/22) stwierdził, że „przerzucanie” kosztów z jednego obszaru wpływającego na korzystniejszą ocenę oferty do drugiego (tj. nieuprawnione, niezgodne z postanowieniami SWZ przesunięcia kosztów pomiędzy pozycjami TER, które skutkuje uzyskaniem nieuprawnionego wyniku w postaci wyboru ofert dokonujących tych przesunięć wykonawców) nazywane jest „inżynierią cenową” i uznawane jest za czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 3 ust. 1 u.z.n.k. (zob. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 22.03.2022 r., XXIII Zs 9/22, LEX nr 3433339).

Dalej Odwołujący wskazał, iż PZP nie zawiera definicji legalnej błędu, zatem zgodnie z art. 8 ust. 1 PZP błąd należy rozpatrywać jako wadę oświadczenia woli w rozumieniu Kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 84 § 2 k.c. można powoływać się tylko na błąd uzasadniający przypuszczenie, że gdyby składający oświadczenie woli nie działał pod wpływem błędu i oceniał sprawę rozsądnie, nie złożyłby oświadczenia tej treści (błąd istotny). Chodzi tu o błąd co do faktu, polegający na niezgodnym z rzeczywistością wyobrażeniu

o istniejącym stanie rzeczy lub o treści czynności prawnej. Krajowa Izba Odwoławcza w innych orzeczeniach wyjaśniała, że z błędem w obliczeniu ceny lub kosztu będziemy mieli do czynienia w przypadku nieuwzględnienia (lub uwzględnienia w sposób nieprawidłowy)

w wyliczeniu ceny lub kosztu wszystkich elementów cen lub kosztotwórczych, wynikających z przepisów prawa oraz cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu lub warunków realizacji. Do popełnienia błędu w obliczeniu ceny lub kosztu dochodzi w wyniku błędnego rozpoznania stanu prawnego lub faktycznego przez wykonawcę, wynikającego z przepisów prawa lub wymagań określonych w SWZ i przyjęcia nieprawidłowych podstaw dokonywanej kalkulacji, nie znajdujących uzasadnienia prawnego lub w wymaganiach zamawiającego (zob. wyrok KIO z 27.03.2023 r., KIO 691/23, LEX nr 3529806, Wyrok KIO z 4.04.2023 r., KIO 777/23, LEX nr 3555138). (...)

Uzasadniał, że ceny jednostkowe w kwocie 0 zł zaoferowane przez ZABERD (i Podwykonawcę) dla pozycji 1.5 i 2.1 TER Grupa Prac nr 8 - Estetyka nie zostały obliczone zgodnie z SWZ. Przypomnienia wymaga, że ZABERD był zobowiązany do tego, by przy wycenie przestrzegać zasad określonych w uwagach zamieszczonych w TER (pkt 17.3. IDW), zaś każda cena jednostkowa zawarta w ofercie winna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji, zgodnie z zapisami SST (pkt 17.4. IDW). W jednej z uwag zamieszczonych w TER w zakresie Grupy Prac nr 8 - Estetyka, Zamawiający jasno zastrzegł, że cena za jednostkę obejmuje wszystkie składniki kosztów (m.in. KP, KZ, Zysk, itp.), a także inne czynności opisane w SST (a w szczególności oznakowanie robót). Z kolei SST D-10.10.01i - Mycie i czyszczenie znaków, urządzeń BRD, ekranów, osłon itp. oraz SST D-10.10.010 - Malowanie elementów wyposażenia drogi, jasno wskazywały, jakie czynności ZABERD winien wliczyć w cenę jednostki obmiarowej. Nie można uznać, iż ZABERD (czy Podwykonawca) - oferując Zamawiającemu cenę jednostkową w kwocie 0 zł - dokonał prawidłowej wyceny tych konkretnych pozycji, a co za tym idzie całej ceny. Zaznaczył, że tego rodzaju błędu nie można poprawić w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP, albowiem nie jest to oczywista omyłka rachunkowa. Zamawiający poprawiając te błędy w istocie dokonałby ingerencji wysokości samej ceny ofertowej, co byłoby niedopuszczalne nie tylko w świetle PZP, ale również w świetle treści pkt 16.11. IDW, zgodnie z którym wykonawca po upływie terminu do składania ofert nie może skutecznie dokonać zmiany złożonej oferty (załączników). Zatem w ślad za przytoczonym orzecznictwem, oferta ZABERD nie została obliczona zgodnie ze sposobem obliczenia ceny wskazanym w pkt 17.3 i 17.4 IDW, tym samym wykonawca ten dopuścił się w tym zakresie błędów, bowiem nie uwzględnił w zakresie wyceny poz. 1.5 i 2.2 w TER dotyczącym Grupy Prac nr 8 — Estetyka jakichkolwiek elementów kosztotwórczych zgodnie z wymaganiami postawionymi przez Zamawiającego, tj. nie skalkulował ceny z uwzględnieniem wszystkich kosztów związanych

z wykonaniem tych prac. ZABERD dokonał nieprawidłowej wyceny tych konkretnych pozycji, a co za tym idzie całej ceny. Gdyby ZABERD prawidłowo rozpoznał stan faktyczny wynikający z wymagań określonych w SWZ, nie działałby pod wpływem błędu i ocenił wymagania Zamawiającego rozsądnie (tak jak wszyscy pozostali wykonawcy, którzy złożyli oferty w Postępowaniu) nie mógłby przyjąć ceny jednostkowej w kwocie 0 zł, nie znajdującej uzasadnienia w wymaganiach Zamawiającego.

Powyższe zarzuty wzmacnia również fakt, że załączona przez ZABERD oferta Podwykonawcy została przygotowana jedynie na potrzeby udzielenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie zaoferowania ceny jednostkowej o zł dla przywołanych wyżej kilkakrotnie pozycji. Świadczą o tym następujące okoliczności.

Po pierwsze, z oferty Podwykonawcy wynika, że oferuje on ZABERD konkretną cenę za wykonanie prac z Grupy Prac nr 8 — Estetyka, tj. w wysokości 6.610.716,60 zł, po czym wskazuje, że w przypadku skorzystania z jego oferty obniży tą cenę o kwotę 127-410,00 zł

i jednocześnie obniżenie tej ceny znajduje odzwierciedlenie w pozycjach, które zostały wycenione przez ZABERD na 0 zł i pozostały w sferze zainteresowania Zamawiającego. Powyższe jest jedynie wymysłem i fantazją przyjętą na potrzeby wyjaśnienia zaoferowania przez ZABERD ceny 0 zł dla spornych pozycji. Powyższe wzmacnia również fakt, że do oferty Podwykonawcy załączone zostały tabele zawierające już obniżoną cenę, a nie tą podstawową (pierwotną), zaś ZABERD kilkakrotnie w swoich wyjaśnieniach przywołuje twierdzenia, że ten rzekomy rabat został „rozliczony dla celów uproszczenia we wskazanych pozycjach kosztorysu i to w sposób określony przez firmę ORFIN Sp. z o.o.” licząc na to, że znajdzie w tym przypadku zastosowanie znane powszechnie zjawisko, że kłamstwo powtórzone sto razy stanie się prawdą.

Po drugie, zarówno ZABERD w swoich wyjaśnieniach, jak i Podwykonawca w swojej ofercie powołują się wieloletnią współpracę przy innych kontraktach realizowanych na rzecz Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w latach 2018-2022, która to wieloletnia współpraca ma uzasadniać obniżenie ceny do 0 zł za sporne pozycje. Przy czym zarówno ZABERD, jak i Podwykonawca w pośpiesznym formułowaniu tychże treści na potrzeby udzielenia Zamawiającemu wyjaśnień kompletnie pominęli, że spółka Podwykonawcy - ORFIN ŁUKASZ ORFIN Sp. z o.o. powstała w dniu 2 listopada 2022 r. (data wpisu do rejestru), a umowa sp. z o.o. została zawarta w formie aktu notarialnego w dniu 19 października 2022 r., Rep. A nr 1852/2022 (następnie zmieniona w dniu 18 września 2023 r., Rep. A nr 1645/2023). W świetle powyższego z oczywistych względów, współpraca pomiędzy tymi podmiotami nie mogła być wieloletnia, a jedynie trwała co najwyżej 1 rok i 3 miesiące (przy założeniu, że rozpoczęła się z dniem wpisania spółki w rejestrze przedsiębiorców i trwała do dnia sporządzenia oferty współpracy). Z kolei Podwykonawca ORFIN ŁUKASZ ORFIN Sp. z o.o. nie mógł uczestniczyć cytując ZABERD „od wielu lat jako podwykonawca przy realizacji kilku dużych kontraktów związanych

z utrzymaniem dróg krajowych” w sytuacji gdy podmiot ten na dzień złożenia oferty współpracy istniał niewiele ponad rok. Powyższe stanowi kolejny dowód tego, że wyjaśnienia ZABERD stanowią fikcję wykreowaną na potrzeby złożenia Zamawiającemu wyjaśnień

w zakresie zaoferowania cen jednostkowych 0 zł za sporne pozycje.

Po trzecie wreszcie, ZABERD w swoich wyjaśnieniach wskazywał, że Podwykonawca jeszcze przed złożeniem oferty przez ZABERD w Postępowaniu - oświadczył w formie pisemnej o chęci współpracy z ZABERD w ramach przedmiotowego zamówienia i złożył

w tym celu ofertę na wykonanie szeregu robót, jednocześnie oferując dodatkowy rabat.

Z kolei z treści oferty współpracy z dnia 30 stycznia 2024 r. wynika, że dopiero w przypadku skorzystania z tej oferty Podwykonawca oferuje ZABERD rabat. Ponadto z treści ww. oferty współpracy wynika, że ZABERD zobowiązuje się do wykorzystania oferty Podwykonawcy

z ceną preferencyjną jedynie do złożenia oferty w Postępowaniu. Powyższe oznaczałoby, że ZABERD składając ofertę Zamawiającemu doskonale wiedział, że przy realizacji prac

z Grupy Prac nr 8 - Estetyka będzie korzystał z usług tego konkretnego Podwykonawcy - ORFIN ŁUKASZ ORFIN Sp. o.o., skoro zdecydował się na ujęcie w TER Grupa Prac nr 8 - Estetyka zaoferowanych przez niego cen preferencyjnych, które stawały się aktualne

z chwilą skorzystania z oferty współpracy. Powyższe jednak kompletnie nie współgra

z oświadczeniem złożonym przez ZABERD w części II sekcji D jednolitego dokumentu przy poleceniu o treści „Jeżeli tak i o ile jest to wiadome, proszę podać wykaz proponowanych podwykonawców”, gdzie ZABERD udzielił odpowiedzi: „NIE JEST WIADOME”. Tym bardziej, że Zamawiający w pkt 12.2 IDW jasno i wyraźnie żądał wskazania przez każdego wykonawcę, w tym przez ZABERD części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani w części II sekcji D jednolitego dokumentu. Powyższe stanowi kolejny dowód na to, że oferta współpracy z dnia 30 stycznia 2024 r. i złożone na jej podstawie wyjaśnienia ZABERD są nieprawdziwe.

Podsumowując Odwołujący wskazał, że nie ulega wątpliwości, iż oferta złożona przez ZABERD pozostaje niezgodna z warunkami zamówienia, została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu u.z.n.k. oraz zawiera błąd w obliczeniu ceny,

i z tych względów winna zostać przez Zamawiającego odrzucona.

Zamawiający w dniu 16 maja 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 16 maja 2024 r. pismo procesowe w sprawie złożył Przystępujący ZaberD, wnosząc o oddalenie odwołania.

W dniu 17 maja 2024 r. pismo procesowe w sprawie złożył Odwołujący.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń

i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę ZABERD

Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu [dalej „Przystępujący” lub „ZaberD”] zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami, oferty Przystępującego ZaberD wraz z wyjaśnieniami i uzupełnieniami, wezwania kierowane do Przystępującego oraz zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 24 kwietnia 2024 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 17 maja 2024 r.

Izba wskazuje, iż złożone przez Odwołującego przy piśmie z dnia 17 marca 2024 r. wnioski dowodowe stanowiły część dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego. Z kolei wniosek dowodowy nr 2 Izba uznała za nieprzydatny do rozpoznania istoty sprawy.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach z podziałem na 3 części.

Zgodnie z pkt. 6.8 Tomu I SWZ Rozdział Instrukcja dla Wykonawców: Zamawiający przewiduje możliwość zastosowania prawa opcji, o którym mowa w art. 441 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie:

– powierzenia Wykonawcy wykonanie prac na odcinkach dróg innych niż wskazane w Załączniku nr 1 do OPZ, po cenach określonych przez Wykonawcę dla zamówienia podstawowego w Załączniku nr 2 do PPU - Tabele Elementów Rozliczeniowych, Zbiorcze Zestawienie Kosztów:

Dla Części III: Utrzymanie według prawa opcji może zostać zlecone na niżej wskazanych odcinkach dróg będących w zarządzie GDDKiA Oddział w Kielcach tj. • DK9 od km 44+547 do km 75+897 • DK42 od km 204+264 do km 247+200 oraz od km 248+850 do km 281+679, • DK42a od km 0+000 do km 2+450 • S7n od km 46+651 do km 55+610 • S7f od km 0+000 do km 16+515 • S7e od km 0+000 do km 0+149 • DK73 od km 42+077 do km 91+191 • DK9 od km 111,930 do km 126+720 • DK79 od km 208+450 do km 292+493

• S7e od km 0+149 do km 6+996 • S7k od km 0+000 do km 22+731 • DK73c od km 0+000 do km 3+038 • DK74i od km 0+000 do km 1+374 • S74h od km 0+000 do km 6+513

• DK74h od km 6+513 do km 6+772 • DK74 od km 31+331 do km 76+520 oraz od km 89+660 do km 129+066 • DK42 od km 179+719 do km 204+264 • - Droga krajowa S74 odcinek Przełom – Węzeł Kielce Zachód planowane oddanie 31.12.2025r.

– możliwość powierzenia Wykonawcy wykonania prac objętych zamówieniem podstawowym, po upływie terminu obowiązywania umowy, na okres nie dłuższy niż 10 miesięcy, po cenach określonych przez Wykonawcę dla zamówienia podstawowego w Załączniku nr 2 Tabele Elementów Rozliczeniowych, Zbiorcze Zestawienie Kosztów. Dotyczy wszystkich 3 części.

Zgodnie z pkt. 17 Tomu I SWZ Rozdział Instrukcja dla Wykonawców:

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 WARTOŚĆ 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. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić żadnych zmian do Tabel Elementów Rozliczeniowych.

17.3. Przy wycenie Wykonawca winien przestrzegać zasad określonych w uwagach zamieszczonych w TER.

Przekroczenie któregokolwiek z ustanowionych limitów w TER dla:

- „GRUPA PRAC NR 10b - Zimowe utrzymanie dróg”,

- „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.

17.5. Wartości w poszczególnych pozycjach Tabel Elementów Rozliczeniowych oraz cena Oferty powinna być wyrażona w złotych polskich (PLN) z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

17.6. Ceny określone przez Wykonawcę w Tabelach Elementów Rozliczeniowych nie będą zmieniane w toku realizacji przedmiotu zamówienia, za wyjątkiem sytuacji określonych w projektowanych postanowieniach umowy, stanowiących Tom II SWZ.

17.7. (...)

Zgodnie z treścią SST D-10.10.01i – Mycie i czyszczenie znaków, urządzeń BRD, ekranów, osłon itp. oraz SST D-10.10.01o – Malowanie elementów wyposażenia drogi, Zamawiający określił zakres prac, które Wykonawca zobowiązany jest ująć w cenie jednostki obmiarowej odpowiednio dla poz. 1.5 i 2.2. TER Grupy Prac nr 8 – Estetyka tj.:

dla SST D-10.10.01i pkt 9.2. Cena jednostki obmiaru:

Cena obejmuje:

– prace pomiarowe i roboty przygotowawcze,

– oznakowanie robót, w oparciu o zatwierdzony projekt czasowej organizacji ruchu,

– zakup i dostarczenie materiałów,

– Wykonanie i rozbiórkę rusztowań, użycie podnośników, środków pływających i innych urządzeń pomocniczych niezbędnych do wykonania lub zabezpieczenia robót prowadzonych przy odbywającym się ruchu drogowym,

– wykonanie usługi mycia i czyszczenia znaków, urządzeń BRD, ekranów, osłon, itp.

– przeprowadzenie badań i pomiarów wymaganych w specyfikacji technicznej,

- uporządkowanie terenu,
- wymianę uszkodzonych w trakcie mycia elementów infrastruktury drogowej,
- przygotowanie pełnej dokumentacji odbiorowej, tj. certyfikaty, deklaracje, kosztorys powykonawczy itp.

Z kolei dla SST D-10.10.010 pkt 9.2. Cena jednostki obmiaru: „Wykonawca powinien wliczyć w cenę jednostki obmiarowej wszelkie czynności związane z prawidłowym wykonaniem prac określonych niniejszą ST, co do zasady będą to:

- wykonanie prac pomiarowych i prac przygotowawczych,
- oznakowanie prac,
- koszt pracy sprzętu oraz koszty dowozu i odwozu sprzętu na/z terenu prac,
- koszt użytych materiałów wraz z kosztami ich zakupu, transportu i magazynowania,
- przygotowanie podłoża,
- przeprowadzenie ewentualnych prac rozbiórkowych wraz z wywozem urobku i/lub zużytych materiałów poza teren prac i zagospodarowanie bądź zutylizowanie zgodnie z obecnie obowiązującymi przepisami,
- wykonanie prac zgodnie z technologią prac opisaną w pkt. 5 niniejszej Specyfikacji oraz zgodnie z przepisami, normami i sztuką budowlaną,
- wykonanie wymaganych zapisami niniejszej Specyfikacji pomiarów i/lub badań laboratoryjnych,
- uporządkowanie terenu prac, wszystkie koszty związane z kosztami pośrednimi, zyskiem kalkulacyjnym i podatkami obowiązkowymi.

Tom II SWZ stanowiły Projektowane Postanowienia Umowy [dalej „PPU”]. Zgodnie z § 6 ust. 1 PPU: Prace z Grup Prac nr 1-9, Grupy Prac nr 12 oraz prace pomocnicze, Wykonawca będzie wykonywał na podstawie polecenia Zamawiającego

w formie pisemnej, stanowiącego Załącznik nr 5 do Umowy, określającego lokalizację

i orientacyjny zakres prac oraz terminy rozpoczęcia i zakończenia tych prac oraz szacunkową wartość zleczanych prac.

Zgodnie z § 17 ust. 1 lit. a) PPU: Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne za zwłokę w wykonaniu pracy objętej poleceniem wykonania o którym mowa

w § 6 ust. 1– w wysokości 1% wartości brutto zleconej do wykonania każdej pracy zawartej w poleceniu, lecz nie mniej niż 1.000 zł, za każdy dzień (w przypadku terminów wyznaczonych w dniach) lub godzinę (w przypadku terminów wyznaczonych w godzinach) przekroczenia terminu wykonania tej pracy określonego w poleceniu.

Tom IV SWZ stanowiły Tabele Elementów Rozliczeniowych. W uwagach TER Grupa Prac nr 8 – Estetyka wskazano:

1. Podane obmiary w kolumnie „ilość” stanowią szacunkowy zakres prac na czas trwania kontraktu, czyli 48 miesięcy i mogą ulec zmianie.

2. Cena za jednostkę obejmuje wszystkie składniki kosztów (m.in. KP, KZ, Zysk, itp.),

a także inne czynności opisane w SST (a w szczególności oznakowanie robót).

3. Ceny jednostkowe i wartość prac należy podawać w złotych z dokładnością do jednego grosza.

W części nr 3 zamówienia oferty złożyło 9 wykonawców. Wykonawca Zaberd

w załączonej do oferty Tabeli Elementów Rozliczeniowych Grupa Prac nr 8 – Estetyka następująco wycenił pozycje:

- 1.5 Mycie ekranów akustycznych, ekranów przeciwoślńieniowych, ekranów przeciwbłotnych i wygrodzień betonowych – 0 zł;

- 2.2 Malowanie, impregnacja ekranów akustycznych, ekranów przeciwoślńieniowych – 0 zł.

W dniu 26 lutego 2024 r. Zamawiający skierował do Zaberd na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie zaferowania ceny jednostkowej w wysokości „0” zł dla następujących pozycji w TER Grupa Prac nr 8 - Estetyka: poz. 1.5 Mycie ekranów akustycznych, ekranów przeciwoślńieniowych, ekranów przeciwbłotnych i grodzień betonowych oraz poz. 2.2. Malowanie, impregnacja ekranów akustycznych, ekranów przeciwoślńieniowych.

W dniu 4 marca 2024 r. wykonawca Zaberd złożył wyjaśnienia treści oferty, które

w części objęte zostały tajemnicą przedsiębiorstwa oraz ofertę podwykonawcy z dnia 30 stycznia 2024 r. w zakresie części 3 zamówienia zastrzeżoną jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W dniu 8 marca 2024 r. Zamawiający zawiadomił Zaberd o odtajnieniu wyjaśnień z dnia 4 marca 2024 r. wraz z ofertą podwykonawcy.

W dniu 24 kwietnia 2024 r. za najkorzystniejszą w części 3 zamówienia Zamawiający uznał ofertę Zaberd. Oferta Odwołującego uplasowała się na drugim miejscu rankingu ofert.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w zakresie zarzutów zawartych w punkcie 1, 2 oraz 4 *petitum* odwołania.

Potwierdziły się zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia w części 3 zamówienia oferty Zaberd jako niezgodnej z warunkami zamówienia oraz zawierającej błąd w obliczeniu ceny,

a w konsekwencji powyższego zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp przez wybór oferty wykonawcy, która podlegała odrzuceniu i jako taka nie mogła zostać uznana za najkorzystniejszą.

Przywołując podstawy prawne rozstrzygnięcia Izba wskazuje, iż stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna

z warunkami zamówienia. Z kolei zgodnie z art. 7 pkt 29 ustawy Pzp, przez warunki zamówienia rozumie się warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wskazać należy, iż niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ma miejsce w sytuacji, gdy oferowane przez wykonawcę w ofercie zobowiązanie nie odpowiada zobowiązaniu określonymu w SWZ, bądź też polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami zamawiającego, przy czym chodzi tutaj o takie wymagania SWZ, które dotyczą sposobu opisanie, wyrażenia i potwierdzenia zobowiązania oferowanego, tj. wymagania co do treści oferty, a nie jej formy (por. wyrok KIO z dnia 31 marca 2016 r. sygn. akt: KIO 396/16 oraz wyrok KIO z dnia 6 września 2016 r. sygn. akt: KIO 1565/16). Z kolei termin oferta należy odczytywać w świetle art. 66 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1610 ze zm.), który stanowi że oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Na gruncie Prawa zamówień publicznych to zamawiający ustala w SWZ wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie następnie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. Dodać należy, że zastosowanie ww. przesłanki odrzucenia wymaga jednoznacznego wykazania na czym polega niezgodność oferty z warunkami zamówienia, poprzez wskazanie w ofercie tego, co jest sprzeczne z dokumentacją postępowania i w jaki sposób ta niezgodność występuje, w konfrontacji z wyraźnie określonymi i ustalonymi warunkami zamówienia. Tym samym punktem wyjścia dla stwierdzenia wady oferty jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie dokumentacji sporządzonej w danym postępowaniu, która powinna być rozumiana w sposób ścisły, aby ograniczyć pole dla ewentualnych niejasności i nieporozumień, skutkujących niedozwoloną uznaniowością przy ocenie ofert.

Jednocześnie po myśli art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Dla zastosowania ww. podstawy odrzucenia oferty konieczne jest stwierdzenie, że doszło do popełnienia przez wykonawcę tego rodzaju błędu, który skutkuje tym, iż cena podana w ofercie jest ceną nieprawidłową. Wymaga to zatem stwierdzenia, iż odmienność sposobu obliczenia ceny przez wykonawcę skutkowałaby tym, iż cena oferty byłaby inna, gdyby wykonawca ściśle zastosował się do sposobu obliczenia ceny wskazanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (por. m.in. wyrok KIO z dnia 28 marca 2018 r., sygn. akt KIO 485/18). Z błędem w obliczeniu ceny będziemy mieć zatem do czynienia w sytuacji przyjęcia przez wykonawcę niewłaściwych danych, wynikających przykładowo z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego, czy też określenia w ofercie nieprawidłowej stawki podatku VAT, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (por. uchwała SN z dnia 20 października 2011 r. sygn. akt: III CZP 52/11 oraz III CZP 53/11).

Skład orzekający ustalił, iż stan faktyczny nie był sporny między Stronami postępowania odwoławczego i został w sposób prawidłowy, mający odzwierciedlenie

w dokumentacji postępowania, przedstawiony przez Odwołującego. Strony różniły się natomiast oceną prawną zaistniałych okoliczności faktycznych sprowadzając oś sporu do weryfikacji przez Izbę, czy nie doszło w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie części 3 do wyboru oferty Przystępującego, która zdaniem Odwołującego podlegała odrzuceniu z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia oraz błąd w obliczeniu ceny oferty. W istocie rozstrzygnięcia wymagało, czy wykonawca Zaberd

w cenach jednostkowych za wykonanie prac ujętych w pozycjach 1.5 oraz 2.2. TER Grupa Prac nr 8 – Estetyka uwzględnił całkowity koszt wykonania danej pozycji zgodnie z odpowiednią SST oraz wszystkie składniki kosztów m.in. KP, KZ, Zysk, itp.

Analiza dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowisk pisemnych oraz ustnych zaprezentowanych przez Strony i Uczestnika postępowania, doprowadziła Izbę do przekonania, że stanowisko Odwołującego znalazło potwierdzenie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym.

Niesporne między Stronami było, że wykonawca Zaberd w poz. 1.5 oraz 2.2. Tabeli Elementów Rozliczeniowych Grupy Prac nr 8 – Estetyka zaoferował Zamawiającemu ceny jednostkowe w wysokości 0 zł. Ww. pozycje były przedmiotem wyjaśnień Zamawiającego, który pismem z dnia 26 lutego 2024 r. skierował do Zaberd wezwanie w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Niewątpliwie wezwanie skierowane do Przystępującego było szczegółowe

i implikowało po stronie Wykonawcy przedstawienie rzetelnych wyjaśnień treści oferty. Zamawiający oczekiwał od Wykonawcy złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie poprzez: 1) przedstawienie szczegółowych i wyczerpujących wyjaśnień, obliczeń, kalkulacji dotyczących sposobu uwzględnienia wszystkich niezbędnych elementów, o których mowa w SWZ, mających wpływ na wysokość cen jednostkowych pozycji 1.5 i 2.2. TER Grupa Prac nr 8 – Estetyka, 2) wykazanie, że oferowane ceny jednostkowe pozycji 1.5 i 2.2. TER Grupa Prac nr 8 - Estetyka uwzględniają wszystkie elementy i wymagania opisane przez Zamawiającego w SWZ oraz 3) wskazanie na istotne w ocenie Wykonawcy indywidualne czynniki kształtujące poziom oferowanych cen jednostkowych dla ww. pozycji TER, w szczególności mając na uwadze m.in. zaangażowanie osobowe, rzeczowe, sprzętowe i związane z tym niezbędne koszty, a także zakładany poziom zysku. Nadto w treści wezwania Zamawiający przywołał stosowne postanowienia SWZ, w tym pkt 17 IDW, a także wskazał jaki zakres prac Zaberd winien ująć w świetle treści odpowiednich SST.

W ocenie Izby złożone przez Zaberd wyjaśnienia z dnia 4 marca 2024 r. należało ocenić negatywnie. Analiza wyjaśnień złożonych przez Zaberd zdaniem składu orzekającego prowadzi do wniosku, że stanowisko Wykonawcy było nierzetelne i nie czyniło zadość wymaganiom Zamawiającego wyrażonym w wezwaniu, co tym samym nie dawało podstaw do stwierdzenia, że oferta Zaberd jest zgodna z warunkami zamówienia oraz nie zawiera błędu w obliczeniu ceny. Rację miał Odwołujący, iż wbrew oczekiwaniom Zamawiającego

w złożonych wyjaśnieniach Zaberd nie przedstawił obliczeń czy kalkulacji dotyczących sposobu uwzględnienia wszystkich niezbędnych elementów, o których mowa w SWZ, mających wpływ na wysokość cen jednostkowych pozycji 1.5 i 2.2. TER Grupa Prac nr 8 – Estetyka. Wykonawca nie wykazał również, że oferowane ceny jednostkowe pozycji 1.5 i 2.2. TER Grupa Prac nr 8 - Estetyka uwzględniają wszystkie elementy i wymagania opisane przez Zamawiającego w SWZ. Nadto Przystępujący nie wskazał na istotne w ocenie Wykonawcy indywidualne czynniki kształtujące poziom oferowanych cen jednostkowych dla ww. pozycji TER, w szczególności mając na uwadze m.in. zaangażowanie osobowe, rzeczowe, sprzętowe i związane z tym niezbędne koszty, a także zakładany poziom zysku. Powyższe okoliczności obciążają Wykonawcę.

Za niewiarygodne Izba uznała ogólne wyjaśnienia Zaberd sprowadzające się do deklaracji jakoby sporne pozycje 1.5 i 2.2. TER Grupa nr 8 – Estetyka, dla których wskazano wartość 0 zł, obejmowały pełen koszt realizacji zamówienia wynikający z dokumentów zamówienia, w tym koszt wszystkich czynności wynikających z odpowiednich SST oraz wszystkie składniki kosztów m.in. KP, KZ, Zysk. Jak już wskazano powyżej, w wyjaśnieniach Zaberd próżno szukać jakichkolwiek kalkulacji, obliczeń potwierdzających uwzględnienie wszystkich niezbędnych elementów, o których mowa w SWZ, mających wpływ na wysokość cen jednostkowych pozycji 1.5 i 2.2. oraz indywidualnych czynników kształtujących poziom oferowanych cen jednostkowych dla ww. pozycji TER. Analogicznie należy ocenić wyjaśnienia Zaberd, iż „Zadeklarowanie przez Wykonawcę gotowości realizacji poz. 1.5 i 2.2. za cenę jednostkową wynoszącą 0,00 złotych nie oznacza, iż Wykonawca (jak również podwykonawca) nie osiągną zadowolającego ich zysku z realizacji zamówienia”. Nie jest Izbie wiadome, ponieważ nie zostało to wyjaśnione, w jakiej wysokości Zaberd zamierzał osiągnąć zadowolający Wykonawcę (Podwykonawcę) zysk, skoro sporne pozycje TER Grupy Prac nr 8 zostały wycenione na 0 zł. Stanowisko Zaberd w tym zakresie przeczy zasadom logiki oraz doświadczenia życiowego, mając na uwadze, że zysk należy rozpatrywać w kategoriach ekonomicznych, jako kwotę, która powinna zostać po wykonaniu danej inwestycji/prac.

Działania wykonawcy Zaberd polegającego na wycenie pozycji 1.5 oraz 2.2. TER

Grupy nr 8 na 0 zł zdaniem składu orzekającego nie uzasadnia oferta podwykonawcy,

w oparciu o którą Zaberd zamierzał realizować przedmiot zamówienia. Przystępujący Zaberd stał na stanowisku, iż wycena ww. pozycji TER determinowana była wprost ofertą podwykonawcy uzyskaną jeszcze przed upływem terminu składania ofert, który zaoferował Przystępującemu rabat rozliczony dla uproszczenia we wskazanych pozycjach TER. Powyższe stanowisko Zaberd Izba uznała za nieprzekonujące i niewiarygodne.

Po pierwsze, wskazać należy, iż nie jest właściwe działanie Wykonawcy polegające na bezrefleksyjnym oparciu wyceny dwóch pozycji kosztorysowych na ofercie podwykonawcy, podczas gdy postanowienia SWZ nie dawały ku temu podstaw. Dopuszczalność wyceny przez wykonawcę pewnego elementu zamówienia na 0,00 zł należy oceniać w konkretnych okolicznościach sprawy, biorąc pod uwagę przede wszystkim postanowienia dokumentów zamówienia. W rozpoznawanej sprawie poza sporem było, że obowiązkiem wykonawcy było uwzględnienie całkowitego kosztu wykonania danej pozycji TER zgodnie z odpowiednią SST oraz wszystkich składniki kosztów m.in. KP, KZ, Zysk, itp. (17.3 IDW, 17.4 IDW, Uwaga 2 zamieszczona w TER Grupa Prac nr 8). Zaberd opierając swoją ofertę na ofercie podwykonawcy nie uwzględnił powyższych wymogów Zamawiającego odnoszących się do sposobu obliczenia ceny, skoro przy wskazanych przez niego cenach nie jest możliwe zagwarantowanie pokrycia kosztów związanych z realizacją pozycji 1.5 i 2.2. TER Grupa Prac nr 8 – Estetyka, w tym w szczególności KP, KZ, Zysku.

Po drugie, Izba uznała, że oferta podwykonawcy jest niewiarygodna. Za Odwołującym

zauważyć należy, iż z oferty podwykonawcy wynika, że oferuje on Zaberd konkretną cenę za wykonanie prac z Grupy

Prac nr 8 - Estetyka, tj. w wysokości 6.610.716,60 zł, po czym wskazuje, że w przypadku skorzystania z jego oferty obniży tę cenę o kwotę 127 410,00 zł

i jednocześnie obniżenie tej ceny znajduje odzwierciedlenie w pozycjach, które zostały wycenione przez Zaberda na 0 zł i stanowiły przedmiot wezwania Zamawiającego z dnia

26 lutego 2024 r. Powyższe wzmocnia również fakt, że do oferty podwykonawcy załączone zostały tabele zawierające już obniżoną cenę, a nie tę podstawową (pierwotną), zaś Zaberda kilkakrotnie w swoich wyjaśnieniach przywołuje twierdzenia, że rabat został „rozliczony dla celów uproszczenia we wskazanych pozycjach kosztorysu i to w sposób określony przez firmę ORFIN Sp. z o.o.”.

Po trzecie, wskazać należy, że oferta podwykonawcy z dnia 30 stycznia 2024 r. budzi wątpliwości w kontekście oświadczenia Zaberda złożonego w części II sekcji D jednolitego dokumentu, w którym przy poleceniu o treści „Jeżeli tak i o ile jest to wiadome, proszę podać wykaz proponowanych podwykonawców” Zaberda udzielił odpowiedzi: „NIE JEST WIADOME”. Z wyjaśnień Zaberda z dnia 4 marca 2024 r. wynika, że jeszcze przed złożeniem oferty przez Zaberda, podwykonawca oświadczył w formie pisemnej o chęci współpracy

z Przystępującym w ramach przedmiotowego zamówienia i złożył w tym celu ofertę na wykonanie szeregu prac, jednocześnie oferując dodatkowy rabat. Z kolei z treści oferty współpracy z dnia 30 stycznia 2024 r. wynika, że dopiero w przypadku skorzystania z tej oferty podwykonawca oferuje Zaberda rabat. Jednocześnie z treści ww. oferty współpracy wynika, że Zaberda zobowiązuje się do wykorzystania oferty podwykonawcy z ceną preferencyjną jedynie do złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu. W świetle powyższego budzi wątpliwości okoliczność, iż Zaberda w formularzu JEDZ z dnia 8 lutego 2024 r. oświadczył, że nie były mu znane nazwy podwykonawców skoro dysponował już ofertą podwykonawcy - ORFIN ŁUKASZ ORFIN Sp. z o.o., z usług którego zamierzał skorzystać, skoro zdecydował się na ujęcie w TER Grupa Prac nr 8 – Estetyka zaferowanych przez niego cen preferencyjnych, które stawały się aktualne z chwilą skorzystania z oferty współpracy.

Po czwarte, w niniejszej sprawie uwagę zwraca okoliczność, iż wykonawca Zaberda złożył oferty na trzy części zamówienia i w każdej z nich w TER Grupa Prac nr 8 pozycje 1.5 oraz 2.2. wycenił na 0 zł. Co istotne, w poz. 1.5 oraz 2.2. TER Grupa Prac nr 8 – Estetyka dla Rejonu Busko – Zdrój Zamawiający określił ilość prac na 0 m², zaś na pytanie jednego

z wykonawców o treści: „Czy Zamawiający potwierdza, że pozycje zerowe mogą pozostać niewycenione?”, Zamawiający udzielił odpowiedzi twierdzącej. Z powyższych względów Zaberda dla ww. pozycji dla Rejonu Busko – Zdrój wpisał cenę 0 zł. Inaczej z kolei kształtowała się sytuacja w części 2 – Rejon Kielce, a także części 3 – Rejon Opatów, której dotyczy przedmiotowe odwołanie. W ww. częściach Zamawiający w spornych pozycjach TER przewidział do wykonania określone ilości pracy, a mimo to Zaberda wycenił je na 0 zł. Na powyższą okoliczność uwagę zwrócił Odwołujący, w ocenie którego, działanie Przystępującego było efektem błędu, który przy wycenie TER Grupa Prac nr 8 – Estetyka w Rejonie Opatów, najpewniej korzystał z danych lub z formularza TER Grupa Prac nr 8 dla Rejonu Busko – Zdrój. W toku rozprawy Przystępujący Zaberda nie przeczył stanowisku Odwołującego. Nie przedstawił również własnych wyjaśnień tej sytuacji. Nie sposób zatem nie odnieść wrażenia, że wycena pozycji 1.5. oraz 2.2 TER Grupa Prac nr 8 – Estetyka dla Rejonu Opatów na kwoty 0 zł była wynikiem błędu Wykonawcy, który nie podlegał sanowaniu w świetle reguł określonych art. 223 ust. 2 ustawy Pzp, zaś złożona oferta podwykonawcy z dnia 30 stycznia 2024 r. została przygotowana jedynie na potrzeby udzielenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w związku z wezwaniem Zamawiającego.

Po piąte, w okolicznościach sprawy nie sposób również pominąć, iż termin realizacji zamówienia wynosi aż 4 lata, a ponadto Zamawiający przewidział w dokumentach zamówienia możliwość skorzystania z prawa opcji w zakresie powierzenia wykonawcy wykonania prac na odcinkach dróg innych niż wskazane w załączniku nr 1 do OPZ oraz prac objętych zamówieniem podstawowym, po upływie terminu obowiązywania umowy, na okres nie dłuższy niż 10 miesięcy, po cenach określonych przez wykonawcę dla zamówienia podstawowego w TER. Tym samym trudno w realiach rynku uznać za wiarygodne twierdzenia Zaberda jakoby podwykonawca zobowiązał się świadczyć usługi w ww. zakresie w tak długim przedziale czasu w istocie za darmo. Zdaniem Izby oferta podwykonawcy stanowiła w istocie próbę „ratowania” oferty Zaberda w zestawieniu z brakiem przedstawienia rzeczowych wyjaśnień co do wyceny poszczególnych cen jednostkowych i tego, co zostało w nich zawarte i na jakim poziomie.

Nie podważała natomiast wyjaśnień Zaberda z dnia 4 marca 2024 r. okoliczność, iż spółka ORFIN ŁUKASZ ORFIN Sp. o.o. powstała w dniu 2 listopada 2022 r., co zdaniem Odwołującego przeczyło twierdzeniom Zaberda o wieloletniej współpracy z tym podmiotem,

w tym przy kontraktach związanych z utrzymaniem dróg krajowych. Jak wyjaśnił Zamawiający, pan Łukasz Orfin prowadzi działalność gospodarczą w różnych formach od 2009 r. Próba podważenia współpracy ww. podmiotów wyłącznie na podstawie danych rejestrowych spółki z ograniczoną odpowiedzialnością zdaniem Izby jest

nieuzasadniona.

Na koniec Izba wskazuje, iż za nietrafioną uznała argumentację Odwołującego dotyczącą braku możliwości naliczenia przez Zamawiającego kary umownej w przypadku nienależytego wykonania pozycji 1.5 oraz 2.2 TER Grupa prac nr 8 – Estetyka z uwagi na wycenę tych pozycji na 0 zł. O niezgodności treści oferty Zaberd z warunkami zamówienia zdaniem Izby nie świadczy przytaczana przez Odwołującego okoliczność, iż Zamawiający

w postanowieniach § 6 ust. 1 i § 17 ust. 1 pkt a) PPU uzależnił wysokość przysługującej mu kary umownej za zwłokę w wykonaniu prac z określonej Grupy Prac od wartości brutto zleconej do wykonania każdej pracy zawartej w poleceniu, która to wartość stanowi iloczyn zleconych prac i cen jednostkowych podanych w TER. W ocenie Odwołującego, przy wycenie zakwestionowanych pozycji kosztorysu ofertowego na kwotę „0” zł, doszłoby do realizacji tych prac zupełnie za darmo, bez jednoczesnego zabezpieczenia Zamawiającego w terminowym wykonaniu tych prac w postaci kary umownej, której wysokość uzależniona jest wartości zleconych prac (kara umowna zawsze będzie wynosiła 0 zł). Z powyższym stanowiskiem Odwołującego nie sposób się zgodzić. Przede wszystkim podkreślenia wymaga, iż odwołujący się Wykonawca pominął pełne brzmienie § 17 ust. 1 pkt a) PPU, który stanowi, że „Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne za zwłokę

w wykonaniu pracy objętej poleceniem wykonania o którym mowa w § 6 ust. 1 – w wysokości 1% wartości brutto zleconej do wykonania każdej pracy zawartej w poleceniu, lecz nie mniej niż 1.000 zł, za każdy dzień (w przypadku terminów wyznaczonych w dniach) lub godzinę

(w przypadku terminów wyznaczonych w godzinach) przekroczenia terminu wykonania tej pracy określonego w poleceniu.” Z powyższego postanowienia PPU wyraźnie wynika, że Zamawiający zastrzegł minimalną wysokość kary umownej w wysokości 1000 zł za każdy dzień lub godzinę, niezależnie od wysokości wyceny poszczególnej pozycji jednostkowej. Nie można zatem zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że interes Zamawiającego

w przypadku zwłoki Wykonawcy w wykonaniu przedmiotu polecenia nie został zabezpieczony.

Podsumowując powyższe rozważania Izba stwierdziła, iż uwzględniając wymagania sposobu obliczenia ceny oferty wskazane w pkt 17.3 i 17.4 IDW dotyczące tego, by zarówno cena ofertowa, jak też każda cena jednostkowa obejmowała całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia lub jego części (obejmowała wszystkie składniki kosztów), niewątpliwie ceny jednostkowe zaoferowane przez Zaberd w poz. 1.5 oraz 2.2. TER Grupa Prac nr 8 nie spełniają warunków zamówienia. Skoro Zamawiający oczekiwał od wykonawców ujęcia w poszczególnych pozycjach TER całkowitych kosztów wykonania danej pozycji zgodnie z zapisami SST oraz wszystkich składniki kosztów m.in. KP, KZ, Zysk, to winny być one uwzględnione w cenie jednostkowej określonej w Tabeli Elementów Rozliczeniowych składającej się na treść oferty oraz wykazane na wezwanie Zamawiającego. Niewątpliwie w niniejszej sprawie wykonawca Zaberd złożonymi wyjaśnieniami nie wykazał, że w spornych pozycjach TER uwzględnił ww. koszty, a Izba nie dała wiary ogólnym zapewnieniom Wykonawcy dotyczącym ich uwzględnienia

w omawianych pozycjach TER wobec zaoferowania cen jednostkowych wynoszących 0 zł. Tym samym działanie Zaberd naruszało warunki niniejszego zamówienia oraz potwierdzało niezgodność oferty Przystępującego z SWZ. Jednocześnie działanie Zaberd wyczerpało przesłankę odrzucenia oferty określoną w art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Oferta Zaberd nie została obliczona zgodnie ze sposobem obliczenia ceny wskazanym w pkt 17.3 i 17.4 IDW w zw. z pkt 9.2. SST D10.10.01i - Mycie i czyszczenie znaków, urządzeń BRD, ekranów, osłon itp. oraz pkt 9.2. SST D-10.10.010 - Malowanie elementów wyposażenia drogi w zw. z pkt 2 uwag zawartych w TER Rejon Opatów Grupa Prac nr 8 - Estetyka, tym samym wykonawca ten dopuścił się błędów w obliczeniu ceny, bowiem nie uwzględnił

w zakresie wyceny poz. 1.5 i 2.2 TER dotyczącej Grupy Prac nr 8 - Estetyka elementów kosztotwórczych zgodnie z wymaganiami postawionymi przez Zamawiającego. Gdyby Przystępujący prawidłowo rozpoznał stan faktyczny wynikający z dokumentów zamówienia

w zakresie sposobu obliczenia ceny oferty, w tym poszczególnych cen jednostkowych, to nie zaoferowałby w ww. pozycjach TER Grupa Prac nr 8 cen jednostkowych w kwocie 0 zł, nieznajdujących uzasadnienia w wymaganiach Zamawiającego. Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że oferta wykonawcy Zaberd podlegała odrzuceniu w części 3 zamówienia. Tym samym zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy Pzp oraz art. 239 ust. 1 ustawy Pzp potwierdziły się.

Za niewykazany Izba uznała zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw.

z art. 3 ust. 1 i ust. 2 uznk oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Zaberd pomimo, iż została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk.

Przywołując podstawy prawne rozstrzygnięcia Izba wskazuje, iż 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. Z art. 3 ust. 1 uznk wynika, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. 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. 3 ust. 2 uznk). Z kolei stosownie do treści art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Z powyższego wynika zatem, że aby można było mówić o czynie nieuczciwej konkurencji stypizowanym w art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk łącznie muszą zostać spełnione dwie przesłanki, tj. po pierwsze, dany podmiot musi utrudniać innym przedsiębiorcom dostęp do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu oraz po drugie, sprzedaż ta musi mieć na celu eliminację innych przedsiębiorców. Tym samym dla stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, nie wystarczy stwierdzenie, iż dany podmiot sprzedaje towary lub usługi poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia, czy też je odsprzedaje poniżej kosztów zakupu.

Na wstępie Izba wskazuje, iż rację miał Zamawiający, że konstrukcja zarzutu odwołania była wadliwa z uwagi na kumulatywną kwalifikację prawną. Jak wskazał bowiem Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 2 lutego 2001 r. sygn. akt: IV CKN 255/00, „*Samą konstrukcją zarzutu naruszenia prawa materialnego poprzez niewłaściwe zastosowanie zarówno, jaki ZNKU należało uznać za błędną, bowiem oba te przepisy nie mogą być stosowane kumulatywnie, a na sugestię takiego właśnie ich stosowania wskazuje użyty przez skarżącego, a właściwy wyłącznie dla koniunkcji, funktor „i”.* Tymczasem określone zachowania noszące znamiona czynów konkurencyjnych powinny być badane najpierw przez pryzmat przesłanek określonych w przepisach do ZNKU, a dopiero wówczas gdy kwestionowane przez innego przedsiębiorcę działania nie mieszczą się w dyspozycji żadnego z tych przepisów, to powstaje potrzeba dokonania ich oceny w świetle przesłanek klauzuli generalnej zawartych w ZNKU, a zawierającym uniwersalną niejako postać czynu nieuczciwej konkurencji. O równoczesnym więc naruszeniu przepisów i ZNKU nie może zatem być mowy.” Z powyższym stanowiskiem nie polemizował Odwołujący, toteż nie wymaga ono szerszego komentarza Izby.

Abstrahując jednak od konstrukcji zarzutu odwołania wskazać należy, iż Odwołujący stał na stanowisku, że oferta Zaberd została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na utrudnianiu innym wykonawcom dostępu do rynku poprzez zaferowanie świadczenia usługi poniżej kosztów jej świadczenia, a także nieuprawnionym, niezgodnym z postanowieniami Specyfikacji Warunków Zamówienia przesunięciu kosztów pomiędzy pozycjami Tabeli Elementów Rozliczeniowych, co skutkowało uzyskaniem nieuprawnionego wyniku w postaci wyboru oferty Zaberd, podczas gdy „przerzucanie” kosztów z jednego obszaru wpływającego na korzystniejszą ocenę oferty do drugiego (zwane „inżynierią cenową”) uznawane jest za czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 3 ust. 1 uznk, a zarzut ten potwierdzają wyjaśnienia Zaberd z dnia 4 marca 2024 r.

Z powyższym stanowiskiem Odwołującego nie sposób się zgodzić.

W okolicznościach niniejszej sprawy nie zostało wykazane, że koszty wykonania pozycji 1.5 oraz 2.2 Grupy Prac nr 8 – Estetyka zostały przeniesione do innych pozycji TER. Odwołujący nawet nie podjął próby wskazania, do których konkretnie pozycji formularza ofertowego wycena ww. pozycji została przeniesiona oraz w jaki sposób mogło to zagrozić innym wykonawcom. Działaniu Zaberd nie można również przypisać manipulacji cenowej polegającej na przerzucaniu kosztów między poszczególnymi pozycjami cenowymi, której celem byłoby uzyskanie przewagi nad innymi wykonawcami wedle przyjętych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert, a taka czynność zagrażałaby interesom innych wykonawców. W przedmiotowej sprawie o przyznanej punktacji przesądzała całkowita cena oferty, a nie poszczególne ceny jednostkowe. Tym samym to cena globalna oferty była punktem odniesienia dla badania potencjalnego naruszenia zasad konkurencji. Nie zostało również przez Odwołującego wykazane, że działanie Zaberd polegające na wycenie ww. pozycji TER na 0 zł miało na celu eliminację innych przedsiębiorców, tym bardziej, że ww. pozycje miały znikome znaczenie dla całości przedmiotu zamówienia.

Mając na uwadze powyższe zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i ust. 2 uznk oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk podlegał oddaleniu, czemu Izba dała wyraz w punkcie 2. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 1 oraz § 7 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania

z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego

koszty postępowania w całości z uwagi na wagę zarzutów uwzględnionych dla rozstrzygnięcia odwołania - zarzuty te doprowadziły bowiem do realizacji najdalej idącego żądania odwołania w postaci nakazania Zamawiającemu odrzucenia w części 3 zamówienia oferty wykonawcy Zaberd.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:

.....

.....