

WYROK

Warszawa, 21 stycznia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Anna Chudzik

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 20 grudnia 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Drogowych S.A. z siedzibą w Poddębicach, Sandfield Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,

w postępowaniu prowadzonym przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi,

uczestnik po stronie Zamawiającego: Saferoad Services Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku,

orzeka:

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Saferoad Services Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku, jako wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5, 7 i 8 ustawy Pzp;

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie;

3. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Drogowych S.A. z siedzibą w Poddębicach, Sandfield Sp. z o.o. 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 Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Przystępującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

3.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego;

3.3. zasądza od Odwołującego na rzecz Przystępującego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Przystępującego.

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 4824/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział w Łodzi wraz ze wszystkimi elementami na autostradzie A1 na odcinku od km 244+300 do km 293+000*. Wartość zamówienia jest większa niż proggi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 596865-2023.

20 grudnia 2024 r. Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Drogowych S.A., Sandfield Sp. z o.o. wniosło odwołanie wobec wyboru oferty Saferoad Services Sp. z o.o. i zaniechania odrzucenia tej oferty. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Saferoad, mimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz zawiera błąd w obliczeniu ceny;

2) art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Saferoad, mimo że została złożona w

warunkach czynu nieuczciwej konkurencji określonego w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

- 3)art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 1, ust. 5 i ust. 6 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Saferoad, mimo że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w tym jej istotnych części składowych, a zarazem złożone przezeń wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny;
- 4)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5, 7 i 8 ustawy Pzp w zw. z pkt 9.2. ppkt 5, 7 i 8 SWZ, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Saferoad, mimo że wykonawca ten podlegał wykluczeniu z postępowania;
- 5)art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak i niezapewniający dostatecznej przejrzystości Postępowania.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w jej wyniku odrzucenia oferty Saferoad jako niezgodnej z warunkami zamówienia, zawierającej błąd w obliczeniu ceny, złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w tym jej istotnych części składowych oraz złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Saferoad Services Sp. z o.o. Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Wobec cofnięcia przez Odwołującego zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, jako wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5, 7 i 8 ustawy Pzp, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie tego zarzutu.

Mimo uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu dotyczącego nieuwzględnienia w kalkulacji kosztów dotyczących wymaganego sprzętu, Izba rozpoznała ten zarzut merytorycznie w związku z wniesieniem przez Przystępującego sprzeciwu wobec tego uwzględnienia.

1.Zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1, ust. 5 i ust. 6 ustawy Pzp

Zgodnie z art. 226 ust. 1 zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- pkt 5: jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- pkt 8: zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- pkt 10: zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

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

Art. 224 ust. 5 ustawy Pzp stanowi, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Stosownie do art. 224 ust. 6 ustawy Pzp 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 ocenie Izby Zamawiający nie naruszył powyższych przepisów ustawy z powodów podniesionych w odwołaniu.

Koszty sprzętu

Izba ustaliła, że Przystępujący w pozycji „Gotowość do ZUD” zaoferował cenę jednostkową netto w wysokości 4

861,64 zł.

Zamawiający w załączniku nr 6 określił wykaz wymaganego sprzętu:

Rejon	Sprzęt podstawowy Solarki opłuzone	Sprzęt podstawowy pługi solo	Pługi wimikowe	Ładowarki	Równiarki	Sprzęt do odśnieżania chodników (lekki ciągnik)
Rejon Autostradowy w Łowiczu	8	0	1	2	1	2

Przystępujący na wezwanie Zamawiającego przedstawił kalkulację pozycji „Gotowość do ZUD”, w której wskazał:

Pismem z 12 marca 2024 r. Zamawiający skierował do Przystępującego następujące wezwanie do dodatkowych wyjaśnień:

gotowość ZUD – należy podać szczegółowe założenia kalkulacji ceny jednostkowej gotowości ZUD z uwzględnieniem poszczególnych kosztów (robocizny, sprzętu, kosztów pośrednich) składających się na cenę jednostkową wraz z uzasadnieniem przyjętego sposobu obliczenia kosztu jednostkowego, w tym kosztów wyposażenia, przygotowania i utrzymania zaplecza socjalno-biurowego i dyżurki ZUD, kosztów utrzymania dyżurnych ZUD, pojazdów patrolujących ZUD i osób obsługujących sprzęt ZUD – zgodnie z zasadami i terminami określonymi w SST;

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący wyjaśnił:

Jako podstawę do skalkulowania kosztów sprzętowych przyjęto faktycznie poniesione w trakcie realizacji obecnego kontraktu, od roku 2019, koszty sprzętu ZUD (w tym solarki, pługi, nośniki do zimowego utrzymania) tj. 146.143,65 zł (Załącznik DT_58), przy czym koszty te obejmują komplet obecnie wymaganych 14 sztuk jednostek ZUD. Tym samym wartość w przeliczeniu na wymagane w obecnym postępowaniu 8 jednostek daje przyjętą w kalkulacji kwotę 83.510,64 zł. Celem bezpiecznego skalkulowania przyszłych kosztów sprzętowych wartość tę przyjęto jako maksymalną kwotę wszystkich kosztów sprzętu ZUD jakie możliwe są do poniesienia w ciągu jednego sezonu. Wartość 487,51 zł jest częścią przypadającą na jedną dobę przeliczeniową – zgodnie z dokumentacją przetargową.

Odwołujący podniósł, że udzielone przez Przystępującego potwierdzenia, że Przystępujący pominął zaangażowanie sprzętu wymaganego w SWZ, przedstawił w kalkulacji wyłącznie koszt utrzymania sprzętu, nie uwzględnił natomiast kosztów ani danych związanych z tytułem prawnym do pojazdów i wyposażenia.

W ocenie Izby powyższe zarzuty są niezasadne.

Złożone przez Przystępującego wyjaśnienia dotyczące kalkulacji ceny w poz. „Gotowość do ZUD” nie dają podstaw do stwierdzenia, że cena ta została skalkulowana bez uwzględnienia wymaganego sprzętu.

Izba podziela stanowisko Przystępującego, z którym zresztą zgodził się Zamawiający, że w ramach ww. pozycji należało wycenić koszty dotyczące sprzętu podstawowego. Zamawiający bowiem w załączniku nr 6 wyszczególnił sprzęt podstawowy (8 solarek opłuzonych) oraz sprzęt, jakim wykonawca powinien dysponować (m. in. pług wimikowy, równiarka itp.). Słusznie zauważył Przystępujący, że zgodnie z SST ZUD D-66.01.00 (pkt 1.4.11 i 1.4.12 SST) Zamawiający wymaga w ramach gotowości biernej ZUD i gotowości czynnej ZUD stacjonowania we wskazanym przez Zamawiającego miejscu sprzętu podstawowego wykonawcy. Ponadto, w punkcie 3.3 SST Zamawiający określił wymagane ilości sprzętu podstawowego w poszczególnych okresach realizacji usługi. Dodatkowo sprzęt ciężki, niestanowiący sprzętu podstawowego, jest przewidziany do użycia w przypadku alertu czerwonego (pkt 5.3.4 SST), tj. przypadków intensywnych opadów śniegu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Przystępujący był uprawniony do uwzględnienia kosztów sprzętu innego niż podstawowy, w pozycji dotyczącej odśnieżania wraz z usuwaniem śliskości oraz w grupie prac nr 10c, jako sprzęt wyłącznie przynależny do tej części usługi. Do odmiennego wniosku nie prowadzi wskazany przez Odwołującego fragment punktu 3.2 SST, który ogólnie określa, że *sprzęt musi być gotowy do akcji w terminach wskazanych w SST, stacjonować wyłącznie na terenie Obwodów Drogowych lub Punktach Zimowego Utrzymania Dróg, zorganizowanych przez Wykonawcę i wykonywać pracę wyłącznie na potrzeby niniejszego Zamówienia*. Nie można bowiem pominąć pozostałych postanowień SST, w tym definicji gotowości czynnej i biernej, a nawet gdyby rozumieć przytoczony wyżej fragment tak, jak to przedstawia Odwołujący, to należałoby dojść do wniosku, że postanowienia SST są niespójne, w związku z czym nie mogą być interpretowane w sposób obciążający wykonawcę konsekwencjami tej niespójności.

Powyższej oceny nie zmieniają powołane przez Przystępującego postanowienia SST D-66.01.00, zgodnie z którymi w cenie jednostkowej zapobiegania śliskości należy uwzględnić wartość usługi świadczenia gotowości, w cenie jednostkowej zwalczania śliskości należy uwzględnić wartość usług świadczenia gotowości i zapobiegania śliskości, a w cenie jednostkowej odśnieżania wraz z usuwaniem śliskości należy uwzględnić wartość usług świadczenia gotowości, zapobiegania śliskości oraz zwalczania śliskości. To samo dotyczy postanowienia, zgodnie z którym: *Wykonawca uzyska wynagrodzenie za prowadzenie prac w jednej dobie rozliczeniowej wyłącznie za jedną z wyżej wymienionych pozycji tj. albo gotowość do ZUD, albo zapobieganie śliskości, albo za usuwanie śliskości albo za odśnieżanie wraz ze zwalczaniem śliskości, w zależności jakie czynności będą podjęte w danej dobie.*

Tym samym za bezpodstawne należy uznać kwestionowanie prawidłowości kalkulacji ceny w oparciu o okoliczność, że Przystępujący nie uwzględnił w cenie poz. „Gotowość do ZUD” dwóch ładowarek, równiarki oraz sprzętu do odśnieżania chodników.

W odniesieniu do sprzętu podstawowego Odwołujący podniósł, że Przystępujący pominął informacje dotyczące dysponowania tym sprzętem. Odnosząc się do tak określonego zarzutu wskazać należy, że wymagania dotyczące zaangażowania sprzętu, jako wynikające z opisu przedmiotu zamówienia, dotyczą etapu realizacji umowy, co oznacza, że wykonawcy nie byli zobowiązani wykazać dysponowania tym sprzętem już na etapie ofertowania. Na potrzeby kalkulacji ceny ofertowej należało oczywiście przyjąć założenia dotyczące kosztów związanych z tym sprzętem, w tym z zapewnieniem tytułu prawnego do dysponowania nim, nie jest to jednak jednoznaczne z koniecznością wykazania się tym dysponowaniem (w tym tytułem własności) przed przystąpieniem do realizacji umowy. Kwestia sprzętu i tytułu do dysponowania nim na etapie ofertowania może mieć natomiast znaczenie z punktu widzenia założeń przyjętych do kalkulacji ceny oferty i w konsekwencji realności tej ceny. Bezpodstawne jest więc zarzucanie niewykazania dysponowania wymaganym sprzętem na obecnym etapie i wyprowadzanie z tego wniosku o niezgodności oferty z warunkami zamówienia, ocenie podlegają natomiast pod kątem realności ceny założenia wykonawcy przyjęte do kalkulacji, a dotyczące liczby pojazdów, kosztów zapewnienia sobie tytułu prawnego do nich oraz kosztów ich utrzymania i wyposażenia.

Wobec powyższego fakt nieprzedstawienia wraz z wyjaśnieniami dowodów potwierdzających tytuł własności tego sprzętu może być oceniany jedynie pod kątem ewentualnego niewykazania realności zaoferowanej ceny.

Zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał, aby nieprzedstawienie w odniesieniu do każdego z wymaganych pojazdów podlegających wycenie w ramach pozycji „Gotowość do ZUD” dowodów potwierdzających tytuł własności lub inny tytuł do dysponowania nimi było równoznaczne z zaniżeniem istotnego czynnika kosztotwórczego, mającego taki wpływ na cenę oferty, który może zaważyć na prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby niewykazanie tytułu własności tego sprzętu nie może być uznane za dyskwalifikujące wyjaśnienia Przystępującego. Nawet jeśli Przystępujący będzie ponosił koszty np. najmu niektórych pojazdów, nie oznacza to automatycznie, że wyjaśnienia dotyczące kosztów związanych z wymaganym sprzętem są na tyle niedostateczne i na tyle istotne z punktu widzenia realności ceny „Gotowości do ZUD”, że powinny skutkować uznaniem ceny oferty za rażąco niską. To samo dotyczy pozycji „Zapobieganie śliskości”, co do której Odwołujący jedynie blankietowo wskazał na *brak zaoferowania dwóch ładowarek i równiarki.*

Biorąc pod uwagę przedstawioną wyżej argumentację dotyczącą kosztów sprzętu, za niemające znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy należy uznać dowody w postaci pisma Ozamet w sprawie szerokości pługów, katalogu pługi ciężkie – Ozamet, oraz oferty Fraikin Polska, które zostały złożone przez Odwołującego na okoliczność nieuwzględnienia przez Przystępującego kosztów sprzętu w pozycji „Gotowość do ZUD”.

Zużycie soli

Izba ustaliła, że Przystępujący w pozycji „Zapobieganie śliskości” zaoferował cenę jednostkową netto w wysokości 7 537,02 zł, natomiast w poz. „Usuwanie śliskości” – cenę 8 540,29 zł.

Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień przedstawił następującą kalkulację:

Pismem z 12 marca 2024 r. Zamawiający skierował do Przystępującego następujące wezwanie do dodatkowych wyjaśnień:

zapobieganie śliskości – należy podać szczegółowe wyjaśnienia w zakresie obliczenia ceny jednostkowej zapobiegania śliskości i przyjętych do kalkulacji założeń, m.in.: powierzchni posypu prewencyjnego (w odniesieniu do dokumentów kontraktowych z podziałem na jezdnie główne i węzły), przyjętego wydatku soli w g/m², ilości pojazdów wykonujących jednorazowo zapobieganie śliskości, sposobu wyliczenia spalania i kosztów paliwa.

- usuwanie śliskości – należy podać szczegółowe wyjaśnienia w zakresie obliczenia ceny jednostkowej usuwania śliskości

i przyjętych do kalkulacji założeń, m.in.: powierzchni posypu (w odniesieniu do dokumentów kontraktowych z podziałem na jezdnie główne i węzły), przyjętego wydatku soli w g/m², ilości pojazdów wykonujących jednorazowo usuwanie śliskości, krotności wyjazdów, sposobu wyliczenia spalania i kosztów paliwa,

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący wyjaśnił:

Przyjęto całościowe posypanie odcinka wraz ze wszystkimi elementami i węzłami przy wydatku soli na średnim poziomie 9g/m², przy czym przyjęto, że całość powierzchni do posypu równa jest powierzchni trasy zasadniczej +10%, szerokość posypu zgodnie z dokumentacją przetargową do 0,9 szerokości jezdni. (...)

Na podstawie doświadczenia przyjęto całościowe posypanie odcinka wraz ze wszystkimi elementami i węzłami zwiększone o 55%. Wydatek soli przyjęto na średnim poziomie 9g/m², przy czym przyjęto, że całość powierzchni do posypu równa jest powierzchni trasy zasadniczej +10%, szerokość posypu zgodnie z dokumentacją przetargową do 0,9 szerokości jezdni.

W ocenie Izby udzielone przez Przystępującego wyjaśnienia nie dają podstaw do wniosku, że przyjął on do kalkulacji ceny w pozycjach „Zapobieganie śliskości” i „Usuwanie śliskości” zbyt małe zużycie soli, tj. odpowiednio: 9 g/m² dla „Zapobiegania śliskości” oraz 13,95 g/m² dla „Usuwania śliskości”, podczas gdy zużycie soli powinno wynosić 20 g/m².

Po pierwsze stwierdzić należy, że w dokumentacji postępowania Zamawiający nie określił minimalnego zużycia soli. Jak słusznie wskazał Zamawiający, z przywołanej w odwołaniu Tabeli nr 2 z Wytocznych ZUD „Wydatki jednostkowe (dawki) materiałów chemicznych do posypywania zapobiegawczego oraz likwidacji cienkich warstw lodu i śniegu” wynika jedynie, że ilość soli na potrzeby zapobiegania śliskości lub likwidacji lodu i śniegu jest uzależniona od temperatury i wynosi dla usuwania śliskości: do 20 g/m² przy temperaturze do -2°C, od 20 do 25 g/m² przy temperaturze od -3 do -6°C oraz od 25 do 30 g/m² przy temperaturze od -7 do -10°C, a dla zapobiegania śliskości: do 15 g/m² przy temperaturze do 2°C, od 15 do 20 g/m² przy temperaturze od -3 do -6°C oraz od 20 do 30 g/m² przy temperaturze od -7 do -10°C. Zamawiający nie określił natomiast SWZ zużycia soli, które należało uwzględnić w ofercie. W związku z tym to do wykonawcy należało określenie dla potrzeb kalkulacji ceny ofertowej przewidywanego zużycia soli, a różnice w tych założeniach nie mogą prowadzić do wniosku, że tylko założenia poczynione przez Odwołującego są poprawne.

O tym, że do wyceny oferty należało przyjąć zużycie soli na poziomie 20 g/m² nie może świadczyć określenie takiego zużycia przez Zamawiającego w innym postępowaniu (nr O/ŁO.D-3.2421.2022.vk), dotyczącym innego odcinka autostrady A1. Przede wszystkim nie sposób przyjąć, że wiążące dla wykonawców w obecnie prowadzonym postępowaniu są wymagania dotyczące zużycia soli określone przez Zamawiającego w innym postępowaniu. Trudno również zakładać, że informacje z innego postępowania powinny być uwzględnione nawet jeśli nie jako wiążące wytyczne, to jako niewiążąca wskazówka, której niespełnienie może prowadzić do wniosku o zaniżeniu prognozowanego zużycia. Nie można bowiem pominąć, że różne odcinki autostrady, w tym zlokalizowane w znacznych odległościach od siebie, charakteryzują się dokładnie takimi samymi warunkami atmosferycznymi i terenowymi. Wymagania Zamawiającego są dostosowywane do specyfiki konkretnego przedmiotu zamówienia i okoliczności wpływających na sposób jego wykonywania, nie można ich zatem uznać za miarodajne dla innych postępowań. Należy również mieć na uwadze, że zużycie soli na etapie kalkulowania oferty pozostaje w sferze szacunków, które ze swej natury obarczone są pewnym ryzykiem obciążającym wykonawcę i o ile założenia w tym zakresie nie są niezgodne z wymaganiami Zamawiającego lub w sposób niebudzący wątpliwości oderwane od realiów, nie ma podstaw do uznania kalkulacji cenowej za wadliwą.

Za nieprzekonujące Izba uznała przedstawione przez Odwołującego dowody w postaci zestawienia temperatur w sezonie 2023/2024 (które jest niewiarygodny wobec błędnego wskazania w nim dat z 2025 r.), skanów dziennika pogodowego oraz meldunków zużycia soli (ZimaWIN) i wydruków z systemu Telport. Powyższe dowody stanowią jedynie potwierdzenie okoliczności w nich stwierdzonych, na podstawie których trudno wyciągać generalne wnioski o konieczności założenia określonego (wskazywanego przez Odwołującego) zużycia soli. Co istotne, przedstawione wydruki ZimaWIN i Telport obejmują cztery dni z 2024 r., wybrane przez Odwołującego dla potrzeb postępowania odwoławczego. Oceny podniesionych zarzutów nie zmienia również przedstawiony przez Odwołującego Program Zapewnienia Jakości, opracowany przez niego na potrzeby wcześniejszej umowy wraz z uwagami Zamawiającego dotyczącymi tego dokumentu, nie jest to bowiem dokument, który w jakikolwiek sposób jest wiążący przy kalkulacji ofert w niniejszym postępowaniu.

Za bezpodstawną należy również uznać tezę Odwołującego, że Przystępujący przyjął do kalkulacji ceny zaniżoną powierzchnię, którą będzie musiał posypać solą w ramach „Zapobiegania śliskości” oraz „Usuwania śliskości”, nie

uwzględniając takich powierzchni, jak łącznice, węzły i MOP-y. Odwołujący pominął fakt, że Przystępujący uwzględnił wycenienie konieczność posypu powierzchni odpowiadającej całej powierzchni ciągu głównego drogi powiększonej o 10%. Jak wskazał Zamawiający (a Odwołujący tego skutecznie nie zakwestionował) powierzchnia pozostałych elementów drogi podlegających zimowemu utrzymaniu wynosi jedynie 5,15% powierzchni ciągu głównego, zatem 10% nadwyżki jest i tak szacunkiem zawyżonym. Zamawiający przedstawił w tym zakresie wiarygodne obliczenia, które nie zostały skutecznie zakwestionowane przez Odwołującego. Powołując się na dokumentację postępowania Zamawiający wskazał, że objęta posypywaniem powierzchnia jezdni głównej wynosi 920 430 m², łącznic – 29 497,05m², MOP-ów – 17 908 m², co łącznie daje 967 835,05m², a nie jak wskazał Odwołujący 1 037 311 m².

Za niezasadne należy uznać twierdzenie Odwołującego, jakoby z wyjaśnień Przystępującego wynikało, że nie uwzględnił on kosztów minimum dwukrotnego posypu w ramach „Usuwania śliskości”. Również w tym zakresie dokumentacja postępowania nie określa minimalnego zużycia soli na jedno posypanie, a oszacowanie przewidywanych ilości i w konsekwencji kosztów soli należało do wykonawców.

W ocenie Izby brak jest podstaw do uznania założeń poczynionych przez Przystępującego za nierealne. Zgodnie z wyjaśnieniami z 20 marca 2024 r. Przystępujący założył na usuwanie śliskości średnie zużycie soli zwiększone o 55% w stosunku do „Zapobiegania śliskości”, tj. 13,95 g/m². Oceniając realność takiego założenia przy braku wymagań minimalnych narzuconych przez Zamawiającego, należy mieć na uwadze, że zużycie soli powinno być dostosowane do sytuacji na drodze. Nie ma zatem podstaw do przyjęcia, że w każdym w każdym z dwóch przejazdów wykonawca ma obowiązek zastosować taką samą ilość soli, jak bowiem słusznie zauważył Zamawiający – warunki na drogach w ciągu tej samej doby mogą się znacząco różnić w zależności od pory dnia. Nie jest więc prawidłowe przyjęte przez Odwołującego założenie, że zużycie soli przy usuwaniu śliskości byłoby w przypadku Przystępującego niższe niż przy zapobieganiu śliskości i wyniosłoby ok. 7 g/m² na jeden przejazd. Za przekonującą Izba uznała argumentację Zamawiającego, że zależnie od bieżących warunków pogodowych i aktualnej sytuacji na drogach, wykonawca uprawniony będzie do dokonania pierwszego posypu soli w celu usuwania śliskości przy zużyciu rzędu np. 9-10 g/m² (lub większym), a następnie drugiego posypu uzupełniającego przy zużyciu mniejszym. Ponadto „średnie zużycie soli” oznacza, że może ono być w razie potrzeby zwiększone powyżej 13,95 g/m².

Odnosząc się do twierdzenia Odwołującego, że użycie w wyjaśnieniach liczby pojedynczej (całościowe posypanie odcinka) musi oznaczać, że chodzi o jeden całościowy posyp, w ocenie Izby stanowi ono nadinterpretację niemogącą prowadzić do uznania oferty za niezgodną z warunkami zamówienia.

2. Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp

Zgodnie z art. 226 ust. 1 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 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Przedmiotowy zarzut został oparty na okoliczności, że zaoferowana przez Przystępującego cena za odśnieżanie stanowi 182% średniej arytmetycznej cen, a uzasadnienie zarzutu zostało ograniczone do gołosłownego i ogólnego stwierdzenia, że usługa odśnieżania, która różni się od usługi usuwania śliskości jedynie wykorzystaniem pługów (nie ma dodatkowego zużycia soli), nie generuje kilkukrotnie wyższych kosztów, zatem skoro Przystępujący wycenił ją blisko 10 krotnie drożej, to dopuścił się manipulacji ceną z zamiarem skompensowania straty generowanej na zapobieganiu śliskości i usuwaniu śliskości.

Ciężar dowodu, że oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, spoczywał – na zasadach ogólnych – na Odwołującym, który nie wykazał, że taka wycena oferty wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. Za wykazanie takie nie można uznać porównania cen zaoferowanych przez poszczególnych wykonawców, zwłaszcza że rozpiętość cen oferowanych za usługę odśnieżania jest bardzo duża, od ok. 28,5 tys. do zaoferowanych przez Przystępującego 83 143,00 zł, przy czym ceny dwóch innych ofert w tej pozycji przekraczały 60 tys. zł.

Nie jest wystarczającym dowodem na popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji przedstawione przez Odwołującego zestawienie mające wykazywać, że zmniejszenie ceny odśnieżania o 10 tys. zł ze zwiększeniem ceny za zapobieganie i usuwanie śliskości o 5 tys. zł, powoduje wzrost ceny ZUD o 500 tys. zł. Powyższe nie dowodzi, że ceny za zapobieganie i za usuwanie śliskości są niedoszacowane, a cena za odśnieżanie jest zawyżona. Ponadto, nie można tego uznać za wystarczający dowód, że ewentualne zawyżenie ceny za odśnieżanie zostało dokonane w celu uzyskania wyższego zysku na usłudze mającej większy wpływ na łączną cenę ofertową. Zauważyć należy, że całkowite ceny ofertowe, podlegające ocenie w ramach kryterium oceny ofert (cena 100%) we wszystkich przypadkach znacznie

przekraczały kwotę 100 mln zł, zatem nawet ewentualne zmniejszenie ceny za odśnieżanie i zawyżenie ceny za zapobieganie i usuwanie śliskości z dużym prawdopodobieństwem nie byłoby rozstrzygające dla wyniku przetargu. W związku z tym za wątpliwe (a z pewnością niewykazane) należy uznać, aby wykonawca działał w ten sposób z zamiarem bezprawnego lub sprzecznego dobrymi obyczajami wpływu na wynik postępowania.

Podsumowując, zarzut dotyczący czynu nieuczciwej konkurencji należy uznać za ogólnikowo uzasadniony i nieoparty dowodami wykazującymi zaistnienie znamion takiego czynu.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 3, stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami Odwołującego.

Przewodnicząca:.....