

Sygn. akt: KIO 3520/23

**WYROK**  
z dnia 13 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Adriana Urbanik**  
**Agnieszka Trojanowska**  
**Renata Tubisz**  
**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 i 8 grudnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 listopada 2023 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

**BUDIa-Standard Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Oleśnicy,**

**B.-DROG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa**

**z siedzibą w Łubowie oraz T. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą "B." Firma Produkcyjno - Handlowo - Usługowa T. B.**

**z siedzibą w Rudnikach,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego

o sygn. akt KIO 3520/23 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia w części (co do zarzutu w pkt I ppkt 1, 3 i 4) odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **BUDIa-Standard Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Oleśnicy, B.-DROG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łubowie oraz T. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą "B." Firma Produkcyjno - Handlowo - Usługowa T. B. z siedzibą w Rudnikach,** powtórzenie czynności badania i oceny ofert, odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **BUDIa-Standard Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Oleśnicy, B.-DROG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łubowie oraz T. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą "B." Firma Produkcyjno - Handlowo - Usługowa T. B. z siedzibą w Rudnikach;**
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie odwołania, a więc co do zarzutu w pkt I ppkt 2 odwołania;
3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi** w części 3/4 oraz wykonawcę **Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim** w części 1/4, i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim** tytułem wpisu od odwołania;
  - 3.2. zasądza od zamawiającego **Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad**(ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa), **Generalnej Dyрекcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi**(ul. Irysowa 2, 91-857 Łódź) na rzecz odwołującego **Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** (ul. Południowa 17/19, 97-300 Piotrków Trybunalski) kwotę **13 950 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy dziewięćset pięćdziesiąt złotych zero groszy) obejmującą kwotę uiszczoną przez odwołującego wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika;
  - 3.3. zasądza od wykonawcy **Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** (ul. Południowa 17/19, 97-300 Piotrków Trybunalski) na rzecz zamawiającego **Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad**(ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa),

## Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi

(ul. Irysowa 2, 91-857 Łódź) kwotę **900 zł 00 gr** (słownie: dziewięćset złotych 00 groszy) stanowiącą 1/4 uzasadnionych kosztów strony poniesionych tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:**.....

**Członkowie:** .....

.....

**Sygn. akt: KIO 3520/23**

### Uzasadnienie

Zamawiający – **Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad**, (ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa), **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi** (ul. Irysowa 2, 91-857 Łódź), dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości wyższej niż progi unijne o których mowa w art. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, z późn. zm.), dalej „ustawa Pzp”, pn. „Catoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział w Łodzi wraz z wszystkimi elementami na dk nr 12, 83, 72 na odcinkach administrowanych przez Rejon Sieradz”, numer referencyjny: O/ŁO.D-3.2421.24.2022, dalej „postępowanie” lub „zamówienie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 października 2022 r. pod numerem 2022/S 192-544189.

W dniu 24 listopada 2023 r. wykonawca **Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** (ul. Południowa 17/19, 97-300 Piotrków Trybunalski), dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, wobec następujących czynności podjętych przez Zamawiającego:

- (1) zaniechania odrzucenia z postępowania oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia będącego przedmiotem postępowania: Budia – Standard sp. z o.o. z siedzibą w Oleśnicy – Lider, B.-DROG sp. z o.o. z siedzibą w Łubowie, „B.” Firma Produkcyjno-Handlowo-Uslugowa T. B. z siedzibą w Rudnikach – Partner konsorcjum (dalej łącznie jako „Konsorcjum Budia”) w sytuacji, w której oferta ta powinna zostać odrzucona z postępowania z uwagi na okoliczności opisane w szczegółach w uzasadnieniu odwołania;
- (2) nieuzasadnionego wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Budia.

W pkt I odwołania Zamawiającemu zarzucił Odwołujący naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

(1) art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Budia, pomimo iż istotne części składowe oferty tego wykonawcy są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i niewystarczające do jego wykonania, co też winno skutkować odrzuceniem oferty tego wykonawcy, czego jednak Zamawiający zaniechał, a co doprowadziło do wyboru oferty Konsorcjum Budia jako najkorzystniejszej;

(2) art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Budia, a w konsekwencji jej wybór, podczas gdy oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia i zawiera błędy w obliczeniu ceny, gdyż oferta tego wykonawcy faktycznie nie obejmuje wszystkich elementów składających się na przedmiot zamówienia, na co wskazuje wycena Konsorcjum Budia w zakresie grupy prac nr 1 – Nawierzchnia, która to wycena nie pokrywa nawet minimalnych kosztów związanych z jej elementami składowymi (całkowitych kosztów wykonania danych pozycji jednostkowych), w tym kosztu zakupów niezbędnych do wykonania prac materiałowych;

(3) art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („Uznk”) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Budia, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na celowym, sztucznym zaniżeniu wartości poszczególnych pozycji cenowych ujętych w Tabeli Elementów Rozliczeniowych („TER”) w Grupie prac nr 1–

Nawierzchnia, tj. co najmniej pozycji nr 10.1, 17.1 oraz 18.2, co w rezultacie pozwoliło temu wykonawcy obniżyć wartość globalną swojej oferty i uzyskać zamówienie, czego nie można jednak uznać za uczciwą konkurencję;

a w konsekwencji

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

W pkt II odwołania Odwołujący na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a) oraz b) ustawy Pzp wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

(1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

(2) przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert;

(3) odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Budia z uwagi na jej złożenie

w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a przy tym zawierającej rażącą cenę lub też błąd w obliczeniu ceny;

(4) wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu;

W pkt III odwołania Odwołujący na podstawie art. 534 ust. 1 w zw. z art. 535 ustawy Pzp wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym.

W pkt IV odwołania Odwołujący na podstawie art. 573 ustawy Pzp wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Zamawiający w dniu 27 listopada 2023 r. (za pośrednictwem platformy zakupowej) wezwał wraz kopia odwołania, uczestników postępowania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 30 listopada 2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAF) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **BUDIa-Standard Spółka**

**z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Oleśnicy, B.-DROG Spółka**

**z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łubowie**

**oraz T. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą "B." Firma Produkcyjno - Handlowo - Usługowa T. B. z siedzibą w Rudnikach**, zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba uznała za skuteczne przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **BUDIa-Standard Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Oleśnicy, B.-DROG Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Spółki komandytowej z siedzibą w Łubowie oraz T. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą "B." Firma Produkcyjno - Handlowo - Usługowa T. B. z siedzibą w Rudnikach.**

W dniu 6 grudnia 2023 r. odpowiedź na odwołanie złożył Zamawiający, w której w szczególności wniósł o oddalenie odwołania w całości za zasądzeniem – na podstawie faktury VAT, która zostanie złożona do akt sprawy na rozprawie – wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600 zł, a także dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści dokumentów przywołanych w odpowiedzi na odwołanie.

W dniu 6 grudnia 2023 r. pismo procesowe złożył Przystępujący, w którym w szczególności wniósł o oddalenie odwołania w całości i dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów załączonych do pisma procesowego.

W dniu 6 i 8 grudnia 2023 r. odpowiednio podczas posiedzenia i rozprawy, w szczególności:

1) Odwołujący złożył dowody: wyciąg z mapy na okoliczność zaniżonych kosztów w ofercie podwykonawcy związanych między innymi z odległością siedziby podwykonawcy

do miejsca realizacji zamówienia i zestawienie ofert – na okoliczność tego, że oferta Odwołującego byłaby na pierwszym miejscu, gdyby Przystępujący nie zaniżył ceny oferty; złożył wniosek kosztowy oraz fakturę na kwotę 3 600 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika. Odwołujący ponadto potwierdził, iż przedmiotem odwołania są sporne pozycje cenowe w pkt 10.1, 17.1, 18.2, ujęte w TER w Grupie prac nr 1 – Nawierzchnia, natomiast nie są inne

pozycje cenowe, wskazane w pkt 22 na stronie 8 i 9 uzasadnienia odwołania, a zatem Izba nie orzekała poza zakresem odwołania potwierdzonym przez Odwołującego co do tych innych pozycji cenowych;

- 2)Przystępujący złożył wnioski dowodowe: dowody w skrócie – faktury (nr FS/2022/12/15/ET, nr FS/2023/03/12/ESZ, nr FV/2020/11/33, nr FV/2021/2/11, nr FV/2021/2/36), poświadczenie z 9 lipca 2020 r., poświadczenie z 10 stycznia 2023 r., i umowy (nr 1/09/U/2022, nr 1/ZUD/BY/2020, nr 2032.2020.Z-1.D-3.2413.5.2020.9) na okoliczność zakresu współpracy, sposobu kształtowania ceny przez podwykonawcę, ciągłości współpracy z podwykonawcą, należytego wykonania umowy i odmienności kształtowania cen przez tego podwykonawcę względem kształtowania cen przez wykonawcę (samodzielności kształtowania cen przez podwykonawcę);
- 3)Zamawiający złożył wniosek kosztowy oraz fakturę na kwotę 3 600 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi w toku postępowania odwoławczego dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku posiedzenia i rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.**

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, to jest odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki, określone w art. 528 ustawy Pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, to jest posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 ustawy Pzp, dopuścił w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego w formie elektronicznej, jak również dowody zawnioskowane w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Przystępującego, a także złożone na posiedzeniu i rozprawie odpowiednio w dniu 6 i 8.12.2023 r.

Odnosząc się w szczególności do dowodów:

- 1)wyciągu z mapy – w ocenie Izby dowód jest nieistotny, gdyż nie wykazuje kosztów związanych m.in. z odległością siedziby podwykonawcy do miejsca realizacji zamówienia, mających wpływ na wycenę spornych pozycji;
- 2)zestawienia ofert – w ocenie Izby dowód jest nieistotny z uwagi na zestawienie hipotetycznych cen w ofercie Przystępującego, skalkulowanych przez Odwołującego, stanowiący nie dowód, a stanowisko Odwołującego;
- 3)faktur (nr FS/2022/12/15/ET, nr FS/2023/03/12/ESZ, nr FV/2020/11/33, nr FV/2021/2/11, nr FV/2021/2/36) poświadczenie GDDKiA z 9 lipca 2020 r., poświadczenie GDDKiA z 10 stycznia 2023 r., i umów (nr 1/09/U/2022, nr 1/ZUD/BY/2020, nr 2032.2020.Z-1.D-3.2413.5.2020.9) – w ocenie Izby dowody te są nieistotne z uwagi na to, iż stanowią dokumenty niezłożone przez Przystępującego wraz z wyjaśnieniami z dnia 27 marca 2023 r., faktury nie mają związku z przedmiotem sporu, ponieważ dotyczą zimowego utrzymania dróg a nie dotyczą przedmiotu zarzutów z trzech pozycji, dwa oświadczenia GDDKiA są nieprzydatne, ponieważ Odwołujący nie kwestionuje kompetencji podmiotów, umowa z 1 września 2022 r. nr 1/09/U/2022 nie odnosi się do zarzutów odwołania, umowa podwykonawcza z 1 listopada 2020 r. nr 1/ZUD/BY/2020 dotyczy zimowego utrzymania dróg, niepowiązana jest z zarzutem odwołania, podobnie umowa z 16 października 2020 r. nr 2032.2020.Z-1.D-3.2413.5.2020.9;
- 4)umów i odpowiedzi na wniosek, przywołanych w piśmie procesowym Przystępującego z 6 grudnia 2023 r. – w ocenie Izby dowody te są nieistotne, gdyż potwierdzają stany faktyczne w innych postępowaniach;
- 5)wykazu postępowań wraz z dowodami - w ocenie Izby dowody te są nieistotne, gdyż potwierdzają stany faktyczne i rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej w innych postępowaniach;
- 6)oferty wraz z wybraną dokumentacją w postępowaniu O/Ł.O.D-3.2421.22.2022 dotyczącej odcinka administrowanego przez Rejon Opoczno i oferty wraz z wybraną dokumentacją w postępowaniu O/Ł.O.D-3.2421.22.2022 dotyczącej odcinka administrowanego przez Rejon w Radomsku, w tym TER z poz. 17.1, 18.1, które są określone kwotowo poniżej kosztorysu zamawiającego (także Rejon Międzyrzecz Podlaski, wiersz nr 4, kolumny g, h, i, j) – w ocenie Izby dowody są nieistotne, gdyż stanowią potwierdzenie stanów faktycznych w innych postępowaniach;
- 7)wyciągu z odpowiedzi na pytania nr 73-75 wraz z zestawieniem robót rzeczowo-finansowych za rok 2019,

zestawieniem robót rzeczowo-finansowych za rok 2020, zestawieniem robót rzeczowo-finansowych za rok 2021, Sieradz – w ocenie Izby dowód potwierdza, że Zamawiający będzie zlecał prace zgodnie z rzeczywistymi potrzebami.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowisko wynikające ze złożonych pism, to jest odwołania, odpowiedzi na odwołanie, pisma procesowego Przystępującego, oraz stanowiska i oświadczenia stron i Przystępującego, złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części.

Izba dokonała następujących ustaleń stanu faktycznego w sprawie:

Przedmiotem zamówienia jest całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi Rejon w Sieradzu na drogach krajowych nr 12 od km 295+747 do km 324+692; 83 od km 25+668 do km 60+063; 72 od km 46+942 do km 95+297; 72 (71) od km 22+079 do km 23+310, obejmujące usługi i roboty budowlane z zakresu bieżącego utrzymania dróg (BUD), zimowego utrzymania dróg (ZUD) oraz bieżącego utrzymania czystości na obiektach inżynierskich (BUM).

Zgodnie ze specyfikacją warunków zamówienia, dalej „SWZ”:

- 1) „17.1. Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o Formularze cenowe zamieszczone w Tomie IV SWZ, na które składają się: - w zakresie zamówienia podstawowego - Załącznik nr 2 Tabele Elementów Rozliczeniowych, Zbiorcze Zestawienie Kosztów: „Tabela Elementów Rozliczeniowych GRUPA PRAC NR 1 Nawierzchnia” (...);
- 2) „17.4. Wykonawca powinien określić ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w tym formularzu. Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględniać wszystkie pozycje opisane w Formularzu cenowym. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić żadnych zmian do Formularza cenowego i Tabel. Tam, gdzie to wskazano w Tabelach, cena za wykonanie wskazanych zakresów zamówienia nie może przekroczyć określonych przez Zamawiającego limitów.”;
- 3) „17.5. Każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzu cenowym.”;
- 4) „17.6. Dla każdej pozycji wyszczególnionej w Formularzu cenowym, jeśli składają się na nią elementy o zróżnicowanych kosztach, jednolita stawka jednostkowa powinna zostać skalkulowana na zasadzie uśrednienia kosztów składowych.”.

Pismem z dnia 29 listopada 2022 r. Zamawiający działając w trybie art. 135 ust. 2 ustawy Pzp, oraz pkt. 15 – Instrukcji dla Wykonawców SWZ, przekazał treść zapytań, które wpłynęły od wykonawców, wraz z wyjaśnieniami, a w szczególności:

„Pytanie 73

Prosimy o podanie ile Zamawiający zlecił obecnym wykonawcom poszczególnych robót z GRUPY PRAC NR 1 - Nawierzchnia w latach 2021, 2020, 2019.

Odpowiedź:

Wykaz wykonanych robót stanowią załączniki pod nazwą: „Zestawienie wykonanych robót BUD”, z podziałem na trzy lata. Zamawiający zmienia SWZ w tym zakresie. Zmiana znajduje się w piśmie „ZMIANA TREŚCI SWZ NR 5”. Zakre- robót za rok 2020 i 2021 obejmują pełny rok kalendarzowy. Zakresy robót za rok 2019 obejmują okres od zawarcia umowy tj. od maja 2019 roku do końca roku kalendarzowego.”.

Wykonawcy winni byli wypełnić pozycje kosztorysu Tabeli Elementów Rozliczeniowych – Rejon w Sieradzu, w tym zawarte w Grupie Prac 1 – Nawierzchnia, tj.:

Pozycja 10.1 – Wykonywanie warstwy ścieralnej ze Slurry Seal (jm: m<sup>2</sup>, ilość: 4000).;

Pozycja 17.1 – Wzmocnienie nawierzchni siatką stalową z warstwą klejącą Slurry Seal

na bazie modyfikowanej emulsji bitumicznej (jm: m<sup>2</sup>, ilość: 16 000).;

Pozycja 18.2 – Naprawa wgłębna przełomów typu ciężkiego – wykonanie nowej konstrukcji nawierzchni w miejscu występowania przełomu (jm: m<sup>2</sup>, ilość: 1000).

Zgodnie z szacunkiem Zamawiającego, pozycja 10.1 wynosiła 41,78 zł, pozycja 17.1 wynosiła 42,22 zł, a pozycja 18.2 wynosiła 696,13 zł.

Przystępujący zaoferował cenę dla pozycji 10.1 - 18 zł, pozycji 17.1 - 12 zł, a dla pozycji 18.2 - 15 zł.

Odwołujący zaś zaoferował cenę dla pozycji 10.1 – 40,80 zł, pozycji 17.1 – 57,71 zł, a dla pozycji 18.2 – 603,45 zł.

Zamawiający nie wezwał Przystępującego, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub ich istotnych części składowych.

W dniu 23 stycznia 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego.

W dniu 2 lutego 2023 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (sygn. akt KIO 300/23), które zostało przez Zamawiającego uwzględnione w części odnoszącej się do zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zw. w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, przez zaniechanie wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się

o udzielenie zamówienia: 1. BUDI-A-Standard Spółka z o.o. z siedzibą w Oleśnicy, 2. B.-DROG sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Łubowie, 3. T. B., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: "B." Firma Produkcyjno - Handlowo - Usługowa T. B. z siedzibą w Dalachowie do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny („RNC”). Wyrokiem z dnia 17 lutego 2023 r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie w tym zakresie i nakazała Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp Konsorcjum Budia do złożenia wyjaśnień w zakresie cen jednostkowych dotyczących pozycji 10.1., 17.1 oraz 18.2. znajdujących się w Grupie prac nr 1 – Nawierzchnia, ujętych w Tabeli Elementów Rozliczeniowych. W pozostałym zakresie Izba oddaliła odwołanie.

W dniu 17 marca 2023 r. Zamawiający wypełniając postanowienia Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17.02.2023 roku, sygn. akt KIO 300/23, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwrócił się do Przystępującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących jej elementów mających wpływ na wysokość ceny oferty. Zamawiający wezwał do złożenia przez wykonawcę szczegółowych wyjaśnień (wraz z dowodami) elementów, jakie Wykonawca wziął pod uwagę przy kalkulacji cen podanych w Formularzu cenowym (Tabeli Elementów Rozliczeniowych - TER) dla zamówienia, a także wyliczeń lub kalkulacji cenowych przedstawiających sposób obliczenia zaproponowanych cen jednostkowych, co umożliwi zbadanie oraz weryfikację dokonanych wyliczeń pod kątem rażąco niskiej ceny. Zamawiający wezwał do złożenia szczegółowych wyjaśnień elementów, jakie wykonawca wziął pod uwagę przy kalkulacji cen dla niżej wymienionych pozycji TER dla grupy prac nr 1: 1) TER GRUPA PRAC NR 1 – Nawierzchnia, 10.1 Wykonywanie warstwy ścieralnej ze Slurry Seal, 17. Wzmocnienie nawierzchni siatką stalową z warstwą klejącą Slurry Seal na bazie modyfikowanej emulsji bitumicznej, 18.2 Naprawa wgłębna przełomów typu ciężkiego – wykonanie nowej konstrukcji nawierzchni w miejscu występowania przełomu. Zgodnie z art. 224 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający zażądał szczegółowych wyjaśnień w zakresie: kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; kosztów wynikających z obowiązków w zakresie zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Wskazał, że wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności: zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy; wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych; oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę; zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; zgodności z przepisami dotyczącymi z zakresu ochrony środowiska; wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy. Zamawiający poinformował, że dokonując oceny weźmie również pod uwagę wszelkie inne czynniki, wpływające na wysokość ceny oferty, które wskaże wykonawca, jeżeli będą zgodne z prawem oraz nie zakłócają uczciwej konkurencji. W związku z powyższym, w celu umożliwienia Zamawiającemu dokonania oceny zaoferowanej przez wykonawcę ceny ofertowej, Zamawiający prosił o szczegółowe wyjaśnienie (wraz z dowodami) wskazanych pozycji kosztorysowych jakie obiektywne czynniki spowodowały obniżenie ceny oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena została obniżona, jednocześnie wykonawca powinien wykazać jakie indywidualne możliwości i okoliczności, dostępne i właściwe tylko dla wykonawcy przy realizacji tego zamówienia, umożliwiły obniżenie ceny oferty. Podsumowując, Zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów składowych oferty, mających wpływ na wysokość wyceny, w szczególności wskazania argumentów potwierdzających realność, opłacalność i rynkowość dokonanej wyceny, wraz ze wskazaniem, czy wykonawca przewiduje wykonanie zamówienia bez poniesienia strat finansowych oraz bez konieczności finansowania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne. Wykonawca musi dostarczyć wystarczający materiał do sformułowania przez Zamawiającego

oceny zaofertowanej w ofercie kwoty, za którą ma zamiar wykonać przedmiot zamówienia. Dlatego Zamawiający prosił o przesłanie wszelkich informacji oraz dowodów, które wykonawca uzna za istotne, na temat sposobu obliczenia przez niego ceny zamówienia,

a których Zamawiający nie wymienił powyżej. Wskazane powyżej wyjaśnienia oraz dowody w formie przewidzianej w postępowaniu, za pośrednictwem Platformy zakupowej (pod adresem: <https://gddkia.eb2b.com.pl/>) należy złożyć Zamawiającemu w nieprzekraczalnym terminie do dnia 23.03.2023 r. Zamawiający poinformował, że zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa

na wykonawcy oraz, że zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

Pismem z dnia 21 marca 2023 r. Zamawiający w odpowiedzi na wniosek Konsorcjum Budia z dnia 21 marca 2023 r. wyraził zgodę na wydłużenie terminu na złożenie wyjaśnień, o których mowa w piśmie Zamawiającego z 17 marca 2023 r. dotyczących cen jednostkowych oferty do dnia 27 marca 2023 r.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący w piśmie z dnia 27 marca 2023 r. złożył wyjaśnienia, dowody, które zostały w części zastrzeżone z uwagi na znajdujące się w nich informacje mające walor tajemnicy przedsiębiorstwa. W związku z tym Zamawiający nie ujawnił wyżej wymienionych informacji wykonawcy PRDM, który złożył stosowny wniosek w tym zakresie (z wyjątkiem dokumentów: Regulamin Pracy i Polityka bezpieczeństwa Spółki).

W dniu 6 kwietnia 2023 r. Zamawiający ponownie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, za którą uznał ofertę Przystępującego.

Odwolujący zaskarżył powyższe działania i zaniechania Zamawiającego składając do Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie w dniu 17 kwietnia 2023 r. (KIO 1091/23). Wyrokiem z dnia 9 maja 2023 r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym uznanie za bezskuteczne dokonane przez Konsorcjum Budia zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach RNC oraz w załącznikach do tego pisma w całości.

Pismem z dnia 5 czerwca 2023 r. Konsorcjum Budia wniosło skargę na powyższy wyrok Krajowej Izby Odwoławczej. Wyrokiem z dnia 26 października 2023 r. Sąd Okręgowy w Warszawie w sprawie o sygn. akt XXIII 57/23 oddalił powyższą skargę.

W dniu 31 października 2023 r. Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu ujawnił wyjaśnienia RNC złożone przez Konsorcjum Budia i przesłał je następnie PRDM.

W dniu 15 listopada 2023 r. Zamawiający po raz kolejny dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej za którą uznał ofertę wykonawcy Konsorcjum Budia.

W dniu 27 listopada 2023 r. wykonawca PRDM złożył odwołanie, które stanowi podstawę rozpoznania w niniejszej sprawie.

Spór dotyczył tego, czy wyjaśnienia Przystępującego w zakresie części składowych zaofertowanej ceny w poz. 10.1, 17.1 i 18.2 kosztorysu ofertowego dotyczyły istotnych części składowych zaofertowanej ceny i jakie miały znaczenie dla oceny rażąco niskiej ceny oferty.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do twierdzeń Odwołującego w odwołaniu, wskazania wymaga, że Izba podzieliła stanowisko Odwołującego co do tego, iż wyrokiem

w sprawie sygn. akt 300/23 Krajowa Izba Odwoławcza przesądziła o charakterze części składowych zaofertowanej ceny w poz. 10.1, 17.1 i 18.2 kosztorysu ofertowego, nakazując Zamawiającemu wezwanie Przystępującego do wyjaśnienia części składowych ceny

na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Przywołana podstawa prawna wezwania zawiera bowiem ściśle określone przesłanki umożliwiające takie wezwanie – tu istotność części składowych ceny. Izba nie ma uprawnienia do ponownego orzekania w tym samym zakresie – co do charakteru wyjaśnianych części składowych ceny, a przy tym poza zarzutami odwołania (art. 555 ustawy Pzp), a zatem nietrafiona jest kontrargumentacja Zamawiającego jakoby Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku w sprawie sygn. akt KIO 300/23 nie przesądziła istotnego charakteru części składowych ceny w poz. 10.1, 17.1 i 18.2 kosztorysu ofertowego uwzględniając odwołanie w danym zakresie i nakazując wezwanie w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp (w ocenie Izby wbrew twierdzeniu Zamawiającego powyższe wynika również

z uzasadnienia wyroku – w szczególności str. 8 i 9, i w niniejszej sprawie Izba nie będzie przedstawiać szerszej analizy w tym zakresie). W niniejszej sprawie zatem Izba dokonuje rozstrzygnięcia co do ewentualnego odrzucenia oferty Przystępującego w związku z treścią wyjaśnień złożonych na wezwanie Zamawiającego w zakresie wyliczenia istotnych

części składowych ceny.

W drugiej kolejności Izba zauważa, że na podstawie art. 537 pkt 1 i 2 ustawy Pzp ustawodawca przesądził, na kim spoczywa ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w postępowaniu odwoławczym: „Ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na:

- 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego;
- 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego.”. W niniejszym postępowaniu przedmiotowy ciężar dowodu spoczywa zatem na Przystępującym jako uczestniku postępowania odwoławczego.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału dowodowego (art. 542 ust. 1 Pzp), Izba stwierdziła, co następuje.

Odnosząc się do zarzutu w pkt I pkt 1 odwołania: naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Budia, pomimo iż istotne części składowe oferty tego wykonawcy są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i niewystarczające do jego wykonania, co też winno skutkować odrzuceniem oferty tego wykonawcy, czego jednak Zamawiający zaniechał, a co doprowadziło do wyboru oferty Konsorcjum Budia jako najkorzystniejszej, Izba uznała zarzut za zasadny. Nie ulega wątpliwości, że w toku postępowania odwoławczego zarówno Zamawiający jak i Przystępujący przyznali, że części składowe ceny w poz. 10.1, 17.1 i 18.2 kosztorysu ofertowego są niedoszacowane z uwagi na to, iż prawdopodobnie prace w ramach tych pozycji nie będą wykonywane, gdyż nie zajdzie potrzeba ich wykonywania. Zamawiający wskazywał, iż Przystępujący jest wieloletnim wykonawcą tożsamych usług na tożsamym odcinku dróg i dokłada należytej staranności w pracach profilaktycznych, dzięki którym nie ma potrzeby wykonywania prac wskazanych w wyjaśnianych pozycjach formularza ofertowego, nadto odpowiadając na pytania wykonawców wskazał, że nie określa minimalnej ilości poszczególnych zleceń asortymentu prac z tabel TER, a ilości zlecanych prac w poszczególnych asortymentach wynikać będą z rzeczywistych potrzeb. Przystępujący wskazywał, że podobne wyceny stosował w innych postępowaniach, Zamawiający je przyjmował, a zatem są to ceny rynkowe. W ocenie Izby wykonawców wiązała treść postanowień SWZ, i tak w szczególności pkt 17.5 i 17.6: „Każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzu cenowym. Dla każdej pozycji wyszczególnionej w Formularzu cenowym, jeśli składają się na nią elementy o zróżnicowanych kosztach, jednolita stawka jednostkowa powinna zostać skalkulowana na zasadzie uśrednienia kosztów składowych”. Nie stoi temu w sprzeczności wyjaśnienie Zamawiającego, że będzie prace zlecał w zależności od potrzeb i że prac w spornych pozycjach kosztorysu ofertowego w latach 2019, 2020, 2021 nie zlecał bądź zlecał niewiele (jak w odpowiedzi na pytanie nr 73). Skoro Zamawiający takie prace uwzględnił w SWZ i oczekiwał ich należytej wyceny, to powinny być one wycenione zgodnie z wymaganiami SWZ (pkt 17.5 i 17.6). W ocenie Izby Przystępujący nie wyjaśnił Zamawiającemu, że wycena prac w spornych pozycjach została dokonana zgodnie z pkt 17.5 i 17.6 SWZ, a w postępowaniu odwoławczym wręcz tłumaczył, że tego zaniechał z uwagi na niskie prawdopodobieństwo zlecenia tych prac, a także, że wyższe koszty podobnych prac uwzględnił ale na etapie profilaktyki. Na podstawie 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 przepis ten stosuje się po przeprowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu wyjaśniającym na skutek zastosowania art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Nie można zatem zgodzić się z Zamawiającym, że kluczowe w sprawie jest porównanie cen całkowitych ofert żeby stwierdzić czy można zastosować ust. 6 art. 224 ustawy Pzp, bowiem rażąco niską cenę odnosić można jedynie do ceny całkowitej oferty. Takie rozumienie ust. 6 art. 224 ustawy Pzp czyniłoby iluzorycznym postępowanie wyjaśniające w zakresie istotnych części składowych ceny, o którym mowa w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp – nie byłoby żadnego skutku ustalenia nierzetelnej wyceny istotnych części składowych ceny.

W ocenie Izby Przystępujący nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie zgodnie z wymogami w SWZ, że ceny spornych pozycji odzwierciedlają rzeczywistą cenę wykonania prac w ramach tych pozycji.

W wyjaśnieniach z dnia 27 marca 2023 r. Przystępujący w ocenie Izby zapewnił

w sposób ogólny, iż przyjęte ceny są odpowiednie i pozwalają zrealizować wskazane

w poszczególnych pozycjach roboty, w szczególności wskazując, iż: „Nasze konsorcjum posiada bardzo dużą znajomość specyfiki wykonywania prac ujętych w kosztorysie cenowym z uwagi na wieloletnie doświadczenie w zakresie wykonywania prac z zakresu bieżącego oraz zimowego utrzymania dróg (krajowych, ekspresowych i autostrad). W

przedmiotowej wycenie kosztorysowej uwzględnione zostały wszystkie koszty osobowe, sprzętowe, materiałowe, oczekiwany zysk, ryzyko, koszty utylizacji i inne koszty oraz czynniki mikroekonomiczne kształtujące ceny. Co więcej, wyliczona przez nas cena końcowa za całość wykonywanych usług oraz wszystkie ceny jednostkowe odpowiadają cenom, które oferujemy przy tego rodzaju zamówieniach i które występują na rynku. Podsumowując, nasze konsorcjum może zaoferować konkurencyjne ceny, ponieważ potrafimy maksymalnie obniżyć koszty,

co gwarantuje nam przewagę nad konkurencją.” i dalej: „Efekt kosztów pracowniczych: Wykonawca przy wycenianiu pozycji cenowych uwzględnił wszystkie wymagania zawarte

w OPZ dot. zatrudnienia pracowników w tym także wymóg zatrudnienia na podstawie umowy o pracę. Wykonawca w ramach realizacji umowy zamówienia zatrudni zgodnie z wymogami OPZ wymagane osoby pełniących funkcje kierowników, specjalistów, w tym specjalistów

ds. administracyjno-finansowych, jak również brygady patrolowe i interwencyjne oraz brygady robotnicze do realizacji wszystkich prac wskazanych w kosztorysie ofertowym. Przyjęty przez Wykonawcę koszt pracy nie jest niższy od wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego w oparciu o treść Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 września 2022r.

w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023r. wraz z przyjętym kosztem pracodawcy. Ubezpieczenia społeczne są i będą regulowane zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.”.

Do złożonych wyjaśnień Konsorcjum Budia załączyło kalkulację własną „kalkulacja\_sieradz.pdf” (zawierającą niewyjaśnione szczegółowo wartości części składowych pozycji: w szczególności w jednej z kolumn o nazwie „robocizna” Konsorcjum Budia przypisało tym pozycjom odpowiednio wartości: 0,60 zł, 0,49 zł i 0,50 zł.) oraz umowę ramową z jednym podwykonawcą, a także pochodzącą od tego podwykonawcy ofertę z 7 grudnia 2022 r.. Wykonawca wyjaśnił, że: „Wybrane pozycje cenowe zostały przyjęte na podstawie oferty firmy AT-DROG, które stanowią treść wyjaśnień. Ceny te zostały oparte na metodologii wypracowanej z Kontrahentem i Umowy ramowej, zgodnie z § 5 Umowy ramowej.”. Izba zgadza się z Odwołującym, że Przystępujący nie wyjaśnił szczegółowo w jaki sposób wyliczył cenę jednostkową w pozycjach 10.1, 17.1 i 18.2, natomiast odesłał niejako Zamawiającego

do oferty podwykonawcy i zaproponowanych przez niego cen w tej ofercie: w szczególności poz. 10.1 – 16,50 zł za m<sup>2</sup>, poz. 17.1 – 10,50 zł za m<sup>2</sup>, poz. 18.2 – 14,50 zł za m<sup>2</sup>.

W wyjaśnieniach Przystępujący wielokrotnie powoływał się na swoje doświadczenie w wieloletnim świadczeniu tożsamyh zamówień, w szczególności: „(...) – obecnie nasza Spółka realizuje umowy polegające na całorocznym, kompleksowym (letnim i zimowym) oraz bieżącym utrzymaniu dróg, w tym remonty dróg) oraz zimowym utrzymaniu dróg krajowych w kilku Oddziałach GDDKiA w Polsce, a tylko w samym Oddziale GDDKiA w Łodzi Rejon w Sieradzu kilkuletnie kontrakty polegające na bieżącym oraz zimowym utrzymaniu dróg: a) umowa pn. „Kompleksowe – całoroczne (zimowe i letnie) - utrzymanie drogi ekspresowej S8 odcinek od węzła Łask (z węzłem) do węzła Łódź Południe (bez węzła) od km 174+200 do km 202+700 oraz drogi ekspresowej S14 od węzła Łódź Lublinek do węzła Róża od km 67+240 do km 79+800 i drogi krajowej DK 14 od południowo-zachodniej granicy miasta Łodzi do węzła Łódź Lublinek od km 65+657 do km 67+240” zrealizowana od 30.05.2014r.

do 31.05.2020r. b) umowa pn. „Całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi Rejon w Sieradzu wraz ze wszystkimi elementami (S8, S14 i DK14)” realizowana od 01.06.2020r. do dnia dzisiejszego c) umowa pn. „Całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, Rejon w Sieradzu – droga ekspresowa S14” realizowana od 01.09.2022r. do dnia dzisiejszego Dzięki takiemu doświadczeniu

w ramach realizacji umów na terenie Oddziału w Łodzi w Rejonie w Sieradzu znamy bardzo dobrze drogi, które są objęte przedmiotowym postępowaniem przetargowym, ponieważ pracujemy w jego zasięgu, w związku z czym jesteśmy w stanie wykonać zleczone prace

w sposób profesjonalny i kompleksowy co ma znaczący wpływ na cenę zaoferowanych przez nas usług.” oraz „Bardzo istotnym elementem przy wycenie każdej z pozycji kosztorysowej jest fakt posiadanego doświadczenia w zakresie realizacji robót czyli przede wszystkim praktyka wykonywania robót. Wykonawca wie w jaki sposób rozłożyć składowe koszty wykonywanych prac aby osiągnąć zakładany zysk.”. Izba zauważa niekonsekwencję w przedstawionych wyjaśnieniach – z jednej strony Przystępujący wskazuje, iż: „(...) wszystkie koszty dotyczące danej pozycji zostały ujęte w cenie przypisanej do tej pozycji.”, a następnie: „Przy wycenie danej pozycji, trzeba pamiętać, że naprawa przelomu w praktyce wykonywana jest wraz

z innymi ww. pozycjami i generuje również inne prace z tym związane – ujęte w innych poszczególnych pozycjach, które

to zawierają w sobie poszczególne koszty, a które

to Wykonawca ujął oddzielnie w danych pozycjach cen jednostkowych. Wykonawca podkreśla, że każda z tych poszczególnych pozycji TER – w tym właśnie 18.2., została przez niego wyceniona oddzielnie i w pełnym zakresie”. Wskazał także: „Na marginesie, Wykonawca pragnie wskazać, że zgodnie ze specyfiką wykonywania prac z zakresu przełomów bardzo istotnym elementem jest stały monitoring dróg (patrolowanie). Praktyka prawidłowego utrzymania dróg krajowych oraz utrzymanie dróg zgodnie ze wskazanym standardem ma na celu nie doprowadzenie do powstania przełomów. Potwierdza to tabela umieszczona w SST pkt. 1.5. W związku z czym aby doprowadzić do wykonywania prac

z zakresu pozycji 18.2. Naprawa wgłębna przełomów typu ciężkiego - wykonanie nowej konstrukcji nawierzchni w miejscu występowania przełomu Zamawiający musiałby nie reagować na obecną sytuację na nawierzchni drogi i nie wykonywać działań (tj. nie zlecać) prac z zakresu początkowych stadiów powstania przełomów, co z reguły nie ma miejsca. Przy czym wykonywanie robót z zakresu tej pozycji wykonuje się w bardzo małych ilościach.” i dalej: „Jednocześnie pragniemy wskazać, że wszelkie działania utrzymaniowe/ naprawcze na drogach krajowych (na których występują największe natężenia ruchu) zapobiegają powstawaniu tak drastycznym uszkodzeniom zagrażającym bezpieczeństwu użytkowników drogi. Podstawową przyczyną powstawania przełomów jest brak odpowiedniego odwodnienia drogi, gdyż konstrukcja dróg krajowych jest najczęściej prawidłowa. Zatem prace utrzymaniowe takie jak oczyszczenie kraterów odwadniających, ścięcie poboczy do prawidłowego spadku, odmulenie rowu przydrożnego, odmulenie lub przebudowa przepustów w rowach przydrożnych, odmulenie odbiorników takich jak zbiorniki retencyjne, rowy melioracyjne, separatory itp. urządzenia zapobiegają powstawaniu przełomów, które na drogach krajowych ze względu na bezpieczeństwo użytkowników drogi praktycznie nie występują.”.

Biorąc pod uwagę zarówno ogólne wyjaśnienia Przystępującego, jak i stanowisko Przystępującego przedstawione w toku postępowania odwoławczego, w ocenie Izby podkreślane w wyjaśnieniach z dnia 27 marca 2023 r. doświadczenie w wykonywaniu tożsamyh zamówień skutkowało celowym niedoszacowaniem spornych pozycji cenowych, w szczególności w poz. 18.2. wobec oczekiwania co do zasady niezlecenia w przyszłości tego typu prac.

Odnosząc się do zarzutu w pkt I ppkt 2 odwołania: naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Budia, a w konsekwencji jej wybór, podczas gdy oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia i zawiera błędy w obliczeniu ceny, gdyż oferta tego wykonawcy faktycznie nie obejmuje wszystkich elementów składających się na przedmiot zamówienia, na co wskazuje wycena Konsorcjum Budia w zakresie grupy prac nr 1 – Nawierzchnia, która to wycena nie pokrywa nawet minimalnych kosztów związanych z jej elementami składowymi (całkowitych kosztów wykonania danych pozycji jednostkowych), w tym kosztu zakupów niezbędnych do wykonania prac materiałów, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Ustawodawca nie definiuje co należy rozumieć przez sformułowanie w art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp: „błędy w obliczeniu ceny”. W ocenie Izby oferta nie zawiera błędów w obliczeniu ceny, gdyż błąd stanowi niezamierzony efekt działań wykonawcy, natomiast w niniejszej sprawie Przystępujący w sposób celowy przedstawił taką kalkulację pozycji cenowych w ofercie i wyjaśnił Zamawiającemu jej zasadność w ocenie wykonawcy. Choć w ocenie Izby kalkulacja ta nie spełnia wymogów SWZ (nie pokrywa kosztów związanych z jej elementami składowymi - całkowitych kosztów wykonania danych pozycji jednostkowych na skutek celowego niedoszacowania, jak to wynika z uzasadnienia powyżej do zarzutu w pkt I ppkt 1), to w sposób przemyślany została tak dokonana, z tych względów nie ma mowy o błędzie w obliczeniu ceny.

Odnosząc się do zarzutu w pkt I ppkt 3 odwołania: naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Budia, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na celowym, sztucznym zaniżeniu wartości poszczególnych pozycji cenowych ujętych w TER w Grupie prac nr 1 – Nawierzchnia, tj. co najmniej pozycji nr 10.1, 17.1 oraz 18.2, co w rezultacie pozwoliło temu wykonawcy obniżyć wartość globalną swojej oferty i uzyskać zamówienie, czego nie można jednak uznać za uczciwą konkurencję, Izba uznała zarzut za zasadny. W ocenie Izby nie może Przystępujący wskazywać na inne postępowania, które mają niejako legalizować taki sposób kalkulacji pozycji cenowych, jak tego dokonał w niniejszym postępowaniu, i twierdzić, że w ten sposób dokonana kalkulacja wskazuje na ceny rynkowe. Dowody, w postaci dokumentacji innych postępowań są w ocenie Izby nieistotne, gdyż wskazują na stany faktyczne w tych innych postępowaniach. Niewątpliwie sposób prezentacji pozycji cenowych przez

Przystępującego jak wykazał Odwołujący wpłynął na ranking ofert w postępowaniu, Przystępujący celowo przedstawił w ten sposób kalkulację cenową pozycji, która nie była zgodna z wymogiem SWZ, gdyż była zaniżona, co wynikało jak przyznał Przystępujący z niskiego prawdopodobieństwa zlecenia takich prac. W związku z takim sposobem przedstawienia kalkulacji pozycji cenowych Przystępujący w efekcie mógł złożyć konkurencyjną ofertę z większym prawdopodobieństwem jej wyboru jako najkorzystniejszej, a działanie takie było celowe i zmierzało do osiągnięcia konkurencyjnej ceny w postępowaniu celem wyeliminowania konkurencji.

Jak wskazał w odwołaniu Odwołujący, czemu nie przeczył Zamawiający i Przystępujący, analiza porównawcza wskazanych pozycji cen jednostkowych oszacowanych przez Zamawiającego oraz cen jednostkowych zaoferowanych przez Konsorcjum Budia wskazuje, iż wartość ceny jednostkowej Konsorcjum Budia za pozycję 10.1 stanowi 43% wartości szacunkowej tej ceny przyjętej przez Zamawiającego, pozycję 17.1 stanowi 28% wartości szacunkowej tej ceny przyjętej przez Zamawiającego, zaś pozycję 18.2 stanowi 2% wartości szacunkowej ceny przyjętej przez Zamawiającego. Wartość przyjęta przez Zamawiającego w ostatniej pozycji wynosi blisko 700 tys. zł, natomiast Konsorcjum Budia przyjęła cenę 15 tys. zł. W wyjaśnieniach Przystępujący nie wyjaśnił szczegółowo kalkulacji cen tych pozycji, a jedynie ogólnie, powołując się na doświadczenie w wykonywaniu tożsamyh zamówień i wskazując na niskie prawdopodobieństwo zlecenia prac z poz. 18.2. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie również przyznał, że prace z poz. 18.2 są rzadko zlecane, tym tłumaczył nieistotność niskiej wyceny tej pozycji w odniesieniu do ceny oferty. Jednak należy zauważyć, że pomimo tego, iż Zamawiający uważa, że dane prace będą zlecane w niewielkim zakresie, to wymagał od wykonawców kompletnej wyceny poszczególnych pozycji cenowych w SWZ. Nie może Zamawiający na etapie po upływie terminu składania ofert zmieniać postanowieh SWZ w taki sposób, że następnie minimalizuje znaczenie jednoznacznie postawionych w SWZ wymagań, aby nie odrzucił oferty niezgodnej z SWZ, a złożonej przez doświadczzonego wykonawcę, z którym Zamawiający współpracuje od lat. Nie może Przystępujący tłumaczyć niedoszacowania kalkulacji ceny

ze spornych pozycji, w szczególności poz. 18.2, tym, iż tak sporządzona wycena wynika z realiów zamówienia (w szczególności rzadkości wykonywania tych prac), a w istocie w oderwaniu od wymogów SWZ (pkt 17.5 i 17.6). Nie chodzi o przyczynę niedoszacowania tych kosztów, a sam fakt ich niedoszacowania, co jest niezgodne z wymogiem wyceny pozycji w pkt 17.5 i 17.6 SWZ. Skoro zatem Przystępujący na wezwanie Zamawiającego nie wyjaśnił szczegółowo wyceny spornych pozycji cenowych, a w postępowaniu odwoławczym wskazywał jedynie na realność w jego ocenie cen, podczas gdy wyceny innych wykonawców miały być, jak to wyraził się Przystępujący abstrakcyjne, matematyczne, oderwane od przedmiotu zamówienia, to w ocenie Izby Przystępujący w istocie sam przyznał, iż wycena spornych pozycji cenowych nie jest realna w rozumieniu powszechnym, że za daną cenę za daną jednostkę miary można wykonać daną pracę. Odwrotnie, z wywodu Przystępującego wynika, że nie jest możliwe wykonanie danych prac za dane ceny w danych spornych pozycjach w przypadku nieoczekiwaneh zlecenia prac przez Zamawiającego, który nie wycofał przecież ze SWZ wymogu wykonywania tych prac na jego zlecenie zgodnie z potrzebami, bowiem te ceny wynikają z założenia, że prace te będą zlecane w niewielkim zakresie albo wcale. Zatem taki sposób kalkulacji spornych pozycji cenowych nie daje się pogodzić w ocenie Izby z zasadami tej kalkulacji wymaganymi w SWZ, obowiązującymi wszystkich wykonawców składających oferty. Tak dokonana kalkulacja cenowa przez Przystępującego doprowadziła jak już wyżej Izba wskazała do sztucznego zaniżenia wartości tak spornych pozycji cenowych jak i ceny oferty.

Odnosząc się do zarzutu w pkt I ppkt 4: naruszenia w konsekwencji art. 16 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości, Izba uznała w związku z wyżej uwzględnionymi zarzutami zarzut za zasadny. Izba podziela stanowisko Odwołującego, że naruszenia Zamawiającego w zakresie zarzutu w pkt I ppkt 1 i 3 odwołania skutkują również naruszeniem zasad udzielania zamówień publicznych poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności oraz przejrzystości, co doprowadziło do wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która powinna zostać odrzucona (art. 16 ustawy Pzp).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając

kosztami postępowania Odwołującego i Zamawiającego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15.000,00 zł oraz koszty poniesione przez Odwołującego i Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie po 3.600,00 zł (łącznie 22.200,00 zł). Do rozpoznania Izba skierowała 4 zarzuty, a więc koszty każdej ze Stron wobec uwzględnienia trzech z czterech zarzutów i oddalenia jednego z czterech zarzutów wynosiły odpowiednio po 13.950,00 zł i 4.650,00 zł. Zarzuty z pkt 1, 3 i 4 odwołania zostały uwzględnione, dlatego też Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 13.950,00 zł stanowiącą 3/4 uzasadnionych kosztów strony poniesionych tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (18.600,00 zł x 3/4), na podstawie faktury VAT przedłożonej przez Odwołującego. Zarzut z pkt 2 odwołania został oddalony, dlatego też Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 900,00 zł stanowiącą 1/4 uzasadnionych kosztów strony poniesionych tytułem wynagrodzenia pełnomocnika (3.600,00 zł x 1/4), na podstawie faktury VAT przedłożonej przez Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:**.....

**Członkowie:** .....  
.....