Sygn. akt:KIO 2332/25 KIO 2343/25

WYROK

Warszawa, dnia 10 lipca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Aneta Mlącka

Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 lipca 2025 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 czerwca 2025 r. przez

A/ K. Polska sp. z o.o. z siedzibą w Ożarowie Mazowieckim sygn. akt KIO 2332/25 oraz

B/ A. sp. z o.o. z siedzibą w Strzelcach Opolskich

w postępowaniu prowadzonym przez Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskiez/s w Warszawie reprezentowane przez Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Krakowie

przy udziale uczestników po stronie zamawiającego

Geosolid Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie (w sprawie z odwołania sygn. akt KIO 2332/25 oraz KIO 2343/25) oraz

A. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Strzelcach Opolskich w sprawie z odwołania sygn. akt. KIO 2332/25

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie o sygn. akt KIO 2332/25 wniesione przez K. Polska sp. z o.o. z/s w Ożarowie Mazowieckim w zakresie zarzutu zaniechaniu prawidłowej kwalifikacji podmiotowej Geosolid sp. z o.o. z/s w Krakowie co do spełniania warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji czynności wyboru oferty złożonej przez Geosolid jako najkorzystniejszej, które to czynności naruszyły art. 139 ust.1, 121, 118 ust. 2oraz art. 239 ust. 1 oraz art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
2. Oddala pozostałe zarzuty odwołania o sygn. akt KIO 2332/25.
3. Oddala odwołanie o sygn. akt KIO 2343/25 wniesione przez A. sp. z o.o. z/s w Strzelcach Opolskich.
4. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 40 000 zł (słownie: czterdzieści tysięcy złotych) uiszczoną przez K. Polska sp. z o.o. z/s w Ożarowie Mazowieckim i A. sp. z o.o. z/s w Strzelcach Opolskich tytułem wpisu od odwołania po 20 000 zł każdy, kwotę 3 600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) poniesioną przez wykonawcę A. sp. z o.o. tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 7 200 zł (siedem tysięcy dwieście złotych) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego oraz 672 zł 75 gr (sześćset siedemdziesiąt dwa złote siedemdziesiąt pięć groszy) poniesioną przez pełnomocnika zamawiającego tytułem kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę

4.1. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie z/s w Warszawie, K. Polska sp. z o.o. z/s w Ożarowie Mazowieckim orazwykonawcę A. sp. z o.o. z/s w Strzelcach Opolskich i:

4.2. Zasądza od Państwowego Gospodarstwa Wodnego Wody Polskie na rzecz K. Polska sp. z o.o. z/s w Ożarowie Mazowieckim kwotę 10 000 zł (tysięcy złotych) tytułem zwrotu kosztów uiszczonego wpisu;

4.3. Zasądza od wykonawcy A. sp. z o.o. z/s w Strzelcach Opolskich na rzecz zamawiającego Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskiekwotę 2 925 zł (dwa tysiące dziewięćset dwadzieścia pięć złotych) tytułem zwrotu części poniesionych kosztów postępowania odwoławczego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika 2 700 zł (dwa tysiące siedemset złotych) i kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę 225 zł (dwieście dwadzieścia pięć złotych).

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

Przewodniczący:

……..

……

……

Sygn. akt:KIO 2332/25 KIO 2343/25

Uzasadnienie

Zamawiający: Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskiez/s w Warszawie; Prowadzący postępowanie: Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie – Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Krakowie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie
zamówienia publicznego, pod nazwą Budowa lewego wału na rzece Stradomce w km 17+400-17+800 oraz 17+800-18+400 Przebudowa lewego wału na Stradomce w km 16+000-17+400. Ogłoszenie opublikowano w Dzienniku Urzędowym UE nr 589842-2024, Dz.U.S: 191/2024, zmieniane: 658341-2024 w Dz.U.S: 211/2024; nr 688707-2024, Dz.U.S: 220/2024, 12/11/2024; nr publikacji ogłoszenia: 713798-2024 nr wydania Dz.U. S: 228/2024, data publikacji: 22/11/2024

Sygn. akt KIO 2332/25

Odwołujący:K. Polska sp. z o.o. z siedzibą w Ożarowie Mazowieckim wniósł 9 czerwca 2025 r. odwołanie na czynności Zamawiającego, polegające na:

1)braku podania prawidłowego uzasadnienia faktycznego i prawnego Zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z 30 maja 2025 r., jako że uzasadnienie faktyczne Zawiadomienia pozostaje w sprzeczności z uzasadnieniem prawnym, której to czynności zarzuca naruszenie art. 253 ust. 1 pkt 1) Pzp, a co miało istotny wpływ na wynik postępowania;

2)zaniechaniu prawidłowej kwalifikacji podmiotowej Geosolid sp. z o.o., („Geosolid") w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu, której to czynności zarzuca naruszenie art. 139 ust. 1, 109 ust. 1 pkt 8), 121 i art. 118 ust. 1 i 2 Pzp,

3)wyborze oferty Geosolid jako najkorzystniejszej, której to czynności zarzuca naruszenie art. 139 ust.1, 121, 118 ust. 2, 239 ust. 1 oraz art. 16 pkt 1 Pzp;

4)zaniechaniu:

a)odrzucenia oferty Geosolid jako wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania, zarzuca naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8) Pzp,

b)odrzucenia oferty Geosolid jako wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu - naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) , 121 Pzp i art. 118 ust. 2 Pzp,

c)odrzucenia oferty złożonej przez Geosolid jako niezgodnej z przepisami, czynności zarzuca naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 3, 121 w zw. z art. 118 ust. 2 oraz art. 17 ust. 2 Pzp,

d)odrzucenia oferty Geosolid jako niezgodnej z warunkami zamówienia, czynności zarzuca naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5, 121, 118 ust. 2 oraz art. 17 ust. 1 pkt 1 Pzp,

e)odrzucenia oferty Geosolid jako zawierającej rażąco niską cenę wynikającą z braku doświadczenia Geosolid w tego rodzaju robotach, zarzuca naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8, 224 ust. 6, art. 17 ust. 1 pkt 1 oraz art. 16 pkt 1 Pzp,

5) zaniechaniu:

f)odrzucenia oferty złożonej przez A. sp. z o.o., jako wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, czynności zarzuca naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b), 121 Pzp, 118 ust. 2 Pzp,

g)odrzucenia oferty A. jako niezgodnej z przepisami, zarzuca naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 3, 121 w zw. z art. 118 ust. 2 oraz art. 17 ust. 2 Pzp,

h)odrzucenia oferty A. jako niezgodnej z warunkami zamówienia, zarzuca naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5, 121, 118 ust. 2 oraz 17 ust. 1 pkt 1 Pzp,

i)odrzucenia oferty A. jako zawierającej rażąco niską cenę wynikającą z braku doświadczenia A. w tego rodzaju robotach, naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8, 224 ust. 6 Pzp oraz 17 ust. 1 pkt 1 oraz art. 16 pkt 1 Pzp,

6) zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Geosolid jako najkorzystniejszej,

- ponownej oceny Geosolid i złożonej przez niego oferty oraz odrzucenia oferty Geosolid,

- ponownej oceny A. i złożonej przez niego oferty oraz odrzucenie oferty

- wyboru oferty K. jako najkorzystniejszej,

Odwołujący złożył ofertę, która została przez Zamawiającego oceniona jako trzecia w kolejności z łączną punktacją 91,48 punków, po ofertach:

- Geosolid – której oferta została uznana za najkorzystniejszą z łączną punktacją 100 punktów, oraz - A. –ocenionej jako druga w kolejności z punktacją 96,44 punktów.

UZASADNIENIE

30 maja 2025 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty uznając za taką, ofertę Geosolid. Na drugim miejscu oceniona została oferta A. z punktacją 96,44, w tym w ramach kryterium ceny: 56,44 pkt, kryterium wydłużonego okresu gwarancji: 30 pkt oraz doświadczenia kierownika budowy – 10 pkt.

Oferty Geosolid i A. winny zostać odrzucone z racji niezgodności ich treści z treścią Zamówienia, rażącego zaniżenia ceny oraz niezłożenia klarownych wyjaśnień w tym zakresie, a w przypadku Geosolid także z przyczyn unikania jasnych wyjaśnień w toku postępowania wskazujących na próby celowego wprowadzania w błąd co do wypełnienia warunku udziału w postępowaniu, łącznie stanowiących co do tego oferenta podstawę odrzucenia oferty na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8) Pzp.

Ad. 1)

Zarzut braku podania prawidłowego uzasadnienia faktycznego i prawnego Zawiadomienia

1.1. Brak podania prawidłowego uzasadnienia faktycznego

Zamawiający podał bardzo lakoniczne uzasadnienie faktyczne Zawiadomienia o wyborze ; odwołał się w nim jedynie do kryterium ceny jako decydującego. Okoliczność ta, zdaniem Zamawiającego, uprawniała go do wyboru tej oferty. Zamawiający w ogóle nie odniósł się do kwestii spełnienia przez Geosolid warunków udziału w postępowaniu.

Działania Zamawiającego, sprzeczne z treścią Oferty Geosolid i przedstawioną przez niego dokumentacją (Oświadczeniem Geosolid, Zobowiązaniem Melbud, Załącznikami: nr 9 i nr 9(2) do Oferty) nie tylko mogłyby prowadzić do zmiany treści Oferty Geosolid, co jest niedopuszczalne i naruszają art. 121 w zw. z art. 118 ust. 1 i 2 Pzp, sugerując możliwość zapożyczenia przez Wykonawcę zasobu w postaci doświadczenia (nie zasobów technicznych, czy

kadrowych, lecz właśnie samodzielnego doświadczenia będącego immanentną właściwością danego podmiotu), co z kolei w zakresie prac zastrzeżonych do osobistego wykonania jest niedopuszczalne.

Odwołujący podnosi, że analiza dokumentacji wskazuje, że terminologia w niej używana przez Geosolid i Melbud jest co najmniej nieprecyzyjna, o ile nie celowo myląca. Wniosek taki wynika z faktu, że w warunku z pkt 7.2. ppkt d) lit a) SWZ Zamawiający wyraźnie posługuje się terminem „doświadczenie", okoliczności niematerialnej, jako JEDNYM z zasobów składających się na obszerną kategorię „Zdolność techniczna lub zawodowa". Natomiast Geosolid jak i Melbud odwołują się do obszernej kategorii „Zdolność techniczna i zawodowa", zamiast terminu „doświadczenie".

Nadto, w Zobowiązaniu Melbud podaje:

- jako Sposób i okres udostępnienia wykonawcy zasobów (czyli doświadczenia): „Podwykonawstwo przez cały okres inwestycji" (pkt II Zobowiązania Melbud),

-co do Zakresu i okresu udziału: „Pełnienie nadzoru oraz wykonanie części robót budowlanych w zakresie wykonania elementów żelbetowych i robót wykończeniowych związanych z realizacja zadania przez cały okres realizacji inwestycji (pkt III Zobowiązania Melbud),

-co zakresu realizowanego przedmiotu zamówienia, którego dotyczą udostępniane zasoby dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia (ponownie jest tu odwołanie do zbiorczej kategorii zasobów innego podmiotu, podczas gdy w pkt 7.2. ppkt d) lit a) SWZ jest mowa tylko o „doświadczeniu", a których to nieścisłościach w stosowanej przez Gesolid i Melbud terminologii była mowa.

Z analizy powyższej dokumentacji wynika, że Geosolid powołuje się – w celu wykazania spełnienia przez siebie warunku udziału w postępowaniu z pkt 7.2. ppkt d) lit. a) SWZ – na doświadczenie Melbud co do całości przedmiotu zamówienia, ale Melbud nie udostępnia mu tego doświadczenia w zakresie prac zastrzeżonych do osobistego wykonania przez Geosolid, czyli Prac kluczowych, bo wg przepisów nie może tego zrobić.

Oznacza to wprost, że Geosolid ma wykonać Prace kluczowe (zastrzeżone do osobistego wykonania) nie posiadając w tym zakresie doświadczenia, i nie korzysta w tym zakresie z zasobu Melbud, bo nie może tego zrobić. Gdyby to zrobił byłoby to sprzeczne z treścią ustawy Pzp i sprzeczne z treścią SWZ.

Potwierdza to opisane wyżej Zobowiazanie, w którym Melbud deklaruje udostępnienie doświadczenia wyłącznie w zakresie prac objętych podwykonawstwem, czyli wykonania elementów żelbetowych i robót wykończeniowym, niebędących Pracami kluczowymi z pkt 4.18 lit. a) SWZ.

W tej sytuacji, to jest oczywiście wynikającego z dokumentów postępowania przedłożonych przez Geosolid niespełnienia jednego z głównych warunków postępowania – posiadania doświadczenia w zakresie prac zastrzeżonych do osobistego wykonania przez tegoż oferenta – Zamawiający winien w uzasadnieniu faktycznym Zawiadomienia wyjaśnić, dlaczego nad brakiem spełnienia warunku przez oferenta przeszedł do porządku i braku spełnienia tego nie uwzględnił w uzasadnieniu Zawiadomienia.

Także uzasadnienie prawne jest lakoniczne.

W sytuacji gdy z dokumentacji oferenta – Geosolid wynika, że nie ma doświadczenia wymaganego do realizacji Zamówienia i co do całości prac powołuje się wyłącznie na doświadczenie podmiotu trzeciego, a zarazem Zamawiający zastrzegł Zadania kluczowe, które muszą być wykonane osobiście przez wykonawcę a nie podmiot trzeci, to Zamawiający winien przeanalizować, zgodnie z art. 139 Pzp, czy Geosolid nie podlega wykluczeniu oraz czy spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Ad. 2) i 3)

Zarzut zaniechania prawidłowej kwalifikacji podmiotowej Geosolid, z naruszeniem art. art. 139 ust. 1 Pzp, art. 121 Pzp i art. 118 ust.1 i ust. 2 Pzp.

Zamawiający przewidział w SWZ, w pkt 2.2., kwalifikację podmiotową wykonawcy, o której mowa w art. 139 Pzp., jednak jej zaniechał. W pkt 10 SWZ wymienił dokumenty wymagane, w tym składowe oferty, oświadczenia lub dokumenty składane z Ofertą, Podmiotowe środki dowodowe („PŚD") potwierdzające brak podstaw wykluczenia, PŚD potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w tym wykaz robót wraz referencjami spełniających warunek doświadczenia z pkt 7.2 ppkt d) lit a) SWZ. Z kolei w pkt 4.18 lit a) z doprecyzowaniem rodzaju ROBÓT ZIEMNYCH stanowiących kluczową część zamówienia w pkt 18.1 projektu umowy, Zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania Zadań kluczowych w rozumieniu art. 121 Pzp. Są to roboty ziemne przy wykonywaniu zapór.

Przepis art. 121 Pzp ustanawia uprawnienie Zamawiającego do ustalenia zadań kluczowych w danym zamówieniu na roboty budowlane, co przekłada się na obowiązek osobistego ich wykonania przez wykonawcę i wyklucza w tym zakresie podwykonawstwo, eliminuje możliwość powoływania się na zasób w postaci doświadczenia podmiotu trzeciego, który tych Zadań kluczowych nie wykonuje.

Zadania kluczowe, czyli roboty ziemne przy wykonywaniu zapór mogą być wykonane wyłącznie przez wykonawcę, którym ma być Geosolid.

Zakres prac objętych zamówieniem, zastrzeżone do osobistego Zamawiający zawarł w pkt 4 SWZ pt. OPZ. Zakres prac Zamawiający podzielił na 3 (trzy) części: 1/ Część konstrukcyjno – budowlaną, 2/ Część hydrotechniczną i 3/ Część drogową, z których każda podzielona została na punkty i podpunkty.

Z kolei jednym z dwóch warunków udziału w postępowaniu, w kategorii „Zdolności technicznej lub zawodowej" w pkt 7.2 ppkt d) jest określony w lit. a) - jako warunek pierwszy – warunek posiadania przez wykonawcę doświadczenia w realizacji określonych niżej robót, zgodnie z przytoczonym zapisem pkt 7. 2 ppkt d) lit a): „W zakresie zdolności technicznej i zawodowej Zamawiający określa dwa warunki udziału, które Wykonawca musi spełnić łącznie. Pierwszym jest posiadanie przez wykonawcę doświadczenia w realizacji określonych niżej robót, drugim – dysponowanie osobami o określonych kompetencjach, które Wykonawca skieruje do realizacji zamówienia.

Warunek ten zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca:

a) wykaże, że w okresie 10 lat przed upływem terminu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał w sposób należyty co najmniej dwie roboty budowlane, których:

1.przedmiotem pierwszej była budowa lub przebudowa wałów przeciwpowodziowych klasy I, II lub III

2.przedmiotem drugiej była budowa lub przebudowa dowolnej budowli przeciwpowodziowej klasy I, II lub III [klasyfikacja budowli zgodnie z Rozp. Ministra Środowiska w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle hydrotechniczne i ich usytuowanie (Dz. U. Nr 86 poz. 579)], przy czym wartość każdej z wykazywanych robót musiała być nie mniejsza niż 5 000 000 PLN brutto."

Warunek powyższy został zmieniony 08.11.2024 r. w ten sposób, że został rozszerzony o wały przeciwpowodziowe i budowle przeciwpowodziowe klasy III, co jednak jest informacją wyłącznie porządkową, jako że nie ma wpływu na fakt niespełnienia tego warunku przez któregokolwiek z wzmiankowanych wykonawców.

Zamawiający przeprowadził procedurę wzywania Geosolid o PŚD kolejno pismami:

Wezwaniem do złożenia pśd z 4.04.2025 r., Odpowiedź z 14.04.2025 r., a w niej– na wykazanie spełnienia warunku z pkt 7.2 pkt d) lit a) 2 dokumenty z referencjami dla Melbud,

Wezwaniem do wyjaśnienia poprawienia PŚD z 06.05.2025 r., między innymi w zakresie Załącznika 6 do SWZ, na które Geosolid złożył Odpowiedź 09.05.2025 r., załączając „poprawiony" Załącznik nr 6 – Wykaz robót,

Wezwaniem do wyjaśnień z 21.05.2025 r., z Odpowiedzią Geosolid z 23.05.2025 r.

Szczególnie ostatnie z wymienionych wezwań i odpowiedź Geosolid mają znaczenie w kontekście potwierdzenia przez Geosolid braku spełnienia warunku z pkt. 7.2 ppkt d) lit. a):

„… zakres robót ziemnych przewidzianych do osobistego wykonania przez Wykonawcę, będzie realizowany siłami własnymi za pomocą zatrudnionych pracowników, posiadających odpowiednie kwalifikacje, doświadczenie i umiejętności" i dalej: „Nie należy zatem utożsamiać nadzoru wskazanego w zobowiązaniu podmiotu trzeciego z rolą kierownika budowy/ kierowników robót branżowych jaki jest zapewniony w ramach zasobów własnych przez Wykonawcę. Co za tym idzie nie ma mowy o użyczeniu zasobów kadrowych w ramach zobowiązania" (s. 10 Odpowiedzi Geosolid z 23.05.2025 r.).

Nadto, w ramach procedury wyjaśnień na okoliczność rażąco niskiej ceny także prowadzona była korespondencja między, z której wynika, że Geosolid, nie posiadając wymaganego doświadczenia w robotach stanowiących Zadania kluczowe, zamierza wykonywać te prace wyłącznie własnymi zasobami osobowymi, co wprost wynika z wyjaśnień Geosolid z 31.01.2025 r.: „(…) Wykonawca posiada zatem własne zaplecze sprzętowe, umożliwiające realizację większości Przedmiotu Zamówienia sprzętem własnym (…) Wykonawca posiada własną wykwalifikowaną kadrę inżynierską, sprzęt oraz personel, który może bez dodatkowych kosztów zaangażować do realizacji Przedmiotu Zamówienia" (s. 7 wyjaśnień z 31.01.2025 r.), czy wyjaśnień Geosolid z 03.04.2025 r.: „Nie należy utożsamiać nadzoru wskazanego w zobowiązaniu podmiotu trzeciego z rolą kierownika budowy/kierowników robót branżowych jaki jest zapewniony w ramach zasobów własnych przez Wykonawcę. Co za tym idzie nie ma mowy o użyczeniu zasobów kadrowych w ramach zobowiązania. (…) Kadra inżynierska jest zasobem własnym Wykonawcy" (s. 2 wyjaśnień z 03.04.2025 r.).

Z korespondencji, przede wszystkim Odpowiedzi Geosolid z 23.05. 2025 r., wynika:

-po pierwsze, że Zadania kluczowe, tak jak i pozostałą część Zamówienia, za wyjątkiem robót objętych podwykonawstwem Melbud (czyli elementów żelbetowych i robót wykończeniowych), Geosolid będzie wykonywał samodzielnie, własnymi zasobami osobowymi i maszynowymi (a do czego nie jest uprawniony, bo nie spełnia warunku doświadczenia z pkt 7.2. ppkd d) lit. a) SWZ), -po drugie, że z zasobów Melbud zamierza korzystać wyłącznie w zakresie podwykonawstwa, i w żadnym innym zakresie, co jednakowoż pokrywa się z treścią Zobowiązania Melbud, wyżej opisaną, to jest zakresem udostępnienia zasobu w postaci doświadczenia przez Melbud,

-po trzecie brak doświadczenia Geosolid w robotach stanowiących Zadania kluczowe – potwierdza to sam Geosolid załączając do Odpowiedzi z 30.01.2025 r. 13 (trzynaście) dokumentów Referencji/ Poświadczeń wykonanych prac z lat 2018-2023, z których ŻADEN nie obejmuje prac stanowiących Zadania kluczowe, czy chociażby robót podobnych, to jest dotyczących wałów/ budowli przeciwpowodziowych. W większości są to typowe prace rozbiórkowe, budowalne (budowa obiektów małej architektury, park kieszonkowy), czy transporcie mas ziemnych, niebędących w żadnej mierze robotami hydrotechnicznymi o charakterze przeciwpowodziowym.

Podstawa wykluczenia – art. 109 ust. 1 pkt 8) Pzp

Treść przedłożonych przez Geosolid: formularza JEDZ, Oferty, Oświadczenia Geosolid, a następnie składanych kolejno wyjaśnień wskazuje na próby unikania odpowiedzi odnośnie do doświadczenia wymaganego do realizacji Zadań kluczowych. Pozorność polega na „pożyczeniu" doświadczenia Melbud, bez oparcia w przepisach, treści SWZ, a nawet Zobowiązaniu Melbud (który w tym zakresie doświadczenia nie udostępnia), z drugiej na odwoływaniu się do doświadczenia osoby wskazanej na kierownika budowy, co stanowi w zamierzone działanie przedsiębiorcy w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 8) Pzp.

W piśmie z 03.04.2025 r., „Podmiot udostępniający zasoby zapewni właśnie taki dodatkowy swój nadzór nad pracami, które będą wykonywane [co sugeruje nadzór nad wszystkimi robotami wbrew Oświadczeniu Melbud i Zobowiązaniu Melbud, /…/.

Trudno uznać, że brak precyzji w Formularzu Oferty w zestawieniu z treścią pozostałych dokumentów nie jest zamierzony.

Następnie, już w toku składania PŚD, wyjaśniania Oferty, wyjaśnień w ramach RNC, Geosolidnie odpowiada jasno na pytania.

Natomiast odnośnie do treści kwestionowanych wyżej wezwań Zamawiającego i wyjaśnień Geosolid, które mogą być odczytywane jako próby „dopowiadania"/ uzupełniania, czy wręcz zmiany treści Oferty Geosolidw zakresie wykazania spełnienia warunku z pkt 7.2 ppkt d) lit. a) SWZ, wskazać trzeba na utrwaloną linię orzecznictwa, wedle której treść oferty

jest dla Zamawiającego i Oferenta wiążąca i podmiotowe środki dowodowe, czy inne wyjaśnienia oferenta w toku postępowania, nie mogą w tym zakresie oferty zmieniać ani uzupełniać. Jednym z przykładów tej linii jest wyrok KIO z 29.09.2023 r., dotyczący odrzucenia oferty z uwagi jej niezgodności z treścią zamówienia, w którym Izba podkreśliła: „Formularz oferty należy czytać łącznie ze wszystkimi przedłożonymi dokumentami. Nie sposób jednak zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że podmiotowe środki dowodowe wpływają na to, jak należy czytać treść oferty. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Odwołujący w Formularzu oferty nie wskazał, że zamówienie w zakresie zastrzeżonym do osobistego wykonania przez wykonawcę wykona własnymi siłami. Nie wskazał także, że podwykonawcy zostaną powierzone do wykonania wyłącznie prace sprzętu w zakresie, który nie został zastrzeżony do osobistego wykonania. /…/KIO 2715/23).

Przekładając powyższe orzeczenie na stan faktyczny niniejszej sprawy, wskazać należy, że w treści Formularza Oferty Geosolid nie wykazał w żadnej mierze spełnienia przez siebie – w zakresie prac zastrzeżonych do osobistego wykonania – spełnienia warunku z pkt 7.2. ppkt d) lit. a), tj. doświadczenia, natomiast stwarzając pozór jego spełnienia posłużył się Wykazem robót (Załącznik nr 6 do SWZ), które wykonywał Melbud oraz, w punkcie 3 Formularza Oferty, przywołaniem pkt. 7.2 ppkt d) (bez doprecyzowania litery a) lub/i b, kluczowej w kontekście rodzaju warunku udziału) przedstawiając listę robót wykonanych przez kierownika budowy, a dotyczących wyłącznie warunku z lit. b) punktu 7.2. ppkt d) SWZ, a nie warunku z lit. a).

Zamawiający przewidział w SWZ w ramach podstaw wykluczenia w pkt 7.1.2 SWZ art. 109 ust. 1 pkt 8) Pzp. W sytuacji składania przez Gesolid co najmniej niejasnych, a wręcz pozorujących spełnienie warunku z pkt 7.2 ppkt d) lit a) oświadczeń, Zamawiający winien był na podstawie wskazanego przepisu dokonać rzetelnej weryfikacji podmiotowej i odrzucić ofertę Geosolid.

Niespełnienie warunku udziału w postępowaniu przez Geosolid

Bezspornym jest w niniejszym postępowaniu że:

-Gesolid sam warunku doświadczenia nie spełnia i w celu wykazania spełnienia warunku udziału, powołuje się na doświadczenie kierownika Budowy i Melbud,

-Melbud udostępnia Geosolid swój zasób w postaci doświadczenia, ale tylko w zakresie prac objętych podwykonawstwem, tj. zakresie wykonania elementów żelbetowych i robót wykończeniowych,

-Melbud nie może wykonać, w ramach podwykonawstwa, Zadań kluczowych (i także tego nie deklaruje),

-doświadczenie Kierownika Budowy dotyczy tylko wykazania spełnienia warunku z lit. b), a nie z lit. a) punktu 7.2. ppkt d) SWZ,

-w zakresie wykonania Zadań kluczowych, czyli kluczowej części zamówienia Geosolid nie posiada własnego doświadczenia (i go nie wykazuje) ani nie korzysta z doświadczenia Melbud (Melbud w tym zakresie go nie udostępnia – wprost wynika to ze Zobowiązania Melbud, cytowanego wyżej w ramach Zarzutu ad. 1), i co równie istotne, nie może z takiego „zewnętrznego" doświadczenia korzystać w ramach obowiązku osobistego wykonania Zadań kluczowych.

W ramach ostatniej ze wskazanych okoliczności należy odwołać się ponownie do omawianych wyżej regulacji art. 121 Pzp oraz art. 63. ust. 2 Dyrektywy klasycznej. Oba te przepisy są ściśle skorelowane z regulacjami dotyczącymi podwykonawstwa i powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego. Stanowią lex specialis od ogólnej zasady dopuszczalności powoływania się i korzystania przez oferenta/ wykonawcę z zasobów podmiotu trzeciego, tj. podmiotu udostępniającego zasoby. Odstępstwo to wynika z regulacji art. 118 ust. 2 Pzp, transponowanej na grunt krajowy z art. 63 ust. 1 Dyrektywy klasycznej.

Wedle przepisu art. 118 ust. 2 Pzp, w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Przytoczone regulacje jednoznacznie wskazują, że w ramach szerszej kategorii obejmującej różne zasoby określone zbiorczo jako „Zdolności techniczne lub zawodowe" szczególnymi rodzajami zasobów są – każdy z osobna - „wykształcenie", „kwalifikacje zawodowe", „doświadczenie", które są traktowane w sposób szczególny. Każdy z tych zasobów podlega szczególnej regule w zakresie możliwości udostępniania, polegającej na wyłączeniu z możliwości udostępnienia (czyli „przyjęcia" do podmiotu trzeciego jako udostępniającego) w przypadku zadań zastrzeżonych do osobistego wykonania, czyli Prac kluczowych.

Powyższe potwierdza orzecznictwo oraz przedstawiciele doktryny:

- „Prac zastrzeżonych do osobistego wykonania nie może wykonywać wykonawca, który nie spełnia danego warunku. Wobec zastrzeżenia osobistego wykonania zamówienia przez wykonawcę kluczowych części zamówienia wykonawca powinien wykazać (w zakresie warunku) roboty/prace zrealizowane samodzielnie. Zamawiający zastrzegając obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane wyklucza możliwość polegania na zasobach innego podmiotu" (KIO 978/21, LEX nr 3217396),

-W pierwszej kolejności należy zauważyć, że z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp [aktualnie art. 118 Pzp wynika, że podmiot, który użycza swoich zasobów w zakresie np. doświadczenia, musi następnie rzeczywiście realizować te roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zasoby są wymagane. Po to bowiem zamawiający opisuje warunki udziału w postępowaniu, aby sprawdzić zdolność wykonawców do należytej realizacji zamówienia. Gdyby podmiot trzeci jedynie formalnie udostępniał swoje zasoby, ale w rzeczywistości nie wykonywał tych robót lub usług, do których wykonania jego zasoby (np. doświadczenie) są potrzebne, opisywanie warunków udziału w postępowaniu i wykazywanie ich spełnienia miałoby charakter wyłącznie pozorny i w żadnym wypadku nie służyłoby należytej realizacji zamówienia. Dlatego tak ważne jest, aby podmioty udostępniające swoje zasoby rzeczywiście wykonywały zamówienie w zakresie, w którym - w myśl opisanych warunków - niezbędne jest posiadanie odpowiedniego doświadczenia, wykształcenia, czy kwalifikacji zawodowych. Na etapie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający sprawdza sposób i zakres udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci przede wszystkim na podstawie jego zobowiązania. Jeżeli z

zobowiązania tego nie wynika, że podmiot trzeci użycza swoich zasobów w sposób potrzebny do wykonania zamówienia w zakresie opisanym w warunku, należy uznać, że wykonawca nie wykazał spełnienia tego warunku. (..)KIO 442/21, LEX nr 3168809).

- „W sytuacji, gdy zamawiający w s.i.w.z. zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę określonych kluczowych części zamówienia lub prac, to treść oświadczenia wykonawcy, złożona w ofercie wykonawcy stanowi jej merytoryczną zawartość, skutkującą koniecznością badania przez zamawiającego pod kątem zgodności z s.i.w.z. i wynikającą z tego sankcją odrzucenia oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. Okoliczność taka wynika bowiem z faktu, iż skoro zamawiający wymaga (zastrzega) wykonania prac wyłącznie przez wykonawcę składającego ofertę, to wskazanie w ofercie (dla zastrzeżonego zakresu) podwykonawcy, skutkuje twierdzeniem o sprzeczności treści oferty z s.i.w.z. (KIO 1816/19, podobnie KIO 1885/22, KIO 1222/17).

Omawiane regulacje Pzp dotyczące podwykonawstwa odzwierciedlił Zamawiający w SWZ oraz projekcie umowy stanowiącej Załącznik nr 1 do SWZ:

Zadania kluczowe w ramach całego wskazanego w SWZ zakresu prac (pkt 4 SWZ), mają zostać wykonane przez Geosolid nielegitymującego się jakimkolwiek doświadczeniem w tego rodzaju robotach. (Tu wyspecyfikowano te prace).

Podniesione zarzuty wynikają z faktu, że Zadania kluczowe stanowią wyjątek od zasady możliwości realizacji zamówienia w drodze podwykonawstwa. Wyjątkowość tego rodzaju prac wynika z ich istoty i specyfiki. Jak uznaje się w doktrynie i orzecznictwie są to zadania o szczególnym znaczeniu dla Zamawiającego z uwagi na ich wagę dla ludności/ środowiska, czy też inne uwarunkowania wynikające z wagi tych zadań, a taka szczególna waga dla bezpieczeństwa zdrowia i życia ludzi oraz bezpieczeństwa mienia wiąże się z wykonaniem wałów i infrastruktury przeciwpowodziowej, w której szczególnie istotne jest doświadczenie, zatem własna kierunkowa wiedza i praktyka, wykonawcy w tego rodzaju zadaniach.

Zaniechaniem prawidłowego zastosowania art. 139 ust. 1 Zamawiający postąpił wbrew ustalonym w SWZ regułom postępowania, odstąpił od wymogów w stosunku do Geosolid, tak jakby niska cena była czynnikiem decydującym pozwalającym odstąpić od bezwzględnych warunków zamówienia (warunku doświadczenia z 7.2 pkt d) lit a) SWZ.

W świetle przytoczonych regulacji Pzp i prawa UE oraz treści SWZ, w tym załączników do SWZ, naruszenie przez Zamawiającego wskazanych w Zarzutach ad. 2) i 3) przepisów nie budzi wątpliwości.

Zarzuty zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Geosolid oparte są na wskazanych w petitum prawnych podstawach.

Sygn. akt KIO 2343/25

Odwołujący: A. sp. z o.o. z/s w Strzelcach Opolskich wniósł 9 czerwca 2025 r. odwołanie i zarzucił naruszenie przepisów:

(1)art. 224 ust. 1 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 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Geosolid, pomimo iż cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i niewystarczająca do należytego (właściwego) wykonania, co nie zostało obalone przez Geosolid w złożonych wyjaśnieniach i winno skutkować odrzuceniem oferty, czego Zamawiający zaniechał;

(2)art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Geosolid, pomimo, iż oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny, polegający na przyjęciu w poz. 322, 697 i 812 kosztorysu ofertowego jednostkę metra kwadratowego [m2] zamiast metra sześciennego;

(3)art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Geosolid, mimo iż oferta jest sprzeczna z warunkami zamówienia, co polega na zaoferowaniu przez tego wykonawcę realizacji części zamówienia – poz. 322, 323, 697, 698, 812, 813 w sposób sprzeczny z dokumentacją Postępowania, tj. przy wykorzystaniu pospolitego i taniego kamienia, zaniechując wyceny i zastosowania piaskowca lub kwarcytu właściwie wycenionego, co potwierdza wycena przygotowana przez Geosolid (zaoferowana cena nie pozwala na zakup materiału określonego dokumentacją Postępowania);

(4)art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp i art. 16 ust. 1 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („Uznk") przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Geosolid w sytuacji, w której ten wykonawca złożył ofertę w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, dopuszczając się przy tym działania sprzecznego z dobrymi obyczajami, co objawia się w zastosowaniu tzw. „inżynierii cenowej", usiłując doprowadzić do niedozwolonego „zaliczkowania" wynagrodzenia, co polega na rażącym zawyżeniu cen jednostkowych za prace, które zostaną zrealizowane na początku realizacji przedmiotu zamówienia udzielonego w ramach Postępowania, tj. ustaleniu stawki odbiegającej od realiów rynkowych, drastycznie zawyżonej za wykonanie poz. 1.1.1 Formularza cenowego (suma poz. 1-23) i poz. 1.1.3 Kosztorysu ofertowego (suma pozycji 26 – 31) – Roboty przygotowawcze;

(5)ewentualnie (na wypadek, w którym Krajowa Izba Odwoławcza uznałaby, że oferta Geosolid nie podlega odrzuceniu), art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp przez zaniechanie wezwania Geosolid do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny istotnych części składowych oferty tego wykonawcy, pomimo iż w złożonym formularzu cenowym, poz. 322, 323, 697, 698, 812, 813 wydają się być rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia z uwagi na fakt, że ich wycena nie pokrywa nawet minimalnych kosztów związanych z kosztem zakupu niezbędnych do wykonania prac materiałów, co winno skutkować wezwaniem do wyjaśnień, a następnie – o ile wykonawca ten nie złożyłby wyjaśnień w tym zakresie lub też okazałyby się one niewystarczające – odrzuceniem oferty tego wykonawcy, czego Zamawiający zaniechał, co doprowadziło do wyboru oferty Geosolid ;

a w konsekwencji powyższego art. 16 pkt 1 - 3 Pzp.

III.Wnosi uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

(1)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu;

(2)powtórzenie czynności oceny i badania ofert;

(3)odrzucenia oferty Geosolid;

(4)ewentualnie (na wypadek, w którym Krajowa Izba Odwoławcza uznałaby, że oferta Geosolid nie podlega odrzuceniu), wezwania Geosolid do złożenia wyjaśnień w zakresie wyceny pozycji 322, 323, 697, 698, 812, 813;

Zamawiający w ramach realizacji zamówienia przewidział wynagrodzenie kosztorysowe (por. ust. 6 pkt 6.1-6.2 SWZ i zastrzegł do osobistego wykonania roboty ziemne:

Zamawiający wezwał Geosolid do złożenia wyjaśnień w zakresie całej ceny oferty oraz robót stanowiących w istotce roboty ziemne.

Geosolid został zobowiązany do wyjaśnienia całej ceny oferty – w tym wszystkich wskazanych przez Zamawiającego ww. działów formularza cenowego (poz. 1.2, 1.3, 1.4, 1.5, 1.6, 1.7) ze szczególnym uwzględnieniem konkretnych pozycj.

W odpowiedzi Geosolid przedłożył zestawienie porównawcze ofert złożonych w Postępowaniu oraz załączył kilkadziesiąt ofert podwykonawczych. Wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny w odniesieniu do działów formularza cenowego.9. Geosolid nie odniósł się do działów wskazanych wprost w treści Wezwana RNC (1.2-1.7), a jedyniereferował do pozycji, wskazanych przez Zamawiającego jako przykładowe (np. branża hydrotechniczna 50,55, 60 a także poz. 68). Geosolid nie uwzględnił wprost w którychkolwiek złożonych wyjaśnieniach szeregu pozycji z formularza cenowego (znajdujących się we wskazanych działach przez Zamawiającego).

W ofercie Geosolid, wyceniono przy tym roboty przygotowawcze w zakresie prostych prac obejmujących wycinkę drzew czy rozbiórkę ogrodzeń (występujące na samym początku realizacji robót).

Wykonawca ten nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny oferty, składając wyjaśnienia RNC blankietowe i lakoniczne – w całości wskazując co najwyżej na uzyskane oferty podwykonawcze (w tym usiłując wytłumaczyć wycenę robót zastrzeżonych do osobistego wykonania). Ponadto – Geosolid nie odniósł się do poz. 322, 323, 697, 698, 812 i 813 (będące elementem wyszczególnionego przez Zamawiającego działu).

Ponadto oferta Geosolid została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w szczególności poprzez sztuczne zaliczkowanie. Wykonawca ten zagwarantował sobie uzyskanie finansowania w początkowej fazie realizacji zamówienia, które nie jest jednak skorelowane z zakresem oraz rozmiarem prac.

Odwołujący zaprezentowałprezentuje tabelę, w której zestawiono ze sobą część kosztów składowych ceny w odniesieniu do każdej z ofert złożonych w Postępowaniu.

Jak wynika z zestawienia, różnice w wycenie pozycji 332, 323, 697, 698, 812 oraz 813 są rażące.

Każda z pozycji uwzględnionych w formularzu ofertowym bezwzględnie musi zawierać w sobie wszelkie koszty bezpośrednie/pośrednie, narzuty, robociznę oraz koszt materiałów. Brak uwzględnienia w danej pozycji wszystkich takich elementów nakazuje przyjęcie, że złożono cenę charakteryzującą się przymiotem rażąco niskiej.

A. wskazuje, że Geosolid– albo – zaoferował ceny dumpingowe (de facto rażąco niskie, niepozwalające na pokrycie realizacji robót uwzględnionych w ww. pozycjach kosztorysów) – ewentualnie – popełnił błędy w obliczeniu ceny, przyjmując za podstawę wyceny m2 zamiast m3. Za zaoferowane przez część wykonawców ceny uwzględnione w kosztorysie, niemożliwym jest należyte wykonanie przypisanych tam robót.

Odwołujący wskazał na przygotowaną przez siebie wycenę (w załączeniu) wg. katalogów KNR oraz cen SEKOCENBUD dla znaczących pozycji, w tym „Wykonanie okładzin kamiennych o grubości 10 cm w wykopach i nasypach", której jednostką jest [m3], „Wykonanie okładzin kamiennych o grubości 25-40 cm w wykopach i nasypach", „Wykonanie wykończenia korony muru z płyt kamiennych 0,6 x 0,5 x 0,1 m układanej na zaprawie cementowej", której jednostką jest [m2], nr poz.: 323, 698 i 813; Montaż gzymsów, pasów, nakryw, obramień otworów i podokienników okładzinowych o grubości do 6 cm i szerokości do 50 cm" oraz „TZKNBK XVIm 02-05 Montaż gzymsów, pasów, nakryw, obramień otworów i podokienników okładzinowych - dodatek za każde dalsze 2 cm grubości - z zamianą jednostki miary z 1mb na 1 m2, ceny SEKOCENBUD IV kw 2024 r., narzuty (Kz, Kp i Z – wartości średnie wg. SEKOCENBUD).

Cena jednostkowa: 790,55zł/m2 netto.

W ocenie Wykonawcy, zaoferowanie przedmiotowej sumy za wykonanie tego zakresu prac może stanowić błąd w kalkulacji, ponieważ jednostką rozliczeniową jest [m3], a pozycja polega na ułożeniu okładziny kamiennej o grubości 10cm, więc stosunkowo łatwo pomylić się i podać cenę za [m2] – na co wskazuje wielkość odchylenia – prawie dziesięciokrotność. W ocenie Wykonawcy, omyłkowe „policzenie" m2 zamiast m3 prowadzi do przyjęcia wyceny na poziomie zaniżonym.

Zgodnie z Dokumentacją Projektową dla obu ww. grup poz. [1] i [2] – przedmiotowa okładzina kamienna nie może stanowić bliżej nieokreślonego, powszechnie dostępnego i taniego kamienia (który można pozyskać z dowolnej żwirowni/rzeki itp.), ale kamień: piaskowiec lub kwarcyt odpowiednio ukształtowany (płyty o gr. 10cm z licem łupanym o regularnych krawędziach/bokach), szczegóły w tym zakresie przedstawia rysunek z dokumentacji projektowej oraz ST-04.01.04 „Okładzina Kamienna budowli betonowych" określająca m.in. szczegóły techniczne dla materiałów do tej części robót.

W konsekwencji, jednoznacznie stwierdzić należy, że wykonanie poz. 332, 323, 697, 698, 812 oraz 813 w zadeklarowanych przez wykonawcę cenach jednostkowych jest technicznie niewykonalne.

II.2. Wynagrodzenie kosztorysowe

Każda z oferowanych przez wykonawców cen za poszczególne pozycje powinna mieć charakter realny i zawierać wszystkie koszty jej wykonania. Wykonawca nie wie bowiem, co ostatecznie zostanie mu zlecone przez Zamawiającego

W wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 26 października 2023 r. czytamy: „… wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny skierowane przez Skarżącego dotyczyły pozycji, których wartość stanowiła jedynie niewielki procent ceny wskazanej w ofercie, nie przesądza absolutnie o tym, iż wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie mogłyby doprowadzić do uznania, że globalna cena oferty jest rażąco niska. (…) skoro należało podać ceny jednostkowe, na podstawie których

wyliczone będzie wynagrodzenie za wykonanie określonych prac, to ich wycena ma charakter istotny z perspektywy prawidłowego zrealizowania zamówienia, bowiem zamawiający nadał tym poszczególnym cenom jednostkowym charakter istotny poprzez obliczenie należnego wynagrodzenia właśnie na podstawie cen jednostkowych. /…/ skoro ceny jednostkowe stanowią podstawę do obliczenia ostatecznego wynagrodzenia wykonawcy, to każda z nich powinna zostać obliczona w sposób realny, rynkowy (por. KIO 649/23)".

W wyroku tym Sąd wprost daje wyraz temu, że ceny jednostkowe są tego rodzaju, że mają one wpływ na cenę oferty. Ich zaniżenie, w związku z tym, że są składową ceny oferty, skutkuje zaniżeniem ceny oferty. Każda cena jednostkowa zgodnie z SWZ – IDW miała bowiem zostać wyceniona na realnym, rynkowym poziomie, obejmującym wszystkie koszty. Jest to zupełnie zrozumiałe, biorąc pod uwagę, że zamówienie ma charakter kosztorysowy (faktyczna zapłata zostanie wyliczona na podstawie rzeczywiście wykonanych

prac), a wykonawcy na etapie składania ofert nie mają żadnej wiedzy jakie faktycznie prace będą musieli wykonywać.

Za chybioną należy uznać zatem potencjalną argumentacją Geosolid, iż zaniżenie jednej ceny nie musi skutkować zaniżeniem całej ceny, gdyż inne pozycje mogły zostać wycenione wysoko. Przy kosztorysowym wynagrodzeniu, jak w tej sprawie, stanowi właściwie cennik, zgodnie z którym Zamawiający określał będzie wynagrodzenie, każda cena powinna zostać wyceniona rzetelnie.

W związku z wezwaniem Wykonawcy do wyjaśnień, Geosolid było zobowiązane do wykazania – w sposób rzetelny, konkretny i przekonujący – w jaki sposób udało się osiągnąć przyjęte ceny jednostkowe we wskazanych pozycjach.

Samo zwrócenie się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w zakresie ceny ustanawia domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny muszą być konkretne, wyczerpujące i nie mogą pozostawić jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności kalkulacji.

„Złożone wyjaśnienia powinny stanowić adekwatną odpowiedź na skierowane do wykonawcy wezwanie" .

Wyjaśnienia Geosolid nie pozwalają na obalenie domniemania rażąco niskiej ceny

Zamawiający uznał, że Geosolid skutecznie obalił domniemanie rażąco niskiej ceny. Takie stanowisko Zamawiającego nie wytrzymuje konfrontacji z faktycznie przedłożonymi Wyjaśnieniami. Geosolid przedłożyło Wyjaśnienia lakoniczne, blankietowe i nie odnoszą się do okoliczności na tyle wyjątkowych dla Geosolid, aby pozwoliłyby one tak istotnie obniżyć cenę oferty. W ramach dowodów (wymaganych przez Zamawiającego) przedłożone zostały oferty podwykonawcze, czy całkowicie irrelewantne referencje z perspektywy wyceny robót, podkreślenia wymaga, że rażąca część Wyjaśnień RNC polega na gołosłownym zapewnianiu, iż przyjęte ceny są odpowiednie w poszczególnych pozycjach.

Wydaje się przy tym, że Wyjaśnienia RNC zostały przygotowane w całkowitym oderwaniu od treści samego Wezwania (w którym zreferowano do określonych działów/pozycji prac). Zamiast odpowiednio odnieść się do określonego katalogu prac (de facto robót ziemnych – zastrzeżonych do osobistego wykonania), Geosolid zdecydował się uciec do próby „przykrycia" swojej globalnej ceny ofertowej pustosłowiem oraz ofertami pochodzącymi od potencjalnych kontrahentów.

Oferty podwykonawcze złożone przez Geosolid, nie tylko nie stanowią wystarczającego dowodu na rynkową zasadność ceny, lecz co więcej – w analizowanym przypadku – ich treść oraz forma potwierdzają jedynie fasadowość wyjaśnień.

Należy zauważyć, że część ofert podwykonawczych w ogóle nie mogła stanowić podstawy kalkulacji ceny Geosolid, gdyż zostały wystawione po upływie terminu składania ofert.

Geosolid powinien wykazać również rynkowość cen oferowanych przez samego podwykonawcę. Tego jednak zaniechał.

Zamówienie, zgodnie ze specyfikacją techniczną oraz przedmiarem robót, przewiduje rozliczenie wykonania okładzin kamiennych w jednostce metra sześciennego (m³), co znajduje odzwierciedlenie zarówno w dokumentacji projektowej, jak i w załączonym formularzu przedmiarowym. Tymczasem analiza zaoferowanej przez Geosolid ceny jednostkowej – tj. 300 zł za m³ – prowadzi do wniosku, iż kalkulacja ta nie tylko odbiega rażąco od cen rynkowych materiału oraz kosztów jego wbudowania, ale wręcz nie pokrywa podstawowych nakładów materiałowych, technologicznych i robocizny.

Skala odchylenia od przeciętnych wartości rynkowych jest na tyle znaczna, że nie może być traktowana jako przejaw przewagi konkurencyjnej czy indywidualnej strategii cenowej.

Oferta Geosolid jest sprzeczna z warunkami zamówienia.

Oferta jest niezgodna z treścią SWZ, albowiem nie zawiera wszystkich elementów wymaganych dokumentacją, w tym rzetelnej kalkulacji ceny zgodnej z metodologią kosztorysowania i określonymi przez Zamawiającego jednostkami miary. Tego rodzaju niezgodność stanowi podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Niedozwolone zaliczkowanie – zarzut dot. złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

W ramach zamówienia będącego przewidziano do wykonania m.in. prace przygotowawcze, polegające na wycince krzewów czy też sprowadzające się do demontażu drobnych elementów (pkt. 4.9 opisu).

Zgodnie ze Specyfikacją Techniczną Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, usunięcie drzew i krzewów ma zostać zrealizowane przy pomocy prostych narzędzi (np. piły, spycharki, karczowniki).
Powyższy zakres, został wyceniony przez wykonawców, którzy złożyli swoje oferty, ze średnią łączną wyceną ww. zakresów z 9 ofert (bez oferty GEOSOLID) 322 208,75 zł netto. Natomiast wycena Geosolid wynosi 1 220 510,25 zł.

Działanie Geosolid polegające na rażącym zawyżeniu cen za wycięcie drzew, które wykonuje się na samym początku inwestycji prowadzi do nieuprawnionego zaliczkowania Geosolid nieprzewidzianego w tym postępowaniu. Inni wykonawcy, którzy podali ceny rynkowe muszą sami „kredytować" zamówienie, podczas, gdy poprzez zawyżenie cen za wycięcie drzew na początkowym etapie Geosolid już pierwszym okresie rozliczeniowym, uzyskuje płatność na poziomie 1 220 510,25 zł, co pozwala na realizowanie robót bez konieczności uzyskiwania zewnętrznego finasowania. Geosolid może także wykorzystać te środki finansowe (wg. swojego wyboru) albo w celu finansowania realizacji robót budowlanych, albo zainwestowania tych środków w inny sposób, co może przysporzyć mu dodatkowych korzyści finansowych.

Żaden z podmiotów, który złożył ofertę w postępowaniu, nie uzyskałby za pracę w tym samym zakresie, nawet zbliżonej sumy (poza Geosolid, który również dopuścił się uzyskania tzw. sztucznego zaliczkowania). Za koszt rynkowy prostych prac przygotowawczych (m.in. wycinki drzew/krzewów), z uwzględnieniem wszystkich zmiennych (w tym marże, narzuty etc.), należałoby uznać koszt około 90 000 – 350 000 zł, który w pełni powinien pokryć wszystkie prace. Wprost odzwierciedla on ze średnią ceną pozostałych wykonawców.

Wskazane roboty mają charakter wyłącznie przygotowawczy i porządkowy, co potwierdza również fakt, że ich wykonanie przewidziane jest na początkowym etapie.

Takie działanie nie znajduje uzasadnienia w dokumentacji, co w konsekwencji powinno skutkować odrzuceniem oferty jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

W zaistniałej jednak sytuacji, poprzez „inżynierię cenową", Geosolid wykorzystał pewnego rodzaju „lukę", doprowadzając do próby otrzymania środków, które w rzeczywistości będą mogły zostać wykorzystane („przerzucone") na inny zakres prac, niż wskazany w Kosztorysie.

Przesłankami koniecznymi do uznania danego czynu wykonawcy za czyn nieuczciwej konkurencji na podstawie art. 3 ust. 1 uznk jest wykazanie, iż działanie wykonawcy było sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz, że działanie takie zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy.

Jak dostrzeżono w komentarzu do Pzp UZP, że de facto najczęściej odrzucano oferty z powołaniem się na ich złożenie w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji z uwagi na próby dokonywania „inżynierii cenowej" czy uzyskania „sztucznego zaliczkowania" - W praktyce stosowania Pzp2004 w zakresie odrzucenia oferty na podstawie przesłanki wystąpienia czynu nieuczciwej konkurencji wskazać należy, iż najczęściej takie odrzucenia dotyczyły: (…) 3) manipulowania wyceną oferty w taki sposób, że w przypadku przedmiotu zamówienia składającego się z poszczególnych etapów najwyżej wycenione są etapy realizowane wcześniej, jeśli nie jest to uzasadnione faktyczną wartością poniesionych nakładów (np. w zamówieniu na zaprojektowanie i wybudowanie – wartość projektu stanowi istotny procent wartości budowy)".

W świetle powyższego, ofertę Geosolid należy odrzucić na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp jako złożoną w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

II.8. Zaniechaniewezwania do złożenia wyjaśnień dot. wysokości

zaoferowanej ceny - wprost dot. poz. 322, 323, 697, 698, 812, 813

Analiza tych pozycji kosztorysowych wskazuje na rażące odstępstwo od wartości rynkowych, w szczególności w zakresie elementów składowych ceny, takich jak koszty zakupu materiałów budowlanych, robocizny oraz usług niezbędnych do ich wykonania. Wartości wskazane przez wykonawcę nie zapewniają nawet minimalnego pokrycia kosztów nabycia materiałów, co czyni wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie tych pozycji ekonomicznie nierealnym.

Faktem jest, że dyspozycja art. 224 ust. 1 Pzp odwołuje się do okoliczności subiektywnej, jaką są wątpliwości zamawiającego. Oznacza to tyle, że zamawiający może zawsze przeprowadzić weryfikację ceny ofertowej. Nie oznacza to jednak, że nie jest możliwe zobiektywizowanie katalogu przypadków, w których zamawiający powinien zwrócić się do wykonawców o wyjaśnienia. W analizowanej sytuacji mamy do czynienia z przypadkiem, w którym w oparciu o niepogłębioną analizę można jednoznacznie stwierdzić, że wszczęta powinna zostać procedura wyjaśniająca. Zamawiający zaniechał jednak jej przeprowadzenia, nie próbując nawet ustalić czy tak istotne różnice w elementach wyceny są uzasadnione i nie przekładają się na możliwość zrealizowana inwestycji. Okoliczność ta nabiera znaczenia w obliczu kosztorysowego charakteru wynagrodzenia.

99.Mając na uwadze powyższe, należy uznać, iż Zamawiający w realiach niniejszej sprawy jest zobowiązany wystosować przedmiotowe wezwanie do Geosolid, co przyczyni się do poszanowania zasady ochrony uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Przedstawiono wycenę własną wg KNR.

Krajowa Izba Odwoławczapo rozpatrzeniu na rozprawie wniesionych odwołań połączonych decyzją Prezesa KIO do łącznego rozpoznania, uwzględniając i zaliczając do dokumentacji postępowania odwoławczego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego złożoną przez zamawiającego, a także stanowiska stron i uczestników przedstawionych na piśmie oraz do protokołu rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający w odpowiedzi na wniesione odwołania wniósł o ich oddalenie ze wskazaniem, że w odniesieniu do odwołania wniesionego przez wykonawcę A. (sygn. akt KIO 2343/25) uwzględnia zarzut dotyczący złożenia oferty przez wykonawcę Geosolid w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji przez dopuszczenie się do działania sprzecznego z dobrymi obyczajami, co objawia się w zastosowaniu tzw. inżynierii cenowej, usiłując doprowadzić do niedozwolonego „zaliczkowania" wynagrodzenia, co polega na zawyżeniu cen jednostkowych za prace, które zostaną wykonane na początku realizacji zamówienia – roboty przygotowawcze.

Na wskazane uwzględnienie zarzutu wykonawca Solid – przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił sprzeciw.

Pozostali przystępujący do postępowania, wymienieni w sentencji wyroku, także wnieśli o oddalenie odwołania, w stosunku do którego przystąpienie zgłosili.

sygn. akt KIO 2332/25 Stanowisko Izby wobec odwołania– odwołujący K. Polska

W zakresie zarzutu braku podania prawidłowego uzasadnienia faktycznego i prawnego w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej uznano zarzut za niezasadny. Informacja z 30 maja 2025 r. zawiera wszystkie niezbędne elementy określone w art. 253 ustawy pzp tj. wskazanie wykonawcy wybranego, pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty, punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację, informację o ofertach odrzuconych oraz uzasadnienie faktyczne i prawne tej decyzji. Należy zauważyć, że art. 253 pzp nie określa obowiązku odnoszenia się w informacji o wyborze do kwestii spełniania warunku udziału w postępowaniu, taka ewentualna okoliczność wyrażała by się w konsekwencji decyzją o odrzuceniu oferty. Zatem zarzut oddalono wobec stwierdzenia, iż zamawiający wypełnił ustawowy obowiązek informacyjny.

W zakresie zarzutu zaniechaniu prawidłowej kwalifikacji podmiotowej Geosolid sp. z o.o., tj. naruszenia art. 139 ust. 1, 109 ust. 1 pkt 8), 121 i art. 118 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 16 pkt 1 Pzp, skład orzekający uznał zarzut za uzasadniony.

Zamawiający przewidział w SWZ, w pkt 2.2., kwalifikację podmiotową wykonawcy, o której mowa w art. 139 Pzp.

W pkt 4.18 lit a) zamawiający określił zasady dotyczące podwykonawstwa zastrzegając obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowej części zamówienia w rozumieniu art. 121 pzp. Za kluczową część zamówienia zamawiający uznał roboty ziemne.

W pkt 18.2 projektu umowy zamawiający dopuścił powierzenie podwykonawstwa części zamówienia, poza zakresem, o którym mowa w ust. 18.1 tj. w zakresie robót ziemnych z doprecyzowaniem rodzaju ROBÓT ZIEMNYCH stanowiących kluczową część zamówienia w pkt 18.1 projektu umowy, Zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania Zadań kluczowych w rozumieniu art. 121 Pzp. Są to roboty ziemne przy wykonywaniu zapór.

Ustanowienie stosownie do art. 121 Pzp zadań kluczowych w danym zamówieniu na roboty budowlane przekłada się na obowiązek osobistego ich wykonania przez wykonawcę i wyklucza w tym zakresie podwykonawstwo.

Jednocześnie ustalono w SWZ warunek udziału w postępowaniu pkt 7.2 ppkt d) lit. a):

- warunek posiadania przez wykonawcę doświadczenia w realizacji określonych niżej robót, zgodnie z przytoczonym zapisem pkt 7. 2 ppkt d) lit a): „W zakresie zdolności technicznej i zawodowej Zamawiający określa dwa warunki udziału, które Wykonawca musi spełnić łącznie. Pierwszym jest posiadanie przez wykonawcę doświadczenia w realizacji określonych niżej robót, /…/.

„Warunek ten zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca:

a) wykaże, że w okresie 10 lat przed upływem terminu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał w sposób należyty co najmniej dwie roboty budowlane, których:

1.przedmiotem pierwszej była budowa lub przebudowa wałów przeciwpowodziowych klasy I, II lub III

2.przedmiotem drugiej była budowa lub przebudowa dowolnej budowli przeciwpowodziowej klasy I, II lub III [klasyfikacja budowli zgodnie z Rozp. Ministra Środowiska w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle hydrotechniczne i ich usytuowanie (Dz. U. Nr 86 poz. 579)], przy czym wartość każdej z wykazywanych robót musiała być nie mniejsza niż 5 000 000 PLN brutto.”

Ponadto w pkt 7.4. zamawiający wskazał, iż:

„a)Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach polegać na zasobach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków.

b)Zasady udostępniania zasobów określają art. 118-123 pzp. ustawy pzp.”

Analiza dokumentacji, w szczególności treść oferty Geosolid z załącznikami i wyjaśnień złożonych zamawiającemu wskazuje, w ocenie składu orzekającego, że wymagane doświadczenie na potwierdzenie spełniania cytowanych warunków udziału w postępowaniu zostało wykazane przez podmiot udostępniający także w zakresie robót określonych jako kluczowe tj. ziemne lub ziemne przy wykonywaniu zapór. Izba nie podziela stanowiska zamawiającego co do możliwości rozdzielenia oceny wykazanego doświadczenia, wymaganego niespornie także w odniesieniu do robót ziemnych, w kontekście wskazania, iż te roboty określone jako kluczowe, są jednoznacznie przewidziane do osobistego wykonania wyłącznie przez wykonawcę. Sam zamawiający w odpowiedzi na odwołanie potwierdził, iż „W konsekwencji oznacza to, że w zakresie wiedzy i doświadczenia samego wykonawcy do realizacji kluczowych robót ziemnych Zamawiający oparł się wyłącznie na oświadczeniu wykonawcy do należytego wykonania prac/…/.” Przy akceptacji takiego poglądu powstałaby sytuacja, w której wymagany warunek udziału byłby potwierdzony dla pozoru, bez konsekwencji w postaci możliwości realnego posłużenia się rzeczywistym doświadczeniem przy realizacji przedmiotu zamówienia. Warto przypomnieć, że nawet przy szerokim dopuszczeniu w postępowaniach udziału podwykonawców i oparciu się o zasoby udostępniane przez podmiotu trzecie, udział takich podmiotów w realizacji zamówienia musi być rzeczywisty i związany z zakresem powierzenia, udostępnienia i deklarowanego podwykonawstwa. Zasada tak tym ściślej ma zastosowanie w warunkach postępowania będącego przedmiotem rozpatrzenia. Także w specyfikacji wyżej cytowanej, na omawiana okoliczność, wprost wskazano art. 118 do 123 ustawy pzp. Konsekwencją dokonanej oceny jest rozstrzygnięcie zawarte w pkt 1 Sentencji wyroku.

Zarzuty w odniesieniu do kwalifikacji podmiotowej wykonawcy A. podlegają oddaleniu jako przedwczesne; Izba podziela w tym względzie stanowisko tego podmiotu wyrażone w piśmie procesowym z 4 lipca 2025 r. ze wskazaniem, że w piśmie tym omyłkowo nazwano odwołującego jako „Geosolid” zamiast „K.”.

Zarzut dotyczące ceny ofertowej dwóch wykonawców tj. wybranego oraz drugiego w kolejności Izba uznaje za nieudowodnione. Odwołujący oparł zarzuty na fakcie braku wykazania doświadczenia tych wykonawców z zakresie robót kluczowych, jak i relacji do wartości przedmiotu zamówienia. W kontekście cen wszystkich złożonych ofert, kwestionowane ceny ofertowe nie odbiegają istotnie od średniej ceny w postępowaniu, co powinno prowadzić do uznania ich za realne i rynkowe na tymże rynku właściwym niezależnie od faktu zaistnienia przesłanki nakazującej przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego na podstawie art. 224 ustawy pzp wobec relacji do wartości przedmiotu zamówienia przekraczającej kwotę każdej z zaoferowanych cen.

Zarzut zaniechania wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej z żądaniem nakazania zamawiającego jej wyboru nie ma podstaw faktycznych i prawnych.

Sygn. akt 2343/25

Stanowisko Izby wobec odwołania– odwołujący A. sp. z o.o.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących ceny oferty wybranej i jej wyliczenia wskazać należy na ocenę zawartą powyżej z uzupełnieniem: W postępowaniu wpłynęło 10 ofert, wartość szacunkowa zamówienia wynosiła 26 727 605,14 zł, brutto

32 874 954,32 zł, a średnia cena ofert wyniosła 24 672 447,41 zł. Różnica w cenie oferty Geosolid w stosunku do ceny średniej to 16,75%, zaś względem kosztorysu inwestorskiego oferta Geosolid jest kwotowo niższa o 37,52%. Przeprowadzone przez zamawiającego postępowanie wyjaśniające dotyczyło wybranych przez niego istotnych elementów wyceny – działów kosztorysu. Zamawiający nie wymagał wyjaśnienia wszystkich pozycji kosztorysu, ale dokonał wskazania na konkretne prace kierując się ich istotnością w stosunku do całego procesu budowlanego, skalą różnicy wartości tych prac do kosztorysu inwestorskiego i udziałem wartościowym prac w stosunku do całości oferty. Jak stwierdził w odpowiedzi na odwołanie, nie żądał wyjaśnień w odniesieniu do pozycji marginalnych, nie mających istotnego znaczenia dla prawidłowości toku procesu inwestycyjnego. Otrzymał wyjaśnienia, w świetle których zarzuty odwołania uznał za bezpodstawne. Dotyczyło to także wyceny pozycji, którym zarzucono błędy.

W odniesieniu do zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji, jakim było przedstawienie ceny oferty skalkulowanej z zastosowaniem niedozwolonej inżynierii cenowej polegającej na ujęciu w kosztorysie zawyżonych cen dla robót przygotowawczych, skład orzekający podzielając stanowisko przystępującego Geosolid, który wniósł sprzeciw co do uwzględnienia zarzutu przez zamawiającego, opiera się na argumentacji przedstawionej w wyroku SO w Warszawie z 21 marca 2024 r. XXIII Zs 20/24 i wskazuje, cytując stosowne fragmenty wyroku, co następuje:

„jak stanowi 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 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233). W pewnym stopniu ma to związek z nałożonym na zamawiającego obowiązkiem stworzenia na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ram dla uczciwego konkurowania podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne oraz zobligowaniem wykonawców do uczciwego konkurowania o wybór ich oferty (zob. A. Gawrońska-Baran (w:) E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Ga]wrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2023, art. 226). Stosownie zaś do treści 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. Celem zakazu nieuczciwej konkurencji sformułowanego w klauzuli generalnej (art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji) jest zatem eliminacja wszelkich zachowań sprzecznych z prawem lub dobrymi obyczajami, zagrażających interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta bądź naruszających go. /…/ Ponieważ ustawa nie definiuje pojęcia „dobrych obyczajów” należy odnieść się do definicji wypracowanych w toku stosowania tej ustawy. Za adekwatny do rozpatrywanego przypadku można uznać wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 28 czerwca 2007 roku (sygn. akt V ACa 371/07), zgodnie z którym: „Dobre obyczaje to normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych (tzw. uczciwość kupiecka), a więc reguły znajdujące się poza ramami systemu prawa. Wyrażają się pozaprawnymi normami postępowania, którymi powinni kierować się przedsiębiorcy. Ich treści nie da się określić wiążąco w sposób wyczerpujący, ponieważ kształtowane są przez ludzkie postawy uwarunkowane zarówno przyjmowanymi wartościami moralnymi, jak i celami ekonomicznymi i związanymi z tymi praktykami życia gospodarczego. Ocena określonego zachowania jako naruszającego dobre obyczaje pozostawiona jest orzecznictwu, gdyż istotne znaczenie mają tu oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo”. Według wyroku Sądu Najwyższego z dnia 9 października 2019 roku wydanego w sprawie o sygn. akt I NSK 61/18 za sprzeczne z dobrymi obyczajami uznaje się takie działanie, które potocznie określa się jako nieuczciwe, nierzetelne, odbiegające in minus od przyjętych standardów postępowania. Poszukując zatem treści pojęcia dobrych obyczajów i ustalając, czy określony czyn stanowi ich naruszenie, należy brać pod uwagę całokształt okoliczności danego przypadku, w szczególności cel, użyte środki i konsekwencje przedsięwziętych działań (Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 września 2002 roku, sygn. akt III CKN 213/01, niepubl.).

/…/ za czyn nieuczciwej konkurencji, powinno być uznane każde zachowanie rynkowe, któremu można przypisać cechy nieuczciwej konkurencji wskazane w ustawie. Przy tym zasadnicza rola art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji polega na uzupełnianiu katalogu stypizowanych deliktów nieuczciwej konkurencji i dotyczy sytuacji, w których konkretne zachowanie, choć nie spełnia znamion czynu nieuczciwej konkurencji na podstawie art. 5 i n. ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jest bezprawne lub sprzeczne z dobrymi obyczajami, godząc zarazem w interes innego przedsiębiorcy lub klienta (por. Wyroki Sądu Najwyższego z dnia 24 lipca 2003 roku, sygn. akt I CKN 477/01, z dnia 2 lutego 2001 roku, sygn. akt IV CKN 255/00 oraz z dnia 29 stycznia 2021 roku, sygn. akt V CSKP 4/21). Uznanie konkretnego czynu za akt nieuczciwej konkurencji jest procesem

skomplikowanym i trudnym, gdyż wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało; dotyczy działania, które zwykle nie jest eksponowane i nie znajduje wyraźnego i formalnego wyrazu, a następnie zakwalifikowania go pod względem prawnym przez przypisanie mu cech konkretnego deliktu szczegółowego ujętego w ramach Rozdziału 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („Czyny nieuczciwej konkurencji”, art. 5-17g) lub deliktu w nim nieujętego, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 tej ustawy. /…/ wskazać należy, że w ramach przedmiotowego postępowania skargowego przed Sądem Zamówień Publicznych Skarżący Wykonawca (...)S.A. był zobligowany do skutecznego wykazania, że zaoferowanie przez Przeciwnika Skargi Wykonawcę (...) sp. z o.o. wysokich cen jednostkowych (w zakresie prac przygotowawczych (geodezyjnych) oraz wycinki drzew w celu polepszenia swojej sytuacji przy realizacji zamówienia, poprzez próbę uzyskania „zaliczkowania” wynagrodzenia w pierwszym okresie rozliczeniowym inwestycji, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz winien jednoznacznie wskazać, jaki przepis prawa lub dobry obyczaj został naruszony przez takie działanie. Kolejnym obowiązkiem Skarżącego było wykazanie, że przez omawiane działanie został naruszony bądź zagrożony interes innego przedsiębiorcy.

Niewątpliwym jest, że działanie Wykonawcy (...)sp. z o.o. zakwalifikowane przez Skarżącego jako czyn nieuczciwej konkurencji nie zostało wymienione wśród czynów stypizowanych w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a zatem ciężar wykazania zaistnienia przesłanek z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w odniesieniu do działania Wykonawcy (...) sp. z o.o. spoczywał na Skarżącym. Podkreślenia wymaga, że nie wystarczyło samo wskazanie na sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami oraz sposób naruszenia bądź zagrożenia interesu innego przedsiębiorcy, ale dla

uznania, że doszło do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji Skarżący musi wykazać owe przesłanki w sposób odnoszący się bezpośrednio do realiów przedmiotowej sprawy, nie zaś w sposób abstrakcyjny czy hipotetyczny. Sąd Okręgowy wskazuje, iż na podstawie literatury w zakresie prawa zamówień publicznych oraz bogatego orzecznictwa

Krajowej Izby Odwoławczej do przykładowych czynów nieuczciwej konkurencji związanych z przygotowywaniem ofert można zaliczyć stosowanie przez wykonawcę "inżynierii cenowej lub ofertowej" polegającej na manipulowaniu cenami jednostkowymi lub innymi danymi mającymi przełożenie na kryteria oceny ofert, np. terminami gwarancji w celu uzyskania wyższej punktacji w ramach kryteriów oceny ofert, a przez to wypaczenia sensu kryteriów oceny ofert i faktycznego wyeliminowania w ten sposób wykonawców należycie sporządzających oferty, czy też manipulowanie wyceną oferty w taki sposób, że w przypadku przedmiotu zamówienia składającego się z poszczególnych etapów najwyżej wycenione są etapy realizowane wcześniej, jeśli nie jest to uzasadnione faktyczną wartością poniesionych nakładów (np. w zamówieniu na zaprojektowanie i wybudowanie -wartość projektu stanowi istotny procent wartości budowy), podawanie w ofercie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wycenę oferty lub jej kolejność (zob. H. Nowak, M. Winiarz (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021, komentarz do art. 226 ustawy). W wyroku z dnia 9 kwietnia 2019 roku w sprawie o sygn. akt KIO 509/19 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że czyn nieuczciwej konkurencji stanowi oferta, w której następuje przerzucenie faktycznych kosztów pomiędzy cenami jednostkowymi będącymi składnikami ceny stanowiącymi podstawę ustalenia wynagrodzenia wykonawcy, tj. gdy koszty realne ponoszone faktycznie w jednej pozycji są przenoszone do innej pozycji.

W orzecznictwie zamówień publicznych przyjmuje się także, że działanie polegające na tzw. "manipulowaniu ceną" jest działaniem polegającym na określaniu cen jednostkowych w taki sposób, że część cen określana jest na poziomie rażąco niskim, w oderwaniu od rzeczywistych kosztów i nakładów związanych z realizacją zamówienia, a część jest bez uzasadnienia zawyżona, by rekompensować zaniżenie innych cen, przy czym celem dokonywania takiej operacji jest zamierzona optymalizacja dokonanych wycen. Manipulacja cenowa sprowadza się zatem do przerzucania kosztów pomiędzy poszczególnymi elementami cenotwórczymi (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 grudnia 2020 roku, sygn. akt KIO 3113/20).

Skarżący nie udowodnił w toku postępowania odwoławczego, jak słusznie uznała KIO, że działanie (...) sp. z o.o., polegające na zaoferowaniu zawyżonych cen jednostkowych w zakresie prac przygotowawczych (geodezyjnych) oraz wycinki drzew, wyczerpywało znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z ustalonym orzecznictwem co do zasady manipulowanie cenami jednostkowymi w ofercie daje podstawy do uznania, że doszło do nieuczciwej konkurencji, ale dochodzi do tego w takich sytuacjach, kiedy manipulacja cenowa prowadzi do uzyskania lepszej punktacji w ocenie punktowej ofert. Takiej przesłanki w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Skarżący nie podnosił.

Ciężar wykazania przesłanki dotyczącej manipulowania cenami jednostkowymi i w konsekwencji zagrożenia czy naruszenia interesu innego przedsiębiorcy obciążał Skarżącego –(...) S.A. Trzeba zgodzić się z Krajową Izbą Odwoławczą, że Wykonawca (...)S.A. z

tego obowiązku się nie wywiązał. Sąd Okręgowy podziela stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zaprezentowane w przedmiotowej sprawie, że Skarżący Wykonawca (...) S.A. nie uprawdopodobnił jakoby wskazane w odwołaniu ustalenie cen jednostkowych naruszyło dobre obyczaje i że działanie (...) sp. z o.o. zagroziło lub naruszyło interes innego przedsiębiorcy. Skarżący nie wykazał, że (...) sp. z o.o. doprowadził do ograniczenia dostępu do zamówienia innym przedsiębiorcom. Nie wykazano także, aby (...) sp. z o.o. dopuścił się działania sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami poprzez podjęcie działań w celu polepszenia swojej sytuacji przy realizacji zamówienia, poprzez próbę uzyskania „zaliczkowania" wynagrodzenia w pierwszym okresie rozliczeniowym inwestycji poprzez zaoferowanie rażąco wysokich cen jednostkowych (a co za tym idzie także i łącznych) w zakresie prac przygotowawczych (geodezyjnych) oraz wycinki drzew. Izba słusznie wskazała, że Odwołujący nie uprawdopodobnił, że wskazane w odwołaniu ustalenie cen jednostkowych naruszyło dobre obyczaje i że działanie (...) sp. z o.o. zagroziło lub naruszyło interes innego przedsiębiorcy. Czyniąc szersze niż Krajowa Izba Odwoławcza rozważania w zakresie badania czy doszło do działań Wykonawcy (...) sp. z o.o., które można by określić jako czyn

nieuczciwej konkurencji, przede wszystkim należy wziąć pod uwagę, że czyn nieuczciwej konkurencji wymagał wykazania przez Skarżącego – w przedmiotowej sprawie (...) S.A., że przedsiębiorca – w tym wypadku Wykonawca(...)sp. z o.o., działał umyślnie w

celu naruszenia interesu innych Wykonawców, na czym tego rodzaju naruszenie miało polegać i czy faktycznie miało ono miejsce. Jak wynika z dotychczasowego orzecznictwa, zawyżanie cen przez Wykonawcę ma miejsce w sytuacji chęci uzyskania istotnych i bardziej korzystnych warunków wykonania umowy w porównani do pozostałych uczestników postępowania o zamówienie publiczne, czego Skarżący w niniejszej sprawie nie wykazał. /…/

W takiej sytuacji nie sposób uznać, jak chciałby Skarżący, ze pozyskiwane od Zamawiającego przedmiotowe środki pieniężne od Zamawiającego miałyby stanowić - jako zawyżone, formę kredytowania inwestycji na dalszych etapach jej realizacji, co było zasadniczym argumentem Odwołującego na rzecz wykazania, że doszło w sprawie do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP i art. 16 ust. 1 ustawy PZP w związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co miało uzasadniać konieczność odrzucenia oferty (...) sp. z o.o.. z uwagi na to, że oferta (...) sp. z o.o. została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a (...) sp. z o.o. dopuścił się działania sprzecznego z dobrymi obyczajami, skoro

miał podjąć działania w celu polepszenia swojej sytuacji przy realizacji zamówienia, poprzez

próbę uzyskania „zaliczkowania" wynagrodzenia w pierwszym okresie rozliczeniowym inwestycji poprzez zaoferowanie rażąco wysokich cen jednostkowych (a co za tym idzie także i łącznych) w zakresie prac przygotowawczych (geodezyjnych) oraz wycinki drzew.

/…/Skarżący nie wykazał przed Krajową Izbą Odwoławczą, że zawyżenie cen jednostkowych

w zakresie robót dotyczących wycinki drzew i prac geodezyjnych zagroziło bądź naruszyło interes innych przedsiębiorców.

/…/ Sąd Okręgowy uznał jednak, że Skarżący dla poparcia tego stanowiska nie przedstawił żadnych konkretnych twierdzeń i wyliczeń popartych dowodami, które dawałyby podstawę do uznania zasadności jego stanowiska w omawianej kwestii. Przede wszystkim ogólnikowe twierdzenia dotyczą jedynie doświadczenia życiowego, tymczasem zdaniem Sądu

Okręgowego należało przynajmniej w przybliżonym zarysie przedstawić system kredytowania inwestycji, wysokość faktycznych kosztów kredytu bankowego i jego realną wysokość w tej sprawie. Inni Wykonawcy nie podnosili, że będą musieli wspomagać się środkami z umów kredytowych w określonym zakresie w przypadku wyboru ich oferty jako najkorzystniejszej. Ogólne rozważania i czysto hipotetyczne kalkulacje Skarżącego nie mogły s zastąpić konkretnych wyliczeń odnoszących się do realizacji przedmiotowej inwestycji, której dotyczy niniejsza sprawa, jej warunkach czy realiach rynkowych, w jakich się będzie odbywała.

Krajowa Izba Odwoławcza nie rozważała czy ewentualna zaliczka miała istotne

znaczenie cenotwórcze. Tymczasem Skarżący wskazywał, że w przedmiocie wycinki drzew z

uwagi na zawyżenie cen jednostkowych oraz rozliczenie wykonawcy za wykonane prace na początku realizowanej inwestycji (...) sp. z o.o. uzyska kwotę 1 798 093,08 zł netto oraz za prace geodezyjne kwotę 3 085 754,40 zł netto. Wysokość spornej kwoty to niespełna 5 000 000,00 zł, co stanowi mniej niż 10 % wartości zamówienia. W tym kontekście Skarżący winien był podjąć próbę wykazania faktycznych, nawet przybliżonych, koszów kredytu jako czynnika cenotwórczego. Jeżeli Skarżący twierdził, że w związku z tym zaniżona została cena oferty, to powinien wskazać zakres zaniżenia. Czynnik cenotwórczy jako przedmiot manipulacji nie został zatem wykazany. Strona Skarżąca nie przeprowadziła dowodu, ani nie sformułowała twierdzeń z których wynikałoby w jakim zakresie zaciągnięcie kredytu spowoduje wzrost ceny oferty końcowej.

/…/ W konsekwencji w sprawie nie istniały podstawy do stwierdzenia zaistnienia przesłanek czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w odniesieniu do oferty Wykonawcy(...)sp. z o.o. W sprawie nie zostało bowiem wykazane przez Skarżącego, że zachowanie w postępowaniu ofertowym Wykonawcy (...)sp. z o.o. było sprzeczne z obowiązującym prawem, bądź dobrymi obyczajami i naruszało bądź zagrażało interesowi innego przedsiębiorcy.

W świetle przytoczonych ustaleń i wniosków Sądu Okręgowego, w pełni podzielanych przez skład orzekający, nie znaleziono podstaw do uznania skuteczności zarzutu i zasadności uwzględnienia tego zarzutu przez zamawiającego.

W konsekwencji orzeczono, jak w sentencji.

W rozstrzygnięciu o kosztach postępowania odwoławczego skład orzekający oparł się na przepisach ustawy i rozporządzenia wskazanych w zdaniu ostatnim uzasadnienia. Wskazuje się przy tym, że na rzecz odwołującego K. Polska sp. z o.o. z/s w Ożarowie Mazowieckim zasądzono zwrot części wpisu w kwocie 10 000 zł uznając, ze zachodzą okoliczności uzasadniające częściowe odstąpienie od rozdzielenia kosztów w proporcji do liczby zarzutów uwzględnionych i oddalonych biorąc pod uwagę rodzaj i znaczenie zarzutu uwzględnionego, co uprawnia do zastosowania § 8 ust. 5 rozporządzenia. Ponadto za nieskuteczny uznano wniosek odwołującego K. Polska o zasądzenie innych kosztów wobec nie przedstawienia rachunku ani spisu kosztów, stosownie do § 5 pkt 2 rozporządzenia.

W zakresie kosztów postępowania z odwołania sygn. akt 2343/25 wnioskowane przez zamawiającego wynagrodzenie zostało obniżone i uznane za zasadne, stosownie do rodzaju i zakresu zarzutu (§ 8 ust. 5 rozporządzenia), w kwocie 2 700 zł wobec uznania za niezasadne uwzględnienie zarzutu rozpatrywanego w wyniku wniesienia sprzeciwu przez przystępującego. Wynagrodzenia na rzecz tego ostatniego nie zasądzono wobec braku stosownego wniosku wymaganego przepisem § 5 pkt 2 rozporządzenia.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) oraz 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: ……..

……..

……..