

WYROK**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodnicząca: Aneta Młacka

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 czerwca 2026 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 08 maja 2026 roku przez Odwołującego Maldrobud sp. z o.o. sp. k. (ul. Królewiecka 43, 74-300 Myślibórz) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Powiat Gorzowski (ul. Pankiewicza 5-7, 66-400 Gorzów Wielkopolski)

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu ewentualnego (art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych) oraz zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej - Wykonawcy K.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Prywatne Przedsiębiorstwo Usługowo – Drogowe Drogus K.W. oraz nakazuje powtórzenie badania i oceny ofert z udziałem oferty tego Wykonawcy, w tym wezwanie ww. Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny w szczególności w odniesieniu do pozycji nr 3 formularza cenowego,
2. uznaje za przedwczesne zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a także w związku z art. 16 pkt 1 w związku z art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i w tym charakterze oddala te zarzuty,
3. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Powiat Gorzowski (ul. Pankiewicza 5-7, 66-400 Gorzów Wielkopolski) w części ½ oraz Odwołującego Maldrobud sp. z o.o. sp. k. (ul. Królewiecka 43, 74-300 Myślibórz) w części ½,
4. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Maldrobud sp. z o.o. sp. k. (ul. Królewiecka 43, 74-300 Myślibórz), kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego,
- 4.1. zasądza od Zamawiającego Powiat Gorzowski (ul. Pankiewicza 5-7, 66-400 Gorzów Wielkopolski) na rzecz Odwołującego Maldrobud sp. z o.o. sp. k. (ul. Królewiecka 43, 74-300 Myślibórz) kwotę 5000 zł 00 gr (pięć tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego w postaci ½ wysokości wpisu od odwołania, kwotę 1800 zł 00 gr (słownie: tysiąc osiemset złotych zero groszy) z tytułu ½ wysokości wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego.

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

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 2197/26**UZASADNIENIE**

Zamawiający Powiat Gorzowski prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn.: „Remont bieżący nawierzchni bitumicznych dróg powiatowych, mieszanekami mineralno - asfaltowymi na terenie Powiatu Gorzowskiego”.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych 14 kwietnia 2026 roku pod numerem 00197519/01.

Odwołujący Maldrobud Sp. z o.o. Sp.k. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy K.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Prywatne Przedsiębiorstwo Usługowo – Drogowe Drogus K.W. do czego Zamawiający jest zobowiązany w sytuacji, gdy oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Cena zaoferowana przez Wykonawcę K.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Prywatne Przedsiębiorstwo Usługowo – Drogowe Drogus K.W. za realizację pozycji nr 3 formularza cenowego tj. za: „Wykonanie remontu cząstkowego nawierzchni emulsją i grysami - usuwanie i utylizacja istniejącej nawierzchni, wyrównanie i czyszczenie podłoża, wykonanie naprawy ubytku remonterem (kruszywo z emulsją asfaltową) - zakup, transport, wbudowanie, zagęszczenie - do głębokości 4cm” - nie uwzględni kosztu istotnych elementów składowych dla tej pozycji, w tym kosztu zakupu materiałów, pracy sprzętu, robocizny, czy też zakładanych poziomów kosztów pośrednich w koniecznym wymiarze dla realizacji świadczenia. Wskazuje tym samym na przyjęcie nierealnych założeń kosztowych co wyklucza możliwość wykonania przedmiotu zamówienia w tym zakresie zgodnie z wymaganiami określonymi w

dokumentach zamówienia;

ewentualnie

- art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na zaniechanie wezwania Wykonawcy K.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Prywatne Przedsiębiorstwo Usługowo – Drogowe Drogus K.W. do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych dla pozycji nr 3 formularza cenowego tj. za: „Wykonanie remontu częściowego nawierzchni emulsją i grysami - usuwanie i utylizacja istniejącej nawierzchni, wyrównanie i czyszczenie podłoża, wykonanie naprawy ubytku remonterem (kruszywo z emulsją asfaltową) - zakup, transport, wbudowanie, zagęszczenie - do głębokości 4cm", pomimo że cena za realizację przedmiotowej pozycji jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i winna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia w tym zakresie zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, dodatkowo

- art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 uznk, a także art. 16 pkt 1) w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych - mające istotny wpływ na wynik postępowania, przez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy K.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Prywatne Przedsiębiorstwo Usługowo – Drogowe Drogus K.W., która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego:

a) na dokonaniu inżynierii cenowej/kosztorysowej w złożonej przez tego Wykonawcę ofercie w sposób skutkujący nieuwzględnieniem całości prac i kosztów w istotnych elementach składowych ceny, niezbędnych do wykonania zamówienia i w rezultacie złożeniu oferty, która jedynie pozornie pozwala na realizację przedmiotu zamówienia,

b) złożeniu oferty zawierającej rażąco niską cenę i nie pokrywającej całości kosztów realizacji wskazywanych w pozycji nr 3 formularza cenowego, zgodnie z warunkami zamówienia w celu jego uzyskania, co jednocześnie zmierza do pozbawienia Odwołującego możliwości uzyskania analogicznego rezultatu i uzyskania nad nim przewagi konkurencyjnej;

a w konsekwencji ww. zarzutów

- art. 16 pkt 1) i 2) zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych - poprzez bezpodstawne zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy K.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Prywatne Przedsiębiorstwo Usługowo – Drogowe Drogus K.W., a przez to nierówne traktowanie wykonawców i naruszenie zasad uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nieważnienie czynności wyboru oferty Wykonawcy K.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Prywatne Przedsiębiorstwo Usługowo – Drogowe Drogus K.W. jako najkorzystniejszej z dnia 4 maja 2026 r.; odrzucenie oferty ww. Wykonawcy jako oferty z rażąco niską ceną, lub odrzucenie oferty ww. Wykonawcy jako oferty złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji; ewentualnie wezwanie ww. Wykonawcy do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych dla pozycji nr 3 formularza cenowego; powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem okoliczności odrzucenia oferty ww. Wykonawcy albo wezwania tego Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w tym dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych dla pozycji nr 3 formularza cenowego.

04 maja 2026 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Wykonawcy K.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Prywatne Przedsiębiorstwo Usługowo – Drogowe Drogus K.W..

Odwołujący nie zgodził się z decyzją Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego, oferta złożona przez Wykonawcę K.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Prywatne Przedsiębiorstwo Usługowo – Drogowe Drogus K.W. powinna zostać odrzucona, ponieważ zawiera rażąco niską ceną za wykonanie pozycji nr 3 formularza cenowego tj. za: „Wykonanie remontu częściowego nawierzchni emulsją i grysami - usuwanie i utylizacja istniejącej nawierzchni, wyrównanie i czyszczenie podłoża, wykonanie naprawy ubytku remonterem (kruszywo z emulsją asfaltową) - zakup, transport, wbudowanie, zagęszczenie - do głębokości 4cm". Z ostrożności, alternatywnie Odwołujący wskazał, że Wykonawca K.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Prywatne Przedsiębiorstwo Usługowo – Drogowe Drogus K.W. powinien zostać przynajmniej wezwany przez Zamawiającego do wyjaśnień ceny oferty w trybie przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W celu obliczenia ceny oferty - Zał. Nr 1, wykonawca sporządza kosztorys ofertowy na podstawie załączonego do SWZ przedmiaru stanowiącego załącznik nr 1A. W ten sposób obliczona cena brutto podana w złotych jest uważana za cenę ofertową i będzie brana pod uwagę przy ocenie ofert.

ę oferty należy obliczyć uwzględniając całość wynagrodzenia wykonawcy za prawidłowe wykonanie umowy. Wykonawca

jest zobowiązany skalkulować cenę na podstawie wszelkich wymogów związanych z realizacją zamówienia.

Oferta musi obejmować wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, wszystkie inne koszty oraz ewentualne upusty i rabaty a także wszystkie potencjalne ryzyka ekonomiczne, jakie mogą wystąpić przy realizacji przedmiotu umowy, wynikające z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawierania umowy.

W formularzu oferty wypełnianym za pośrednictwem komunikacji elektronicznej Wykonawca podaje wyłącznie cenę oferty, która uwzględnia całkowity koszt realizacji zamówienia w okresie obowiązywania umowy, obliczoną zgodnie z powyższymi dyspozycjami.

Zamawiający przewidział dwa kryteria oceny ofert – cena oferty – 80% oraz doświadczenie wykonawcy – 20%. W ramach kryterium cena oferty znalazło się 9 pozycji, w ramach każdej z pozycji można było uzyskać określoną przez Zamawiającego ilość punktów. Każdej z pozycji formularza cenowego przypisano odrębną wagę punktową w ramach cenowego kryterium oceny ofert. W konsekwencji, niedoszacowanie jednej z pozycji w sposób bezpośredni mogło rzutować na wynik punktowy ocenianej oferty w tym kryterium.

W opinii Odwołującego, taka sytuacja zaistniała w odniesieniu do wyceny pozycji nr 3 formularza cenowego „Wykonanie remontu częściowego nawierzchni emulsją i grysami - usuwanie i utylizacja istniejącej nawierzchni, wyrównanie i czyszczenie podłoża, wykonanie naprawy ubytku remonterem (kruszywo z emulsją asfaltową) - zakup, transport, wbudowanie, zagęszczenie - do głębokości 4cm”.

Zdaniem Odwołującego, biorąc pod uwagę zaoferowane przez wykonawców ceny za realizację przedmiotowej pozycji (DROGUS - 23,37 zł brutto za m², MALDROBUD -82,41 zł brutto za m²), przy uwzględnieniu zastosowanego przez Zamawiającego wzoru, Wykonawca K.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Prywatne Przedsiębiorstwo Usługowo – Drogowe Drogus K.W. otrzymał dla tej pozycji 10 punktów zaś MALDROBUD jedynie 2,83 punktów. Różnica na tej pozycji pomiędzy badanymi ofertami wyniosła zatem aż 7,17 punktów). Ogólnie zaś Wykonawca K.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Prywatne Przedsiębiorstwo Usługowo – Drogowe Drogus K.W. otrzymał w kryterium „cena” 70 punktów a MALDROBUD 68,39 punktów (różnica 1,61 punkta). W konsekwencji, rażące zaniżenie ceny dla przedmiotowej pozycji przez Wykonawcę K.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Prywatne Przedsiębiorstwo Usługowo – Drogowe Drogus K.W. miało bezpośrednie przełożenie na uzyskanie w sposób nieuprawniony zdecydowanej wyższej punktacji i finalnie przesądziło o wyborze oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej, pomimo faktu, że to Wykonawca MALDROBUD zaoferował cenę korzystniejszą dla realizacji wszystkich pozycji - 2.907,72 zł (cena ofertowa DROGUS to 2.908,95 zł).

Odwołujący wskazał także, że w świetle postanowień § 4 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 7 do SWZ, wynagrodzenie wykonawcy ma charakter kosztorysowy, obmiarowy bowiem przysługuje mu w wysokości wynikającej z ilości robót faktycznie wykonanych i odebranych przez Zamawiającego oraz odpowiadających im cen jednostkowych netto określonych w Formularzu ofertowym, powiększone o należny podatek VAT naliczony zgodnie z obowiązującymi przepisami. Rozliczenie robót nastąpi każdorazowo obmiarem na podstawie rzeczywistej ilości wykonanych robót oraz ofertowej ceny jednostkowej.

W opinii Odwołującego, cena jednostkowa Wykonawcy K.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Prywatne Przedsiębiorstwo Usługowo – Drogowe Drogus K.W. za realizację pozycji nr 3 formularza cenowego nie uwzględnia wszystkich niezbędnych kosztów, co powinno skutkować odrzuceniem oferty tego Wykonawcy jako obciążonej rażąco niską ceną, złożonej z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji a w najlepszym dla tego wykonawcy wariantcie - wezwaniem do wyjaśnień ceny. Cena dla pozycji nr 3 formularza cenowego ww. Wykonawcy została niedoszacowana, co też bezpośrednio rzutuje na wynik postępowania, ze względu na wagę tej pozycji w ramach cenowego kryterium oceny ofert.

Odwołujący złożył dwa kosztorysy szczegółowe dla przedmiotowej pozycji. Pierwszy opiera się na wartościach opublikowanych przez wydawnictwo Sekocenbud dla I kwartału 2026 r., (w tym koszty pracy przyjęte dla Woj. Lubuskiego). Cena jednostkowa za wykonanie przedmiotowych robót opiewa na kwotę 122,11 zł netto. Drugi z kosztorysów obejmuje wycenę Odwołującego na kwotę 67 zł netto, która to cena została skalkulowana przy uwzględnieniu niezwykle preferencyjnych warunków handlowych, wypracowanych na przestrzeni lat z dostawcami i producentami materiałów, a także przy uwzględnieniu niezbędnych kosztów sprzętu oraz kosztów pracy.

Zgodnie z pkt 6. SWZ - opis przedmiotu zamówienia dla omawianej pozycji, remont częściowy nawierzchni emulsją i grysami (SST D-05.03.17b Remont częściowy nawierzchni bitumicznych grysami i emulsją asfaltową) obejmuje: oznakowanie i zabezpieczenie miejsca robót, usunięcie luźnych okruszków nawierzchni, usunięcie wody i doprowadzenie uszkodzonego miejsca do stanu powietrzno-suchego, dokładne oczyszczenie dna i krawędzi uszkodzonego miejsca z luźnych ziaren grysów, żwiru, przy większych powierzchniach uszkodzonych należy stosować remonter wykonujący przy jednym przejściu maszyny, sprysk lepiszczem (kationową emulsją asfaltową), posypanie grysem granulowanym i wciśnięcie go w lepiszcze, przy mniejszych powierzchniach uszkodzonych należy zastosować specjalny remonter natryskujący pod ciśnieniem jednocześnie kruszywo z modyfikowaną kationową emulsją asfaltową.

Jak podkreślił Zamawiający w OPZ, wszystkie prace należy przeprowadzić zgodnie z obowiązującymi Polskimi Normami, przepisami, uzgodnieniami i w koordynacji z zarządcami istniejących sieci. Prawidłowa realizacja przedsięwzięcia związana jest z przestrzeganiem ostrych reżimów technologicznych i prawnych, zastosowaniem wysokiej jakości sprzętu i materiałów budowlanych. Wynika to z obowiązujących aktów normatywno -prawnych, w tym przepisów dotyczących ochrony środowiska naturalnego, których znajomością musi się wykazać zarówno Wykonawca jak i przedstawiciele Inwestora.

Z kolei zgodnie z pkt. 9 specyfikacji technicznej SST D-05.03.17b (Remont częściowy nawierzchni bitumicznych grysami i emulsją asfaltową), cena wykonania 1 m² remontu częściowego nawierzchni z ew. uszczelnieniem spękań obejmuje: prace pomiarowe i roboty przygotowawcze, oznakowanie robót, wywóz odpadów, dostarczenie materiałów i sprzętu na budowę, wykonanie naprawy zgodnie SST, badania laboratoryjne, odtransportowanie sprzętu z placu budowy.

Jak wskazał Odwołujący: „Z przedłożonych przez Odwołującego kosztorysów jednoznacznie wynika, że cena netto Wykonawcy DROGUS na poziomie 19 zł netto nie pokrywa nawet kosztów pracy na poziomie 19,69 zł netto (bez narzutów) nie wspominając już o pozostałych, kluczowych kosztach w postaci kosztów pracy sprzętu, czy też materiałów oraz o kosztach pośrednich, związanych chociażby z zabezpieczeniem robót, oznakowaniem, wywozem odpadów, czy badaniami laboratoryjnymi. Co istotne, o ile na materiałach, pracy sprzętu czy kosztach pośrednich Wykonawca DROGUS teoretycznie mógł osiągnąć określone oszczędności (choć na pewno nie na takim poziomie jak wynika z zaoferowanej przez niego ceny dla omawianej pozycji), to już w przypadku kosztów robocizny, nie sposób przyjąć stawkę niższą od tej wynikającej z Sekocenbud a którą to stawkę MALDROBUD w przeciwieństwie do Wykonawcy DROGUS przyjął we własnej wycenie. Dla wykonania metra kwadratowego remontu częściowego grysami i emulsją asfaltową koniecznym jest zatem przyjęcie 0,635 roboczogodziny. Mnożąc tą jednostkę miary przez minimalną stawkę wynagrodzenia pracownika w tej branży na poziomie 31 zł netto za roboczogodzinę otrzymujemy cenę na poziomie 19,69 zł netto. Nawet przy hipotetycznym założeniu, że Wykonawca DROGUS przyjął do wyceny stawkę godzinową na poziomie najniższej krajowej stawki za godzinę netto na poziomie 24,50 zł netto (co w obecnych warunkach rynkowych w branży robót drogowych jest nierealne), to koszt pracy osiągnąłby poziom 15,55 zł a zatem na zabezpieczenie wszystkich pozostałych kosztów (materiał, sprzęt, koszty pośrednie) pozostałaby jedynie kwota 3,45 zł, która w żadnej mierze nie pokryje wymaganych OPZ i SST kosztów, co świadczy o rażącym zaniżeniu ceny tej pozycji.”

W ocenie Odwołującego, zaakceptowanie takiej oferty przez Zamawiającego należy uznać za nie uprawnione bowiem Wykonawca składający ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązany jest do zaoferowania realnej ceny za realizację poszczególnych czynności składających się na przedmiot zamówienia.

Odwołujący wskazał także, że w sytuacji, kiedy podczas wykonywania umowy rozliczenia zamawiającego i wykonawcy będą odbywały się na podstawie cen jednostkowych, Zamawiający powinien dokonać weryfikacji tych cen jednostkowych pod kątem rażąco niskiej ceny. Z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie. Ocena prawidłowości zaniżonej pozycji wydaje się być uzasadniona, gdyż jej zaniżenie ma bezpośredni wpływ na przyznaną punktację i świadczy o manipulacji cen w niniejszym postępowaniu celem uzyskania zamówienia publicznego.

Zdaniem Odwołującego, ofertę Wykonawcy K.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Prywatne Przedsiębiorstwo Usługowo – Drogowe Drogus K.W. należałoby również odrzucić z uwagi na jej złożenie w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. W tym zakresie Odwołujący powołał się na treść art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W jego ocenie, złożenie przez ww. Wykonawcę oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polega na: dokonaniu inżynierii cenowej/kosztorysowej w złożonej przez tego Wykonawcę ofercie w sposób skutkujący nieuwzględnieniem całości prac i kosztów w istotnych elementach składowych ceny, niezbędnych do wykonania zamówienia i w rezultacie złożeniu oferty, która jedynie pozornie pozwala na realizację przedmiotu zamówienia, złożeniu oferty zawierającej rażąco niską cenę i nie pokrywającej całości kosztów realizacji wskazywanych w formularzu cenowym w pozycji nr 3 świadczeń, zgodnie z warunkami zamówienia w celu jego uzyskania, co jednocześnie zmierza do pozbawienia Odwołującego możliwości uzyskania analogicznego rezultatu i uzyskania nad nim przewagi konkurencyjnej.

Zdaniem Odwołującego, ww. działania wyczerpują wszystkie elementy czynu z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, którymi są: działanie podejmowane w związku z działalnością gospodarczą; sprzeczność czynu z prawem lub dobrymi obyczajami; działanie zagrażające lub naruszające interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Odwołujący wskazał, że złożenie przez Wykonawcę K.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Prywatne Przedsiębiorstwo Usługowo – Drogowe Drogus K.W. oferty z ww. „uchybieniami” jest działaniem podejmowanym w związku z działalnością gospodarczą. Ponadto takie działania jak inżynieria cenowa lub ofertowa polegające na manipulowaniu cenami jednostkowymi lub danymi istotnymi z punktu widzenia oceny oferty należy traktować jako sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami. Nadto działanie Wykonawcy w postaci złożenia ww. oferty narusza interes Zamawiającego, którym jest oczekiwanie wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami dokumentów zamówienia i jego oczekiwaniami, a oferta Wykonawcy K.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą

Prywatne Przedsiębiorstwo Usługowo – Drogowe Drogus K.W. tego nie zapewnia. W opinii Odwołującego, postawa Wykonawcy K.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Prywatne Przedsiębiorstwo Usługowo – Drogowe Drogus K.W. naruszyła interes Zamawiającego w ogólności jako podmiotu publicznego prowadzącego sprawy publiczne, którego interesem jest, aby postępowanie prowadzone były zgodnie z prawem i rządzącymi nimi zasadami, w szczególności zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji.

W opinii Odwołującego, złożenie przez Wykonawcę K.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Prywatne Przedsiębiorstwo Usługowo – Drogowe Drogus K.W. oferty przewidującej rażąco niską cenę, w której dokonano modyfikacji zmierzających do zaniżenia kosztu realizacji zamówienia z jednoczesnym naruszeniem wymagań stawianych przez Zamawiającego narusza również interes Odwołującego w postępowaniu, ponieważ zmuszony jest konkurować z ww. podmiotem na nierównych zasadach.

W ocenie Odwołującego, zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy K.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Prywatne Przedsiębiorstwo Usługowo – Drogowe Drogus K.W. narusza art. 16 pkt 1) i 2) oraz art. 17 ust. 1 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych. Prowadzenie postępowania w ten sposób, że aprobuje się składanie rażąco niskich ofert w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, które nie spełniają warunków zamówienia nie może być uznane jako prowadzone z dochowaniem reguł uczciwej konkurencji i zasady przejrzystości.

Odwołujący podniósł także zarzut alternatywny naruszenia art. 224 ustawy Prawo zamówień publicznych, który odnosi się nie tylko do progu 30%, ale wymaga od zamawiającego pogłębionej analizy, czy nie występują inne wątpliwości co do ceny oferty danego wykonawcy. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający zaniechał analizy oferty Wykonawcy K.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Prywatne Przedsiębiorstwo Usługowo – Drogowe Drogus K.W. Skoro Zamawiający w SST SST D-05.03.17b (Remont częściowy nawierzchni bitumicznych grysami i emulsją asfaltową) wyraźnie określił co obejmuje cena wykonania 1 m² remontu częściowego nawierzchni z ew. uszczelnieniem spękań tj.: prace pomiarowe i roboty przygotowawcze, oznakowanie robót, wywóz odpadów, dostarczenie materiałów i sprzętu na budowę, wykonanie naprawy zgodnie SST, badania laboratoryjne, odtransportowanie sprzętu z placu budowy; to nie powinien akceptować ceny zaoferowanej przez Wykonawcę K.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Prywatne Przedsiębiorstwo Usługowo – Drogowe Drogus K.W. i przechodzić nad nią do porządku dziennego w sytuacji, gdy już z prostego zestawienia tej ceny z powszechnie wykorzystywanym w branży wydawnictwem Sekocenbud wynika, że cena ta nie pokrywa nawet kosztów roboczogodziny wykonania 1 m² remontu nawierzchni drogowej, co powinno skłonić Zamawiającego przynajmniej do wezwania tego Wykonawcy do stosownych wyjaśnień w tej mierze.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania. W treści pisma wskazał, że ocenił złożone oferty w zakresie zaoferowanej ceny oraz istotnych części składowych wchodzących w skład złożonych ofert i nie zidentyfikował potencjalnego ryzyka wystąpienia rażąco niskiej ceny. W związku z tym nie wzywał Wykonawców do złożenia stosownych wyjaśnień. Zamawiający wskazał, że cena całkowita ofert wynikała z sumy 9 elementów wycenianych odrębnie. Załącznikiem do Formularza ofertowego był kosztorys ofertowy składający się z 9 wyszczególnionych pozycji, ze wskazaniem wagi przypisanej poszczególnym pozycjom, wycenianych osobno przez Wykonawców.

Zamawiający wyjaśnił, że dla Zamawiającego istotnymi częściami składowymi wpływającymi na wysokość oferty były pozycje którym Zamawiający przypisał najwyższą wagę tj.: Pozycja nr 1, Wykonanie remontu częściowego nawierzchni masą na gorąco z reyklera bez obcinania krawędzi - usuwanie i utylizacja istniejącej nawierzchni, wyrównanie i czyszczenie podłoża, skropienie emulsją asfaltową, wypełnienie ubytku mieszanką mineralno - asfaltową z recyklera - zakup, transport, wbudowanie, zagęszczenie - z wagą 23 punkty Pozycja nr 6. Mechaniczne wykonanie nakładki asfaltobetonowej grubości min. 4 cm warstwa ścieralna AC11S z uprzednim wyfrezowaniem powierzchni przeznaczonej do remontu, oczyszczenie i skropienie emulsją asfaltową, oraz uszczelnienie złączy masą zalewową lub taśmą bitumiczną - zakup, transport, wbudowanie, zagęszczenie - z wagą 12 punktów.

Zamawiający wskazał, że pozostałe pozycje miały wagę 10 punktową i niższą. Tym samym, w opinii Zamawiającego, procedura została przeprowadzona zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jak argumentował Zamawiający przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie nakładają obowiązku badania wszystkich elementów składających się na ofertę Wykonawcy K.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Prywatne Przedsiębiorstwo Usługowo – Drogowe Drogus K.W., a jedynie istotnych ich części składowych, co Zamawiający uczynił. Zamawiający wyjaśnił, że zastosował jednakowe kryteria wobec wszystkich Wykonawców, dokonał ceny w sposób obiektywny, nie uprzywilejował żadnego z uczestników postępowania. Zdaniem Zamawiającego, odwołanie stanowi jedynie próbę zakwestionowania wyniku postępowania, bez wykazania rzeczywistych naruszeń przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu opisanego przez Odwołującego jako ewentualny.

W argumentacji Odwołujący wskazał na rażąco niską cenę jednego z 9 elementów kosztorysu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że: dla Zamawiającego istotnymi częściami składowymi wpływającymi na wysokość oferty były pozycje, którym Zamawiający przypisał najwyższą wagę, tj.: pozycja nr 1 z wagą 23 punkty, pozycja nr 6 z wagą 12 punktów, a pozostałe pozycje miały wagę 10 punktową i niższą. Zdaniem Zamawiającego, przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie nakładają obowiązku badania wszystkich elementów składających się na ofertę Wykonawcy, a jedynie istotnych ich części składowych, co Zamawiający uczynił.

Tym samym Zamawiający wprost przyznał, że nie dokonał dokładnego zbadania ceny wszystkich elementów składających się na ofertę Wykonawcy, a jedynie istotnych ich części składowych. A za istotne części składowe oferty uznał (jak wynika wprost z treści odpowiedzi na odwołanie) pozycje nr 1 i 6.

Takie działanie Zamawiającego jest nieuprawnione. Skoro Zamawiający przypisał każdemu z 9 elementów ceny punkty w ramach kryterium oceny ofert, to oznacza, że każda z pozycji ma wartość, a tym samym każda z pozycji powinna zostać poddana ocenie Zamawiającego pod kątem realności ceny. Bowiem każda z pozycji ma znaczenie – od niej zależy ilość przyznanych ofercie punktów i klasyfikacja wykonawcy w postępowaniu. Ma to zatem wpływ na wynik postępowania. Nie jest zatem uprawnione stanowisko Zamawiającego, że cena pozycji numer 3 nie miała istotnego znaczenia. To z kolei oznacza, że Zamawiający powinien zbadać dokładnie cenę każdej z pozycji, w tym także cenę zaoferowaną w pozycji nr 3.

Zamawiający powinien również (przez pryzmat pozycji nr 3) dokonać badania ceny całej oferty – wskazuje na to podniesiony przez Odwołującego zarzut dotyczący możliwości zastosowania przez Wykonawcę K.W., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Prywatne Przedsiębiorstwo Usługowo – Drogowe Drogus K.W., tzw. inżynierii cenowej.

Również okoliczność, że zadanie może zostać wykonane w zależności od potrzeb, powoduje konieczność zbadania realności ceny każdej z pozycji, w celu uniknięcia nieuczciwej konkurencji mającej postać tzw. inżynierii cenowej.

Zamawiający nie odniósł się do argumentacji Odwołującego. Nie zaprzeczył argumentacji Odwołującego, że zadanie polegające na wykonaniu remontu częściowego nawierzchni emulsją i grysami - usuwaniu i utylizacji istniejącej nawierzchni, wyrównaniu i czyszczeniu podłoża, wykonaniu naprawy ubytku remonterem (kruszywo z emulsją asfaltową) - zakupie, transporcie, wbudowaniu, zagęszczeniu - do głębokości 4 cm, nie uwzględnił kosztu istotnych elementów składowych dla tej pozycji, w tym kosztu zakupu materiałów, pracy sprzętu, robocizny, czy też zakładanych poziomów kosztów pośrednich w koniecznym wymiarze dla realizacji świadczenia.

Odwołujący w treści odwołania wskazał, że: „Z przedłożonych przez Odwołującego kosztorysów jednoznacznie wynika, że cena netto Wykonawcy DROGUS na poziomie 19 zł netto nie pokrywa nawet kosztów pracy na poziomie 19,69 zł netto (bez narzutów) nie wspominając już o pozostałych, kluczowych kosztach w postaci kosztów pracy sprzętu, czy też materiałów oraz o kosztach pośrednich, związanych chociażby z zabezpieczeniem robót, oznakowaniem, wywozem odpadów, czy badaniami laboratoryjnymi. Co istotne, o ile na materiałach, pracy sprzętu czy kosztach pośrednich Wykonawca DROGUS teoretycznie mógł osiągnąć określone oszczędności (choć na pewno nie na takim poziomie jak wynika z zaoferowanej przez niego ceny dla omawianej pozycji), to już w przypadku kosztów robocizny, nie sposób przyjąć stawkę niższą od tej wynikającej z Sekocenbud a którą to stawkę MALDROBUD w przeciwieństwie do Wykonawcy DROGUS przyjął we własnej wycenie. Dla wykonania metra kwadratowego remontu częściowego grysami i emulsją asfaltową koniecznym jest zatem przyjęcie 0,635 roboczogodziny. Mnożąc tę jednostkę miary przez minimalną stawkę wynagrodzenia pracownika w tej branży na poziomie 31 zł netto za roboczogodzinę otrzymujemy cenę na poziomie 19,69 zł netto. Nawet przy hipotetycznym założeniu, że Wykonawca DROGUS przyjął do wyceny stawkę godzinową na poziomie najniższej krajowej stawki za godzinę netto na poziomie 24,50 zł netto (co w obecnych warunkach rynkowych w branży robót drogowych jest nierealne), to koszt pracy osiągnąłby poziom 15,55 zł a zatem na zabezpieczenie wszystkich pozostałych kosztów (materiał, sprzęt, koszty pośrednie) pozostałaby jedynie kwota 3,45 zł, która w żadnej mierze nie pokryje wymaganych OPZ i SST kosztów, co świadczy o rażącym zaniżeniu ceny tej pozycji.”

Powyższe twierdzenie Odwołującego uprawdopodobnia, że cena zaoferowana przez Wykonawcę K.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Prywatne Przedsiębiorstwo Usługowo – Drogowe Drogus K.W. nie zawiera niezbędnych kosztów do realizacji tego zadania, w szczególności brak zabezpieczenia w przewidzianej cenie tej pozycji wszystkich kosztów (materiał, sprzęt, koszty pośrednie). Odwołujący uprawdopodobnił, że na wskazane koszty pozostałaby kwota 3,45 zł, która może nie pokryć wymaganych OPZ i SST kosztów.

Jak wskazano powyżej, Zamawiający w ogóle nie odniósł się do tej argumentacji.

Zamawiający powinien dokonać badania tej pozycji pod kątem realności zaoferowanej ceny, z uwagi na uprawdopodobnienie przez Odwołującego, że cena pozycji nr 3 w ofercie Wykonawcy K.W., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Prywatne Przedsiębiorstwo Usługowo – Drogowe Drogus K.W., może nie obejmować wszystkich niezbędnych kosztów. Bez zbadania tej pozycji przez Zamawiającego, bez złożenia wyjaśnień przez Wykonawcę co do zaoferowanej ceny i oceny tych wyjaśnień przez Zamawiającego, nie jest możliwe jednoznaczne

ustalenie realności ceny oferty tego Wykonawcy. Zamawiający powinien również dokonać (w tym kontekście) badania ceny oferty z uwagi na możliwość zastosowania tzw. inżynierii cenowej.

Odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Prawo zamówień publicznych może mieć miejsce tylko w sytuacji, gdy jednoznacznie zostało ustalone, że Wykonawca nie ma możliwości zrealizowania zadania w określonej cenie. W niniejszym postępowaniu w pierwszej kolejności Zamawiający powinien uzyskać wyjaśnienia Wykonawcy i ustalić jednoznacznie, czy cena zaoferowana w ramach pozycji nr 3 jest realna, czy nie zastosowano tzw. inżynierii cenowej. Wykonawca K.W., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Prywatne Przedsiębiorstwo Usługowo – Drogowe Drogus K.W., jest zobowiązany dowieść, że cena pozycji nr 3 nie jest rażąco niska, że zawiera wszelkie niezbędne koszty. Na tę chwilę, bez zbadania oferty, bez wyjaśnień Wykonawcy, nie jest możliwe jednoznaczne ustalenie tej okoliczności. Kalkulacja własna Odwołującego nie jest wystarczająca - ukazuje sposób kalkulacji Odwołującego. Dopiero uzyskanie wyjaśnień Wykonawcy (bądź ich brak) może stanowić podstawę do stwierdzenia realności lub braku realności zaoferowanej ceny.

Stąd za uzasadniony został uznany zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na zaniechanie wezwania Wykonawcy K.W., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Prywatne Przedsiębiorstwo Usługowo – Drogowe Drogus K.W. do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych dla pozycji nr 3 formularza cenowego tj. za: „Wykonanie remontu częściowego nawierzchni emulsją i grysami - usuwanie i utylizacja istniejącej nawierzchni, wyrównanie i czyszczenie podłoża, wykonanie naprawy ubytku remonterem (kruszywo z emulsją asfaltową) - zakup, transport, wbudowanie, zagęszczenie - do głębokości 4 cm”, pomimo że cena za realizację przedmiotowej pozycji winna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia w tym zakresie zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. W tym kontekście, w konsekwencji został uznany za zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów Izba nakazała unieważnienie wyboru oferty Wykonawcy K.W., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Prywatne Przedsiębiorstwo Usługowo – Drogowe Drogus K.W. powtórzenie badania i oceny ofert, w tym zbadanie realności zaoferowanej przez tego Wykonawcę ceny oferty, w tym w szczególności realności ceny zaoferowanej w pozycji nr 3.

Na tę chwilę zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy K.W., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Prywatne Przedsiębiorstwo Usługowo – Drogowe Drogus K.W., z uwagi na rażąco niską cenę (art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych), jak również dotyczące zaniechania odrzucenia oferty ww. Wykonawcy na podstawie 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, są zarzutami przedwczesnymi. Ewentualne stwierdzenie ich zasadności będzie możliwe dopiero po dokładnym zbadaniu przez Zamawiającego oferty Wykonawcy K.W., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Prywatne Przedsiębiorstwo Usługowo – Drogowe Drogus K.W., w zakresie zaoferowanej ceny pozycji nr 3 oraz ceny całej oferty w kontekście zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji z uwagi na możliwość zastosowania tzw. „inżynierii cenowej”.

Zatem zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a także w związku z art. 16 pkt 1 w związku z art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zostały uznane za przedwczesne i w tym charakterze ww. zarzuty zostały oddalone. Dopiero treść złożonych wyjaśnień przez Wykonawcę (lub całkowity brak złożenia wyjaśnień) w zakresie zaoferowanej ceny pozwoli w sposób jednoznaczny ustalić zasadność lub bezzasadność wskazanych zarzutów.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574, 575 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1a) oraz § 5 pkt 2b), § 7 ust. 1 pkt 1), zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....