

WYROK
z dnia 21 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 18 stycznia 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 grudnia 2020r. przez **wykonawcę J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacji Terenów Zielonych J. W. z siedzibą w Bytomiu, ul. Władysława Łokietka 4v** postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Miasto Gliwice- Zarząd Dróg Miejskich z siedzibą w Gliwicach, ul. Płowiecka 31**

przy udziale **wykonawcy Balcer spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach, ul. Daszyńskiego 449** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 3385/20 po stronie zamawiającego
orzeka :

1. oddala odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacji Terenów Zielonych J. W. z siedzibą w Bytomiu, ul. Władysława Łokietka 4 i:

2.1. zalicza na poczet postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacji Terenów Zielonych J. W. z siedzibą w Bytomiu, ul. Władysława Łokietka 4** tytułem wpisu od odwołania, 2.2. zasądza od **wykonawcy J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacji Terenów Zielonych J. W. z siedzibą w Bytomiu, ul. Władysława Łokietka 4** na rzecz **zamawiającego Miasto Gliwice- Zarząd Dróg Miejskich z siedzibą w Gliwicach, ul. Płowiecka 31** kwotę 3 600 zł. 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) oraz art. 580 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz.2020) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 3385/20

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zimowe utrzymanie dróg na terenie miasta Gliwice w latach 2020-2022 zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 5 sierpnia 2020r. za numerem 2020/S 150-368225.

W dniu 11 grudnia 2020r. zamawiający poinformował o wynikach postępowania i wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Balcer spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach.

W dniu 21 grudnia 2020r. odwołanie wniósł wykonawca J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacji Terenów Zielonych J. W. z siedzibą w Bytomiu, ul. Władysława Łokietka 4 – dalej odwołujący. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 18 grudnia 2020r. udzielonego przez właściciela firmy. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 21 grudnia 2020r. Odwołanie części opisanej jako REJON Nr 2.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy tym samym posiada legitymację czynną niezbędną do wniesienia odwołania. Odwołujący jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu, którego oferta winna być uznana za najkorzystniejszą, a na skutek błędów zamawiającego oferta odwołującego uzyskała drugą w kolejności liczbę punktów. Naruszenia przepisów ustawy miały bezpośredni wpływ na wybór oferty i co za tym idzie na udzielenie zamówienia, a zatem (o ile Krajowa Izba Odwoławcza potwierdzi postawione zarzuty) odwołanie - zgodnie z dyspozycją art. 192 ust. 2 ustawy - winno być uwzględnione. Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Szkoda będzie polegać na tym, iż pomimo poniesionych kosztów przygotowania oferty i udziału w postępowaniu nie uzyska zamówienia i nie nabędzie nowych zdolności co może utrudnić uzyskanie zamówień w przyszłości. W wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Objęte odwołaniem czynności i zaniechania zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia przez odwołującego szkody polegającej m.in. na uniemożliwieniu odwołującemu uzyskania i realizacji zamówienia. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz naruszeniem zasady proporcjonalności i przejrzystości a w konsekwencji dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób sprzeczny z ustawą,

2. Art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 2 pkt 5) ppkt a) ustawy ze względu na wybór oferty złożonej przez Balcer sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach - dalej: Balcer sp. z o.o. lub spółka Balcer - która nie jest najkorzystniejszą w rozumieniu ustawy i SIWZ,

3. Art. 24 pkt 17 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez brak zastosowania tych przepisów i zaniechanie wykluczenia wykonawcy Balcer z postępowania, pomimo iż wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd w ten sposób, że w celu uzyskania zamówienia zaniżył cenę przez zastosowanie innego niż wymagany sposób wykonania zamówienia.

4. Art. 89 ust. 1 pkt 2 przez brak zastosowania tego przepisu i zaniechanie odrzucenia oferty Balcer sp. z o.o. , pomimo iż oferta jest niezgodna z treścią SIWZ,

5. Art. 89 ust. 1 pkt 3 przez brak zastosowania tego przepisu i zaniechanie odrzucenia oferty spółki Balcer, pomimo iż złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

6. Art. 89 ust. 5 i 24 ust. 4 ustawy przez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Balcer sp. z o.o. pomimo, iż spółka Balcer podlega wykluczeniu z postępowania.

7. Art. 89 ust. 1 pkt 4) i 6) przez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Balcer sp. z o.o. pomimo, iż oferta

spółki Balcer:

a. zawiera błędy w obliczeniu ceny oferty polegające na tym, że nie uwzględniono wszystkich kosztów wykonania zamówienia, a w szczególności nie uwzględnia kosztów koniecznych dla zastosowania (zakup, składowanie etc) chlorków wapnia i chlorków magnezu oraz zaniżono koszty tzw. przejazdu jednorazowego (Załącznik 12 poz. 2) co doprowadziło do tego, że oferta zawiera jednocześnie błąd w obliczeniu ceny i jest cena rażąco niską,
b. nie uwzględnia wszystkich pozycji wynikających ze Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia co jest sprzeczne z postanowieniami Rozdziału 17 pkt 2) SIWZ.

8. Art. 90 ust. 1 i ust. 3 ustawy przez zaniechanie ich zastosowania pomimo tego, iż istotne części składowe ceny oferty (kosztu) są rażąco niskie i skutkują niemożnością wykonania zamówienia w zakresie Rejonu 2 zgodnie z wymaganiami zamawiającego, które w okolicznościach niniejszej sprawy są tożsame z regulacjami zawartymi w aktach normatywnych tj w:

a. rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 27 października 2005 roku w sprawie rodzaju i warunków stosowania środków, jakie mogą być używane na drogach publicznych oraz ulicach i placach (Dz. U. Nr 230 poz. 1960)., ,
b. ustawie z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody (Dz. U. z 2009 r. Nr 151. poz. 1220 ze zm.).

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu w zakresie Rejonu nr 2:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert.
3. Wykluczenie spółki Balcer z postępowania.
4. Odrzucenie oferty złożonej przez Balcer sp. z o.o.
5. Dokonania wyboru oferty odwołującego.

Postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Zamawiający:

a. W Rozdziale 4 SIWZ dopuścił składanie ofert częściowych.

b. W Rozdziale 3 SIWZ wskazał, że:

- 3.1. przedmiotem zamówienia jest zimowe utrzymanie dróg o długości -436 km oraz dróg wewnętrznych o długości ~40 km,

- 3.2. wykonawcy mogli złożyć oferty na maksymalnie 4 części spośród 12 części.

c. W Rozdziale 17 pkt 2) SIWZ wskazał, że cenę należało obliczyć z uwzględnieniem zakresu zamówienia zawartego w SIWZ, w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia oraz w Wykazie W 1 (czyli opis Rejonu).

d. W Rozdziale 17 pkt 7 SIWZ zawarł tożsamą regulację jak w załączniku 12b: Szacunek ilościowy prac określony w Formularzu cenowym — Zał. Nr 12a-I, został określony wyłącznie po to aby dać Wykonawcom wspólną podstawę wyceny oferty.

e. Opracował Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia ustalił w Załączniku nr 6 do SIWZ. Zgodnie z postanowieniami tego załącznika zamawiający ustalił wymagania wspólne dla wszystkich Wykonawców i wszystkich Rejonów oraz wymagania szczególne dla poszczególnych Rejonów.

Dla wszystkich Rejonów zamawiający wymagał w pkt 2. g) wykonawca we własnym zakresie zabezpieczy odpowiednią ilość środków chemicznych i uszorstniających, która wystarczy na prowadzenie Akcji Zima w ciągu całego sezonu zimowego. wykonawca przy realizacji przedmiotu zamówienia zobowiązany jest do stosowania:

- Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 27 października 2005 roku w sprawie rodzaju i warunków stosowania środków, jakie mogą być używane na drogach publicznych oraz ulicach i placach (Dz. U. Nr 230 poz. 1960). Na drogach publicznych i ulicach środki chemiczne powinny być stosowane w sposób najmniej szkodzący terenom zielonym oraz drzewostanowi. Posypywanie nawierzchni piaskiem bądź środkami chemicznymi powinno zostać poprzedzone mechanicznym odgarnięciem śniegu.

- Ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody (Dz. U. z 2009 r. Nr 151. poz. 1220 ze zm). Środki chemiczne powinny być stosowane w sposób najmniej szkodzący terenom zielonym. Stosujący je w sposób znacząco szkodzący, podlega karze aresztu lub grzywny/podmiot/osoba. Materiały chemiczne stosowane w ramach Akcji Zima, muszą być składowane w odpowiednich, ekologicznych magazynach, nie powodujących uciążliwości dla środowiska. wykonawca uzupełniał będzie ewentualne niedobory materiałów, odpowiednio wcześniej i na własny koszt. wykonawca w ZESTAWIENIU MIESIĘCZNYM przedstawi zamawiającemu pisemną informację dotyczącą ilości zużytego materiału

- Dla Rejonu 1 i 2 zamawiający ustalił w pkt 3. a) takie same wymagania w zakresie potencjału technicznego i nie wskazał różnic w sposobie wykonania, a zatem w obu Rejonach należy stosować ww. rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 27 października 2005 roku w sprawie rodzaju i warunków stosowania środków, jakie mogą być używane na drogach publicznych oraz ulicach i placach (Dz. U. Nr 230 poz. 1960) i ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody (Dz. U. z 2009 r. Nr 151. poz. 1220 ze zm).

f. W Załączniku nr 5 zawierającego wzór umowy m.in. dla Rejonu 2 wskazał:

- W §1 ust 1 - zlecenie jest zgodne z SIWZ i Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia.

- W §4 ust. 16: W trakcie realizacji prac wykonawca zobowiązany jest do bezwzględnego przestrzegania przepisów i zasad BHP oraz p.poż.

- W §6 ust. 1: zasadę ryczałtowego rozliczania wykonywanych usług.

g. W Załączniku 12b zawierającego formularze cenowe dla Rejonów wskazał, że Szacunek ilościowy prac, został określony wyłącznie po to aby dać wykonawcom wspólną podstawę wyceny oferty.

2. Zgodnie z postanowieniami Rozdziału 19 pkt 1) SIWZ zamawiający oferty złożone na Rejon 2 oceniał w trzech kryteriach:

a. Cena - o wadze: 60%

b. Czas rozpoczęcia prac w Rejonie - o wadze: 30%,

c. Czas ukończenia poziomego zamykania - o wadze: 10%

Przebieg postępowania.

Podczas otwarcia ofert zamawiający oświadczył, iż na sfinansowanie zamówienia w Rejonie nr 2 przeznaczył 1.900.400,- zł.

Ceny ofert przedstawiały się następująco:

a. Odwołujący: 1.937.470,60 zł,

b. M. K. prowadzący działalność pod nazwą ZUDIK Dromar K. M. - dalej "Dromar" : 3.156.342,08 zł

c. Spółka Balcer: 1.745.924,40 zł.

Oferty złożone dla Rejonu 2 miały taki sam czas rozpoczęcia prac i taki sam czas ukończenia poziomego zamykania. W konsekwencji, o wyborze oferty decydowała cena, czyli kryterium nr 1.

Zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy w dniu 18 września 2020r. wezwał spółkę Balcer do wyjaśnienia ceny oferty. Balcer sp. z o.o. pismem z dnia 22 września 2020r. przedstawił odpowiedź na ww. wezwanie. Pismem z dnia 1 października 2020r. zamawiający poinformował o wynikach postępowania we wszystkich Rejonach. Zamawiający - podał, iż za ofertę najkorzystniejszą w Rejonie 2 uznał ofertę Balcer sp. z o.o.

Odwolujący złożył odwołanie w dniu 12 października 2020r. w którym zakwestionował czynności zamawiającego. Odwołanie to zostało przyjęte do rozpoznania przez KIO pod sygn. akt KIO 2598/200. Spółka Balcer złożyła przystąpienie do odwołania, uczestniczyła w posiedzeniu i rozprawie przed KIO.

W uwzględniającym odwołanie wyroku z dnia 9 listopada 2020r. KIO nakazało zamawiającemu by ten:

- unieważnił czynność wyboru oferty złożonej przez spółkę Balcer,
- wezwał spółkę Balcer do złożenia wyjaśnień w zakresie środków chemicznych i uszorstniających, jakich wykonawca ten zamierza użyć do realizacji przedmiotu zamówienia (tak: pkt I sentencji wyroku).
- wyrok nie został zaskarżony.

Uzasadniając swe rozstrzygnięcie KIO wskazało m.in.:

- z treści SIWZ w sposób jednoznaczny wynikał wymóg zabezpieczenia odpowiedniej ilości środków chemicznych i uszorstniających w ciągu całego sezonu zimowego (k.12 akapit 2),
- zamówienie musi być wykonane zgodnie z rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 27 października 2005 roku w sprawie rodzaju i warunków stosowania środków, jakie mogą być używane na drogach publicznych oraz ulicach i placach (Dz. U. Nr 230 poz. 1960) (k.12 akapit 2)
- obie części [części zamówienia tj. Rejon 1 i Rejon 2] miałyby realizować ten sam wykonawca, z dużym prawdopodobieństwem w analogiczny sposób, przy użyciu tych samych materiałów, które zadeklarował w ramach Części 1. Powyższe potwierdziła Balcer sp. z o.o. na stronie 1 ww. wyjaśnień stwierdzając: „Należy podkreślić, że wymagania dla rejonu 1 i 2 są identyczne”(k.12 in fine) -w wyjaśnieniach treści oferty złożonych przez spółkę Balcer. w dniu 22 września 2020r. do których odniosła się KIO jednoznacznie wykazano, iż jedynym materiałem używanym do realizacji zamówienia będzie sól i jej pochodne.

Oświadczenia zawarte w wyjaśnieniach z dnia 22 września br. nie uszły uwadze KIO, co podkreślono w uzasadnieniu wyroku stwierdzając: W żadnym miejscu wyjaśnień Balcer sp. z o.o. nie odniosła się do innych środków, treść wyjaśnień nie wskazuje na kalkulację użycia innych środków. W toku postępowania odwoławczego Balcer sp. z o.o. również nie przedstawiła argumentacji zmierzającej do wykazania, że oferta złożona na Część 2 zamówienia obejmuje sposób realizacji zamówienia zgodny z przepisami wskazanego rozporządzenia. (...) treść rozporządzenia (...) nie pozwala na dowolny dobór środków, którymi wykonawcy posługują się przy realizacji tego typu usług, czy ich ilości.

Pismem z dnia 1 grudnia 2020r. zamawiający wezwał Balcer sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty w zakresie środków chemicznych i uszorstniających jakich wykonawca zamierza użyć do realizacji przedmiotu zamówienia.

Spółka Balcer w dniu 3 grudnia 2020r. złożyła pismo zatytułowane Wyjaśnienia będące odpowiedzią na wezwanie zamawiającego.

Zamawiający w dniu 11 grudnia 2020r. poinformował, iż ponownie uznał ofertę Balcer sp. z o.o. za najkorzystniejszą. Z pisma wynika też, że zamawiający uznał złożone przez spółkę Balcer wyjaśnienia za wystarczające. Ponowna punktacja ofert przedstawiała się następująco:

- a. Balcer sp. z o.o. uzyskała 100 pkt
- b. Odwołujący uzyskał 91,35 punktów
- c. Dromar uzyskał 73,43 punkty

Zdaniem odwołującego spółka Balcer winna być wykluczona z postępowania a jej oferta odrzucona. Treść ofert i wyjaśnienia z dnia 3 grudnia br. potwierdzają istnienie przesłanek do takiej decyzji.

Oferta Balcer sp. z o.o.

SIWZ stanowi: Szacunek ilościowy prac, został określony wyłącznie po to aby dać wykonawcom w spójną podstawę wyceny oferty. Jeżeli jednak sposób wykonania tych prac nie jest zgodny z wymaganiami podanymi w SIWZ to nawet przy uwzględnieniu takiej samej ilości prac wycena nie będzie porównywalna.

Nie może jednak zyskać akceptacji sytuacja, w której niska ceny uzyskiwana jest kosztem zastosowania rozwiązań sprzecznych z SIWZ - co ma miejsce w odniesieniu do oferty spółki Balcer - w takim przypadku oferta winna być odrzucona nie tylko na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 4 ustawy ale też na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Balcer sp. z o.o. w swych wyjaśnieniach z 22 września 2020r. w opisie sposobu wykonywania zamówienia dla Rejonu 1 oświadczył, że wykona je niezgodnie z SIWZ. Zamawiający dokonując oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę ma obowiązek zweryfikowania ich realności. Art. 90 ust. 1 i 3 ustawy nakazuje zamawiającemu badanie wyjaśnień i dowodów w przypadku, gdy cena lub jej części budzą wątpliwości - zamawiający zaniechał przeprowadzenia tych wyjaśnień.

W swych wyjaśnieniach z dnia 22 września 2020r. Balcer sp. z o.o. wskazał, m.in. że:

- a. ...przyjęto także 2 wariant szacunku (...) czyli przy wystąpieniu tzw. ostrej zimy — k.4;
- b. Przyjęta ilość środków (soli i solanki) oraz paliwa zapewnia wykonanie prac zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego. — k.5;
- c. Pługopiaskarki wyposażone są w nowoczesny sprzęt (...) których wykorzystanie umożliwia płynny dobór ilości i proporcji soli drogowej do solanki (...). Użycie solarek, które mają możliwość używania samej solanki (...) pozwala na osiągnięcie dodatkowych oszczędności - k.5;
- d. W celu zwalczania śliskości, spółka stosuje (...) środki chemiczne w postaci stałej - chlorek sodu (NaCl), dalej sól drogowa, chemiczne w postaci żwiłzonej: chlorek sodu (NaCl), dalej: sól żwiłżona, roztwór wodny chlorku sodu (NaCl) (stężenia 25%), dalej solanka. — k.7;

Obecnie poza sporem jest to, że początkowo Balcer sp. z o.o. jako jedyny środek chemiczny wskazał chlorek sodu - NaCl - (w postaci suchej, żwiłżonej i w postaci roztworu) i nie wskazał żadnego środka uszorstniającego. Taki sposób wykonania zamówienia i co za tym idzie taki sposób wyceny oferty jest sprzeczny z SIWZ. Wskazane w SIWZ rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 27 października 2005 roku w sprawie rodzaju i warunków stosowania środków, jakie mogą być używane na drogach publicznych oraz ulicach i placach (Dz. U. Nr 230 poz. 1960 stanowi w §2, że na drogach publicznych oraz ulicach i placach używa się środków nie chemicznych (piasek i kruszywo) oraz chemiczne. Środkami chemicznymi są chlorek sodu, chlorek magnezu i chlorek wapnia. Załączniki do rozporządzenia określają czas i sposób stosowania środków dopuszczonych do stosowania:

W tym miejscu odwołujący przedstawił załącznik nr 1 do powołanego rozporządzenia, który w formule tabelarycznej zawiera szczegółowe warunki stosowania środków niechemicznych oraz chemicznych w postaci stałej i załącznik nr 2,

który określa szczegółowe warunki stosowania środków chemicznych w postaci zwilżonej.

W ocenie odwołującego z załączonych tabel wynika, że rodzaj oraz stężenie stosowanego środka chemicznego uzależnione jest przede wszystkim od temperatury otoczenia i celu stosowania. Balcer sp. z o.o. jednoznacznie oświadczyła, iż stosować będzie jedynie sól drogową i jej pochodne czyli sól zwilżoną i solankę ~ oświadczenie to zostało złożone 22 września br. Rozporządzenie w sprawie rodzaju i warunków stosowania środków, jakie mogą być używane na drogach publicznych oraz ulicach i placach jednoznacznie wskazuje, iż:

a. Sól drogową, sól zwilżoną i solankę mogą być stosowane w ograniczonym zakresie, a w szczególności nie może być stosowana przy temperaturze niższej niż 10 st. Celsjusza.

b. Dla zwalczania gołoledzi, oblodzenia i przy zapobieganiu oblodzeniu sól (NaCl) nie stosuje się poniżej 6 st. C.

W ocenie odwołującego poza sporem jest to, że chlorek magnezu i chlorek wapnia są produktami droższymi niż sól, a zatem brak skalkulowania tych materiałów (pomimo założenia tzw. ostrej zimy) skutkował obniżeniem ceny. Przypomniat, iż zamawiający informował, że Szacunek ilościowy prac, został określony wyłącznie po to aby dać wykonawcom wspólną podstawę wyceny oferty. Aby oferty były porównywalne muszą dotyczyć „tego samego” - tak samo jak zaniżenie powierzchni przeznaczonych do zimowego utrzymania zniżenie ceny surowców, pominięcie materiałów uniemożliwia uzyskanie wspólnej podstawy wyceny. Tym samym oferta spółki Balcer jest nieporównywalna z innymi ofertami i nie zawiera wyceny zgodnej ze Szczegółowym Opisem Przedmiotu Zamówienia co winno skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2), 3), 6) ustawy.

Działanie Balcer sp. z o.o. jest działaniem świadomym podjętym w celu uzyskania zamówienia publicznego w sposób sprzeczny z SIWZ i sprzeczny z przepisami prawa. Tym samym oferta jest nie tylko niezgodna z SIWZ - bo sposób świadczenia jest inny niż wynikający z rozporządzenia 27 października 2005 roku ale też jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. W okolicznościach niniejszej sprawy czyn nieuczciwej konkurencji polega na tym, iż zaniechania stosowania materiałów nakazanych do zastosowania przez zamawiającego w SIWZ bezpośrednio wpłynęło na obniżenie ceny oferty. Cena była kluczowa dla uzyskania zamówienia a zatem działanie Balcer sp. z o.o. miało na celu wyeliminowanie przedsiębiorstw konkurencyjnych. Powołał orzecznictwo Izby

- wyrok z 7 lipca 2020r. sygn. akt KIO 1042/20 - wskazując, że jeżeli zatem koszty zwalczania gołoledzi, oblodzenia i działań prewencyjnych spółka Balcer ogranicza jedynie do soli, soli zwilżonej i solanki to jest to niedopuszczalne zaniżenie ceny części zamówienia wykonywanego w temperaturach poniżej 6 i poniżej 10 stopni Celsjusza.

b. wyrok (KIO 766/19 z 20 maja 2019) – wskazując, że z udostępnionych wyjaśnień wynika, że Balcer sp. z o.o. nie przewiduje stosowania chlorku magnezu i chlorku wapnia. Nawet jeśli obecnie stwierdzono by ad hoc, że jest inaczej, to byłaby to sytuacja o której mowa właśnie w przywołanym wyroku a zatem byłoby to swoiste „ukrywanie” kosztów - działanie takie jest czynem nieuczciwej konkurencji.

Treść oferty jest niezgodna z treścią SIWZ a zatem oferta Balcer sp. z o.o. winna być odrzucona. Jeżeli zamawiający wymaga stosowania chlorku magnezu i chlorku wapnia to stosowanie w to miejsce soli skutkuje koniecznością odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt Powołał wyrok z dnia 28 maja 2020r. sygn. akt KIO 555/20. Jak cytowano wcześniej na stronie 7 wyjaśnień z dnia 22 września 2020r. spółka Balcer oświadczyła, że W celu zwalczania śliskości, spółka stosuje (...) środki chemiczne w postaci stałej — chlorek sodu (NaCl), dalej sól drogową, chemiczne w postaci zwilżonej: chlorek sodu (NaCl), dalej: sól zwilżoną, roztwór wodny chlorku sodu (NaCl)(stężenia 25%), dalej solanka. - nie ma tu słowa o innych środkach chemicznych i nie chemicznych. Tym samym treść oferty jest niezgodna z treścią SIWZ i podlega odrzuceniu.

Zamawiający opracował formularz oferty - Załącznik nr 1 do SIWZ. Każdy z wykonawców musiał zatem złożyć oświadczenie woli o tożsamer treści.

a. Jednym z elementów tego oświadczenia było:

- Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: Zimowe utrzymanie dróg na terenie miasta Gliwice w latach 2020 -2022 Rejon nr 2.
- Oświadczam(y), że: załączony do specyfikacji istotnych warunków zamówienia wzór umowy - ZAŁĄCZNIK NR 5, został przeze mnie (przez nas) zaakceptowany i zobowiązuję(emy) się w przypadku wyboru mojej (naszej) oferty do zawarcia umowy na określonych w nim warunkach w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego;

Umowa wskazuje, że Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia jest jej częścią a Opis ten odsyła do rozporządzenia 27 października 2005 roku.

Jeżeli zatem Balcer sp. z o.o. nigdy nie miał zamiaru stosować środków chemicznych innych niż sól drogową, sól zwilżoną i solanka - co wynika z wyjaśnień z dnia 22 września 2020r. - to składając oświadczenie o treści zgodnej z formularzem oferty wprowadził zamawiającego w błąd co do sposobu wykonania zamówienia. Działanie takie okazało się „skuteczne” w tym sensie, że zamawiający uznał ofertę Balcer sp. z o.o. z najkorzystniejszą. Uszło uwadze zamawiającego, że oświadczenie to jest nieprawdziwe i spółka Balcer nie miała zamiaru wykonać zamówienia zgodnie z SIWZ. Co więcej dzięki temu w sposób niedopuszczalny (bo sprzeczny z SIWZ) obniżyła cenę oferty.

Podsumowując odwołujący stwierdził, że Balcer sp. z o.o. winna być wykluczona z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy a jej oferta odrzucona.

Wykluczenie spółki Balcer na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 znajduje oparcie w orzecznictwie:

- wyrok z 13 lipca 2020r. (sygn. akt KIO 1077/20) - wskazał, że zamawiający w toku postępowania nie nadużywał swoich uprawnień i nie kreowała wielu wymagań dla wykonawców. Nie wymagał m.in. opisu sposobu wykonania usługi - wystarczającym było złożenie krótkiego i jednoznacznego oświadczenia zgodnego ze wzorem. Oświadczenie złożone przez Balcer sp. z o.o. było nieprawdziwe bowiem - co zostało ujawnione w wyjaśnieniach z 22 września br. - wbrew postanowieniom SIWZ nie miała ona zamiaru stosować się do wytycznych Ministra Środowiska zawartych w rozporządzeniu z dnia 27 października 2005 roku.

- wyrok z 10 lipca 2020r. sygn. akt KIO 736/20

Analogiczna sprawa co do przedstawionej do rozstrzygnięcia odwołaniem była rozstrzygana przez KIO w sprawie KIO 2332/19. W wyroku z dnia 3 grudnia 2019r. nakazano zamawiającemu odrzucić ofertę złożoną przez ZRD Orfin sp. z o.o. sp. k. m.in. dlatego, że ...w wyjaśnieniach sposobu kalkulacji ceny kilkakrotnie wskazał, że zamierza wykonać przedmiot zamówienia w zakresie oczyszczania zimowego jedynie za pomocą soli drogowej. W cenie nie skalkulowano żadnego innego środka chemicznego, wymaganego przez powszechnie obowiązujące przepisy prawa, w postaci mieszanin z chlorkiem magnezu, czy z chlorkiem wapnia, (...).

W sprawie istnieją również przesłanki do odrzucenia oferty spółki Balcer na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy. SIWZ zawiera wymóg przygotowania się wykonawcy do realizacji zamówienia.

Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia w pkt 2 lit. g stanowi, że każdy wykonawca we własnym zakresie zobowiązany jest zabezpieczyć odpowiednią ilość środków chemicznych i uszorstniających, która wystarczy na

prowadzenie Akcji zima w ciągu całego sezonu zimowego. Innymi słowy zamawiający wymaga, by wykonawcy już teraz dysponowali zapasami soli, chlorku wapnia i chlorku magnezu.

Balcer sp. z o.o. w wyjaśnieniach z dnia 3 grudnia 2020r. stwierdziła (vide akapit drugi na str. 2) że wykonawca uzupełniał będzie ewentualne niedobory materiałów, odpowiednio wcześniej i na własny koszt. Skoro zatem już teraz spółka Balcer zakłada uzupełnianie środków chemicznych i uszorstniających to znaczy, że nie posiada odpowiedniej ilości tych wymaganych środków.

Przyjęty przez spółkę Balcer sposób realizacji zamówienia i co za tym idzie sposób wyceny jest sprzeczne z postanowieniami SIWZ co samo w sobie winno skutkować odrzuceniem oferty. Jednak działanie takie niesie za sobą dalsze konsekwencje:

- Balcer sp. z o.o. skoro nie ma zapasów środków chemicznych i uszorstniających to nie ponosi kosztów zakupu i magazynowania. Koszt magazynowania nie może być pominięty bowiem ze względu na wyjątkowo negatywne oddziaływanie chlorków na środowisko wymagają one składowania w zadaszonych, zgodnych z normami ekologicznymi magazynach. Podsumowując odwołujący stwierdził, że działanie spółki Balcer jest czynem nieuczciwej konkurencji - co winno skutkować odrzuceniem oferty.
- Ponieważ pomimo wymagań zawartych w SIWZ nie wyceniono istotnych pozycji kosztowych (tj. koszt zakupu, koszt magazynowania) to oferta zawiera tym samym błąd w obliczeniu ceny (kosztu) - co winno skutkować odrzuceniem oferty.

Balcer sp. z o.o. w wyjaśnieniach z 22 września 2020r. jednoznacznie stwierdził, że:

- a. wymagania dla rejonu 1 i 2 są identyczne i że będzie stosowała jedynie sól i jej pochodne
- b. poszczególne stawki zostały oszacowane na podstawie analizy kosztów poniesionych w ciągu ostatnich lat podczas prowadzenia Akcji Zima na ww. Rejonie oraz rejonach porównywalnych — str. 3,
- c. Na podstawie wiedzy i doświadczenia oraz analizy ostatnich 5 sezonów wykonywania usługi zimowego utrzymania dróg, dokonano ustalenia potencjalnej średniorocznej liczby dób prowadzenia akcji dla całego rejonu i przejazdów jednorazowych oraz ilości materiałów użytych do zapobiegania śliskości — załącznik nr 1. Zestawienie obrazuje faktyczną liczbę zlecanych usług. Z uwagi na występowanie w ostatnich latach łagodnych zim, przyjęto średnią liczbę poszczególnych usług (liczby zleconych przez zamawiającego Dób Prowadzenia Akcji Zima oraz Przejazdów Jednorazowych), jako realną podstawę do kalkulacji. Ponieważ liczba zlecanych usług wpływa bezpośrednio na przewidywane zyski oraz poniesione koszty, w celu należytego wyliczenia stawek, w kalkulacji przyjęto także 2 wariant szacunku dla konieczności prowadzenia Akcji zima przy zwiększeniu się liczby zlecanych usług — czyli przy wystąpieniu tzw. ostrej zimy. Cenę skalkulowano także przy uwzględnieniu zróżnicowanych warunków pogodowych występujących na przestrzeni analizowanych 5 lat — trak strona 4.

W wyjaśnieniach z 3 grudnia 2020r. spółka Balcer nie „odcina się” od wcześniejszych twierdzeń a zatem poza sporem jest to, że ceny są pochodną danych pogodowych, którym rzekomo dysponuje. SIWZ nie daje możliwości takiego ustalenia ceny, a zatem sposób obliczenia ceny jest sprzeczny z SIWZ. Przedmiot zamówienia jakim jest zimowe utrzymanie dróg, sposób jego wykonania jest uzależniony od zmiennych, nieprzewidywalnych warunków pogodowych. Ilość prac jest wymuszana przez naturę i nikt nie jest w stanie ilości tych prac przewidzieć. Praktyce oznacza to, że nawet jeśli ostatnich 5 lat było łagodnych to obecna zima może mieć odmienny przebieg. Nieprzewidywalność pogody wyłącza całkowicie możliwość dokładnego skalkulowania kosztów. Nikt na świecie nie potrafi przewidzieć jakie będą warunki pogodowe konkretnego dnia a tym bardziej jak będzie się kształtować pogoda w całym roku. Żaden instytut meteorologiczny nie podpisze się pod taką prognozą. Nikt nie potrafi tego przewidzieć. Jeżeli zatem cena została ustalona na podstawie „własnej symulacji pogodowej” spółki Balcer to jest to działanie sprzeczne z SIWZ choćby dlatego, że dane takie nie są dostępne zamawiającemu (nie wiadomo czy pozwalają na obliczenie ceny zgodnie z wymaganiami zamawiającego) i nie są dostępne innym wykonawcom, czyli oferty nie są porównywalne). W efekcie tych działań Balcer sp. z o.o. zaniżyła swoje ceny, czemu winien przeciwstawić się zamawiając przez odrzucenie tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2), 3), 4), 6) ustawy.

Odwołujący wskazał, że Izba w wyroku z 9 listopada 2020r. nakazała zamawiającemu wezwanie Balcer sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie - zgodnych co do rodzaju, sposobu i okoliczności stosowania z rozporządzenia 27 października 2005 roku - środków przeznaczonych do realizacji zamówienia. Z wyjaśnień złożonych przez spółkę Balcer nie wynika, jakie konkretnie środki chemiczne i niechemiczne zostaną przez Spółkę wykorzystane. Pomimo pozornej obszerności, brak jest informacji co do sposobu magazynowania, zasad użycia, ilości zapasów etc. Wyjaśnienia mają charakter ogólny, w znacznej mierze stanowią powtórzenie treści SIWZ i odnoszą się do sposobu magazynowania, zasad użycia, obowiązujących przepisów prawa. Odwołanie się do tego, że Firma Balcer potwierdza, że nie tylko znane są jej przytoczone wyżej normy ale po raz kolejny zapewnia, że wykona, tak jak dotychczas to czyni, przedmiot zamówienia zgodnie z obowiązującymi przepisami. Technicznie rzecz ujmując oświadczenia takie są wtórne do oświadczeń zawartych w formularzu oferty a zatem nie wnoszą niczego nowego i nie stanowią wyjaśnienia treści oferty. Gdyby treść oferty była wystarczająca, to KIO nie nakazywałoby dalszych wyjaśnień.

W wyjaśnieniach z 3 grudnia 2020r. brak wskazania konkretnych środków chemicznych jakie znajdą zastosowanie. Spółka Balcer w swoich wyjaśnieniach powołała się na wyjaśnienia z dnia 22 września 2020r. oraz wyrok KIO 2598/20, który nie może z definicji rzeczy zastąpić w tym przypadku wyjaśnień wykonawcy co do materiałów przeznaczonych do użycia w trakcie realizacji zamówienia.

Nie jest zasadnym przyjęcie za prawdziwe i wystarczające twierdzenia Balcer sp. z o.o. jakoby użyte w treści poprzednich wyjaśnień z dnia 22 września 2020r. pojęcie soli (sól), zostało zastosowane jako równoważne dla soli (NaCl) jak i wszystkich konfiguracji chemicznych (NaCl w tym w szczególności chlorku wapnia (CaCl₂), i chlorku magnezu (MgCl₂)). Takiego wyjaśnienia nie można przyjąć, ponieważ wskazane środki, czyli NaCl - chlorek sodu, CaCl₂ - chlorek wapnia, MgCl₂ - chlorek magnezu, to różne środki chemiczne i nie są one ani podobne ani równoważne z uwagi na różny skład, sposób działania, sposób wytworzenia, a przede wszystkim cenę. Przykładowo można użyć słowa „paliwo” na określenie benzyny i oleju napędowego, a nie można (i nikt tego nie robi) używać słowa „benzyna” zamiennie z „olejem napędowym”.

Tłumaczenie spółki Balcer jest także w tym przypadku niewiarygodne tym bardziej, że sam chlorek sodu (NaCl) ma wiele różnych odmian. Może być pozyskiwany z kopalń, droga przemysłowa w wyniku reakcji chemicznych, droga przemysłowa w wyniku reakcji fizycznych. Na rynku jest kilkadziesiąt rodzajów chloru sodu (NaCl). Dokładnie tak samo ma się sprawa z chlorkiem wapnia (CaCl₂) i chlorkiem magnezu (MgCl₂), a sytuacje komplikuje łączenie tych różnych środków chemicznych w różnych konfiguracjach. W udzielonej odpowiedzi wykonawca nie przedstawił żadnej informacji w tym zakresie. Nie ma w dotychczas złożonych wyjaśnieniach treści oferty odpowiedzi na pytanie; Jakże konkretnie materiały będą przez wykonawcę używane?.

Można zatem założyć, że ta część przedmiotu zamówienia - tj. stosowanie środków innych niż sól drogowa i jej pochodne - jest spółce Balcer mało znana. Domniemanie to jest potwierdzone choćby tym, że w udzielnych oświadczeniach w sposób nieprawidłowy, błędny przedstawił symbol chemiczny chlorku magnezu. W wyjaśnieniach na stronie 4 wskazał jego nazwę chemiczną jako $MgCl_{2N}$, gdy w rzeczywistości jest on oznaczany jako $MgCl_2$.

Wykonawca, który dysponuje odpowiednią ilością środków chemicznych, która ma być zabezpieczona na cały sezon jest w stanie wskazać konkretnie jakiego rodzaju środki chemiczne i niechemiczne będzie stosował. Jeżeli środki te pochodzą z legalnych źródeł to wykonawca dysponuje odpowiednimi certyfikatami dopuszczającymi te środki do użycia na drogach publicznych a stosowanie wyrobów niecertyfikowanych nie jest dopuszczalne. W przypadku środków chemicznych ich nieprawidłowy rodzaj lub wadliwy sposób zastosowania może spowodować skażenie środowiska naturalnego lub stworzyć zagrożenie dla ludzi i zwierząt. W wyniku reakcji (różnych) soli, ich rozpadu powstają szkodliwe dla środowiska i ludzi kwasy. Na rynku istnieje wielu producentów środków chemicznych, które nie mogą być alternatywą obniżającą cenę ze względu na brak dopuszczenia do użycia na drogach z uwagi na konieczność zachowania szczególnego bezpieczeństwa. Balcer sp. z o.o. nie wykazał, że ma zabezpieczone certyfikowane (dopuszczone) środki chemiczne.

Z opisu przedmiotu zamówienia wynika, iż zamawiający wydzielił 4 składniki - części cenotwórcze. Za kluczowe i istotne części należy uznać (zgodnie z załącznikiem nr 12b) cenę za: Doba Akcji zima, Przejazd jednorazowy. Koszt stałej gotowości — jako pochodna od ceny Doba Akcji zima i ceny Przejazd jednorazowy oraz Pozimowe zamykanie. Ponieważ Koszt stałej gotowości to 1% sumy elementu Doba Akcji zima Przejazdu jednorazowego to zaniżając jedną z tych pozycji uzyskuje się więcej punktów w kryterium Koszt stałej gotowości.

Z art. 90 ust. 1 ustawy wynika, iż ustawodawca odniósł pojęcie rażąco niskiej ceny zarówno do ceny oferty jak i istotnej części składowej ceny. W przypadku cen zaoferowanych przez Balcer sp. z o.o. zdaniem odwołującego mamy do czynienia z przypadkiem manipulowania cenami jednostkowymi przez nieuzasadnione założenie, że wykonawca ten potrafi ustalić i przewidzieć jakie warunki pogodowe wystąpią i jakie czynności będzie podejmował w latach 2020 - 2022, a także przez nieprawidłowe wycenienie ceny, zaniżenie cen materiałów, które jest zobowiązany użyć.

Z analizy cen ofert i ich istotnych elementów składowych wynika, że najniższą cenę w zakresie czynności Przejazd jednorazowy złożyła firma Balcer sp. z o.o. na Rejon 2. Pozycja ta jest istotną częścią składową ceny oferty i jest zaniżona co winno skutkować odrzuceniem oferty.

a. W przeliczeniu na 100 tys. m :

- cena zaoferowane przez spółkę Balcer wynosi 883,05 zł,
- cena zaoferowana przez Dromar wynosiła 2 100,00 zł.

Wykorzystując metodę średniej arytmetycznej cen z Rejonu 1 i 2 uzyskujemy średnią wartość 1 414,68 zł. Stosunek procentowy ceny firmy Balcer sp. z o.o. z Rejonu 2 do średniej arytmetycznej cen w tej kategorii usługi wynosi 62,42 %.

Ma więc to bez wątpienia znamiona rażąco niskiej ceny i powinno być co najmniej wyjaśnione - w załączeniu Szczegółowa analiza cen jednostkowych netto Przejazdu jednorazowego — potwierdzająca słuszność postawionych zarzutów.

Cena jednostkowa za Przejazd jednorazowy nie może być przedmiotem manipulacji lub rozważań, co do przebiegu realizacji przyszłej umowy, a jej wartość powinna być wyznacznikiem realnych kosztów, które zostaną poniesione przez wykonawcę. Zaoferowana przez firmę Balcer sp. z o.o. cena w tej części jest o prawie 40% niższa od średniej arytmetycznej cen innych Wykonawców. Tak wysoki stosunek pozwala domniemać, że nie jest ona prawidłowo ustalona lub też, że zaniżono ją świadomie by uzyskać zamówienie z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji. Cena ta jest elementem strategii, która ma zagwarantować wygraną firmie Balcer sp. z o.o. z naruszeniem ustawy. Wnioskując z treści złożonych wyjaśnień można powiedzieć, że oferta spółki Balcer w zakresie „Przejazdu jednorazowego” jest ceną nierealistyczną z tego powodu, że jej wycenienie oparto na przekonaniu poprawności obserwacji własnych spółki Balcer w zakresie pogody. Balcer sp. z o.o. również nie przedstawiła tych obserwacji.

Na negatywną ocenę złożonych wyjaśnień ma też brak wskazania konkretnych środków chemicznych i uszorstniających, które miałyby być stosowane przez spółkę Balcer. Ma to istotne i zasadnicze znaczenie dla wartości usługi, a także i przede wszystkim powinno potwierdzać, że usługa ta będzie bezpieczna dla ludzi i środowiska.

W dniu 21 grudnia 2020r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 23 grudnia 2020r. wykonawca Balcer spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach zgłosił swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego wnosząc o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4 i 5 ustawy, ewentualnie o oddalenie odwołania w całości. Wskazał, że środki ochrony prawnej, o których mowa w Dziale VI ustawy przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. W przedmiotowym postępowaniu dotyczącym Rejon 2, na wynik którego zostało wniesione odwołanie, oferta przystępującego została uznana za najkorzystniejszą. Tym samym przystępujący ma uzasadniony interes w uzyskaniu tego zamówienia publicznego bowiem w przypadku uwzględnienia odwołania przez zamawiającego (z naruszeniem przepisów prawa), poniósłby szkodę nie tylko związaną z poniesionymi dotychczas kosztami uczestnictwa w postępowaniu ale również utratą zakładanego zysku z realizacji przedmiotowego zamówienia.

W uzasadnieniu wniosku o odrzucenie odwołania wskazał, że podniesione w Części IV pkt 1 – 7 odwołania, stanowią te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izby w wyroku KIO z dnia 9 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2598/20 i dotyczyły przedmiotowego postępowania oraz zostały wniesione przez tego samego odwołującego się.

Dodatkowo podniósł, iż przedmiotowe zarzuty z pkt 1-7 odwołania są identyczne z zarzutami postawionymi w odwołaniu z dnia 12 października 2020 r.

Ponadto zarzut podniesiony w Części IV pkt 8 odwołania (naruszenie art. 90 ust. 1 i ust. 3 ustawy), a dotyczącego rażąco niskiej (istotne części składowe ceny oferty), uniemożliwiającej wykonanie zamówienia w Rejonie 2 zgodnie z wymaganiami zamawiającego, jest chybiony, a na pewno spóźniony.

Wobec niezmienionej treści oferty przystępującego oraz warunków określonych przez zamawiającego w dokumentacji przetargowej, postawienie tego zarzutu, jeżeli w ogóle miało być złożone, to powinno nastąpić we wniesionym w dniu 12 października odwołaniu (dalej też - pierwsze odwołanie), a nie dopiero na obecnym etapie postępowania, zwłaszcza, że w procesie badania oferty przystępującego zakres rażąco niskiej ceny był przedmiotem złożonych przez niego wyjaśnień na wezwanie zamawiającego, co odwołujący przywołuje w Części II pkt. 5 pierwszego odwołania. Odwołujący wiedział zatem o prowadzonej przez zamawiającego procedurze wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 ustawy i nie podniósł w pierwszym odwołaniu żadnych zarzutów w tym zakresie. W tym stanie rzeczy przedmiotowy zarzut należy uznać za spóźniony.

Z taką samą sytuacją, mamy do czynienia w pkt 23 do 25 odwołania, w których to odwołujący podnosi również spóźnione

zarzuty w zakresie kalkulacji ceny.

Wyjaśnienia złożone przez przystępującego, zgodnie z żądaniem zamawiającego w ślad za wyrokiem KIO 2598/20, nie miały jakiegokolwiek wpływu na zmianę okoliczności mogących stanowić podstawę do wniesienia nowego odwołania.

Powołanie się zatem przez odwołującego, na te same okoliczności co w pierwszym odwołaniu, nie może stanowić nowej podstawy do podjęcia badania przedmiotowego odwołania przez Izbę.

Nową okolicznością nie jest również podniesiony przez odwołującego zarzut, dotyczący zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty przystępującego w trybie art. 90 ust. 3 w zw. z ust. 1 ustawy. Odwołanie dotyczy zatem czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby. Tym samym zarzuty podniesione w odwołaniu w stosunku do czynności podjętych bądź zaniechanych przez zamawiającego, są chybione i nie zasługują na uwzględnienie. Zgłoszenie zostało wniesione przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 22 grudnia 2020r.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. siwz, wyjaśnień przystępującego z dnia 22 września 2020r. i 3 grudnia 2020r. Izba ustaliła także treść wyroku w sprawie sygn. akt KIO 2598/20.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 12 października 2020 r. odwołujący wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego dokonanych w ramach części zamówienia opisanej jako Rejon nr 2.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz naruszeniem zasady proporcjonalności i przejrzystości, a w konsekwencji dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób sprzeczny z ustawą,

2.art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 2 pkt 5) ppkt a) ustawy ze względu na wybór oferty złożonej przez Balcer sp. z o.o., która nie jest najkorzystniejszą w rozumieniu ustawy i SIWZ,

3.art. 24 pkt 17 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez brak zastosowania tych przepisów i zaniechanie wykluczenia wykonawcy Balcer sp. z o.o. z postępowania, pomimo iż wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd w ten sposób, że w celu uzyskania zamówienia zaniżył cenę przez zastosowanie innego niż wymagany sposób wykonania zamówienia.

4.art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez brak zastosowania tego przepisu

i zaniechanie odrzucenia oferty Balcer sp. z o.o., pomimo iż oferta jest niezgodna z treścią SIWZ,

5.art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy przez brak zastosowania tego przepisu

i zaniechanie odrzucenia oferty Balcer sp. z o.o., pomimo iż złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,

6.art. 89 ust. 5 i 24 ust. 4 ustawy przez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Balcer sp. z o.o., pomimo, iż Balcer sp. z o.o. podlega wykluczeniu

z postępowania,

7.art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy przez brak zastosowania tego przepisu

i zaniechanie odrzucenia oferty Balcer sp. z o.o., pomimo iż oferta nie uwzględnia wszystkich pozycji wynikających ze Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia, co jest sprzeczne

z postanowieniami Rozdziału 17 pkt 2) SIWZ.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu

w zakresie Rejonu nr 2:

- 1.Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2.Dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert,
- 3.Wykluczenia Balcer sp. z o.o. z postępowania,
- 4.Odrzucenia oferty złożonej przez Balcer sp. z o.o.,
- 5.Dokonania wyboru oferty odwołującego.

Odwołujący w sprawie sygn. akt KIO 2598/20 podniósł analogiczną argumentację faktyczną i prawną jak w pkt I ppkt. 1 i 2 oraz pkt. III ppkt. 1-13 bieżącego odwołania i na tym wyczerpał treść uzasadnienia w sprawie sygn. akt KIO 2598/20.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Balcer Sp. z o.o.

Z ustaleń Izby w sprawie sygn. akt KIO 2598/20 wynika, że wartość przedmiotowego zamówienia została oszacowana przez Zamawiającego na kwotę 36 242 111,11 zł, co stanowi równowartość 8 489 005,48 euro, w tym Część 2 została oszacowana na 1 759 629,63 zł, co stanowi równowartość 412 158,82 euro (pkt 2 Protokołu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego). Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości brutto 27 958 200,00 zł brutto, w tym na Część 2 zamówienia 1 900 400,00 zł. zł (pkt 11 Protokołu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego).

W terminie na składanie ofert oferty na Rejon 2 złożyło trzech wykonawców:

- Odwołujący z ceną 1 937 470,60 zł,
- M. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ZUDIK Dromar K. M. z ceną 3 146 342,08 zł,
- Balcer sp. z o.o. z ceną 1 754 924,40 zł.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że zaistniały podstawy do jego uwzględnienia.

W przedmiotowej sprawie rozstrzygnięcia wymagało przede wszystkim zagadnienie, czy zaistniały podstawy do zbadania przez Zamawiającego oferty Balcer sp. z o.o. pod kątem sposobu realizacji zamówienia.

Izba stwierdziła, że z treści SIWZ w sposób jednoznaczny wynikał wymóg zabezpieczenia odpowiedniej ilości środków chemicznych i uszorstniających w ciągu całego sezonu zimowego. Zgodnie z pkt 2 lit. g Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia, wykonawca we własnym zakresie zobowiązany jest zabezpieczyć odpowiednią ilość środków chemicznych i uszorstniających, która wystarczy na prowadzenie Akcji Zima w ciągu całego sezonu zimowego. Zamawiający w tym miejscu wskazał ponadto, że wykonawca przy realizacji przedmiotu zamówienia zobowiązany jest do stosowania m.in. rozporządzenia w sprawie rodzaju i warunków stosowania środków, jakie mogą być używane na drogach publicznych, ulicach i placach. Przedmiotowe rozporządzenie określa m.in. rodzaje środków chemicznych, jakie mogą być używane, oraz warunki ich stosowania. Zgodnie z §2 ww. rozporządzenia, na drogach publicznych oraz ulicach i placach używa się następujących rodzajów środków: niechemiczne (piasek o średnicy od 0,1 do 1mm, kruszywo naturalne lub sztuczne o uziarnieniu do 4mm), chemiczne w postaci stałej (chlorek sodu, chlorek magnezu, chlorek wapnia), chemiczne w postaci zwiłżonej (chlorek sodu, chlorek magnezu, chlorek wapnia), a także mieszkanki

środków niechemicznych i chemicznych. Z treści załączników do ww. rozporządzenia określających szczegółowe warunki stosowania poszczególnych środków wprost wynika, że chlorek sodu nie znajduje zastosowania w poszczególnych warunkach, jakie mogą zaistnieć w sezonie zimowym, że zastosowanie powinny znaleźć także chlorek wapnia i chlorek magnezu.

Rozpoznając przedmiotową sprawę Izba miała na uwadze, że Odwołujący oparł swoje zarzuty o wyjaśnienia Balcer sp. z o.o. z dnia 22 września 2020 r. złożone w ramach Części 1 zamówienia. Izba uznała jednak, że złożone przez Balcer sp. z o.o. wyjaśnienia

w Części 1 zamówienia mogą i powinny budzić wątpliwości zamawiającego także w ramach oceny ofert w Części 2 ze względu na okoliczność, że obie części miałyby realizować ten sam wykonawca, z dużym prawdopodobieństwem w analogiczny sposób, przy użyciu tych samych materiałów, które zadeklarował w ramach Części 1. Powyższe potwierdziła Balcer sp. z o.o. na stronie 1 ww. wyjaśnień stwierdzając: „Należy podkreślić, że wymagania dla rejonu 1 i 2 są identyczne.”. W treści przedmiotowych wyjaśnień Balcer sp. z o.o. odpowiadając na zapytanie zamawiającego o sposób kalkulacji ceny zaoferowanej za realizację przedmiotu zamówienia w Części 1 wskazała wyłącznie na środki w postaci soli i solanki. W żadnym miejscu wyjaśnień Balcer sp. z o.o. nie odniosła się do innych środków, treść wyjaśnień nie wskazuje na kalkulację użycia innych środków. W toku postępowania odwoławczego Balcer sp. z o.o. również nie przedstawiła argumentacji zmierzającej do wykazania, że oferta złożona na Część 2 zamówienia obejmuje sposób realizacji zamówienia zgodny z przepisami wskazanego rozporządzenia. W tym miejscu zauważenia wymaga, że treść rozporządzenia w sprawie rodzaju i warunków stosowania środków, jakie mogą być używane na drogach publicznych, ulicach i placach nie pozwala na dowolny dobór środków, którymi wykonawcy posługują się przy realizacji tego typu usług, czy ich ilości.

Izba stwierdziła, że ze względu na analogiczne wymagania określone przez zamawiającego dla Części 1 i Części 2, oświadczenia Balcer sp. z o.o. w zakresie materiału, jakiego zamierza użyć i jaki skalkulował w cenie oferty w Części 1 zamówienia, powinny stać się podstawą do powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do zaoferowania przez Balcer sp. z o.o. prawidłowego sposobu realizacji zamówienia w Części 2. Wątpliwości te powinny zostać wyjaśnione w trybie przewidzianym w art. 87 ust. 1 ustawy. Obowiązkiem zamawiającego jest stworzenie na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ram dla uczciwego konkurencyjnego wykonywania usług przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, a obowiązkiem wykonawców jest właściwe konkurencyjne wykonywanie o wybór ich ofert.

Izba miała na względzie, że odwołujący nie wskazał na naruszenie przez zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy, jednak odwołujący podniósł zarzuty dalej idące, zmierzające do wykluczenia Balcer sp. z o.o. z postępowania i odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę. Izba uznała jednak, że przed dokonaniem tak daleko idących czynności, zamawiający zobowiązany jest wezwać Balcer sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w spornym zakresie. Zasadność takiego wezwania wykazał odwołujący przytoczonymi okolicznościami faktycznymi. Zauważyć należy, że Krajowa Izba Odwoławcza nie jest związana podstawą prawną podaną przez odwołującego przy dokonywaniu kwalifikacji naruszenia prawa przez zamawiającego. Sąd Najwyższy w swoich orzeczeniach podkreśla, iż sąd nie jest związany wskazaną przez powoda podstawą prawną roszczenia – przeciwnie, sąd jest obowiązany rozpatrzyć sprawę wszechstronnie i wziąć pod uwagę wszystkie przepisy prawne, które powinny być zastosowane w rozważanym przypadku (por. wyroki Sądu Najwyższego: z 13 lipca 2005 r., sygn. akt I CK 132/05, z 2 grudnia 2005 r., sygn. akt II CK 277/05, z 29 października 2008 r., sygn. akt IV CSK 260/08, z 27 marca 2008 r., sygn. akt II CSK 524/07, z 12 grudnia 2008 r., sygn. akt II CSK 367/08, z 19 marca 2012 r., sygn. akt II PK 175/11, z 28 marca 2014 r., sygn. akt III CSK 156/13). Przenosząc ten pogląd na grunt postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą Izba stwierdziła, że jest uprawniona do orzekania w sytuacji, gdy okoliczności faktyczne, podniesione w zarzutach odwołania, a także opis czynności lub zaniechań Zamawiającego, wskazują na faktyczne naruszenie przepisów ustawy.

Z uwagi na fakt, że wyjaśnienia Balcer sp. z o.o. zostały złożone w ramach oceny ofert w Części 1 zamówienia, nie mogły one stanowić podstawy do nakazania przez Izbę wykluczenia Balcer sp. z o.o. czy odrzucenia złożonej przez tego wykonawcę oferty. Tak daleko idące decyzje zamawiający zobowiązany będzie ewentualnie powziąć po otrzymaniu wyjaśnień treści oferty i ich ocenie.

Z treści siwz wynika, że :

3.1 . Przedmiotem zamówienia jest zimowe utrzymanie dróg o łącznej długości ok. 436 km i powierzchni 3 494 743,45 m² oraz dróg wewnętrznych o długości ok. 40 km i powierzchni 186 196,50 m² na terenie Miasta Gliwice. Zamawiający zleca wyłącznie usługi mieszczące się w zakresie PKWiU 81.29.12.0 -Usługi zamykania śmieci i usuwania śniegu. W ramach rejonów wykonawcy realizować będą zimowe utrzymanie 175 dróg 1 kategorii, 89 dróg 2 kategorii oraz 436 dróg 3 kategorii. Odsnieżaniem objęte jest 700 ulic dróg publicznych na terenie miasta wraz z miejscami parkingowymi, chodniki i ścieżki rowerowe o łącznej powierzchni 716 281 m² oraz 392 przystanki komunikacji miejskiej. Utrzymaniem objęte są również lokalizacje dróg niepublicznych — wewnętrznych zarządzanych przez Zamawiającego. Uruchamianie Akcji Zima przez Zamawiającego obejmuje uruchomienie jednej doby utrzymania zimowego całego rejonu lub jednorazowego przejazdu przez cały rejon. Zamówienie będzie realizowane w podziale na zadania, przy czym każdemu spośród zadań odpowiada jeden rejon odsnieżania. WYKAZ W-1 stanowiący Załącznik nr 10 do SIWZ - zawiera szczegółowy wykaz wszystkich rejonów. Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia zawiera załącznik nr 6 do SIWZ Zamawiający określa prowadzenie Akcji Zima w okresie od 1 października do 30 kwietnia każdego roku trwania umowy

3.2. Wykonawcy lub podmioty występujące wspólnie mogą składać Oferty na wybrane przez siebie maksymalnie 4 zadania. Oferta złożona na więcej niż 4 zadania zostanie przez zamawiającego odrzucona.

17. Opis sposobu obliczania ceny

2) cenę podaną w ofercie należy obliczyć, uwzględniając zakres zamówienia określony w niniejszej specyfikacji, Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia oraz Wykazie W1

7) Szacunek ilościowy prac określony w Formularzu cenowym - Zał Nr 12a-I, został określony wyłącznie po to aby dać Wykonawcom wspólną podstawę wyceny oferty. Liczba zamawianych usług może ulec zmianie w trakcie realizacji umowy, jednakże wartość całkowita zamówienia nie może przekroczyć kwoty przeznaczonej na to zadanie w budżecie Zamawiającego

19. Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert

1) przy wyborze oferty zamawiający będzie kierował się następującymi kryteriami i ich znaczeniem:

cena (suma cen doby, przejazdu jednorazowego, zamykania i stałej gotowości) Waga 60,00

czas rozpoczęcia prac w Rejonie Waga 30,00

czas ukończenia pozimowego zamykaniawaga 10,00

Ze szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia wynika:

2. Przygotowanie techniczne, potencjał osobowy i zakres usług.

g) Wykonawca we własnym zakresie zabezpieczy odpowiednią ilość środków chemicznych uszorstniających, która wystarczy na prowadzenie Akcji Zima w ciągu całego sezonu zimowego. Wykonawca przy realizacji przedmiotu zamówienia zobowiązany jest do stosowania:

- Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 27 października 2005 roku w sprawie rodzaju i warunków stosowania środków, jakie mogą być używane na drogach publicznych oraz ulicach i placach (Dz. U. Nr 230 poz. 1960). Na drogach publicznych i ulicach środki chemiczne powinny być stosowane w sposób najmniej szkodzący terenom zielonym oraz drzewostanowi. Posypywanie nawierzchni piaskiem bądź środkami chemicznymi powinno zostać poprzedzone mechanicznym odgarnięciem śniegu.

- Ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody (Dz. U. z 2009 r. Nr 151. poz. 1220 ze zm.).

Środki chemiczne powinny być stosowane w sposób najmniej szkodzący terenom zielonym. Stosujący je w sposób znacząco szkodzący, podlega karze aresztu lub grzywny/podmiot/osoba. Materiały chemiczne stosowane w ramach Akcji Zima, muszą być składowane w odpowiednich, ekologicznych magazynach, nie powodujących uciążliwości dla środowiska. Wykonawca uzupełniał będzie ewentualne niedobory materiałów, odpowiednio wcześniej i na własny koszt. Wykonawca w ZESTAWIENIU MIESIĘCZNYM przedstawi Zamawiającemu pisemną informację dotyczącą ilości zużytego materiału.

3. Potencjał techniczny

Zamawiający określa minimalne ilości pojazdów, natomiast Wykonawca posiada wiedzę i doświadczenie oraz zna topografię miasta i oszacuje odpowiednią maksymalną ilość sprzętu do prawidłowego wykonania prac na terenie miasta Gliwice. Wytyczne ogólne dla rejonów drogowych: Wszystkie samochody lub ciągniki muszą mieć dopuszczalną masę całkowitą min. 3,5 t i moc min. 90 KM. Wszystkie piaskarki muszą być przystosowane do posypywania ulic zwilżoną solą (muszą posiadać możliwość sypania soli z solanką bądź stosowania samej solanki). Pługi do odśnieżania muszą mieć możliwość sterowania z kabiny kierowcy ruchami prawo/lewo oraz góra/dół

Dodatkowo:

Rejon nr 1 i 2 jedna jednostka musi być wyposażona w pług, bądź zestaw plugów o min. szerokości roboczej 4 m (przybliżona szerokość rzeczywista pluga — plugów — ok. 5 m) dwa pozostałe pojazdy mają mieć pługi o min. szerokości roboczej 3 m (szerokość rzeczywista pluga ok. 4 m), jedna jednostka musi być wyposażona w piaskarkę o pojemności zbiorników na solankę min. 5m³ oraz w zestaw dodatkowych dysz, które umożliwiają polanie drogi samą solanką w zakresie szerokości 3 + 12 m dla każdego rejonu wymagany jest pług wirnikowy, który umożliwia bezpośredni załadunek śniegu na pojazd, dla każdego rejonu wymagana jest koparka ładowarka, bądź ładowarka o pojemności łyżki min 0,9 m³ dla każdego rejonu wymagany jest samochód samowyladowczy (wywrotka) o DMC od 18 do 40 ton. Może być jeden z pojazdów używanych jako plugo - piaskarka, dla każdego rejonu wymagana jest przyczepka sygnalizacyjna wyposażona w tablice zmiennej treści, wszystkie piaskarki muszą być wyposażone dodatkowo w lampy błyskowe wczesnego ostrzegania oraz lampy ostrzegawcze barwy pomarańczowej, zamontowane na dachu pojazdu oraz z tyłu posypywarki, dwa pojazdy muszą być o mocy min. 280 KM.

W dniu 18 września 2020r. zamawiający wezwał przystępującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaferowanej ceny dla Rejonu I.

W dniu 22 września 2020r. przystępujący złożył następujące wyjaśnienia dotyczące Rejonu I, w których wskazywał, że z uwagi na średnią arytmetyczną cena nie powinna budzić wątpliwości zamawiającego, oparł się na porównaniu zadań drogowych, w których zamawiający w siwz zawarł analogiczne do bieżących wymagania. Zwłaszcza w zakresie opisanym w szczegółowym opisie zamówienia – załącznik nr 7 do SIWZ, i w zakresie przygotowania technicznego, potencjału osobowego i zakresu usług.

Podkreślił, że wymagania dla rejonu 1 i 2 są identyczne.

Tabela 1. – Zestawienie szacunkowej wartości poszczególnych zadań i kwot w ofertach

Tabela 2. – Kwota za usługę za usługę w przeliczeniu na 1 m² rejonu

Oparł wyliczenie ceny na szczegółowym kosztorysie, na podstawie analizy kosztów w ciągu ostatnich lat prowadzenia akcji zima. Przyjęta przez spółkę szczegółowa kalkulacja zawierająca składniki cenotwórcze - koszty bezpośrednie i pośrednie oraz przewidywany zysk zawiera obejmuje: - kalkulację dla jednej usługi (Doba Prowadzenia Akcji Zima, Przejazd Jednorazowy) - - okres całego sezonu wykonywania usługi, tj. okres od października do kwietnia. Szczegółowe wyliczenia zawiera załącznik nr 2. Na podstawie wiedzy i doświadczenia oraz analizy ostatnich 5 sezonów wykonywania usługi zimowego utrzymania dróg, dokonano ustalenia potencjalnej średniorocznej liczby dób prowadzenia akcji dla całego rejonu i przejazdów jednorazowych oraz ilości materiałów użytych do zapobiegania śliskości - załącznik nr 1. Cenę skalkulowano także przy uwzględnieniu różnicowych warunków pogodowych występujących na przestrzeni analizowanych 5 lat. Przyjęto założenie, że Zamawiający w przypadku wystąpienia trudnych warunków pogodowych (gołoledź, opady śniegu) uruchamia „Dobę Prowadzenia Akcji Zima”, natomiast prowadzenie akcji w przypadku przejazdu jednorazowego jest zdarzeniem incydentalnym, w sytuacji wystąpienia konieczności zabezpieczenia ciągów komunikacyjnych profilaktycznie, w związku z prognozowanym wystąpieniem krótkotrwałych zdarzeń pogodowych, przed wystąpieniem zjawiska śliskości zimowej, np. poranne osadzenie się szronu na jezdni. Podkreślił, że nawet w najbardziej kosztownym przypadku realizacji usługi został skalkulowany zysk. Należy podkreślić, że przyjęte zużycie soli zwilżonej w kalkulacji dla Przejazdu Jednorazowego dla całego sezonu jest średnim dawkowaniem stosowanym w ubiegłych latach na rejonie 1 - DTS. Przedstawiony najbardziej kosztowny wariant (wariant 4) wykonania usługi podczas ostatnich 5 lat wykonywania usługi nie wystąpił. Spółka posiada zapasy soli z zeszłej zimy (dzięki temu, że zima była słaba), które w dużej mierze zaspokoją jej zapotrzebowanie na okres jednego sezonu zimowego na rejon 1 (DTS).

Wysokość wynagrodzenia pracowników przyjęta do ustalenia ceny, nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r. - r. tj. 17 zł za godzinę pracy / 2600 zł brutto obowiązującego na dzień składania ofert oraz nie jest niższa niż wynikająca z rozporządzenia w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 r. tj. 18,30 za godzinę pracy / 2800 zł brutto.

Wybrane rozwiązania techniczne. Istotnym czynnikiem, który pozwolił oszacować cenę na konkurencyjnym poziomie, jest okoliczność dysponowania własnym rozbudowanym i nowoczesnym zapleczem maszynowo-sprzętowym. Wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy wynikają m.in. z bliskiej odległości bazy materiałowo-sprzętowej od miejsca prowadzenia prac. Baza znajduje się w dogodnej lokalizacji, w odległości 6 km od miejsca rozpoczynania prac, co minimalizuje koszty związane z dojazdem: obniża koszty paliwa oraz czas pracy pracowników przewidziany na wykonanie zadania. Odległość gwarantuje rozpoczęcie prac niemal niezwłocznie po

uruchomieniu akcji przez Zamawiającego. Firma jest w posiadaniu własnej bazy materiałowo-sprzętowej, wyposażonej w pełne zaplecze socjalno-techniczne, co pozwala ograniczyć koszty związane z wynajmem.

Właściciel spółki korzysta z pomocy publicznej de minimis. Materiały do usuwania śliskości zimowej stosowane przez spółkę są zgodne z ustaleniami Zamawiającego określonymi w SIWZ oraz rozporządzeniu Ministra Środowiska w sprawie rodzajów i warunków stosowania środków, jakie mogą być używane na drogach publicznych oraz ulicach i placach (Dz.U. 2005 Nr 230, poz. 1960).

W celu zwalczania śliskości, spółka stosuje następujących rodzajów środków:

- środki chemiczne w postaci stałej - chlorek sodu (NaCl), dalej: sól drogowa
- chemiczne w postaci zwilżonej: chlorek sodu (NaCl), dalej: sól zwilżona
- roztwór wodny chlorku sodu (NaCl) (stężenie 25 %), dalej: solanka

Sól drogowa, stosowana przez spółkę spełnia wymagania określone normą PN-86/C84081/02 [6] i normach pokrewnych. Stosowana jest solanka o stężeniu 20÷25%. Solanka stosowana w zimowym utrzymaniu używana jest do bezpośredniego skrapiania nawierzchni lub jako środek nawilżający sól w rozsypywarkach.

Sól zwilżona do posypywania nawierzchni zawiera 30% solanki (o stężeniu 25%) oraz 70% suchej soli drogowej. Solanka stosowana jest w temp. powyżej -6 °C.

Spółka przedstawiła rodzaj używanego środka, jego ilość w zależności od rodzaju zjawiska pogodowego jakiego na zapobieganie i temperatury i z tego ujęcia tabelarycznego nie wynika, aby NaCl było przewidziane do użycia w temperaturze poniżej -10 stopni C.

- usunięciu śniegu stosowane są w dawce zgodnej z normami określonymi w w/w rozporządzeniu.

Oferowana cena została skalkulowana z uwzględnieniem ryzyka związanego z wykonaniem zamówienia, jakim jest występowanie łagodnej lub ostrej zimy.

W dniu 16 października 2020r. zamawiający w zakresie Rejonu I wystąpił do przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) (dalej też - Pzp lub ustawa) w zakresie treści złożonej w postępowaniu oferty, a dotyczących „stosowania się Wykonawcy do zapisów Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 27 października 2005 roku w sprawie rodzaju i warunków stosowania środków, jakie mogą być używane na drogach publicznych oraz ulicach i placach (Dz. U. Nr 230 poz. 1960)” (dalej też - rozporządzenie). Wyjaśnienia te mają dotyczyć środków chemicznych i uszorstniających, które zostaną użyte w toku realizacji przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymogami zamawiającego oraz obowiązującymi przepisami w tym względzie, w kontekście wyjaśnień złożonych przez spółkę w dniu 22.09.2020 r., a w szczególności uwzględnienia ich w trakcie kalkulacji ceny oferty dla Rejonu 1.

Przystępujący udzielił tych wyjaśnień w dniu 19 października 2020r., które objął zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, jednakże na podstawie tych wyjaśnień Izba ustaliła, że w pkt. 1 przystępujący wskazał, że będzie używał piasku i kruszywa, a w pkt 2 i 3 tych wyjaśnień przystępujący przedstawił, że zamierza stosować chlorek wapnia i chlorek magnezu, a także wyjaśnił z jakich powodów w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wskazywał głównie na koszty związane ze stosowaniem soli drogowej NaCl oraz soli zwilżonej czyli 30% solanki i 70% soli suchej, a także 25% roztworu wodnego chlorku sodu. Nadto w wyjaśnieniach tych w zestawieniu tabelarycznym przedstawił kalkulację 1 usługi Doby Prowadzenia Akcji Zima oraz Przejazdu jednorazowego z zastosowaniem mieszanki chlorku sodu i chlorku wapnia we wskazanych w wyjaśnieniach proporcjach oraz chlorku sodu i chlorku magnezu, również z podaną proporcją. W obu przypadkach dla Przejazdu jednorazowego wykazano zysk. Do wyjaśnień dołączono dowód wskazujący na źródło pozyskania chlorku wapnia i chlorku magnezu w cenach dużo korzystniejszych niż podane przez odwołującego na rozprawie. Dowód ten został wystawiony z datą 1 września 2020r., a więc nie był dowodem sporządzonym na potrzeby któregośkolwiek z postępowania odwoławczego prowadzonych w tej sprawie i był dostępny przystępującemu także w dacie składania wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 22 września 2020r. Ten sam dowód został przedłożony Izbie w toku rozprawy przez przystępującego i dodatkowo wzmocniony dowodem wystawionym przez ten sam podmiot, noszącym datę 11 stycznia 2021r. potwierdzającym, że oferowane środki chemiczne posiadają wymagane atesty i certyfikaty.

W dniu 2 grudnia 2020r. zamawiający po unieważnieniu wcześniejszego wyboru oferty najkorzystniejszej zwrócił się do przystępującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy o wyjaśnienie oferty w zakresie środków chemicznych i uszorstniających, jakich zamierza użyć do realizacji przedmiotu zamówienia.

W dniu 3 grudnia 2020r. przystępujący udzielił następujących wyjaśnień - potwierdził, iż złożona przez spółkę oferta jest zgodna z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, w tym w szczególności w załączniku 6 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej też - SIWZ) – Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia (dalej też – SOPZ) w zakresie wymagań dotyczących zastosowania środków do zwalczania śliskości. Zamawiający w SOPZ, precyzyjnie opisał przedmiot zamówienia, w tym w szczególności warunki konieczne do wykonania zamówienia w zakresie technicznego przygotowania się wykonawcy do realizacji usługi. W pkt 2 lit. g) SOPZ wskazał, że to „wykonawca we własnym zakresie zabezpieczy odpowiednią ilość środków chemicznych i uszorstniających, która wystarczy na prowadzenie Akcji Zima w ciągu całego sezonu zimowego. Wykonawca przy realizacji przedmiotu zamówienia zobowiązany jest do stosowania:

2 • Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 27 października 2005 roku w sprawie rodzaju i warunków stosowania środków, jakie mogą być używane na drogach publicznych oraz ulicach i placach (Dz. U. Nr 230 poz. 1960) (dalej też – rozporządzenie). Na drogach publicznych i ulicach środki chemiczne powinny być stosowane w sposób najmniej szkodzący terenom zielonym oraz drzewostanowi. Posypywanie nawierzchni piaskiem bądź środkami chemicznymi powinno zostać poprzedzone mechanicznym odgarnięciem śniegu.

• Ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody (Dz. U. z 2009 r. Nr 151, poz. 1220 ze zm.) (dalej też – ustawa oop). Środki chemiczne powinny być stosowane w sposób najmniej szkodzący terenom zielonym. Stosujący je w sposób znacząco szkodzący, podlega karze aresztu lub grzywny/podmiot/osoba. Materiały chemiczne stosowane w ramach Akcji Zima, muszą być składowane w odpowiednich, ekologicznych magazynach, nie powodujących uciążliwości dla środowiska. Wykonawca uzupełniał będzie ewentualne niedobory materiałów, odpowiednio wcześniej i na własny koszt. Wykonawca w ZESTAWIENIU MIESIĘCZNYM przedstawi Zamawiającemu pisemną informację dotyczącą ilości zużytego materiału.” Rozporządzenie w § 2 wskazuje jakich rodzajów środków należy używać na drogach publicznych oraz ulicach i placach. Z wykazu środków wynika, że wykonawca powinien stosować środki:

1) niechemiczne:

- a) piasek o średnicy cząstek od 0,1 do 1 mm,
- b) kruszywo naturalne lub sztuczne o uziarnieniu do 4 mm;

2) chemiczne w postaci stałej:

- a) chlorek sodu (NaCl),

- b) chlorek magnezu ($MgCl_2$),
- c) chlorek wapnia ($CaCl_2$);
- 3) chemiczne w postaci zwilżonej:
 - a) chlorek sodu ($NaCl$),
 - b) chlorek magnezu ($MgCl_2$),
 - c) chlorek wapnia ($CaCl_2$);
- 4) mieszanki środków niechemicznych i chemicznych.

Ponadto w § 3 w ust. 2 rozporządzenie określa ogólne warunki stosowania środków chemicznych, o których mowa w § 2 pkt 2 i 3, na drogach publicznych oraz ulicach i placach, które są: są następujące: 1) środki chemiczne stosuje się do usunięcia gołoledzi i oblodzenia, a także do zapobiegania powstawaniu oblodzenia i śliskości pośniegowej; 2) środki chemiczne stosuje się po mechanicznym usunięciu śniegu; 3) rozrzut środków chemicznych powinien następować w pasie jezdni lub chodników. 3 4) Szczegółowe warunki stosowania środków, o których mowa w § 2 pkt 1, 2 i 4, są określone w załączniku nr 1 do rozporządzenia. Załącznik ten reguluje warunki stosowania środków niechemicznych oraz chemicznych w postaci stałej oraz zwilżonej, ustalając normy dla rodzajów działalności i stanu nawierzchni. Firma Balcer potwierdza, że nie tylko znane są jej przytoczone wyżej normy ale po raz kolejny zapewnia, że wykona, tak jak dotychczas to czyni, przedmiot zamówienia zgodnie z obowiązującymi przepisami. Jednocześnie stwierdza, w ślad za złożonymi w ofercie oświadczeniami w tym zakresie, że zastosuje, w zależności od zaistniałych podczas świadczenia usługi warunków atmosferycznych, środki określone w rozporządzeniu i zgodnie z wymaganiami określonymi w treści zał. nr 1 do niego. Ponadto oświadcza, że zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ dysponuje odpowiednią ilością środków chemicznych i niechemicznych, odpowiednio zabezpieczonych w swoich magazynach, gwarantujących zabezpieczenie każdego rodzaju nawierzchni niezależnie od warunków atmosferycznych. Potrzebne środki w trakcie świadczenia usługi, jak co roku będą na bieżąco uzupełniane i rozdysponowane na posiadany przez nas sprzęt, w zależności od potrzeb na wykonywanie bieżącej obsługi Zamawiającego, w tym również na zabezpieczenia pojemników na piasek. Środki te będą na bieżąco dostarczone zgodnie z zapotrzebowaniem przez stałych dostawców, z którymi od lat współpracujemy, a którzy to dysponują zabezpieczonymi środkami (zawsze dopuszczonymi do obrotu), dedykowanymi wyłącznie dla spółki. Koszt wszystkich potrzebnych środków chemicznych został skalkulowany w kwocie oferty. W rejonie nr. 2 środki chemiczne zostaną zastosowane w sposób najmniej szkodzący terenom zielonym oraz drzewostanowi, poprzez dostosowanie dawki środka chemicznego do panujących warunków atmosferycznych, zgodnie z rozporządzeniem oraz ustawą oop. Posypywanie nawierzchni piaskiem bądź środkami chemicznymi zostanie poprzedzone mechanicznym odgarnięciem śniegu.

Wszystkie pojazdy przewidziane do prowadzenia Akcji Zima w REJONIE 2, są przystosowane do posypywania powierzchni jezdni (drogi publiczne, ulice, place) środkami w postaci:

- a. niechemicznej – piasku, kruszywa;
- b. chemicznej w postaci stałej - chlorku sodu ($NaCl$), chlorku magnezu ($MgCl_2$), chlorku wapnia ($CaCl_2$);
- c. chemiczne w postaci zwilżonej - chlorku sodu ($NaCl$), chlorku magnezu ($MgCl_2$), chlorku wapnia ($CaCl_2$), oraz mieszankami środków niechemicznych i chemicznych, zgodnie z rozporządzeniem.

4 Zastosowane wymienionych w rozporządzeniu środków chemicznych adekwatnie do warunków pogodowych określonych w załączniku nr 1 w poz. 3. ww. rozporządzenia pozwoli wykonać usługę zgodnie z wymogami określonymi w SIWZ, to jest każdorazowo doprowadzić drogę do wymaganego przez Zamawiającego standardu „czarne mokre”. Uwzględniliśmy również w ofercie zastosowanie w razie potrzeby kruszywa, a także piasku jako materiałów uszorstniających na nawierzchniach szutrowych, zgodnie z wymogami określonymi przez Zamawiającego. Tym samym, pomimo braku w załączniku do SIWZ - WYKAZ W-1, Rejonu R2 dróg oznaczonych literą „A”, czyli jezdni odśnieżanych w standardzie na białą bez użycia środków chemicznych, to w przypadku pojawienia się konieczności posypywania dróg piaskiem, adekwatnie do zaistniałej sytuacji meteorologicznej oraz terenowej, w tym na wyraźne polecenie Zamawiającego, przystępujący dopuszcza możliwość zastosowania określonych w rozporządzeniu materiałów nie chemicznych, zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt 2 lit. j) SOPZ. Uwzględnienie w treści oferty wszystkich wymagań postawionych w SIWZ potwierdza również treść oświadczeń złożonych w ofercie Balcer dla zadania REJON NR 2. W formularzu ofertowym złożone zostało oświadczenie, że zapoznano się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz jej załącznikami dotyczącymi postępowania i nie wniesiono do nich żadnych zastrzeżeń. Załączony do specyfikacji istotnych warunków zamówienia wzór umowy - ZAŁĄCZNIK NR 5, został przez spółkę zaakceptowany zobowiązano się w przypadku wyboru oferty spółki do zawarcia umowy na określonych w nim warunkach. Dodatkowo i to jedynie z „ostrożnością procesowej”, mając na uwadze faktyczny powód skierowania w trybie art. 87 ust. 1 Pzp przez Zamawiającego prośby o wyjaśnienie zastosowania materiałów wymienionych w rozporządzeniu (wyrok KIO 2598/20) przystępujący poinformował, że w wyjaśnieniach z dnia 18 października 2020 r. dotyczących oferty złożonej na REJON NR 1 spółka wskazała, w zależności od okoliczności faktycznych (warunki atmosferyczne, polecenia Zamawiającego), na zastosowanie w trakcie realizacji usługi wszystkich wymaganych materiałów. Podkreślił, że użyte w treści poprzednich wyjaśnień z dnia 22 września 2020 r. pojęcie soli (sól), zostało zastosowane jako równoważne dla soli ($NaCl$) jak i dla wszystkich konfiguracji chemicznych ($NaCl$), w tym w szczególności chlorku wapnia ($CaCl_2$) i chlorku magnezu ($MgCl_2$). W poprzednich wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny, posłużył się, może zbyt potocznym (ogólnym) określeniem pojęcia soli, na potwierdzenie opisu sposobu kalkulacji ceny. Podobnie ogólne pojęcie „sól” zastosował Zamawiający we wzorze umowy w §4 pkt2 „ Wykonawca we własnym zakresie zabezpieczy odpowiednią ilość soli i piasku, która wystarczy na prowadzenie akcji zima. Wykonawca uzupełniał będzie niedobory soli i piasku na bieżąco, odpowiednio wcześniej i na własny koszt.” Złożone wyjaśnienia oraz przedłożona kalkulacja dla REJONU NR 1 zostały przyjęte przez Zamawiającego. Zarówno w ofercie dotyczącej REJONU NR 1 jak i REJONU NR 2 przewidzian materiały do usuwania śliskości zimowej stosowane przez spółkę są zgodne z ustaleniami Zamawiającego określonymi w SIWZ oraz rozporządzeniu Ministra Środowiska w sprawie rodzajów i warunków stosowania środków, jakie mogą być używane na drogach publicznych oraz ulicach i placach (Dz.U. 2005 Nr 230, poz. 1960)”. Dowody złożone przez przystępującego na rozprawie zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, a Izba poczyniła na ich podstawie następujące ustalenia:

Dowody przedstawiają kalkulację ceny ofertowej, w tym kosztu za Przejazd Jednorazowy – pkt. II w 5 wariantach, gdzie w wariantcie 5 przewidziano użycie mieszanki soli w rozumieniu także chlorku wapnia i chlorku magnezu, a także łączne koszty w wariantcie wariant 2b ostra zima. W każdym z tych wycień w oparciu o podobną metodologię jaka była prezentowania w wyjaśnieniach z dnia 22 września 2020r. i 19 października 2020r. dla Rejonu I wykazano, że dla Przejazdu jednorazowego niezależnie od założonego wariantu i rodzaju użytego środka chemicznego przystępujący skalkulował zysk na koszcie Jednorazowego przejazdu jak i kosztach łącznych szacowanych Jednorazowych

przejazdów w całym okresie świadczenia usługi. Pozostałe przedstawione dowody stanowią dowody na ceny środków jakie przystępujący zamierza użyć w ramach przedmiotowego zamówienia oraz dowody mające na celu wykazanie, że środki, których zamierza użyć posiadają wymagane atesty i certyfikaty. Izba zestawiała te dowody z dowodami załączonymi do wyjaśnień z dnia 22 września 2020r. i z dnia 19 października 2020r. i na tej podstawie ustaliła, że koszt nabycia soli drogowej z określonej kopalni wykazano trzema dowodami z dat 26 stycznia 2019r., 24 września 2019r. i 1 września 2020r. cena soli w tym okresie wykazała tendencję spadkową, cena solanki wykazana dowodami z dat 2 września 2013r., 12 grudnia 2020r. oraz 11 marca 2020r. zdrożała od 2013r., ale w roku 2019 i 2020 utrzymywała się na tym samym poziomie, cena chlorków wapnia i magnezu została wykazana dowodem z dnia 1 września 2020r. Wszystkie wartości wynikające z dowodów, w ocenie Izby przekładają się na koszty wykazane w kalkulacji z dnia 22 września 2020r. i 19 października 2020r. dla Rejonu I jak i w kalkulacji przedstawionej na rozprawie.

Ocena materiału dowodowego przeprowadzona przez Izbę:

Izba ustaliła, że zamawiający w pkt. 19.3 Potencjał techniczny posłużył się sformułowaniem, że piaskarki muszą być przystosowane do posypywania ulic zwilżoną solą (muszą posiadać możliwość sypania soli z solanką, bądź sypania samej solanki). Z tego wynika, że sam zamawiający posługiwał się określeniem sól bez konkretyzacji jaki chlorek ma na myśli. Nadto już przed wydaniem wyroku w sprawie sygn. akt KIO 2598/20 z dnia 9 listopada 2020r. zamawiający w zakresie Rejonu I wezwał do wyjaśnień jakie rodzaje środków chemicznych i uszorstniających przystępujący w Rejonie I będzie używał i uzyskał zarówno wyjaśnienia jakie to będą środki: uszorstniające: piasek i kruszywo, a chemiczne poza solą drogową i jej roztworami także chlorek magnezu i chlorek wapnia, co więcej ponieważ wezwanie było do przystępującego skierowane w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, ale w związku z art. 90 ust. 1 ustawy, to przystępujący przedłożył także kalkulację, w których wyczył koszt użycia tych chlorków, dla każdego z osobna z rozbiciem na koszty Doby Prowadzenia Akcji Zima i Przejazdu Jednorazowego, w obu przypadkach koszty te w porównaniu z zakładanym przychodem za Jednorazowy przejazd pozwalały na wygenerowanie zysku. Do wyjaśnień tych dołączył przystępujący także dowód datowany na dzień 1 września 2020r. świadczący o tym po jakich cenach zapewnił sobie możliwość zakupu chlorku wapnia i chlorku magnezu. Co oznacza, że skoro niesporne było pomiędzy stronami, że przystępujący przyjął podobne założenia kosztowe dla Rejonu I i II zamawiający już na datę 2 grudnia 2020r. dysponował tak kalkulacją kosztu przejazdu jednorazowego przy zastosowaniu mieszanek soli oraz dowodem na wysokość kosztu zakupu materiału, zaś dowody przedłożone na rozprawie jedynie przedstawiły, że kalkulacja założona przez odwołującego dla Rejonu II opiera się o podobne założenia kosztowe, przystępujący zapewnił sobie na datę 1 września 2020r. źródło pozyskania chlorków magnezu i wapnia, a koszty jednorazowego przejazdu tak w Rejonie I jak i wykazane na rozprawie dla Rejonu II opierają się na tych samych składnikach kosztowych, wykazano koszt nabycia materiałów, a także koszty paliwa i koszty pracownicze, kalkulacje przedstawione przez przystępującego dla obu Rejonów wykazują możliwość uzyskania zysku na każdy Przejazdzie jednorazowym w każdym wariantcie, w tym polegającym na zastosowaniu chlorku wapnia i magnezu, a także zawierają wyczerpujące koszty dodatkowych, na które składają się koszty ogólne, koszty pośrednie i założone ryzyka. Bezsporne było, że przystępujący nie był wzywany przez zamawiającego w zakresie rejonu II do wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na cenę. Zamawiający wykonał wyłącznie wyrok Izby z dnia 9 listopada 2020r., przy czym w dacie wzywania dysponował już wyjaśnieniami z dnia 19 października 2020r. i załączonym tam dowodem, który mógł w ocenie Izby wziąć pod uwagę przy ocenie treści wyjaśnień z dnia 3 grudnia 2020r. Izba ustaliła, że oferta przystępującego dla Rejonu II stanowiła 92,35% ubruttowanej wartości szacunkowej zamówienia i 76,98% średniej arytmetycznej wszystkich złożonych dla tego Rejonu ofert. Rzeczywiście, jeśli uznać stawkę wykazaną w odwołaniu za przejazd jednorazowy Dromar 2,01, odwołujący 1,06 i przystępujący 0,88 (przy czym w ocenie Izby zasadne jest dokonywanie oceny stosunku kosztu jednostkowego do średniej arytmetycznej kosztów jednostkowych pozostałych wykonawców tylko w odniesieniu do zadania na jaki zostały złożone) to stawka przystępującego odbiega o 33,33%, jednakże na zamawiającego dysponował wyjaśnieniem z dnia 22 września 2020r. uzupełnionym wyjaśnieniem z dnia 16 października 2020r., w tym złożonymi do nich dowodami i w ocenie Izby mógł dokonać oceny potrzeby wzywania do wyjaśnienia ceny kosztu Jednorazowego przejazdu z uwzględnieniem informacji przekazanych przez przystępującego w tych dokumentach. Nadto Izba zauważyła, że w kryterium cena zamawiający oceniła sumę wartości Doby Akcji Zima (DAZ), Przejazdu jednorazowego (PJ), koszt stałej gotowości (liczony jako suma wartości Doby Akcji Zima i przejazdu jednorazowego pomnożona przez 1% - KSG) i pozimowego zamiętania (PZ) i w ofertach w zadaniu 2 wykonawcy zadeklarowali następujące ceny jednostkowe netto:

Dromar : DAZ – 13 994,82zł., PJ – 6 230, 66zł., KSG – 13 203,07zł., PZ – 10 977,84zł.

Odwołujący : DAZ-8 598,76zł. PJ- 3 159,26zł. KSG – 7 458,67zł. PZ – 24 724,86zł.

Przystępujący: DAZ 9 780,00zł. PJ – 3 143,00zł. KSG- 8 033zł. i PZ- 22120zł.

Jednak mimo dostępności tych danych dla odwołującego nie przedstawił on swojego stanowiska w jaki sposób wartość PJ wpłynęła na ranking ofert.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, co do niespełnienia braków formalnych przystąpienia przez nieprzekazanie kopii przystąpienia pełnomocnikowi odwołującego. Odwołujący nie przeczył, że kopia przystąpienia została przekazana odwołującemu i wywodził, że przez odesłanie w art. 185 ust. 7 ustawy do przepisów kodeksu postępowania cywilnego kopia przystąpienia powinna być dla swej skuteczności przekazana ustanowionemu przez odwołującego pełnomocnikowi. Izba wskazała, że zgodnie z art. 185 ust. 7 ustawy istotnie do postępowania odwoławczego mają zastosowanie przepisy kodeksu postępowania cywilnego, ale jedynie w odniesieniu do części V Sąd polubowny (arbitrażowy), a ta część nie tylko, że nie odsyła do części ogólnej Kodeksu, w tym do powołanego przez pełnomocnika art. 13 par. 2 czy art. 133 par. 3 kpc, ale wprost stanowi w art. 1184 par 2 zd. 2 kpc, że sąd polubowny nie jest związany przepisami o postępowaniu przed sądem, co więcej art. 1160 kpc zawiera definicję doręczenia na potrzeby postępowania przed sądem polubownym. Tym samym oczekiwanie, że kopia przystąpienia zostanie doręczona pełnomocnikowi odwołującego nie ma podstaw w bieżącym stanie prawnym. Nadto Izba zauważyła, że przepis art. 185 ust. 2 ustawy wymaga jedynie przekazania kopii wykonawcy wnoszącemu odwołanie, a nie jego doręczenia, stąd też nawet przepis art. 1160 kpc nie może mieć tu zastosowania, bo przepis art. 185 ust. 2 ustawy stanowi odmienną regulację szczególną. Tym samym w ocenie Izby przekazanie kopii przystąpienia na adres odwołującego spełnia wymogi formalne wynikające z art. 185 ust. 2 ustawy i wniosek należało oddalić. Również w nowym PZP ani przepisach dotyczących pełnomocnika art. 510 i 511, ani w przystąpieniu art. 525 ust. 1 i 2 ustawy nie ma wskazania, że jeśli w sprawie ustanowiono pełnomocnika, to przekazanie kopii pisma procesowe skuteczne jest wyłącznie w przypadku przekazania tej kopii ustanowionemu pełnomocnikowi. Co więcej art. 525 ust. 2 ustawy stanowi o obowiązku przekazania kopii przystąpienia wykonawcy wnoszącemu odwołanie, a w nowej ustawie nie ma w zakresie postępowania

odwoławczego odesłania do odpowiedniego stosowania KPC. To wskazanie ma znaczenie jedynie marginalne, gdyż postępowanie odwoławcze w przedmiotowej sprawie zostało wszczęte przed wejściem w życie nowej ustawy, a zatem z mocy art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz.2020) zastosowanie w sprawie mają przepisy dotychczasowe.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania.

Izba postanowiła oddalić wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 3, 4 i 5 ustawy z następujących względów. Przepis art. 189 ust. 2 pkt 4 i 5 stanowią, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli odwołujący powołuje się na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego i odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby. Jednakże o ile można zgodzić się z przystępującym, że w przypadku przesłanki z art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy zachodzi tożsamość odwołującego się i tożsamość postępowania o udzielenie zamówienia, to jednak okoliczności nie są tożsame z okolicznościami z okolicznościami, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie sygn. akt KIO 2598/20, gdyż wówczas Izba badała wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w zakresie Rejonu I i ich znaczenie dla określenia sposobu wykonania zamówienia dla Rejonu II, natomiast mimo literalnej zbieżności zarzutów okolicznością, która będzie przedmiotem badania przez Izbę w niniejszym postępowaniu jest ocena wyjaśnień treści oferty złożonych przez przystępującego w dniu 3 grudnia 2020r. wyłącznie w zakresie Rejonu II. Wyjaśnienia te w stosunku do badanych uprzednio przez Izbę wyjaśnień rażąco niskiej ceny dla Rejon I zawierają informacje dotychczas nie podane przez przystępującego, co do tego Rejonu, co do środków chemicznych i uszorstniających jakich zamierza użyć i dla takiego sposobu odwołujący uważa, że one również nie zapewniają zgodności oferty z siwz, wprowadzając zamawiającego w błąd, co do prawidłowości świadczenia, powodują, że zaoferowana cena jest ceną rażąco niską, oraz zawierającą błąd w obliczeniu ceny. Tym samym w ocenie odwołującego, to wyjaśnienia z 3 grudnia 2020r. nie zasługiwały na ocenę przez zamawiającego, że oferta jest prawidłowa i podlega ocenie w przyjętych kryteriach oceny ofert. Tym samym brak jest tożsamości okoliczności stanowiących podstawę odwołania. Co do art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy, to Izba nakazała jedynie wezwanie przystępującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, jednakże nie przesądziła o sposobie postępowania zamawiającego po złożeniu wyjaśnień, tak co do oceny, czy zostały złożone w terminie, czy stanowią wyjaśnienia odpowiadające treści wezwania i czy wyjaśnienia usuwają wątpliwość powziętą przez zamawiającego w skutek wydanego orzeczenia w sprawie sygn. akt KIO 2598/20, tym samym czynność oceny wyjaśnień jako nieobjęta treścią wyroku Izby nie podlega ocenie w świetle art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy. Co do argumentu o spóźnieniu zarzutów w zakresie oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny, to w ocenie Izby zarzut dotyczący wyjaśnień ceny rażąco niskiej nie może być oceniony jako spóźniony, skoro pierwotnie odwołujący nie miał wątpliwości, co do sposobu kalkulacji oferty za Rejon II, przy czym uważał, że przystępujący wycenił przedmiot niezgodny z wymaganiami siwz, ale realny co do ceny. W zakresie Rejonu II zamawiający nie badał oferty przystępującego pod kątem zaoferowanej ceny i jej składników cenowych, takie badanie miało miejsce tylko w odniesieniu do oferty przystępującego złożonej na Rejon I. Czym innym jest ocena czynności zamawiającego (do których należą wezwania do wyjaśnień i dokonana ocena wyjaśnień) od czynności wykonawcy – w tym przypadku przystępującego, który w wyjaśnieniach zaoferowanej ceny dla Rejonu I ocenił, że wymagania dla Rejonu I i II są takie same. Ta ocena nie przesądzała jednak o tym, że wyjaśnienia stanowią odpowiedź na czynność zamawiającego – wezwania do wyjaśnień zaoferowanej ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy dla Rejonu II, gdyż takiego wezwania nie było. To także wskazywała Izba w wyroku z dnia 9 listopada 2020r. sygn. akt KIO 2598/20, wskazując, że na podstawie wyjaśnień dla Rejonu I nie można przystępującego wykluczyć, ani odrzucić jego oferty złożonej w postępowaniu dla Rejonu II. Odwołujący wyjaśnił, że nie kwestionował realności ceny oferty opartej wyłącznie o środki chemiczne sól, sól zwiłzoną i roztwór soli, ale wyjaśnienia z dnia 3 grudnia 2020r. wskazały, że przystępujący zastosuje także chlorek wapnia i magnezu, które powodują, zdaniem odwołującego, że cena oferty przestaje być realna. Tak ukształtowany zarzut mógł być skonstruowany wyłącznie po uzyskaniu wyjaśnień z dnia 3 grudnia 2020r. i jako taki nie można uznać go za spóźniony. W świetle złożonych dowodów Izba oceniła, że koszt chlorku magnezu i wapnia za 1 tonę jest dużo wyższy (choć przystępujący dysponuje dostępem do tych materiałów po kosztach znacznie niższych niż przywołane przez odwołującego) od kosztu zakupu soli drogowej, co oznacza, że odwołujący mógł przypuszczać, że konieczność ujęcia tych kosztów w cenę ofertowej może wpłynąć na wysokość ceny oferty za jeden przejazd, czyniąc ją nierealną. Z tego też względu Izba nie odrzuciła odwołania.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 pkt 17 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez brak zastosowania tych przepisów i zaniechanie wykluczenia wykonawcy Balcer z postępowania, pomimo iż wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd w ten sposób, że w celu uzyskania zamówienia zaniżył cenę przez zastosowanie innego niż wymagany sposób wykonania zamówienia.

Zarzut nie potwierdził się. Izba potraktowała wskazanie art. 24 ust. 17 jako oczywistej omyłki pisarskiej i przyjęła, że odwołujący wskazał podstawę prawną z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy z czym koresponduje opisany przez odwołującego w zarzucie stan faktyczny. Przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy wymaga wykazania przez odwołującego następujących przesłanek:

- istnienia informacji wprowadzającej w błąd zamawiającego,
- lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy przy podawaniu tej informacji,
- wpływu informacji na decyzje podejmowane przez zamawiającego
- istotności tego wpływu.

W ocenie Izby dla zastosowania tegoż przepisu konieczne łączne zaistnienie wszystkich przesłanek wynikających z tego przepisu. Z ustaleń stanu faktycznego wynika, że przede wszystkim odwołujący nie wykazał, że przystępujący w wyjaśnieniach z dnia 3 grudnia 2020r. przedstawił informację nie mającą odzwierciedlenia w rzeczywistym stanie faktycznym. Odwołujący uważał, że przystępujący nie zamierza zastosować chlorku wapnia i chlorku magnezu dla wykonywania akcji zima przy spadku temperatury poniżej – 10 stopni C, a mimo to złożył oświadczenie wprowadzając w błąd zamawiającego, co do tego, że zamierza wykonać przedmiot zamówienia zgodny z wymaganiami siwz w Rozporządzenia Ministra Środowiska w sprawie rodzajów i warunków stosowania środków (...) i w błąd co do tego, że zaoferowana przez niego cena została skalkulowana w oparciu o koszt zakupu tych materiałów. W ocenie Izby już w dacie zadawania pytania z dnia 2 grudnia 2020r. zamawiający dysponował dowodem na to, że przystępujący posiadał możliwość nabycia w korzystnej cenie za tonę środków w postaci chlorku wapnia i chlorku magnezu – świadczy o tym dowód dołączony do wyjaśnień w zakresie Rejonu I złożonych w dniu 19 października 2020r. na podstawie tego dowodu był w stanie ustalić, tak koszt materiału, jak źródło pozyskania, a także warunki pozyskania, a także ustalić, czy przystępujący w ogóle zamierzał nabyć takie środki chemiczne, dowód ten został uzyskany przez przystępującego zanim zamawiający zakwestionował realność jego ceny w zakresie Rejonu I. Przedstawiony dowód potwierdza, że

przystępujący już w dacie 1 września 2020r. zapewnił sobie źródło pozyskania chlorku wapnia i magnezu, posiadał ustalone warunki jego dostawy i zagwarantowaną cenę. A odwołujący poza twierdzeniami, co do cen chlorków wapnia i chlorków magnezu i oparciem się o wyjaśnienia ceny rażąco niskiej dla Rejonu I nie przedstawił dowodów przeciwnych. Tym samym skoro nie można uznać, że przystępujący przedstawił informację nieprawdziwą, to pierwsza z przesłanek nie zaistniała, a w konsekwencji zamawiający prawidłowo nie zastosował art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 przez brak zastosowania tego przepisu i zaniechanie odrzucenia oferty Balcer sp. z o.o., pomimo iż oferta jest niezgodna z treścią SIWZ,

Zarzut nie potwierdził się. W ocenie Izby wyjaśnienia z dnia 3 grudnia 2020r. wyjaśniły zamawiającemu, że w zakresie Rejonu II przystępujący zamierza stosować środki chemiczne i uszorstniające zgodne z wymaganiami siwz i wskazanego w pkt 2g Rozporządzenia Ministra Środowiska. Zarzucana przez odwołującego gołosłowność tych wyjaśnień traci na wiarygodności w świetle faktu, że zamawiający już od 19 października 2020r. dysponował dowodem, że przystępujący posiada zagwarantowane źródło pozyskania chlorków wapnia i magnezu w przystępnych dla niego cenach i nie było to źródło pozyskane wyłącznie na potrzeby składania wyjaśnień z dnia 3 grudnia 2020r., gdyż datowane jest na 1 września 2020r., a także z wyjaśnień z dnia 19 października 2020r. wprowadzie czynionych dla Rejonu I, ale wskazujących na sposób przygotowania środków chemicznych do użycia w toku świadczenia usługi (w mieszance z jakim środkiem i w jakich proporcjach) był w stanie ocenić czy oświadczenie z dnia 3 grudnia 2020r. jest oświadczeniem prawdziwym i gwarantującym wykonanie całości przedmiotu zamówienia. Jedynym dodatkowym dowodem jaki pojawił się w tym zakresie na rozprawie było pismo pochodzące od dostawcy materiałów, w którym potwierdził on, że oferowane przez niego materiały spełniają wymagane atesty. Tym samym Izba nie dopatrzyła się w czynnościach zamawiającego braku wnikliwego badania oferty przystępującego, a także nie ustaliła, że treść tej oferty nie odpowiada treści siwz. Z tego względu zarzut należało oddalić.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 przez brak zastosowania tego przepisu i zaniechanie odrzucenia oferty spółki Balcer, pomimo iż złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący upatruje czynu nieuczciwej konkurencji w zaniżaniu ceny ofertowej przez zaoferowanie niezgodnego z wymaganiami zamawiającego sposobu świadczenia usługi z pominięciem stosowania środków uszorstniających i środków chemicznych tych ostatnich przewidzianych dla warunków pogodowych poniżej – 10 stopni C, lub też ukrywanie tych kosztów w cenie. Jednakże zarzut ten w ocenie Izby nie został przez odwołującego udowodniony. Izba dostrzegła, że sam zamawiający posługuje się pojęciem soli, solanki i soli zwilżonej, a jednocześnie przystępujący wyjaśnił, że na potrzeby wyjaśnień ceny rażąco niskiej w Rejonie I uznał za istotne elementy kosztowe: koszty soli drogowej, solanki i soli zwilżonej, gdyż to one są najistotniejszym składnikiem kosztotwórczym w zakresie kosztu materiałów przy świadczeniu usługi zimowego utrzymania dróg. W ocenie Izby te wyjaśnienia zasługują na wiarę, zwłaszcza, jeśli przyjąć, że technika wykonywania usługi w zjawisku pogodowym poniżej -10 stopni Celsjusza nie zależy od zadania/rejonu jest ta sama, zatem to nie suchy chlorek wapnia, czy magnezu jest stosowany, ale jego mieszanka, której proporcje podał przystępujący w piśmie z dnia 19 października 2020r. dotyczącym wprowadzie Rejonu I, ale dającym pogląd jak przystępujący zamierza przygotować środek do użycia. Natomiast odwołujący bazuje jedynie na wysokim koszcie chlorku magnezu i chlorku wapnia w stosunku do soli drogowej (która na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia będzie też stosowana jako sól sucha, a więc jej zastosowanie nie będzie w określonych przypadkach wymagało stworzenia mieszanki czy roztworu), pomijając jaki jest koszt materiału gotowego do użycia. W ocenie Izby brak wykazania tej okoliczności, czy choćby ilości niezbędnych obu chlorków dla prawidłowej realizacji zamówienia nie pozwala na podważenie tezy przystępującego, że gotowy do użycia środek wymaga odpowiedniej proporcji, a zatem nie będzie używany jako produkt bazowy, tym samym koszt jaki powinien być przyjęty to koszt mniejszy niż koszt zakupu chlorków za tonę. Odwołujący nie próbował także wykazać, że ilości tych produktów, które trzeba nabyć rzeczywiście są na tyle wysokie, że mogą stanowić istotny koszt elementu składowego czy wskazywać na próbę manipulacji ceną. Z mocy art. 190 ust. 1 ustawy w tym zakresie obowiązek dowodowy spoczywał na odwołującym, zatem nie uznając proporcji 1/100 stosunku chlorków do pozostałych kosztów materiałowych zamówienia i uznając, że w odniesieniu do nich zachodzi manipulacja treścią oferty, to odwołujący powinien dowieść tej proporcji. Z tych względów Izba uznała zarzut za nieudowodniony i postanowiła go oddalić.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 5 i 24 ust. 4 ustawy przez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Balcer sp. z o.o. pomimo, iż spółka Balcer podlega wykluczeniu z postępowania.

Zarzut nie potwierdził się. Izba uznała, że wskazanie podstawy prawnej z art. 89 ust. 5 stanowi oczywistą omyłkę pisarską i uznała, że w istocie odwołujący wskazał jako podstawę prawną art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy, gdyż świadczy o tym zamiarze tak opis okoliczności faktycznych zarzutu jak i przywołana podstawa z art. 24 ust. 4 ustawy. Izba jedynie na marginesie zauważa, że wystarczające było przywołanie podstawy z art. 24 ust. 4 ustawy, gdyż przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy nie ma zastosowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego. Ma on zastosowanie do postępowań wieloetapowych, w których czynności zamawiającego związane z oceną podmiotową wykonawcy i oceną przedmiotową oferty są od siebie oddzielone w czasie. Jednakże mimo tej dygresji zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie z tego względu, że nie potwierdził się pierwszy z postawionych zarzutów odwołania tj. zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy. Skoro przystępujący nie podlegał odrzuceniu, to zamawiający prawidłowo nie zastosował art. 24 ust. 4 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4) i 6) przez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Balcer sp. z o.o. pomimo, iż oferta spółki Balcer:

a. zawiera błędy w obliczeniu ceny oferty polegające na tym, że nie uwzględniono wszystkich kosztów wykonania zamówienia, a w szczególności nie uwzględnia kosztów koniecznych dla zastosowania (zakup, składowanie etc) chlorków wapnia i chlorków magnezu oraz zaniżono koszty tzw. przejazdu jednorazowego (Załącznik 12 poz. 2) co doprowadziło do tego, że oferta zawiera jednocześnie błąd w obliczeniu ceny i jest cena rażąco niska,

b. nie uwzględnia wszystkich pozycji wynikających ze Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia co jest sprzeczne z postanowieniami Rozdziału 17 pkt 2) SIWZ.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie z dwóch powodów. Po pierwsze w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie Rejonu II zamawiający nie zastosował wobec przystępującego wezwania z art. 90 ust. 1 ustawy, a rozciąganie wezwania skierowanego do przystępującego w postępowaniu na Rejon I jest w ocenie Izby niedopuszczalne i jest sprzeczne z literalnym brzmieniem tego wezwania. Wobec braku wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy w zakresie Rejonu II, zamawiający nie mógł zastosować sankcji z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, gdyż ustawodawca w celu uniknięcia automatyzmu zamawiających przewidział konieczność poprzedzenia czynności odrzucenia czynnością wezwania. Tym samym zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy należało ocenić jako niezasadny.

Z kolei zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy w ocenie Izby nie został przez odwołującego udowodniony. Zamawiający nie narzucił stronom konkretnego modelu wyliczenia ceny, wskazał wprawdzie jakie koszty powinny być uwzględnione, jednak nawet podane przez niego wartości miały charakter szacunkowy w celu umożliwienia złożenia oferty porównywalnych. Tym samym przy cenie ryczałtowej za DPAZ i Przejazd jednostkowy, Koszty Stałej Gotowości i Pozimowe zamiatanie oraz ryczałtowej cenie łącznej trudno jest znaleźć błąd w obliczeniu ceny przez przystępującego, zwłaszcza, że zamawiający w Rejonie II nie żądał przedstawienia mu kalkulacji ceny ofertowej, czy poszczególnych jej składników. Taki dowód przystępujący w toku procedury odwoławczej przedstawił, jednak nie zmienia to faktu, że to na odwołującym ciążył ciężar wykazania, że do błędu doszło, którego to ciężaru odwołujący nie uniół. Z tego względu zarzut należało oddalić.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 i ust. 3 ustawy przez zaniechanie ich zastosowania pomimo tego, iż istotne części składowe ceny oferty (kosztu) są rażąco niskie i skutkują niemożnością wykonania zamówienia w zakresie Rejonu 2 zgodnie z wymaganiami zamawiającego, które w okolicznościach niniejszej sprawy są tożsame z regulacjami zawartymi w aktach normatywnych tj w:

a. rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 27 października 2005 roku w sprawie rodzaju i warunków stosowania środków, jakie mogą być używane na drogach publicznych oraz ulicach i placach (Dz. U. Nr 230 poz. 1960).,

b. ustawie z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody (Dz. U. z 2009 r. Nr 151. poz. 1220 ze zm.).

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przede wszystkim przepis art. 90 ust. 1a pkt. 1 ustawy dotyczy obowiązku wezwania do wyjaśnień, ale w przypadku, gdy to cena całkowita odbiega od wartości szacunkowej zamówienia lub średniej arytmetycznej złożonych ofert o więcej niż 30%, do w przedmiotowej sprawie nie miało miejsca. Nadto nie jest to przepis bezwzględnie obowiązujący, gdyż przewiduje odstępstwo od jego stosowania, w sytuacji, gdy rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Tym samym rozbieżność w cenie kosztu przejazdu jednostkowego nawet znacząca nie obligowała ustawowo zamawiającego do wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. Izba zwraca uwagę, że art. 190 ust. 1a ustawy dotyczy ciężaru dowodu prowadzonego na okoliczność, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Tym samym jeśli odwołujący stoi na stanowisku, że zamawiający powinien był powziąć wątpliwości, co do składnika ceny – Przejazdu jednorazowego, to w ocenie Izby na nim spoczywał obowiązek wykazania, że u zamawiającego powinna się taka wątpliwość pojawić i że wątpliwość dotyczy istotnej części składowej jakim jest w jego ocenie przejazd jednorazowy. W ocenie Izby odwołujący żadnej z tych okoliczności nie wykazał, wskazał jedynie na rozbieżność pomiędzy ofertami w tym zakresie i to w sytuacji, gdy oferta odwołującego odbiega jedynie od 17% od oferty przystępującego w zakresie tego elementu ceny, a oferta Dromar jest ofertą wykraczającą znacznie pod możliwości finansowe zamawiającego. Odwołujący nadto podniósł, że przejazd jednorazowy jest istotną częścią składową, bo jest elementem ocenianym w jednym z kryteriów oceny ofert. Jednak w ocenie Izby nawet nie uprawdopodobnił jaki wpływ na ranking ofert miałby fakt, że cena ta jest zaniżona, skoro był to tylko jeden z 4 elementów składających się na sumę ocenianą w kryterium cena o wadze 60% obok cen doby, zamiatania i stałej gotowości. Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie choćby symulacji i nie podjął próby wywiedzenia, że ta wartość ma istotne znaczenie dla ustalonego ranking. Nadto odwołujący wiąże koszt przejazdu jednorazowego z brakiem uwzględnienia wymaganych wskazanymi w zarzucie aktami prawnymi, ale również w ocenie Izby nie podjął próby wykazania, że udział procentowy tego kosztu całym koszcie Przejazdu jednorazowego spowodował istotne zniżenie tego kosztu, które powinno budzić wątpliwości zamawiającego. Przeciwnie to przystępujący wykazał, że zapewnił sobie dostępność środków chemicznych wymaganych rozporządzeniem Ministra Środowiska i to na dwa miesiące przed terminem wezwania do złożenia wyjaśnień z art. 87 ust. 1 ustawy z dnia 2 grudnia 2020r. W tym stanie rzeczy Izba nie dopatrzyła naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 i 3 ustawy i postanowiła zarzut oddalić.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz naruszeniem zasady proporcjonalności i przejrzystości a w konsekwencji dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób sprzeczny z ustawą i

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 2 pkt 5) ppkt a) ustawy ze względu na wybór oferty złożonej przez Balcer sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach - dalej: Balcer sp. z o.o. lub spółka Balcer - która nie jest najkorzystniejszą w rozumieniu ustawy i SIWZ

Izba powyższe zarzuty rozpozna łącznie. Izba oceniła zarzuty jako niezasadne. Zarzuty zostały oparte na tym, że pozostałe wyżej postawione zarzuty są zasadne. W ocenie Izby żaden z postawionych powyżej zarzutów nie potwierdził się, stąd też nie dopatrzyła się w czynnościach zamawiającego naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy oraz art. 2 pkt. 5 lit. a ustawy.

Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy.

Izba zastosowała przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień Publicznych (Dz. U. z 2019r. poz. 1843 oraz 2020r. poz. 1086) z mocy art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień Publicznych, z tym zastrzeżeniem, że na mocy art. 92 ust. 1 ustawy Izba ustaliła, że właściwym dla rozpoznania skargi na przedmiotowe orzeczenie będzie Sąd Okręgowy w Warszawie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 3 pkt. 1 rozporządzenia zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego jako kosztów postępowania wpis uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego zwrot kosztów zastępstwa prawnego w maksymalnej kwocie dopuszczanej przez rozporządzenie tj. w kwocie 3 600zł.

Przewodniczący:.....