Sygn. akt:KIO 3097/20
KIO 3112/20

WYROK

z dnia 14 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Anna Chudzik

Członkowie: Danuta Dziubińska

Renata Tubisz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

1)w dniu 25 listopada 2020 r. przez **A. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Inżynierii Lądowej RE-MOST A. J.** (sygn. akt KIO 3097/20),

2)w dniu 27 listopada 2020 r. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **MBW Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Spectare Sp. o.o. z siedzibą w Warszawie** (sygn. akt KIO 3112/20),

w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie,**

przy udziale wykonawcy **NIWA Szczecin Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawach o sygn. akt KIO 3097/20 oraz KIO 3112/20,

orzeka:

I.Sygn. akt KIO 3097/20

1.Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty NIWA Szczecin Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 6 zamówienia, odrzucenie oferty NIWA Szczecin Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej;

2.W pozostałym zakresie odwołanie oddala;

3.Kosztami postępowania obciąża Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie i:

3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

3.2.zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 19 169 zł 00 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy sto sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania (15 000,00 zł), wynagrodzenia pełnomocnika (3 600,00 zł), dojazdu na rozprawę (552,00 zł) oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa (17,00 zł).

II.Sygn. akt KIO 3112/20

1.Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy NIWA Szczecin Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w częściach 1, 2, 3 i 5 zamówienia, odrzucenie oferty NIWA Szczecin Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej,

2.W pozostałym zakresie odwołanie oddala;

3.Kosztami postępowania obciąża Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie i:

3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

3.2.zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania (15 000,00 zł) oraz wynagrodzenia pełnomocnika (3 600,00 zł).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Szczecinie.**

Przewodniczący:……
……
……

Sygn. akt:KIO 3097/20
KIO 3112/20

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie– prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie usługi pn. *Bieżące utrzymanie i konserwacja obiektów inżynierskich w latach 2021-2024 na drogach krajowych GDDKiA Oddział w Szczecinie z podziałem na 7 części: Część 1 – Rejon Koszalin – droga nr 6, nr 6b, nr 11, nr 37 Część 2 – Rejon Nowogard – droga nr 3, nr 3a, nr 3b, nr S3h, nr S3 Część 3 – Rejon Wałcz – droga nr 10, nr S10, nr 22 -1, Część 4 – Rejon Stargard – droga nr 10, nr l0b, nr S10b, Część 5 – Rejon Szczecin – droga nr 31, nr A6, nr S3 Część 6 – Rejon Szczecinek – droga nr S11, DK 11, nr 20, nr 25 Część 7 – Rejon Stargard – droga nr 10, nr 20* Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 3 sierpnia 2020 r. pod numerem 2020/S 148-363412.

Sygn. akt KIO 3097/20

W dniu 25 listopada 2020 r. wykonawca A. J. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Przedsiębiorstwo Inżynierii Lądowej RE-MOST A. J. wniósł odwołanie w zakresie części 6, wobec:

1)zaniechania wykluczenia NIWA Szczecin Sp. z o.o., mimo przedstawienia informacjiwprowadzających w błąd Zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

2)zaniechania wezwania NIWA do wyjaśnienia oferty poprzez wskazanie sposobu realizacji oferowanego kryterium Czas Reakcji 1 godzina;

3)zaniechania odrzucenia oferty spółki NIWA jako oferty pochodzącej od podmiotu wykluczonego, ewentualnie nieodpowiadającej treści SIWZ, ewentualnie zawierającej rażąco niską cenę, ewentualnie – której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

4)wyboru oferty NIWA jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art.24 ust. 1 pkt 17, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2, 3, 4 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że wykonawca NIWA w sposób celowy przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ww. wykonawca w złożonej ofercie przedstawił zobowiązanie niemożliwe do zrealizowania, oferując przystąpienie do czynności awaryjnych w ciągu 1 godziny, podczas gdy baza tego wykonawcy znajduje się w odległości 2 godzin jazdy od miejsca wykonywania zamówienia.

Zdaniem Odwołującego wykonawca NIWA celowo w złożonej ofercie przedstawił informację pozwalającą mu osiągnąć maksymalną punktację w jednym z kryteriów, choć równocześnie musiał wiedzieć, że informacja ta jest niezgodna z rzeczywistością. Uwzględniając to, że:

1.miejsce położenia bazy technicznej NIWA znajduje się w Szczecinie,

2.w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny wykonawca nie przedstawił informacji o posiadaniu bazy i załogi na terenie realizacji Części 6,

3.odległość bazy NIWA w Szczecinie od miejsca realizacji Części 6 przedmiotu zamówienia wynosi ponad 150 km, a jej przebycie zabiera ponad 2 godziny czasu,

oczywistym jest, że oferta NIWA w zakresie podanego kryterium zawiera informację niezgodną z rzeczywistością i niemożliwą do realizacji. W ocenie Odwołującego wykonawca NIWA nie jest w stanie przystąpić do usuwania skutków awarii w ciągu 1 godziny.

Odwołujący podkreślił, że zgodnie z SIWZ Zamawiający oczekiwał przystąpienia do usuwania skutków awarii, a nie jest tym rozpoczęcie przemieszczania się w kierunku awarii, które potrwa ponad 2 godziny.

Zdaniem Odwołującego powyższe jest wprowadzeniem Zamawiającego w błąd, tj. działaniem wypełniającym przesłankę wykluczenia z postępowania opisaną w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Odwołujący podniósł, że Zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy NIWA do wyjaśnienia treści oferty, bezkrytycznie przyjmując ofertę i w żadnej mierze nie sprawdzając jej zasadności i wiarygodności oferty. W szczególności zaś Zamawiający nie zbadał oczywistej sprzeczności w treści oferty, która z jednej strony oferowała w kryterium Czas Reakcji minimalną – a więc najwyżej punktowaną – wartość 1 godziny, a z drugiej strony przyjął wyjaśnienia NIWA, które wprost wskazują na to, że realizacja tego kryterium jest niemożliwa.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w kryterium Czas Reakcji wymagał od wykonawców, aby oferowali czas reakcji na sytuacje awaryjne w ramach którego: „natychmiastowo przystąpią do usunięcia przyczyn tego stanu.” Jak wskazywał Zamawiający, czas reakcji to czas w jakim wykonawca będzie zobowiązany do podjęcia działań w trybie awaryjnym, licząc od czasu powiadomienia o konieczności podjęcia takich działań. Zgodnie z załącznikiem nr 6 do Tomu III SIWZ Specyfikacje Techniczne Ogólne Wymagania Zamawiający oczekiwał również bezzwłocznego zabezpieczania miejsca zdarzeń drogowych lub innych zagrożeń występujących w pasie drogowym. Przykładowo, jeżeli zdarzeniem awaryjnym będzie uderzenie w most i jego uszkodzenie, skutkiem czego koniecznym będzie zabezpieczenie mostu, to wykonawca będzie zobowiązany przystąpić do tego zabezpieczania w ciągu 1 godziny od czasu powiadomienia przez Zamawiającego.

Na dowód tego, że dojazd z bazy wykonawcy NIWA do obszaru Części 6 zajmuje ponad 2 godziny Odwołujący

przedstawił wydruk ze strony google.maps.

W ocenie Odwołującego Zamawiający zobligowany był do wyjaśnienia treści oferty NIWA, poprzez wezwanie do wytłumaczenia sposobu, w jaki NIWA zamierza zrealizować oferowane przez siebie parametry. Jedynym uzasadnieniem dla odstąpienia od takiego wzywania byłoby uznanie oferty za oczywiście wadliwą.

Następnie Odwołujący podniósł, że Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty NIWA, mimo że nie odpowiada ona treści SIWZ.

W ramach tego zarzutu Odwołujący podniósł, że oferta NIWA pozostaje niemożliwa do realizacji, skoro wykonawca oferuje realizację przedmiotu zamówienia w terminie 1 godziny, a jednocześnie: odległość między Szczecinem (siedzibą wykonawcy) a Szczecinkiem wynosi 173 km i według aplikacji Google Maps czas pokonania tej drogi wynosi 2 godziny 19 minut. Ponadto NIWA w wyjaśnieniach dotyczących ceny oferty nie podaje, aby planem i kosztem uwzględnionym w ofercie było utworzenie i utrzymanie bazy technicznej znajdującej się w zakresie 1 godziny drogi od obszaru Części 6 przedmiotu zamówienia. Dodatkowo wykonawca w wyjaśnieniach dotyczących ceny nie wskazał na to, aby planem i kosztem uwzględnionym w ofercie było utrzymanie miejsc zamieszkania dla personelu na terenie bazy technicznej znajdującej się w zakresie 1 godziny drogi od Części 6 przedmiotu zamówienia.

Odwołujący stwierdził, że oferta NIWA nie zaspokaja oczekiwań i interesów Zamawiającego, skoro obejmuje niemożliwe do zrealizowania zobowiązanie dotyczące czasu reakcji.

Odwołujący wskazał, że podanie przez NIWA możliwego do spełnienia kryterium reakcji, tj. 3 godzin, oznaczałby uzyskanie 2 pkt w tym kryterium zamiast 10, a wskazanie czasu reakcji niemożliwego powoduje manipulowanie wynikiem przetargu. Wykonawca uzyskuje bowiem 10 punktów zamiast 2, a ryzykiem pozostaje zapłata 200 zł kary umownej za godzinę zwłoki w realizacji tego kryterium (§ 14 ust. 1 lit. d wzorca umowy).

Następnie Odwołujący podniósł, że stosownie do treści złożonych przez NIWA wyjaśnień dotyczących ceny NIWA oferuje niepełną realizację zamówienia. Jak to wynika z wyjaśnień, oferowana cena oparta jest na założeniu, że część przedmiotu zamówienia zrealizuje wykonawca obiektów wskazanych jako objęte przedmiotem zamówienia z racji na jego zobowiązania wynikające z rękojmi i gwarancji. Tymczasem treść SIWZ nie wskazuje na to, aby wykonawcy uprawnieni byli do dokonywania tego rodzaju założeń i składania ofert nieobejmujących pełnego zakresu zamówienia. Zamawiający w treści SIWZ przewidywał relację odwrotną, tj. zmniejszenie ryczałtu w razie remontu obiektu mostowego przez podmiot trzeci jedynie przez czas remontu, a nie na okres również po remoncie i czas rękojmi i gwarancji. Dodatkowo SIWZ (tomie IV str. 8) zawiera zamknięty spis obiektów mostowych objętych zamówieniem i nie wskazuje, że różnią się one potrzebami w zakresie prac utrzymaniowych i remontowych. Zakres rękojmi i gwarancji obejmuje jedynie usuwanie wad tkwiących w robotach wykonanych przez wykonawcę, a nie prac objętych przedmiotem zamówienia. Oznacza to, że oferowany przez NIWA zakres świadczenia i cena nie odpowiada wymogom Zamawiającego. Oferta nie ma zatem charakteru rynkowego.

Odwołujący podniósł, że wykonawca NIWA nie wykazał braku rażąco niskiej ceny. Zdaniem Odwołującego świadczą o tym następujące okoliczności:

1) lakoniczność wyjaśnień i brak dowodów potwierdzających twierdzenia zawarte w wyjaśnieniach;

2) brak przedłożenia wskazanej w wyjaśnieniach analizy ryzyka wystąpienia napraw uprawniającego do podania ceny zawartej w ofercie; brak udowodnienia, które pozycje są marginalne, a wystąpienie których wykonawca ocenia jako bardzo prawdopodobne; nie znając wyników tej analizy Zamawiający nie może ocenić twierdzeń o rzekomej adekwatności ocen do zakresu zamówienia;

3) niezgodność danych podanych w wyjaśnieniach z dowodami przedstawionymi do wyjaśnień – w zakresie analizy poziomu cen dostaw i przedłożenia dowodów, które to dowody:

–dowodzą braku dysponowania stałym upustem opisanym w wyjaśnieniach;

–dowodzą braku dysponowania choćby przez okres realizacji zamówienia upustem opisanym w wyjaśnieniach;

–dowodzą jedynie otrzymania pojedynczej oferty obrazującej jedynie część dostaw i nie prezentującej głównych elementów cenotwórczych jak ceny paliw, wynagrodzeń itp.

–w tym zakresie, którego dotyczą nie prezentują deklarowanych przez NIWA 60% upustów;

4) brak wyjaśnienia, czy uwzględniła w cenie koszty generowane przez dojazdy sprzętu i personelu na teren objęty Częścią 6, skoro jednocześnie NIWA nie wskazuje, aby posiadała na terenie tej Części lub w jej pobliżu swojej bazy technicznej, a odległość Szczecina od Szczecinka dla samochodu ciężarowego wymaga pokonania odległości ponad 150 km i dojazdu trwającego ponad 2 godziny; same dojazdy do Części 6 zajmą 4 godziny i ponad 300 km w obie strony; czas przeznaczony na pracę pracowników to 4 godziny na dobę, a w zakresie przedmiotu zamówienia jest ponad 50 obiektów mostowych;

5) brak wyjaśnienia kosztów pobytu personelu na terenie Części 6 przedmiotu zamówienia, w tym delegacji pracowników do pracy poza miejscem zamieszkania, kosztów noclegów;

6) oferowanie kosztów naprawy poniżej kosztów wytworzenia usługi, tj. kosztów nie uwzględniających marży i pracy ludzkiej; obrazem dla rażąco niskiej ceny oferowanej pozostaje zestawienie oferty NIWY z ofertą Odwołującego. Odwołujący posiadający bazę na terenie Części 6 jest o ponad 1 milion droższy niż NIWA, która bazy na terenie Części 6 nie posiada i zamierza dojeżdżać ze Szczecina na każdorazową realizację robót.

Dalej Odwołujący podniósł zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty NIWA, jako oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zdaniem Odwołującego działanie NIWA wypełnia znamiona, co najmniej dwóch czynów nieuczciwej konkurencji tj.

1) art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, polegające na składaniu oferty, która: a) nie obejmuje całego przedmiotu zamówienia i zakłada przerzucenie części tego przedmiotu na osoby trzecie tj. wykonawców obiektów mostowych realizujących gwarancję i rękojmię, b) pozostaje niemożliwa do wykonania i zakłada naruszenie umowy skoro oferuje przystąpienie do realizacji przedmiotu zamówienia w ciągu 1 godziny, a dojazd do rejonu Części 6 zajmuje ponad 2 godziny, co oznacza sprzeczność z dobrymi obyczajami, tj. lojalnością kupiecką i uczciwością;

2) czynu opisanego w art. 15 ust. 1 pkt. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. sprzedaży usług poniżej kosztów ich wytworzenia, za cenę, która nie pokrywa kosztów zakupu materiałów.

W konsekwencji Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zarzut art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty NIWA i zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, która jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia NIWA Szczecin Sp. z o.o. z postępowania, ewentualnie odrzucenia oferty ww. wykonawcy jako niezgodnej z SIWZ, ewentualnie jako zawierającej rażąco niską cenę oraz powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonania wyboru oferty Odwołującego.

Sygn. akt KIO 3112/20

W dniu 27 listopada 2020 r. Konsorcjum MBW Sp. z o.o., Spectare Sp. o.o.wniosło odwołanie w zakresie zadań nr 1, 2, 3 i 5, wobec zaniechania odrzucenia ofert wykonawcy NIWA Szczecin ze względu na rażąco niskie ceny zaproponowane w ofertach dotyczących ww. zadań oraz ze względu na czyn nieuczciwej konkurencji, a także wobec zaniechania wykluczenia tego wykonawcy ze względu na przedstawienie nieprawdziwych informacji. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 2, art. 24 ust. 1 pkt 17, art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a także art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że wykonawca NIWA Szczecin złożył oferty na zadania nr 1-7, zaś Odwołujący na zadania nr 1-5.

Nazwa Wykonawcy	Cena za zadanie 1	Cena za zadanie 2	Cena za zadanie 3	Cena za zadanie 4	Cena za zadanie 5
NIWA Szczecin	2 088 635,94	3 723 503,23	3 094365,30	2 327 105,27	5 812 548,27
Odwołujący	2 460 079,95	4 736 096,55	5 629 654,65	3 380833,35	9 646 926,90

Wykonawca NIWA Szczecin w ramach zadań nr 1 i 3 w ramach kryterium pozacenowego „Czas reakcji" zaoferował 1 h przewidzianą na czas reakcji w przypadku wystąpienia na obiekcie inżynierskim "sytuacji awaryjnej" w rejonach Koszalin, Nowogard i Wałcz. Jak wynikało jednak z dalszych oświadczeń wykonawcy NIWA Szczecin (zawartych w wyjaśnieniach w zakresie rażąco niskiej ceny), posiada on bazę techniczną i zapiecze jedynie na terenie miasta Szczecin, które jest znacznie oddalone od obiektów inżynierskich w Rejonie nr 1 - Koszalin (ok. 2,5 godziny jazdy), Rejonie nr 3 - Wałcz (ponad 1 godzinę jazdy).

Ponadto, w zakresie zadań nr 1, 2, 3 i 5, Zamawiający wezwał obu wykonawców, tj. NIWA Szczecin oraz Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

W dniu 17 listopada 2020 r. Zamawiający poinformował o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadań nr 1-7, zawiadamiając, że w każdym z tych zadań za ofertę najkorzystniejszą uznał tę złożoną przez wykonawcę NIWA Szczecin. W dniu 20 listopada 2020 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania nr 4 i 7 i powtórzeniu czynności badania i oceny ofert.

Odwołujący podniósł, że w orzecznictwie KIO wykształciło się przekonanie, że skierowanie wezwanie do wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp statuuje domniemanie wystąpienia rażąco niskiej ceny w badanej ofercie. To zaś wiąże się z koniecznością podjęcia przez wykonawcę działania w celu wzruszenia tego domniemania, jeżeli wykonawca nie chce, aby jego oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Może to nastąpić jedynie poprzez przedstawienie odpowiednich wyjaśnień i dowodów potwierdzających, że zaproponowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Ciążący na wykonawcy obowiązek wzruszenia domniemania implikuje konieczność złożenia wyczerpujących i konkretnych wyjaśnień, potwierdzonych dowodami, z których będzie jednoznacznie wynikać, że cena jest prawidłowo skalkulowana, rynkowa oraz umożliwia zrealizowanie zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Oznacza to zatem, że wykonawca nie może złożyć wyjaśnień jakichkolwiek, tj. ogólnych, nieodnoszących się do konkretnie wskazanych przez zamawiającego w wezwaniu okoliczności.

Odwołujący podkreślił, że wezwanie do wyjaśnień służy nie tylko umożliwieniu wykonawcy wykazania, że jego oferta nie podlega odrzuceniu, ale jednocześnie ustanawia swoistą prekluzję dowodową. Jeżeli bowiem wykonawca nie odpowie na wezwanie zamawiającego, bądź udzieli niewystarczających wyjaśnień, wówczas zostaje pozbawiony możliwości powoływania nowych dowodów na dalszym etapie postępowania (np. przed Krajową izbą Odwoławczą).

Zdaniem Odwołującego ocena wyjaśnień złożonych przez wykonawcę NIWA Szczecin została dokonana przez Zamawiającego w sposób nieprawidłowy.

a) Ad Wstęp, s. 1-2 wyjaśnień oraz dowody 1 i 2

Odwołujący wskazał, że NIWA Szczecin na wstępie w wyjaśnieniach wskazuje, że dokonując kalkulacji ceny oferty kierował się doświadczeniem zdobytym w realizacji kontraktów na rzecz tego samego Zamawiającego oraz innych podobnych usług świadczonych na rzecz innych zamawiających (do wyjaśnień dołączono referencje potwierdzające należyte wykonywanie usług w zakresie bieżącego utrzymania, konserwacji i prac naprawczych obiektów inżynierskich na drogach). Odwołujący podniósł, że okoliczność ta nie ma większego znaczenia dla ustalenia, czy wykonawca zaoferował cenę realistyczną i rynkową, a po drugie, nie jest również okolicznością wyjątkową, właściwą wyłącznie dla tego wykonawcy, pozwalającą mu na obniżenie ceny.

Zdaniem Odwołującego, aby można było uznać doświadczenie za czynnik obniżający cenę ofertową, konieczne by było szczegółowe i konkretne wskazanie przez wykonawcę, w jaki sposób to doświadczenie wpłynęło na kalkulację oferty. Wykonawca NIWA Szczecin nie wskazał natomiast, w jaki sposób jego doświadczenie miało wpływ na obniżenie oferowanej ceny ani podał żadnych konkretnych danych cenotwórczych, potwierdzające prawidłowość przyjętego założenia. Z pewnością nie był to również wyjątkowy dla tego wykonawcy czynnik, który mógłby mieć wpływ na obniżenie ceny, charakter postępowania wskazuje bowiem, że prace wykonywane w ramach zadań są pracami specjalistycznymi, które muszą być realizowane przez podmioty doświadczone. Doświadczenie w branży nie stanowiło okoliczności

właściwej wyłącznie wykonawcy NIWA Szczecin, w postępowaniu mogli wziąć udział jedynie wykonawcy wykazujący się pewnym doświadczeniem. Ponadto, okoliczność świadczenia podobnych usług na rzecz tego samego Zamawiającego nie dotyczyła wyłącznie wykonawcy NIWA Szczecin, ale również Odwołującego.

b) Ad. Wyjaśnienia dotyczące kosztów pracowniczych, s. 2 wyjaśnień

Odwołujący wskazał, że według wyjaśnień NIWA głównym czynnikiem cenotwórczym dla prac objętych ryczałtem (czyli prac obejmujących bieżące utrzymanie czystości na obiektach mostowych) w zakresie zadań nr 1-7, jest koszt robocizny. Wykonawca ustalił koszt jednej roboczogodziny na poziomie 45 zł/r-g, a cały koszt prac objętych comiesięcznym ryczałtem stanowi iloczyn stawki za jedną roboczogodzinę oraz liczby roboczogodzin, które należy przeznaczyć na realizację zadania.

Odwołujący podniósł, że wyjaśnienia w tym zakresie są nieprecyzyjne i ogólnikowe. Po pierwsze, wykonawca NIWA Szczecin nie przedstawił, w jaki sposób dokonał skalkulowania liczby roboczogodzin ani nie podał nawet przewidywanej liczby przyjętej do kalkulacji kosztów pracowniczych. Brak tak podstawowych informacji powoduje, że Zamawiający nie był w stanie zweryfikować, czy przyjęte założenia są realne i czy odpowiadają wymaganiom określonym w SIWZ. W szczególności nie jest możliwe ustalenie poziomu kosztów pracowniczych przyjętych w ramach wynagrodzenia płatnego ryczałtem.

Zdaniem Odwołującego wyjaśnienie kosztów pracowniczych było tym bardziej istotne, że jednym z kryteriów oceny ofert było zadeklarowanie przez wykonawcę dedykowania określonej liczby pracowników do realizacji zadań (w ramach kryterium „Liczebność brygady utrzymaniowej", pkt 19.1.2.). Zamawiający również w § 8 projektu umowy określił wymagania w zakresie zatrudniania osób fizycznych na podstawie umowy o pracę. Zatem po części wyjaśnienia w tym zakresie pozwalały Zamawiającemu zweryfikować również spełnienie wymagań w zakresie zatrudniania pracowników fizycznych na podstawie umowy o pracę oraz spełnienie zadeklarowanych wartości w zakresie wskazanego kryterium oceny ofert. Wykonawca NIWA Szczecin ograniczył się natomiast jedynie do podania stawki za roboczogodzinę, nie podał nawet informacji, czy wskazana stawka jest netto czy brutto, ani tym bardziej nie wskazał szczegółowo, czy obejmuje wszystkie koszty pracownicze, które nie obejmują jedynie samego wynagrodzenia, ale również koszty ubezpieczeń społecznych, zdrowotnych, czy zaliczki na podatek dochodowy.

Odwołujący podniósł również, że wykonawca NIWA Szczecin odniósł się jedynie do tych części usług, które objęte są comiesięcznym ryczałtem, natomiast pominął koszty pracownicze związane z wykonywaniem tych usług, które mają być rozliczane obmiarowo, w przypadku których ich realizacją musiały się zająć osoby dużo wyżej wynagradzane niż osoby zajmujące się bieżącym utrzymaniem. W przypadku wykonywania prac konserwacyjnych liczy się przede wszystkim doświadczenie oraz wiedza techniczna w zakresie stosowania systemów naprawczych na obiektach mostowych.

c) Ad Wyjaśnienia dotyczące koszty pracy sprzętu, s. 2-3 wyjaśnień, dowód nr 3 i 4

W odniesieniu do kosztów pracy sprzętu (w zakresie prac rozliczanych ryczałtowo i obmiarowo) Odwołujący podniósł, że z wyjaśnień wynika, iż wykonawca nie założył wysokich kosztów pracy sprzętu z racji posiadania rozbudowanego zaplecza sprzętowego. Wykonawca wymienił sprzęt, którym dysponuje, a na potwierdzenie swoich twierdzeń złożył dowód w postaci wykazu tego sprzętu. Jak podniósł wykonawca *Posiadanie tak dużego własnego zaplecza sprzętowego i jego umiejętne wykorzystanie pozwala na optymalizację kosztów wycenianych realizacji i ofertowanych świadczeń.*

Zdaniem Odwołującego wyjaśnienia te są ogólnikowe, lakoniczne i niekonkretne, sprowadzające się właściwie do stwierdzenia, że bogaty park sprzętowy pozwolił wykonawcy na obniżenie ceny ofertowej. Wykonawca nie wskazał jednak, w jaki sposób i w jakim stopniu dysponowanie odpowiednim sprzętem wpłynęło na kalkulację ceny ofertowej. Nie wskazał nawet, który sprzęt z wykazu i w jakim zakresie był brany pod uwagę do kalkulacji ceny. Oświadczenia złożone przez NIWA Szczecin pozostają zupełnie nieprzydatne dla ustalenia, czy skalkulowana przez niego cena jest prawidłowa i rynkowa.

Odwołujący zaprzeczył tezie, że posiadanie bogatego parku sprzętowego miałoby pozwalać na marginalizowanie kosztów pracy sprzętu. Podniósł, że z wyjaśnień wynika, że *dysponuje* on określonym sprzętem, co jednak nie musi oznaczać, że posiada go na własność. Dysponowanie może bowiem oznaczać nie tylko prawo własności, ale również jego posiadanie w ramach dzierżawy, najmu, leasingu i innych umów umożliwiających przeniesienie prawa do posiadania rzeczy. Tym samym nie można jednoznacznie ustalić, czy wykonawca ponosi koszty czynszu lub rat leasingowych posiadanego sprzętu. Wyjaśnienia w tej mierze nie przekazują żadnych konkretnych informacji, które pozwalałyby na ustalenie ponoszonych kosztów związanych z dysponowaniem i pracą określonego sprzętu.

W ocenie Odwołującego nie można uznać, że złożony dowód w postaci wykazu sprzętu potwierdza podstawę prawną dysponowania sprzętem (własność bądź inne podstawy prawne posiadania, generujące koszty takie jak najem, dzierżawa, czy leasing), a tym bardziej, że stanowi dowód potwierdzający prawidłową kalkulację ceny ofertowej. Z wykazu nie wynikają żadne okoliczności istotne dla zbadania ceny. Prawidłowym dowodem w tym zakresie mogłyby być stosowne faktury zakupu, umowy i inne tego rodzaju dokumenty, które potwierdzałyby, że wykonawca posiada wymieniony sprzęt na własność, co pozwala mu obniżyć koszty najmu, dzierżawy, leasingu czy zakupu potrzebnych narzędzi i sprzętu i tym samym stanowi okoliczność wyjątkową dla tego wykonawcy.

Odwołujący zaznaczył, że niezależnie od tego, czy NIWA Szczecin posiada na własność wskazany przez niego sprzęt, czy też nie, ponosi on koszty pracy sprzętu, takie jak jego ubezpieczenie, amortyzację, koszty paliwa, serwisu itp. Jeżeli zatem wykonawca zamierzał powołać się na obniżone koszty pracy sprzętu jako wyjątkową okoliczność mającą wpływ na obniżenie ceny ofertowej, powinien właśnie te okoliczności wykazać. Tymczasem, w wyjaśnieniach NIWA Szczecin powołuje się wyłącznie na fakt posiadania sprzętu, nie podając nawet w przybliżeniu kwoty kosztów pracy sprzętu ani tym bardziej skalkulowanych elementów składających się na ten koszt.

Odwołujący stwierdził, że samo posiadanie sprzętu nie jest niczym szczególnym. Konieczność dysponowania określonym sprzętem i wykorzystywania go do prac rozliczanych ryczałtowo i obmiarowo wynikał z Opisu Przedmiotu Zamówienia, w tym SST dla poszczególnych prac z zakresu utrzymania oraz prac naprawczych i konserwacyjnych. Zatem wskazywana przez NIWA Szczecin okoliczność również nie stanowiła wyjątkowego tylko dla tego wykonawcy czynnika mającego wpływać na obniżenie ceny.

Ad Koszty projektu tymczasowej organizacji ruchu dla zadania nr 5, s. 3 wyjaśnień

Odwołujący zakwestionował wyjaśnienia NIWA Szczecin w zakresie obniżenia kosztów zabezpieczenia prac utrzymaniowo-konserwacyjnych ze względu na dysponowanie projektem tymczasowej organizacji ruchu dla zadania nr 5 oraz posiadania kadry, która wykona projekty tymczasowej organizacji ruchu dla pozostałych zadań.

Zdaniem Odwołującego wykonawca NIWA Szczecin w żaden sposób nie wykazał ani nie podał jakichkolwiek konkretnych i bardziej szczegółowych informacji na temat wpływu tej okoliczności na obniżenie ceny. W szczególności nie podał wysokości obniżonego kosztu zabezpieczenia prac utrzymaniowo-konserwacyjnych, tj. kosztu wykonania projektu tymczasowej organizacji ruchu dla pozostałych zadań. Ogólnikowość twierdzeń wykonawcy powoduje, że nie można tych wyjaśnień zweryfikować ani porównać do ceny ofertowej lub cen jednostkowych podanych w kosztorysach.

Dodatkowo wykonawca nie zaznaczył, że projekt czasowej organizacji ruchu jest wymagany dla każdej nowo podpisanej umowy osobno. Oznacza to, że zatwierdzony projekt organizacji ruchu w ramach aktualnie realizowanego kontraktu z Zamawiającym, nie będzie obowiązywał w ramach niniejszego postępowania. Taka organizacja ruchu musi być ponownie zatwierdzona po podpisaniu umowy w ramach niniejszego postępowania. Zatem twierdzenie wykonawcy NIWA Szczecin w powyższym zakresie może świadczyć o tym, że wykonawca ma zamiar realizować niniejsze zamówienie w sposób niezgodny z wymaganiami Zamawiającego.

Ad Koszty materiałów, s. 3 wyjaśnień, dowód nr 5

Odwołujący wskazał, że wykonawca NIWA Szczecin w wyjaśnieniach podniósł okoliczność korzystania z upustów na materiały, co pozwala mu w sposób szczególnie korzystny kształtować ceny robót. Na potwierdzenie swoich twierdzeń załączył dowód w postaci oferty cenowo rabatowej z 1 kwietnia 2020 r. sporządzonej dla wykonawcy NIWA Szczecin.

Odwołujący podniósł, że wyjaśnienia w tym zakresie są ogólnikowe, niekonkretne i przede wszystkim nieudowodnione. Wykonawca NIWA Szczecin wskazał jedynie na rabat przy nabyciuniektórych materiałów niezbędnych do wykonania prac objętych wynagrodzeniem kosztorysowym, zatem w zakresie prac rozliczanych ryczałtem do takiej oszczędności nie dochodzi. Wykonawca NIWA Szczecin nie powołał się na żadne konkretne ceny, nie przedstawił kalkulacji tych kosztów ani nie podał nawet procentowo wskaźnika, w jakim stopniu koszt materiału wpływa na cenę ofertową, nie określił zużycia materiałów na poszczególne pozycje w zakresie zadań nr 1-7. Zdaniem Odwołującego gdyby wykonawca chciał udowodnić i wyczerpująco wyjaśnić, w jaki sposób koszty materiałów wpłynęły na obniżenie ceny ofertowej, to powinien złożyć szczegółową kalkulację, przedstawiającą wykaz materiałów niezbędnych do wykonania prac, ich cenę oraz przewidywaną ilość.

Odwołujący stwierdził, że załączony do wyjaśnień dowód nr 5 w postaci oferty handlowej z 1 kwietnia 2020 r. nie może potwierdzać twierdzeń podnoszonych przez NIWA Szczecin. Po pierwsze, z dokumentu nie wynika, że oferta ta jest wiążąca dla sprzedawcy. Została sporządzona na długo przed ogłoszeniem niniejszego postępowania (które zostało ogłoszone cztery miesiące później), zatem wątpliwe jest, czy stanowiła podstawę do skalkulowania ceny właśnie w tym postępowaniu, zwłaszcza że była ważna do 30 czerwca 2020 r., zatem nie jest możliwe, aby wykonawca NIWA Szczecin mógł korzystać z tej oferty na potrzeby tego postępowania, skoro w czerwcu nie mógł jeszcze znać warunków niniejszego postępowania ogłoszonego dwa miesiące później.

Odwołujący podniósł, że również sama treść oferty handlowej przeczy twierdzeniu wykonawcy o posiadaniu upustów na poziomie 60%. Wynika z niej, że sprzedawca zaoferował upust 15% na część materiałów (produkty LPD) i 40% na produkty wskazane w Cenniku Katalogowym. Z treści oferty można wywnioskować, że oba upusty odnoszą się do różnych kategorii produktów. Jednak nawet jeśliby przyjąć, że wskazane upusty się łączą, to łączny upust wynosiłby jedynie 55% (a nie 60%) i w dodatku, ten najwyższy, łączny upust odnosiłby się jedynie do produktów LPD wskazanych w Cenniku Katalogowym, ponieważ tylko w odniesieniu do tych produktów ewentualnie mogłyby znaleźć zastosowanie te dwa upusty.

Odwołujący zaznaczył, że z oferty nie wynika, jakie konkretnie produkty są objęte upustem i czy są to w ogóle materiały, które znalazłyby zastosowanie do niniejszego kontraktu. Ponadto wskazana oferta handlowa nie zawiera żadnych konkretnych informacji, oprócz wysokości upustu oraz ogólnych warunków korzystania z oferty. W szczególności nie wynika z tego dokumentu, jakie materiały są objęte upustem (jak wynika z treści oferty są one wymienione w załączniku, jednak wykonawca nie dołączył tego załącznika), jak również nieznane są ceny materiałów po upuście, co powoduje, że nie można zweryfikować oświadczenia o oszczędnościach dokonanych w ramach kosztów zakupu materiałów.

Odwołujący podniósł również, że wykonawca NIWA zupełnie pominął w wyjaśnieniach te pozycje kosztowe, których cena wykonania jest niższa od kosztu zakupu materiałów (a tych pozycji jest kilkadziesiąt w kosztorysach ofertowych). Odwołujący poinformował, że kwestię tę podnosił w korespondencji kierowanej do Zamawiającego, w pismach z 9 października 2020 r. oraz 16 września 2020 r. W szczególności w piśmie z 16 września 2020 r. Odwołujący wskazał, że prawie wszystkie ceny jednostkowe ujęte w kosztorysach dotyczących prac naprawczych i konserwacji wykonawcy NIWA są znacząco niższe od cen wbudowania lub naprawy, a w większości przypadków są znacznie niższe od ceny zakupu materiałów.

Odwołujący podał następujące przykłady tych pozycji:

- poz. 11 (cena zakupu łącznika barieroporęczy) – w ocenie Odwołującego nie jest możliwe zrealizowanie wymiany łącznika za podaną cenę, która może wskazywać na wykorzystanie łącznika z odzysku (złomu), co jest niezgodne z OPZ,
- poz. 13 (cena elementów barieroporęczy) – w ocenie Odwołującego nie jest możliwe zrealizowanie wymiany łącznika za podaną cenę, która może wskazywać na wykorzystanie łącznika z odzysku (złomu), co jest niezgodne z OPZ,
- poz. 14, 15, 16, 17, 20, 21, 22, 29, 40, 62, 64, 66, 68, 69 – cena zakupu materiału przewyższa cenę wskazanych prac,
- poz. 75 (cena wymiany, uzupełnienia włazu studni rewizyjnej) – pozycja została wyceniona na poziomie 108,00 zł brutto, podczas gdy koszt samego materiału (włazów) na rynku oscyluje pomiędzy 290,00 do 305,00 zł za sztukę.

Odwołujący załączył cenniki wybranych materiałów.

Ad Wyjaśnienia dotyczące zakresu prac, warunków realizacji zamówienia, warunków umowy w zakresie waloryzacji, s. 3-5 wyjaśnień

Odwołujący wskazał, że w ostatniej części wyjaśnień, wykonawca NIWA Szczecin powołał się na kolejne okoliczności, mające wpływ na obniżenie ceny ofertowej:

- konieczność traktowania orientacyjnie ilości prac rozliczanych obmiarowo, ze względu na kosztorysowy charakter wynagrodzenia – z doświadczenia NIWA Szczecin ma rzekomo wynikać, że prace te będą zlecane „incydentalnie albo wcale", co też ma potwierdzać dokonana przez wykonawcę analiza ryzyka,
- okoliczność, że niektóre obiekty mostowe są w tracie realizacji i będą objęte rękojmią za wady, podobnie jak inne, niedawno oddane obiekty są objęte rękojmią za wady przez cały okres trwania umowy na utrzymanie i konserwację,
- okoliczność uwzględnienia przez Zamawiającego w projekcie umowy klauzul waloryzacyjnych oraz wprowadzenie do zadania prac z zakresu zimowego utrzymania obiektów mostowych, co pozwala optymalizować koszty w wymiarze rocznym.

Zdaniem Odwołującego powyższe okoliczności w żaden sposób nie mogą tłumaczyć przyjętego sposobu kalkulacji ceny i jej rażącego obniżenia.

Odwołujący podniósł, że wszystkie ww. czynniki nie stanowią okoliczności wyjątkowej, właściwej jedynie dla NIWA Szczecin. Wszystkie te uwarunkowania odnoszą się również do pozostałych wykonawców i mogły lub miały one wpływ na zaoferowaną przez nich cenę. Nie można zatem uznać, że wymienione wyżej czynniki mogły w jakiś sposób wpłynąć wyjątkowo właśnie na cenę zaoferowaną tylko przez NIWA Szczecin. Ponadto wskazane czynniki wcale nie musiały wpływać na obniżenie ceny, pod warunkiem, że cena oferty została skalkulowana prawidłowo, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Rozliczanie obmiarowe za prace naprawcze i konserwacyjne nie oznacza, że wykonawcy są zwolnieni z uwzględnieniem wszystkich możliwych kosztów związanych z realizacją tych prac. Jeżeli NIWA Szczecin twierdzi, że na podstawie swojej wiedzy przyjął, że niektóre pozycje cenotwórcze będą realizowane *incydentalnie albo wcale* to może to oznaczać po pierwsze, że posiada on wiedzę wykraczającą poza informacje udzielane pozostałym oferentom, a po drugie, że skalkulował cenę w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań określonych przez Zamawiającego. Odwołujący podkreślił, że NIWA Szczecin powołuje się na przeprowadzoną analizę ryzyka wystąpienia poszczególnych robót wymienionych w tabeli elementów rozliczeniowych, jednak nie dołączył tej analizy ryzyka do wyjaśnień ani nie podał tych pozycji, które, jego zdaniem nie będą realizowane lub będą realizowane w mniejszym stopniu w zakresie prac rozliczanych obmiarowo, nie podał przyczyn, dla których uznał, że niektóre z prac przewidzianych przez Zamawiającego będą ulegać zmniejszeniu.

Odnosząc się do okoliczności, że niektóre obiekty mostowe są lub będą objęte rękojmią za wady przez ich generalnego wykonawcę, Odwołujący podniósł, że nie tylko nie stanowi czynnika wyjątkowego dla NIWA Szczecin, ale również nie oznacza, że wykonawca będzie zwolniony z obowiązków przewidzianych w umowie w odniesieniu tych obiektów. Po pierwsze, wykonawca będzie zobowiązany w zakresie tych obiektów do świadczenia usług utrzymania, a po drugie, rękojmia za wady przyjęta przez generalnego wykonawcę nie będzie obejmować wszystkich prac naprawczych i konserwacyjnych przewidzianych w tym kontrakcie, w szczególności mowa tutaj o uszkodzeniach wywołanych aktem wandalizmu lub wskutek kolizji. Odwołujący nie zgodził się z twierdzeniem, że tego typu uszkodzenia zdarzają się sporadycznie – jeżeli Zamawiający wymagał dokonania wyceny prac w określony sposób (obmiarowo), wykonawcy powinni tak uczynić uwzględniając maksymalny zakres ryzyka. Rękojmia i gwarancja, którą mają być objęte lub są niektóre obiekty mostowe, dotyczyć ma jedynie tych wad, które tkwią w obiektach zrealizowanych przez wykonawcę, natomiast nie ma to wpływu na zakres prac wymaganych w niniejszym postępowaniu. Poza tym wykonawca nie przedstawił żadnych konkretnych informacji, w tym kalkulacji ceny, z których wynikałoby, że przyjął bardziej oszczędny sposób obliczania ceny ofertowej właśnie ze względu na objęcie niektórych obiektów mostowych rękojmią za wady.

Dalej Odwołujący podniósł, że fakt przewidzenia klauzuli waloryzacyjnej w projekcie umowy nie oznacza, że okoliczność ta mogła mieć znaczny wpływ na obniżenie ceny. Zdaniem Odwołującego okoliczność ta oznacza jedynie, że wykonawcy nie musieli kalkulować ryzyka wzrostu cen usług i towarów, co jednak nie powodowało, że zostali zwolnieni z uwzględnienia innych ryzyk występujących w realizacji tego typu kontraktów (np. zwiększonych kosztów wynikających z przedłużenia realizacji umowy lub zwiększenia zakresu zamówienia, zwłaszcza w zakresie prac rozliczanych ryczałtem). Odwołujący podkreślił przy tym, że NIWA Szczecin powołując się na tę okoliczność nie określił nawet procentowo stopnia jej wpływu na kalkulację ceny ofertowej. Odwołujący zaznaczył, że obecne prognozy jednoznacznie wskazują, że wraz z wystąpieniem pandemii koronawirusa może wystąpić zjawisko deflacji, co spowoduje dalsze obniżenie cen.

Zdaniem Odwołującego fakt rozszerzenia obecnego zamówienia o usługi utrzymania zimowego dróg, który miałby wpłynąć na oszczędność realizacji zamówienia, również nie został w żaden sposób udowodniony. Wykonawca powołał się na tę okoliczność bez wskazania jakiejkolwiek kalkulacji uzasadniającej takie twierdzenie, w szczególności nie przedstawił np. kalkulacji ceny ofertowej ze szczególnym wskazaniem, w jaki sposób koszty w tym względzie zostały zoptymalizowane i *rozłożone* na cały okres roczny utrzymania dróg i obiektów inżynierskich.

W związku z powyższym Odwołujący stwierdził, że wyjaśnienia NIWA Szczecin w zakresie rażąco niskiej ceny należy uznać za ogólnikowe, lakoniczne, pozbawione istotnych informacji i nieudowodnione. Skutkiem takich wyjaśnień jest obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 i z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący zauważył, że ustawa Pzp zawiera dwukrotne odesłanie do sankcji odrzucenia oferty w związku z rażąco niską ceną: art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zawiera bardziej kategoryczne stwierdzenie (wystąpienie rażąco niskiej ceny), z kolei art. 90 ust. 3 ustawy Pzp ma charakter bardziej formalno-proceduralny i wskazuje na brak złożenia wyjaśnień oraz ich negatywną ocenę przez zamawiającego. Zdaniem Odwołującego wyjaśnienia wykonawcy NIWA Szczecin są na tyle ogólne, że należałoby uznał, iż wykonawca nie złożył żadnych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Brak złożenia wyjaśnień w odpowiedzi na pierwsze wezwanie powoduje, że zamawiający nie może wezwać takiego wykonawcy ponownie do złożenia wyjaśnień w celu doprecyzowania pewnych kwestii, a ponadto – wykonawca nie może powoływać się na nowe okoliczności i nowe dowody w ewentualnym postępowaniu odwoławczym. Odwołujący podniósł, że wezwanie wykonawcy ponownie do złożenia wyjaśnień w zakresie okoliczności wpływających na obniżenie ceny oferty byłoby niewątpliwym naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Możliwe

jest pewne doprecyzowanie niektórych wątpliwości, jeżeli takie występują po lekturze wyjaśnień, jednak warunkiem takiego postępowania jest konieczność złożenia pierwotnie przez wykonawcę merytorycznych wyjaśnień, które zawierają konkretne informacje. Takie ponowne wezwanie służy bowiem wyjaśnieniu tylko nielicznych okoliczności, które budzą wątpliwości zamawiającego, nie zaś danie wykonawcy szansy na ponowne złożenie w całości wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny. W tej sprawie wykonawca NIWA Szczecin złożył wyjaśnienia zupełnie nic nie wnoszące do sprawy, z nieprzydatnymi informacjami i nieadekwatnymi dowodami, nie ma żadnych podstaw do wzywania wykonawcy w zakresie wyjaśnienia wątpliwości. Oznaczałoby to bowiem, że wykonawca musiałby złożyć w całości nowe wyjaśnienia w zakresie kalkulacji ceny. Odnośnie możliwości składania nowych dowodów i oświadczeń na etapie postępowania odwoławczego, Odwołujący wskazał, że NIWA Szczecin ma w tym względzie ograniczoną możliwość. Podniósł, że odwołanie niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego, a zatem Izba będzie oceniać poprawność czynności Zamawiającego w oparciu o stan faktyczny mający miejsce w danym postępowaniu, w chwili podejmowania czynności przez Zamawiającego. Jeżeli zatem wykonawca nie złożył w toku postępowania o udzielenie zamówienia wyczerpujących wyjaśnień oraz dowodów mających potwierdzić prawidłowość skalkulowanej ceny, to nie może swojego zaniedbania naprawić poprzez złożenie nowych dowodów na etapie postępowania przed KIO, ponieważ takie dowody i oświadczenia nie będą przedmiotem zarzutu. W takiej sytuacji nowe dowody lub twierdzenia muszą zostać uznane za spóźnione.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający naruszył w niniejszym postępowaniu zasadę równego traktowania wykonawców. Porównując wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny złożone przez Odwołującego w ramach zadań nr 2 i 4 oraz wyjaśnienia wykonawcy NIWA Szczecin, Zamawiający w sposób rażący potraktował tak samo obu wykonawców, mimo że nie znajdowali się analogicznej sytuacji. Odwołujący złożył bardzo szczegółowe wyjaśnienia, w których odniósł się do każdego punktu wezwania Zamawiającego. Ponadto, Odwołujący dołączył do swoich wyjaśnień szereg dowodów. Zamawiający, przyjmując natomiast wyjaśnienia Odwołującego i wykonawcy NIWA Szczecin postąpił wbrew zasadzie równego traktowania, ponieważ uznał wyjaśnienia o krańcowo różnym stopniu szczegółowości za tak samo poprawne. Naruszenie zasady równego traktowania jest tym samym rażące, że to oferty wykonawcy NIWA Szczecin zostały uznane za najkorzystniejsze, mimo że wykonawca ten nie wypełnił obowiązku określonego w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp.

Nieprawidłowości przy dokonywaniu badania i oceny oferty wykonawcy NIWA Szczecin w zakresie zadeklarowanego poziomu „Czasu reakcji" w zakresie zadań nr 1 i 3:

Odwołujący wskazał, że wykonawca NIWA Szczecin w ramach zadań nr 1 i 3 w ramach kryterium pozacenowego „Czas reakcji" zaoferował 1 h przewidzianą na czas reakcji w przypadku wystąpienia na obiekcie inżynierskim "sytuacji awaryjnej" w rejonach Koszalin i Wałcz. Jak wynika z opisu kryterium zawartego w pkt 19.1.4. IDW: „Czas reakcji (R) oznacza czas w jakim Wykonawca będzie zobowiązany do podjęcia działań w trybie «awaryjnym», licząc od czasu powiadomienia (tj. wydania polecenia) przez przedstawiciela Zamawiającego o konieczności podjęcia takich działań. Biorąc powyższe pod uwagę, a w szczególności zadeklarowany przez wykonawcę NIWA Szczecin czas reakcji, oznacza to, że wykonawca będzie zobowiązany do podjęcia działań w celu usunięcia awarii na obiektach inżynierskich w ciągu godziny.

Zdaniem Odwołującego w przypadku zadań nr 1 i 3 spełnienie tego kryterium przez wykonawcę NIWA nie będzie możliwe. Wykonawca posiada bowiem swoją bazę i zaplecze techniczne na terenie miasta Szczecin, które jest znacznie oddalone od rejonów objętych zadaniami nr 1 i 3:

- zadanie nr 1 jest realizowane w Rejonie Koszalin, którego obiekty inżynierskie są oddalone o ok. 2,5 godziny jazdy od miasta Szczecin,
- zadanie nr 3 jest realizowane w Rejonie Wałcz, którego obiekty inżynierskie są oddalone o ponad 2 godziny jazdy od miasta Szczecin.

Odwołujący podniósł, że działanie wykonawcy NIWA stanowi wprowadzenie Zamawiającego w błąd, które powinno skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, ponieważ wykonawca zaoferował nierealistyczny czas reakcji, co spowodowało, że otrzymał maksymalną ilość punktów w ramach kryterium „Czas reakcji" i co pozwoliło na dokonanie wyboru jego ofert jako najkorzystniejszych.

Zdaniem Odwołującego zostały spełnione wszystkie przesłanki określone w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Po pierwsze wykonawca NIWA Szczecin przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego. Po drugie, działanie wykonawcy zostało popełnione w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, a w ocenie Odwołującego działanie to było celowe i wymierzone na uzyskanie najwyższej punktacji: istotny w tym zakresie jest wzorzec należytej staranności. Niewątpliwie wykonawca NIWA Szczecin jest świadomy, gdzie posiada swoją bazę i zapiecze i jednocześnie, niemożliwe jest, aby jako lokalny przedsiębiorca nie wiedział, w jakiej odległości znajdują się rejony Koszalin i Wałcz. Nie jest możliwe, aby wskutek niewiedzy zaproponował spełnienie czasu reakcji na poziomie niemożliwym do zrealizowania przez siebie. Każdy przedsiębiorca, działający zgodnie z należytą starannością, przed zadeklarowaniem takiego parametru najpierw zapoznałby się z lokalizacją obiektów inżynierskich objętych zadaniami, w celu ustalenia, czy jest w stanie do tych obiektów dojechać z deklarowanym czasie. Nie jest to utrudnione działanie, zwłaszcza biorąc pod uwagę łatwy dostęp do narzędzi pozwalających oszacować czas dojazdu do określonych lokalizacji (nawigatory, Google Maps itp.). Brak dopełnienia takich działań na etapie przygotowania oferty i zadeklarowanie najlepiej punktowanego parametru jest nie tylko przykładem rażącej niedbałości, ale nosi znamiona celowego działania ukierunkowanego na pozyskanie jak największej ilości punktów i pozyskania zamówienia. Ponadto informacje te miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego (przyznano wykonawcy NIWA Szczecin maksymalną ilość punktacji w ramach tego kryterium).

Odwołujący podniósł również, że niewątpliwie wykonawca miał na celu uzyskanie wyłącznie dodatkowych punktów przy ocenie ofert, jednak w sposób sprzeczny z prawem i dobrymi obyczajami. Działanie wykonawcy polegające na zaproponowaniu nierealnych, nierzeczywistych czasów reakcji, zdecydowanie nie jest przejawem konkurencyjnej rywalizacji o uzyskanie zamówienia. Takie zachowanie należy uznać za próbę wyeliminowania innych wykonawców w celu uzyskania zamówienia oraz działanie sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami, ponieważ tym samym, wykonawca NIWA Szczecin wprowadził Zamawiającego w błąd. Działanie wykonawcy NIWA Szczecin zagraża ponadto interesom pozostałych wykonawców, którzy zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego zaoferowali realne czasy reakcji. W związku z tym Odwołujący stwierdził, że działanie wykonawcy NIWA Szczecin wypełniało cechy czynu

nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 uznk, w związku z powyższym, istnieją podstawy do odrzucenia jego ofert w zakresie zadań nr 1 i 3 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk.

Zdaniem Odwołującego w konsekwencji powyższych naruszeń, Zamawiający dokonał w sposób nieprawidłowy wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadań nr 1, 2, 3 i 5. Zamawiający powinien bowiem dokonać odrzucenia w zakresie tych zadań, oferty wykonawcy NIWA Szczecin na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp i tym samym, powinien dokonać wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący zwrócił uwagę, że niezależnie od oceny wyjaśnień złożonych przez NIWA Szczecin, ceny przez niego zaoferowane w zakresie zadań nr 1, 2, 3 i 5 są rażąco niskie i oferty w ramach tych zadań powinny zostać odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że zaoferowanie ceny poniżej kosztów świadczy również o popełnieniu czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk. Zdaniem Odwołującego działanie wykonawcy NIWA Szczecin w tym zakresie było celowe i ukierunkowanie na złożenie ceny, która zdobędzie najwięcej punktów, bez względu na to, czy oferta ta będzie zgodna z SIWZ, czy też nie. Wskazuje na to fakt skalkulowania ceny bez uwzględnienia wszystkich kosztów oraz wszystkich wymaganych prac. Na działanie zmierzające do ograniczenia konkurencji wskazuje również fakt złożenia lakonicznych i ogólnikowych wyjaśnień, których w żaden sposób nie można zweryfikować, ani zakwestionować, ponieważ nie zawierają żadnych konkretnych informacji.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadań nr 1, 2, 3 i 5, odrzucenia oferty wykonawcy NIWA Szczecin na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp oraz wykluczenia ww. wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie zadań nr 1, 2, 3 i 5 i dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

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

W punkcie 15 SIWZ dotyczącym sposobu obliczenia ceny Zamawiający zamieścił m.in. następujące postanowienia:

15.1.Cena Oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o kosztorys ofertowy. Wykonawca wybiera właściwy dla zadania (część) na które składa ofertę. Zamawiający zamieszcza w Tomie IV gotowy kosztorys i zaleca jego wykorzystanie.

15.2.Kosztorys, o którym mowa w pkt 15.1. należy sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej ściśle według kolejności wyszczególnionych pozycji. Wykonawca określi ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w kosztorysie. Kosztorys na każdą część (zadanie) składa się z załącznika 5a (ryczałt miesięczny) i 5b (prace rozliczane obmiarowo).

Wyliczone w kosztorysach wartości netto za wykonanie poszczególnych elementów prac Wykonawca powinien zsumować do pozycji „razem netto" dodać podatek VAT i obliczyć cenę brutto w pozycji „ogółem brutto".

Cenę oferty brutto na każdą część zamówienia stanowi suma wyliczona z 2 kosztorysów (załącznika 5a – poz. „Ogółem brutto" i 5b „Ogółem brutto poz. I + II + III w latach 2021 – 2024")

Obliczoną w ten sposób cenę oferty (wartość brutto) Wykonawca przeniesie do punktu 3 formularza OFERTA. (…)

15.4.Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić w kosztorysie wszystkie opisane pozycje. Wykonawca nie może również wprowadzać zmian do kosztorysu. Wszystkie błędy ujawnione w Opisie Przedmiotu Zamówienia oraz kosztorysie, Wykonawca powinien zgłosić Zamawiającemu przed terminem składania ofert. (…)

15.6.Cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w Tomach II – IV SIWZ. Koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których w kosztorysie nie ujęto w odrębnych pozycjach, Wykonawca powinien ująć w cenach jednostkowych pozycji opisanych w kosztorysie. Wszelkie ewentualne rabaty (upusty) należy ująć w poszczególnych cenach jednostkowych.

Zgodnie z punktem 19.1 SIWZ jednym z kryteriów oceny ofert (o wadze 10%) było kryterium czasu reakcji.

W punkcie 19.1.4 SIWZ Zamawiający podał:

Kryterium "Czas reakcji" (R) będzie rozpatrywane na podstawie oświadczenia Wykonawcy złożonego w pkt. 5 Formularza Oferty.

W przypadku wystąpienia na obiekcie inżynierskim "sytuacji awaryjnej", powodującej m.in.: zagrożenie bezpieczeństwa ruchu drogowego, zagrożenie osób trzecich lub możliwość wystąpienia szkód materialnych, Zamawiający informuje Wykonawcę o konieczności natychmiastowego przystąpienia do usunięcia przyczyn tej sytuacji.

Czas reakcji (R) oznacza czas w jakim Wykonawca będzie zobowiązany do podjęcia działań w trybie "awaryjnym", licząc od czasu powiadomienia (tj. wydania polecenia) przez przedstawiciela Zamawiającego o konieczności podjęcia takich działań.

Polecenie, o którym mowa wyżej, każdorazowo będzie przekazywane przez przedstawiciela Zamawiającego pocztą elektroniczną, faksem lub telefonicznie. Telefoniczne wydanie polecenia zostanie niezwłocznie potwierdzone pisemnie przez Zamawiającego w tym samym dniu (wraz z określeniem daty i godziny wydania polecenia) na numer faxu lub adres e-mailowy Wykonawcy wskazany w umowie. Oczekiwanie na pisemne potwierdzenie polecenia telefonicznego nie zwalnia Wykonawcy z obowiązku podjęcia działań w terminie wynikającym z zadeklarowanego w Formularzu Oferty Czasu reakcji.

Najkrótszy możliwy „Czas reakcji" wymagany przez Zamawiającego to 1 godzina, licząc od chwili wydania polecenia w tym zakresie.

Najdłuższy możliwy „Czas reakcji" wymagany przez Zamawiającego to 4 godziny, licząc od chwili wydania polecenia w tym zakresie.

Wykonawca musi zaproponować „Czas reakcji" w pełnych godzinach tj. 1 godzina lub 2 godziny lub 3 godziny lub 4 godziny.

Ilość punktów w kryterium zostanie przyznana w następujący sposób:

- czas reakcji w ciągu max. 1h od czasu przyjęcia zgłoszenia od Zamawiającego – 10 pkt

- czas reakcji w ciągu max. 2h od czasu przyjęcia zgłoszenia od Zamawiającego – 5 pkt

- czas reakcji w ciągu max. 3h od czasu przyjęcia zgłoszenia od Zamawiającego – 2 pkt

- czas reakcji w ciągu max. 4h od czasu przyjęcia zgłoszenia od Zamawiającego – 0 pkt

W przypadku błędnego wypełnienia oferty w zakresie „czasu reakcji", tj. braku wskazania, bądź wskazania innej wartości, niż opisana w pkt 19.1.4 IDW dla danej części, oferta otrzyma w tym kryterium 0 pkt i zostanie przyjęty 4h czas reakcji.

Na podstawie protokołu postępowania Izba ustaliła, że Zamawiający określił wartość zamówienia na kwotę 35.520.572,62 zł, w tym:

–część 1: 2.671.100,00 zł;

–część 2: 6.534.268,00 zł,

–część 3: 6.013.292,00zł,

–część 4: 4.582.438,50 zł,

–część 5: 9.774.482,99 zł,

–część 6: 4.123.162,02 zł,

–część 7: 1.821.829,11 zł.

Podana przez Zamawiającego kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, to 43.690.304,32 zł.

W częściach, których dotyczą zarzuty odwołań zostały złożone oferty z następującymi cenami:

Część 1:

1)Niwa Szczecin Sp. z o.o.: 2.088.635,94 zł

2)PHU JAR R. G.: 3.192.947,16 zł

3)Konsorcjum: MBW Sp. z o.o. Spectare Sp. z o.o.: 2.460.079,95 zł

Część 2:

1)AG-Bud A. G.: 9.477.314,82 zł

2)Niwa Szczecin Sp. z o.o.: 3.723.503,23 zł

3)Konsorcjum: MBW Sp. z o.o. Spectare Sp. z o.o. 4.736.096,55

Część 3:

1)Niwa Szczecin Sp. z o.o.: 3.094.365,30 zł

2)Konsorcjum: MBW Sp. z o.o. Spectare Sp. z o.o.: 5.629.654,65 zł

Część 5:

1)Niwa Szczecin Sp. z o.o.: 5.812.548,27 zł

2)Konsorcjum: MBW Sp. z o.o. Spectare Sp. z o.o. 8.929.467,90 zł

3)Zakład Usług Stoczniowych i Mostowych Sp. z o.o. 9.529.397,94 zł

Część 6:

1)Przedsiębiorstwo Inżynierii Lądowej REMOST A. J. 3.2789.82,59 zł

2)Niwa Szczecin Sp. z o.o.: 2.250.027,99 zł

3)PHU JAR R. G.: 8.000.006,10 zł

4)P.O.Ś. M. W. 4.600.052,40 zł

5)Zakład Usługowo Handlowy R. M.: 5.162.309,39 zł

Przystępujący w ramach każdej z części zamówienia zaoferował czas reakcji 1h.

Pismem z 24 września 2020 r. Zamawiający wezwał Przystępującego, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty na część nr 1, 2, 3, 4, 5, 6 i 7 mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

–wskazania najważniejszych składników cenotwórczych mających istotny wpływ na wartość zamówienia;

–oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny

nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę;

–pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;

–wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

–wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

–powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zamawiający wskazał w wezwaniu:

Wątpliwości Zamawiającego wzbudza cena oferty ogółem

dla części 1:

Cena oferty ogółem 2 088 635,94 zł (brutto), wydaje się być rażąco niska i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Cena oferty jest o 36,43% niższa od wartości zamówienia.

dla części 2:

Cena oferty ogółem 3 431 137,64 zł (brutto), wydaje się być rażąco niska i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Cena oferty jest o 41,66 % niższa od średniej arytmetycznej złożonych ofert i o 57131% niższa od wartości zamówienia.

dla części 3:

Cena oferty ogółem 3 094 365,30 zł (brutto), wydaje się być rażąco niska i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Cena oferty jest o 58,16% niższa od wartości zamówienia. (…)

dla części 5:

Cena oferty ogółem 5 812 548,27 zł (brutto), wydaje się być rażąco niska i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Cena oferty jest o 30,22 % niższa od średniej arytmetycznej złożonych ofert i o 51,65% niższa od wartości zamówienia.

dla części 6:

Cena oferty ogółem 2 250 027,99 zł (brutto), wydaje się być rażąco niska i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Cena oferty jest o 51,70 % niższa od średniej arytmetycznej złożonych ofert i o 55,63% niższa od wartości zamówienia.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący złożył wyjaśnienia, w których oświadczył, że wyceniając przedmiotowe zadanie kierował się swoim doświadczeniem, profesjonalizmem oraz wiedzą zdobytą na wielu realizacjach na terenie całego kraju, a także na zadaniu realizowanym stricte dla szczecińskiego oddziału GDDKiA w zakresie robót utrzymaniowych i konserwacyjnych:

–Bieżące utrzymanie, konserwacja i prace naprawcze obiektów inżynierskich na drodze ekspresowej S-3 od km 0+000 do km 54+012, węzeł Klucz – Węzeł Myślibórz (bez węzła) – 2 zadania" – dotyczy zadania nr 1, w ramach umowy nr 136/Z-4/2014 z dnia 05.01.2015r., której przebieg, zakres oraz termin realizacji został zrealizowany prawidłowo, co potwierdza poświadczenie należytego wykonania prac z 09.02.2016,

–Bieżące utrzymanie, konserwacja oraz naprawy awaryjne obiektów inżynierskich w latach 2017-2020 na drogach krajowych GDDKiA Oddział w Szczecinie z podziałem na 13 części"– część 5, realizowane w ramach umowy nr 5/34/Z-1/2016, co potwierdza przejściowa referencja z 24.08.2020r.,

oraz dla Zarządu Dróg i Transportu Miejskiego w Szczecinie:

–Roboty w zakresie bieżącego utrzymania obiektów inżynierskich na terenie miasta Szczecin w latach 2019-2021, realizowane w ramach umowy nr ZDiTM/51/2019 z 10.04.2019 r.

Przystępujący wyjaśnił:

Głównym czynnikiem cenotwórczym dla prac objętych comiesięcznym ryczałtem, w zakresie części od 1 do 7, jest koszt robocizny, a najtrudniejszą rzeczą do oszacowania jest czas niezbędny do przeprowadzenia prac utrzymaniowych na danym obiekcie. Realizacja przez NIWA Szczecin sp. z o.o. kontraktów utrzymaniowych pozwoliła zdobyć niezbędną wiedzę i doświadczenie przez kadrę zarządzającą i pracowników fizycznych, co pozwala na optymalizację kosztów całego procesu związanego z utrzymaniem i konserwacją obiektów mostowych. NIWA Szczecin Sp. z o.o. realizując zadania utrzymaniowe prowadzi na bieżąco analizy obejmujące czasochłonność prac dla różnych typów obiektów w zależności od ich powierzchni oraz konstrukcji. Mając na uwadze powyższe cena jednostkowa dla prac objętych comiesięcznym ryczałtem, w zakresie części od 1 do 7, jest wynikiem iloczynu roboczogodzin, które należy przeznaczyć do wykonania niezbędnych prac (ustalonych w oparciu o analizy własne), i stawki roboczogodziny, która wynosi 45 zł/r-g.

Kolejnym czynnikiem składowym ceny jednostkowej dla wszystkich części zadania, w zakresie prac objętych ryczałtem i tych rozliczanych obmiarowo, jest praca sprzętu niezbędnego do zabezpieczenia i wykonywania prac utrzymaniowo-konserwacyjnych oraz transportu. W przypadku NIWA Szczecin Sp. z o.o. czynnik ten ma marginalne znaczenie, ze względu na fakt posiadania rozbudowanego zaplecza sprzętowego. Firma dysponuje kompletem oznakowania pionowego, specjalistycznych przyczep ze znakami zamykającymi typu U-26a, U27, tablicami kierującymi, zaporami blokującymi, lampami ostrzegawczymi, mobilnymi sygnalizacjami świetlnymi, a także kosami spalinowymi, podkaszarkami, myjkami, odkurzaczami, dmuchawami, rusztowaniami, itp. Ze względu na specjalizację firmy NIWA Szczecin Sp. z o.o., jaką jest naprawa i zabezpieczenie konstrukcji inżynierskich, posiada ona bardzo rozbudowaną bazę sprzętową w zakresie specjalistycznego sprzętu, w szczególności: kompresory, piaskarki, torkretnice, urządzenia hydrodynamiczne w zakresie ciśnień od 150 do 2.800 bar, agregaty malarskie, pompy iniekcyjne, agregaty prądotwórcze, rusztowania i zwyżki, samochody ciężarowe i osobowe oraz sprzęty kująco-wiercący, itp. Posiadanie tak dużego własnego zaplecza

sprzętowego i jego umiejętne wykorzystanie pozwala na optymalizację kosztów wycenianych realizacji i ofertowanych świadczeń. Jako załącznik nr 3 do niniejszego pisma przedkładamy wykaz sprzętu, narzędzi, pojazdów oraz oznakowania jakim dysponuje NIWA Szczecin Sp. z o.o.

W kwestii właściwego zabezpieczenia prac utrzymaniowo-konserwacyjnych, nie bez znaczenia jest fakt, że NIWA Szczecin Sp. z o.o. dysponuje projektem tymczasowej organizacji ruchu dla części 5 zadania. Projekty organizacji ruchu dla pozostałych części wykonane zostanę przez zatrudnioną kadrę, bez konieczności zlecania zamówienia na zewnątrz. Pozwala to na zaoszczędzenie środków finansowych i czasu.

Jako czynnik cenotwórczy, który dotyczy wszystkich części zadania, należy wymienić również koszt materiału niezbędnego do wykonania prac naprawczych i konserwacyjnych. W tym zakresie firma NIWA Szczecin Sp. z o.o. może również wykazać się oszczędnością względem innych oferentów. Firma od wielu lat współpracuje z wiodącym liderem na rynku chemii budowlanej., dzięki czemu wypracowała wysokie upusty sięgające nawet 60% ceny katalogowej, co skutkuje atrakcyjnymi cenami na wykonawstwo robót. Jako załącznik nr 4 do niniejszego pisma przedstawiamy jako dowód ofertę cenowo — rabatową z dnia 01.04.2020r. sporządzoną dla NIWA Szczecin Sp. z o.o.

Należy zwrócić również uwagę, że zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia ilości poszczególnych prac wskazanych w tabeli elementów rozliczeniowych (dla prac utrzymaniowych, konserwacyjnych i naprawczych rozliczanych obmiarowo) należy traktować orientacyjnie, a Zamawiający zastrzega sobie prawo zwiększenia lub zmniejszenia poszczególnych ilości. Bazując na wiedzy i doświadczeniu zdobytym przez kadrę kierowniczą firmy NIWA Szczecin Sp. z o.o. podczas realizacji dotychczasowych umów na utrzymanie i konserwacje, z dużym prawdopodobieństwem można wskazać, które pozycje są cenotwórcze względem całego zadania, a które będą realizowane incydentalnie albo wcale (takie pozycje wycenione zostały z minimalną marżą). W celu zminimalizowania ryzyka kadra kierownicza dokonała objazdu wszystkich siedmiu części zadania. Podczas wizji terenowych sporządzona została szczegółowa dokumentacja fotograficzna uwzględniająca lokalne uwarunkowania realizacyjne wraz z dokumentacją występujących uszkodzeń obiektów mostowych na dzień przeprowadzenia wizji. Na podstawie zebranych materiałów dokonana została (dla każdej z części osobno) analiza ryzyka wystąpienia poszczególnych robót wyszczególnionych w tabeli elementów rozliczeniowych.

Przy sporządzaniu oferty brano pod uwagę również fakt, że obiekty mostowe od nr 7 do 20 dla zadania 3 stanowią element obwodnicy m. Wałcz, która jest jeszcze w trakcie realizacji przez firmę PORR S.A. oraz Budimex S.A.. Z chwilą odbioru końcowego i przekazania do eksploatacji obwodnica wraz z obiektami inżynierskimi zostanie objęta rękojmią za wady. Podobna sytuacja ma miejsce w przypadku obwodnicy Szczecinka (zadanie nr 6), w ciągu której znajdują się obiekty mostowe od nr 4 do 39. Obwodnica została zrealizowana przez firmę Eurovia S.A., a przekazanie do eksploatacji nastąpiło w listopadzie zeszłego roku. Obiekty mostowe zlokalizowane w ciągu obwodnic m. Wałcz i m. Szczecinek objęte będą rękojmią za wady przez cały okres trwania umowy na utrzymanie i konserwację. Powyższa informacja ma istotne znaczenie w kontekście prac naprawczych i konserwacyjnych (część rozliczana obmiarowo), które powinny być usuwane w ramach udzielonej rękojmi, w związku z czym NIWA Szczecin Sp. z o.o. składając ofert dla tych części mogła zastosować minimalną marżę. Nie dotyczy to oczywiście uszkodzeń będących efektem kolizji drogowych i aktów wandalizmu, jednakże są to sytuacje występujące sporadycznie.

Nie bez znaczenia jest fakt, że obecnie realizowane są przez firmę Budimex S.A. na zlecenie GDDKiA dwie inwestycje drogowe na odcinku drogi DK3 przynależne do części 2 zadania tj. budowa drogi S3 na odcinku Brzozowo – Miękowo wraz z rozbudową odcinka Miękowo – Rzęśnica. Planowane zakończenie zadania to I połowa 2021 r. Konsekwencją odbiorów końcowych i przekazania do eksploatacji odcinków nowych dróg (wraz z nowymi obiektami mostowymi), będzie przekazanie innym zarządcom „starych" odcinków dróg (wraz z obiektami mostowymi), a tym samym obowiązek utrzymania będzie spoczywał na innych podmiotach. Ww. okoliczność pozwoliła wycenić utrzymanie czystości na obiektach mostowych (prace rozliczane comiesięcznym ryczałtem), które mają zostać przekazane w przyszłym roku w utrzymane innych zarządców, z minimalną marżą. Kolejną okolicznością sprzyjającą przy wycenie tej części jest przyjęcie w utrzymanie nowych obiektów objętych rękojmią za wady udzieloną przez firmę Budimex S.A., w zamian za „stare" obiekty mostowe.

(…) Na koniec należy również wspomnieć o zmianach w SIWZ i OPZ jakie wprowadził Zamawiający, względem poprzedniego zamówienia na utrzymanie i konserwacje w latach 2017 2020. Wprowadzona została klauzula waloryzacyjna w oparciu o wskaźnik wzrostu (spadku) cen towarów i usług konsumpcyjnych za poprzedni rok kalendarzowy publikowanego przez Główny Urząd Statystyczny. Drugą istotną zmianą w bieżącym zamówieniu jest wprowadzenie do zadania zimowego utrzymania obiektów mostowych przez okres 3 m-cy. Przejęcie części ryzyka przez Zamawiającego w zakresie możliwości wzrostu cen robocizny i materiałów oraz możliwość zapewnienia pracy grupom roboczym przez cały rok, przy realizacji utrzymania letniego i zimowego, w perspektywie czteroletniej realizacji umowy, pozwoliło ograniczyć ponoszone koszty, a tym samym przedstawić niższe oferty dla poszczególnych części.

Przystępujący załączył do wyjaśnień:

1)Poświadczenie należytego wykonania prac z 09.02.2016 r. dla zadania pn. „Bieżące utrzymanie, konserwacja i prace naprawcze obiektów inżynierskich na drodze ekspresowej S-3 od km 0+000 do km 54+012, węzeł Klucz-Węzeł Myślibórz (bez węzła) – 2 zadania",

2)Referencję przejściową z 24.08.2020 r. dla zadania pn. „Bieżące utrzymanie, konserwacja oraz naprawy awaryjne obiektów inżynierskich w latach 2017-2020 na drogach krajowych GDDKiA Oddział w Szczecinie z podziałem na 13 części"

3)Wykaz sprzętu, narzędzi i pojazdów,

4)Wykaz oznakowania BRD,

5)Ofertę handlową z 01.04.2020 r.

Zamawiający uznał powyższe wyjaśnienia za potwierdzające realność ceny i dokonał wyboru oferty NIWA Szczecin jako najkorzystniejszej we wszystkich częściach zamówienia, których dotyczą zarzuty podniesione w odwołaniach.

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba dopuściła do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcę NIWA Szczecin Sp. z o.o., który zgłosił przystąpienie w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu sprawy na korzyść Zamawiającego.

Izba stwierdziła, że oba odwołania są zasadne w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z późn. zm.); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska; 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Art. 90 ust. 1a ustawy stanowi, że przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Stosownie do art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Na wstępie podkreślić należy, że rozstrzygając sprawę w kontekście przywołanych wyżej przepisów Izba bada nie tyle samą cenę oferty, co czynność Zamawiającego polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i prawidłowość decyzji o odrzuceniu oferty tego wykonawcy. Przedmiotem odwołania może być bowiem czynność lub zaniechanie zamawiającego (art. 180 ust. 1 ustawy Pzp). Rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy wymagało odpowiedzi na pytanie, czy na podstawie złożonych przez Przystępującego wyjaśnień Zamawiający był uprawniony do wniosku, że cena zaoferowana nie jest rażąco niska. Zatem wykazanie prawidłowości ceny musiało nastąpić na etapie wyjaśnień składanych Zamawiającemu, a niewykazanie w tych wyjaśnieniach, że cena jest realna, powoduje po stronie Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty. Nie jest natomiast zadaniem Izby badanie ceny oferty w pełnym aspekcie i ustalanie w postępowaniu odwoławczym, czy cena rzeczywiście umożliwi realizację zamówienia.

Ponadto podkreślenia wymaga, że w świetle przywołanych wyżej przepisów ustawy skierowanie wezwania do wyjaśnienia ceny oferty powoduje powstanie po stronie wykonawcy obowiązku przedstawienia rzetelnych, wyczerpujących i popartych dowodami wyjaśnień co do sposobu kalkulacji ceny, przyjętych założeń, uwzględnionych czynników kosztotwórczych i innych okoliczności mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Jak bowiem wynika z przepisów art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania prawidłowości ceny, a niewywiązanie się z tego obowiązku skutkuje koniecznością odrzucenia oferty. Zatem konsekwencją złożenia wyjaśnień, które nie pozwalają stwierdzić, że zaoferowana cena jest realna, nie są wyczerpujące i poparte dowodami, jest – w świetle przywołanych przepisów ustawy – obowiązek odrzucenia oferty.

Następnie zauważyć należy, że o ocenie przedmiotowego zarzutu decyduje merytoryczna jakość wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, którego cena jest kwestionowana. Z tego punktu widzenia bez znaczenia pozostają twierdzenia i dowody dotyczące sposobu dokonania wyceny przez innych wykonawców.

W ocenie Izby wyjaśnienia złożone przez Przystępującego nie uprawniały Zamawiającego do stwierdzenia, że zaoferowane ceny za poszczególne części zamówienia są realne. Przystępujący złożył bowiem ogólnikowe i niepoparte wystarczającymi dowodami wyjaśnienia, które nie wykazują, że cena nie jest rażąco niska.

Odnosząc się kolejno do okoliczności wskazanych w wyjaśnieniach, należy stwierdzić, że w żadnej mierze nie potwierdzają one realności ceny. Ogólnikowa treść wyjaśnień nie odnosi się do okoliczności związanych z kalkulacją ceny dla konkretnego przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu.

Po pierwsze, Przystępujący powołał się na swoje doświadczenie w realizowaniu podobnych zamówień, nie wskazał jednak, jak konkretnie przekłada się to doświadczenie na poziom ponoszonych przez niego kosztów i jakie oszczędności może osiągnąć z tego tytułu. Ponadto nie sposób uznać tego doświadczenia za okoliczność wyróżniającą Przystępującego i wpływającą na to, że ma on szczególnie korzystne, w porównaniu do innych wykonawców warunki wykonania zamówienia. Według treści wyjaśnień, realizacja innych kontraktów utrzymaniowych pozwoliła na optymalizację kosztów całego procesu związanego z utrzymaniem i konserwacją obiektów mostowych, nie wiadomo jednak, na czym ta optymalizacja miała polegać i w jakim stopniu wpłynęła na cenę oferty.

Przystępujący w wyjaśnieniach wskazał, że cena jednostkowa dla prac objętych comiesięcznym ryczałtem

została ustalona jako iloczyn stawki za jedną roboczogodzinę oraz ilości roboczogodzin, które należy przeznaczyć na realizację zadania w zakresie bieżącego utrzymania czystości. W wyjaśnieniach nie wskazano jednak, na podstawie jakich założeń ustalono liczbę roboczogodzin niezbędnych do zrealizowania obowiązków w zakresie bieżącego utrzymania, nie podano też przewidywanej liczby roboczogodzin przyjętej do kalkulacji kosztów pracowniczych.

Dalej stwierdzić należy, że Przystępujący nie wykazał, że wycena poszczególnych pozycji pozwala pokryć koszty związane z zakupem materiałów. Przystępujący nie przedstawił w tym zakresie żadnych kalkulacji ani dowodów. Wykonawca w sposób bardzo ogólnikowy powołał się na przysługujące mu rabaty, przy czym nie wskazał, jakich produktów to dotyczy i jak przekłada się na zaoferowaną cenę. W wyjaśnieniach nie podano żadnych konkretnych informacji na temat cen materiałów ani ich udziału w cenie oferty, nie określono założeń dotyczących ich przewidywanego zużycia. Jedynym dowodem dotyczącym cen kosztów materiałów jest oferta handlowa z 1 kwietnia 2020 r., która z kilku przyczyn nie może być uznana za potwierdzającą realność wyceny. Po pierwsze, zgodnie z treścią oferty była ona ważna do 30 czerwca 2020 r., nie potwierdza zatem możliwości skorzystania z upustów przy realizacji tego zamówienia. Po drugie, oferta potwierdza dwa poziomy upustów dla dwóch rodzajów produktów (15% i 40%), nie określa jednak konkretnych produktów objętych tymi upustami (nie przedstawiono załącznika do oferty, określającego te produkty), w związku z czym nie można ustalić, czy są to materiały, które mogą być wykorzystane do realizacji przedmiotu zamówienia. Po trzecie, nie wiadomo, jaką cenę Przystępujący musiałby zapłacić za te materiały. Aktualna oferta handlowa została przez Przystępującego przedstawiona dopiero w postępowaniu odwoławczym, nie może więc potwierdzać prawidłowości oceny wyjaśnień przez Zamawiającego. Podobnie, dopiero w postępowaniu odwoławczym Przystępujący wyjaśnił, że z wyprzedzeniem gromadzi zapasy magazynowe na potrzeby przyszłych kontraktów i przedstawił dowód w postaci zestawienia stanów magazynowych. Okoliczność ta nie została przedstawiona ani wykazana Zamawiającemu w wyjaśnieniach, a powoływanie się na nią dopiero w postępowaniu przed Izbą jest spóźnione. Dowody przedstawiane w postępowaniu odwoławczym mogą bowiem zmierzać jedynie do wykazania, że przedstawione Zamawiającemu wyjaśnienia były prawidłowe, nie mogą natomiast tych wyjaśnień uzupełniać o nowe okoliczności i dowody na ich potwierdzenie.

Odnosząc się do twierdzeń o wpływie na kalkulację ceny zobowiązań wykonawców obiektów z tytułu rękojmi i gwarancji zauważyć należy, że Przystępujący nie wyjaśnił, jaki wpływ na wysokość zaoferowanej ceny miała ta okoliczność oraz jakie oszczędności z tego tytułu wykonawca zakłada, zwłaszcza że istnienie tego rodzaju zobowiązań nie oznacza całkowitego zwolnienia wykonawcy ze świadczenia usług na określonych obiektach.

Nieprzekonujące jest także powołanie się przez Przystępującego na klauzulę waloryzacyjną, pozwalającej na zmianę wynagrodzenia wykonawcy. Również w tym przypadku nie wiadomo, na czym miałby polegać korzystny wpływ tej okoliczności na wysokość zaoferowanej ceny.

W odniesieniu do przedstawionych w wyjaśnieniach twierdzeń o kosztach pracy sprzętu zauważyć należy, że z wyjaśnień nie sposób dowiedzieć się, jakie koszty z tego tytułu zostały przyjęte do kalkulacji ceny. Przystępujący poinformował o optymalizacji tych kosztów związanej z dysponowaniem sprzętem, którego wykaz został załączony do wyjaśnień. Również w tym przypadku nie przedstawiono żadnych szczegółów na temat optymalizacji tych kosztów ani nie ujawniono założeń przyjętych do kalkulacji ceny. Nie wiadomo też, w odniesieniu do których urządzeń Przystępującemu przysługuje prawo własności, a w których przypadkach jest to inny tytułu prawny. O ile należy zgodzić się z tezą, że Zamawiający nie wymagał, aby wykonawcy legitymowali się w tym zakresie prawem własności sprzętu, to Przystępujący pomija fakt, że tytuł prawny do tych zasobów wpływa na ponoszone koszty. Skoro wykonawca ograniczył się do przedstawienia wykazu sprzętu, którym dysponuje, bez wskazania tytułu prawnego w odniesieniu do konkretnych urządzeń, to nie sposób stwierdzić, czy jest to okoliczność pozwalająca ograniczyć koszty (jak w przypadku prawa własności), czy też powinny być uwzględnione w cenie koszty związane z innymi tytułami prawnymi (np. dzierżawy). Zatem samo powołanie się na dysponowanie sprzętem nie daje wiedzy, jak to dysponowanie wpływa na poziom ponoszonych kosztów.

Odnosząc się do twierdzeń podnoszonych przez Przystępującego w piśmie procesowym należy stwierdzić, że w takim zakresie, w jakim wskazują one na nowe, nieprzedstawione w wyjaśnieniach okoliczności, należy je uznać za spóźnione, wykonawca miał bowiem obowiązek wykazać te okoliczności w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego i w terminie przez niego wskazanym. Dotyczy to m.in. argumentacji o dokonaniu wizji lokalnej obiektów, co pozwoliło na poznanie rzeczywistego stanu technicznego obiektów i w konsekwencji dokonanie oceny ryzyka i prawidłowe skalkulowanie ceny. Zauważenia wymaga, że wykonawca nie powołał się w wyjaśnieniach na tę okoliczność i nie przedstawił Zamawiającemu żadnych związanych z tym założeń i szczegółów oraz ich wpływu na kalkulację ceny. To samo dotyczy sposobu ustalenia stawki roboczogodziny – założenia w tym zakresie zostały przedstawione dopiero w postępowaniu odwoławczym, natomiast w wyjaśnieniach wykonawca określił jedynie wysokość tej stawki, bez jakiegokolwiek przedstawienia sposobu jej kalkulacji i przyjętych założeń.

Odnosząc się do argumentacji o dysponowaniu tymczasowym projektem organizacji ruchu, zauważyć należy, że również w tym przypadku w wyjaśnieniach nie wskazano, jakie oszczędności z tego tytułu wykonawca zakłada – jest to jedynie ogólnikowe i nieweryfikowalne twierdzenie. W piśmie procesowym Przystępujący stwierdził, że dzięki wykonanej wizji lokalnej oraz posiadaniu kadry z doświadczeniem i uprawnieniami jest w stanie ustalić, jakie koszty poniesienie w związku z wykonaniem projektów. Zauważyć jednak należy, że kosztów tych Przystępujący nie ujawnił Zamawiającemu.

Nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja Przystępującego dotycząca zawyżenia przez Zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia. Niezależnie od tego, że okoliczność ta nie została w żaden sposób wykazana, zauważyć należy, że nawet gdyby wartość szacunkowa odbiegała od realiów rynkowych, to i tak wykonawca wezwany do wyjaśnień miał obowiązek złożyć rzetelne i wyczerpujące wyjaśnienia, przedstawiając sposób kalkulacji ceny, przyjęte założenia i wykazując okoliczności wpływające na wysokość ponoszonych kosztów.

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego w pierwszej kolejności zauważyć należy, że w pisemnej odpowiedzi na odwołanie w sprawie KIO 3112/20 Zamawiający nie odniósł się wprost do treści udzielonych przez Przystępującego wyjaśnień i nie wskazał, dlaczego uznał je za wyczerpujące i przekonujące. Zamawiający skupił się na porównaniu cen oferowanych przez różnych wykonawców, wskazując, że we wszystkich przypadkach występują różnice w cenach i że są to różnice uzasadnione i wynikają z takich okoliczności, jak zaopatrywanie się u różnych dostawców, czy różnym kalkulowaniu ryzyka. Zamawiający wprost stwierdził, że uznał, iż skoro Przystępujący realizował dla niego porównywalny przedmiot zamówienia w porównywalnym zakresie i za porównywalną cenę, to cena zaoferowana obecnie jest rynkowa.

Z powyższego stanowiska Zamawiającego wynika, że Zamawiający nie tyle ocenił złożone wyjaśnienia, co dokonał oceny na podstawie własnego przekonania o możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. Zamawiający zdaje się pomijać, że wezwanie do wyjaśnień powoduje powstanie obowiązku wykazania prawidłowości kalkulacji ceny, a niewywiązanie się z tego obowiązku skutkuje koniecznością odrzucenia oferty. Natomiast porównanie cen różnych wykonawców jest tylko wskazówką co do tego, czy istnieją wątpliwości dotyczące zaoferowanej ceny i w konsekwencji podjęcia decyzji o wezwaniu do wyjaśnień.

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy pozostają wskazywane w odpowiedzi na odwołanie w sprawie KIO 3112/20, a także w piśmie procesowym Przystępującego zastrzeżenia co do sposobu kalkulacji ceny przez Odwołującego. Ocenie Izby podlegają bowiem wyjaśnienia złożone przez Przystępującego, a prawidłowość kalkulacji ceny zaoferowanej przez Odwołującego nie jest przedmiotem niniejszego postępowania odwoławczego.

Podsumowując, Zamawiający – w ocenie Izby – nie miał podstaw uznać, że wyjaśnienia złożone przez Przystępującego wykazały realność zaoferowanej ceny. W tej sytuacji Zamawiający zobowiązany był do odrzucenia oferty Przystępującego, a zaniechanie tej czynności stanowiło naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Ponieważ naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania, odwołanie w tym zakresie – stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp – podlegało uwzględnieniu.

Za niezasadne Izba uznała podniesione w obu odwołaniach zarzuty zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z zaoferowaniem sprzedaży usług poniżej kosztów ich wytworzenia.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Podkreślenia wymaga, że w przypadku zarzutu dotyczącego czynu nieuczciwej konkurencji ciężar dowodu spoczywa – odmiennie niż ma to miejsce przy zarzucie związanym z zaoferowaniem rażąco niskiej ceny – na odwołującym. Podnosząc taki zarzut Odwołujący mieli więc obowiązek udowodnić popełnienie wskazanego wyżej czynu, z uwzględnieniem wszystkich jego znamion. W ocenie Izby obaj Odwołujący nie wywiązali się z ciężaru dowodu w tym zakresie. Odwołujący w sprawie KIO 3112/20 wskazał jedynie na przykłady pozycji kosztorysowych, które zdaniem Odwołującego zostały wycenione poniżej kosztów materiałów, na potwierdzenie czego Odwołujący przedstawił cennik wybranych materiałów. Dowód ten nie potwierdza jednak, że nie jest możliwe nabycie materiałów po niższych cenach, nie wykazuje także, że cena za cały przedmiot zamówienia nie pokrywa kosztów jego realizacji.

W zakresie tego zarzutu podkreślenia wymaga, że złożenia wyjaśnień, które nie wykazują prawidłowości ceny nie można utożsamiać z popełnieniem czynu nieuczciwej konkurencji opisanego w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W rozpoznawanej sprawie ustalono, że złożone przez Przystępującego wyjaśnienia z uwagi na ich ogólnikowość i gołosłowność, nie potwierdzają realności ceny. Nie zostało jednak wykazane, że cena ta nie pokrywa kosztów wykonania zamówienia i że sposób jej kalkulacji przekraczał granice naturalnej konkurencji rynkowej, a stanowił wyraz utrudniania innym przedsiębiorcom dostępu do rynku.

Następnie Izba stwierdziła, że obaj Odwołujący nie wykazali zasadności zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z zaoferowanym przez Przystępującego czasem reakcji. W ocenie Izby zaistniały natomiast podstawy do wezwania Przystępującego do wyjaśnienia treści oferty w tym zakresie.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Odwołujący nie wykazali, że wykonawca mający siedzibę w znacznej odległości od miejsca świadczenia usług nie może tak zorganizować realizacji przedmiotu zamówienia, że deklarowany czas reakcji, krótszy niż czas pokonania odległości do miejsca usuwania awarii zostanie zachowany. Zauważenia wymaga, że składając ofertę wykonawca mógł zadeklarować określony czas reakcji z założeniem, że w przypadku uzyskania zamówienia zorganizuje bazę techniczną w pobliżu miejsca świadczenia usług. Wykonawca mógł też założyć powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcy.

O ile prawdą jest, że Zamawiający nie wymagał w SIWZ, aby wykonawca wykazał, w jaki sposób kryterium to będzie realizowane, a wystarczające było złożenie oświadczenia w ofercie, że rozpoczęcie wykonywania czynności z zakresu usuwania awarii nastąpi w określonym czasie, to powyższe nie oznacza jednak, że Zamawiający mógł całkowicie bezkrytycznie przyjmować takie oświadczenia wykonawców. Jeżeli okoliczności sprawy uzasadniały wątpliwości, czy zadeklarowany czas reakcji jest możliwy do zrealizowania, Zamawiający powinien to zbadać, jest to bowiem okoliczność istotna dla oceny ofert i mogąca wpłynąć na ich ostateczny ranking. W przedmiotowej sprawie takie wątpliwości – zdaniem Izby – wystąpiły. Po pierwsze, nie było kwestią sporną, że na dzień składania ofert baza techniczna Przystępującego zlokalizowana była w Szczecinie, tj. w odległości ponad 2 godzin drogi od miejsca świadczenia usług. Po drugie, z wyjaśnień dotyczących ceny oferty nie wynika, aby Przystępujący uwzględnił w kalkulacji ceny koszty związane ze zorganizowaniem bazy bliżej miejsca wykonywania zamówienia, a gdyby wykonawca miał takie plany, to koszty z tym związane powinny zostać wskazane w wyjaśnieniach dotyczących ceny oferty. Ponadto, zgodnie z oświadczeniem w punkcie 7 formularza oferty, Przystępujący zamierza realizować zamówienie samodzielnie, bez udziału podwykonawców.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności zasadne było skierowanie do Przystępującego wezwania do

wyjaśnienia treści oferty, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Uzyskanie takich wyjaśnień pozwoliłoby Zamawiającemu zweryfikować, czy wykonawca ma realną możliwość wywiązania się ze swojego zobowiązania, czy też mimo braku takiej możliwości zaoferował świadczenie, którego treść wprowadza Zamawiającego w błąd i zmierza jedynie do uzyskania dodatkowej punktacji w ramach kryteriów oceny ofert.

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego i Przystępującego podkreślić należy, że okoliczność, że Zamawiający nie wymagał utworzenia bazy w określonej odległości od miejsca świadczenia usług, nie usprawiedliwia zaniechania jakiejkolwiek weryfikacji możliwości wywiązania się z deklarowanego czasu reakcji. Wykonawca mógł zapewnić wywiązanie się z tego zobowiązania w różny sposób, Zamawiający powinien jednak upewnić się, w jaki sposób Przystępujący zamierza to zrobić.

Za chybioną Izba uznała argumentację Przystępującego, że Zamawiający powinien przyjąć oświadczenie wykonawcy co do czasu reakcji, a dopiero na etapie wykonywania umowy rozliczać go z realizacji tego obowiązku i ewentualnie stosować kary umowne. Powyższe stanowisko jest nie do zaakceptowania, prowadzi bowiem pośrednio do wniosku, że wykonawca może z premedytacją oferować świadczenie, którego nie jest w stanie wykonać, tylko po to, aby uzyskać zamówienie, licząc się jednocześnie z obowiązkiem zapłaty kar umownych, kierując się przekonaniem, że bardziej opłacalne jest uzyskanie zamówienia i zapłata kar umownych, niż nieuzyskanie zamówienia. Takie działanie wykonawcy mogłoby być uznane za stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji. Z tych względów Zamawiający powinien uzyskać wyjaśnienia wykonawcy co do możliwości zapewnienia deklarowanego czasu reakcji.

Odnosząc się do twierdzeń Przystępującego, że dokonał on wizji lokalnej miejsc, gdzie planuje zlokalizować bazę zapewniającą zaplecze techniczne dla sprzętu oraz personelu, ponownie zauważyć należy, że ze złożonych wyjaśnień dotyczących ceny oferty nie wynika uwzględnienie w cenie kosztów zorganizowania takiego zaplecza, w tym pozyskania nieruchomości na ten cel. Z tego powodu uzasadnione są wątpliwości co od deklarowanego czasu reakcji, które to wątpliwości Zamawiający powinien wyjaśnić.

W związku z tym, że oferta Przystępującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, Izba uznała, że zaniechanie wezwania do wyjaśnień nie ma wpływu na wynik postępowania i nie nakazała dokonania tej czynności.

Za niezasadny Izba uznała podniesiony w odwołaniu w sprawie o sygn. akt KIO 3097/20 zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp w związku z zaoferowaniem niepełnej realizacji przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Niezgodność oferty z treścią SIWZ zachodzi w sytuacji, gdy oferowane świadczenie, jego zakres, jakość lub sposób wykonania, nie odpowiada pod względem merytorycznym wymaganiom określonym przez Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego w sprawie KIO 3097/20 niezgodność oferty Przystępującego z treścią SIWZ polega na tym, że Przystępujący nie zaoferował realizacji całego przedmiotu zamówienia, wskazując, że częściowo przedmiot zamówienia zostanie wykonany przez inne podmioty w ramach rękojmi lub gwarancji. W ocenie Izby teza ta stanowi nadinterpretację informacji przedstawionych w wyjaśnieniach dotyczących ceny oferty. Przystępujący nie oświadczył w tych wyjaśnieniach, że nie zamierza wykonać wymaganego zakresu przedmiotu zamówienia, podał jedynie, że istnienie zobowiązań z tytułu rękojmi i gwarancji *ma istotne znaczenie w kontekście prac naprawczych i konserwacyjnych (część rozliczana obmiarowo), które powinny być usuwane w ramach udzielonej rękojmi, w związku z czym NIWA Szczecin Sp. z o.o. składając ofert dla tych części mogła zastosować minimalną marżę*. Jest to więc okoliczność powołana jako pozwalająca zoptymalizować cenę oferty i w tym kontekście powinna podlegać ocenie, nie świadczy ona jednak o niezgodności oferty z treścią SIWZ. Podobnie nie sposób uznać tej okoliczności za świadczącą o popełnieniu czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący oparł się na nieuprawnionej – zdaniem Izby – tezie, że Przystępujący oświadczył, iż nie zamierza zrealizować całego przedmiotu zamówienia. Jednocześnie Odwołujący nie wykazał, aby uwzględnienie przy kalkulacji ceny istnienia zobowiązań innych podmiotów z tytułu rękojmi i gwarancji nosiło znamiona takiego czynu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania w obu sprawach Zamawiającego. Izba stwierdziła, że chociaż nie wszystkie zarzuty odwołań były się zasadne, to odwołania okazały się skuteczne w tym znaczeniu, że doprowadziły do orzeczenia przez Izbę obowiązku odrzucenia oferty Przystępującego.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:……
……
……