

WYROK
z dnia 18 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierżędzki
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 października 2020 r. przez wykonawcę **P. W.**, prowadzącą w **Wierzbicach** działalność gospodarczą pod nazwą **P., P. W.**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Kobierzycę z siedzibą w Kobierzycach**

przy udziale wykonawcy **M. I.**, prowadzącego w **Kobierzycach** działalność gospodarczą pod nazwą **M. I., P.H.U. ILMAR**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia częściowo odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy **M. I.**, prowadzącego w **Kobierzycach** działalność gospodarczą pod nazwą **M. I., P.H.U. ILMAR** na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu niewykazania przez ww. wykonawcę, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,

2. w pozostałym zakresie odwołanie oddala,

3. kosztami postępowania obciąża **Gminę Kobierzycę z siedzibą w Kobierzycach** i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **P. W.**, prowadzącą w **Wierzbicach** działalność gospodarczą pod nazwą **P., P. W.** tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od **Gminy Kobierzycę z siedzibą w Kobierzycach** na rzecz wykonawcy **P. W.**, prowadzącej w **Wierzbicach** działalność gospodarczą pod nazwą **P., P. W.** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Kobierzycę z siedzibą w Kobierzycach – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „zimowe utrzymanie dróg gminnych i powiatowych sprzętem mechanicznym na terenie Gminy Kobierzycę”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 19 sierpnia 2020 r., nr 2020/S 160-390323.

19 października 2020 r. zamawiający przesłał wykonawcy **P. W.**, prowadzącej w **Wierzbicach** działalność gospodarczą pod nazwą **P., P. W.**, zwanej dalej „odwołującym”, zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez **M. I.**, prowadzącego w **Kobierzycach** działalność gospodarczą pod nazwą **M. I., P.H.U. ILMAR**, zwanego dalej „przystępującym Ilmar”.

Wobec:

- 1) czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - 2) zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego Ilmar,
 - 3) zaniechania czynności wyboru swej oferty jako najkorzystniejszej,
- odwołujący wniósł 29 października 2020 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 i ust. 2 ustawy Pzp przez zaniechanie ich zastosowania i w rezultacie brak merytorycznej weryfikacji wyjaśnień przystępującego Ilmar m. in. w zakresie przyjętych zaniżonych cen bazowych surowców i paliwa – wykorzystanych do realizacji zamówienia, nie uwzględnienia kosztów opłat i rat związanych z leasingiem niezbędnego sprzętu, nieujęcia tzw. narzutów pracodawcy na wynagrodzenie pracowników, nie uwzględnienia kosztów administracyjnych związanych z zapewnieniem systemu GPS i podglądu monitoringu kamer, rażącego niedoszacowania zakresu realizacji usługi i jej częstotliwości wykonywania, co doprowadziło do zaniechania odrzucenia tej oferty, pomimo że wykonawca ten nie wykazał, by jego oferta nie zawierała rażąco niskiej ceny, w tym w szczególności nie udowodnił, że przedstawiona w ofercie ryczałtowa cena brutto miesięcznego zimowego utrzymania dróg nie zawierała rażąco niskiej ceny w stosunku do całości przedmiotu zamówienia;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. 2019, poz. 1010 ze zm.) (dalej jako: „u.z.n.k.”) w zw. z art. 15 ust. 1 pkt. 1) ustawy u.z.n.k. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego Ilmar, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku poprzez sprzedaż usług (zimowego utrzymania dróg) poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców z rynku.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty przystępującego Ilmar jako najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w ww. postępowaniu,
- 3) odrzucenia oferty przystępującego Ilmar ze względu na wszystkie istniejące podstawy odrzucenia tej oferty zawarte w odwołaniu,
- 4) wyboru swej oferty jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania, w części dotyczącej zarzutów co do rażąco niskiej ceny oferty przystępującego Ilmar, odwołujący podniósł, że przystępujący Ilmar nie wykazał, by jego oferta nie zawierała rażąco niskiej ceny w stosunku do wartości całego przedmiotu zamówienia. Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył ponadto przepisy poprzez

niedokonanie merytorycznej oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Ilmar, których, z powodu ich ogólności i nieprecyzyjności, nie sposób jest uznać za adekwatne i wyczerpujące dla oceny wyliczeń zaprezentowanych w ofercie Ilmar.

Zdaniem odwołującego zamawiający ograniczył się jedynie do formalnego zastosowania obligatoryjnej procedury wyjaśnień z art. 90 ust. 1a ustawy Pzp wobec oferty Ilmar, jednak nie dokonał w ogóle merytorycznej oceny przedstawionych przez Ilmar opisów i kalkulacji. Tymczasem właściwości postępowania na taką ocenę pozwalały.

Odwołujący podniósł, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający przewidział rozliczanie miesięczne w oparciu o zaferowane ceny jednostkowe usługi w zakresie punktów od a) oraz punktu b) w formularzu ofertowym. W takim przypadku ryczałtowe ceny jednostkowe dla miesięcznego i awaryjnego zimowego utrzymania dróg sprzętem mechanicznym nie są jedynie składnikiem ceny łącznej (wynagrodzenia wykonawcy), lecz pełnią funkcję samodzielnych cen, w oparciu o które w każdym miesiącu realizacji usługi jest naliczane wynagrodzenie. Wobec powyższego wskazane ceny jednostkowe powinny być z osobna oceniane w kategorii rażąco niskiej ceny oraz pod kątem czynu nieuczciwej konkurencji. Zdaniem odwołującego zamawiający takiej oceny nie przeprowadził. Co więcej, nie zweryfikował nawet, czy wskazane przez Ilmar ceny bazowe surowców wykorzystane do realizacji zamówienia (jak choćby mieszanka soli i piasku do posypywania ciągów komunikacyjnych) są prawidłowe i odpowiadają cenom rynkowym. Zamawiający nie wezwał nawet wykonawcy Ilmar, wobec ogólności i nieprecyzyjności wstępnych wyjaśnień, do przedstawienia jakichkolwiek dowodów, w tym choćby wstępnych ofert na dostawę surowców do posypywania dróg, które uprawdopodobniłyby wartości wykonawcy zawarte w kalkulacji. Nie zostało również skontrolowane, że w ww. wyjaśnieniach brak jest kalkulacji tzw. narzutów pracodawcy na wynagrodzenie pracowników. Nie wyjaśniono także poważnych wątpliwości, czy koszty opłat leasingu rzeczy ruchomych – pojazdów przeznaczonych do realizacji zamówienia, którego zostały zadeklarowane przez Ilmar jako narzędzia służące wykonaniu usługi zimowego utrzymania dróg w załączniku nr 5 do jego oferty – są uwzględnione w ostatecznej ryczałtowej cenie miesięcznego zimowego utrzymania dróg.

Odwołujący podniósł, że po otwarciu ofert i ustaleniu ostatecznej wartości ceny ryczałtowej brutto 1 miesiąca zimowego utrzymania dróg wskazanej przez każdego z wykonawców, zamawiający był zobligowany do zastosowania procedury opisanej w art. 90 ust. 1 – 3 ustawy Pzp wobec oferty przystępującego Ilmar. Odwołujący wskazał, że zaproponowana w ofercie Ilmar kwota ryczałtowej miesięcznej ceny brutto na poziomie 71.000,00 zł jest niższa co najmniej o 30% wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. W konsekwencji powyższego, zamawiający pismem z dnia 6 października 2020 r. na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp wezwał formalnie wykonawcę Ilmar do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, na okoliczność dotyczącą elementów oferty mających wpływ na wysokość zaferowanej ceny.

Według odwołującego przedstawiona przez Ilmar odpowiedź na wezwanie potwierdziła, że zaproponowana przez tego wykonawcę w ofercie cena jest rażąco niska. W odpowiedzi Ilmar z dnia 9 października 2020 r. nie doszło bowiem do obalenia domniemania, że oferta ta nie zawiera ceny rażąco zaniżonej. Okoliczności wskazane przez tego oferenta nie zostały poparte dowodami i rzetelnymi kalkulacjami potwierdzającymi możliwość zaferowania niższej ceny niż ceny zawarte w ofertach pozostałych wykonawców. Brak jest również okoliczności uzasadniających indywidualny charakter działań wykonawcy Ilmar, który umożliwiałby wyłącznie jemu znaczne obniżenie ceny oferty.

Odwołujący podniósł, że wyjaśnienia Ilmar z dnia 9 października 2020 r. stanowią jedynie lakoniczne wyliczenie, a ponadto nie zostały poparte merytorycznymi dowodami. W przedstawionych kalkulacjach nie podnosi się istnienia po stronie ww. wykonawcy indywidualnych cech i okoliczności umożliwiających temu podmiotowi oferowanie cen znacznie niższych niż konkurencji.

Odwołujący dodatkowo wskazał, że wyjaśnienia Ilmar opierają się jedynie na trzech bazowych elementach kosztowych kalkulacji ceny oferty, tj.:

- a) wynagrodzeniu brutto pracownika (jednak bez uwzględnienia choćby dalszych kosztów pracodawcy związanych z obowiązkiem pokrycia tzw. narzutów pracowniczych),
- b) cenie paliwa dla pługów służących do realizacji zamówienia (jednak bez uwzględnienia paliwa dla pozostałych wymaganych pojazdów – ładowarki, a także bez uwzględnienia rynkowej wartości ceny paliwa z uwzględnieniem rzeczywistego spalania każdego z pojazdów i z zachowaniem odpowiedniej rezerwy pieniężnej na możliwy wzrost cen w czasie realizacji zamówienia – tj. prawie 2 lat),
- c) cenie materiałów do posypywania drogi (których pochodzenia, rodzaju ani ilości prognozowanego zużycia wykonawca Ilmar w wyjaśnieniach nie przedstawia, jak również wykonawca ten nie wyjaśnia, by zagwarantował na potrzeby realizacji zamówienia dostawę od podmiotu zewnętrznego odpowiedniej ilości surowców na potrzeby zimowego utrzymania dróg).

Odwołujący wywiódł, że zgodnie z ofertą Ilmar i dołączonymi wyjaśnieniami z dnia 9 października 2020 r., powyższe trzy składniki kosztowe stanowią podstawę dla określenia miesięcznej ceny ryczałtowej za wykonanie usługi zimowego utrzymania dróg na poziomie 71.000,00 zł.

W uzasadnieniu zarzutu rażąco niskiej ceny w zakresie kosztów pracy odwołujący podniósł, że prawidłowa, tj. pełna, rynkowa kalkulacja wartości ryczałtowej wynagrodzenia powinna uwzględniać szereg innych kosztów, takich jak choćby narzuty na wynagrodzenie pracowników, koszty zastępstwa na czas urlopu lub też choroby pracownika, kosztu nadzoru nad prawidłowym wykonaniem usługi, koszt opłat/ rat leasingowych sprzętu wykorzystanego do realizacji usługi, koszty administracyjne związane z utrzymaniem bazy, wygenerowanie rezerwy na niezbędne naprawy czy bieżące koszty eksploatacyjne związane z wykorzystaniem pojazdów, czy też koszty obsługi systemu monitoringu i systemu GPS – związane z pozycjonowaniem pojazdów i bieżącym podglądem wideo na ich pracę. Zdaniem odwołującego nie można pominąć, że stosownie do postanowień Rozdziału XIII ust. 2 SIWZ - Opis sposobu obliczenia ceny Zamawiający wprost wymagał od oferentów, by oferowana cena uwzględniała wszystkie koszty wykonawcy związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem zawartym w Rozdziale III SIWZ oraz wzorem umowy określonym w SIWZ wraz z materiałami, robocizną, pracą sprzętu i usługami towarzyszącymi. Porównując wymagania Zamawiającego i kalkulację wykonawcy Ilmar odwołujący wskazał, że nie została ona sporządzona w sposób rzetelny, a ponadto zaproponowana cena jest rażąco niska w stosunku do rynkowych kosztów realizacji całej usługi zimowego utrzymania dróg sprzętem mechanicznym.

Zdaniem odwołującego w szczególności wykonawca Ilmar błędnie założył zatrudnienie oparte na rozliczeniach godzinowych z pracownikami w minimalnej stawce w wysokości 18,30 zł brutto. Minimalna stawka godzinowa ma co do zasady zastosowanie do umów zlecenia – co wynika z art. 1 pkt 1) ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. 2018, poz. 2177 ze zm.).

Zgodnie z zawartą tam definicją legalną, „minimalna stawka godzinowa” oznacza minimalna wysokość

wynagrodzenia za każdą godzinę wykonania zlecenia lub świadczenia usług, przysługująca przyjmującemu zlecenie lub świadczącemu usługi. Definicja legalna odnosi się zatem do umów o świadczenie usług, do których stosuje się przepisy o zleceniu – co wynika z art. 750 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (j.t. Dz. U. 2020, poz. 1740 ze zm.). Tymczasem zgodnie z Rozdziałem V ust. 1) pkt. c) SIWZ zamawiający w ramach zdolności zawodowej wymagał od wykonawców spełnienia warunku dysponowania na potrzeby zamówienia co najmniej 6 osobami zatrudnionymi na umowę o pracę. Zdaniem odwołującego już sama ta okoliczność poddaje pod wątpliwość rzetelność zaproponowanej przez wykonawcę Ilmar kalkulacji ceny. Odwołujący wywiódł także, że wykonawca Ilmar nie uwzględnił w swojej kalkulacji wzrostu płacy minimalnej w dalszych okresach, a oczywistym jest, że ww. usługa ma być wykonywana nie tylko w 2020 i 2021 r. ale także w roku 2022 r. Środki na pokrycie tego wyższego wynagrodzenia powinny zostać uwzględnione w przyjętej kalkulacji ceny.

W dalszej kolejności odwołujący wskazał, że na brak rzetelności przy kalkulowaniu ceny usługi wskazuje dodatkowo okoliczność, iż w wyjaśnieniach z dnia 9 października 2020 r. nie uwzględniono w ogóle kosztów pracodawcy (tzw. narzutów na wynagrodzenie). Bez wątpienia przy tym, koszty te pokrywa pracodawca – wykonawca Ilmar i to on zobowiązany będzie odprowadzić je na rzecz swoich pracowników. Przyjęty zatem koszt godziny pracy pracownika będzie każdorazowo musiał zostać zwiększony o doliczone koszty – jakie ponosi pracodawca z tytułu samego faktu zatrudnienia. Są to koszty obligatoryjne. Według odwołującego mają znaczny wpływ na ostateczną wartość kosztów oferowanej usługi.

Według odwołującego na niedoszacowanie oferty wykonawcy Ilmar w zakresie kosztów pracy wskazuje również okoliczność przyjętych roboczogodzin do realizacji usługi zimowego utrzymania dróg, które zostały rażąco zaniżone. Przyjęta kalkulacja nie wyjaśnia przy tym szczegółowo, jakie czynności w ramach roboczogodzin mają zostać podjęte przez każdego z pracowników, co uniemożliwia pełną ocenę, czy spełnione zostaną wymagania zamawiającego w zakresie standardu zimowego utrzymania dróg sprzętem mechanicznym, określone w załączniku nr 8 do SIWZ.

W przedmiotowych wyjaśnieniach przyjęto jedynie, że realizacja „akcji zima” (nie zdefiniowanej szczegółowo przez wykonawcę w piśmie z dnia 9 października 2020 r.) zajmie każdemu z pracowników 4 roboczogodziny. Uwzględniając liczbę osób (6), które mają realizować dla wykonawcy tę usługę, daje to wartość 24 roboczogodzin na wykonanie usługi zimowego utrzymania dróg sprzętem mechanicznym. Zdaniem odwołującego w czasie 24 roboczogodzin konieczne jest podjęcie choćby następujących czynności:

- a) przygotowanie sprzętu – zestawów pojazdów do wyjazdu celem wykonania usługi, tj.
 - przygotowanie mieszanki soli i ziemi – stosownie do wytycznych Zamawiającego,
 - zapewnienie paliwa do pojazdów i kontrola jego właściwości,
 - załadunek surowców do każdego z 6 szt. rozrzutników (od 6 do 7 ton każdy) przy użyciu dostępnej ładowarki (1 szt.),
 - zatankowanie paliwa do każdego z 7 szt. pojazdów (w tym ładowarki – o czym wykonawca Ilmar zapomniał),
 - sprawdzenie sprawności technicznej każdego z 7 szt. pojazdów przed wyruszeniem do realizacji usługi;
- b) właściwa realizacja usługi, obejmująca w szczególności:
 - odśnieżenie 209,00 km dróg gminnych i powiatowych zgodnie z załącznikiem nr 9 do SIWZ (czyli de facto 418,00 km tych dróg, ponieważ drogi te składają się z jezdni w dwóch kierunkach, które technicznie (brak możliwości odśnieżenia naraz odcinka dłuższego niż lemieśz pług i szerokość pojazdu) nie mogą zostać odśnieżone poprzez jednorazowy przejazd) – każdy pojazd ma do odśnieżenia blisko 70 km jezdni,
 - kontrola stanu odśnieżenia drogi, a także ewentualny dodatkowy przejazd pojazdu w celu doprowadzenia jezdni do stanu wskazanego przez Zamawiającego w załączniku nr 8 do SIWZ – co będzie wiązało się z koniecznością wizyty na bazie i uzupełnienia zapasów mieszanki soli oraz piasku, a także paliwa,
- c) czyszczenie każdego z zestawów po realizacji usługi, co wymaga podjęcia choćby następujących czynności:
 - opróżnienie rozrzutników z pozostałej ilości mieszanki, zapewnienia niezbędnego czyszczenia, sprzątania oraz konserwacji tych urządzeń,
 - kontrola serwisowa pojazdów, a także pługów i rozrzutników,
 - naprawa usterek wynikających z bieżącego użytkowania pojazdów w ramach usługi zimowego utrzymania dróg.

Odwołujący podniósł, że na podjęcie i realizację wszystkich powyższych działań wykonawca Ilmar wyznacza 24 roboczogodziny wszystkim zatrudnionym pracownikom, co oznacza, że każdy z pracowników w 4 roboczogodziny przygotowuje swój pojazd do pełnego użytku, przejedzie trasę ponad 70 km (w normalnym natężeniu ruchu i przy prędkości uwzględniającej obciążenie rozrzutnika około 6-7 ton), a następnie doprowadzi pojazd do pełnej sprawności po realizacji usługi. Już tylko z pobieżnej analizy, w oparciu o doświadczenie przy realizacji usługi zimowego utrzymania dróg wynika, że założenia przyjęte przez Ilmar są nierealne. Zdaniem odwołującego nie gwarantują wykonania usługi prawidłowo i zgodnie z wymogami określonymi przez zamawiającego.

Odwołujący wywiódł, że przyjmując nawet wprost wyliczenia godzinowe Ilmar z wyjaśnień z dnia 9 października 2020 r., które jest niepełne i nieprecyzyjne, to i tak kalkulacja ta niedoszacowuje ilości roboczogodzin w ramach pojedynczego wyjazdu do zimowego utrzymania dróg. W rezultacie, wszelkie koszty pracy są rażąco zaniżone. Co więcej, wyjaśnienia z dnia 9 października 2020 r. w żaden sposób nie potwierdzają, że wykazana wycena jest realna i uwzględnia niezbędny zakres wykonania usługi oraz minimalne wynagrodzenie za pracę ustalone na podstawie przepisów odrębnych. Ilmar błędnie przyjął również, że w skali miesiąca będzie średnio dwukrotnie wykonywał usługę zimowego utrzymania dróg w skali miesiąca. Tymczasem, zgodnie ze standardem zawartym w załączniku nr 8 do SIWZ, w razie konieczności usługę zimowego utrzymania dróg sprzętem mechanicznym należy świadczyć wedle potrzeb pogodowych, w tym choćby poprzez codzienne monitorowanie stanu dróg. Oznaczać to może, że wyjazdów w skali miesiąca będzie około 25-35 (w tym choćby już tylko dwa razy w ciągu jednej doby). Zdaniem odwołującego tego rodzaju realnych kosztów natomiast wykonawca Ilmar w ogóle nie uwzględnił w swojej kalkulacji.

W uzasadnieniu zarzutu rażąco niskiej ceny w zakresie kosztów wykorzystania sprzętu odwołujący wskazał, że w wyjaśnieniach Ilmar zupełnie pomógł koszty związane z usługami GPS i monitoringu pojazdów. Wykonawca zobowiązany był przy tym przez zamawiającego do posiadania dla każdego z pojazdów monitoringu bazującego na systemie pozycjonowania satelitarnego GPS, który winien udostępniać Zamawiającemu odpowiedni sygnał. Konieczne jest także zapewnienie odpowiedniego monitoringu poprzez kamery CCTV i integralny z nim system umożliwiający podgląd w czasie rzeczywistym – według parametrów określonych dokładnie w SIWZ. Zdaniem odwołującego w kalkulacji przedstawionej przez Ilmar brak jest takiej pozycji kosztowej. Potwierdza to ocenę, że wyjaśnienia z dnia 9 października 2020 r. są nierzetelne i nie wykazują, by oferta nie stanowiła ceny rażąco zaniżonej.

Według odwołującego o braku rzetelności wyceny świadczyć może również fakt, że mimo deklaracji zawartej w załączniku nr 5 oferty Ilmar, co do korzystania z co najmniej 4 zestawów pług i rozrzutnik na podstawie leasingu, koszty związane z obsługą tego zobowiązania nie zostały przez tego wykonawcę uwzględnione w wyjaśnieniach kalkulacji ceny.

Brak jest zatem zgodności złożonej oferty z wykazem narzędzi i wyposażenia – co winno zostać przez zamawiającego dostrzeżone w toku merytorycznej oceny wyjaśnień z dnia 9 października 2020 r. i podlegało obligatoryjnemu wyjaśnieniu, czego jednak zamawiający zaniechał.

W uzasadnieniu zarzutu rażąco niskiej ceny w zakresie kosztów materiałów odwołujący podniósł, że kalkulacja wykonawcy Ilmar w zakresie kosztów mieszanki niezbędnej do zminimalizowania oblodzenia dróg i zapewnienia przyczepności uczestnikom ruchu drogowego jest z kolei oderwana od cen rynkowych.

W wyjaśnieniach z dnia 9 października 2020 r. wskazano jedynie, że koszt materiału potrzebnego do jednej pełnej akcji to około 1.000,00 zł. Odwołujący wskazał, że zgodnie z SIWZ zamawiający wymaga posiadania i każdorazowego używania co najmniej 4 szt. rozrzutnika o pojemności od 6-7 ton każdy. Oznacza to, że ramach jednej „akcji zima” każdy, do wszystkich wymaganych rozrzutników załadowanych zostanie około 28 ton mieszanki. W znacznej części będzie to mieszanka soli i piasku, jednak w zakresie wskazanym w załączniku nr 8 do SIWZ, tj. na odcinkach dróg krajowych o numerze 8 i 35, obie jezdnie mają zostać posypane wyłącznie solą drogową. Jednocześnie odwołujący wskazał, czego wykonawca Ilmar w toku wyjaśnień z dnia 9 października 2020 r. nie przedstawił, że koszt 1 tony samej mieszanki piasku z solą (w proporcji uwzględniające 30% soli i 70% piasku) według cen rynkowych to ponad 125 zł brutto / 1 tonę. Sama sól drogową z kolei to koszt brutto około 265 zł/1 tonę.

Zdaniem odwołującego mając na uwadze, że w ramach przyjętej kalkulacji tzw. „akcji zima”, wykonawca Ilmar potrzebuje 28 ton materiału do posypywania dróg, koszt zakupu samej tylko mieszanki, wyniesie ponad 3.500,00 zł, a nie jak wskazał i przeznaczył na ten cel wykonawca Ilmar – kwotę 1.000,00 zł. Zdaniem odwołującego powyższe uproszenie i tak pomija, że do części należytego wykonania usługi zimowego utrzymania dróg niezbędne jest zapewnienie tylko soli drogowej, co nawet podwoi koszt zapewnienia surowców przy należytych wykonaniu usługi. Nie zostało to jednak przewidziane przez wykonawcę Ilmar.

Według odwołującego w zaprezentowanej w wyjaśnieniach kalkulacji ceny wykonawca Ilmar dokonał również zaniżenia rzeczywistej wartości zużywanego paliwa wykorzystanego przez każdy z pojazdów w ramach usługi zimowego utrzymania dróg sprzętem mechanicznym. W przedstawionych wyjaśnieniach nie uwzględniono nawet paliwa dla ładowarki, która stanowi niezbędny składnik wyposażenia służący zapewnieniu każdego z 4 szt. rozrzutnika niezbędnym materiałem do posypywania elementów infrastruktury drogowej (o łącznym ciężarze 28 ton).

Odwołujący podniósł także, że w odpowiedzi Ilmar z dnia 9 października 2020 r. zostało wskazane, jakoby każdy z pojazdów w czasie 1 godziny realizacji usługi spalał 8 litrów paliwa. Na każdego z pracowników przypadły zatem 32 litry paliwa do wykorzystania w ramach pojedynczej realizacji usługi.

Tymczasem, według odwołującego, każdy z pojazdów wykorzystanych przez tego wykonawcę do realizacji zamówienia posiada moc silnika na poziomie około 90 – 150 KM, a ponadto każdy z zestawów posiada znaczną masę własną. Zamawiający wymaga bowiem, żeby usługę zimowego utrzymania dróg świadczyły pojazdy wyposażone w pług (co najmniej 2 szt. takiego zestawu) oraz pług i rozrzutnik (4 szt. takiego zestawu). Szczególnie te drugie zestawy, oprócz niemałej wartości masy własnej każdego z pojazdów, obciążone są dodatkowo ciężarem materiału niezbędnego do wykonania usługi. Do każdego z rozrzutników powinno bowiem zostać załadowane od 6 do 7 ton mieszanki piasku i soli.

W rezultacie, każdy z 4 pojazdów w ramach takiego zestawu będzie osiągał spalanie na poziomie znacznie wyższym od wskazanego w przedmiotowych wyjaśnieniach. Skoro bowiem masa każdego z takich zestawów wyniesie ponad 10 ton, to zgodnie z doświadczeniem życiowym i stanem techniki, każdy z pojazdów spali około 16 litrów paliwa na 1 roboczogodzinę. Zdaniem odwołującego oznacza to, że średnie ilość paliwa zużyta przez wykonawcę Ilmar będzie czterokrotnie większa niż uwzględniona przez niego w ww. kalkulacji. Odwołujący podkreślił, że Ilmar w wyjaśnieniach z dnia 9 października 2020 r. nie przedstawił żadnych dowodów świadczących o zasadności przyjętej kalkulacji w zakresie kosztów paliwa na potrzeby realizacji usługi zimowego utrzymania dróg sprzętem mechanicznym.

Zdaniem odwołującego Wykonawca Ilmar jedynie ogólnie opisał pewne okoliczności kosztowe (wynagrodzenie za pracę, zakup paliwa i surowca) w swoich wyjaśnieniach z dnia 9 października 2020 r., jednakże nie przedstawił szczegółowych informacji, rzetelnych kalkulacji, wartości liczbowych i merytorycznych danych pozwalających zamawiającemu na dokonanie oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny. Odwołujący podkreślił, że Ilmar nie przedstawił wraz z wyjaśnieniami żadnych dowodów świadczących o rzetelności kalkulacji swojej oferty. Zdaniem odwołującego załączone dawne protokoły odbioru w żaden sposób nie potwierdzają, że niniejsza usługa została wyceniona prawidłowo w nowych realiach biznesowych.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego czynu nieuczciwej konkurencji w ofercie Ilmar odwołujący podniósł, że mając na uwadze przedstawione okoliczności świadczące o przedstawieniu w ofercie Ilmar ceny rażąco zaniżonej w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, należy działanie wykonawcy Ilmar zakwalifikować także jako czyn nieuczciwej konkurencji. Zachowanie wykonawcy Ilmar polega bowiem na utrudnianiu innym przedsiębiorcom – pozostałym oferentom w postępowaniu – dostępu do rynku poprzez sprzedaż usług (zimowego utrzymania dróg) poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców z rynku. Według odwołującego, takie działanie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 u.z.n.k., a to w związku z art. 15 ust. 1 pkt. 1) u.z.n.k.

Odwołujący wskazał, że wykonawca ten przedstawiając wartość ryczałtowej ceny za usługę zimowego utrzymania dróg, skalkulował ją znacznie poniżej rynkowych kosztów jej wykonania. Nie uwzględniono nie tylko istotnych elementów kosztowych – takich jak koszty pracodawcy związane z narzutami pracowniczymi, a także elementów związanych z dostępnością i bieżącą eksploatacją sprzętu. Zawarta w ofercie cena ryczałtowa miesięczna usługi zimowego utrzymania dróg naraża na znaczne zachwianie konkurencji pomiędzy przedsiębiorcami na lokalnym rynku. Wykonawca Ilmar założył w sposób nieuprawniony (wbrew wymaganiom zamawiającego) już na etapie przetargu, że ten zakres usług nie będzie realizowany w pełni. W ofercie Ilmar przyjęto, że średnia ilość dni na realizację usługi w miesiącu wyniesie jedynie 2 w skali całego miesiąca kalendarzowego. Takie działanie Ilmar prowadzi do sytuacji, w której w przypadku choćby dodatkowego dnia opadów w miesiącu kalendarzowym, zagrożona jest prawidłowa realizacja usługi zimowego utrzymania dróg na terenie Gminy Kobierzyce. Doprowadzi to bez wątpienia do nieuzasadnionej szkody po stronie jednostki samorządu terytorialnego i może zagrażać życiu i zdrowiu jej mieszkańców.

Odwołujący wskazał także, że jednym z najczęściej ujawnianych czynów nieuczciwej konkurencji w zamówieniach publicznych jest manipulowanie ceną lub jej częściami. Za czyn nieuczciwej konkurencji może być uznane takie działanie, które polega na manipulowaniu ceną oferty, np. poprzez określanie cen jednostkowych w taki sposób, że część cen określana jest na poziomie rażąco niskim, w oderwaniu od rzeczywistych kosztów i nakładów związanych z realizacją zamówienia. Według odwołującego w przedmiotowym przypadku taka manipulacja, której dopuścił się Ilmar godzi tak w interesy innych wykonawców, kalkulujących poszczególne pozycje rozliczeniowe zgodnie z zasadami wynikającymi z wytycznych zamawiającego, a nade wszystko w interesy docelowych klientów – użytkowników

drog na terenie Gminy Kobierzyce.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca M. I., prowadzący w Kobierzycach działalność gospodarczą pod nazwą M. I., P.H.U. ILMAR. Wniósł o oddalenie odwołania. W piśmie i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego zgłosił przystąpienie wykonawca FB Serwis Wrocław sp. z o.o. w Bielanych Wrocławskich. Wniósł o uwzględnienie odwołania.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), ofertę przystępującego Ilmar, wezwanie zamawiającego z 6 października 2020 r. skierowane do przystępującego Ilmar w toku postępowania w trybie art. 90 ust. 1 i ust. 1a ustawy Pzp, wyjaśnienia przystępującego Ilmar z 9 października 2020 r. wraz z załącznikami, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z 19 października 2020 r., stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestników postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba postanowiła nie dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania wykonawcy FB Serwis Wrocław sp. z o.o. w Bielanych Wrocławskich. Ustalono, że zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w imieniu FB Serwis Wrocław sp. z o.o. w Bielanych podpisał pan M. Sz. Nie zostało jednak wykazane, aby pan Sz. był uprawniony do składania oświadczeń woli w imieniu ww. wykonawcy. Do zgłoszenia załączono wprawdzie pełnomocnictwo dla pana Sz. z dnia 21 września 2020 r. jednakże, jak wynikało z jego treści, mocowało ono do dokonywania czynności w innym postępowaniu a ponadto w imieniu konsorcjum składającego się z FB Serwis Wrocław sp. z o.o. w Bielanych Wrocławskich i FB Serwis S.A. w Warszawie. W tej sytuacji uznano, że zgłoszenie przystąpienia wykonawcy FB Serwis Wrocław sp. z o.o. w Bielanych Wrocławskich jest nieskuteczne.

W dalszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na miejscu drugim, za ofertą wybraną. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty wybranej. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp zaniechał czynności odrzucenia oferty wybranej skutkować będzie koniecznością nakazania zamawiającemu wykonania takiej czynności, czego efektem może być uzyskanie zamówienia przez odwołującego. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że w pkt III. 1 SIWZ wskazano, że *przedmiotem zamówienia jest zimowe utrzymanie dróg w wielkości ok. 209 km, w tym:*

- dróg gminnych (ok. 156 km),
- dróg powiatowych (ok. 53 km),

sprzętem mechanicznym na terenie Gminy Kobierzyce. Szczegółowy opis standardu zimowego utrzymania dróg zawiera załącznik nr 8 do SIWZ. Wykaz dróg gminnych i powiatowych opisany jest w załączniku nr 9 do SIWZ.

Zgodnie z pkt III. 2 SIWZ *Wykonawca powinien posiadać wystarczającą ilość pojazdów przystosowanych do odśnieżania, usuwania oblodzeń dróg w celu zapewnienia ciągłości prac związanych ze świadczeniem usług odśnieżania, minimalne wymagania to:*

- 2 zestawy: ciągnik + plug,
- 4 zestawy: ciągnik + plug + rozrzutnik o ładowności 6-7 ton,
- Ładowarka.

Pojazdy używane do realizacji umowy, takie jak ciągniki z plugiem i rozrzutnikiem winny być wyposażone w satelitarny system monitorowania pracy sprzętu (GPS), bazujący na systemie pozycjonowania satelitarnego, umożliwiający trwałe zapisywanie, przechowywanie i odczytywanie danych o położeniu pojazdu i miejscach postojów oraz kamery z podglądem na żywo.

Stosownie do pkt III. 4 SIWZ *Materiał do posypywania: na jeden sezon utrzymania zimowego dróg o dł. ok. 209 km należy przewidzieć ok. 2000 ton mieszanki soli z piachem (plukanym).*

Proporcja materiału do posypywania powinna wynosić:

- 30% soli, 70% piachu - dla głównych ciągów komunikacyjnych i dróg osiedlowych,
- 100% soli – dla drogi krajowej nr 8 i drogi krajowej nr 35.

Zgodnie z pkt III. 13 SIWZ, *Zamawiający wymagałaby czynności związane z odśnieżaniem tj. operatorzy sprzętu tj. ciągnika, plugu oraz ładowarki oraz dyspozytor byli wykonywane przez osoby tj. pracowników minimum 6 zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2019.1040 ze zm.).*

Ustalono także, że zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 2.194.732,82 zł netto, w tym wartość zamówień o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 oraz w art. 134 ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp ustalona na kwotę 731.577,61 zł netto. Wartość tę zamawiający oszacował w dniu 14 lipca 2020 r. na podstawie planowanych kosztów (pkt 2.4. i 2.5 protokołu postępowania, w aktach sprawy).

Na sfinansowanie zamówienia przeznaczył kwotę 3.174.000,00 zł brutto (pkt 11.2 protokołu postępowania, w aktach sprawy).

Ustalono, że do upływu terminu składania ofert swoje oferty złożyli wykonawcy oferując następujące ceny:

a) wykonawca FB Serwis,

- cena oferty (brutto) (suma: ryczałtowej ceny brutto za 1 miesiąc zimowego utrzymania dróg oraz ceny brutto za 1 km awaryjnego zimowego utrzymania dróg) – 179.714,04 zł,
- czas reakcji – (podjęcie pracy sprzętem) do 0,5 godziny,

b) odwołujący,

- cena oferty (brutto) (suma: ryczałtowej ceny brutto za 1 miesiąc zimowego utrzymania dróg oraz ceny brutto za 1 km awaryjnego zimowego utrzymania dróg) – 100.000,00 zł,
- czas reakcji – (podjęcie pracy sprzętem) do 0,5 godziny,

c) przystępujący Ilmar

- cena oferty (brutto) (suma: ryczałtowej ceny brutto za 1 miesiąc zimowego utrzymania dróg oraz ceny brutto za 1

km awaryjnego zimowego utrzymania dróg) – 71.398,00 zł,
- czas reakcji – (podjęcie pracy sprzętem) do 0,5 godziny.
(por. pkt 12 protokołu postępowania)

Ustalono ponadto, że na wezwanie zamawiającego skierowane w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, przystępujący Ilmar złożył zamawiającemu wykaz narzędzi i wyposażenia (wypełniony załącznik nr 5 do SIWZ). W wykazie tym wskazał, że w celu realizacji zamówienia będzie wykorzystywał m.in. ładowarkę Mecalac 12 mxt, 4 zestawy ciągnik plus pług plus rozrzutnik i 2 zestawy ciągnik plus pług. Opisując podstawę dysponowania zestawami pług plus rozrzutnik wykonawca wskazał m.in. „leasing”.

Ustalono ponadto, że zamawiający 6 października 2020 r., działając na podstawie art. 90 ust. 1 i ust. 1a ustawy Pzp, wezwał przystępującego Ilmar do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Wezwał do wyjaśnienia powodów ceny ofertowej, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- a) oszczędności metody wykonania zamówienia,
- b) wybranych rozwiązań technicznych,
- c) wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych dla wykonawcy,
- d) 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,
- e) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów,
- f) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym,
- g) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska.

W dalszej części ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący Ilmar złożył wyjaśnienia z 9 października 2020 r. W wyjaśnieniach wskazał, co następuje. (...).

Cena uwzględnia zimowe utrzymanie dróg w ilości ok. 209 km w tym również zapewnienie materiałów, amortyzację sprzętu, wynagrodzenie pracowników zatrudnionych na umowę o pracę. Wartość oferty została obliczona na podstawie kalkulacji stanowiącej załącznik nr 1 do niniejszego pisma. Dane, którymi posłużył się Wykonawca są zgodne z informacjami zawartymi w dokumentach udostępnionych Wykonawcy.

(...)

Nasze doświadczenie w realizacji inwestycji na terenie Polski pozwala rzetelnie i z należytą starannością skalkulować cenę ofertową oraz realizację zamówienia. Ponadto podkreślenie wypada fakt, że od 3 grudnia 2018 r. do 30 kwietnia 2020 r. realizowaliśmy usługę utrzymania zimowego dróg dla Zamawiającego, przez co doskonale znamy specyfikę realizacji przedmiotowego zamówienia i mamy możliwość dokładnego skalkulowania ceny. Z uwagi na to, że w sezonie 2018/2019 konieczność interwencji wystąpiła ok. 19 razy, a w sezonie 2019/2020 zaledwie 1 raz, posiadamy również odpowiednie zapasy soli oraz piasku (brak konieczności wykorzystywania tych materiałów podczas realizacji poprzedniego zamówienia), które zabezpieczają ponad 30% całego zapotrzebowania na materiały.

Co więcej na zaoferowaną przez nas cenę wpływa również fakt, że posiadamy bazę mieszczącą się w samym centrum gminy, dzięki czemu dojazdy są mniej kosztowne. Posiadamy pracowników, którzy doskonale znają drogi, które są objęte niniejszym zamówieniem. Kolejnym elementem umożliwiającym nam zaoferować korzystniejszą od konkurencji cenę jest posiadany przez nas zbiornik paliwa na bazie, co nie tylko pozwala nam na zakup paliwa w cenach hurtowych (dzięki możliwości jego przechowywania na terenie bazy wykonawcy), ale również oszczędza czas pracowników na tankowanie sprzętu.

Sprzęt, który jest skierowany do realizacji przedmiotu zamówienia jest naszą własnością, w związku z czym nie ponosimy kosztów wypożyczenia czy wynajmu.

Wskazania wymaga, że w zaoferowanej cenie została skalkulowana wartość amortyzacji sprzętu, utrzymania biura oraz koszty kamer i GPS, która z uwagi na to, że jest kalkulowana w cenę w pozostałych realizowanych przez nas zleceniach ma znikomą wartość.

Wyjaśniamy również, że cena wskazana w formularzu ofertowym uwzględnia przepisy ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. kodeks pracy. Znajduje to odzwierciedlenie w przyjętych w kalkulacji kosztach pracy osób obsługujących ciągniki. Wskazujemy również, że stawka godzinowa wynagrodzenia została przyjęta zgodnie z przewidywaną zmianą stawki godzinowej w roku 2021.

W związku z tym, że zaoferowana kwota stanowi miesięczne ryczałtowe wynagrodzenie, podane poniżej wyliczenia również odnoszą się do miesiąca, jako jednostki rozliczeniowej.

KALKULACJA:

Koszt jednego, pełnego, wyjazdu w ramach akcji zima wynosi 2.303,20 zł, na który składają się:

Przyjęta stawka godzinowa – 18,30 zł brutto (zgodnie z prognozą na rok 2021)

Zużycie paliwa przez maszyny: 1 h pracy sprzętu, to 8 l paliwa, $4 \times 8 = 32$ litry na akcję jednego pracownika.

Cena paliwa: średnio 4,50 zł brutto.

Akcja zima na trasach wyznaczonych przez Zamawiającego trwa 4 godziny dla jednego pracownika (co daje $6 \times 4 = 24$ h)

Koszt wyjazdu wszystkich pracowników – $24 \text{ h} \times 18,30 \text{ zł} = 439,20 \text{ zł}$,

Zużycie paliwa wszystkich maszyn – $6 \times 32 \text{ l} = 192 \text{ l}$

Koszt paliwa wszystkich maszyn – $192 \text{ l} \times 4,50 \text{ zł} = 864 \text{ zł}$

Koszt materiału potrzebnego do jednej pełnej akcji (tj. jeden wyjazd) to ok. 1.000 zł.

Przygotowując kalkulację cenową opieraliśmy się na trzech możliwych scenariuszach:

1. „Zima stulecia” wymagająca interwencji raz dziennie przez 30 dni w miesiącu

$2303,20 \times 30 = 69\,096 \text{ zł}$

2. „Zima prognozowana” wymagająca interwencji raz dziennie przez 15 dni w miesiącu

$2303,20 \times 15 = 34\,548 \text{ zł}$

3. „Średnia ilość wyjazdów z dwóch ostatnich lat” (przy realizacji tego samego zamówienia) - na tej podstawie zimą wymagane są ok. 2 interwencje w miesiącu

Ok. 20 interwencji na przestrzeni ostatnich 2 lat.

Średnio ok. 10 interwencji rocznie.

Okres realizacji umowy 6 miesięcy.

Średnia ilość interwencji w miesiącu – $10 / 6 = 1,67 \approx 2$ interwencje w miesiącu

$2303,20 \text{ zł} \times 2 = 4606,40 \text{ zł}$.

Do wyjaśnień przystępujący Ilmar załączył 4 faktury za paliwo (olej napędowy), z których wynikały ceny

jednostkowe odpowiednio: 4,08 zł brutto, 4,02 zł brutto, 3,83 zł brutto i 3,94 zł brutto.

Do wyjaśnień załączono także protokoły zimowego utrzymania dróg podpisane przez Urząd Gminy Kobierzyce za miesiące grudzień 2018, styczeń – kwiecień 2019 r., listopad 2019 – kwiecień 2020 r.

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający w dniu 19 października 2020 r. zawiadomił odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego Ilmar.

Odwołanie zasługuje częściowo na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, 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 albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2017 r. poz. 847 oraz z 2018 r. poz. 650);
- 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.

Stosownie do art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, w 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 wyjaśnień;
- 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.

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

W myśl 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.

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.

Izba stwierdziła, że cena oferty przystępującego Ilmar odbiegała znacząco od cen pozostałych wykonawców. W tej sytuacji zamawiający, zgodnie z art. 90 ustawy Pzp, miał nie tylko prawo ale i prawny obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień co do wyliczenia ceny oraz złożenia stosownych dowodów. Realizując normę wynikającą z ww. przepisu zamawiający skierował do przystępującego Ilmar wezwanie do złożenia wyjaśnień w piśmie z dnia 6 października 2020 r.

Jak wynika z treści art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, polski ustawodawca przesądził, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp, ma obowiązek udowodnić zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Z przepisu tego wynika zatem domniemanie, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień zaoferował cenę rażąco niską. Wyjaśnienia i dowody na ich poparcie składane przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie muszą zaś obalić owo domniemanie. Nie ulega również wątpliwości, że owo udowodnienie realności ceny powinno nastąpić w toku postępowania o udzielenie zamówienia przed zamawiającym.

W analizowanej sprawie Izba stwierdziła, że przystępujący Ilmar nie sprostował wynikającemu z przepisu art. 90 ust. 2 ustawy Pzp ciężarowi wykazania, że jego cena nie jest rażąco niska. Zdaniem Izby wyjaśnienia przedstawione przez przystępującego Ilmar w piśmie z 9 października 2020 r. okazały się ogólne, lakoniczne i gołosłowne oraz nie odnosiły się do wszystkich elementów cenotwórczych.

Zgodzić należało się z odwołującym, który podniósł w odwołaniu, że przystępujący Ilmar w odniesieniu do kosztów materiałów przedstawił wyjaśnienia nazbyt ogólne, lakoniczne. Wyjaśnienia przystępującego w tym obszarze sprowadzały się do stwierdzenia, że koszt materiału potrzebnego do jednej pełnej akcji (tj. jeden wyjazd) to ok. 1000 zł. Dodatkowo przystępujący Ilmar oświadczył jeszcze, że posiada odpowiednie zapasy soli oraz piasku, które miały zabezpieczać ponad 30 % całego zapotrzebowania na materiały.

Odnosząc się do tego rodzaju wyjaśnień należało stwierdzić, że oświadczenie o dysponowaniu 30% całego zapotrzebowania na materiały okazało się nazbyt ogólne i nienadające się do jakiegokolwiek weryfikacji przez zamawiającego. Po pierwsze, wykonawca nie wskazał ile zapasów soli i piasku jest, jego zdaniem, niezbędne do realizacji usługi. Po drugie, nie wyjaśnił również ile konkretnie soli i piasku posiada. W tej sytuacji oświadczenia przystępującego nic nie wnosily do sprawy. Nie można w oparciu o nie zweryfikować poprawności kalkulacji kosztów materiałów w kontekście zakładanej ich ilości. Nie wiadomo bowiem, ile materiałów wykonawca uznaje za ilość zabezpieczającą potrzeby realizacji zamówienia. Nie można też zweryfikować, czy faktycznie bliżej niesprecyzowana ilość materiałów, którą wykonawca posiada, rzeczywiście uprawnia do przyjęcia tezy, że jest to 30 % całego zapotrzebowania na materiały. W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że rację ma odwołujący wskazując, że oprócz lakoniczności wyjaśnień, wyjaśnienia te dyskwalifikuje również fakt niepoparcia ich w tym zakresie jakimkolwiek dowodem.

Zgodzić należało się również z odwołującym, że w odniesieniu do pozostałych 70% materiałów, które wedle oświadczeń samego przystępującego Ilmar musiał on zabezpieczyć, aby zrealizować usługę, nie przedstawiono zamawiającemu żadnych ofert, czy nawet ofert wstępnych, które usprawiedliwiłby oszacowany koszt zakupu materiału potrzebnego do jednego wyjazdu na poziomie 1000 zł. Po drugie, nie wiadomo jaki materiał wykonawca uwzględnił, ile tego materiału założono, gdyż przystępujący Ilmar jego składu nie ujawnił. Tymczasem, jak słusznie wskazał odwołujący, skład materiału został narzucony przez zamawiającego w postanowieniach SIWZ. Zamawiający w pkt III.4 SIWZ przesądził, że w przypadku dróg krajowych nr 8 i 35 obie jezdnie mogły być posypane wyłącznie solą drogową. Jedynie w przypadku pozostałych dróg można było używać mieszanki soli i piasku płukanego. Nie było zaś sporne między

stronami, że koszt pozyskania soli jest wyższy od kosztu mieszanki soli z piachem. Na tę okoliczność przystępujący Ilmar również nie przedstawił zamawiającemu jakiegokolwiek dowodu w postaci przykładowo ofert, czy ofert wstępnych.

Wyjaśnienia przystępującego Ilmar w obszarze kosztów materiałów okazały się zatem ogólne, lakoniczne, nieprzekonujące i gołosłowne. Nie obaliły więc domniemania nieprawidłowego skalkulowania kosztów materiałów niezbędnych do realizacji usługi.

W dalszej kolejności stwierdzono, że przystępujący Ilmar nie uwzględnił w swych wyjaśnieniach kosztów paliwa dla ładowarki. Jak wynikało z pkt III.2 SIWZ, zamawiający wymagał, aby wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia dysponował niezbędnym sprzętem, określonym przez zamawiającego. Wśród wymaganego, minimalnego sprzętu wymieniono m.in. 2 zestawy ciągnik plus plug, 4 zestawy ciągnik plus plug plus rozrzutnik oraz ładowarkę.

Przystępujący Ilmar złożył zamawiającemu wykaz narzędzi i wyposażenia (wypełniony załącznik nr 5 do SIWZ). W wykazie tym wskazał, że w celu realizacji zamówienia będzie wykorzystywał m.in. ładowarkę Mecalac 12 mxt, 4 zestawy ciągnik plus plug plus rozrzutnik i 2 zestawy ciągnik plus plug. Jednakże w wyjaśnieniach z dnia 9 października 2020 r., kalkulując koszty zużycia paliwa na poziomie 192 litrów na jeden wyjazd przyjął jedynie 6 sztuk sprzętu, co odpowiadało 4 zestawom ciągnik plus plug plus rozrzutnik oraz 2 zestawom ciągnik plus plug. Jak wynikało z powyższego, w swej kalkulacji przystępujący kosztów przystępujący Ilmar w ogóle nie uwzględnił kosztów paliwa do ładowarki. Powyższy brak w wyjaśnieniach wykonawcy słusznie został zatem dostrzeżony przez odwołującego.

Przystępujący Ilmar nie wykazał także zasadności swych założeń co do zużycia paliwa przez swe pojazdy, które będzie wykorzystywał do realizacji zamówienia. Jak wskazano wcześniej, w wykazie narzędzi i wyposażenia przystępujący Ilmar oświadczył, że w celu realizacji zamówienia będzie wykorzystywał 7 sztuk sprzętu, w tym m.in. ładowarkę Mecalac 12 mxt, 4 zestawy ciągnik plus plug plus rozrzutnik i 2 zestawy ciągnik plus plug. Jeśli chodzi o kwestie ilości zużywanego paliwa przez pozostały sprzęt, to przystępujący w swej kalkulacji ograniczył się jedynie do wskazania, że 6 sztuk sprzętu spali 8 litrów paliwa na 1 godzinę pracy. Na prawidłowość szacunków co do spalania na takim poziomie przystępujący Ilmar nie przedstawił nie tylko żadnego dowodu, ale nawet wyliczeń. Powyższe dyskwalifikowało wyjaśnienia w tym zakresie.

W dalszej kolejności stwierdzono, że przystępujący Ilmar w swych wyjaśnieniach nie podał wysokości kosztów związanych z usługami GPS i monitoringu pojazdów.

Jak wynikało z pkt III. 2 SIWZ, zamawiający wymagał, *aby pojazdy używane do realizacji umowy, takie jak ciągniki z plugiem i rozrzutnikiem były wyposażone w satelitarny system monitorowania pracy sprzętu (GPS), bazujący na systemie pozycjonowania satelitarnego, umożliwiający trwałe zapisywanie, przechowywanie i odczytywanie danych o położeniu pojazdu i miejscach postojów oraz kamery z podglądem na żywo.*

Przystępujący Ilmar w wyjaśnianych z 9 października 2020 r. nie podał kosztów wykonania przywołanego obowiązku umownego. Dostrzeżenia wymagało, że w swych wyjaśnieniach wykonawca ograniczył się jedynie do stwierdzenia, iż w cenie została skalkulowana wartość amortyzacji sprzętu oraz koszty kamer i GPS. Wskazał, że jest to koszt kalkulowany w cenę pozostałych realizowanych przez niego zleceń, gdyż ma znikomą wartość.

Izba stwierdziła, że przystępujący Ilmar, mimo wezwania, nie ujawnił zamawiającemu wysokości omawianego elementu kosztotwórczego. Nie wiadomo zatem nic na temat wysokości ponoszonych przez przystępującego Ilmar opłat abonamentowych za system GPS i do wykorzystywania podglądu z kamer na żywo. W związku z tym zaniechaniem zamawiający nie miał żadnych podstaw do stwierdzenia jaka jest to wartość i czy rzeczywiście wartość ta jest znikoma i bagatelna, tak jak utrzymywał przystępujący Ilmar. Odnosząc się natomiast do argumentu, że wartość ta jest kalkulowana w cenę pozostałych realizowanych przez niego zleceń, to takie stanowisko nie zasługiwało na uwzględnienie. Owszem wykonawca ma prawo korzystać z efektu skali. Jednakże, po pierwsze, ten czynnik należało bliżej opisać aby przekonać zamawiającego, że efekt skali rzeczywiście występuje. Po drugie zaś, jakaś część kosztów opłat powinna być uwzględniona w cenie tego zamówienia, a nie przeliczana w koszt innych zamówień realizowanych przez przystępującego Ilmar. Niedopuszczalne jest finansowanie kosztów tego zamówienia z wynagrodzenia uzyskiwanego z innych, bliżej niesprecyzowanych kontraktów.

W dalszej kolejności stwierdzono, że przystępujący Ilmar w swych wyjaśnieniach nie uwzględnił kosztów związanych z obsługą zobowiązań z tytułu leasingu w odniesieniu do zestawów plug plus rozrzutnik, które zamierzał wykorzystywać do realizacji zamówienia.

Jak wynikało z wykazu sprzętu i narzędzi, złożonego przez przystępującego Ilmar, opisując podstawę dysponowania ww. sprzętem wykonawca wskazał m.in. „leasing”. Na uwagę zasługiwał fakt, że w wyjaśnieniach z dnia 9 października 2020 r. koszt obsługi tego zobowiązania z tytułu umów leasingu nie został ujawniony. Przystępujący Ilmar ograniczył się jedynie do oświadczenia, że sprzęt, który jest kierowany do realizacji przedmiotu zamówienia, jest jego własnością, w związku z czym nie ponosi kosztów jego wypożyczenia czy wynajmu. Jak wynikało z powyższego, wykonawca nie wspominał jednak nic na temat kosztów zobowiązań z tytułu leasingu zestawów plug plus rozrzutnik.

Kolejno stwierdzono, że przystępujący Ilmar w swych wyjaśnieniach pominął w ogóle kwestię kosztów związanych z kontrolą serwisową pojazdów, w tym plugów i rozrzutników, kosztów naprawy usterek wynikających z bieżącego użytkowania pojazdów w ramach usługi zimowego utrzymania dróg.

Owszem, wykonawca, który realizuje równoległe wiele zleceń, może koszty tego rodzaju finansować z wynagrodzenia uzyskiwanego ze wszystkich zleceń, w ramach których ten sprzęt jest wykorzystywany. Jednakże jakaś część z tych kosztów musi być uwzględniona również w kosztach realizacji tego zamówienia. Powyższe wynika z faktu, że to w trakcie i w związku z realizacją tego zamówienia przynajmniej jakaś część z tych kosztów będzie ponoszona. Jak wyjaśniono wcześniej, niedopuszczalne jest finansowanie kosztów tego zamówienia z wynagrodzenia uzyskiwanego z innych, bliżej niesprecyzowanych kontraktów. Przypomnienia wymagają, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, realność ceny oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego bada się w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, a więc świadczenia zaoferowanego przez wykonawcę w tym postępowaniu.

Kolejno stwierdzono, że przystępujący Ilmar nie wyjaśnił i nie udowodnił w sposób prawidłowy kosztów pracy. Jak wynikało z wyjaśnień przystępującego Ilmar, podstawą kalkulacji w tym obszarze była stawka godzinowa wynagrodzenia przyjęta zgodnie z przewidywaną zmianą stawki godzinowej w roku 2021 r. Stawkę tę przystępujący Ilmar skalkulował na poziomie 18,30 zł brutto.

Odwołujący słusznie zarzucił w odwołaniu, że oparcie kalkulacji kosztów zatrudnienia wyłącznie na podstawie prognozowanej na 2021 r. stawki godzinowej na poziomie 18,30 zł brutto było błędem. Minimalna stawka godzinowa, jak wynika z art. 1 pkt 1 ustawy z 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. 2018, poz. 2177 ze zm.), oznacza *minimalną wysokość wynagrodzenia za każdą godzinę wykonania zlecenia lub świadczenia usług, przysługującą przyjmującemu zlecenie lub świadczącemu usługi*. Podzielono zatem stanowisko odwołującego, że definicja legalna tego pojęcia odnosi się do umów o świadczenie usług, do których stosuje się przepisy o zleceniu – co

wynika z art. 750 ustawy z 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (j.t. Dz. U. 2020, poz. 1740 ze zm.).

Na uwagę zasługiwał fakt, że zamawiający w pkt III.13 SIWZ wymagał, aby *czynności związane z odśnieżaniem tj. operatorzy sprzętu tj. ciągnika, pługu oraz ładowarki oraz dyspozytor były wykonywane przez osoby tj. pracowników minimum 6 zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2019.1040 ze zm.)*. Powyższy wymóg został potwierdzony przez zamawiającego w rozdziale V ust. 1 pkt. c SIWZ, gdzie wskazano, że zamawiający wymaga od wykonawców spełnienia warunku dysponowania na potrzeby zamówienia co najmniej 6 osobami zatrudnionymi na podstawie umowy o pracę.

Tymczasem, jak wskazano wcześniej, podstawą swej kalkulacji przystępujący Ilmar uczynił jedynie stawkę godzinową na poziomie 18,30 zł brutto. Na uwagę zasługiwał fakt, że stawka podana przez wykonawcę na poziomie 18,30 zł brutto okazała się niemal identyczna z minimalną stawką godzinową, w rozumieniu art. 1 pkt 1 ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, prognozowaną w 2021 r. na poziomie 18,20 zł. Jednocześnie, o prawidłowości kalkulacji nie świadczyło ogólne oświadczenie przystępującego Ilmar jakoby w kalkulacji uwzględnił przepisy ustawy Kodeks pracy i wynagrodzenie pracowników zatrudnionych na umowę o pracę. Temu ogólnemu oświadczeniu przeczy przedstawiona kalkulacja, odpowiadająca w zasadzie wyłącznie kosztowi równemu minimalnej stawce godzinowej w rozumieniu art. 1 pkt 1 ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę prognozowanej na 2021, która odnosiła się wszak do wykonywania zleceń lub świadczenia usług w rozumieniu przepisów prawa cywilnego.

W tej sytuacji zgodzić należało się z odwołującym, że nawet jeśli przystępujący Ilmar rzeczywiście zamierzał zatrudniać swych pracowników skierowanych do realizacji zamówienia na podstawie umowy o pracę, to nie uwzględnił w swej kalkulacji wynikających z tego kosztów. W szczególności przystępujący Ilmar w swej kalkulacji nie ujął kosztów narzutu pracodawcy na wynagrodzenie pracowników, niezbędnych do poniesienia z powodu konieczności zapewnienia zastępstwa na czas urlopu lub też choroby pracownika, nadzoru nad prawidłowym wykonaniem usługi, które przystępujący jako pracodawca będzie musiał ponieść.

Stwierdzono ponadto, że przystępujący Ilmar w swych wyjaśnieniach podał jedynie szacowaną przez siebie liczbę roboczogodzin przypadającą na jednego pracownika w ramach akcji zima. Wskazał dodatkowo, że akcja zima trwać będzie 4 godziny na jednego pracownika, co daje 24 h dla 6 pracowników. Odnosząc się do tej części wyjaśnień należało stwierdzić, że podanie samej liczby roboczogodzin przypadających na pracownika bez chociażby krótkiego wyjaśnienia, jak te roboczogodziny są obliczone i jakie czynności będą wykonywane w ramach tych roboczogodzin jest niewystarczające celem możliwości weryfikacji takiego oświadczenia przez zamawiającego.

Kierując się powyższymi rozważaniami nie ulegało wątpliwości, że przystępujący Ilmar nie sprostął wynikającemu z przepisu art. 90 ust. 2 ustawy Pzp ciężarowi wykazania, że jego cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym zamawiający miał obowiązek stwierdzić, że wykonawca zaoferował mu cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia i odrzucił ofertę wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, czego jednak nie uczynił. W związku z powyższym za zasadny uznano zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Chybiony okazał się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W myśl 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*. Stosownie do art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. ((Dz.U. z 2020 r. poz. 1913 ze zm.), *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*.

Aby wykazać zasadność tego zarzutu odwołujący powinien udowodnić, że działania przystępującego Ilmar polegające na zaniżaniu cen za świadczenie usług zimowego utrzymania dróg jest działaniem celowym, ciągłym, a nie jednorazowym. Po drugie powinien wykazać, że działanie to zostało podjęte z góry powziętym zamiarem wyeliminowania innych przedsiębiorców z rynku z rynku. Wreszcie, powinien także wykazać wpływ ewentualnego zaniżenia ceny w tym postępowaniu na sytuację na rynku właściwym. Żadnej z tych okoliczności odwołujący nawet nie spróbował udowodnić. Wobec powyższego zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznano za chybiony.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 i 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do częściowego uwzględnienia i oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 3 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcie o charakterze merytorycznym (pkt 1 i 2 sentencji) i formalnym (pkt 3 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. W analizowanej sprawie stwierdzone naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp miały wpływ na wynik postępowania, gdyż zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę, która podlegała odrzuceniu.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego. W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty przystępującego ILMAR na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp z powodu niewykazania przez ww. wykonawcę, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Odnosnie żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji. Jednocześnie jednak informacja o częściowym oddaleniu odwołania musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący

elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten, wypowiadając się o praktyce Izby oddalania części zarzutów odwołania w uzasadnieniu, jednoznacznie uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX, 2014, wydanie VI.

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 grudnia 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 830/18 i postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 października 2018 r. sygn. akt XXII Ga 1123/18. W tym ostatnim postanowieniu Sąd Okręgowy wskazał, co następuje: „Nie budziło zatem wątpliwości, że odwołanie zostało uwzględnione jak i oddalone w równych (co do ilości zarzutów) częściach, w tym uwzględnione co do obu zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego, co do której to czynności został wniesiony sprzeciw. Odwołujący R. S. i wnoszący sprzeciw przystępujący Wykonawca TPF Sp. z o. o. wygrali zatem i jednocześnie przegrali w połowie.

Sąd Okręgowy przychylił się do zarzutu skargi na wyrok KIO i głównej tezy jej uzasadnienia, zgodnie z którą wynik sprawy winien być badany w odniesieniu do ilości uwzględnionych i oddalonych zarzutów. Na przyjęcie takiego stanowiska, w ocenie Sądu Okręgowego, pozwala przepis 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania, zgodnie z brzmieniem którego w przypadkach nieuregulowanych w 5 ust. 1-3 Izba powinna orzec o kosztach postępowania uwzględniając, że strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Jednocześnie zauważyć należało, że żaden przepis nie reguluje wprost sytuacji, w której odwołanie odwołującego lub wnoszącego sprzeciw zostało uwzględnione dokładnie w połowie. Przepisy §5 ust. 2 jak i ust. 3 rozporządzenia dotyczą bowiem uwzględnienia lub oddalenia odwołania w całości, a zatem nie mogły stanowić oparcia dla rozstrzygnięcia o kosztach niniejszego postępowania.

W tym stanie rzeczy koszty postępowania należało rozliczyć proporcjonalnie do wyniku postępowania wywołanego odwołaniem wniesionym przez Odwołującego R. S. Takie rozwiązanie jest zgodne z art. 192 ust. 10 pzp ustanawiającym zasadę orzekania stosownie do wyniku postępowania odwoławczego.”.

Kosztami postępowania w analizowanej sprawie obciążono w całości zamawiającego, biorąc pod uwagę, że odwołujący osiągnął skutek w postaci odrzucenia oferty przystępującego Ilmar w świetle przywołanych przez siebie okoliczności faktycznych, choć nie na podstawie wszystkich podstaw prawnych. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł oraz koszty poniesione przez odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy (łącznie: 18.600 zł).

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono - stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:.....