

Sygn. akt: KIO 308/21
315/21
322/21
340/21

WYROK
z dnia 16 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka
Członkowie: Izabela Niedziałek – Bujak
Andrzej Niwicki
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 03 i 11 marca 2021 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

A.w dniu 28 stycznia 2021 r. przez wykonawcę **Z.U. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe "U." Z.U. (ul. Mazowiecka 16, 06-200 Maków Mazowiecki) (KIO 308/21)**

B.w dniu 29 stycznia 2021 r. przez wykonawcę **STANPOL P.P. Sp. k. (ul. Makowa 28, 18-400 Łomża) (KIO 315/21)**

C.w dniu 1 lutego 2021 r. przez wykonawcę **ABRAMSS Sp. z o.o. (ul. Świętokrzyska 30/63, 00-116 Warszawa) (KIO 322/21)**

D.w dniu 1 lutego 2021 r. przez wykonawcę **GARDEN-COM Sp. z o.o. (ul. Octowa 4C, 15-339 Białystok) (KIO 340/21)**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad** w imieniu którego postępowanie prowadzi **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku (ul. Zwycięstwa 2, 15-703 Białystok)**

przy udziale wykonawców:

- **STANPOL P.P. Sp. k. (ul. Makowa 28, 18-400 Łomża)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o

sygn. akt: **KIO 308/21** po stronie **zamawiającego**

- **ZABERD S.A. (ul. Bystrzycka 24, 54-215 Wrocław)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o

sygn. akt: **KIO 315/21** po stronie **zamawiającego**

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: MPO Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe MAKSBUD Sp. z o.o. (ul. 42 Pułku Piechoty 48, 15-950 Białystok)** zgłaszających przystąpienia do postępowań odwoławczych o sygn. akt: **KIO 322/21, KIO 340/21** po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1A. oddala odwołanie o sygnaturze akt KIO 308/21

1B. oddala odwołanie o sygnaturze akt KIO 315/21

1C. oddala odwołanie o sygnaturze akt KIO 322/21

1D. oddala odwołanie o sygnaturze akt KIO 340/21

2. kosztami postępowania obciąża Wykonawców:

A.Z.U. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe "U." Z.U. (ul. Mazowiecka 16, 06-200 Maków Mazowiecki) (KIO 308/21)

B.STANPOL P.P. Sp. k. (ul. Makowa 28, 18-400 Łomża) (KIO 315/21)

C.ABRAMSS Sp. z o.o. (ul. Świętokrzyska 30/63, 00-116 Warszawa) (KIO 322/21)

D.GARDEN-COM Sp. z o.o. (ul. Octowa 4C, 15-339 Białystok) (KIO 340/21) i:

3. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **60000 zł 00 gr** (słownie: sześćdziesiąt tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołujących tytułem wpisów od odwołań oraz kwotę **14400 zł 00 gr** (czternaście tysięcy czterysta złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego, w tym:

3.A kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę **Z.U. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe "U." Z.U. (ul. Mazowiecka 16, 06-200 Maków Mazowiecki)** tytułem wpisu od odwołania o sygn. akt KIO 308/21

3.B kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę **STANPOL P.P. Sp. k. (ul. Makowa 28, 18-400 Łomża)** tytułem wpisu od odwołania o sygn. akt KIO 315/21

3.C kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę **ABRAMSS Sp. z o.o. (ul. Świętokrzyska 30/63, 00-116 Warszawa)** tytułem wpisu od odwołania o sygn. akt KIO 322/21

3.D kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę **GARDEN-COM Sp. z o.o. (ul. Octowa 4C, 15-339 Białystok) (KIO 340/21)** tytułem wpisu od odwołania o sygn. akt KIO 340/21

4. Azasądza od wykonawcy **Z.U. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe "U." Z.U. (ul. Mazowiecka 16, 06-200 Maków Mazowiecki)** na rzecz zamawiającego **Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad** w imieniu którego postępowanie prowadzi **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku (ul. Zwycięstwa 2, 15-703 Białystok)** kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

4.B zasądza od wykonawcy **STANPOL P.P. Sp. k. (ul. Makowa 28, 18-400 Łomża)** na rzecz zamawiającego **Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad** w imieniu którego postępowanie prowadzi **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku (ul. Zwycięstwa 2, 15-703 Białystok)** kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

4.C zasądza od wykonawcy **ABRAMSS Sp. z o.o. (ul. Świętokrzyska 30/63, 00-116 Warszawa)** na rzecz zamawiającego **Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad** w imieniu którego postępowanie prowadzi **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku (ul. Zwycięstwa 2, 15-703 Białystok)** kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty

postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

4. Dzasądza od wykonawcy **GARDEN-COM Sp. z o.o. (ul. Octowa 4C, 15-339 Białystok)** a rzecz zamawiającego **Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad** w imieniu którego postępowanie prowadzi **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku (ul. Zwycięstwa 2, 15-703 Białystok)** kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Członkowie:

UZASADNIENIE

Sygn. akt KIO 308/21

Zamawiający Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest są „Usługi likwidacji śliskości zimowej i odśnieżania nawierzchni dróg, parkingów, zatok autobusowych oraz ciągów pieszo-rowerowych administrowanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku Rejon w Augustowie, Białymstoku, Suwałkach i Zambrowie, w sezonach zimowych 2020 - 2024”

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 227-558226

Odwołujący Z.U. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „U.” Z.U. wniósł odwołanie (w zakresie części I zamówienia), w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 90 ust. 2 i 3 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, w sytuacji gdy wezwany Wykonawca Stanpol P.P. sp. k. nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a ponadto złożone wyjaśnienia potwierdzają, że cena jest rażąco niska

z ostrożności:

- 2) naruszenie art. 87 ust. 1 Pzp, art. 90 ust. 1 i 1a Pzp, poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w sposób należyty, w sytuacji gdy Zamawiający powziął wątpliwości, co do zgodności oferty z treścią SIWZ oraz realności ceny Wykonawcy Stanpol P.P. sp. k.,
- 3) w konsekwencji, naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez wybór oferty Wykonawcy Stanpol P.P. sp. k., w sytuacji, gdy oferta tego wykonawcy nie została wybrana zgodnie z przepisami Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Wykonawcy Stanpol P.P. sp. k., ewentualnie nakazanie wezwania Wykonawcy Stanpol P.P. sp. k. do złożenia wyjaśnień potwierdzających zgodność oferty z treścią SIWZ lub w zakresie realności zaoferowanej ceny, obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

W Części I postępowania - Rejon Augustów Obwód Drogowy Augustów Wykonawca Stanpol P.P. sp. k. złożył ofertę zawierającą cenę 5.605.048,80 zł brutto.

Zamawiający oszacował wartość Części I na kwotę 7.787.306,00 zł netto. Przed otwarciem ofert Zamawiający wskazał, iż zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę 8.410.292,64 zł.

Odwołujący wskazał, że niniejsze postępowanie poprzedziło postępowanie, które w części I zostało unieważnione. W poprzednim postępowaniu cena oferty Wykonawcy Stanpol P.P. sp. k. złożona dla części I postępowania - Rejon w Augustowie Obwód Drogowy w Augustowie wynosiła 11.840.515,20 zł.

Zakres rzeczowy Rejonu w Augustowie Obwód Drogowy w Augustowie z poprzedniego postępowania oraz z obecnego postępowania nie uległ zmniejszeniu.

W obecnym postępowaniu w Części I, Wykonawca Stanpol P.P. sp. k. złożył ofertę niższą o 33.36% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT i ponad dwukrotnie niższą od swojej własnej oferty, złożonej kilka miesięcy wcześniej (11.05.2020 r.), na ten sam zakres.

Zamawiający wezwał Wykonawcę Stanpol P.P. sp. k., na podstawie art. 90 ust. 1 i ust. 1a pkt 1, oraz art. 87 ust. 1 Pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów złożonej oferty, w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy uwzględni wszystkie wymagania zawarte w SIWZ

W opinii Odwołującego Wykonawca Stanpol P.P. sp. k. nie złożył merytorycznych i szczegółowych wyjaśnień, ani żadnego materiału dowodowego odnoszącego się do elementów oferty mających wpływ na wysokość jej ceny.

W treści wyjaśnień Wykonawca Stanpol P.P. sp. k. powołał okoliczność realizacji umowy nr 2413/10/1.2016 z dnia 03.08.2016 r. oraz umowy nr 2413.10/V.2016 z dnia 02.11.2016 r., oraz załączył referencje wystawione dla tych umów.

Zdaniem Odwołującego, okoliczność realizacji innych umów na rzecz Zamawiającego nie stanowi wyjaśnienia, które dotyczyłoby elementów oferty złożonej w tym postępowaniu, mających wpływ na wysokość jej ceny. Podobnie, jak referencje wskazane w treści wyjaśnień, które wykonawca ten złożył w tym postępowaniu dla potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Dokumenty z referencji, czy powoływanie się na wcześniejszą wiarygodność wykonawcy, mogą mieć znaczenie jedynie w kontekście warunku udziału w postępowaniu. W żaden sposób nie stanowią jednak materiału dowodowego, który potwierdzałby realność zaoferowanej ceny. Dokumenty te w ogóle nie odnoszą się w swojej treści do poszczególnych elementów oferty, ani sposobu ich wyceny.

Wykonawca Stanpol P.P. sp. k. w treści wyjaśnień wskazał również, że aktualnie zaoferowana cena jest niższa o ok. 32% od ceny zaoferowanej w postępowaniu z 2016 r.

Zdaniem Odwołującego odwołanie się do cen z 2016 r. nie stanowi wyjaśnienia, które dotyczyłoby elementów oferty złożonej w tym postępowaniu, mających wpływ na wysokość jej ceny. Nie potwierdza realności ceny zaoferowanej w 2020 r.

Odwołujący wskazał na poszczególne pozycje formularza cenowego w ofercie Wykonawcy Stanpol P.P. sp. k., w którym ceny jednostkowe są w obecnym postępowaniu niższe. Odwołujący wskazał, że Wykonawca Stanpol P.P. sp. k. nie złożył żadnych merytorycznych wyjaśnień, które tłumaczyłyby, w jaki sposób zdolny był do zaoferowania wyceny poszczególnych zakresów zadania, po cenach niższych, niż wycena z 2016 r. Szczególną uwagę Odwołujący zwrócił na pozycje związane z kosztami pracy, gdzie zaoferowano cenę niższą [pkt 12] lub nieznacznie wyższą od tej z 2016 r. [pkt 2.2, pkt 1.2], podczas gdy koszty pracy w ostatnich latach uległy podwyższeniu, chociażby z uwagi na coroczną podwyżkę płacy minimalnej.

Odwołujący wskazał także, że Wykonawca Stanpol P.P. sp. k. w poprzednim postępowaniu prowadzonym w maju 2020 roku, złożył ofertę dla części I, z ceną ponad dwukrotnie wyższą niż obecna. Skoro Wykonawca Stanpol P.P. sp. k.

zdecydował się nawiązać do poziomu wyceny z okresów wcześniejszych, powinien wyjaśnić, co spowodowało, że w przeciągu ok. 5 miesięcy, był w stanie, dla tego samego zakresu rzeczowego zamówienia, „zejść” z ceny 11.840.515,20 zł, do ceny 5.605.048,80 zł brutto.

Zdaniem Odwołującego złożone wyjaśnienia potwierdzają, że cena oferty jest rażąco niska. Jak wskazał Odwołujący: „Wykonawca wycenił pkt. 1.1 i pkt 2.1. formularza cenowego na minimalnym poziomie 23 zł, zastrzeżonym przez Zamawiającego w pkt 5.10 Opisu przedmiotu zamówienia. Skoro stawka 23 zł jest stawką pozwalającą na pokrycie minimum kosztów za gotowość sprzętu wraz z operatorem, to oczywistym pozostaje to, że z owego minimum nie pozostaje żadna rezerwa na finansowanie pozostałego zakresu wykonywania przedmiotu zamówienia. Wykonawca w ogóle nie wyjaśnił, w jaki sposób zaoferowanie stawki na poziomie minimalnym za gotowość sprzętu wraz z operatorem pozwala jednocześnie na zmniejszenie kosztów wykonania umowy przy pomocy pozostałego sprzętu wymienionego w pkt 4-11 formularza cenowego. Jest to stwierdzenie ogólnikowe, ale przede wszystkim nielogiczne. Nie da się bowiem zmniejszyć kosztów wykonania umowy w poz. 4-11 formularza cenowego stawką minimalną z poz. 1.1. i 2.1. Skoro jest to minimalny poziom to wystarczyć może jedynie na pokrycie kosztów tylko tych dwóch pozycji, a nie kolejnych siedmiu, gdzie w dodatku w pozycji 1.1. i 2.1. mieści się praca operatora. Przy uwzględnieniu minimalnej stawki godzinowej obowiązującej w 2020 r. czy obowiązującej od 1 stycznia 2021 r., w cenie 23 zł za 1 godzinę, nie ma żadnej rezerwy, która pozwalałaby na rzekome zmniejszenie kosztów wykonania przedmiotu zamówienia z pkt 4-11 formularza cenowego”.

Zdaniem Odwołującego, ta część wyjaśnień wykonawcy pozostaje w sprzeczności z dalszymi wyjaśnieniami, gdzie wskazano „cena została skalkulowana w oparciu o stawkę wynagrodzenia dla pracownika w wysokości 23 zł netto za roboczogodzinę, co jest dopuszczalną stawką minimalną”. STANPOL sam przyznał, że w stawce 23 zł netto mieszczą się tylko koszty pracownika. Wynagrodzenie pokrywające koszty pracownicze nie może więc jednocześnie zmniejszać kosztów wykonania umowy w pkt 4-11 formularza cenowego. Z wyjaśnień wykonawcy można ponadto wyprowadzić wniosek, że dokonał inżynierii cenowej, która winna skutkować odrzuceniem oferty, jako niezgodnej z SIWZ.

Skoro bowiem STANPOL wskazał, że ze stawki minimalnej 23 zł zaplanował finansowanie pozostałego zakresu przedmiotu zamówienia, to w istocie dla gotowości sprzętu wraz z operatorem zaoferował cenę niższą niż 23 zł. Pozostaje to w sprzeczności z pkt 5.10 opisu przedmiotu zamówienia”.

W ocenie Odwołującego zastosowana inżynieria cenowa narusza też pkt 15.3 SIWZ, gdzie Zamawiający wskazał, że koszty, których nie ujęto w odrębnych pozycjach w Formularzu cenowym, wykonawca powinien ująć w cenach jednostkowych pozycji opisanych w Formularzu cenowym. Koszty dla pkt 4-11 formularza cenowego powinny więc być uwzględniane w tych pozycjach, a nie w poz. 1.1. i 2.1.

Zdaniem Odwołującego Wykonawca Stanpol P.P. sp. k. powołał ogólnikową, argumentację o posiadaniu sprzętu, niższym zużyciu paliwa, zmniejszenie stałych kosztów rzeczowych oraz bliskiej odległości siedziby od miejsca świadczenia usług. Wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów, wyliczeń, które obrazowałyby, w jaki sposób te ogólnikowe wyjaśnienia przekładają się na koszty realizacji umowy. Gołosłowne pozostają argumenty o ponoszeniu niższych kosztów diety i delegacji.

Nadto Odwołujący wskazał, że nie jest wiadomo, co oznacza ogólnikowe stwierdzenie, iż wykonawca ten ma „stosunkowo niskie koszty związane z dojazdem do miejsca świadczenia usług”. Siedziba STANPOL oddalona jest od miejsca świadczenia usług o ok. 100 km.

Nie jest to „stosunkowo nieduża odległość”. Zgodnie z 1.5 opisu przedmiotu zamówienia, miejsce stacjonowania poszczególnych jednostek sprzętowych zawsze określa Kierownik Rejonu, zaś stosownie do pkt 4.1 opisu przedmiotu zamówienia, miejsce stacjonowania sprzętu i składowania piasku nie mogą być zlokalizowane w odległości większej niż 5 km od miejsca wykonania usługi.

Odwołujący zwrócił także uwagę, że Wykonawca Stanpol P.P. sp. k. powołał się na stabilną sytuację finansową oraz osiągnięcie zysków.

Zdaniem Odwołującego kwestia sytuacji finansowej wykonawcy mogłaby mieć znaczenie w odniesieniu do warunku zdolności finansowej i ekonomicznej. Nie jest argumentem na rzecz realności ceny. Tym bardziej, że z wyjaśnień wynika, że 90% działalności koncentruje się na innego rodzaju zadaniach. Osiągnięcie zysków z wydobycia i sprzedaży węgla, świadczenia usług budowlano - drogowych, czy świadczenia usług transportowych, nie oznacza automatycznie, że podmiot ten jest zdolny wykonać w zaoferowanej cenie usługi przedmiotowo diametralnie odmienne.

Odwołujący wskazał także na fakt, że podstawowe koszty osobowe będą wynosiły ponad 4 miliony złotych. Wykonawca Stanpol P.P. sp. k. posiada szereg innych kosztów - amortyzacja (ponad 800.000 zł rocznie), zużycie materiałów i energii (ok. 2 mln zł rocznie), podatki (ok. 50 tys. zł rocznie), pozostałe koszty rodzajowe (ponad 100 tys. zł rocznie). Wykonanie przedmiotu umowy nie ogranicza się do kosztów osobowych. Wykonawca odpowiada m.in. za: sprawność techniczną sprzętu, przeprowadzenie badań technicznych, ubezpieczenia OC, przystosowanie nośników do solarek i pługów, przygotowanie sprzętu do eksploatacji, przeprowadzania kontroli sprzętu, wyposażenie sprzętu w lampy sygnalizacyjne, oświetlenie, łączność komórkową, liny i łopaty, odbiorniki GPS, modem GPRS, czujniki, wyposażenie odkładnic pługów w elementy gumowe, zapewnienia stałej obsługi naprawczo-remontowej, zabezpieczenie sprzętu zastępczego przy naprawach powyżej 1 godziny, działania wspomagające sąsiednie Rejonu i Obwody Drogowe, materiał do utrzymania ciągów pieszo-rowerowych, chodników i dróg serwisowych, zakup paliwa do nośników, olei i innych płynów eksploatacyjnych, konserwacja sprzętu po każdym sezonie zimowym, przeszkolenie operatorów z obsługi sprzętu, zapewnienie zamienników w przypadku długotrwałej pracy operatorów, a w przypadku punktów poboru opału Viatoll na odcinkach dróg ponoszenie kosztów tej opłaty.

Odwołujący wskazywał także, że Zamawiający wymagał złożenia wyjaśnień szczegółowych i merytorycznych wraz z załączeniem wszystkich istotnych dowodów. Wyjaśnienia nie pozwalają na ocenę realności zaoferowanej ceny i nie obalają domniemania rażąco niskiej ceny. Zamawiający, który na etapie wezwania zastrzegł obowiązek złożenia wyjaśnień i dowodów konkretnych, przekonujących i pozwalających na ocenę realności zaoferowanej ceny, na etapie późniejszym zaspokoił się wyjaśnieniami ogólnikowymi, nic nie mówiącymi i nie popartymi żadnymi wyliczeniami czy dowodami. Wykonawca Stanpol P.P. sp. k. nie złożył żadnej kalkulacji.

Odwołujący uznał, że Zamawiający powinien odrzucić ofertę Wykonawcy Stanpol P.P. sp. k. Jedynie z ostrożności podniósł zarzut zaniechania ponownego wezwania do złożenia szczegółowych wyjaśnień i dowodów dotyczących zaoferowanej ceny.

Wskazał także, że Zamawiający obok wyjaśnień rażąco niskiej ceny żądał złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Zamawiający powziął więc wątpliwości, co do tego czy oferta STANPOL odpowiada treści SIWZ, tj. czy uwzględni wszystkie wymagania zawarte w SIWZ. Skoro Zamawiający powziął te wątpliwości to procedurę wyjaśniającą powinien przeprowadzić w sposób należyty, tj. wskazać, których elementów dotyczą te wątpliwości i zażądać szczegółowych

wyjaśnień potwierdzających, że złożona oferta uwzględni te wymagania.

Sygn. akt KIO 315/21

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługi likwidacji śliskości zimowej i odśnieżania nawierzchni dróg, parkingów, zatok autobusowych oraz ciągów pieszo - rowerowych administrowanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku Rejon w Augustowie, Białymstoku, Suwałkach i Zambrowie, w sezonie zimowym 2020-2024 w zakresie części V: usługi likwidacji śliskości zimowej i odśnieżania nawierzchni dróg, parkingów, zatok autobusowych oraz ciągów pieszo - rowerowych w miejscowościach administrowanych przez rejon Zambrow.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 227-558226 Publicznych.

Odwołujący STANPOL P.P. Sp.k. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 90 ust 2 i ust 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz. U, z 2019 poz. 1843), dalej także PZP, poprzez błędną, dowolną ocenę wyjaśnień Wykonawcy ZABERD dotyczących zaofertowanej ceny (ewentualnie także złożonych dowodów), skutkującą uznaniem ich za wystarczające do wykazania przez ZABERD, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu,
2. art. 87 ust 1 ustawy PZP, art. 90 ust 1 i ust 1a ustawy PZP poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w sposób należyty, w sytuacji gdy Zamawiający powziął wątpliwości co do zgodności oferty ZABERD z treścią SIWZ oraz realności ceny Wykonawcy ZABERD,
3. ewentualnie art. 90 ust 1 i ust 1a ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy ZABERD do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, także ewentualnie w sytuacji, gdy złożone wyjaśnienia w tym zakresie budzą wątpliwości,
4. art. 89 ust 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust 3 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy ZABERD, pomimo że złożona przez niego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
5. art. 7 ust 1 i 3 ustawy PZP poprzez wybór oferty ZABERD w sytuacji, gdy oferta tego wykonawcy została wybrana z naruszeniem przepisów ustawy PZP.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części V Postępowania, odrzucenia oferty Wykonawcy ZABERD, ewentualnie nakazanie wezwania Wykonawcy ZABERD do złożenia wyjaśnień potwierdzających zgodność oferty z treścią SIWZ lub wykazania, że zaofertowana przez ZABERD cena nie jest rażąco niska, dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w części V Postępowania, obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Na podstawie art. 538 i art. 539 nowej ustawy PZP Odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego specjalisty z zakresu rynku usług zwalczania śliskości i odśnieżania, na okoliczności ustalenia: aktualnych cen rynkowych, w tym cen minimalnych, zakupu soli i piasku, należytej proporcji piasku do soli w mieszance piaskowo - solnej służącej do zwalczania śliskości dróg, średniego oraz minimalnego, zużycia mieszanki piaskowo - solnej podczas pracy nośnikiem o DMC 18-26 ton z piaskarką i pługiem oraz mieszanką piaskowo - solną, średniego oraz minimalnego zużycia paliwa podczas pracy ww. nośnika, oraz analizy przez biegłego zaofertowanej przez Wykonawcę ZABERD ceny i jej składników pod kątem oceny, czy cena zaofertowana przez ZABERD, jest ceną rażąco niską, w tym z uwzględnieniem analizy poszczególnych jej składników wskazanych w formularzu cenowym.

Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie Części V, tj. oferty złożonej przez Wykonawcę ZABERD z zaofertowaną ceną brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia: 9.741.193,92 zł (100 pkt), co stanowi kwotę o ok. 37% niższą od kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację tej części zamówienia (wynoszącej 15.387.520,32 zł), oraz kwotę o ok. 28% niższą od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w zakresie części V (wynoszącej 13.520.372,30 zł).

W ocenie Odwołującego pozycja 4 formularza cenowego złożonego przez Wykonawcę ZABERD dotycząca pracy nośnikiem o DMC 18-26 ton z piaskarką i pługiem oraz mieszanką piaskowo - solną za cenę jednostkową 110 zł za 1 godz. za 1 szt. sprzętu, jest ceną rażąco niską, znacznie poniżej realnych minimalnych kosztów wykonania.

Odwołujący wskazał, że przy założeniu minimalnego zużycia 1 tony mieszanki przez 1 godzinę (h) pracy sprzętu, na bezpośredni koszt usługi z pkt 4 formularza cenowego, tj. pracy nośnikiem o DMC 18-26 ton z piaskarką i pługiem oraz mieszanką piaskowo - solną (za 1 godz. za 1 szt. sprzętu) składa się: 1. zakup soli w cenie około 200 zł netto/t, która stanowi 30% mieszanki piaskowo - solnej - ok. 66 zł, 2. zakup piasku - 15 zł/t, który stanowi 70% mieszanki piaskowo - solnej - 10,5 zł, 3. koszt przemieszania piasku i soli oraz załadunku - 10 zł/t, 4. koszt paliwa zużywanego podczas pracy solarki średnio 20 l/h x 3,693 zł/netto (po cenie hurtowej oleju napędowego od Lotosu z 28.01.2021) - 73,86 zł, 5. koszt pracownika - płaca minimalna - 23 zł, co daje sumę - łączny koszt bezpośredni: 183,36 zł/h.

Jak dalej argumentował Odwołujący, nawet przy przyjęciu niespotykanej niskiej stawki 150 zł netto/t soli i spalania na poziomie 15l/h, otrzymamy kwotę 149,89 zł/1 h pracy jednostki sprzętowej. Przedstawiona kalkulacja nie obejmuje kosztów pośrednich: amortyzacji sprzętu, kosztów ubezpieczenia kontraktu, obsługi logistycznej taboru sprzętowego, obsługi księgowej kontraktu, gdzie te koszty z reguły faktycznie występują i muszą zostać poniesione przez Wykonawcę. Powyższe w opinii Odwołującego dowodzi, że nie jest możliwe wykonanie usługi z poz. 4 formularza cenowego za kwotę 110 zł/h. Odwołujący powołał się na znajomość rynku tego rodzaju usług, wiedzę i doświadczenie, które Odwołującego każą mu uznać, że nie ma takiej możliwości, aby było możliwe wykonanie usługi z poz. 4 formularza cenowego Wykonawcy ZABERD za podaną przez niego stawkę 110 zł/h. Tym samym Odwołujący uznał, że nie istnieje możliwość racjonalnego uzasadnienia takiej stawki. Odwołujący zwrócił uwagę, że w poz. 4 formularza cenowego Wykonawcy ZABERD cena pracy nośnika wraz z piaskarką i pługiem solarką opiewa na tę samą kwotę (110 zł/1 godz. 1 szt.), co praca samego nośnika z pługiem (poz. 5 formularza cenowego Wykonawcy ZABERD). Jest to w opinii Odwołującego dodatkowa okoliczność świadcząca o błędnie skalkulowanej, rażąco niskiej cenie w poz. 4 formularza cenowego.

Odwołujący wskazał także, że w odniesieniu do Wykonawcy ZaberD należy zakładać niesprzyjające warunki wykonywania zamówienia. Wykonawca ten ma siedzibę we Wrocławiu, co spowoduje konieczność posługiwania się podwykonawcami i obcym sprzętem. Okoliczności te zaś nie sprzyjają możliwościom czynieniu oszczędności, jakie dają własne zasoby i mocne osadzenie Wykonawcy w warunkach lokalnych. Jako dowód powołał opinię biegłego sądowego specjalisty z zakresu rynku usług zwalczania śliskości zimowej i odśnieżania oraz sprzętu i materiałów do tego służących, na okoliczności ustalenia: aktualnych cen rynkowych zakupu soli i piasku, należytej proporcji piasku do soli w mieszance piaskowo - solnej służącej do zwalczania śliskości dróg, średniego oraz minimalnego zużycia mieszanki piaskowo - solnej podczas pracy nośnikiem o DMC 18-26 ton z piaskarką i pługiem oraz mieszanką piaskowo - solną, średniego oraz minimalnego zużycia paliwa podczas pracy ww. nośnika, oraz analizy przez biegłego zaofertowanej przez Wykonawcę ZABERD ceny pod kątem oceny, czy cena zaofertowana przez ZABERD, jest ceną rażąco niską, w tym z

uwzględnieniem poszczególnych jej składników (pozycji) wskazanych w formularzu cenowym ZABERD.

Odwołujący wskazał także, że przy założeniu, że Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny, Wykonawca ZABERD nie wykazał, że zaoficerowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Na poparcie tej tezy Odwołujący wniósł o przeprowadzenie w niniejszym postępowaniu odwoławczym dowodu z opinii biegłego.

W ocenie Odwołującego Zamawiający naruszył powyższe przepisy, w szczególności - art. 90 ust 2 i ust 3 ustawy PZP poprzez błędną, dowolną ocenę wyjaśnień Wykonawcy ZABERD dotyczących zaoficerowanej ceny, skutkującą uznaniem ich za wystarczające do wykazania przez, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, podczas, gdy powołana wyżej kalkulacja wykazuje, że nie jest realne wykonanie usługi z poz. 4 formularza ofertowego po wskazanej tam cenie 110 zł/1 godz.

Z ostrożności Odwołujący zarzucił również naruszenie art. 90 ust 1 i ust 1a ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania ZABERD do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, także w sytuacji, gdy ewentualnie złożenie wyjaśnienia w tym zakresie musiały budzić wątpliwości, a to z uwagi na wnioski płynące z przedstawionej w odwołaniu ww. kalkulacji minimalnej ceny, po jakiej można wykonać usługę z poz. 4 formularza ofertowego. W konsekwencji Zamawiający powinien był odrzucić ofertę ZABERD, ponieważ złożona przez niego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a zaniechanie tego uzasadnia zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust 3 ustawy PZP.

Sygn. akt KIO 322/21

Odwołujący Wykonawca Abramss Sp. z o.o. **wniósł odwołanie** w postępowaniu na „Usługi likwidacji śliskości zimowej i odsnieżania nawierzchni dróg, parkingów, zatok autobusowych oraz ciągów pieszo-rowerowych administrowanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku Rejon w Augustowie, Białymstoku, Suwałkach i Zambrowie, w sezonach zimowych 2020 – 2024.”

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 227-558226.

Odwołujący przedstawił zarzuty w części II postępowania w zakresie wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum: MPO Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe Maksbud Sp. z o.o. (dalej: również Konsorcjum MPO lub Wykonawca konsorcjum MPO).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1)art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum MPO, w sytuacji, gdy konsorcjum MPO nie wniosło wadium lub wniesione wadium należy uznać za wniesione w sposób nieprawidłowy,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 15 września 2020 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 r., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum MPO, której cena jest niezgodna z ustawą, gdyż zawiera stawkę pracy niższą niż wynikająca z minimalnego wynagrodzenia za pracę,
- 3) art. 90 ust. 2 i 3 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, w sytuacji gdy konsorcjum MPO nie wykazało, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a ponadto złożone wyjaśnienia potwierdzają, że cena jest rażąco niska oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w sytuacji, gdy konsorcjum MPO nie udzieliło wyjaśnień potwierdzających zgodność oferty z treścią SIWZ,
- 4)art. 87 ust. 1 Pzp, art. 90 ust. 1 i 1a Pzp, poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w sposób należyty, w sytuacji gdy Zamawiający powziął wątpliwości, co do zgodności oferty z treścią SIWZ oraz realności ceny zaoficerowanej przez konsorcjum MPO.
- 5) w konsekwencji, naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez wybór oferty konsorcjum MPO, w sytuacji, gdy oferta tego wykonawcy nie została wybrana zgodnie z przepisami Pzp.

Odwołujący wniósł o

- 1.uwzględnienie odwołania
- 2.nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 3.nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty konsorcjum MPO, ewentualnie nakazanie wezwania konsorcjum MPO do złożenia wyjaśnień potwierdzających zgodność oferty z treścią SIWZ lub w zakresie realności zaoficerowanej ceny,
- 4.obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

W pkt 16.3. SIWZ Zamawiający wskazał, że jako beneficjenta wadium wnoszonego w formie poręczeń lub gwarancji należy wskazać - „Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w zakresie działalności Oddziału Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Białymstoku, ul. Zwycięstwa 2,15-703 Białystok”.

Konsorcjum MPO złożyło gwarancję bankową z dnia 16 grudnia 2020 r., w której jako beneficjenta wskazano - „Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku ul. Zwycięstwa 2,15-703 Białystok”.

Zdaniem Odwołującego złożona gwarancja bankowa określa beneficjenta gwarancji w sposób błędny i niezgodny z wymaganiami określonymi w treści SIWZ, co samoczynnie uzasadnia twierdzenie, iż wadium o tej treści nie zostało wniesione w sposób prawidłowy.

Odwołujący wskazał także, że zgodnie ze statutem Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, GDDKiA jest urzędem, obsługującym Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad. Oddział w Białymstoku jest formą organizacyjną obsługującą pracę Dyrektora tego Oddziału, wchodzącego w skład struktury organizacyjnej GDDKiA. Konsorcjum MPO, jako beneficjenta gwarancji wskazało więc urząd [jako formę organizacyjną], który nie może realizować praw wynikających z gwarancji, gdyż jest tylko strukturą organizacyjną, a nie podmiotem uprawnionym do składania oświadczeń woli.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający jednoznacznie wskazał w SIWZ sposób określenia beneficjenta - a więc Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w zakresie działalności Oddziału Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, a więc osobę będącą centralnym organem administracji rządowej [art. 18 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych, Dz. U. z 2020 r. poz. 470], a nie urząd, tym bardziej na szczeblu oddziału, który Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad służy do realizacji ustawowych zadań. W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że złożone w ten sposób wadium nie zabezpiecza Zamawiającego. Wskazał także, że w pkt 16.3 SIWZ, Zamawiający wskazał, że wadium wniesione w formie gwarancji musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu - dochodzenie roszczeń nie może być utrudnione.

W niniejszej sprawie warunek ten nie został zachowany, a gwarant mógłby uchylać się od obowiązku zapłaty powołując okoliczność wystawienia gwarancji w sposób inny niż wymagany w SIWZ, oraz to, że gwarancja nie może być realizowana przez Oddział, jako formę struktury organizacyjnej, która to struktura nie może przykładowo złożyć oświadczenia o żądaniu zapłaty.

Odwołujący wskazał również na okoliczność, że wadium zostało wystawione na zlecenie MPO Spółka z o.o. z siedzibą

w Białymstoku. Podmiot ten określany jest w treści gwarancji, jako „Wykonawca”. W przesłankach uprawniających do zatrzymania wadium, mowa jest więc o działaniach lub zaniechaniach tylko tego podmiotu, jako „Wykonawcy”. Odwołujący podkreślił, że oferta została złożona przez konsorcjum i gwarancja o takiej treści nie zabezpieczenia Zamawiającego przed działaniami lub zaniechaniami Przedsiębiorstwa Drogowo-Mostowego Maksbud Sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku Podlaskim. Wyłącznie od dobrej woli gwaranta bądź ewentualnie wykładni treści tej gwarancji, poczynionej wbrew jej treści, uzależnione jest przyjęcie jej do realizacji. W kontekście zakresu odpowiedzialności gwaranta mowa jest o przypadkach zatrzymania wadium jedynie w odniesieniu do zaniechań i działań „Wykonawcy” - czyli jedynie MPO Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku. Także w tym przypadku, nie zostało zachowane zastrzeżenie z pkt 16.3 SIWZ o płynności wadium, doprecyzowane zastrzeżeniem Zamawiającego, że „dochodzenie roszczeń nie może być utrudnione”.

W pkt 3 Opisu przedmiotu zamówienia (str. 9) Zamawiający wskazał, że okres realizacji robót zimowych ustala się w sezonach 2021-2024 dla Rejonu Białystok i Rejon Suwałki - Obwód Drogowy Sejny od dnia 01.02.2021 r. do dnia 30.04.2021 r.

Jak wskazał Odwołujący, mając na uwadze, że okres realizacji zadania rozpoczyna się w roku 2021, kalkulując ofertę wykonawcy winni byli uwzględnić minimalny poziom wynagrodzenia określony rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 15 września 2020 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 r., którego treść znana na była już na etapie przygotowania oferty. Dalej Odwołujący wskazał, że zgodnie z § 1 i 2 ww. rozporządzenia minimalne wynagrodzenie za pracę wynosi 2800 zł, zaś minimalna stawka godzinowa wynosi 18,30 zł.

Zgodnie z argumentacją Odwołującego: „Mając na uwadze, że zgodnie z art. 129 § 1 Kodeksu pracy, czas pracy nie może przekraczać przeciętnie 40 godzin w przeciętnie pięciodobowym tygodniu pracy, miesięczny czas pracy wynosi przeciętnie 160 godzin, co przy minimalnym wynagrodzeniu w wysokości 2800 zł, daje stawkę godzinową dla pracownika na poziomie 17,5 zł. Stawka w wysokości 17,00 zł, zaferowana w pkt 1.2., 2.2., 4.1. oraz 5.1. formularza cenowego pozostaje więc niezgodna z przepisami ustawy, gdyż zawiera koszt pracy niższy niż wynikający z minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Niezgodność tą można też przedstawić w ujęciu liczby godzin pracujących w danym miesiącu. Przykładowo, w styczniu 2021 r., liczba godzin pracujących wynosi 152 godziny, co przy minimalnym wynagrodzeniu za pracę w wysokości 2800 zł daje stawkę na poziomie 18,42 zł.”

Wykonawca Konsorcjum MPO złożył wyjaśnienia, w których wskazał, że: „wynagrodzenie, które będą otrzymywały osoby pełniące dyżury będzie odpowiadało - jeśli chodzi o wysokość - wymogom, które stawiają w tym zakresie przepisy prawa. Stawka 17 zł wskazana w poszczególnych pozycjach formularza ofertowego, których między innymi dotyczy pismo GDDKiA w żadnym razie nie odpowiada stawce godzinowej wynagrodzenia, które otrzymywać ma osoba pełniąca dyżur z tytułu wszelkich czynności wykonywanych na rzecz MPO lub Maksbud. Osoba ta będzie otrzymywała wynagrodzenie odpowiadające stawkom (wielkościom) wskazanym w przepisach prawa (nie będzie nigdy mniejsze niż minimalne wynagrodzenie przewidziane przez przepisy prawa). Kwota 17 zł wskazana w poszczególnych pozycjach formularza ofertowego jest to stawka, na jaką wycenił wykonawca pracę tych osób w związku z wykonywaniem wyłącznie czynności z zakresu dyżuru, jednak poza dyżurem, na postawie łączącej ją z Maksbud lub MPO umowy, osoba taka będzie wykonywała również na rzecz MPO lub Maksbud inne czynności. Będą to czynności nie kolidujące z dyżurem, takie jak prace dyspozytorskie, utrzymanie sprzętu w gotowości, monitorowania realizacji zamówienia i zakupów surowców do jego realizacji, jak też raportowania zużycia surowców inne zlec one przez przełożonych czynności, które nie kolidują z dyżurem i możliwością podjęcia akcji. Łącznie, w związku z wykonywaniem na rzecz Maksbud lub MPO wszelkich czynności, w tym czynności z zakresu dyżuru, osoba taka otrzyma wynagrodzenie nie mniejsze w żadnym razie od minimalnego wynagrodzenia przewidzianego stosownymi przepisami prawa”.

Odwołujący wskazał, że Wykonawca Konsorcjum MPO nie przedstawił czytelnych wyjaśnień w zakresie stawki 17 zł. Nie wyjaśnił, w którym miejscu formularza cenowego i w jakiej wysokości ujęte miały zostać rzekomo, wymienione w wyjaśnieniach, koszty pracy nie kolidujące z dyżurem, w tym w którym miejscu i w jakiej wysokości zostały ujęte koszty zatrudnienia pracownika, inne niż samo wynagrodzenie zasadnicze (składki zus, premie, FSS, podatki). Odwołujący stoi jednocześnie na stanowisku, że nawet miesięczne rozliczenie nie uprawnia do przyjmowania kosztu wynagrodzenia za godzinę pracy niższego od kosztu wynikającego z minimalnego wynagrodzenia za pracę. Jest to manipulowanie sposobem wyceny.

Odwołujący wskazał także, że Zamawiający w pkt 15.3. SIWZ wymagał, aby że koszty których nie ujęto w odrębnych pozycjach w formularzu cenowym, Wykonawca ujął w cenach jednostkowych pozycji opisanych w formularzu cenowym. W pozycjach dotyczących dyżuru, jako wyszczególnionych w formularzu cenowym należało więc ująć wszystkie koszty składające się na koszty pracy. Konsorcjum MPO w kwocie 17,00 zł nie uwzględniło wszystkich kosztów, skoro stawka 17,00 zł to samo wynagrodzenie pracownika, bez pozostałych kosztów zatrudnienia pracownika ponoszonych przez pracodawcę. Wyjaśnienia konsorcjum MPO wskazują więc dodatkowo, że oferta tego wykonawcy zawiera błąd w obliczeniu kosztu i powinna zostać dodatkowo odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 lub art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zamawiający kierując wezwaniem do konsorcjum MPO wskazał, że wymaga wyczerpującej i szczegółowej informacji, czy Część II uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w opisie przedmiotu zamówienia, przedstawione przez wykonawcę wyjaśnienia muszą być merytoryczne, a Wykonawca musi dostarczyć wystarczający materiał do sformułowania przez Zamawiającego oceny zaferowanej ceny.

Zdaniem Odwołującego, wyjaśnienia Wykonawcy Konsorcjum MPO są oparte na ogólnikowej argumentacji, bez przedstawienia szczegółowych wyliczeń, ani wystarczającego materiału dowodowego.

Odwołujący wskazał, że powołując argument o posiadaniu własnego sprzętu, warsztatu, czy stacji paliw, Wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów, wyliczeń, które obrazowałyby, w jaki sposób te ogólnikowe wyjaśnienia przekładają się na koszty realizacji umowy. Złożone wyjaśnienia pokazują przy tym, że konsorcjum MPO nie uwzględniło wszystkich wymagań Zamawiającego, przyjmując arbitralnie, że zakres przedmiotu świadczenia będzie mniejszy.

Wykonawca Konsorcjum MPO zaniżył w sposób sztuczny cenę za pracę sprzętu przyjmując, nie wynikające z SIWZ, dowolne założenie, że w kolejnych sezonach będzie „lekka” zima. Ponadto w opinii Odwołującego, składając wyjaśnienia, w tym w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, Wykonawca konsorcjum MPO nie potwierdził zgodności treści oferty z treścią SIWZ - przeciwnie złożone wyjaśnienia wskazują, że konsorcjum MPO nie uwzględniło wszystkich wymagań SIWZ, lecz stworzyło swoje własne założenia, co do przebiegu realizacji zadania. W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że oferta Wykonawcy Konsorcjum MPO powinna zostać odrzucona także na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Dalej Odwołujący wskazał, że w ramach dowodów Wykonawca Konsorcjum MPO przedstawił tabele dotyczące jedynie 7 szt. sprzętu, podczas, gdy ilość sprzętu potrzebna do realizacji zadania wynosi minimum 43 szt., oraz karty

wynagrodzeń dla 8 pracowników, gdzie realizacja przedmiotu zamówienia, mając na uwadze chociażby liczbę sprzętu do obsługi, naprawy, serwisowania, zapewnienia zmienników dla wszystkich operatorów, obsługę administracyjną zdecydowanie przewyższą tą ilość i według doświadczenia Odwołującego wynosi ponad 80 osób, w tym nie podano, czy zamówienie będzie realizowane osobami zatrudnionymi na umowę o pracę, czy również w oparciu o umowy cywilno-prawne (np. zlecenie).

Całkowicie niezrozumiałe dla Odwołującego pozostaje działanie Zamawiającego, który ponownie przyjmuje za wystarczające wyjaśnienia ogólnikowe i nie poparte wystarczającym materiałem dowodowym i wyliczeniami.

Odwołujący stoi na stanowisku, że w okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający powinien odrzucić ofertę konsorcjum MPO. Jedynie z ostrożności podniósł zarzut zaniechania ponownego wezwania do złożenia szczegółowych wyjaśnień i dowodów dotyczących zaoferowanej ceny. Wskazał, że Zamawiający obok wyjaśnień rażąco niskiej ceny żądał złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Zamawiający powziął więc wątpliwości, co do tego czy oferta konsorcjum MPO odpowiada treści SIWZ, tj. czy uwzględniła wszystkie wymagania zawarte w SIWZ. Skoro Zamawiający powziął te wątpliwości to procedurę wyjaśniającą powinien przeprowadzić w sposób należyty, tj. wskazać, których elementów dotyczą te wątpliwości i zażądać szczegółowych wyjaśnień potwierdzających, że złożona oferta uwzględniła te wymagania.

Sygn. akt KIO 340/21

Zamawiający Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są Usługi likwidacji śliskości zimowej i odśnieżania nawierzchni dróg, parkingów, zatok autobusowych oraz ciągów pieszo - rowerowych administrowanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku Rejon w Augustowie, Białymstoku, Suwałkach i Zambrowie, w sezonie zimowym 2020-2024, część II: usługi likwidacji śliskości zimowej i odśnieżania nawierzchni dróg, parkingów, zatok autobusowych oraz ciągów pieszo - rowerowych w miejscowościach administrowanych przez Region Białystok.

Odwołujący Garden - Com Sp. z o.o. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2004 r., nr 19, poz. 177 wraz z późn. zmianami - dalej także jako: „PZP”) w zw. z punktem 15.2. SIWZ poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Konsorcjum MPO sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Drogowo - Mostowe MAKSBUD sp. z o.o., w zakresie części II - usług likwidacji śliskości zimowej i odśnieżania nawierzchni dróg, parkingów, zatok autobusowych oraz ciągów pieszo - rowerowych w miejscowościach administrowanych przez Region Białystok w sytuacji w której nieuzasadnione pozostaje niezastosowanie i nieodrzuconie oferty Wykonawcy w Konsorcjum, w sytuacji w której ma miejsce niezgodność oferty ww. Wykonawcy z SIWZ w aspekcie ukształtowania ceny, poprzez przekroczenie limitów ustanowionych w Formularzu cenowym, skutkującym niezgodnym z zasadami rozliczeń i niedopuszczalnym na gruncie SIWZ określeniem ceny.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert, odrzucenia oferty Wykonawcy Konsorcjum w zakresie Części II, dokonania wyboru oferty Odwołującego w zakresie Części II jako najkorzystniejszej, zasądzenia od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Zamawiający przewidział w ramach kryterium wyboru i sposobu oceny ofert przyznanie punktów w kryterium ceny poprzez ustalenie wagi kryterium w wysokości 60%, a także czasu reakcji poprzez ustalenie wagi kryterium w wysokości 40%.

Jednym z załączników do SIWZ jest formularz cenowy na usługi zwalczania śliskości i odśnieżania dróg, parkingów oraz chodników na terenie Regionu Białystok w sezonach zimowych 2021 - 2024 Część II. W pkt. 1.1. - do załadunku soli - ładowarka o poj. łyżki 1,25 - 2,00 m³ - Zamawiający wskazał stosunek gotowości do ceny pracy określonej w pkt. 1 - w wysokości 1/16.

Punkt 15.2. SIWZ przewidywał: „Formularz cenowy, o którym mowa w pkt. 15.1., należy wypełnić ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w tym formularzu. Wykonawca powinien określić ceny jednostkowe netto, wyliczyć wartości netto, razem (Ogółem) i wartość podatku VAT oraz następnie wyliczyć razem brutto (Łączna kwota z podatkiem VAT). Tak obliczoną cenę brutto oferty należy przenieść do Formularza Oferty zamieszczonego w Rozdziale 2 Tomu I SIWZ.

Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić wszystkie pozycje opisane w Formularzu cenowym. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić żadnych zmian do Formularza cenowego.

Przekroczenie któregokolwiek z ustanowionych w Formularzu cenowym i OPZ limitów spowoduje odrzucenie oferty”.

Wykonawca - Konsorcjum MPO w formularzu cenowym w pkt. 1 w kolumnie nr 6 określił cenę jednostkową za 1 godzinę pracy w wysokości 120,00 zł, natomiast w pkt. 1.1. w kolumnie nr 6 wskazał kwotę w wysokości 23,00 zł.

Jak wskazał Odwołujący, kwota 23,00 zł wskazana w pkt. 1.1. w kolumnie nr 6 nie stanowi 1/16 ceny pracy wskazanej w pkt. 1 w kolumnie nr 6, ponieważ 1/16 ceny pracy w wysokości 120,00 zł to jest kwota 7,50 zł. Tym samym w ocenie Odwołującego oferta powinna podlegać odrzuceniu ze względu na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ oraz pkt 15.2 SIWZ.

Zamawiający w dniu 22 stycznia 2021 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty Wykonawcy - Konsorcjum MPO. Zdaniem Odwołującego wybór ten jest nieprawidłowy, z uwagi na niezgodność oferty z treścią SIWZ. Niezgodność przejawia się w tym, że w formularzu cenowym na usługi zwalczania śliskości i odśnieżania dróg, parkingów oraz chodników na terenie Rejonu Białystok, w sezonach zimowych 2021 - 2024 nieprawidłowo wskazano 1/16 ceny pracy, co zdaniem Odwołującego stanowi podstawę do odrzucenia oferty.

Zgodnie z pkt. 15.2. SIWZ, w przypadku przekroczenia któregokolwiek z ustanowionych w formularzu cenowym limitów, należy mówić o obowiązku Zamawiającego do odrzucenia oferty.

Niezgodność stanowi podstawę odrzucenia oferty - oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 PZP.

Jak wskazał Odwołujący, powyższa niezgodność ma istotny wpływ na całkowitą cenę za usługi zwalczania śliskości i odśnieżania dróg, parkingów oraz chodników, na terenie Rejonu Białystok, w sezonach zimowych 2021 - 2024. Gdyby Wykonawca wskazał w punkcie 1.1., w kolumnie 6 Formularza cenowego kwotę zgodnie z SIWZ, tj. 7,50 zł, to łączna suma na udzielone zamówienie powinna wynieść 140.040,00 zł w zakresie pkt. 1.1., a nie jak to wskazał Wykonawca 429.456,00 zł.

Wpisanie zbyt wysokiej kwoty za gotowość sprzętu - wyższej niż dopuszczalna - prowadzi do większych wydatków Zamawiającego ponoszonych za stałą gotowość, w szczególności bez względu na faktyczny nakład pracy Wykonawcy.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że nie zachodzi możliwość poprawy oferty w oparciu o art. 87 ust. 2 PZP. Punktem odniesienia dla interpretacji omyłek rachunkowych jest wynik działań matematycznych. W niniejszym postępowaniu Wykonawca Konsorcjum MPO w sposób niezgodny wskazał cenę jednostkową danej pozycji ofertowej, a prawidłowo wykonał działania matematyczne.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Sygn. akt KIO 308/21

Odwolanie podlegało oddaleniu.

Odwolujący posiada interes we wniesieniu odwołania.

Zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Odwolujący złożył ofertę w postępowaniu, a zatem ma interes w uzyskaniu zamówienia. Oferta została sklasyfikowana na trzecim miejscu. Zamawiający prowadzi postępowanie z zastosowaniem art. 24aa ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie zweryfikował pod względem podmiotowym oferty drugiego wykonawcy (Garden-Com). Potwierdzenie stawianych w niniejszym postępowaniu zarzutów względem oferty Wykonawcy Stanpol P.P. sp. k. zwiększyłoby potencjalną możliwość Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Postępowanie nie zostało zakończone, zatem Odwołujący ma możliwość uzyskania zamówienia. Oznacza to, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania.

Zgodnie z artykułem 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień.

Cena oferty Wykonawcy Stanpol P.P. sp. k. wynosiła 5 605 048,80 zł i była niższa o 33,36 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług (8 410 292,64 zł), ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z powyżej zacytowanym artykułem, Zamawiający wystąpił do Wykonawcy o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów złożonej oferty, mających wpływ na wysokość ceny.

W treści wyjaśnień Wykonawca Stanpol P.P. sp. k. wskazał, że aktualnie zaoferowana cena opiewa na kwotę 5 605 048,80 zł i jest o 32% wyższa od ceny zaoferowanej w postępowaniu zakończonym zawarciem umowy nr 2413.10/1.2016 z dnia 03.08.2016 r. na usługi likwidacji śliskości i odśnieżania dotyczącej Oddziału w Augustowie w sezonach 2016 - 2020 (cena oferty 3 849 984,00 zł), która została wykonana z należytą starannością, bez straty po stronie Wykonawcy.

Dla porównania w latach 2017 - 2020 wskaźnik wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych wzrósł o 10,9%. Wykonawca za samą gotowość jednostek sprzętowych w poz. 1.1 i 2.1 otrzyma stałe wynagrodzenie w wysokości 1 244 760,00 zł.

Wykonawca Stanpol P.P. sp. k. przedstawił okoliczności, które w jego ocenie pozwalają na obniżenie ceny. Wskazał, że na obniżenie kosztów jednostkowych wpływa posiadanie własnych pługów, solarek, ładowarek oraz nośników pod solarki i pługi, własnego zaplecza technicznego oraz doświadczonej kadry pracowników zatrudnionych na podstawie umów o pracę.

W celu zapewnienia ciągłości pracy zatrudnionej 20 osobowej załodze, założył na wykonaniu zadania minimalny zysk, co przełożyło się na wysokość zaproponowanej konkurencyjnej ceny. Wskazał także, że uwzględnił w cenie złożonej oferty wszystkie koszty towarzyszące wykonaniu zamówienia.

Zamawiający uznał, że złożone wyjaśnienia są wystarczająco precyzyjne, spójne i wyczerpujące dla uznania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Odwolujący zarzucił, że cena zaoferowana w niniejszym postępowaniu przez Wykonawcę Stanpol P.P. sp. k. jest niższa od ceny zaoferowanej w postępowaniu w 2016 r., a określone ceny jednostkowe w pozycjach 4 - 11 formularza cenowego - rażąco niskie.

Zarzut Odwołującego jest nieuzasadniony. Cena zaoferowana w obecnym przez Wykonawcę Stanpol P.P. sp. k. jest o ponad 30% wyższa od tej, która została zaoferowana w postępowaniu w 2016 roku.

Podstawą zarzutu Odwołującego jest okoliczność, że Wykonawca Stanpol P.P. sp. k. w treści wyjaśnień ceny zaoferowanej w niniejszym postępowaniu, porównywał cenę z tą, jaka została zaoferowana w postępowaniu w 2016 roku. Tymczasem Odwołujący nie tylko nie wykazał, że zaoferowana przez Wykonawcę Stanpol P.P. sp. k. cena nie jest nierealna, ale sam dokonał porównania ceny zaoferowanej przez tego Wykonawcę w niniejszym postępowaniu do ceny w postępowaniu prowadzonym przez tego samego Zamawiającego w maju 2020 roku.

Odnosząc się do argumentacji w tym zakresie należy wskazać, że okoliczność, że w postępowaniu przetargowym prowadzonym w maju 2020 roku Wykonawca Stanpol P.P. sp. k. zaoferował cenę ponad dwukrotnie wyższą niż obecnie pozostaje bez znaczenia, bowiem nie oznacza automatycznie, że Wykonawca nie zrealizuje zamówienia za cenę wskazaną w niniejszym postępowaniu.

Natomiast w ocenie Izby okolicznością mającą znaczenie, jest porównanie ceny zaoferowanej w 2016 roku oraz w obecnym postępowaniu. Skoro cena zaoferowana w niniejszym postępowaniu jest o 32% wyższa niż cena z 2016r. (a zamówienie dotychczas było realizowane w sposób prawidłowy) i wzrost cen towarów i usług konsumpcyjnych wyniósł 10,9%, to oznacza, że Zamawiający nie miał podstawy do uznania, że Wykonawca nie zrealizuje zamówienia za zaoferowaną cenę. Także znaczenie ma okoliczność, że w niniejszym postępowaniu Wykonawcy otrzymują korzystniejsze warunki finansowe - Zamawiający przewidział wynagrodzenie za gotowość na poziomie 23 zł (stawka minimalna), która w powiązaniu z ilością godzin przewidzianych dla utrzymania pracowników w gotowości, pozwala uzyskać znaczącą kwotę. Okoliczność ta ma istotne znaczenie, gdyż stwarza stabilizację finansową i jak - wskazywali wykonawcy - pozwala na zaoferowanie korzystnych stawek w innych pozycjach. Powyższe okoliczności potwierdzają realność zaoferowanej ceny.

Należy również zauważyć, że treść odwołania zawiera ogólne zarzuty - w treści odwołania Odwołujący stwierdził m.in., że Wykonawca Stanpol P.P. sp. k. powołał ogólnikową argumentację o posiadaniu sprzętu, niższym zużyciu paliwa, zmniejszeniu stałych kosztów rzeczowych, bliskiej odległości siedziby od miejsca świadczenia usług. Dodatkowo Odwołujący wskazał, że Wykonawca Stanpol P.P. sp. k. zastosował „inżynierię cenową”. Odwołujący wskazał w tym zakresie na poszczególne pozycje jednostkowe.

Odwolujący nie uprawdopodobnił jednak, ani nie wykazał powoływanych w odwołaniu okoliczności. Zgodnie z zasadą rozkładu ciężaru dowodu, na Odwołującym spoczywał obowiązek wykazania (udowodnienia), że po stronie Zamawiającego doszło do naruszenia przepisów ustawy. Odwołujący przedstawił subiektywną ocenę wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę Stanpol P.P. sp. k.

Tymczasem Wykonawca Stanpol P.P. sp. k. przedstawił w treści wyjaśnień okoliczności indywidualne, które w jego ocenie pozwalają na obniżenie ceny. Jak wskazano powyżej, wskazał że na obniżenie kosztów jednostkowych wpływa

posiadanie własnych pługów, solarek, ładowarek oraz nośników pod solarki i pługi, własnego zaplecza technicznego oraz doświadczonej kadry pracowników zatrudnionych na podstawie umów o pracę. Okoliczność tę potwierdził Zamawiający przyznając, że Wykonawca realizuje na rzecz Zamawiającego zamówienie, którego przedmiot jest tożsamy z przedmiotem w niniejszym postępowaniu, zatem Wykonawca posiada odpowiedni sprzęt, kadre, stąd też brak jest podstawy do stwierdzenia, że zamówienie nie zostanie zrealizowane za cenę wskazaną w ofercie.

Odwołujący w treści odwołania powoływał się na „Inżynierie cenowa”, stosowaną przez Wykonawcę Stanpol P.P. sp. k. oraz wskazywał na pojedyncze pozycje cenowe, które zostały w obecnym postępowaniu wycenione niższe niż w dotychczas realizowanej umowie.

Należy wskazać, że Zamawiający nie narzucił sposobu podziału kosztów pomiędzy poszczególne pozycje.

Punkt 15.3 IDW nakazywał Wykonawcom, aby w cenie ofertowej łącznej ujęty został całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, a koszty, których nie ujęto w odrębnych pozycjach w formularzu cenowym, Wykonawca powinien ująć w cenach jednostkowych. Istotne znaczenia miała więc cena całkowita za realizację zamówienia. Tym samym Zamawiający pozwolił Wykonawcom na dowolny sposób skalkulowania oferty. Ocenie w ramach kryterium oceny ofert podlegały nie pozycje indywidualne, ale cena całości oferty. Wykonawca Stanpol P.P. sp. k. w treści formularza cenowego zaoferował cenę w wysokości 368 zł za godzinę pracy pługo-solarki, co stanowi wartość o 62% oraz 41% wyższą od poprzedniej realizowanej umowy. Zatem ceny jednostkowe są zróżnicowane, także wyższe niż w poprzednio realizowanej umowie o tym samym zakresie zamówienia, która to umowa została zrealizowana w sposób należyty. Jak wskazano powyżej, cena za realizację całości zamówienia w niniejszym postępowaniu znacząco przekracza cenę w postępowaniu z 2016 roku, a zatem wskazywane przez Odwołującego pojedyncze stawki, w których Wykonawca zaoferował ceny niższe, nie oznacza automatycznie, że cena całej oferty nie pozwala na zrealizowanie zamówienia.

Zgodnie z artykułem 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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 Prawo zamówień publicznych, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wykonawca Stanpol P.P. sp. k. złożył wyjaśnienia w zakresie zaoferowanej ceny. Odwołujący nie wykazał, aby treść wyjaśnień potwierdzała, że cena oferty tego Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę. Tym samym zarzuty podnoszone przez Odwołującego są bezzasadne, a w konsekwencji odwołanie podlegało oddaleniu.

Zamawiający nie naruszył także art. 87 ust. 1 oraz art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Prawo zamówień publicznych. Przeprowadził postępowanie wyjaśniające, zaś Odwołujący nie wykazał, aby istniał jakiegokolwiek dodatkowy brak zgodności treści oferty Wykonawcy Stanpol P.P. sp. k. z treścią SIWZ, w tym w zakresie braku realności ceny tego Wykonawcy.

W konsekwencji, bezzasadny jest również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tym artykułem, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Wybór oferty Wykonawcy Stanpol P.P. sp. k. nastąpił zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, stąd brak jest podstaw do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Sygn. akt KIO 315/21

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z artykułem 90 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień.

Wykonawca Zaberd S.A. złożył ofertę na łączną cenę 9.741.193,92 zł (100 pkt), co - jak wskazał Odwołujący - stanowi kwotę o ok. 37% niższą od kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację tej części zamówienia (wynoszącej 15.387.520,32 zł) oraz kwotę o ok. 28% niższą od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w zakresie części V (wynoszącej 13.520.372,30 zł).

Z uwagi na okoliczność, że zaistniały podstawy do złożenia wyjaśnień wskazane w zacytowanym powyżej artykule, Zamawiający wezwał Wykonawcę Zaberd S.A. do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Wykonawca złożył wyjaśnienia, załączając formularz cenowy wykonany metodą szczegółową.

Odwołujący przedstawił argumentację, zgodnie z którą pozycja 4 formularza cenowego złożonego przez Wykonawcę Zaberd S.A. dotycząca pracy nośnikami o DMC 18-26 ton z piaskarką i pługiem oraz mieszanką piaskowo - solną za cenę jednostkową 110 zł za 1 godz. za 1 szt. sprzętu, jest ceną rażąco niską, znacznie poniżej realnych minimalnych kosztów wykonania.

Odwołujący wskazał, że: „przy założeniu minimalnego zużycia 1 tony mieszanki przez 1 godzinę (h) pracy sprzętu, na bezpośredni koszt usługi z pkt 4 formularza cenowego, tj. pracy nośnikiem o DMC 18-26 ton z piaskarką i pługiem oraz mieszanką piaskowo - solną (za 1 godz. za 1 szt. sprzętu), składa się: 1. zakup soli w cenie około 200 zł netto/t, która stanowi 30% mieszanki piaskowo - solnej - ok. 66 zł, 2. zakup piasku - 15 zł/t, który stanowi 70% mieszanki piaskowo - solnej - 10,5 zł, 3. koszt przemieszania piasku i soli oraz załadunku - 10 zł/t, 4. koszt paliwa zużywanego podczas pracy solarki średnio 20 l/h x 3,693 zł/netto (po cenie hurtowej oleju napędowego od Lotosu z 28.01.2021) - 73,86 zł, 5. koszt pracownika - płaca minimalna - 23 zł, co daje sumę - łączny koszt bezpośredni: 183,36 zł/h”.

Twierdzenia Odwołującego są bezzasadne.

Należy zauważyć, że przytoczone powyżej ceny szacowane przez Odwołującego odnoszą się do cen za tonę. Tymczasem kalkulacja przyjęta przez Wykonawcę Zaberd S.A., zgodnie z kosztorysem załączonym do wyjaśnień, odnosi się do kalkulacji wyrażonej w kilogramach.

I tak, dla pozycji opisanej jako: „nośnik o DMC 18-26 ton z piaskarką i pługiem oraz mieszanką piaskowo - solną Wykonawcy - praca obmiar = 600,000 godz.”, Wykonawca Zaberd S.A. uwzględnił w kalkulacji wartości znacznie wyższe za 1 tonę soli, czy piasku niż wartości wskazywane w treści odwołania przez Odwołującego za 1 tonę. Wykonawca Zaberd S.A. przyjął w kalkulacji założenie dla 30 kg soli oraz 70 kg piasku.

Dodatkowo należy wskazać, że stawka przyjęta przez Wykonawcę Zaberd S.A. dla tej pozycji formularza cenowego nie odbiega od ceny pozostałych wykonawców, tj. przyjętych wartości jednostkowych w wysokości 120 zł i 130 zł.

Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że Odwołujący w postępowaniu przetargowym pn. „Usługi likwidacji śliskości zimowej i odśnieżania nawierzchni dróg, parkingów, zatok autobusowych oraz ciągów pieszo-rowerowych administrowanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku Rejon w Augustowie,

Białymstoku, Suwałkach i Zambrowie, w sezonach zimowych 2020 - 2024", prowadzonym przez tego samego Zamawiającego, zaferował cenę jednostkową dla takiej samej pozycji formularza cenowego w wysokości 160 złotych. Jednocześnie w postępowaniu odwoławczym w niniejszej sprawie (sygn. akt KIO 315/21) Odwołujący zakwestionował wysokość zaferowanej przez Wykonawcę Zaberd S.A. ceny w pozycji jednostkowej twierdząc, że łączny koszt bezpośredni dla zrealizowania usługi opisanej w pozycji nr 4 formularza cenowego wynosi 183,36 zł/h. Jak dalej argumentował Odwołujący, jest wprawdzie możliwe uzyskanie kwoty 149,89 zł/1 h pracy jednostki sprzętowej, jednakże taka kalkulacja nie obejmuje kosztów pośrednich: amortyzacji sprzętu, kosztów ubezpieczenia kontraktu, obsługi logistycznej taboru sprzętowego, obsługi księgowej kontraktu, gdzie te koszty z reguły faktycznie występują i muszą zostać poniesione przez Wykonawcę.

W trakcie rozprawy z udziałem stron w sprawach skierowanych do łącznego rozpoznania (w tym sprawy o sygn. akt KIO 308/21 i KIO 315/21), Odwołujący wyjaśnił, że kwotę jednostkową 160 zł zaferował przy realizacji zamówienia (rejon Augustów) sygn. akt KIO 308/21, zaś w treści odwołania kwestionuje wartość ceny jednostkowej przyjętej przez Wykonawcę Zaberd S.A. przy realizacji zamówienia w rejonie Zambrow sygn. akt KIO 315/21. Wykonawca nie potrafi jednak racjonalnie wyjaśnić, w jaki sposób rejon wykonania zamówienia miałby wpływać na wysokość stawki, podczas gdy w treści odwołania Odwołujący wskazywał, że na wysokość ceny wpływ mają ceny zakupu soli, piasku, mieszanki, a więc czynniki obiektywne i niemające związku z rejonem, w którym realizowane jest zamówienie.

Już jednak sam fakt, że Odwołujący przyjął cenę jednostkową dla takiej samej pozycji w formularzu cenowym w wysokości 160 złotych, która jest kwotą niższą od wartości 183,36 zł (a więc kwoty realnej wg obliczeń dokonanych w treści odwołania) oznacza, że dokonana przez niego wycena minimalnej stawki za realizację tej pozycji (w treści odwołania) jest nieprawidłowa, a co za tym idzie, że również zdaniem Odwołującego jest możliwe przyjęcie przez Wykonawców stawki niższej od wskazywanej przez niego w treści odwołania wartości minimalnej, poniżej której nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia.

Artykuł 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje na konieczność wystąpienia przez zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień co do zaferowanej ceny w sytuacji, gdy zaferowana 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. Cena całej oferty Wykonawcy Zaberd S.A. wyniosła 9.741.193,92 zł, zaś wartość kwestionowanej przez Odwołującego pozycji nr 4 formularza cenowego to 132 000 złotych, co stanowi 1,46% wartości całej oferty. Nie jest to zatem istotna część składowa oferty, do której nawiązuje powyżej wymieniony artykuł.

Ponadto, jak wskazał Wykonawca Zaberd S.A., nawet łączna wartość pozycji nr 4 i 5 formularza cenowego nie przekracza wartości zysku.

Powyżej wymienione okoliczności wskazują, że cena zaferowana przez Wykonawcę Zaberd S.A., w szczególności w pozycji nr 4 i 5 formularza cenowego, nie jest ceną nierealną. Nie jest zatem tak, że Wykonawca Zaberd S.A. nie będzie mógł zrealizować zamówienia za zaferowaną cenę.

Odwołujący nie wykazał, aby zaferowana przez Wykonawcę cena realizacji zamówienia była nierealna. W żaden sposób nawet nie uprawdopodobnił, że Wykonawca Zaberd S.A. nie będzie mógł zrealizować zamówienia za zaferowaną cenę 9.741.193,92 zł. Nie przedstawił żadnych okoliczności, które wskazywałyby na brak możliwości zrealizowania usługi we wskazanej cenie. W treści odwołania Odwołujący przedstawił jedynie ogólne twierdzenia w odniesieniu do Wykonawcy Zaberd S.A., tj. powołał się na niesprzyjające warunki wykonywania zamówienia dla tego Wykonawcy. Ponadto wskazał na okoliczność, że Wykonawca ten ma siedzibę we Wrocławiu, co spowoduje konieczność posługiwania się podwykonawcami i obcym sprzętem. Okoliczności te zaś nie sprzyjają możliwościom czynieniu oszczędności, jakie dają własne zasoby i mocne osadzenie Wykonawcy w warunkach lokalnych. Jednakże takie ogólne twierdzenia nie dowodzą oraz nie uprawdopodobniają, że zaferowana przez Wykonawcę Zaberd S.A. cena jest nierealna. Tym bardziej, że Wykonawca Zaberd S.A. wykazał, że od 2015r. realizuje na rzecz tego samego Zamawiającego 80 umów, obecnie 26 umów obejmujących zbliżony zakres zamówienia. Obecnie realizuje umowy w rejonie Olsztyna. Oba oddziały Olsztyn i Białystok są na tym samym obszarze pod względem utrzymania. Strefa Olsztyn i Białystok to obszar 2. Zatem podobne są koszty i ryzyka. W tym zakresie złożył jako dowód, faktury przedstawiające również poszczególne stawki w rejonie Olsztyna. Okoliczność, że Wykonawca Zaberd S.A. realizuje zamówienie na rzecz tego samego Zamawiającego na podstawie kilkudziesięciu umów (także na terenie Olsztyna – obszarze takim samym pod względem utrzymania), pomimo, iż siedziba Wykonawcy znajduje się we Wrocławiu, stanowi wystarczające potwierdzenie, że Wykonawca, wbrew twierdzeniu Odwołującego, zarówno posiada odpowiedni sprzęt, jak i jest w stanie realizować zamówienie w cenach zgodnych z tymi, które zostały zaferowane w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący w treści odwołania wskazał także, że Wykonawca Zaberd S.A. nie różnicował stawki w pozycji nr 4 oraz pozycji nr 5 formularza cenowego, co w ocenie Odwołującego wskazuje na błędną kalkulację oraz rażąco niską cenę.

W ocenie Izby okoliczność, że Wykonawca Zaberd S.A. przyjął taką samą wartość dla dwóch pozycji formularza cenowego nie jest argumentem, że zaferowana cena jest rażąco niska. Odwołujący nie przedstawił argumentacji, która jednoznacznie wykazywałaby, że Wykonawca nie ma możliwości zrealizować zamówienia za wskazane stawki. Również Odwołujący przyjmował dowolne założenia przy kalkulacji oferty – w treści formularza cenowego dla zadania w rejonie Zambrowa przyjął różnicę pomiędzy pozycją 4 i 5 w wysokości 90 zł, zaś w rejonie Augustowa 50 zł, co potwierdza, że wykonawcy w sposób dowolny kształtowali wysokość stawek, co jednocześnie nie oznacza automatycznie, że kalkulacja jest błędna.

Na podstawie art. 538 i art. 539 nowej ustawy Prawo zamówień publicznych Odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego specjalisty z zakresu rynku usług zwalczania śliskości i odśnieżania, na okoliczności ustalenia: aktualnych cen rynkowych, w tym cen minimalnych, zakupu soli i piasku, należytej proporcji piasku do soli w mieszance piaskowo - solnej służącej do zwalczania śliskości dróg, średniego oraz minimalnego, zużycia mieszanki piaskowo - solnej podczas pracy nośnikiem o DMC 18-26 ton z piaskarką i pługiem oraz mieszanką piaskowo - solną, średniego oraz minimalnego zużycia paliwa podczas pracy ww. nośnika, oraz analizy przez biegłego zaferowanej przez Wykonawcę Zaberd S.A. ceny i jej składników pod kątem oceny, czy cena zaferowana przez Wykonawcę Zaberd S.A., jest ceną rażąco niską, w tym z uwzględnieniem analizy poszczególnych jej składników wskazanych w formularzu cenowym.

Odwołujący wyjaśnił, że wobec faktu, że Wykonawca Zaberd S.A. utajnił wyjaśnienia dotyczące zaferowanej ceny, nie ma możliwości weryfikacji prawidłowości oceny tych wyjaśnień przez Zamawiającego. W tym także celu wskazywał na przedstawiony wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego specjalisty.

Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego.

Przedewszystkim, jak wskazano powyżej, Odwołujący nie przedstawił argumentacji oraz nie uprawdopodobnił, że cena

zaoferowana przez Wykonawcę Zaberd S.A. jest nierealna. Odwołującemu znana była treść formularza cenowego i zaoferowane ceny w poszczególnych pozycjach formularza cenowego, a zatem znana była przyjęta przez Wykonawcę Zaberd S.A. kalkulacja. Poza ceną z pozycji nr 4 i 5 formularza cenowego Wykonawcy Zaberd S.A., Odwołujący nie kwestionował pozostałych wartości formularza. Nie odniósł się w żaden sposób np. do ceny pozycji nr 2 formularza cenowego, najbardziej znaczącej przy realizacji zamówienia, w której zaoferowano stawkę w wysokości 370 złotych.

Okoliczności w zakresie cen rynkowych, stawek wynagrodzenia, są powszechnie dostępne i jako takie nie wymagają wiedzy specjalistycznej, a zatem nie jest konieczne powoływanie dowodu z opinii biegłego.

Zgodnie z artykułem 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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 Prawo zamówień publicznych, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wykonawca Zaberd S.A. złożył wyjaśnienia w zakresie zaoferowanej ceny. Odwołujący nie wykazał, aby treść wyjaśnień potwierdzała, że cena oferty tego Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę. Tym samym zarzuty podnoszone przez Odwołującego są bezzasadne, a w konsekwencji odwołanie podlegało oddaleniu.

Zamawiający nie naruszył także art. 87 ust. 1 oraz art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający przeprowadził postępowanie wyjaśniające, zaś Odwołujący nie wykazał, aby istniały jakiegokolwiek dodatkowe wątpliwości co do zgodności oferty Wykonawcy Zaberd S.A. z treścią SIWZ oraz w zakresie braku realności ceny oferty tego Wykonawcy.

W konsekwencji, bezzasadny jest również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tym artykułem, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Wybór oferty Wykonawcy Zaberd S.A. nastąpił zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, stąd brak jest podstaw do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Sygn. akt KIO 322/21

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania,

Zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu, a zatem ma interes w uzyskaniu zamówienia. Oferta została sklasyfikowana na trzecim miejscu. Zamawiający prowadzi postępowanie z zastosowaniem art. 24aa ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie zweryfikował pod względem podmiotowym oferty drugiego wykonawcy. Potwierdzenie stawianych w niniejszym postępowaniu zarzutów względem oferty Wykonawcy Konsorcjum MPO, zwiększyłoby potencjalną możliwość Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Postępowanie nie zostało zakończone, zatem Odwołujący ma możliwość uzyskania zamówienia.

Odwołanie podlegało oddaleniu.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum MPO, w sytuacji, gdy konsorcjum MPO nie wniosło wadium lub wniesione wadium należy uznać za wniesione w sposób nieprawidłowy - jest niezasadny.

W pkt. 16.3. SIWZ Zamawiający wskazał, że jako beneficjenta wadium wnoszonego w formie poręczeń lub gwarancji należy wskazać - „Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w zakresie działalności Oddziału Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Białymstoku, ul. Zwycięstwa 2,15-703 Białystok”.

Wykonawca Konsorcjum MPO złożył gwarancję bankową nr 86200-02-0329517 z 16 grudnia 2020 roku, w której jako beneficjenta wskazano - „Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku ul. Zwycięstwa 2,15-703 Białystok”.

Gwarancja została wystawiona na zlecenie MPO Spółka z o.o., który został w treści gwarancji określony jako „Wykonawca”.

W opinii Odwołującego złożona gwarancja bankowa określa beneficjenta gwarancji w sposób błędny i niezgodny z wymaganiami określonymi w treści SIWZ, co samoczynnie uzasadnia twierdzenie, iż wadium o tej treści nie zostało wniesione w sposób prawidłowy.

Odwołujący wskazał, że Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad jest urzędem, obsługującym Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad. Oddział w Białymstoku jest formą organizacyjną obsługującą pracę Dyrektora tego Oddziału, wchodzącego w skład struktury organizacyjnej GDDKiA. Jako beneficjent gwarancji został wskazany urząd, jako forma organizacyjna, który nie może realizować praw wynikających z gwarancji, gdyż jest tylko strukturą organizacyjną, a nie podmiotem uprawnionym do składania oświadczeń woli.

W pkt 16.3 SIWZ, Zamawiający wskazał, że wadium wniesione w formie gwarancji musi mieć taką samą płynność, jak wadium wniesione w pieniądzu - dochodzenie roszczeń nie może być utrudnione.

Powyższy zarzut jest bezzasadny. Gwarancja wadialna załączona przez Wykonawcę Konsorcjum MPO wystawiona została na Beneficjenta - Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku ul. Zwycięstwa 2, 15-703 Białystok. Jest to zgodne z oznaczeniem Zamawiającego zamieszczonym w Tomie 1 Instrukcja dla Wykonawców (IDW) Rozdział 1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ).

Jak wyjaśnił Zamawiający, w toku postępowania przetargowego Zamawiający Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad jest reprezentowany przez Generalną Dyrekcję Dróg Autostrad Oddział w Białymstoku.

Ponadto zgodnie z art. 95 § 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r, Nr 14, poz. 93 z późn. zm.) czynność prawna dokonana przez przedstawiciela w granicach umocowania pociąga za sobą skutki bezpośrednio dla reprezentowanego.

Skoro realizacja świadczenia z bankowej gwarancji wadialnej następuje na pisemne wezwanie beneficjenta reprezentowanego przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku, to stosownie do art. 95 § 2 k.c., pociąga za sobą skutki bezpośrednio dla reprezentowanego, którym w tym wypadku jest Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad.

Oddział GDDKiA w Białymstoku działa w imieniu własnym, lecz na rzecz Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, zatem oznaczenie w treści gwarancji jako beneficjenta GDDKiA Oddział w Białymstoku powoduje, że działania oznaczonego w treści gwarancji beneficjenta, wywołują skutki bezpośrednio dla podmiotu, którego

reprezentuje beneficjent, czyli dla Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad.

Jak zauważył Zamawiający, art. 18a ust. 1 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (tej. Dz.U. z 2020 r. poz. 470) stanowi, że Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad realizuje swoje zadania przy pomocy Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, zaś zgodnie z ust. 2 ww. przepisu, w skład Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad wchodzi, z zastrzeżeniem ust. 3a, oddziały w województwach.

Odwolujący w trakcie rozprawy przyznał, że dochodzenie wypłaty z tytułu wadium będzie utrudnione, ale nie będzie niemożliwe. Już sam ten fakt wskazuje, że zarzut jest niezasadny. Skoro Wykonawca wniósł wadium, a Zamawiający uzyska możliwość zaspokojenia swoich roszczeń zabezpieczonych poprzez ustanowienie wadium w formie gwarancji bankowej, oznacza to, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty Przystępującego. Okoliczność, że z uwagi na sposób oznaczenia beneficjenta w treści gwarancji bankowej, utrudnione może być dochodzenie przez Zamawiającego wypłaty kwoty wadium, nie jest jednoznaczna i przesądzona.

Dodatkowo jedynie należy wskazać, że Odwołujący w treści odwołania również oznaczył Zamawiającego jako Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku. Oznacza to, że także Odwołujący przyjął ten sam sposób oznaczenia Zamawiającego, a tym samym uznał go za prawidłowy. Oznacza to także, że również Odwołujący uznaje, że możliwe jest działanie, w tym dochodzenie roszczeń przez Zamawiającego opisanego w ten sposób.

Odwolujący wskazał także, że wadium zostało wystawione na zlecenie MPO Spółka z o.o. z siedzibą w Białymstoku. Podmiot ten określany jest w treści gwarancji, jako „Wykonawca”.

Oferta została złożona przez konsorcjum i zdaniem Odwołującego gwarancja o takiej treści nie zabezpiecza Zamawiającego przed działaniami lub zaniechaniami Przedsiębiorstwa Drogowo-Mostowego Maksbud Sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku Podlaskim.

Takie twierdzenie Odwołującego jest nieuprawnione.

Wykonawca Konsorcjum MPO złożył oświadczenie Banku Milenium S.A. – Gwaranta (podmiotu wystawiającego gwarancję), w którym znalazła się następująca treść: „Informujemy, iż w przypadku wystąpienia przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku (Beneficjent) z żądaniem zapłaty z Gwarancji (żądanie) w związku z zaistnieniem podstaw do żądania zapłaty, Bank Millennium zrealizuje żądanie niezależnie od tego, czy MPO Spółka z o.o., Białystok (Wykonawca) złożył ofertę samodzielnie, czy też w konsorcjum z innym podmiotem, jak też niezależnie od tego czy okoliczności stanowiące podstawę realizacji Gwarancji leżały po stronie Wykonawcy określonego w gwarancji czy też uczestnika konsorcjum, z którym wspólnie złożył ofertę w postępowaniu „Usługi likwidacji śliskości zimowej i odśnieżania nawierzchni dróg, parkingów, zatok autobusowych oraz ciągów pieszo - rowerowych administrowanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku Rejon w Augustowie, Białymstoku, Suwałkach i Zambrowie, w sezonie zimowym 2020-2024”.

Skoro wystawca gwarancji złożył jednoznaczne oświadczenie, w jaki sposób interpretuje treść wystawionej przez siebie gwarancji, to treść oświadczenia Gwaranta decyduje o tym, jaki jest zakres zobowiązania gwaranta wynikający z udzielonej gwarancji. Oznacza to, że Gwarant (Bank Milenium S.A.) zrealizuje żądanie wypłaty wadium również w sytuacji, gdy okoliczności stanowiące podstawę realizacji Gwarancji będą leżały po stronie Wykonawcy określonego w gwarancji, czy też uczestnika konsorcjum, z którym Wykonawca wprost wskazany w treści gwarancji bankowej wspólnie złożył ofertę w postępowaniu. A zatem, wbrew twierdzeniu Odwołującego, przedmiotowa gwarancja zabezpiecza Zamawiającego również przed działaniami lub zaniechaniami Przedsiębiorstwa Drogowo-Mostowego Maksbud Sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku Podlaskim - podmiotu, który wprawdzie nie został w treści gwarancji wprost wymieniony, ale który występuje w postępowaniu w konsorcjum wraz z Wykonawcą MPO Spółka z o.o.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7b) ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium. Wykonawca Konsorcjum MPO wniósł wadium, którego nie można uznać za wniesione w nieprawidłowej formie. Zatem oferta Wykonawcy konsorcjum MPO nie podlega odrzuceniu.

Bezzasadny okazał się także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 15 września 2020 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 r., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum MPO, której cena jest niezgodna z ustawą, gdyż zawiera stawkę pracy niższą niż wynikająca z minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Wykonawcy byli zobowiązani do wypełnienia i załączenia do oferty formularza cenowego na usługi zwalczania śliskości i odśnieżania dróg, parkingów oraz chodników, na terenie Rejonu Białystok, w sezonach zimowych 2021- 2024 (część II). W treści formularza należało wpisać ceny za wyszczególnione przez Zamawiającego usługi, w tym należało określić ceny jednostkowe m. in. za 1 godzinę w pozycjach:

- nr 1.2 „ładowarka – dyżur do ¼ ceny pracy”
- nr 2.2 „nośnik o DMC 18-26 ton z solarką i pługiem – do ¼ ceny pracy”
- nr 4.1 „nośnik typu średniego o DMC 18-26 ton z pługiem – dyżur do ¼ ceny pracy”
- nr 5.1 „nośnik typu ciężkiego o DMC 25-32 ton z pługiem – dyżur do ¼ ceny pracy”.

Każdą ze wskazanych pozycji Wykonawca Konsorcjum MPO wycenił na 17 zł (jako cenę jednostkową).

Odwolujący w treści odwołania wskazał, że: „zgodnie z § 1 i 2 ww. rozporządzenia minimalne wynagrodzenie za pracę wynosi 2800 zł, zaś minimalna stawka godzinowa wynosi 18,30 zł. Mając na uwadze, że zgodnie z art. 129 § 1 Kodeksu pracy, czas pracy nie może przekraczać przeciętnie 40 godzin w przeciętnie pięciodobowym tygodniu pracy, miesięczny czas pracy wynosi przeciętnie 160 godzin, co przy minimalnym wynagrodzeniu w wysokości 2800 zł, daje stawkę godzinową dla pracownika na poziomie 17,5 zł. Stawka w wysokości 17,00 zł, zaoferowana w pkt 1.2., 2.2., 4.1. oraz 5.1. formularza cenowego pozostaje więc niezgodna z przepisami ustawy, gdyż zawiera koszt pracy niższy niż wynikający z minimalnego wynagrodzenia za pracę”.

Wykonawca Konsorcjum MPO w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego złożył wyjaśnienia co do zaoferowanej ceny, jednocześnie odniósł się do stawki 17 zł zaoferowanej we wskazanych powyżej pozycjach formularza cenowego.

W wyjaśnieniach wskazał, że: „wynagrodzenie, które będą otrzymywały osoby pełniące dyżury będzie odpowiadało - jeśli chodzi o wysokość - wymogom, które stawiają w tym zakresie przepisy prawa. Stawka 17 zł wskazana w poszczególnych pozycjach formularza ofertowego, których między innymi dotyczy pismo GDDKiA w żadnym razie nie odpowiada stawce godzinowej wynagrodzenia, które otrzymywać ma osoba pełniąca dyżur z tytułu wszelkich czynności wykonywanych na rzecz MPO lub Maksbud. Osoba ta będzie otrzymywała wynagrodzenie odpowiadające stawkom (wielkościom) wskazanym w przepisach prawa (nie będzie nigdy mniejsze niż minimalne wynagrodzenie przewidziane przez przepisy prawa). Kwota 17 zł wskazana w poszczególnych pozycjach formularza ofertowego jest to stawka, na jaką wycenił wykonawca pracę tych osób w związku z wykonywaniem wyłącznie czynności z zakresu dyżuru, jednak

poza dyżurem, na postawie łączącej ją z Maksbud lub MPO umowy, osoba taka będzie wykonywała również na rzecz MPO lub Maksbud inne czynności. Będą to czynności nie kolidujące z dyżurem, takie jak prace dyspozytorskie, utrzymanie sprzętu w gotowości, monitorowania realizacji zamówienia i zakupów surowców do jego realizacji, jak też raportowania zużycia surowców inne zlec one przez przełożonych czynności, które nie kolidują z dyżurem i możliwością podjęcia akcji. Łącznie, w związku z wykonywaniem na rzecz Maksbud lub MPO wszelkich czynności, w tym czynności z zakresu dyżuru, osoba taka otrzyma wynagrodzenie nie mniejsze w żadnym razie od minimalnego wynagrodzenia przewidzianego stosownymi przepisami prawa”.

Wykonawca Konsorcjum MPO jednoznacznie zatem potwierdził, że osoby pełniące dyżury, będą otrzymywały wynagrodzenie, odpowiadające - jeśli chodzi o wysokość - wymogom, które stawiają w tym zakresie przepisy prawa.

Założenie Odwołującego, że stawka w wysokości 17 zł jest tożsama z wynagrodzeniem godzinowym, jest nadinterpretacją Odwołującego. Formularz cenowy nie referuje bezpośrednio do wynagrodzenia pracowników, ale do stawki, zgodnie z którą wykonawca wycenił poszczególne usługi w ramach realizacji zamówienia. Okoliczność, że Wykonawca Konsorcjum MPO w 4 pozycjach formularza cenowego wpisał stawkę 17 zł za usługę związaną z pełnieniem dyżuru, nie oznacza automatycznie, że wynagrodzenie, jakie będą otrzymywali pracownicy, będzie mniejsze od minimalnego wynagrodzenia przewidzianego stosownymi przepisami prawa.

Należy także zauważyć, że Zamawiający w formularzu cenowym dokonał rozróżnienia na pracę, gotowość oraz dyżur. Wykonawcy mieli zatem możliwość zróżnicowania cen w zależności od planowanego stopnia zaangażowania pracowników. Pełnienie dyżuru nie oznacza zaangażowania pełnego pracowników, co umożliwi wykonywanie również innych czynności, nie kolidujących z dyżurem. Tym bardziej, że jak wyjaśnił Zamawiający, dyżury będą miały miejsce w październiku, marcu i kwietniu, a zatem w miesiącach tzw. przejściowych, kiedy nie jest niezbędne pełne zaangażowanie pracownika. Zamawiający nie wykluczył możliwości zaangażowania pracowników do prac innych niż wynikające z opisu przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu.

Ponadto formularz cenowy obejmuje szereg pozycji uwzględniających stawki za pracę poszczególnych jednostek sprzętowych, które zawierają kwoty wyższe niż wymagane ustawą. Z tabeli formularza cenowego wynika również, że dyżur jest jedynie częścią wynagrodzenia. Oznacza to, że wynagrodzenie pracowników może zostać rozliczone w ramach całości zadania.

W konsekwencji nie można uznać, że cena zawarta w ofercie Wykonawcy Konsorcjum MPO nie jest niezgodna z ustawą, a zatem oferta tego Wykonawcy nie podlegała odrzuceniu.

Na marginesie jedynie należy wskazać, że Odwołujący w treści odwołania przywoływał inne rozstrzygnięcia Izby. Należy mieć na uwadze każdorazowo odmienny stan faktyczny w postępowaniu, różną treść wyjaśnień składanych przez Wykonawców, jak również zróżnicowane ceny w postępowaniu oraz charakter wycenianej pracy.

Za bezzasadny należy także uznać zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 2 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez brak wykazania przez Wykonawcę Konsorcjum MPO, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, poprzez nieprawidłową ocenę wyjaśnień złożonych przez tego Wykonawcę.

Jak wskazano powyżej, Wykonawca Konsorcjum MPO złożył na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia w zakresie zaoferowanej ceny oraz załączył dowody, które miały potwierdzać treść wyjaśnień.

Wbrew twierdzeniu Odwołującego, wyjaśnienia te nie potwierdzają, aby cena oferty Wykonawcy Konsorcjum MPO była rażąco niska. Wykonawca Konsorcjum MPO w treści wyjaśnień przedstawił okoliczności, które w jego ocenie uzasadniały wysokość zaoferowanej ceny. Istotne znaczenie ma powoływana przez Wykonawcę Konsorcjum MPO w treści wyjaśnień okoliczność, że Wykonawca ten realizował zamówienie na rzecz Zamawiającego w latach 2016 - 2020, a zatem posiada doświadczenie oraz wiedzę co do rzeczywistej ilości wykorzystania sprzętu.

Wykonawca wskazał także szereg indywidualnych okoliczności, które w jego ocenie miały wpływ na obniżenie ceny. Są to okoliczności takie jak posiadanie stacji paliw, co umożliwiła zakup paliwa po cenach hurtowych i co wpływa na niższą cenę paliwa, a także własnego warsztatu do naprawy sprzętu i samochodów.

Odwołujący nie przedstawił argumentów, które potwierdzałyby, że cena oferty Wykonawcy Konsorcjum MPO jest rażąco niska. Przedstawił w odwołaniu jedynie ogólne twierdzenia. Również w trakcie rozprawy Odwołujący nie wykazał, że nie będzie możliwe zrealizowanie zamówienia za zaoferowaną przez Wykonawcę Konsorcjum MPO cenę.

Zgodnie z artykułem 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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 Prawo zamówień publicznych, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wykonawca Konsorcjum MPO złożył wyjaśnienia w zakresie zaoferowanej ceny. Odwołujący nie wykazał, aby treść wyjaśnień potwierdzała, że cena oferty tego Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę. Tym samym zarzuty podnoszone przez Odwołującego są bezzasadne, a w konsekwencji odwołanie podlegało oddaleniu.

Skoro brak jest podstaw do stwierdzenia, że oferta Wykonawcy Konsorcjum MPO zawiera cenę rażąco niską, a także Zamawiający przeprowadził postępowanie wyjaśniające oraz nie powziął dodatkowych wątpliwości co do zgodności oferty z treścią SIWZ, realności ceny, brak jest podstaw do przeprowadzenia ponownie postępowania wyjaśniającego. Odwołujący nie wykazał również, aby istniały jakiegokolwiek dodatkowe braki zgodności treści oferty Wykonawcy Konsorcjum MPO z treścią SIWZ, w tym w zakresie braku realności ceny tego Wykonawcy.

W konsekwencji należy stwierdzić, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 oraz art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w sposób należyty, jest bezzasadny.

W konsekwencji bezzasadny jest również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tym artykułem, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Wybór oferty Wykonawcy Konsorcjum MPO nastąpił zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, stąd brak jest podstaw do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Sygn. akt KIO 340/21

Odwołanie podlegało oddaleniu.

Jednym z załączników do SIWZ jest formularz cenowy na usługi zwalczania śliskości i odśnieżania dróg, parkingów oraz chodników na terenie Regionu Białystok w sezonach zimowych 2021 - 2024 Część II. W pkt. 1.1. - do załadunku soli - ładowarka o poj. tyżki 1,25 - 2,00 m³ - Zamawiający wskazał stosunek gotowości do ceny pracy określonej w pkt. 1 - w

wysokości 1/16.

Zgodnie z punktem 15.2. SIWZ: „Formularz cenowy, o którym mowa w pkt. 15.1., należy wypełnić ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w tym formularzu. Wykonawca powinien określić ceny jednostkowe netto, wyliczyć wartości netto, razem (Ogółem) i wartość podatku VAT oraz następnie wyliczyć razem brutto (Łączna kwota z podatkiem VAT). Tak obliczoną cenę brutto oferty należy przenieść do Formularza Oferty zamieszczonego w Rozdziale 2 Tomu I SIWZ. Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić wszystkie pozycje opisane w Formularzu cenowym. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić żadnych zmian do Formularza cenowego. Przekroczenie któregokolwiek z ustanowionych w Formularzu cenowym i OPZ limitów spowoduje odrzucenie oferty”.

Wykonawca - Konsorcjum MPO w formularzu cenowym w pkt. 1 w kolumnie nr 6 określił cenę jednostkową za 1 godzinę pracy w wysokości 120,00 zł, natomiast w pkt. 1.1. w kolumnie nr 6 wskazał kwotę w wysokości 23,00 zł.

W opisie przedmiotu zamówienia w pkt. 5. „Postanowienia dodatkowe” w ppkt. 5.10 (zmiana SIWZ nr 1), Zamawiający sformułował postanowienie:

„5.10. (...) Wykonawca ustalając cenę 1 godziny gotowości nie może przekroczyć wartości 6,25% oferowanej ceny 1 godziny pracy sprzętu i zaoferować ceny niższej niż 23 zł jeżeli wyliczona cena 1 godziny gotowości nie gwarantuje stawki godzinowej minimalnego wynagrodzenia”.

Z powyższego postanowienia wynika, że żaden z wykonawców nie mógł wycenić pkt. 1.1 formularza cenowego poniżej 23 zł.

Wykonawca Konsorcjum MPO w formularzu cenowym w poz. 1.1 wskazał cenę jednostkową za 1 godzinę pracy w wysokości 23 zł.

Już z tej okoliczności wynika, że oferta Wykonawcy Konsorcjum MPO nie jest niezgodna z treścią SIWZ.

Ponadto z żadnego postanowienia SIWZ nie wynikało, że cena 1 godziny pracy (określona w pozycji nr 1 formularza ofertowego) powinna stanowić 16-krotność ceny pozycji 1.1. formularza cenowego. Błędne jest założenie przyjęte przez Odwołującego, że skoro wartość pozycji nr 1.1 formularza cenowego powinna być 16-krotnie niższa od wartości pozycji nr 1 formularza, to wartość pozycji 1 formularza cenowego powinna być 16-krotnie wyższa od pozycji opisanej w punkcie 1.1. tego formularza.

Takiemu założeniu Odwołującego przeczy wymaganie Zamawiającego opisane w cytowanym przez Odwołującego postanowieniu SIWZ, zawartym w punkcie 15.2. SIWZ, który przewidywał, że: „Formularz cenowy, o którym mowa w pkt. 15.1., należy wypełnić ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w tym formularzu”. Jako pierwszą należało zatem wypełnić pozycję nr 1 formularza cenowego opisaną jako „do załadunku soli ładowarka o poj. łyżki 1,25 – 2,00 m³ - praca”. Ta pozycja została wyceniona przez Wykonawcę Konsorcjum MPO na kwotę 120 złotych. Kolejna pozycja formularza cenowego opisana jako: „1.1 ładowarka o poj. łyżki 1,25 – 2,000 m³ - gotowość do 1/16 ceny pracy”, powinna zostać obliczona (jako kolejna) od wartości pozycji nr 1. Wartość pozycji 1.1. formularza cenowego (stosownie do opisu) powinna stanowić wartość 16-krotnie niższą niż wartość pozycji nr 1 formularza, jednak zgodnie z punktem 5.10 SIWZ, nie powinna być niższa niż 23 złote. Z uwagi na okoliczność, że w sytuacji, gdy 1/16 ceny pracy opisanej w pozycji nr 1 wynosiłaby 7,50 zł (120:16 = 7,50), na co wskazywał także Odwołujący, Wykonawca Konsorcjum MPO było zobowiązane do wpisania w pozycji nr 1 formularza cenowego wartość co najmniej 23 złote w pozycji nr 1.1.

Oferta Wykonawcy Konsorcjum MPO nie jest zatem niezgodna z treścią SIWZ. Tym samym oferta tego Wykonawcy, wbrew twierdzeniu Odwołującego, nie powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W konsekwencji, za bezzasadny należało uznać zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w związku z punktem 15.2. SIWZ.

Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 60000 zł 00 gr uiszczoną tytułem wpisów od odwołań, która stanowi sumę wpisów od każdego z odwołań (w wysokości 15000 złotych). Zaliczyła także w poczet kosztów kwotę 14400 zł 00 gr tytułem wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego, który wnosił o zwrot kosztów zastępstwa procesowego w kwocie 3.600 zł w postępowaniach odwoławczych o sygnaturach akt KIO 308/21, 315/21 oraz 340/21, przedstawiając fakturę w każdym z tych postępowań. Zamawiający w postępowaniu o sygnaturze akt KIO 322/21 złożył rachunek nr 2121/03/04, wnosząc o zwrot kosztów zastępstwa procesowego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3600 zł oraz kosztu dojazdu pełnomocnika na posiedzenie/rozprawę w dniu 03.03.2021 r. oraz 11.03.2021 r. (Białystok – Warszawa – Białystok) w kwocie 668,64 zł.

Zgodnie z § 5 pkt 2 lit. b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437) do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, obejmujące wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nie przekraczające łącznie kwoty 3600 złotych. Stosownie do zacytowanego przepisu rozporządzenia, pełnomocnikowi w sprawie o sygnaturze akt KIO 322/21 przysługiwał zwrot kosztów postępowania w kwocie nieprzekraczającej 3600 złotych.

Dodać należy, że wymienione w § 5 pkt 2 lit. a) koszty stron postępowania obejmujące koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie i rozprawę, dotyczą kosztów strony postępowania. Wynagrodzenie i wydatki pełnomocnika wyszczególnione zostały w osobnym przepisie rozporządzenia - § 5 pkt 2 lit. b) (zacytowanym powyżej). Na rozprawę w sprawie o sygnaturze akt KIO 322/21 w dniu 11 marca 2021 roku stawił się wyłącznie pełnomocnik strony.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....