

Sygn. akt: KIO 3041/21
Sygn. akt: KIO 3042/21

WYROK

z dnia 4 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Katarzyna Odrzywolska
Przewodniczący Izabela Niedziałek-Bujak
Andrzej Niwicki

Członkowie:

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 listopada 2021 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 14 października 2021 r. przez wykonawcę: Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne i Handlowe „COM-D” Sp. z o.o. z siedzibą w Jaworze (sprawa o sygn. akt KIO 3041/21)

B. w dniu 14 października 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne i Handlowe „COM-D”

Sp. z o.o., S. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe S. K. w spadku z siedzibą lidera w Jaworze (sprawa o sygn. akt KIO 3042/21)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą we Wrocławiu

przy udziale:

A. wykonawcy: I. K. i M. K. Usługi Transportowo - Mechaniczne „ARTMAR” S.C. z siedzibą w Wałbrzychu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3041/21 po stronie zamawiającego

B. wykonawcy: G. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.U.H. „RUTEX” G. R. z siedzibą w Nowej Rudzie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3042/21 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie w zakresie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt b ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wybranego niespełniającego warunków udziału w postępowaniu wskazanego w rozdziale 8.2.4.1 SWZ tj. w zakresie dysponowania wymaganym doświadczeniem (sprawa o sygn. akt KIO 3042/21);
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie (sprawa o sygn. akt KIO 3042/21);
3. oddala odwołanie (sprawa o sygn. akt KIO 3041/21);
4. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne i Handlowe „COM-D” Sp. z o.o. z siedzibą w Jaworze w sprawie o sygn. akt KIO 3041/21 oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne i Handlowe „COM-D” Sp. z o.o., S. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe S. K. w spadku z siedzibą lidera w Jaworze w sprawie o sygn. akt KIO 3042/21, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne i Handlowe „COM-D” Sp. z o.o. z siedzibą w Jaworze oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne i Handlowe „COM-D” Sp. z o.o., S. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe S. K. w spadku z siedzibą lidera w Jaworze tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawcy: Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne i Handlowe „COM-D” Sp. z o.o. z siedzibą w Jaworze na rzecz zamawiającego: Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą we Wrocławiu kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (sprawa o sygn. akt KIO 3041/21);

2.3. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne i Handlowe „COM-D” Sp. z o.o., S. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe S. K. w spadku z siedzibą lidera w Jaworze na rzecz zamawiającego: Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą we Wrocławiu kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (sprawa o sygn. akt KIO 3042/21).

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 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:

Sygn. akt: KIO 3041/21

Sygn. akt: KIO 3042/21

UZASADNIENIE

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu

(dalej: „zamawiający”), prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, o wartości zamówienia wyższej niż progi unijne, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp” na „Zimowe utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA, Oddział we Wrocławiu, Rejon w Wałbrzychu w sezonach zimowych 2021/2022, 2022/2023, 2023/2024 w podziale na zadania: Zadanie nr 1 - Rejon w Wałbrzychu Obwód Drogowy Wałbrzych, Zadanie nr 2 - Rejon w Wałbrzychu Obwód Utrzymania Dróg Bolków”; numer referencyjny: O.WR.D-3.2413.26.2021 (dalej: „postępowanie” lub „zamówienie”).

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 6 lipca 2020 r. pod numerem 2021/S 128-339713.

Zamawiający 5 października 2021 r. poinformował o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, uznając jako najkorzystniejszą w zadaniu nr 1 ofertę złożoną przez wykonawcę: Usługi Transportowo-Mechaniczne ARTMAR z siedzibą w Wałbrzychu, w zadaniu nr 2 ofertę złożoną przez wykonawcę: P.U.H. „RUTEX” G. R. z siedzibą w Nowej Rudzie.

W dniu 14 października 2021 r. wykonawca: Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne i Handlowe „COM-D” Sp. z o.o. z siedzibą w Jaworze - sprawa o sygn. akt KIO 3041/21 (dalej „odwołujący 1”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego, podjętej w zadaniu 1, polegającej na zaniechaniu unieważnienia postępowania w sytuacji, kiedy obarczone jest ono niemożliwością do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący 1 zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 133 ust. 1 w zw. art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 2 oraz art. 18 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez brak publikacji całości dokumentacji specyfikacji warunków zamówienia - dalej „SWZ” to jest Formularzy, stanowiących załączniki do SWZ: Wykaz zdolności technicznej lub zawodowej - Wiedza i doświadczenie Formularz oznaczony 3.4. Wykaz zdolności technicznej lub zawodowej - potencjał techniczny; Formularz 3.5. Wykaz osób, skierowanych przez

wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego; Formularz 3.6. Oświadczenie wykonawcy, w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej; Formularz 3.7. Oświadczenie wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp (JEDZ) Formularz 3.8. niezbędnej wszystkim oferentom do przygotowania ofert oraz pełnoprawnego uczestnictwa

w postępowaniu, uniemożliwiając przez to pełny i nieograniczony dostęp do dokumentacji postępowania, co spowodowało prowadzenie postępowania w sposób częściowo niejawnym (dostęp do części dokumentów uzyskali tylko niektórzy, wybrani wykonawcy), niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także ograniczenie dostępu do dokumentacji postępowania w przypadku nie wynikającym z ustawy, co stanowi istotną oraz nieusuwalną wadę postępowania, której nie da się sanować poprzez wysłanie niektórym tylko wykonawcom biorącym udział w postępowaniu brakujących dokumentów postępowania, uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego;

2. art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. 133 ust. 1 w zw. art. 16 pkt. 1 oraz art. 17 ust. 2 i art. 18 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania w sytuacji, kiedy zaistniała przesłanka w postaci wystąpienia niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, wynikającej z braku opublikowania całości dokumentacji postępowania w postaci załączników do SWZ tj. Formularzy składanych jako podmiotowe środki dowodowe, podczas gdy obowiązek udostępnienia pełnego SWZ na stronie internetowej wynika z przepisów bezwzględnie obowiązujących, a zatem nie ma możliwości odstąpienia od realizacji tego obowiązku, czy też zrealizowania go w inny sposób.

Zarzucając powyższe odwołujący 1 wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej i unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp oraz zwrotu na jego rzecz kosztów spowodowanych wniesieniem niniejszego odwołania, w szczególności kosztów wpisu od odwołania i kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Odwołujący 1 sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania.

Zamawiający pismem z 30 sierpnia 2021 r. wezwał firmę Usługi Transportowo-Mechaniczne ARTMAR z siedzibą w Wałbrzychu do złożenia dokumentów w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału i potwierdzenia braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, czyli dokumentów podmiotowych oraz przekazał wykonawcy następujące dokumenty: (1) Wykaz zdolności

technicznej lub zawodowej - Wiedza i doświadczenie (Formularz 3.4.); (2) Wykaz zdolności technicznej lub zawodowej - Potencjał techniczny (Formularz 3.5.); (3) Wykaz zdolności technicznej lub zawodowej - Wykaz osób (Formularz 3.6.); (4) Oświadczenie wykonawcy, w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, o braku przynależności do tej samej grupy

kapitałowej (Formularz 3.7.); (5) Oświadczenie wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp (Formularz 3.8.) twierdząc, że są to jedynie wzory i materiał pomocniczy. Wykonawca ten 2 września 2021 r. przekazał dokumenty na wezwanie zamawiającego, sporządzone na Formularzach przekazanych przez zamawiającego wraz z pismem z 30 sierpnia 2021 r. Następnie zamawiający pismem

z 28 września 2021 r., działając w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę do uzupełnienia złożonego formularza Wykaz zdolności technicznej lub zawodowej - Wykaz osób (Formularz 3.6.) o podstawy dysponowania osobami wskazanymi w ww. formularzu 28 września 2021 r. wykonawca wezwany dokonał uzupełnienia, a następnie zamawiający dokonał wyboru jego oferty w zadaniu nr 1.

Odwołujący 1 stwierdził, że podstawą podniesienia niniejszego zarzutu jest wskazanie, że założeniem przetargu nieograniczonego jest umożliwienie wszystkim zainteresowanym wykonawcom wzięcie udziału w postępowaniu i złożenie ofert w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu. Nieodzowną, kluczową składową tego postępowania jest SWZ

- dokument zamówienia niezbędny dla przygotowania ofert, składania oświadczeń w trakcie postępowania, komunikacji pomiędzy zamawiającym a oferentami. Oznacza to, że wszyscy zainteresowani wykonawcy muszą mieć także dostęp nie tylko do ogłoszenia o zamówieniu, ale także do pełnego SWZ. Ustawodawca podkreśla w art. 133 ust. 1 ustawy Pzp, że dostęp ten ma być bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony. Zdecydowano, że dostęp nie może być w żaden sposób ograniczony, wykonawcy muszą mieć możliwość pozyskania bezpośrednio od zamawiającego i bezpłatnie pełnej SWZ, zamawiający ma zaś obowiązek upublicznienia, podania do wiadomości wszystkich zainteresowanych całości przygotowanego materiału składającego się na SWZ, w tym załączników, także tych edytowalnych podlegających modyfikacji przez wykonawców. Niedopuszczalną praktyką jest posługiwanie się w trakcie prowadzenia postępowania załącznikami do SWZ, udostępniając je tylko wybranej grupie wykonawców.

Analizując z kolei treść Formularzy przesłanych przez zamawiającego wykonawcy wybranemu w zadaniu nr 1, nie znajduje uzasadnienia informacja zamawiającego, jakby były to tylko i wyłącznie materiały poglądowe. Numery nadane poszczególnym Formularzom świadczą o tym, że były to dokumenty przygotowane bezpośrednio do tego konkretnego

postępowania określone w Rozdziale 3 SWZ pn.: Formularze dotyczące spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu/ wykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Są to podstawowe dokumenty podmiotowe, potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz wykazanie braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Nie sposób zatem uznać twierdzenia zamawiającego, że są to jedynie przykłady, wzory czy inne temu podobne nieistotne załączniki. Opisane są również dokładnie tak samo jak inne formularze oficjalnie załączone do SWZ, zawierają nr postępowania, pełną nazwę, instrukcje przepisane z SWZ, uwagi zamawiającego zapisane w SWZ, warunki udziału, które należy spełnić wraz z konkretnymi ich źródłami w SWZ czy wymagania dotyczące osób czy sprzętu. Nie ma mowy zatem o tym, aby były to przypadkowe, czy przykładowe tylko dokumenty.

Odwołujący 1 podkreślił, że ujawnione zostało to wszystkim zainteresowanym dopiero po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty i udostępnieniu wykonawcom protokołu postępowania wraz z załącznikami, w tym korespondencją z wykonawcami. Wtedy też okazało się, że zamawiający wzywając do złożenia ww. oświadczeń przekazał wykonawcy wezwanemu, jako załączniki do wezwania, także ww. Formularze do SWZ, nigdzie wcześniej nie opublikowane i nieudostępnione na stronie postępowania.

Analiza treści Formularzy nie pozostawia wątpliwości, że zamawiający z siebie tylko wiadomych powodów (prawdopodobnie przez niedopatrzanie), nie udostępnił całej dokumentacji zamówienia na stronie postępowania i próbując „naprawić” ten błąd oraz zapewne uznając, że zostanie on niezauważony, przestał brakujące Formularze jedynie wykonawcy wezwanemu, podając niezgodnie z rzeczywistością, że jest to jedynie materiał pomocniczy, gdy w rzeczywistości analiza treści dokumentów nie pozostawia żadnych wątpliwości, iż stanowią one integralną część SWZ i powinny być zostać udostępnione wraz z całością dokumentacji przetargowej.

Działając w ten sposób, zamawiający ograniczył dostęp do dokumentacji postępowania bez ustawowej podstawy prawnej, co stoi w sprzeczności z zasadą jawności postępowania

i wymogiem art. 18 ust. 2 Pzp. Główną zasadą jest, że SWZ udostępnia się poprzez jej publikację na stronie internetowej postępowania. W ten sposób wszystkie zainteresowane podmioty mogą samodzielnie pobrać SWZ bezpośrednio ze strony internetowej, co zapewnia możliwe najszybszy dostęp do dokumentu zamówienia. Zamawiający nie mogą w żaden sposób ograniczyć tego dostępu, żądać opłat czy też warunkować możliwość pobrania SWZ np. obowiązkiem podania jakichkolwiek danych czy też założenia specjalnego konta, czy też bycia autorem najwyższej ocenionej oferty. Zasadą jest także, że w ten sposób udostępnia się kompletną SWZ, wraz ze wszystkimi załącznikami oraz powiązаныmi dokumentami. SWZ

musi być dostępna na stronie internetowej postępowania przez cały okres trwania postępowania,

tj. od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym UE przynajmniej do dnia udzielenia zamówienia. W przypadku, gdy nie doszło do udzielenia zamówienia, SWZ powinna być dostępna do dnia unieważnienia postępowania. Odwołujący przywołał w tym miejscu uchwałę z 28 kwietnia 2017 r., sygn. akt: KIO/KD 14/17, w której stwierdzono, że brak publikacji ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji na stronie internetowej narusza zasadę jawności postępowania, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co jednocześnie uniemożliwia zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Skutkiem tych naruszeń było uznanie, że zamawiający powinien był unieważnić przedmiotowe postępowanie w oparciu o przesłankę wskazaną w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp z 2004 r.

Odwołujący 1 stwierdził także, iż ustalenie, czy w danym postępowaniu wystąpiła wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, powinno być dokonywane przede wszystkim poprzez odniesienie określonego naruszenia przepisów ustawy Pzp do przyczyn, z powodu których zawarta umowa podlega unieważnieniu, określonych w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp. Wady te stanowią konsekwencję znaczących uchybień w stosowaniu przepisów odnoszących się do prowadzenia postępowania, spowodowanych przez zamawiającego. Do zastosowania tego przepisu wystarczające jest ustalenie, że umowa może podlegać unieważnieniu (tzw. nieważność względna umowy). Nie jest wymagane ustalenie, że umowa będzie bezwzględnie nieważna, tj. od momentu jej zawarcia, ale należy brać pod uwagę również przypadki zawarcia umowy obarczonej nieważnością bezwzględną, np.

z przyczyn określonych w art. 58 kodeksu cywilnego. W ocenie odwołującego 1 wskazane braki w publikacji SWZ poprzez zaniechanie publikacji Formularzy, dotyczących wykazania spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz wykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania stanowi naruszenie istotne i jednocześnie uniemożliwiające zawarcie ważnej umowy naruszenie przepisów ustawy Pzp, tym samym ziszcila się przesłanka będąca podstawą do unieważnienia niniejszego postępowania.

Swoje odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnieśli także w dniu 14 października 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia:

Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne i Handlowe „COM-D” Sp. z o.o., S. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe S. K. w spadku z siedzibą lidera w Jaworze - sprawa o sygn. akt KIO 3042/21 (dalej „odwołujący 2”), od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego, podjętej w zadaniu 2,

polegającej na zaniechaniu unieważnienia postępowania w sytuacji, kiedy obarczone jest ono niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z ostrożności procesowej, w przypadku nieuwzględnienia powyższego zarzutu, odwołujący 2 zarzucił również, że zamawiający niezgodnie z przepisami ustawy Pzp dokonał czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy: P.U.H. „RUTEX” G. R. z siedzibą w Nowej Rudzie w sytuacji, kiedy oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu i podlega odrzuceniu.

Odwołujący 2 zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 133 ust. 1 w zw. art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 2 oraz art. 18 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez brak publikacji całości dokumentacji specyfikacji warunków zamówienia - dalej „SWZ” to jest Formularzy, stanowiących załączniki do SWZ: Wykaz zdolności technicznej lub zawodowej - Wiedza i doświadczenie Formularz oznaczony 3.4. Wykaz zdolności technicznej lub zawodowej - potencjał techniczny; Formularz 3.5. Wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego; Formularz 3.6. Oświadczenie wykonawcy, w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej; Formularz 3.7. Oświadczenie wykonawcy

o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp (JEDZ) Formularz 3.8. niezbędnej wszystkim oferentom do przygotowania ofert oraz pełnoprawnego uczestnictwa w postępowaniu, uniemożliwiając przez to pełny i nieograniczony dostęp do dokumentacji postępowania, co spowodowało prowadzenie postępowania w sposób częściowo niejawny (dostęp do części dokumentów uzyskali tylko niektórzy, wybrani wykonawcy), niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także ograniczenie dostępu do dokumentacji postępowania w przypadku nie wynikającym z ustawy, co stanowi istotną oraz nieusuwalną wadę postępowania, której nie da się sanować poprzez wysłanie niektórym tylko wykonawcom biorącym udział w postępowaniu brakujących dokumentów postępowania, uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego;

2. art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. 133 ust. 1 w zw. art. 16 pkt. 1 oraz art. 17 ust. 2 i art. 18 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania w sytuacji, kiedy zaistniała przesłanka w postaci wystąpienia niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, wynikającej z braku opublikowania całości dokumentacji postępowania w postaci załączników do SWZ tj. Formularzy składanych jako podmiotowe środki dowodowe, podczas gdy obowiązek udostępnienia pełnego SWZ na

stronie internetowej wynika z przepisów bezwzględnie obowiązujących, a zatem nie ma możliwości odstąpienia od realizacji tego obowiązku, czy też zrealizowania go w inny sposób;

3. art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy wybranego do przedstawienia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, w sytuacji kiedy zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów;

4. art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt b ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wybranego niespełniającego warunków udziału w postępowaniu wskazanego w rozdziale 8.2.4.1 SWZ tj. nie dysponuje wymaganym doświadczeniem w zakresie usług polegających na zimowym utrzymaniu dróg krajowych lub wojewódzkich klasy minimum G, przez okres dwóch sezonów zimowych, o długości w każdym sezonie co najmniej: Zadanie nr 2 - 46 km; co oznacza, że wykonawca ten nie posiada doświadczenia w realizacji zadań objętych zamówieniem, co skutkować będzie w najlepszym razie ich nieprawidłową realizacją i biorąc pod uwagę wagę zadań tj. zapewnienie bezpiecznego poruszania się po drogach krajowych w tym węzłach komunikacyjnych, jest nieakceptowalne i stoi w sprzeczności z celem udzielenia zamówienia publicznego;

5. art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, czyli podlega wykluczeniu a jego oferta odrzuceniu; w związku z manipulacją liczbą sprzętu, którym dysponuje, w wyniku czego doprowadził do błędnego przyznania mu maksymalnej liczby punktów w kryterium oceny ofert, podczas gdy właściwa ilość punktów w tym kryterium to 0 pkt;

6. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia w sytuacji kiedy kluczowe z uwagi na cenotwórczość składnik odbiegają znacząco od cen rynkowych oraz co istotne od cen oferowanych na rynku przez wykonawcę wybranego i nie dają gwarancji wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia;

7. art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 128 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez wybór najkorzystniejszej oferty niezgodnie z przyjętymi kryteriami oceny ofert, określonymi w dokumentach

zamówienia, w sytuacji kiedy wykonawcy wybranemu niesłusznie przyznano 40 pkt w kryterium pozacenowym „Sprzęt” podczas gdy zgodnie ze złożonymi dokumentami oferta ta powinna otrzymać 0 pkt, a to z uwagi na fakt, że składając dokumenty podmiotowe na wezwanie zamawiającego wykonawca przedstawił Formularz 3.5, potwierdzający co prawda spełnienie przez niego warunku udziału w postępowaniu (minimalne kryteria zawarte w rozdz. 8.2.4 pkt 2b SWZ), ale jednocześnie nie potwierdzający spełnienia kryterium oceny ofert w zakresie kryterium pozacenowego

„Sprzęt” uzasadniającego przyznanie 40 pkt; ustawa Pzp dopuszcza bowiem określenie jako kryterium oceny ofert także właściwości podmiotowych wykonawcy, pod warunkiem, że kryterium oceny ofert w brzmieniu proponowanym przez zamawiającego będzie niewątpliwie w całości związane z przedmiotem zamówienia, tak jak w tym przypadku; tym samym dokumenty podmiotowe składane w postępowaniu będą potwierdzały nie tylko spełnienie warunków udziału w postępowaniu określanych jako minimalne, ale także będą stanowiły weryfikację prawdziwości oświadczeń złożonych w zakresie kryterium poza cenowego; wobec powyższego w niniejszym postępowaniu zamawiający winien był po otrzymaniu Formularza 3.5 zweryfikować przyznaną wykonawcy wybranemu ilość punktów w kryterium poza cenowym z 40 pkt do 0 pkt, ponieważ nie było podstaw do wzywania wykonawcy wybranego do wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp z uwagi na to, że dokument podmiotowy w postaci Formularza 3.5 Wykaz zdolności technicznej lub zawodowej - potencjał techniczny potwierdzał spełnienie warunków udziału i nie budził wątpliwości, natomiast jego rolą nie jest potwierdzanie spełnienia kryterium oceny ofert do czego doprowadził wbrew dyspozycji art. 128 ust. 3 ustawy Pzp swoim wezwaniem zamawiający, wręcz przeciwnie Formularz 3.5 wykazał, że oświadczenie w Formularzu 2.2.B jest nieprawdziwe i należy zweryfikować przyznaną liczbę punktów, a nie umożliwiać wykonawcy wybranemu podnoszenie liczby przyznanych punktów.

Odwolujący 2 wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp a w sytuacji nieuwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą zarzutu dotyczącego braku unieważnienia oraz rozpatrywania kolejnych zarzutów wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania ponownie czynności badania i oceny ofert, odrzucenia oferty wykonawcy wybranego a także dokonania zwrotu na rzecz odwołującego kosztów spowodowanych wniesieniem niniejszego odwołania, w szczególności kosztów wpisu od odwołania i kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych.

Odwolujący 2 sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania.

Uzasadniając zarzuty dotyczące zaniechania unieważnienia postępowania w sytuacji, kiedy zaistniała przesłanka w postaci wystąpienia niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego podnosił, że 30 sierpnia 2021 r. zamawiający wezwał firmę P.U.H. „RUTEX” G. R. (dalej „RUTEX”) do złożenia dokumentów w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału oraz w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia czyli dokumentów podmiotowych, przekazując mu przygotowane przez siebie formularze, które nie zostały wcześniej przez zamawiającego opublikowane, a stanowiły załączniki do SWZ. 3 września 2021 r. wykonawca ten przekazał dokumenty na wezwanie zamawiającego, sporządzone na formularzach przekazanych przez zamawiającego wraz z pismem z 30 sierpnia 2021 r. Dnia 29 września 2021 r. zamawiający, działając w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę do wyjaśnienia rozbieżności w zakresie liczby nośników do solarek i pługów - rok produkcji minimum 2005 oraz 2000 - deklarowanych przez niego w Wykazie zdolności technicznej lub zawodowej - potencjał techniczny i w Formularzu Kryteria pozacenowe. Dnia 29 września 2021 r. wykonawca złożył wyjaśnienia, załączając skorygowany przez siebie Formularz 3.5. Pismem z 5 października 2021 r. zamawiający poinformował o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej w zadaniu nr 2. Dalej przytoczył argumentację analogiczną, jak opisywana w odwołaniu złożonym w sprawie o sygn. akt KIO 3041/21.

Uzasadniając zarzuty odwołania w zakresie, w jakim wskazywał na to, że cena w ofercie wybranego wykonawcy jest rażąco niska przypomniał, że w świetle ugruntowanego orzecznictwa i dorobku doktryny należy uznać, że ceną rażąco niską jest cena nierealistyczna, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalająca

na wygenerowanie przez niego zysku. W orzecznictwie wskazywano, iż o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę.

W ocenie odwołującego 2 istotna, z punktu widzenia niniejszego postępowania, jest podnoszona w orzecznictwie, kwestia różnic pomiędzy poszczególnymi ofertami. Najczęściej bowiem wszyscy koncentrują się na dużych różnicach pomiędzy cenami poszczególnych

wykonawców, gdy w rzeczywistości może okazać się, że różnica zaledwie kilkuset tysięcy złotych świadczyć będzie o tym, że niższa zaafektowana kwota jest rażąco niska. Bardzo konkretnie na ten temat wypowiedziała się Izba w wyroku KIO z 25 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 1257 /21 wskazując, że o tym, czy mamy do czynienia z ceną rażąco niską, decyduje każdorazowo badanie, czy jest ona realna, tj. każdorazowe odniesienie danej ceny do konkretnego przedmiotu zamówienia, jego specyfiki oraz rynku danego rodzaju zamówienia. W jednym bowiem przypadku kilkunastoprocentowa różnica cenowa pomiędzy złożonymi w postępowaniu ofertami może świadczyć o cenie rażąco niskiej, w innym zaś - wprost przeciwnie, różnice w cenie oferty nawet przekraczające 30 % w stosunku do średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert czy w odniesieniu do szacunkowej wartości zamówienia - mogą być w danych okolicznościach uzasadnione.

Badając ofertę wybranego wykonawcy odwołujący zwrócił uwagę i przeanalizował następujące fakty i dane, które wskazują na nierynkowy charakter zaproponowanej ceny. Wykonawca RUTEX w okresie od lipca 2021 do września 2021 roku złożyła oferty na 4 zadania, dotyczące usługi zimowego utrzymania dróg w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego tj. (1) Zimowe utrzymanie dróg wojewódzkich na terenie Dolnośląskiej Służby Dróg i Kolei we Wrocławiu w latach 2021-2024 z podziałem na zadania. Zadanie nr 1 - Obwód Drogowy Łądek Zdrój organizowanym przez Dolnośląską Służbę Dróg i Kolei we Wrocławiu - termin składania ofert: 27 września 2021 r. określanym dalej jako „Łądek Zdrój”; (2) Zimowe utrzymanie dróg wojewódzkich na terenie Dolnośląskiej Służby Dróg i Kolei we Wrocławiu w latach 2021-2024 z podziałem na zadania. Zadanie nr 3 - Obwód Drogowy Ścinawka Średnia organizowanym przez Dolnośląską Służbę Dróg i Kolei we Wrocławiu - termin składania ofert: 27 września 2021 r. określanym dalej jako „Ścinawka Średnia”; (3) Zimowe utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu Rejon w Wałbrzychu w sezonach zimowych 2021/2022, 2022/2023, 2023/2024 w podziale na zadania: Zadanie nr 2 Rejon w Wałbrzychu Obwód Utrzymania Dróg Bolków organizowanym przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych

i Autostrad oddział we Wrocławiu - termin składania ofert: 17 sierpnia 2021 r. - określanym dalej jako „Bolków”; (4) Zimowe utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu Rejon w Kłodzku w sezonach zimowych 2021/2022, 2022/2023, 2023/2024 w podziale na zadania - Zadanie nr 2 Rejon w Kłodzku Obwód Drogowy w Bystrzycy Kłodzkiej organizowanym przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad oddział we Wrocławiu - termin składania ofert: 27 lipca 2021 r. - określanym dalej jako „Bystrzyca Kłodzka”.

Wspólnym mianownikiem powyższych zadań jest formularz ofertowy (kosztorys ofertowy), złożony z kluczowych pozycji kosztorysowych takich jak: „praca nośnika/ pługopiaskarki/ pługoposypywarki”, „odśnieżanie chodników” oraz „odśnieżanie z posypywaniem chodników”. Są to pozycje cenotwórcze, mające znaczący wpływ na końcową cenę zadania. Zestawiając te składniki, należy wskazać, że są one wycenione następująco:

- 1) Praca nośnika / pługopiaskarki / pługoposypywarki: Łądek Zdrój 453,70 zł./ h netto; Ścinawka Średnia 435,19 zł/ h netto; Bystrzyca Kłodzka 500,00 zł/ h netto; Bolków 395,00 zł/ h netto;
- 2) Posypywanie chodników: Bystrzyca Kłodzka 0,80 zł./ m² netto; Bolków 0,15 zł./ m² netto;
- 3) Odśnieżanie z posypywaniem chodników: Bystrzyca Kłodzka 0,90 zł./ m² netto; Bolków 0,20 zł./ m² netto.

Biorąc pod uwagę dwa ostatnie czynniki oraz ilości zadań do wykonania łatwo wyliczyć, że w ofercie RUTEX przy zastosowaniu rynkowych wartości składników „brakuje” prawie 4 500 000,00 zł., która to urealniona kwota stawia wykonawcę na dalekim miejscu w postępowaniu przetargowym.

Kolejnym kluczowym czynnikiem cenotwórczym jest cena jednostkowej godziny pracy pługosolarki (solarka+pług+nośnik). Prawidłowa kalkulacja tego składnika obejmuje szereg czynników, powodujących w niektórych przypadkach wykładniczy wręcz wzrost ceny tego elementu. Każdy wykonawca, kalkulując ten element musi wziąć pod uwagę podstawowe czynniki cenotwórcze, takie jak: odległość drogi od bazy wykonawcy i wiążące się z tym koszty również dodatkowych etatów, o czym niżej, odległość zaplecza warsztatowego od

drogi, dysponowanie sprzętem własnym. RUTEX znajduje się w bardzo dalekiej, gdyż około 60 km odległości od Obwodu Bolków, wobec czego sam dojazd pracowników od siedziby wykonawcy do obwodu zajmuje ponad godzinę, bez uwzględnienia warunków zimowych. Biorąc pod uwagę czas pracy kierowcy, wynoszący zgodnie z normami krajowymi maksymalnie 12 godzin, nie jest możliwa obsługa jednego sprzętu przy pomocy 2 kierowców w trybie ciągłym, gdyż każdy z kierowców przeznacza na dojazd co najmniej 2 godziny. Kalkulacja musi zatem obejmować 3 osoby w trybie ciągłym. Ponadto w przypadku awarii sprzętu firmy RUTEX niezbędna będzie interwencja zewnętrznej firmy serwisowej, co niesie za sobą dodatkowe koszty obsługi.

Kolejnym czynnikiem, wpływającym w tym przypadku na cenę jednostkową jest deklaracja RUTEX, odnośnie podstawy dysponowania sprzętem do zimowego utrzymania dróg, zgodnie z którą większość sprzętu, jaki będzie zaangażowany do przedmiotowego postępowania, nie jest własnością wykonawcy wybranego (leasing, najem), co powoduje konieczność wkalkulowania dodatkowych kosztów najmu czy leasingu w jednostkową pracę

sprzętu. Nie bez znaczenia jest również czynnik doświadczenia w utrzymaniu dróg krajowych na poziomie wskazanym w SWZ.

Brak doświadczenia wykonawcy wybranego w zakresie utrzymania dróg krajowych jest również kluczowym elementem podczas realizacji usługi. Odwołujący 2, jako wieloletni wykonawca w zakresie realizacji przedmiotowego zadania jest doskonale przygotowany na ryzyko, jakie niesie za sobą utrzymanie drogi w tak wysokim standardzie. W przypadku wystąpienia niekorzystnych warunków atmosferycznych reakcja musi być natychmiastowa, co w przypadku RUTEX nie jest możliwe, chociażby z uwagi na odległość. Powyższe czynniki wpływają na ukształtowanie ceny jednostkowej pracy sprzętu, zatem cena jednostkowa, zaoferowana przez wykonawcę wybranego, stanowi z całą pewnością cenę rażąco niską, nierealną w przypadku tego konkretnego przetargu.

Odwołujący 2 wskazał, że tak zaniżona w stosunku do realnych kosztów cena, spowoduje poniesienie rażącej straty w przypadku wystąpienia opadów śniegu lub innych zimowych warunków pogodowych (a przecież na takie warunki ma zostać udzielone zamówienie). Zamawiający, który jest podmiotem profesjonalnie zajmującym się tym rodzajem działalności tj. nadzoruje drogi i ma doświadczenie powinien być po otrzymaniu kosztorysu od wykonawcy wybranego powziąć poważne wątpliwości, biorąc pod uwagę wszystkie informacje, zawarte w ofercie, a następnie wezwać wykonawcę wybranego do złożenia szczegółowych wyjaśnień, kalkulacji i dowodów stanowiących podstawę takiej kalkulacji. Podkreślił, że zamawiający dysponował na chwilę składania ofert cenami jednostkowymi zaoferowanymi przez RUTEX na innych zadaniach. Przykładowo, w przypadku przetargu na obwód Bystrzycy Kłodzkiej cena jednostkowa zaoferowana przez tego wykonawcę wynosi 500,00 zł. za godzinę pracy, a przecież Bystrzyca Kłodzka znajduje się o kilkadziesiąt kilometrów bliżej siedziby RUTEX niż obręb Bolków. Przyjmując chociażby cenę 500,00 zł. za godzinę pracy sprzętu RUTEX powinien był skalkulować w kosztorysie kwotę 6 000 000,00 zł. czyli o 1 260 000,00 zł. wyższą niż w kosztorysie.

Zaoferowanie ceny na poziomie zbliżonym do innych wykonawców nie oznacza, że dany podmiot jest w stanie wykonać przedmiot za taką cenę z uwagi na konkretne indywidualne cechy. Tak samo, jak szczególne warunki mogą wpływać u poszczególnych wykonawców na obniżenie ceny, tak samo szczególne warunki - tak jak wskazano powyżej, mogą powodować wzrost kosztów innego wykonawcy i w rezultacie nie pozwalają mu wykonać zamówienia w kosztach takich jak inne podmioty. Temu właśnie służy badanie oferty i zawartych w niej informacji, co czego zobligowany jest zamawiający. Wskazanie tylko tych trzech elementów powoduje, że oferta RUTEX powinna być, jeśli byłaby na poziomie rynkowym, wyższa o minimum 5 760 000,00 zł.

Odwołujący 2 podnosił także zarzut, że RUTEX nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w związku z faktem, iż nie dysponuje wymaganym doświadczeniem w zakresie usług polegających na zimowym utrzymaniu dróg krajowych lub wojewódzkich klasy minimum G, przez okres dwóch sezonów zimowych, o długości w każdym sezonie co najmniej: Zadanie nr 2 - 46 km, gdyż zadanie utrzymania ma być realizowane w standardzie II ZUD, a RUTEX realizował do tej pory zadania ZUD głównie w standardzie III i IV - co sam potwierdził wskazując w dokumentach mających potwierdzić spełnienie warunków udziału w postępowaniu długość zrealizowanych dróg w ilości 67,518 km, co odpowiada długości dróg realizowanych w standardzie III i IV z pominięciem standardu II - w SWZ dla tego przetargu suma kilometrów obsługiwanych dróg w danym sezonie to 99 161 km. Natomiast w niniejszym przetargu wymagana jest realizacja ZUD w standardzie II, co oznacza, że RUTEX nie posiada doświadczenia w realizacji zadań objętych zamówieniem, co skutkować będzie w najlepszym razie ich nieprawidłową realizacją i biorąc pod uwagę wagę zadań tj.

zapewnienie bezpiecznego poruszania się po drogach krajowych w tym węzłach komunikacyjnych, jest nieakceptowalne i stoi w sprzeczności z celem udzielenia zamówienia publicznego. Odwołujący 2 wskazał w tym miejscu, że nie można tutaj podnosić kwestii interpretacji warunku skoro sam wykonawca, podając odpowiednio zmniejszoną, niepełną liczbę kilometrów obsługiwanych w niższym standardzie klasy G w ten sposób warunek zrozumiał, zinterpretował oraz przedstawił zamawiającemu powołując się na to konkretne zamówienie.

Odwołujący 2 twierdził ponadto, że wykonawcy RUTEX niesłusznie przyznano 40 pkt w kryterium poza cenowym „Sprzęt”, podczas gdy zgodnie ze złożonymi dokumentami jego oferta powinna otrzymać 0 pkt. Składając dokumenty podmiotowe na wezwanie zamawiającego, RUTEX przedstawił Formularz 3.5 potwierdzający co prawda spełnienie przez niego warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego sprzętu (minimalne kryteria zawarte w rozdz. 8.2.4 pkt 2b SWZ), ale jednocześnie nie potwierdzający, a de facto przeczący spełnieniu kryterium oceny ofert w zakresie kryterium pozacenowego „Sprzęt” uzasadniającego przyznanie 40 pkt. Ustawa Pzp dopuszcza bowiem określenie jako kryterium oceny ofert także właściwości podmiotowych wykonawcy, pod warunkiem, że kryterium oceny ofert w brzmieniu proponowanym przez zamawiającego będzie niewątpliwie w całości związane z przedmiotem zamówienia, tak jak w tym przypadku. W konsekwencji dokumenty podmiotowe składane w postępowaniu będą potwierdzały nie tylko spełnienie warunków udziału w postępowaniu określanych jako minimalne, ale także będą stanowiły weryfikację prawdziwości oświadczeń złożonych w zakresie kryterium poza cenowego. Wobec powyższego w niniejszym postępowaniu zamawiający winien był po otrzymaniu Formularza 3.5 zweryfikować przyznaną wykonawcy wybranemu ilość punktów w kryterium pozacenowym z 40 pkt do 0 pkt.

Nadto odwołujący 2 stwierdził, że nie było podstaw do wzywania wykonawcy wybranego do wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp z uwagi na to, że dokument podmiotowy w postaci Formularza 3.5 Wykaz zdolności technicznej lub zawodowej - potencjał techniczny, potwierdzał spełnienie warunków udziału w postępowaniu i nie budził wątpliwości, natomiast jego rolą nie jest potwierdzanie spełnienia kryterium oceny ofert, do czego doprowadził wbrew dyspozycji art. 128 ust. 3 ustawy Pzp swoim wezwaniem zamawiający. Wręcz przeciwnie Formularz 3.5 wykazał, że oświadczenie w Formularzu 2.2.B jest nieprawdziwe i należy zweryfikować przyznaną liczbę punktów, a nie umożliwić wykonawcy wybranemu niejako podnoszenie liczby przyznanych punktów. Dodatkowo odwołujący 2 wskazał na fakt użycia nieprawdziwych informacji przez RUTEX, które mogły wprowadzić zamawiającego w błąd i wpłynąć na decyzje zamawiającego, co de facto się stało, ponieważ jak wskazano powyżej, podając nieprawdziwe informacje odnośnie posiadanego sprzętu - różnice w Formularzach 2.2.B i 3.5, które wykonawca sam wypełnił - wpłynęły na decyzję zamawiającego odnośnie ustalenia wypełnienia przez niego kryterium poza cenowego oceny ofert, przyznania ilości punktów i ostatecznej oceny oferty.

Odwołujący 2 wskazał, że w niniejszej sprawie mamy do czynienia z sytuacją, w której wykonawca wybrany celowo wprowadził zamawiającego w błąd w Formularzu 2.2.B i Formularzu 3.5, manipulując według uznania treścią tych załączników, co zostało opisane powyżej, i uzyskując bezpodstawnie zawyżoną ocenę w zakresie kryterium poza cenowego.

Zamawiający, działając na podstawie art. 524 ustawy Pzp, poinformował wykonawców 15 października 2021 r. o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania

do złożenia przystąpienia. Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili (1) wykonawca: I. K. i M. K. Usługi Transportowo - Mechaniczne „ARTMAR” S.C. z siedzibą w Wałbrzychu, zgłaszając przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3041/21; (2) wykonawca: G. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.U.H. „RUTEX” G. R. z siedzibą w Nowej Rudzie, zgłaszając przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3042/21.

Przystępujący w sprawie o sygn. akt KIO 3042/21, złożył do akt sprawy pismo procesowe z 29 października 2021 r., w którym wniósł o oddalenie odwołania jako niezasadnego oraz zaprezentował swoje stanowisko odnośnie zarzutów i argumentacji odwołującego, zawartej w treści złożonego odwołania. Na rozprawie oświadczył, że stanowisko zawarte w piśmie pozostaje aktualne także w sprawie o sygn. akt KIO 3041/21.

Odwołujący w sprawie o sygn. akt KIO 3042/21, na posiedzeniu w dniu 3 listopada 2021 r. oświadczył, że cofa zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt b ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wybranego niespełniającego warunków udziału w postępowaniu wskazanego w rozdziale 8.2.4.1 SWZ tj. w zakresie dysponowania

wymaganym doświadczeniem. Izba umorzyła postępowanie w tym zakresie, orzekając w pkt 1 sentencji wyroku.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania przesłaną przez zamawiającego, a także po zapoznaniu się z odwołaniem, pismem procesowym przystępującego (dotyczącym spraw o sygn. akt KIO 3041/21 i KIO 3042/21) a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującym przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący ubiegają się o udzielenie przedmiotowego zamówienia i złożyli swoje oferty w postępowaniu na część 1 (odwołujący w sprawie o sygn. akt KIO 3041/21), na część 2 (odwołujący w sprawie o sygn. akt KIO 3042/21). Gdyby potwierdziły się zarzuty odwołującego 1, to postępowanie

o udzielenie tego zamówienia zostałoby unieważnione, a następnie ponownie ogłoszone ze spełnieniem wszystkich wymogów ustawy Pzp, w którym odwołujący 1 mógłby wziąć udział, wygrać postępowanie i uzyskać możliwość realizacji zamówienia. Z kolei zarzuty sformułowane przez odwołującego 2 zmierzały w pierwszej kolejności do unieważnienia przedmiotowego postępowania, co prowadziłoby do skutków analogicznych jak w przypadku odwołującego 1. Ponadto odwołujący 2 wskazywał na inne uchybienia zamawiającego w tym postępowaniu, a gdyby zarzuty w tym zakresie potwierdziły się oferta wybrana dla części 2 zamówienia zostałaby odrzucona i oferta odwołującego 2, która została sklasyfikowana na drugim miejscu zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza. Także w sytuacji gdyby zamawiający dokonał oceny ofert w sposób wskazywany przez odwołującego 2 i przyznał wykonawcy, którego oferta została oceniona najwyżej 0 pkt w kryterium pozacenowym, to odwołujący 2 uzyskałby najwyższą liczbę punktów i to jego oferta byłaby najkorzystniejsza. W takim wypadku to z odwołującym 2 podpisana zostałaby umowa na realizację zamówienia, tym samym mógłby je wykonać i osiągnąć zysk z tego tytułu.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy.

Izba dopuściła dowody wnioskowane przez odwołującego i złożone na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że przedmiotem postępowania, zgodnie z opisem zamieszczonym w ogłoszeniu o zamówieniu i SWZ jest zimowe utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu Rejon w Wałbrzychu w sezonach zimowych 2021/2022, 2022/2023, 2023/2024 w podziale na zadania: Zadanie nr 1 - Rejon w Wałbrzychu Obwód Drogowy Wałbrzych;

Zadanie nr 2 - Rejon w Wałbrzychu Obwód Utrzymania Dróg Bolków.

Ponadto ustalono, że w postępowaniu swoje oferty w zadaniu 1 złożyli wykonawcy: (1) Przedsiębiorstwo Usługowo - Produkcyjne i Handlowe "COM-D" Sp. z o. o. z siedzibą w Jaworze, który zaoferował za realizację zamówienia cenę 19 760 749,50 zł. brutto; (2) Usługi Transportowo-Mechaniczne ARTMAR z siedzibą w Wałbrzychu, który zaproponował cenę 10 773 188,70 zł brutto (dalej „ARTMAR”). Z kolei w zadaniu 2 oferty złożyli wykonawcy:

(1) Konsorcjum - Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne i Handlowe „COM-D” Sp. z o.o. z siedzibą w Jaworze; Usługi Transportowe S. K. w spadku z siedzibą w Czarnym Borze, które zaoferowało za realizację zamówienia cenę brutto 14 518 516,56 zł.; (2) P.U.H. „RUTEX” G. R. z siedzibą w Nowej Rudzie (dalej „RUTEX”) z ceną ofertową: 13 513 136,70 zł. brutto.

Sygn. akt KIO 3041/21

Izba uznała, że w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący 1 podnosił zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 133 ust. 1 w zw. art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 2 oraz art. 18 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez brak publikacji całości dokumentacji SWZ w postaci Formularzy, stanowiących załączniki do SWZ, które jak twierdził były niezbędne wszystkim wykonawcom do przygotowania ofert oraz pełnoprawnego uczestnictwa w postępowaniu. W ten sposób zamawiający uniemożliwił pełny i nieograniczony dostęp do dokumentacji postępowania, co spowodowało prowadzenie postępowania w sposób częściowo niejawny, niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. W konsekwencji, w ocenie odwołującego 1, postępowanie to

w części 1 należało unieważnić. Jako podstawę prawną wskazywał przepis art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, który znajduje zastosowanie z tego powodu, że brak opublikowania całości dokumentacji postępowania w postaci załączników do SWZ powoduje, że postępowanie obciążone jest taką wadą, niemożliwą do usunięcia, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba nie podzieliła tego stanowiska z następujących powodów. W pierwszej kolejności należy podkreślić, że aby zastosować przesłankę, wynikającą z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp konieczne jest stwierdzenie, że w postępowaniu wystąpiła niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Do jej zastosowania konieczne jest ustalenie, że: (1) w postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie (wada postępowania); (2) naruszenie to stanowi wadę niemożliwą do usunięcia; (3) wada postępowania skutkuje brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Z kolei ustalenie, czy w danym postępowaniu wystąpiła wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, powinno być dokonywane poprzez odniesienie określonego naruszenia przepisów ustawy do przyczyn, z powodu których zawarta umowa podlega unieważnieniu, określonych w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp. Wskazać również należy, że przesłanki powyższe należy interpretować ściśle, unieważnienie postępowania nie jest bowiem celem prowadzenia postępowania. Celem tym jest zawarcie umowy z wykonawcą, który w stopniu najwyższym spełnił wymagania zamawiającego (jego oferta została uznana za najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert opisanych w SWZ).

W kontekście powyższego istotne jest jednak, że aby zamawiający mógł unieważnić postępowanie, stosując przesłankę art. 255 pkt 6 ustawy Pzp musimy mieć do czynienia z wadą postępowania. Dodatkowo jednak nie może to być jakiegokolwiek naruszenie przepisów ustawy Pzp ale takie, które powoduje, że nie jest możliwe zawarcie w tym postępowaniu niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W ocenie Izby taka wada w tym postępowaniu nie zaistniała.

Nie doszło w niniejszym przypadku do naruszenia wymienionych w treści odwołania przepisów, w szczególności art. 133 ust. 1 ustawy Pzp, co miało stać się uzasadnieniem i podstawą do czynności unieważnienia postępowania. Zgodnie z tym przepisem zamawiający zapewnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do SWZ, od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu, nie krócej niż do dnia udzielenia zamówienia. Zawartość minimalną SWZ ustawodawca opisał w art. 134 ustawy Pzp i próżno w tym przepisie szukać obowiązku

zamieszczenia przez zamawiającego wzorów dokumentów i oświadczeń, jakie wykonawcy mają złożyć na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub braku podstaw do wykluczenia ich z postępowania. Zamawiający często praktykują takie rozwiązania, chcąc z jednej strony ułatwić wykonawcom sporządzanie tych dokumentów, z drugiej zaś strony ułatwia to zamawiającym dokonanie oceny zamieszczonych w tych formularzach danych. W takich wypadkach rzeczywiście zamawiający załączają przedmiotowe formularze do SWZ i publikują je na stronie internetowej. Nie może jednak stanowić podstawy zarzutu fakt, że w niniejszej sprawie zamawiający od tego odstąpił. Przy czym podkreślić należy, że zamawiający załączył do SWZ wszystkie wzory dokumentów, których złożenia oczekiwał od wykonawców na etapie składania ofert (formularz oferty, kosztorysy ofertowe, oświadczenia składane na potrzeby oceny oferty w przyjętych kryteriach oceny ofert itp.).

Zamawiający zastosował w niniejszym postępowaniu procedurę odwróconą, co oznacza, że w pierwszej kolejności dokonał oceny ofert zgodnie z kryteriami opisanymi w SWZ, a następnie wezwał wykonawcę, który został oceniony najwyżej do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Bez znaczenia zatem w niniejszej sprawie dla decyzji zamawiającego co do tego, który wykonawca został oceniony najwyżej, pozostaje brak załączonych do SWZ formularzy, które na tym etapie postępowania nie były konieczne. Zamawiający wezwał następnie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych (pismo z 30 sierpnia 2021 r.) załączając jednocześnie wzory następujących formularzy i oświadczeń: 1. Wykaz zdolności technicznej lub zawodowej - Wiedza i doświadczenie (Formularz 3.4.); 2. Wykaz zdolności technicznej lub zawodowej - Potencjał techniczny (Formularz 3.5.); 3. Wykaz zdolności technicznej lub zawodowej - Wykaz osób (Formularz 3.6.); 4. Oświadczenie Wykonawcy,

w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej (Formularz 3.7.); 5. Oświadczenie Wykonawcy o aktualności informacji

zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp (Formularz 3.8.). W treści wezwania zaznaczył jednak, że stanowią one jedynie „materiał pomocniczy i mogą być wykorzystane przez wykonawcę”. W treści każdego z załączników zawarł dodatkowe informacje, że jest to „propozycja/ wzór”.

Nie ulega zatem wątpliwości, że wezwany wykonawca mógł skorzystać z załączonych do wezwania wzorów, ale takiego obowiązku nie miał. Co jednak kluczowe, w treści załączonych przez zamawiającego formularzy znalazły się wyłącznie te elementy, okoliczności i informacje, które wynikały z treści SWZ. Zostały one jedynie przez zamawiającego zebrane w jednym dokumencie i przygotowane jako wzorcowy druk, co jednak nie zmienia faktu,

że miały charakter czysto odtwórczy i wykonawca z łatwością mógłby takie dokumenty sporządzić samodzielnie, opierając się na treści SWZ.

Błąd, który dostrzegł odwołujący, a dotyczący tego, że inna była treść warunku w zakresie doświadczenia w treści SWZ, inna we wzorze formularza przekazanym ARTMAR nie jest okolicznością, która wpływa na ocenę tego zarzutu. Treść formularza nie modyfikuje w żaden sposób treści warunku udziału w postępowaniu, w dalszym ciągu wiążące są w tym zakresie postanowienia SWZ. Ponadto błąd ten był tego rodzaju, że gdyby ARTMAR zastosował się do wzoru musiałby wykazać się doświadczeniem nie w okresie ostatnich 5 lat (zgodnie z postanowieniem SWZ), ale w okresie do 3 lat. Postanowienie SWZ zostało zatem zmodyfikowane w sposób, który był niekorzystny dla wykonawcy wezwanego do złożenia dokumentów.

Zamawiający nie przekazał ARTMAR żadnych nowych informacji czy treści, które nie byłyby znane wszystkim ubiegającym się o to zamówienie wykonawcom. SWZ została zamieszczona na stronie internetowej, każdy ubiegający się o to zamówienie wykonawca miał do niej dostęp, zaś przesłane wzory formularzy nie zawierały żadnych nowych elementów, które nie pochodziłyby z udostępnionej wszystkim wykonawcom na równych zasadach SWZ, nie modyfikowały też zapisów SWZ w żadnym zakresie, ani nawet nie stanowiły dodatkowego wyjaśnienia jej treści.

Nie sposób zatem dopatrzeć się w działaniach zamawiającego naruszenia zasad, opisywanych w przepisach ustawy Pzp. Działanie zamawiającego nie miało też i nie mogło mieć żadnego wpływu na przebieg i wynik postępowania. Warunki udziału w postępowaniu, sposób ich opisanie, wymagania w zakresie konieczności złożenia podmiotowych środków dowodowych nie uległy zmianie w toku postępowania, a każdy wykonawca, nawet jeśli zamawiający nie przekazałby mu wzorów oświadczeń i dokumentów, znając wymogi SWZ, mógł bez problemu przygotować odpowiedź na wezwanie zamawiającego do przedłożenia

podmiotowych środków dowodowych. Nie można zatem mówić o żadnym ograniczeniu dostępu do dokumentacji postępowania, w przypadku nie wynikającym z ustawy Pzp, co stanowić miało istotną oraz nieusuwalną wadę postępowania.

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że nie można mówić o naruszeniu w tym postępowaniu przepisów ustawy Pzp, wskazywanych przez odwołującego w treści złożonego odwołania, skutkujących sankcją w postaci konieczności unieważnienia postępowania w oparciu o art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. W konsekwencji, zarzuty podnoszone w odwołaniu w sprawie o sygn. akt KIO 3041/21 należało oddalić.

Sygn. akt KIO 3042/21

Izba uznała, że w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący 2, analogicznie jak odwołujący 1 podnosił zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 133 ust. 1 w zw. art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 2 oraz art. 18 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, wskazując analogiczną argumentację w tym zakresie. Z powyższych powodów, pozostają w pełni aktualne twierdzenia i wnioski zawarte w uzasadnieniu jak w sprawie o sygn. akt KIO 3041/21.

W dalszej części odwołujący 2 wskazywał również na naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, które w konsekwencji doprowadzić miały do wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę RUTEX pomimo, że wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania, a jego oferta podlega odrzuceniu.

W pierwszej kolejności Izba rozpoznała zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty RUTEX zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania RUTEX do przedstawienia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu.

Punktem wyjścia dla rozważań w tym zakresie jest treść przepisu art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, zgodnie z którym odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. W myśl natomiast art. 224 ust. 1 zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień, jeżeli cena lub koszt, lub ich istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie

z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. W tym przypadku zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów,

dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Dopiero w sytuacji, gdy wyjaśnienia te nie zostaną złożone, lub też ocena tych wyjaśnień doprowadzi zamawiającego do wniosku, że cena w ofercie jest ceną rażąco niską - zamawiający może odrzucić ofertę tego wykonawcy.

Jest to istotne o tyle, że odwołujący 2 oczekuje, aby Izba nakazała odrzucenie oferty RUTEX, jako że ta ma zawierać cenę rażąco niską, zaś czynność taka, bez uprzedniego skierowania do wykonawcy wezwania do złożenia wyjaśnień, jest niedopuszczalna w świetle obowiązujących, przytoczonych wyżej przepisów ustawy Pzp.

Dalej, zauważyć należy, co dostrzegł również odwołujący 2 w treści odwołania, ani przepisy ustawy Pzp ani dyrektywy unijne nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny, mimo że pojęcie to zostało użyte przez ustawodawcę. Punktem odniesienia w tym przypadku jest niewątpliwie przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do kosztu przewidzianego przez samego zamawiającego. Zamawiający dysponuje w tym zakresie wiedzą ekspercką, tzn. zdaje sobie sprawę z tego, co kupuje i jaka jest wartość przedmiotu zamówienia, jego obowiązkiem jest bowiem oszacowanie wartości zamówienia przed wszczęciem procedury.

W tym postępowaniu zamawiający taką wycenę sporządził i na realizację zamówienia

przeznaczył 14 562 968,64 zł., z kolei odwołujący 2 tej wyceny nie kwestionował. Dla Zadania 2, które było przedmiotem tego odwołania, złożone zostały dwie oferty - odpowiednio RUTEX z ceną 13 513 136,70 zł. oraz odwołującego z ceną 14 518 516,56 zł. Już zatem z prostego porównania tych cen wynika, że łączna różnica w cenie oferty RUTEX, w stosunku do tej podanej przez zamawiającego wynosi ok. 8%. Podobna różnica procentowa jest względem oferty odwołującego. Także różnice w cenie oferty obu tych wykonawców są nieznaczące,

a z pewnością nie przekraczają 30%, powyżej której to wartości materializuje się po stronie zamawiającego obowiązek wezwania do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

Niesporne jest zatem w sprawie, że zaproponowane w postępowaniu ceny nie obligowały zamawiającego do skierowania do RUTEX wezwania w tym przedmiocie, należało zatem rozważyć czy w niniejszej sprawie zamawiający powinien był skierować do wykonawcy takie wezwanie, albowiem powinny po jego stronie zaistnieć wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia, zgodnie z wymaganiami opisanymi w dokumentach zamówienia lub wynikające z innych przepisów. Chociaż przepis art. 224 ust. 1 ustawy Pzp z jednej strony zobowiązuje zamawiającego do zwrócenia się o wyjaśnienia do wykonawcy, gdy cena wydaje się rażąco niska i budzi wątpliwości, co do możliwości wykonania

zamówienia, z drugiej zaś, ustanawiając prawo do zwrócenia się o wyjaśnienia, uzależnia ją od określonych podejrzeń, których zamawiający winien nabrać. Jeśli takie wątpliwości po stronie zamawiającego nie zaktualizują się, to żądanie wyjaśnień w takich przypadkach należy uznać za bezpodstawne.

Odwołujący 2 swoje zarzuty opiera w dużej części na porównaniu cen jednostkowych z poz. 1 Kosztorysu cenowego - praca plugosolarki (solarka+plug+nośnik), która w ofercie RUTEX została wyceniona na 395,00 zł., w sytuacji gdy w innych ofertach przez niego składanych za podobne prace oferował cenę na poziomie od 435,19 zł. do 500,00 zł. Argumentacja taka jest chybiona przede wszystkim z tego powodu, że w każdym postępowaniu cena jednostkowa, nawet za usługi podobne, kalkulowana jest z uwzględnieniem warunków, które związane są z realizacją tego konkretnego zamówienia, stąd fakt, że w danym postępowaniu wykonanie danej usługi wyceniono na określoną kwotę nie przesądza, że taka sama wartość winna zostać zaproponowana w przypadku ubiegania się o inne zamówienie. Bez odniesienia się zatem do owych konkretnych czynników, takich jak zakres zamówienia, sposób jego realizacji, przyjętych zasad rozliczania, czy też np. czasu obowiązywania danego kontraktu, które to elementy mają przecież wpływ na sposób kalkulowania ceny - nie sposób ocenić czy różnica cen jednostkowych wynika z obiektywnych czynników, czy też jak twierdzi odwołujący 2 została obniżona do takiego poziomu, że za taką cenę realizacja zamówienia będzie nieopłacalna. Odwołujący 2 całkowicie pominał te kwestie w swoim odwołaniu.

Dowody złożone przez odwołującego 2 na rozprawie nie potwierdzają, że ceny jednostkowe tych określonych pozycji zostały przez RUTEX zaniżone. W szczególności dowód w postaci „Kalkulacji cen jednostkowych” zawiera wyliczenia, które mogą stanowić dowód na okoliczność tego, w jaki sposób odwołujący kalkulował swoją ofertę w postępowaniu i jakie ceny poszczególnych elementów składających się na realizację zamówienia oraz założenia do kalkulacji przyjął. Również inne dowody w postaci umów najmu czy leasingu sprzętu dotyczą urządzeń, z których korzysta odwołujący 2. RUTEX może w tym zakresie mieć zawarte umowy na innych korzystniejszych warunkach. Tym samym dowody te należało uznać za nieprzydatne do rozstrzygnięcia, w zakresie stawianych przez odwołującego 2 zarzutów.

Zauważyć także należy, że wskazywana przez odwołującego 2 cena jednostkowa nie odbiega w sposób znaczący od tej, którą sam zaproponował w swojej ofercie. Sam pozycję tą wycenił na kwotę 395,20 zł, a więc w jego ofercie opisywane usługi są droższe o zaledwie 0,20 zł. Niezrozumiałe są zatem twierdzenia o nierynkowym, zaniżonym charakterze tej ceny w przypadku wykonawcy RUTEX.

Analogiczną argumentację odnieść należy do innych cen jednostkowych, na których rażąco niski charakter zwraca uwagę odwołujący 2. Ceny za posypywanie i odśnieżanie chodników zarówno w jego ofercie, jak też ofercie złożonej przez RUTEX są zbliżone. RUTEX zaoferował ceny odpowiednio 0,15 zł i 0,20 zł/m², zaś odwołujący 2 odpowiednio 0,30 zł i 0,32 zł/m², co nie stanowi znacznej różnicy a jeśli odwołujący 2 twierdzi, że taka rozbieżność jest istotna to powinien wykazać z jakich powodów poziom ceny zaoferowany przez RUTEX winien wzbudzić u zamawiającego wątpliwość, podczas gdy w przypadku odwołującego 2 kalkulacja na tym poziomie jest prawidłowa i oparta na rzeczywistych

założeniach. Sama tylko argumentacja odnosząca się do tego, że RUTEX w przetargu dotyczącym rejonu Bystrzyca Kłodzka zaoferował za posypywanie i odśnieżanie chodników cenę odpowiednio 0,80 zł. i 0,90 zł/m², zaś w niniejszym postępowaniu cenę tę obniżył - nie jest okolicznością powodującą, że zamawiający powinien był nabrać wątpliwości co do rynkowego charakteru ceny zaoferowanej przez RUTEX i spowodować wszczęcie procedury wyjaśniającej z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwolujący 2 wskazuje również na inne okoliczności, które rzekomo mają świadczyć o tym, że zaproponowane ceny jednostkowe mają charakter nierynkowy jak np. duża odległość siedziby RUTEX do miejsca świadczenia usługi, w tym Obwodu Utrzymania Drogi (OUD) Bolków, w związku z czym pracownicy tej firmy muszą pokonywać znaczne odległości. Kolejnym czynnikiem, który miałby powodować, że zaproponowana cena jednostkowa w jego przypadku jest zaniżona jest deklaracja RUTEX, odnośnie podstawy dysponowania sprzętem do zimowego utrzymania dróg, zgodnie z którą większość sprzętu, jaki będzie zaangażowany do przedmiotowego postępowania, nie jest własnością wykonawcy wybranego (leasing, najem), co powoduje konieczność w kalkulowania dodatkowych kosztów najmu czy leasingu

w jednostkową pracę sprzętu. Wskazuje również na czynnik doświadczenia w utrzymaniu dróg krajowych na poziomie wskazanym w SWZ. Izba stwierdziła, że powyższe czynniki, jakkolwiek mają niewątpliwie wpływ na sposób kalkulowania ceny ofertowej, to jednak same w sobie nie powodują, że RUTEX wycenił swoją ofertę na poziomie, który nie pozwala na realizację zamówienia za ceny przez siebie zaproponowane. Odwołujący 2 nie wykazał, że jego sytuacja jest znacznie korzystniejsza od sytuacji RUTEX, który to wykonawca wycenił swoje usługi

na poziomie zbliżonym do tego, który wycenił odwołujący 2 w swojej ofercie.

Z powyższych powodów należało uznać powyższy zarzut za niepotwierdzony. W ocenie Izby nie tylko przedwczesne są zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez RUTEX, ale też nie sposób uznać, że w niniejszym postępowaniu zachodziły okoliczności, które winny były wzbudzić wątpliwości zamawiającego co do rynkowego charakteru ceny zaoferowanej przez tego wykonawcę i spowodować wszczęcie procedury wyjaśniającej z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Nie znajdują również oparcia w zebranych materiałach dowodowych zarzuty dotyczące naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd odnośnie posiadanego sprzętu, którym dysponuje ani też zarzuty naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 128 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez wybór najkorzystniejszej oferty niezgodnie z przyjętymi kryteriami oceny ofert, określonymi w dokumentach zamówienia, w sytuacji kiedy wykonawcy wybranemu niesłusznie przyznano 40 pkt w kryterium poza cenowym „Sprzęt” podczas gdy zgodnie ze złożonymi dokumentami oferta ta powinna otrzymać 0 pkt.

W pierwszej kolejności skład orzekający ustalił, że zamawiający w pkt 8.2.4 SWZ ustalił warunki udziału w postępowaniu, w tym dotyczące potencjału technicznego. Dla Zadania 2, objętego odwołaniem wymagał, aby wykonawca ubiegający się o zamówienie miał dostępne, na etapie realizacji zamówienia, następujące urządzenia techniczne: (1) Solarka+ plug średni (min. pojemność skrzyni 4 m³) - 9 szt.; (2) Plug odśnieżny średni - 6 szt.; (3) Plug wirnikowy - 1 szt.; (4) Nośniki do pługosolarek i pługów (samochody ciężarowe) (rok produkcji minimum 2000 r.) - 5 szt.; (5) Nośniki do pługosolarek i pługów (samochody ciężarowe) (rok produkcji minimum 2005 r.) - 9 szt.; (6) Nośnik do pługa średniego (ciągnik rolniczy 4x4) (rok produkcji minimum 2000 r.) - 1 szt.; (7) Równiarka - 1 szt.; (8) Ładowarka - 1 szt.; (9) Koparko-ładowarka - 2 szt.; (10) Odśnieżarko-posypywarki typu lekkiego - 4 szt.

Ponadto ustalono, że kryteriami oceny ofert w tym postępowaniu, zgodnie z pkt 21.1 SWZ były: cena o wadze 60% oraz sprzęt - waga 40%. Sposób przyznawania punktów w tym kryterium w Zadaniu nr 2 opisano w pkt 21.1.3. Przewidziano w nim, że w ramach kryterium „Sprzęt” punkty zostaną przyznane w skali punktowej od 0 do 40 punktów, na podstawie Załącznika do Oferty wykonawcy - Formularz „Kryteria pozacenowe” (Formularz 2.2.B dla Zadania 2). Formularz „Kryteria pozacenowe” stanowi przykładowy sposób opracowania. Niezłożenie Formularza „Kryteria pozacenowe” skutkować będzie przyznaniem 0 punktów w kryterium „Sprzęt”. Zgodnie z pkt. 8.2.4.2.b) Zamawiający wymaga, aby: 9 szt. nośników do pługo-solarek i pługów, wykorzystywanych do realizacji zadania, było wyprodukowanych minimum w 2005 r. 6 szt. nośników do pługo-solarek i pługów, wykorzystywanych do realizacji zadania, było wyprodukowanych minimum w 2000 r. Jeżeli wykonawca przeznaczy do realizacji przedmiotu zamówienia większą (niż wymagana w

warunku udziału w pkt. 8.2.4.2.b) liczbę nośników spełniających warunek minimalnego roku produkcji (2005r.), otrzyma dodatkowe punkty. Wykonawca, który zaoferuje łącznie 6 szt. nośników do pługo-solarek i pługów, wykorzystywanych do realizacji zadania, w tym: 9 szt.

nośników do pługo-solarek i pługów, wykorzystywanych do realizacji zadania z rokiem produkcji minimum 2005 r. i 6 szt. nośników do pługo-solarek i pługów, wykorzystywanych do realizacji zadania z rokiem produkcji minimum 2000 r. otrzyma 0 pkt. 10 szt. nośników do pługo-solarek i pługów, wykorzystywanych do realizacji zadania z rokiem produkcji minimum 2005 r. i 5 szt. nośników do pługo-solarek i pługów, wykorzystywanych do realizacji zadania z rokiem produkcji minimum 2000 r. otrzyma 10 pkt. 11 szt. nośników do pługo-solarek i pługów, wykorzystywanych do realizacji zadania z rokiem produkcji minimum 2005 r. i 4 szt. nośników do pługo-solarek i pługów, wykorzystywanych do realizacji zadania z rokiem produkcji minimum 2000 r. otrzyma 20 pkt. 12 szt. nośników do pługo-solarek i pługów, wykorzystywanych do realizacji zadania z rokiem produkcji minimum 2005 r. i 3 szt. nośników do pługo-solarek i pługów, wykorzystywanych do realizacji zadania z rokiem produkcji minimum 2000 r. otrzyma 30 pkt. 13 szt. i więcej nośników do pługo-solarek i pługów, wykorzystywanych do realizacji zadania z rokiem produkcji minimum 2005 r. i 2 szt. i mniej nośników do pługo-solarek i pługów, wykorzystywanych do realizacji zadania z rokiem produkcji minimum 2000 r. otrzyma 40 pkt. Sformułowano również następujące uwagi do kryteriów pozacenowych. Ocenie będą podlegały jedynie informacje zawarte w Formularzach „Kryteria pozacenowe” (Formularz 2.2.A i/lub Formularz 2.2.B) złożonych wraz z ofertą. Przepis art. 128 ust. 1 ustawy Pzp może mieć zastosowanie jedynie w zakresie wyjaśnienia treści złożonych ofert. W następstwie czynności złożenia wyjaśnień wykonawca nie może uzupełniać Formularza „Kryteria pozacenowe” (Formularza 2.2.A, 2.2.B) w zakresie któregośkolwiek podkryterium o dodatkowe informacje nieuwjęte w Formularzu lub dokonywać ich zmiany. Jeżeli w złożonych Formularzach 2.2.A i/lub 2.2.B „Sprzęt” Wykonawca wskaże inną liczbę nośników niż liczba wymagana zapisami SWZ, to otrzyma 0 (zero) punktów, w kryterium „Sprzęt”. Jeśli w wyniku zastosowania procedury przewidzianej w art. 128 ust. 4 ustawy Pzp w zakresie okoliczności, o których mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca dokona zmiany liczby nośników, które podlegają ocenie i punktacji w ramach kryterium „Sprzęt”, wówczas zamawiający w ramach danego kryterium nie przyzna punktów.

Dalej ustalono również, że w pkt 16 SWZ - Opis sposobu przygotowania oferty zamawiający w pkt 16.5. wskazał, że Ofertę stanowi wypełniony Formularz „Oferta” oraz niżej wymienione wypełnione dokumenty: (1) Formularz cenowy (Tom IV SWZ) dla każdego zadania; (2) Formularz „Kryteria pozacenowe” dla każdego zadania. Niezłożenie Formularza „Kryteria pozacenowe” nie będzie skutkowało odrzuceniem oferty.

W toku postępowania RUTEX, wraz z ofertą złożył Formularz „Kryteria pozacenowe”, w którym złożył oświadczenie o treści: Oświadczam, że oferuję łącznie 15 szt. nośników do pługo-solarek i pługów, które będą wykorzystane do realizacji zadania, w tym: 13 szt. i więcej nośników do pługo-solarek i pługów, które będą wykorzystane do realizacji zadania z rokiem produkcji minimum 2005r. i 2 szt. i mniej nośników do pługo - solarek i pługów, które będą wykorzystane do realizacji zadania z rokiem produkcji minimum 2000 r. Powyższe uprawniało zamawiającego do przyznania temu wykonawcy, zgodnie z pkt 21.1.3. SWZ, maksymalnej liczby tj. 40 pkt w kryterium oceny ofert „Sprzęt”.

Następnie RUTEX został wezwany, pismem z 30 sierpnia 2021 r. do złożenia podmiotowych środków dowodowych, aktualnych na dzień ich złożenia, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, w tym między innymi wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami. Odpowiadając na to wezwanie i wypełniając przekazany przez zamawiającego formularz formularz 3.5, RUTEX oświadczył, że dysponuje zgodnie z pkt. 8.2.4.2.b) SWZ 9 szt. nośników do pługo-solarek i pługów, wykorzystywanych do realizacji zadania, wyprodukowanych minimum w 2005 r. oraz 6 szt. nośników do pługo-solarek i pługów, wykorzystywanych do realizacji zadania, wyprodukowanych minimum w 2000 r. Potwierdził w ten sposób, że spełnia wymagania minimalne, które zostały opisane w treści warunku udziału w postępowaniu. Nie ulega wątpliwości, że ich spełnienie było niewystarczające do uzyskania dodatkowych punktów w kryterium oceny ofert „Sprzęt”, a za to kryterium wykonawca otrzymał maksymalną liczbę punktów.

Rozbieżność tą dostrzegł zamawiający, i pismem z 28 września 2021 r., działając w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie liczby nośników do solarek i pługów - rok produkcji minimum 2005 oraz 2000 - deklarowanych w Wykazie zdolności technicznej lub zawodowej - potencjał techniczny i w Formularzu Kryteria pozacenowe. W piśmie z 29 września 2021 r. złożonym zamawiającemu, RUTEX wyjaśnił, że wszystkie z 15 wymaganych zapisami SWZ do realizacji zamówienia nośników do pługo - solarek i pługów są z rokiem produkcji minimum

2005. Oświadczenie złożone w Formularzu „Kryteria pozacenowe” (Formularz 2.2.B) jest więc zgodne ze stanem rzeczywistym. Wykonawca, wypełniając Wykaz zdolności techniczne lub zawodowe - potencjał techniczny (Formularz 3.5), zasugerował się treścią formularza zaproponowaną przez zamawiającego oraz zapisami SWZ dotyczącymi warunków udziału w postępowaniu i nie dokonał jego stosownej modyfikacji. Jednocześnie RUTEX przesłał w załączeniu zmodyfikowany Wykaz.

Przystępujący w swoich wyjaśnieniach potwierdził zatem, że złożone przez niego wraz z ofertą oświadczenie jest zgodne ze stanem rzeczywistym. Wyjaśnił również okoliczności,

w jakich doszło do sytuacji, w której zaistniała rozbieżność pomiędzy tym oświadczeniem a treścią Wykazu.

Mając na uwadze powyższe, w pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że niezasadne są zarzuty odwołującego 2 w zakresie, w jakim podnosił, że zamawiający winien odrzucić ofertę RUTEX, gdyż ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd odnośnie posiadanego sprzętu, którym dysponuje. Przy czym odwołujący stawiając przedmiotowy zarzut nie twierdził, że RUTEX nie dysponuje taką liczbą sprzętu lub, że będący w jego dyspozycji sprzęt ma datę produkcji wcześniejszą niż 2005 r., ale swój zarzut opiera na odmiennej treści oświadczenia złożonego przez niego celem potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Z uwagi na ciężar gatunkowy zarzutu wprowadzenia w błąd nie można uznać przedmiotowego za wykazany, jeżeli opiera się wyłącznie na gołosłownym oskarżeniu czy wątpliwościach formułowanych przez innego wykonawcę. Nie ulega również wątpliwości, iż ciężar dowodu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, zaś postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasad kontradyktoryjności, zatem to strony, w tym przypadku odwołujący 2, obowiązane są przedstawiać dowody. Izba nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (tak wyrok SN z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok SN z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97). Zgodnie zaś z dyspozycją art. 534 ust. 1 ustawy Pzp obowiązkiem stron jest wskazanie dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą korzystne dla siebie skutki prawne. Ciężar dowodu (w rozumieniu art. 6 kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ustawy Pzp) w zakresie wykazania zasadności twierdzeń odwołania niewątpliwie obciąża odwołującego 2, jako podmiot który kwestionuje rzekome zaniechania zamawiającego. Odwołujący 2, poza niczym niepopartym stwierdzeniem, że RUTEX wprowadził zamawiającego w błąd, bo nie dysponuje wymaganym sprzętem, swojej tezy w żaden sposób nie uzasadnił, ani tym bardziej nie udowodnił. Z uwagi na powyższe zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 pkt a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty RUTEX należało oddalić.

Izba uznała również za niezasadne zastrzeżenia odwołującego 2 w zakresie, w jakim podnosił, że zamawiający naruszył przepisy art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 128 ust. 3 i 4 ustawy Pzp dokonując wyboru oferty RUTEX w sposób niezgodny z przyjętymi kryteriami oceny ofert. W jego ocenie wykonawcy temu niezasadnie przyznano 40 pkt w kryterium pozacenowym „Sprzęt”, podczas gdy zgodnie ze złożonymi dokumentami oferta ta powinna otrzymać 0 pkt.

Zgodnie z treścią SWZ zamawiający zamierzał przyznać wykonawcom punkty w ramach kryterium „Sprzęt”, w skali punktowej od 0 do 40 punktów, na podstawie Załącznika do Oferty wykonawcy - Formularz „Kryteria pozacenowe” (Formularz 2.2.B dla Zadania 2). RUTEX przedmiotowy formularz złożył wraz z ofertą i na jego podstawie zamawiający przyznał temu wykonawcy maksymalną liczbę punktów w ramach tego kryterium. Co należy podkreślić oświadczenie to w toku całego postępowania nie podlegało żadnym wyjaśnieniom i nie uległo zmianie.

Z kolei Formularz 3.5, nie był oświadczeniem przedstawionym na potrzeby oceny ofert w kryterium oceny ofert, lecz stanowił on podmiotowy środek dowodowy. Z uwagi na to, że zamawiający nabrał w tym zakresie wątpliwości, miał prawo i obowiązek wyjaśnić je w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, co w niniejszej sprawie uczynił. Wątpliwości co do treści złożonego Formularza 3.5, choć niewątpliwie wyniknęły z porównania jego treści z treścią oświadczenia złożonego przez RUTEX na potrzeby oceny oferty w kryterium „Sprzęt”, dotyczyły wątpliwości w zakresie odnoszącym się do tego, czy wykonawca poprawnie wypełnił Formularz 3.5, a nie czy oświadczenie składane wraz z ofertą odpowiadało rzeczywistości, co odwołujący 2 sugeruje.

Nie było zatem podstaw do zmiany przyznanej RUTEX punktacji, który złożył

wyjaśnienia, które potwierdziły, że spełnia on zarówno warunek udziału w postępowaniu, jak i mogą mu zostać przyznane punkty w kryterium oceny ofert „Sprzęt”. Brak jest podstaw do przyjęcia, że oświadczenie złożone w Wykazie jest tym prawidłowym w sytuacji, gdy składając swoje oświadczenie odnośnie dysponowania sprzętem wraz z ofertą RUTEX był świadom w jakim celu oświadczenie to składa i jakie konsekwencje wynikają z faktu złożenia oświadczenia o określonej treści. Z kolei składając Wykaz, który miał potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu miał prawo uznać, że wynikać ma z niego wyłącznie okoliczność spełnienia wymagać SWZ w stopniu minimalnym. Jakkolwiek niewątpliwie popełnił w tym zakresie błąd, wyjaśnił go jednak wezwany przez zamawiającego, nie zmieniając przy tym treści złożonego oświadczenia co do liczby sprzętu, którym dysponuje. Skoro zatem wyjaśnienia wykonawcy potwierdziły, że zasadnie zostały mu przyznane punkty w kryterium oceny ofert, to owo uchybienie popełnione w zakresie wskazania całego sprzętu, którym dysponuje, a nie wyłącznie tego, który ma potwierdzać, że spełniony został warunek udziału w postępowaniu, pozostaje bez wpływu na decyzję zamawiającego w zakresie przyznanych RUTEX 40 pkt w kryterium oceny oferty.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący

Członkowie: