Sygn. akt: KIO 2568/22

WYROK

z dnia 12 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak
Katarzyna Odrzywolska
Anna Osiecka-Baran

Członkowie:

Protokolant:

Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 października 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 września 2022 r. przez

Odwołującego - Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych „MIKST" Spółka z

ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Gdańska 69a, 07-100 Węgrów, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, ul. Mińska 25, 03-808 Warszawa

przy udziale

Wykonawcy - ZABERD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Bystrzycka 24, 54-215 Wrocław zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika Zamawiającego.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2022 r., poz. 1710 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 2568/22

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

W postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym przez Zamawiającego - GDDKiA

Oddział w Warszawie na „Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych

zarządzanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie w podziale na 3 zadania: Zadanie nr 1 - Rejon w Płocku, Zadanie nr 2 - Rejon w Siedlcach, Zadanie nr 3 - Rejon w Zwoleniu" (sygnatura postępowania: O/WA.D-3.2421.23.2022), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19.04.2022 r. pod numerem 2022/S 076-208047, wobec czynności polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej i zaniechaniu jej odrzucenia (oferta ZABERD Sp. z o.o.), Wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Sp. z o.o. z siedzibą w Węgrowie, wniósł w dniu 30.09.2022 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2568/22).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie niżej wymienionych przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 3) i 5) ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie i nieodrzucenie oferty Zaberd, podczas gdy z dokumentów złożonych przez tego Wykonawcę w aktach postępowania wynika, iż treść oferty tego Wykonawcy nie odpowiada treści SWZ;

2. art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp oraz art. 224 ust. 6 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Zaberd pomimo, że zawiera rażąco niską cenę oferty w stosunku do

przedmiotu zamówienia, a realia rynkowe nie uzasadniają podanej w ofercie ceny;

3. art. 224 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp - przez zaniechanie wezwania wykonawcy Zaberd do udzielenia wyjaśnień zaoferowanej ceny, pomimo, że istotne elementy składowe ceny mają charakter rażąco niskich w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą zasadnicze wątpliwości co do możliwości wykonania za nie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia i zgodnie z obowiązującymi przepisami;

4. art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w związku z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zwanej dalej jako "uznk"), przez zaniechanie odrzucenia oferty Zaberd pomimo, że oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na manipulowaniu cenami istotnych elementów zamówienia, w oderwaniu od wartości rynkowej świadczeń;

5. art. 128 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Zaberd do uzupełnienia wykazu osób w zakresie doświadczenia Z-cy Kierownika ds. Utrzymania, ponieważ w przekazanym na wezwanie Zamawiającego wykazie osób Zaberd powołało się na

dysponowanie osobą pana R. M., który w latach 2015 - 2018 pełnił funkcję

Kierownika robót, a nie Kierownika Utrzymania w ramach zadania „Kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie dróg krajowych województwa małopolskiego w zakresie Części nr 1 obejmującej kompleksowe utrzymanie dróg krajowych Rejonu Kraków", co w konsekwencji doprowadziło do przyznania
Zaberd w ramach tego kryterium 4 pkt, a nie 1 pkt;

6. art. 226 ust. 1 pkt 2) lit b i c ustawy Pzp przez jego niezastosowanie i nieodrzucenie oferty Zaberd, podczas gdy Wykonawca ten na wezwanie Zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, nie złożył skutecznie referencji, ponieważ nie sposób stwierdzić, czy dokument ten został prawidłowo podpisany elektronicznie, ewentualnie także art. 128 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Zaberd do wyjaśnień w tym przedmiocie;

7. art. 226 ust. 2 lit. c w zw. z art. 218 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy

Pzp przez brak odrzucenia oferty Zaberd, pomimo iż Zaberd nie przedłożył w terminie prawidłowego podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu, potwierdzającego okoliczność, o której mowa w pkt 8.2.3. SWZ tj. posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej na kwotę 3.500.000 zł, albowiem przedłożone przez Zaberd zaświadczenia z banku PKO BP z dnia 6 września 2022 r., banku BNP Paribas Bank Polska według stanu na dzień 5 września 2022 r., pochodzą z różnych rachunków i (jak wynika z treści oświadczeń) dotyczą różnych dni wobec czego ujawnione w nich środki mogły stanowić tą samą kwotę swobodnie przenoszoną między ww. rachunkami celem sztucznego sprawienia pozoru posiadania większej ilości środków.

8. art. 16 ustawy Pzp przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zasady przejrzystości i proporcjonalności, przejawiające się w szczególności w traktowaniu w sposób uprzywilejowany wykonawcy Zaberd i dokonanie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, pomimo iż Wykonawca ten nie wykazał, iż oferta przez niego złożona spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz w sytuacji, gdy oferta ta powinna zostać odrzucona.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty Zaberd, dokonania ponownego badania ofert i dokonanie wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał na niedoszacowanie pozycji związanych z zimowym utrzymaniem w

tabeli 10b (czynności ZUD - oferta nie pokrywa kosztu zakupu soli, a niedoszacowanie kosztów materiału ma sięgać kwoty 9.200.000 zł netto), tabeli 10c (ZUD - chodniki). Ceny jednostkowe powinny być wyjaśnione, jako istotne części składowe na podstawie art. 224 ust. 1 Ustawy. Rażącą dysproporcję cen widać przy porównaniu zaproponowanych cen w zadaniu - Rejon w Siedlcach.

Zaberd zamierza wykonać zamówienie za pomocą podwykonawców (obecnie nieznani), za wyjątkiem zastrzeżonego do osobistego wykonania - zarządzania kontraktem.

Zdaniem Odwołującego złożenie oferty z ceną niedoszacowaną wyczerpywać ma przesłankę

uznania oferty za niezgodną z warunkami zamówienia, co powinno prowadzić do jej odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy. Ponadto, oferta złożona została w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na manipulowaniu cenami istotnych elementów zamówienia, w oderwaniu od wartości rynkowej świadczenia.

Zamawiający miał dodatkowo dopuścić się zaniechania wezwania do uzupełnienia wykazu osób, w celu potwierdzenia doświadczenia osoby wskazanej do pełnienia funkcji Z-cy Kierownika ds. Utrzymania Dróg, ocenianego w kryterium oceny ofert.

Odwołujący zakwestionował podmiotowy środek dowodowy - referencję, kwestionując

skuteczność podpisu elektronicznego w dacie składania oświadczenia woli - certyfikat

podpisu utracił ważność przed terminem składania ofert. Nie można zweryfikować, czy dokument został podpisany w okresie ważności certyfikatu.

Odwołujący zakwestionował złożone zaświadczenia z banków, mające potwierdzić

posiadanie środków finansowych lub zdolność kredytową na kwotę 3.500.000,00zł

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca Zaberd Sp. z o.o. Uczestnik w piśmie z 11.10.2022 r. odniósł się szczegółowo do zarzutów odwołania, wnosząc o jego oddalenie w całości.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniu zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.), obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zwana dalej Ustawą.

Odwołanie nie podlegało odrzuceniu i takich wniosków również nie formułowano w pismach procesowych, jak i w toku posiedzenia niejawnego przed otwarciem rozprawy.

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o

dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym postanowienia swz, jak również

ofertę ZABERD Sp. z o.o.

Izba ustaliła i zważyła.

Zamawiający prowadzi postępowanie na świadczenie usługi całorocznego (bieżącego i zimowego) utrzymania dróg krajowych z podziałem na 3 zadania: Rejon w Płocku, Rejon w Siedlcach, Rejon w Zwoleniu. Oferty można było składać w odniesieniu tylko do jednej części. Zamawiający przewidział na sfinansowanie zamówienia kwotę 309.327.669,33 zł brutto, co w podziale na zadania odpowiada kwotom: 109.272.713,12 zł brutto (zadanie nr 1), 105.172.946,54 zł brutto (zadanie nr 2), 94.882009,67 zł brutto (zadanie nr 3).

Zgodnie z pkt 16.5 IDW ofertę stanowi formularz „Oferta" wraz z dokumentami: Tabela Elementów Rozliczeniowych (TER), formularz „Kryteria pozacenowe" (jego niezłożenie nie skutkuje odrzuceniem oferty). Cena oferty wyliczana jest w oparciu o TER i musi uwzględniać wszystkie pozycje TER. Zgodnie z pkt 17.6 IDW dla każdej pozycji wyszczególnionej w formularzu, jeśli składają się na nią elementy o zróżnicowanych kosztach, jednolita stawka powinna zostać skalkulowana na zasadzie uśrednienia kosztów.

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu ustalił warunki udziału w postępowaniu w podziale na każde zadanie. W zadaniu nr 2 w odniesieniu do posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej Zamawiający wymagał w wysokości nie mniejszej niż 3.500.000 PLN. W celu wykazania spełnienia tego warunku należało złożyć informację z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed jej złożeniem.

Warunki udziału w postępowaniu zostały również opisane w IDW - pkt 8 i następne.

W odniesieniu do personelu Zamawiający wymagał udziału w wykonaniu zamówienia 1 osoby na stanowisku Zastępcy Kierownika ds. Utrzymania Dróg posiadającego doświadczenie zawodowe:

Minimum 12 miesięcy doświadczenia, w tym min. 1 sezon zimowy, przy realizacji 1 lub 2 zadań polegających na bieżącym i zimowym utrzymaniu dróg obejmujących co najmniej 70 km dróg klasy min. G na stanowisku/stanowiskach ds. koordynacji/nadzorowania/kierowania pracami związanymi z utrzymaniem dróg

lub

Minimum 5 miesięcy doświadczenia przy realizacji 1 zadania polegającego na zimowym utrzymaniu dróg obejmujących co najmniej 70 km dróg klasy min. G na

stanowisku/stanowiskach ds. koordynacji/nadzorowania/kierowania pracami związanymi z utrzymaniem dróg oraz minimum 7 miesięcy doświadczenia przy realizacji: 1 lub 2 zadań polegających na bieżącym utrzymaniu dróg obejmujących co najmniej 70 km dróg klasy min. G na stanowisku/stanowiskach ds. koordynacji/ nadzorowania/kierowania pracami związanymi z utrzymaniem dróg.

Za doświadczenie wynoszące jeden sezon zimowy Zamawiający uzna doświadczenie trwające 5 pełnych miesięcy w okresie od 15 października danego roku do 31 marca roku

następnego.

Opis kryteriów oceny ofert zamieszczony został w pkt 21 IDW w poszczególnych podpunktach.

W opisie sposobu dokonywania oceny ofert w ramach podkryterium „Kwalifikacje zawodowe Z-cy Kierownika ds. Utrzymania Dróg" (pkt 2.2.2) Zamawiający wskazał:

W tym podkryterium ocenie podlegać będzie doświadczenie osoby wskazanej do pełnienia funkcji Zastępcy Kierownika ds. Utrzymania Dróg w koordynowaniu prac związanych z utrzymaniem dróg, obejmujących co najmniej 70 km dróg klasy min. G na stanowisku Kierownika ds. Utrzymania Dróg lub Z-cy Kierownika ds. Utrzymania Dróg lub Koordynatora Utrzymania Dróg. Punkty zostaną przyznane za każdy pełny rok doświadczenia (12 miesięcy), ponad wymaganie postawione w warunkach udziału w postępowaniu. W przypadku gdy wykazane zadania były realizowane równolegle w tym samym czasie, dublujące się okresy doświadczenia nie będą sumowane.

Maksymalna liczba punktów możliwych do uzyskania w tym podkryterium to 4 (za 5 lat doświadczenia - 60 miesięcy).

Stosownie do pkt 21.1 ppkt 2.2.2 IDW Formularz „Kryteria pozacenowe" w zakresie podkryterium „Kwalifikacje zawodowe personelu" nie stanowi dokumentu składanego w celu potwierdzenie spełnienia warunków, o których mowa w art. 124 ustawy pzp.

Zaberd złożył ofertę na zadanie nr 2 - Rejon w Siedlcach oferując wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę brutto 97.151.020,61 zł zgodnie z załączoną do oferty tabelą elementów rozliczeniowych (TER) - zestawienie zbiorcze. TER zawiera szczegółowe rozbicie cen jednostkowych w podziale na poszczególne grupy prac: nawierzchnia, pobocza i pasy rozdziału, korpus drogi, odwodnienie, chodniki i ścieżki rowerowe, oznakowanie, urządzenia BRD, estetyka, urządzenia wspomagające, zimowe utrzymanie dróg (tabele 10a, 10b i 10c), zarządzanie kontraktem.

Wykonawca Zaberd w formularzu 2.2 „Kryteria pozacenowe" w podkryterium 2.2 Kwalifikacje zawodowe Z-cy Kierownika ds. Utrzymania Dróg, wskazał Pana R. M. opisując doświadczenie zdobyte przy dwóch zadaniach, jako kierownika robót przez 3 okresy zimowe w warunkach umowy na „Kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie dróg krajowych województwa małopolskiego - w zakresie Części 1 obejmuje kompleksowe utrzymanie dróg krajowych Rejonu Kraków" oraz jako Zastępca Kierownika ds. Utrzymania Dróg oraz Kierownik ds. Utrzymania Dróg przez 3 okresy zimowe w ramach umowy na „Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych województwa małopolskiego w zakresie części nr 1 obejmuje utrzymanie dróg krajowych Rejonu Kraków". Łącznie wykazane doświadczenie obejmuje 71 miesięcy.

Zamawiający wystąpił do rejonu Dróg w Krakowie o potwierdzenie wykonywania zadań przez Pana R. M. jako Z-cy Kierownika ds. Utrzymania Dróg w zadaniu nr 1 i nr 2 na stanowisku

związanym z realizacją czynności polegających na bezpośredniej

koordynacji/nadzorowaniu/kierowaniu pracami związanymi z utrzymaniem dróg. Takie potwierdzenie zdobytego doświadczenia otrzymał (mail z 14.07.2022 r.). Zamawiający uznał, iż doświadczenie w koordynowaniu prac związanych z utrzymaniem dróg, łącznie trwało prawie 8 lat (od 07.10.2014 r., do 30.04.2022 r.) w okresie pełnienia funkcji Kierownika robót i Kierownika ds. Utrzymania.

Zamawiający na podstawie wykazu osób przyznał ofercie Zaberd 4 pkt w przedmiotowym kryterium pozacenowym „Kwalifikacje zawodowe personelu".

W celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4.1 IDW Zaberd złożył wykaz usług obejmujący dwie usługi wykonane na rzecz GDDKiA Oddział w Gdańsku wraz z poświadczeniem należytej realizacji usług (podpisane elektroniczne przez K. M.. W dokumencie podpisanym elektronicznie znajduje się potwierdzenie należytej

realizacji usług świadczonych przez ZABERD S.A. (której następca prawnym jest ZABERD Sp. z o.o.) na rzecz GDDKiA Oddział w Gdańsku.

Zamawiający w dniu 20.09.2022 r. poinformował wykonawców o wyborze w zadaniu 2 zamówienia oferty Zaberd Sp. z o.o. Na zadanie nr 2 złożone zostały 4 oferty z cenami od

85.765.243,70 zł do 169.288.474,11 zł.

Odwołujący załączył poświadczenie weryfikacji podpisu elektronicznego K. A. M. złożonego 10.03.2022 r. pod dokumentem - poświadczenie GDDKiA Gdańsk kompleks utrzym DK.pdf. W szczegółach weryfikacji znajduje się informacja o statusie certyfikatu: Zweryfikowano warunkowo pozytywnie, a dalej o utracie ważności certyfikatu. Ponadto na osi czasu zostały zamieszczone punkty oznaczające początek i koniec ważności certyfikatu (od 31.03.2020 r. do 01.04.2022 r.), czas złożenia podpisu (zielona kropka) oraz czas weryfikacji (niebieska kropka). Z informacji tych wynika, że podpis został złożony w okresie ważności certyfikatu, tj.

w dniu 10.03.2022 r., natomiast weryfikacja podpisu została dokonana po upływie ważności certyfikatu, tj. w dniu 29.09.2022 r.

Zamawiający przedłożył raport z weryfikacji podpisu elektronicznego, potwierdzający prawidłowość podpisu złożonego w dniu 10.03.2022 r. przez Pana K. A. M. działającego z ramienia GDDKiA Oddział w Gdańsku.

W celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności finansowej i ekonomicznej wykonawca ZABERD załączył dwa zaświadczenia z banków potwierdzające środki zgromadzone na rachunkach według stanu na dzień 05.09.2022 r.:

- zaświadczenie PKO Bank Polski S.A. z 06.09.2022 r. o stanie środków wynoszącym na

dzień 05.09.2022 r. 1.951.366,99 PLN;

- zaświadczenie BNP Paribas Bank Polska S.A. z 06.09.2022 r. o saldzie na dzień

05.09.2022 r. wynoszącym 2.924.814,72 PLN.

Przystępujący po stronie Zamawiającego przedstawił dowody - faktury zakupu soli drogowej w cenie 260/t z września 2022 r.

Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego o powołanie biegłego, który miałby wydać opinię na okoliczność ustalenia, czy poszczególne kwestionowane w odwołaniu ceny jednostkowe zawierają wszystkie składniki cenotwórcze zgodnie z wymogami swz oraz czy oferta wykonawcy Zaberd zawiera ceny nierynkowe, ceny poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia, ceny poniżej kosztów zakupu oraz czy wykonawca Zaberd uwzględnił w ofercie wymogi ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

Uwzględniając podstawę faktyczną zarzutów, jak również zakres opinii wyznaczony tezą dowodową skład orzekający uznał, iż wniosek dowodowy został zgłoszony dla zwłoki i nie jest przydatny dla rozstrzygnięcia o zarzutach. W tym zakresie dobitnie istotę dowodu z opinii biegłego wyłożył Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 28.02.2022, sygn. akt KIO XXIII Zs 154/21 wskazując, iż jest nią ocena zgromadzonego materiału dowodowego z uwzględnieniem wiadomości specjalnych, a nierzadko też prawidłowa identyfikacja faktów. Biegły nie tylko może dokonać oceny faktów, ale też pozwala sądowi ustalić fakty, dla których wymagane są wiadomości specjalne. Bezprzedmiotowe jest wyjaśnienie skomplikowanych kwestii technicznych jeśli są one nieprzydatne dla rozstrzygnięcia sporu. Słuszną jest ocena, że taki dowód niejako z ostrożności procesowej jest zgłoszony wyłącznie dla zwłoki. Rolą strony jest precyzyjne zakreślenie tezy dowodowej. Biegły jest zobowiązany do korzystania z zebranego materiału dowodowego i nie ma uprawnień do dokonywania ustaleń faktycznych we własnym zakresie. Do dokonywania wszelkich ustaleń w procesie powołany jest sąd, a nie biegły. Nie mogą być uznane za dowód wypowiedzi biegłego wykraczające poza ustawowo określone jego zadania. Sąd nie jest związany opinią w zakresie jego wypowiedzi odnośnie, do zastrzeżonych do wyłącznej kompetencji sądu, kwestii ustalenia i oceny faktów. Dowód z opinii biegłego powinien zostać przeprowadzony i ma znaczenie dopiero wówczas, gdy sąd uzna, że dotychczasowe rezultaty przeprowadzonego postępowania dowodowego nie prowadzą do wyjaśnienia faktów istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy.

Przenosząc powyższe na ocenę wniosku dowodowego skład orzekający uznał, iż to biegły

miałby zastąpić Odwołującego we wskazaniu podstawy faktycznej zarzutów, co prowadziłoby faktycznie do uzupełnienia odwołania o nowe okoliczności, które nie zostały przez Odwołującego zidentyfikowane w środku odwoławczym. Tym samym dowód ten nie mógł być przydatny do rozstrzygnięcia kwestii mających znaczenie z punktu widzenia ceny oferty wybranej.

Izba oddaliła odwołanie w całości.

Zarzuty odnosiły się do oferty wybranej, w tym duża ich część dotyczyła zaoferowanej ceny, z czego Odwołujący wywodził szereg naruszeń jakich miał dopuścić się Zamawiający w trakcie badania tej oferty i jej wyboru. Oddalając w tej części odwołanie Izba uznała, iż Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie twierdzeń stanowiących podstawę zarzutów.

W szczególności należy wskazać, iż zarzuty związane z ceną oferty wybranej zostały oparte wyłącznie na przekonaniu Odwołującego o niedoszacowaniu kosztów zimowego utrzymania, które nie zostało w żaden sposób uprawdopodobnione. Odwołujący ograniczył się wyłącznie do porównania w sposób wybiórczy cen zaoferowanych w wybranym elemencie świadczenia, co nie dawało podstawy do uznania zasadności podejrzenia zaoferowania rażąco niskiej ceny całej oferty. W zasadzie wskazanie na rażąco niską cenę zostało w odwołaniu sprowadzone do kosztów materiałów - soli drogowej, co zostało w sposób dostateczny podważone przez Przystępującego dowodami złożonymi na rozprawie (bieżące faktury zakupu). Odwołujący ze swojej strony nie przedstawił żadnego dowodu na wysokość kosztów zakupu materiału odwołując się na rozprawie w tym zakresie do ustnej oferty, co nie może być przyjęte jako dowód w sprawie. Ponadto, jak słusznie wskazał Przystępujący w piśmie procesowym analiza ceny oferty nie mogła być sprowadzona do porównywania wybranych cen jednostkowych, z pominięciem pozycji, na które rozkładały się koszty świadczenia. Odwołujący nie przedstawił argumentacji pozwalającej uznać, iż ceny wskazane w zestawieniu miałyby przesądzać o cenie oferty jako rażąco niskiej.

Ponieważ zarzuty związane z ceną oferty wybranej nie wykraczały poza przypuszczenia Odwołującego, Izba nie miała podstaw do stwierdzenia, iż Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów, w szczególności przez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 Ustawy. Różnica w cenie oferty wybranej do średniej cen oraz szacowanej przez Zamawiającego wartości zamówienia nie osiągnęła wysokości ustawowej, obligującej Zamawiającego do skierowania takiego wezwania, a Odwołujący nie przedstawił żadnego przekonującego argumentu, który prowadziłby do stwierdzenia istnienia uzasadnienia dla powzięcia podejrzenia zaoferowania rażąco niskiej ceny. Takiego uzasadnienia nie dostarcza porównanie ceny oferty wybranej (97.151.020,61 zł) do szacunku Zamawiającego (105.172.946,54 zł), jak również średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert po poprawieniu omyłek rachunkowych (115.821.789,04 zł). Samo stwierdzenie, że cena oferty wybranej jest niższa od tych kwot nie prowadzi do wniosku, iż zasadnym jest wezwanie do jej wyjaśnienia, co mogłoby dopiero prowadzić do dalszej analizy oferty i stwierdzenia rażąco niskiej ceny. Takie wezwanie do wyjaśnień bezwzględnie wymaga powzięcia wątpliwości co do rzetelności kalkulacji, tak aby składane wyjaśnienia mogły na nie odpowiedzieć, prowadząc do obalenia podejrzenia rażąco niskiej ceny.

Odwołujący formułując zarzut zaniechania odrzucenia oferty wybranej nie sprecyzował w czym upatruje niezgodności oferty z wymaganiami zamówienia. Niezgodności treści oferty wywodził wyłącznie z okoliczności rzekomego zaniżenia kosztów świadczenia usługi w zakresie zimowego utrzymania, co miałoby uzasadniać uznanie, że świadczenie nie będzie realizowane zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Należy w tym miejscu wyraźnie podkreślić, iż niezgodność z warunkami zamówienia wymaga zidentyfikowania po pierwsze oczekiwanej wytycznej, z jaką oferta miałaby pozostawać w sprzeczności, a następnie wykazania, że faktycznie oferta nie odpowiada na potrzeby Zamawiającego. W sytuacji, gdy podstawą takiego zarzutu miałaby być wycena elementu świadczenia, to po stronie Odwołującego spoczywał ciężar wykazania, iż nie odpowiada on warunkom opisanym w swz. W niniejszej sprawie Odwołujący ograniczył się li tylko do porównania cen z ofert, które nie dostarczały informacji o tym w jaki sposób wycena miała mieć przełożenie na sposób świadczenia usługi. Ponadto, przedstawione przez Przystępującego dowody - faktury zakupu materiału - soli drogowej, czyniły bezzasadnym założenie, na jakim budował zarzut Odwołujący, a dotyczące rynkowego poziomu ceny tego materiału. Odwołujący nie wykazał zatem, iż świadczenie objęte kalkulacją nie odpowiada warunkom zamówienia.

Skład orzekający podziela stanowisko prawne prezentowane w piśmie Przystępującego o możliwości weryfikacji oferty z punktu widzenia parametrów świadczenia i ich zgodności z

wymaganiami w związku z zaoferowaną ceną, co wymaga powiązania z konkretnym elementem zamówienia, którego wycena może budzić wątpliwości, co do zgodności z wymaganiami zamawiającego (tak KIO w uchwale KIO/KD 18/21 z 27.09.2021 r.).

.Formułując zarzut zaniechania odrzucenia oferty wybranej na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Ustawy Odwołujący nie odniósł się w żaden sposób do przesłanek czynu nieuczciwej

konkurencji, którego miał dopuścić się wykonawca ZABERD składając ofertę tańszą od ofert dwóch innych wykonawców w postępowaniu. Ponieważ jedynym argumentem mogącym wiązać czynność złożenia oferty z popełnieniem czynu antykonkurencyjnego był ten dotyczący rzekomego zaniżenia kosztów, co do którego brak jest nawet uprawdopodobnienia okoliczności, które do takiego wniosku miałyby uprawniać, Izba uznała zarzut za gołosłowny.

Pozostałe zarzuty również nie miały uzasadnienia, a wątpliwości stanowiące ich podstawę zostały w sposób wystarczający rozwiane argumentami Zamawiającego i Przystępującego.

Odnosząc się do doświadczenia personelu ocenianego w kryterium pozacenowym, zarzut w odwołaniu dotyczył doświadczenia Pana R. M., który realizował zadania pełniąc funkcje przypisane do Kierownika robót oraz Kierownika ds. Utrzymania i Z-cy Kierownika ds. Utrzymania. Odwołujący nie kwestionował samego faktu pełnienia funkcji w okresie

pozwalającym przyznać 4 pkt w kryterium pozacenowym. Jego zastrzeżenia sprowadzały się do wskazania różnej specyfiki zadań przypisanych do stanowisk opisanych dla Kierownika robót i Kierownika lub Z-cy Kierownika ds. Utrzymania. W ocenie składu orzekającego to nie nazwa funkcji ale zakres działań realizowanych na danym stanowisku determinował zdobyte doświadczenie. Zamawiający oceniać miał doświadczenie w koordynowaniu prac związanych z utrzymaniem dróg, a to zostało potwierdzone bezpośrednio przez ówczesnego zamawiającego w odpowiedzi na pytanie skierowane od Zamawiającego. Odwołujący w zasadzie ograniczył uzasadnienie zarzutu do stwierdzenia, iż nie pozwala ono na przyznanie 4 pkt, co nie zostało w sposób dostateczny wykazane. Jedyny argument w odwołaniu dotyczy tego, że inne są zadania przypisane dla Kierownika robót i inne dla opisanych w kryterium oceny stanowisk Kierownika i Z-cy Kierownika ds. Utrzymania Dróg. Taki sposób przedstawienia uzasadnienia uniemożliwia odniesienie się do konkretnych argumentów, które uzasadniały by taką tezę.

Ponadto należy zauważyć, iż słusznie Zamawiający wskazał, iż uzyskane w tym podkryterium punkty nie miały znaczenia dla wyniku oceny oferty i wyboru oferty najkorzystniejszej. Doświadczenie personelu punktowane w kryterium nie było doświadczeniem koniecznym dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a tym samym ewentualne błędy nie prowadziłyby do odrzucenia oferty w związku z brakiem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Uwzględniając różnicę w punktach przyznanych ofercie wybranej do kolejnej oferty Odwołującego (86,35 pkt) obniżenie punktacji nawet o 4 pkt nie mogło zmienić wyniku postępowania, a tym samym nawet gdyby przyjąć, iż doszło do naruszenia zasad oceny, to nie miało ono wpływu na wynik postępowania, co na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 Ustawy prowadzić musiałoby do oddalenia odwołania.

Odnośnie referencji z 10.03.2022 r. i złożonego podpisu elektronicznego złożony przez Odwołującego dowód wskazywał, iż dokument został skutecznie podpisany w okresie ważności certyfikatu. To późniejsza weryfikacja podpisu dokonana przez Odwołującego po upływie ważności certyfikatu, powodowała wygenerowanie informacji o warunkowej pozytywnej weryfikacji podpisu. Pozostałe informacje prezentowane w dokumencie w sposób jednoznaczny prowadzą do wniosku, iż podpis pod dokumentem został złożony w okresie ważności podpisu elektronicznego. Powyższe prowadziło do oddalenia zarzutu wadliwej oceny podmiotowego środka dowodowego.

W zakresie dotyczącym zaświadczeń z banków Odwołujący również nie przedstawił przekonujących wniosków co do braku możliwości przyjęcia, iż dwa zaświadczenia z banków, potwierdzające stan środków finansowych na ten sam dzień, nie potwierdzały

wymaganej zdolności finansowej wykonawcy. Podejrzenie możliwości przeniesienia środków w tym samym dniu pomiędzy rachunkami w ocenie składu orzekającego nie zostało udowodnione i pozostaje w sprzeczności z treścią dokumentów. Oba zaświadczenia

potwierdzają bowiem stan środków na ten sam dzień, a tym samym nie ma podstaw do stwierdzenia, iż łączna kwota środków zgromadzonych na dwóch rachunkach nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Ustawy oraz art. § 5, § 8 ust. 2 pkt 1

oz. 2437).

Na poczet kosztów postępowania odwoławczego zaliczony został wpis w wysokości 15.000,00 zł. oraz koszty Zamawiającego poniesione w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika w wysokości wykazanej rachunkiem złożonym przed zamknięciem rozprawy i Izba obciążyła nimi Odwołującego.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji

Przewodniczący: .....

Członkowie: