

WYROK

Warszawa, dnia 7 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Aleksandra Patyk
Beata Pakulska - Banach
Katarzyna Paprocka

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 października 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia AVR S.A. z siedzibą w Krakowie oraz AVR S.p.A. z siedzibą w Rzymie, Republika Włoska w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: wykonawcy FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia AVR S.A. z siedzibą w Krakowie oraz AVR S.p.A. z siedzibą w Rzymie, Republika Włoska 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, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego – Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, a ponadto kwotę 409,40 zł (słownie: czterysta dziewięć złotych czterdzieści groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę;

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 4009 zł 40 gr (słownie: cztery tysiące dziewięć złotych czterdzieści groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

.....
.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, w imieniu i na rzecz którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie

o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie Rejon w Puławach – droga krajowa nr 12 i S12 na odcinku od granicy województwa mazowieckiego i lubelskiego do węzła Jastków (wraz*

z węzłem) (znak postępowania: O/LU.D-3.2421.5.2024.AK).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 marca 2024 r. pod numerem 180320-2024.

W dniu 17 października 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia AVR S.A. z siedzibą w Krakowie oraz AVR S.p.A. z siedzibą w Rzymie (Republika Włoska) [dalej „Odwołujący”] wnieśli odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 224 ust. 1, 3, 5 i 6 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 8) PZP w zw. z art. 16 pkt. 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy z uwagi na rażąco niską cenę oraz poprzez wyzwanie Wykonawcy do złożenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących tych samych zagadnień, które były przedmiotem pierwszego wezwania oraz ocenę oferty pod kątem badania rażąco niskiej ceny z uwzględnieniem dodatkowych wyjaśnień dotyczących sposobu kalkulacji

ceny oferty, podczas gdy Wykonawca był zobowiązany już w odpowiedzi na pierwsze wezwanie przedstawić kompleksowe i wyczerpujące wyjaśnienia, w tym udzielić odpowiedzi na wszystkie pytania Zamawiającego oraz przedstawić dowody, które uzasadniałyby możliwość wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę;

2. art. 224 ust. 6 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) PZP w zw. z art. art. 224 ust. 1, 3, 5 i 6 PZP w zw. z art. 16 pkt. 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, który nie przedstawił szczegółowych wyjaśnień w zakresie oczekiwanym przez Zamawiającego wraz

z dowodami, z których wynikałoby, że jest w stanie wykonać zamówienie za zaoferowaną cenę, a Zamawiający winien pominąć dodatkowe wyjaśnienia złożone przez tego Wykonawcę oraz podczas gdy zaoferowana przez Wykonawcę cena jest rażąco niska i nie pozwala na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, a złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny;

3. art. 109 ust. 1 pkt. 8 lub 10 PZP w zw. z art. oraz art. 224 ust. 1 pkt 2 lit a) PZP w zw.

z art. 224 ust. 3, 5 i 6 PZP, w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) PZP w zw. z art. 239 ust. 1 PZP oraz w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia, w konsekwencji odrzucenia oferty Wykonawcy, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa lub

co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd co do czynników, które pozwoliły na uzyskanie korzystnych warunków cenowych

i możliwości pozyskania w korzystnej cenie materiałów, na potrzeby wykonania prac

z „Grupy1 – Nawierzchnie” z uwagi na możliwość skorzystania z wytwórni masy bitumicznej spółki z grupy Wykonawcy (Budimex S.A.), położonej w miejscowości Kamień, a co rzekomo pozwalało Wykonawcy na osiągnięcie bardzo korzystnych cen tego asortymentu, a tym samym taka informacja mogła mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie dotyczącym badania ceny oferty oraz oceny ofert, podczas gdy w rzeczywistości taka wytwórnia mas bitumicznych nie istnieje, a więc Wykonawca przekazał Zamawiającemu informację wprowadzającą w błąd, która mogła mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego;

4. art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy jako niezgodnej z warunkami zamówienia co do dysponowania minimalną ilość sprzętu podstawowego do ZUD (dla gotowości w okresie: 1-19.10 oraz 16-30.04) tj. min. 4 sztuk, podczas gdy uwzględnienie w ofercie Wykonawcy min. 4 sztuk jednostek sprzętu podstawowego wraz z operatorem dla gotowości w okresie: 1-19.10 oraz 16-30.04

w cenach wskazanych w wyjaśnieniach Wykonawcy z dnia 24 maja 2024 r. powoduje, że limit kosztów gotowości wynoszący nie więcej niż 19% (pkt. 17.4 SWZ) jest przekroczony

co skutkuje automatycznie odrzuceniem oferty, (niezgodność z SWZ i OPZ (SST

D-66.01.00-Zimowe utrzymanie dróg krajowych pkt. 3.3., 5.3.1, 9.1 oraz pkt. 17.4 SWZ);

ewentualnie

5. art. 239 PZP w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) PZP w zw. z w zw. z art. 128 ust. 1 PZP art. 16 pkt 1 PZP poprzez wybór oferty Wykonawcy w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt. 8.2 pkt. 4 lit. b) ppkt. 4 [Kierownik robót drogowych] SWZ oraz poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełniania warunku udziału.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wnieśli o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania i jego uwzględnienie w całości;

2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie;

3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z 7 października 2024 r. dotyczącej wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy;

4. nakazanie Zamawiającemu:

4.1. przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu,

4.2. odrzucenia oferty Wykonawcy z uwagi na to, że wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu;

4.3. wykluczenia Wykonawcy i odrzucenie jego oferty w zw. z art. 109 ust. 1 pkt. 8 lub 10 PZP w zw. z art. 224 ust. 1 pkt. 2 lit a) PZP,

4.4. odrzucenie oferty Wykonawcy z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia

ewentualnie

4.5. nakazanie wezwania Wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w celu wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu opisanego w pkt. 8.2 pkt. 4 lit b) ppkt. 4 [Kierownik robót drogowych] SWZ;

5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów

doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Odwołujący przedstawili stan faktyczny sprawy oraz uzasadnienie zarzutów odwołania.

Zamawiający w dniu 30 października 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, ewentualnie o jego oddalenie.

W dniu 30 października 2024 r. pismo procesowe w sprawie złożył Przystępujący FBService, w którym w zakresie zarzutów 2.1. – 2.4. wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 i 5 ustawy Pzp, zaś w pozostałym zakresie o oddalenie odwołania

z uwagi na bezzasadność przedstawionej argumentacji. Ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia ww. żądania – Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości

z uwagi na bezzasadność podniesionej argumentacji.

W dniu 31 października 2024 r. do Izby wpłynęła replika Odwołujących na wnioski o odrzucenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Za bezzasadne Izba uznała wnioski Zamawiającego oraz Przystępującego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 lub 5 ustawy Pzp, tj. z uwagi na wniesienie odwołania po upływie terminu określonego w ustawie lub w związku z tym, iż odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Co do podstawy odrzucenia odwołania wskazanej w art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, to stwierdzić należy, iż Zamawiający i Przystępujący błędnie wywodzili, że podniesione przez Odwołujących zarzuty były możliwe do sformułowania i podniesienia przy podważaniu oceny ofert dokonanej w dniu 26 lipca 2024 r. Przeciwnicy Odwołujących pomijają przede wszystkim, że w tamtej dacie to oferta Konsorcjum AVR została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a oferta FBService została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 i 8 ustawy Pzp. Izba stoi na stanowisku, że obecni Odwołujący wnosząc odwołanie wobec czynności Zamawiającego dokonanych w dniu 26 lipca 2024 r. nie wypełnili przesłanek, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem na datę wniesienia odwołania nie zostałaby wykazana możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, które miałyby polegać na zaniechaniu odrzucenia oferty FBService na dodatkowych podstawach prawnych i faktycznych niż przedstawione w piśmie z dnia 26 lipca 2024 r. (por. wyrok KIO z dnia 14 października 2024 r. sygn. akt: KIO 3371/24 i orzecznictwo tam zawarte). Tym samym zdaniem składu orzekającego termin na wniesienie odwołania w okolicznościach sprawy rozpoczął swój bieg 7 października 2024 r., tj. z chwilą przekazania wykonawcom informacji o wyborze oferty FBService.

Zdaniem Izby nie została spełniona również podstawa odrzucenia odwołania, o której mowa w art. 528 pkt 5 ustawy Pzp. Okoliczność, iż wyrokiem z dnia 2 września 2024 r. sygn. akt: KIO 2800/24 Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty FBService S.A. i powtórzenie czynności badania

i oceny ofert, nie oznacza, że oferta FBService nie mogła zostać poddana weryfikacji pod kątem przesłanek wykluczenia czy odrzucenia na podstawie innych okoliczności prawno-faktycznych niż wskazane przez Zamawiającego w zawiadomieniu z dnia 26 lipca 2024 r. Oczywiście jest, że dokonana przez Izbę w ww. wyroku ocena czynności odrzucenia oferty FBService oparta została na konkretnych okolicznościach faktycznych zakomunikowanych przez Zamawiającego. Tym samym w wyniku ponownej oceny ofert i wyboru jako najkorzystniejszej oferty FBService Odwołujący uprawnieni byli podnieść zarzuty naruszenia przepisów ustawy Pzp, w tym dotyczące m.in. rażąco niskiej ceny. Zdaniem Izby istota zarzutów w zakresie rażąco niskiej ceny podniesionych w rozpoznawanym odwołaniu sprowadzała się do oceny, czy Zamawiający uprawniony był do ponownego wezwania FBService do złożenia wyjaśnień cenowych, podczas gdy pierwsze wyjaśnienia – w opinii Odwołujących – nie uzasadniały podanej w ofercie ceny. Niewątpliwie przedmiotowe zagadnienie nie było poddane analizie Izby w wyroku z dnia 2 września 2024 r. sygn. akt: KIO 2800/24, toteż wymagało rozpoznania co do meritum.

Izba oceniła, że Odwołujący posiadają interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnili materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę FBService S.A. z siedzibą w Warszawie [dalej „Przystępujący” lub „FBService”] zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie

Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami, ofertę FBService wraz z wyjaśnieniami i uzupełnieniami, wezwania kierowane do Przystępującego oraz zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 7 października 2024 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron

i Uczestnika złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba wskazuje, iż w poczet materiału dowodowego sprawy włączyła wnioski dowodowe Odwołującego złożone przy odwołaniu oraz w toku rozprawy, tj.:

1. pismo Wójta Gminy Kamień z dnia 18 września 2024 r.;
2. opinię Państwowego Gospodarstwa Wodnego Wody Polskie Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Rzeszowie z dnia 11 lipca 2019 r. oraz opinię Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Rzeszowie z dnia 11 maja 2019 r.;
3. zawiadomienie o wszczęciu postępowania z dnia 20 kwietnia 2023 r. Wójta Gminy Ciepłówek oraz decyzję Starosty Lipskiego z dnia 4 czerwca 2024 r.;
4. pismo FBService S.A. z dnia 6 lipca 2022 r.;
5. pismo FBService S.A. z dnia 9 marca 2023 r.;
6. wyciąg z SWZ oraz umowy z dnia 6 maja 2022 r. dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego przez GDDKiA Oddział w Kielcach na całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach, Rejon w Starachowicach;
6. notatka z dnia 9 lutego 2018 r.

Ponadto do akt sprawy Izba włączyła wnioski dowodowe wykonawcy FBService złożone w toku rozprawy, tj.:

1. pismo GDDKiA Rejon w Zabrzu z dnia 31 października 2024 r.;
2. decyzję Starosty Lipskiego z dnia 27 maja 2024 r.

Jednocześnie do akt sprawy Izba zaliczyła załączony do odpowiedzi na odwołanie e-mail z dnia 1 października 2024 r.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie Rejon w Puławach – droga krajowa nr 12 i S12 na odcinku od granicy województwa mazowieckiego i lubelskiego do węzła Jastków (wraz z węzłem).

Zgodnie z pkt. 8.2.4 lit. b) ppkt 4 SWZ, w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego osób Zamawiający wymagał wykazania się dysponowaniem m.in. kierownikiem robót drogowych.

Wykonawca musi wskazać osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, legitymujące się doświadczeniem zawodowym i wykształceniem odpowiednimi do funkcji, jaka zostanie im powierzona. Wykonawca na każdą funkcję wymienioną poniżej wskaże osoby, które musi mieć dostępne na etapie realizacji zamówienia, spełniające następujące wymagania:

osoba proponowana do pełnienia funkcji: Kierownik robót drogowych

wymagana liczba osób: 1

Kwalifikacje zawodowe:

uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej bez ograniczeń

Doświadczenie zawodowe:

Minimum 12 miesięcy doświadczenia w kierowaniu robotami drogowymi na drogach klasy min. GP na stanowisku Kierownika robót drogowych lub Kierownika Budowy lub Inspektora Nadzoru robót drogowych.

W punkcie 9.2. Tom I IDW SWZ, Zamawiający wskazał, iż z postępowania

o udzielenie zamówienia wykluczy wykonawcę, w stosunku do którego zachodzą okoliczności określone w art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp.

Zgodnie z pkt 17.1. TOM I IDW SWZ, cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o Formularz cenowy (Tabele elementów rozliczeniowych dla określonych grup prac (TER) wraz ze zbiorczym zestawieniem kosztów (ZZK) sporządzony na formularzu stanowiącym integralną część SWZ - Tom IV.

Zgodnie z pkt 17.4. TOM I IDW SWZ w Formularzu cenowym dla TER GR10b (Grupa Robót nr 10b – Zimowe Utrzymanie dróg) Zamawiający przewiduje limit, tj. udział kosztów usługi gotowości w kosztach świadczonej usługi ZUD nie może być większy niż 19%.

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

Zgodnie z SST D-66.01.00 Zimowe utrzymanie dróg krajowych:

- pkt 3.3. Terminy osiągnięcia gotowości sprzętowej ZUD

Obowiązkiem Wykonawcy jest dysponowanie w ilościach co najmniej minimalnych określonych dla potencjału sprzętowego ZUD, w pełni wyposażonych pojazdów zimowego utrzymania dróg, w następujących ilościach i terminach:

- 20 % podstawowego sprzętu w terminie od 1 października do 19 października oraz od 16 kwietnia do 30 kwietnia w poszczególnych sezonach zimowych obowiązującej umowy – jednak nie mniej niż 4 pługosolarki na Obwód Drogowy;
- 50 % podstawowego sprzętu w terminie od 20 października do 9 listopada oraz od 1 kwietnia do 15 kwietnia w poszczególnych sezonach zimowych obowiązującej umowy – jednak nie mniej niż 8 pługosolarek na Obwód Drogowy;
- 100 % podstawowego sprzętu w terminie od 10 listopada do 31 marca w poszczególnych sezonach zimowych obowiązującej umowy.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia oferty złożyło

5 wykonawców.

W dniu 10 maja 2024 r. Zamawiający wezwał FB Serwis na podstawie art. 223 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny, w tym zażądał przedstawienia szczegółowych kalkulacji dla wskazanych grup asortymentowych (TER) oraz sformułował konkretne pytania, w tym:

W zakresie Grupy Prac nr 1 – Nawierzchnia

1. Poz. 12.1: „Lokalne nakładki z masy bitumicznej warstwy ścieralnej SMA11 o grubości 4 cm”
2. Poz. 13.1: „Wykonanie warstwy bitumicznej z betonu asfaltowego o grubości 4 cm”
3. Poz. 14.1: „Wykonanie warstwy bitumicznej z betonu asfaltowego na asfalcie modyfikowanym o grubości 4 cm”

Dla przedmiotowych pozycji kosztorysowych Zamawiający wnosi również o wskazanie kosztów zakupu/produkcji mieszanek bitumicznych z uwzględnieniem cen m.in. asfaltów, kruszyw, transportu, ze wskazaniem miejsc (odległości), z których będą transportowane mieszanki bitumiczne, gwarantujące prawidłowe ich wbudowanie. W jaki sposób Wykonawca zamierza realizować przedmiotowe pozycje kosztorysowe po cenach przedstawionych w ofercie? Ponadto Zamawiający wnosi o wskazanie, czy wszystkie koszty dotyczące danych pozycji kosztorysowych zostały ujęte w cenie przypisanej do tych pozycji;

a w przypadku, gdy zostały one przeniesione, należy wskazać pozycje, w których dane koszty zostały ujęte, a także należy wskazać wysokość kwot, które zostały do danych pozycji przeniesione.

W zakresie Grupy Prac nr 8 – Estetyka

11. Poz. 6.1: „Utrzymanie MOP”

Dla przedmiotowej pozycji kosztorysowej Zamawiający wnosi również o udzielenie informacji, czy Wykonawca uwzględnił wszystkie obowiązki wynikające z zapisów SST

D-10.10.01e, w tym również koszty wynikające z opisu przedstawionego w załączniku „MOP NB – zał. 1 – informacje dodatkowe”, a w szczególności z obowiązku „pełnienia na terenie MOP całodobowego dyżuru dozoru i sprzątającego”. Należy przedstawić koszty zatrudnienia pracowników (uwzględniające wysokość płacy minimalnej) gwarantujące realizację powyższego. W jaki sposób Wykonawca zamierza zrealizować zakres wskazanych w SST prac za kwotę „11 237,10 zł za miesiąc”? Ponadto Zamawiający wnosi

o wskazanie, czy wszystkie koszty dotyczące danej pozycji kosztorysowej zostały ujęte

w cenie przypisanej do tej pozycji; a w przypadku, gdy zostały one przeniesione, należy wskazać pozycje, w których dane koszty zostały ujęte, a także należy wskazać wysokość kwoty, która została do danej pozycji przeniesiona.

12. Poz. 6.3: „Utrzymanie czystości na terenie dróg przebiegających przez miasta i tereny

o miejskim charakterze zabudowy - lokalizacja wg załącznika nr 1.14” Dla przedmiotowej pozycji kosztorysowej Zamawiający wnosi również o udzielenie informacji, czy Wykonawca uwzględnił wszystkie obowiązki wynikające z zapisów SST D-10.10.01e. W jaki sposób Wykonawca zamierza zrealizować zakres wskazanych w SST prac za kwotę „37,46 zł za miesiąc”? Ponadto Zamawiający wnosi o wskazanie, czy wszystkie koszty dotyczące danej pozycji kosztorysowej zostały ujęte w cenie przypisanej do tej pozycji; a w przypadku, gdy zostały one przeniesione, należy wskazać pozycje, w których dane koszty zostały ujęte,

a także należy wskazać wysokość kwoty, która została do danej pozycji przeniesiona.

W zakresie Grupy Prac nr 10 – Zimowe utrzymanie dróg

14. W zakresie Grupy Prac nr 10b

– wartość zadania za okres 1 sezonu zimowego

Dla przedmiotowej pozycji kosztorysowej Zamawiający wnosi również o udzielenie informacji, czy Wykonawca uwzględnił wszystkie obowiązki wynikające z zapisów SST D-66.01.00, w tym również koszty związane z pracami porządkowymi, o których mowa w pkt 5.4.4. Ponadto Zamawiający zwraca się z prośbą o przedstawienie w składanych wyjaśnieniach zakładanych kosztów netto związanych ze średnim kosztem 1 doby gotowości jednostki sprzętowej z obsadą z uwzględnieniem kosztów stałych. Należy również udzielić odpowiedzi, czy Wykonawca uwzględnił w ofercie

konieczność dysponowania minimalnymi ilościami sprzętu do zimowego utrzymania dróg, o których mowa w załączniku nr 6 do OPZ, w tym również treść odpowiedzi jaką udzielił Zamawiający na złożone w przedmiotowym zakresie pytanie nr 113. Dodatkowo Wykonawca winien wskazać czy uwzględnił obowiązki, o których mowa w ww. SST a związane z koniecznością m.in. ponoszenia kosztów związanych z zakupem oraz transportem materiałów do przeciwdziałania i zwalczania śliskości; jeśli tak to Zamawiający zwraca się z prośbą o przedstawienie w składanych wyjaśnieniach zakładanych kosztów netto związanych ze średnim kosztem zakupu (wraz z transportem) 1 tony soli drogowej.

W dniu 24 maja 2024 r. FBSerwis S.A. złożył wyjaśnienia ceny oferty wraz z dowodami.

W dniu 6 czerwca 2024 r. Zamawiający wezwał wykonawcę FBSerwis do dodatkowych wyjaśnień, w tym w zakresie:

6. Ze względu na zaoferowaną bardzo niską cenę w stosunku zarówno do kosztorysu inwestorskiego jak i do średniej z ofert w zakresie cen jednostkowych pozycji: 12.1, 13.1, 14.1 dla Grupy Prac nr 1 – Nawierzchnia (...)

7. Ponownego wyjaśnienia zaoferowania tak niskich cen jednostkowych pozycji: 6.1, 6.3 dla Grupy Prac nr 8 – Estetyka (...)

Pismem z dnia 14 czerwca 2024 r. FBSerwis złożył dalsze wyjaśnienia dotyczące sposobu kalkulacji ceny.

Pismem z dnia 26 września 2024 r. FBSerwis złożył, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, podmiotowe środki dowodowe aktualne na dzień ich złożenia. W wykazie osób do pełnienia funkcji kierownika robót drogowych wskazał p. Stanisława C. posiadającego doświadczenie zawodowe na zadaniu pn. Całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach z podziałem na 2 części. Część nr 2 Rejon Starachowice. Okres, w którym uzyskano doświadczenie: od 01.01.2023 r. do chwili obecnej. Pełniona funkcja: Kierownik robót drogowych.

W dniu 26 lipca 2024 r. za najkorzystniejszą Zamawiający uznał ofertę Odwołujących. Jednocześnie Zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty FBSerwis na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 i 8 ustawy Pzp.

Wyrokiem KIO z dnia 2 września 2024 r. sygn. akt: KIO 2781/24, KIO 2800/24 Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty FBSerwis S.A. oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

W dniu 18 września 2024 r. Zamawiający w związku z powyższym wyrokiem Izby unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, czynność odrzucenia oferty FB Serwis S.A. oraz powtórzył czynność badania i oceny ofert.

W dniu 7 października 2024 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze oferty FBSerwis S.A. Oferta Odwołujących uplasowała się na drugim miejscu rankingu.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie podlegało oddaleniu.

Przywołując kluczowe regulacje prawne stanowiące podstawę zarzutów należy wskazać, iż:

–zgodnie z art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny;

–zgodnie z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć: zdolności technicznej lub zawodowej;

–zgodnie z art. 109 ust. 1 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: 8) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych; 10) 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;

–zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w , podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania;

–zgodnie z art. 224: ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli 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, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych;

ust. 5 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy; ust. 6 ustawy Pzp, odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień

w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu;

–zgodnie z art. 226 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 2) lit. a) została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu; 5) jej treść jest niezgodna

z warunkami zamówienia; 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

–zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Za bezzasadne Izba uznała zarzuty naruszenia art. 224 ust. 1, 3, 5 i 6 w zw.

z art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1, 3, 5 i 6 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp.

Naruszenia przepisów ustawy Pzp Odwołujący upatrywali w wielokrotnym wezwaniu FBService do złożenia wyjaśnień dotyczących sposobu kalkulacji ceny oraz dokonaniu oceny wyjaśnień tego Wykonawcy z uwzględnieniem dodatkowych, niedopuszczalnych wyjaśnień. Odwołujący twierdzili, że Zamawiający winien odrzucić ofertę Przystępującego, który w odpowiedzi na pierwsze wezwanie do złożenia wyjaśnień co do sposobu kalkulacji ceny oferty nie przedstawił kompleksowych wyjaśnień, które obejmowałyby odpowiedzi na wszystkie pytania Zamawiającego wraz dowodami i z których wynikałoby, że Wykonawca jest w stanie wykonać zamówienie za zaoferowaną cenę.

Izba nie podzieliła optyki Odwołujących. Dla porządku i zrozumienia osi sporu podkreślenia wymaga, iż Odwołujący wniesionym odwołaniem nie dążyli do podważenia

w sposób merytoryczny kalkulacji, założeń i dowodów przedstawionych przez Przystępującego w ramach wyjaśnień poziomu ceny, a jedynie od strony formalnej próbowali zakwestionować złożone wyjaśnienia twierdząc, iż treść pierwszych wyjaśnień (z dnia 24 maja 2024 r.) była tak dalece niedoskonała, że winna skutkować odstąpieniem od dalszego badania ceny oferty FBService, a w konsekwencji odrzuceniem oferty tego Wykonawcy. Izba ustaliła jednak, że pismem z dnia 24 maja 2024 r. Zamawiający wezwał FBService do złożenia wyjaśnień ceny oferty, a następnie pismem z dnia 6 czerwca 2024 r. do złożenia dalszych wyjaśnień w związku z powyższymi wątpliwościami. Taki stan rzeczy nie pozwala wywieść tezy o wielokrotnym wzywaniu Przystępującego do złożenia wyjaśnień ceny oferty jak podnosili Odwołujący. Nie można również zgodzić się z poglądem, iż treść złożonych

w odpowiedzi na pierwsze wezwanie Zamawiającego wyjaśnień ceny oferty FBService była na tyle ogólna, że w istocie złożone wyjaśnienia należałoby uznać za niebyłe,

a w konsekwencji odstąpić od dalszego badania wyjaśnień ceny oferty i odrzucić ofertę wykonawcy FBService. W ocenie Izby złożone przez FBService pierwsze wyjaśnienia dotyczące sposobu kalkulacji ceny były adekwatne do wezwania Zamawiającego,

a skierowane do Przystępującego dodatkowe wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 6 czerwca 2024 r. powstało na skutek wątpliwości Zamawiającego dotyczących m.in. Grupy Prac nr 1 i 8 wynikających z pierwszych wyjaśnień. Zdaniem Izby kompleksowa analiza wyjaśnień FBService nie daje podstaw do stwierdzenia, że Wykonawca nie uzasadnił podanej w ofercie ceny.

Odnosząc się do kosztów Grupy Prac nr 10b Zimowe utrzymanie dróg wskazać należy, iż wątpliwości Zamawiającego budziła wartość zadania za okres 1 sezonu zimowego, która wynikała z Tabeli Elementów Rozliczeniowych dotyczącej tej grupy prac. W ramach pytania nr 14 Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy m.in. o podanie zakładanych kosztów netto związanych ze średnim kosztem jednej doby gotowości jednostki sprzętowej z obsługą

z uwzględnieniem kosztów stałych, a Przystępujący udzielił odpowiedzi w tym aspekcie. Wbrew twierdzeniom Odwołujących z treści pytania skierowanego do FBService nie sposób wywieść, że Zamawiający oczekiwał podania kosztu jednej doby gotowości jednostki sprzętowej z obsługą oddzielnie dla gotowości 20%, 50% i 100%. Ponadto wykonawca FBService udzielił odpowiedzi na kwestie związane z zakupem oraz transportem materiałów do przeciwdziałania i zwalczania śliskości (por. s. 35-39 wyjaśnień z 24 maja 2024 r.). Tym samym zarzuty dotyczące braku szczegółowych wyjaśnień dotyczących m.in. aspektów zapobiegania i usuwania śliskości oraz występowania opadów śniegu i śliskości były bezzasadne, tym bardziej, że sami Odwołujący nie wskazali, jakich konkretnie aspektów zabrakło w wyjaśnieniach FBService, a były one żądane przez Zamawiającego.

Przechodząc do kwestii związanych z pytaniami 11 i 12 dotyczącymi pozycji poz. 6.1. oraz 6.3. Grupy Prac nr 8 Estetyka Izba wskazuje, iż zostały one wyjaśnione przez FBService już w pierwszych wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny (s. 32 – 34 pisma z dnia 24 maja 2024 r.). Nie jest zatem tak jak twierdzili Odwołujący, iż FBService nie wyjaśnił cen jednostkowych ww. pozycji. Dodatkowe wezwanie FBService do złożenia wyjaśnień w zakresie ww. pozycji Grupy Prac nr 8 wynikało z niedostatecznego zrozumienia przez Zamawiającego przyjętego przez Wykonawcę podziału kalkulacji prac między Grupą Prac nr 8 i 11. Do takiego wniosku prowadzi analiza pytania nr 7 zawartego w piśmie z dnia 6 czerwca 2024 r. Wykonawca FBService w dodatkowych wyjaśnieniach doprecyzował jedynie szczegóły związane z podziałem prac powstałe na skutek wątpliwości Zamawiającego.

Co do zarzutu braku wyjaśnienia przez FBService cen jednostkowych dotyczących pozycji 12.1., 13.1. i 14.1. Grupy Prac nr 1 Nawierzchnie Izba stwierdziła, że Przystępujący złożył stosowne wyjaśnienia w zakresie ww. pozycji na s. 22 – 27 pisma z dnia 24 maja 2024 r., a wezwanie do złożenia dodatkowych wyjaśnień wynikało z wątpliwości Zamawiającego powstałych na tle pierwszych wyjaśnień, co z kolei potwierdza treść pytania nr 6 pisma

z dnia 6 czerwca 2024 r. Co więcej, w wyroku z dnia 2 września 2024 r. sygn. akt: KIO 2800/24 Izba oceniła, że ww. pozycje Grupy Prac nr 1 nie stanowią istotnego elementu składowego ceny oferty, a zatem wywodzenie z ewentualnych braków wyjaśnień skutków

w postaci odrzucenia oferty było nieuprawnione.

Wobec powyższego zarzuty dotyczące rażąco niskiej ceny podlegały oddaleniu.

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 w zw.

z art. 224 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 224 ust. 3, 5 i 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw.

z art. 239 ust. 1 oraz w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucali, iż wykonawca FBService podlegał wykluczeniu, a w konsekwencji jego oferta odrzuceniu, w związku z tym, iż w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa lub co najmniej na skutek lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji dotyczących sposobu kalkulacji ceny, w zakresie dotyczącym wyceny prac „Grupy nr 1 – Nawierzchnie” uzasadniając korzystną cenę mas bitumicznych dostępem do wytwórni mas bitumicznych spółki z grupy (Budimex S.A.) położonej w miejscowości Kamień, podczas gdy przedmiotowa wytwórnia w ogóle nie istnieje, a informacja ta mogła mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba wskazuje, iż w okolicznościach rozpoznawanej sprawy przesłanka określona w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp nie mogła znaleźć zastosowania, bowiem informacja dotycząca miejsca położenia wytwórni mas bitumicznych została przedstawiona przez FBService na potrzeby badania rażąco niskiej ceny, a nie celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji czy braku podstaw do wykluczenia. Powyższe nie wymaga szerszego komentarza Izby, poza przywołaniem art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, którego treść jednoznacznie obala zarzut odwołania. Zgodnie z tym przepisem, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który

w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego

w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału

w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych przedmiotowych środków dowodowych.

W przedmiotowej sprawie nie została wykazana również druga podstawa wykluczenia FBService określona w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, gdyż nie zostały wykazane łącznie przesłanki zawarte w tym przepisie. Odwołujący, na których spoczywał ciężar dowodu nie wykazali, iż wykonawca FBService w ramach procedury rażąco niskiej ceny przedstawił informacje wprowadzające w błąd dotyczące możliwości skorzystania z wytwórni mas bitumicznych spółki z grupy Wykonawcy (Budimex S.A.) położonej w miejscowości Kamień. Niezgodnego z rzeczywistością stanu faktycznego wynikającego ze złożonych wyjaśnień ceny FBService nie dowodzą złożone przez Odwołujących wnioski dowodowe. Załączone do odwołania pismo Wójta Gminy Kamień z dnia 18 września 2024 r. referujące do obecnie istniejącego stanu rzeczy nie jest adekwatnym środkiem dowodowym do wykazania okoliczności, które istniały lub nie na moment złożenia przez Przystępującego wyjaśnień ceny oferty (24 maja 2024 r.). Podobnie rzecz ma się w przypadku opinii Państwowego Gospodarstwa Wodnego Wody Polskie z dnia 11 lipca 2019 r. oraz Regionalnej Dyrekcji Ochrony Środowiska z dnia 11 maja 2019 r., które nie potwierdzają istniejącego stanu faktycznego na moment złożenia wyjaśnień ceny, a sam fakt, iż wytwórnia mas bitumicznych w miejscowości Kamień miała być w założeniu eksploatowana przez okres maksymalnie do 3 lat nie oznacza, że faktycznie tak było. Odpadła tym samym podstawowa przesłanka warunkująca wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp dotycząca przedstawienia informacji wprowadzających w błąd.

W przedmiotowej sprawie nie sposób również przypisać FBSevis lekkomyślność czy niedbalstwo w zakresie powołania się na możliwość skorzystania z wytwórni mas bitumicznych w miejscowości Kamień. Przystępujący złożył do akt sprawy pismo Budimex S.A. z dnia 29 października 2024 r., z którego wynika, iż podmiot ten w kwietniu 2024 r. informował spółkę FBSevis o możliwości korzystania z usług wytwórni mas mineralno-asfaltowych INTRAME INNOVA RM320 o wydajności nominalnej do 320 t/h, która wcześniej zlokalizowana była w miejscowości Kamień. Powyższe oznacza, że wykonawca FBSevis informacjami dotyczącymi wytwórni mas bitumicznych w miejscowości Kamień uzyskanymi od podmiotu wchodzącego w skład jego grupy kapitałowej posługiwał się w dobrej wierze, pozostając zatem w usprawiedliwionym przekonaniu o możliwości skorzystania z wytwórni.

Jednocześnie Odwołujący pomijają, że Izba w wyroku z dnia 2 września 2024 r. sygn. akt: KIO 2800/24 weryfikowała pozycje 12.1, 13.1 i 14.1 Grupy Prac nr 1 pod kątem rażąco niskiej ceny, w ramach których zostały złożone wyjaśnienia dotyczące wytwórni mas bitumicznych i przesądziła, że ww. pozycje nie mogą zostać uznane za istotny element ceny, wpływający na cenę całkowitą i mogący skutkować brakiem możliwości należytej realizacji zamówienia publicznego. Tym samym ceny jednostkowe ww. pozycji nie mogły prowadzić do odrzucenia oferty FBSevis z powodu rażącego zaniżenia. Oznacza to, że informacje dotyczące wytwórni mas bitumicznych w miejscowości Kamień, a nawet położonej w innej miejscowości, nie mogły nawet potencjalnie doprowadzić do odrzucenia oferty Przystępującego z powodu rażącego zaniżenia elementów składowych kalkulacji, w związku z czym nie mogły mieć istotnego wpływu na decyzję Zamawiającego podejmowane w postępowaniu.

W sprawie istotne jest nadto, że wytwórnia mas bitumicznych w miejscowości Kamień nie była jedyną wskazaną przez FBSevis w wyjaśnieniach poziomu ceny. Powyższa okoliczność również została pominięta przez Odwołujących. Ze złożonych wyjaśnień ceny wynika tymczasem, iż spółka będąca akcjonariuszem FBSevis planowała uruchomić wytwórnię mas bitumicznych w Starym Ciepeliowie, co też nastąpiło w lipcu 2024 r. Na potwierdzenie powyższego Przystępujący załączył do wyjaśnień ceny ofertę dla wytwórni mas bitumicznych położonej w innej miejscowości niż Kamień (załącznik nr 20c do wyjaśnień

z dnia 24 maja 2024 r. objęty tajemnicą przedsiębiorstwa), a przedmiotowa oferta stanowiła podstawę kalkulacji ceny Wykonawcy. Z kolei Odwołujący oparli zarzut na wytwórni mas bitumicznych w miejscowości Kamień, a zatem innej niż przyjęta przez FBSevis do kalkulacji ceny.

Wobec powyższego zarzut Izba oddaliła.

Oddaleniu podlegał zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty FBSevis jako niezgodnej z warunkami zamówienia zawartymi w punkcie SST D-66.01.00-Zimowe utrzymanie dróg krajowych pkt 3.3, 5.3.1, 9.1 oraz 17.4. IDW.

Odwołujący argumentowali, że oferta FBSevis podlega odrzuceniu z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia co do ilości sprzętu podstawowego do ZUD (dla gotowości w okresie: 1-19.10 oraz 16-30.04), tj. min. 4 sztuk oraz przekroczenia określonego limitu kosztów gotowości (19%). Z powyższym stanowiskiem nie sposób się zgodzić. Odwołujący przyjęte przez siebie wyliczenia nietrafnie wywodzili ze złożonych przez FBSevis wyjaśnień rażąco niskiej ceny, podczas gdy wymaganie zawarte w pkt 17.4. IDW wskazuje limit, który miał być zastosowany w Formularzu cenowym dla Tabeli Elementów Rozliczeniowych Grupy Prac nr 10b – Zimowe utrzymanie dróg, polegający na tym, że udział kosztów usługi gotowości w kosztach świadczonej usługi ZUD nie mógł być większy niż 19%. Określony przez Zamawiającego limit weryfikowany był na podstawie danych zawartych

w Formularzu cenowym a jego przeliczenie następowało według wzoru matematycznego zawartego w punkcie 7. „Uwagi” TER Grupy Prac nr 10b. Powyższe postanowienie specyfikacji było jednoznaczne, nie budziło wątpliwości interpretacyjnych, co przyznali sami Odwołujący. Skoro zatem nie zostało przez Odwołujących zakwestionowane przekroczenie określonego w specyfikacji limitu w ramach Grupy Prac nr 10b wynikającego

z Formularza cenowego Przystępującego, to wywodzenie jego przekroczenia na podstawie wyjaśnień poziomu ceny FBSevis pozostaje w sprzeczności z literalnym brzmieniem punktu 17.4. IDW, czyniąc tym samym postawiony zarzut bezzasadnym. Przyjęcie stanowiska Odwołujących oznaczałoby zmianę ustalonych w dokumentach zamówienia reguł weryfikacji oferty FBSevis S.A. pod kątem zgodności z warunkami zamówienia zawartymi w pkt. 17.4. IDW. Odwołujący oczekivaliby w istocie odmiennej analizy oferty Przystępującego

w zakresie spełnienia limitu 19% dotyczącego udziału kosztów usługi gotowości w kosztach świadczonej usługi ZUD w ramach Grupy Prac nr 10b aniżeli określona w dokumentach zamówienia i dokonana przez Zamawiającego. Ponadto zauważyć należy, że wyliczenia Odwołujących zostały oparte na średnim koszcie jednej doby gotowości jednostki sprzętowej z obsadą z uwzględnieniem kosztów stałych, której wyceny oczekiwał Zamawiający w ramach wezwania z dnia 10 maja 2024 r. i brak jest podstaw do przyjęcia, że koszt ten odnosił się do wszystkich okresów gotowości ZUD. Z powyższych przyczyn Izba uznała zarzut za niezasadny.

Za bezzasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 239 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez wybór oferty FBSerwis w sytuacji, gdy wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt. 8.2. pkt 4 lit. b) ppkt 4 [Kierownik robót drogowych] SWZ oraz przez zaniechanie wezwania Wykonawcy do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku.

Po pierwsze Izba wskazuje, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający zweryfikował kwalifikacje zawodowe p. C., występując ze stosownym pytaniem do Rejonu GDDKiA w Starachowicach, który potwierdził doświadczenie p. C. uzyskane na kontrakcie wskazanym w wykazie osób. Przedstawione przez Odwołujących w toku rozprawy wnioski dowodowe nie przeczą powyższemu.

Po drugie, nie zostało przez Odwołujących wykazane, że p. C. w analogicznym okresie jak wskazany w wykazie osób (od 01.01.2023 r. do chwili obecnej) pełnił funkcję kierownika robót drogowych w ramach zadania pn. „Całoroczne, kompleksowe utrzymanie autostrady A1 zarządzanej przez Generalną Dyрекję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach, Rejon w Zabrze wraz ze wszystkimi elementami – Część 2 – Całoroczne, kompleksowe utrzymanie autostrady A1 na odcinku: od węzła Pyrzowice (wraz z węzłem) do węzła Gliwice Sośnica (z węzłem) o długości 44,258 km” (nr ref.: O.KA.D-3.2413.42.2018). Stanowiska Odwołujących nie potwierdzają pisma FBSerwis S.A. z dnia 6 lipca 2022 r. oraz z dnia 9 marca 2022 r. Z pism tych wynika jedynie, iż p. C. działając w imieniu FBSerwis S.A. podczas realizacji umowy w sprawie ww. zadania posługiwał się pieczęcią „Kierownik kontraktu”, co nie dowodzi pełnienia funkcji kierownika robót drogowych w ramach zadania dotyczącego utrzymania autostrady A1 w analogicznym okresie jak podany w wykazie. Co więcej, jak wyjaśnił Przystępujący, w ramach ww. zadania nie przewidziano takiej funkcji jak kierownik robót drogowych. Powyższe twierdzenie Przystępującego jest spójne ze stanowiskiem GDDKiA Oddział w Katowicach Rejon w Zabrze zawartym w piśmie z dnia

31 października 2024 r. z którego wynika, że p. C. nie pełnił funkcji kierownika robót drogowych na ww. zadaniu.

Po trzecie, nie zostało przez Odwołujących wykazane, że p. C. musiał być dostępny w pełnym wymiarze czasu pracy na kontrakcie utrzymaniowym prowadzonym przez Oddział GDDKiA w Kielcach. Stanowisko Odwołujących nie znajduje potwierdzenia ani w dokumentach niniejszego zamówienia publicznego, w których nie postawiono wymogu pełnienia funkcji kierownika robót drogowych w pełnym wymiarze czasu pracy dla wykazania doświadczenia kierownika ani w złożonych dowodach. W szczególności ze złożonego wyciągu z umowy w sprawie zamówienia publicznego dotyczącego całorocznego utrzymania dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział w Kielcach Rejon Starachowice, nie wynika, że kierownik robót drogowych winien być dostępny w godzinach pracy Zamawiającego, tj. 7.00-15.00.

W świetle powyższego brak było podstaw do uznania, że wykonawca FBSerwis nie wykazał warunku udziału w postępowaniu dotyczącego potencjału kadrowego, o którym mowa w punkcie 8.2. pkt 4 lit. b) ppkt 4 SWZ, a w konsekwencji nakazania Zamawiającemu wezwania Przystępującego do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających jego spełnienie.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a) i b) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), zasądając od Odwołujących na rzecz Zamawiającego koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:

.....
.....