

WYROK

Warszawa, dnia 10 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marek Bienias**

Protokolant: **Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 maja 2024 r. przez wykonawcę **AVR S.A. z siedzibą w Krakowie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie**,

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **K.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą KONKRET K.W. z siedzibą w Porębie Wielkiej**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **AVR S.A. z siedzibą w Krakowie** i

2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **AVR S.A. z siedzibą w Krakowie**, tytułem wpisu od odwołania.

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.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1647/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Letnie i zimowe utrzymanie dróg wojewódzkich na terenie województwa małopolskiego w latach 2024 – 2025 – z podziałem na części”* - dotyczy części 3 i 6. Nr sprawy: ZDW-DN-4-271-105/23.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 00003942-2024.

W dniu 10 maja 2024 r. wykonawca AVR S.A. z siedzibą w Krakowie wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, dotyczących:

- prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem podstawowych zasad występujących w ustawie prawo zamówień publicznych, tj. równego traktowania wykonawców, zachowania uczciwej konkurencji i legalizmu,
 - wyboru w przedmiotowym postępowaniu – w zakresie części 3 i 6 jako najkorzystniejszej - oferty Wykonawcy KONKRET K.W. ul. Tyszkiewicza 37, 32-600 Poręba Wielka (dalej jako „**KONKRET**”),
 - zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy KONKRET – w zakresie części 3 i 6 - jako niezgodnej z warunkami SWZ,
 - zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy KONKRET – w zakresie części 3 i 6 - jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- a gdyby Izba uznała zarzuty powyższe niezasadnymi :
- prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem podstawowych zasad występujących w ustawie prawo zamówień publicznych, tj. równego traktowania wykonawców, zachowania uczciwej konkurencji i legalizmu,
 - wyboru w przedmiotowym postępowaniu – w zakresie części 3 i 6 jako najkorzystniejszej - oferty Wykonawcy KONKRET K.W. ul. Tyszkiewicza 37, 32-600 Poręba Wielka (dalej jako „**KONKRET**”),
 - zaniechania wezwania Wykonawcy KONKRET (w zakresie części 3 i 6) do uzupełnienia załącznika nr 6 do SWZ („Wykaz usług”) pomimo, iż ten złożony był błędny i nie potwierdzał spełniania warunków określonych w SWZ w zakresie dotyczącym Zimowego Utrzymywania Dróg (ZUD),
- a gdyby Izba uznała zarzuty powyższe niezasadnymi :
- zaniechania wezwania Wykonawcy KONKRET do złożenia wyjaśnień w zakresie dotyczącym tego, czy w istocie Wykonawca ten samodzielnie realizował usługi ZUD dla Starostwa Powiatowego w Oświęcimiu w ramach zamówienia

„Kompleksowe zimowe utrzymanie dróg powiatowych na terenie Powiatu Oświęcimskiego w sezonie 2022/2023” jak zadeklarował w piśmie z dnia 15 marca 2024 r., pomimo, iż z referencji dołączonych do „Wykazu usług” wynika, iż usługi realizowało konsorcjum.

W związku z powyższym, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

I.

art. 239 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy pzp oraz art. 17 ust. 2 ustawy pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający przepisy ustawy pzp i jej podstawowe zasady, a to : zasadę równego traktowania Wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, zasadę proporcjonalności oraz efektywności zamówienia i zasadę legalizmu, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty Wykonawcy KONKRET (w zakresie części 3 i 6),

II.

art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp w zw. art. 15 ust. 1 pkt 1 oraz art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy pzp i art. 17 ust. 2 ustawy pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia w zakresie części 3 i 6 - jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a polegającej na stosowaniu przez Wykonawcę KONKRET „inżynierii cenowej” w złożonej ofercie, co doprowadziło do jej wyboru w części 3 i 6 postępowania,

III.

art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy pzp oraz art. 16 pkt 1 ustawy pzp oraz 17 ust. 2 ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej (w zakresie części 3 i 6) z naruszeniem warunków SWZ (w zakresie Grupy 6 – poz. 1.1 i 1.2.), która nie obejmuje swoim zakresem wszystkich obligatoryjnych i wyspecyfikowanych w SST elementów przedmiotu zamówienia, z jednoczesnym pominięciem przez Zamawiającego faktu, iż Wykonawca KONKRET nie wyjaśnił ZDW Kraków - w odpowiedzi na skierowane do niego wezwanie w trybie art. 223 ust. 1 ustawy pzp – w jaki sposób skalkulował ceny jednostkowe dla poz. 1.2. grupy 6, oraz nie wykazał, że oferta jego jest zgodna z SWZ w szczególności w wątpliwych pozycjach 1.1. i 1.2., a co skutkowało ostatecznie wyborem oferty KONKRET z naruszeniem przepisów ustawy pzp,

a gdyby Izba analizując odwołanie niniejsze nie uznała zarzutów II i III, Odwołujący zarzuca naruszenie :

IV.

art. 128 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy pzp oraz art. 17 ust. 2 ustawy pzp, poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy KONKRET do uzupełnienia w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp „Wykazu usług” złożonego dla części 3 i 6 postępowania, a to z uwagi na fakt, iż oświadczenie to było błędne i w ujęciu tym nie potwierdzało spełniania warunków SWZ w zakresie Rozdziału III pkt 3 ppkt 3.1.4 (ZUD), co skutkowało wyborem oferty Wykonawcy z naruszeniem przepisów ustawy pzp,

a gdyby Izba analizując odwołanie niniejsze nie uznała zarzutów II i III, ale i IV Odwołujący zarzuca ponadto naruszenie :

V.

art. 128 ust. 4 ustawy pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy pzp oraz art. 17 ust. 2 ustawy pzp, poprzez zaniechanie ustalenia czy Wykonawca KONKRET samodzielnie wykonał usługi ZUD dla Starostwa Powiatowego w Oświęcimiu w ramach zamówienia „Kompleksowe zimowe utrzymanie dróg powiatowych na terenie Powiatu Oświęcimskiego w sezonie 2022/2023” - jak zadeklarował w piśmie z dnia 15 marca 2024 r. - pomimo, iż z referencji dołączonych do „Wykazu usług” wynika, iż usługi realizowało konsorcjum wspólnie.

Opierając się na przedstawionych zarzutach Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty Wykonawcy KONKRET w zakresie części 3 i 6,
 - odrzucenia w zakresie części 3 i 6 oferty Wykonawcy KONKRET z uwagi na okoliczności podniesione w odwołaniu (zarzuty II i III),
 - nakazanie Zamawiającemu ponownego badania ofert dla części 3 i 6,
- a w przypadku nieuwzględnienia zarzutów wskazanych w pkt II i III :

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty Wykonawcy KONKRET w zakresie części 3 i 6,
 - nakazanie Zamawiającemu uzupełnienia w trybie art. 128 ust 1 ustawy pzp załącznika nr 6 do SWZ („Wykaz usług”) dla części 3 i 6,
- w przypadku natomiast nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt IV :

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty Wykonawcy KONKRET w zakresie części 3 i 6,
- nakazanie Zamawiającemu wezwania Wykonawcy KONKRET do wyjaśnienia w trybie art. 128 ust. 4 ustawy pzp rozbieżności występujących pomiędzy deklaracją Wykonawcy, a referencją Zamawiającego, co do podmiotów świadczących usługę ZUD w ramach zamówienia „Kompleksowe zimowe utrzymanie dróg powiatowych na terenie Powiatu Oświęcimskiego w sezonie 2022/2023”.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę AVR S.A. z siedzibą w Krakowie, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 31 maja 2024 r. (pismo z dnia 30 maja 2024 r.) wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca K.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą KONKRET K.W. z siedzibą w Porębie Wielkiej.

Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Przystępujący pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 maja 2024 r. (pismo z dnia 23 maja 2024 r.) wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 16 pkt 1 ustawy PZP, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Zgodnie z art. 17 ust. 2 ustawy PZP, Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy PZP, Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez:

- 1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy PZP, W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i , dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

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. art. 128 ust. 4 ustawy PZP, Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w , lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, a także uczestnika postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i przystępującego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez

okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba zważyła, że zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp w zw. art. 15 ust. 1 pkt 1 oraz art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy pzp i art. 17 ust. 2 ustawy pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia w zakresie części 3 i 6 - jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a polegającej na stosowaniu przez Wykonawcę KONKRET „inżynierii cenowej” w złożonej ofercie, co doprowadziło do jej wyboru w części 3 i 6 postępowania, są w ocenie Izby niezasadne.

Izba zważyła, że istota sporu sprowadzała się do tego, iż w zakresie wyceny prac formularza TER dla grupy nr 6 dla części 3 i 6 zamówienia zaniżono w sposób rażąco cenę jednostkową poz. 1.2 (*Remont nawierzchni emulsją asfaltową i grysami (remonterem) bez obcięcia krawędzi – dodatek za każdy następny 1 cm głębokości*), która przez Przystępującego została wyceniona na kwotę 1,00 zł (zarówno dla części 3 i 6 zamówienia), a zawyżono cenę jednostkową poz. 1.1 (*Remont nawierzchni emulsją asfaltową i grysami (remonterem) bez obcięcia krawędzi - średnia głębokość do 1 cm*), która przez Przystępującego została wyceniona na kwotę 27,00 zł w części 3 zamówienia i 29,00 zł w części 6 zamówienia, co zdaniem Odwołującego w sposób niedozwolony zakłóciło konkurencję wśród wykonawców uczestniczących w postępowaniu.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Z kolei w myśl art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta, zaś zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Izba zważyła, iż działanie polegające na tzw. „manipulowaniu ceną” jest działaniem polegającym na określaniu cen jednostkowych w taki sposób, że część cen określana jest na poziomie rażąco niskim, w oderwaniu od rzeczywistych kosztów i nakładów związanych z realizacją zamówienia, a część jest bez uzasadnienia zawyżona, by rekompensować zaniżenie innych cen. Tym samym, aby mówić o „manipulowaniu cen” muszą zaistnieć łącznie dwie przesłanki, tj. z jednej strony niektóre ceny jednostkowe muszą być sztucznie zaniżone, a inne muszą być sztucznie zawyżone.

Potwierdza powyższe wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 listopada 2021 r. o sygn. akt. KIO 3295/21, w którym to Izba stwierdziła, iż: „Uznanie, że doszło do ww. czynu nieuczciwej konkurencji ma miejsce w przypadku stwierdzenia, że niektóre ceny zostały sztucznie zawyżone, a inne sztucznie zaniżone, a działanie takie było nakierowane na uzyskanie przewagi konkurencyjnej. Uwzględnienie podniesionego w tym zakresie zarzutu wymaga wykazania przez odwołującego, że działanie innego wykonawcy było nakierowane na uzyskanie przewagi konkurencyjnej, która by nie wystąpiła w przypadku zaoferowania realnych cen jednostkowych. Nie jest wystarczające stwierdzenie samego faktu zawyżenia niektórych cen jednostkowych i zaniżenia innych, gdyż tego rodzaju sytuacja może mieć inne przyczyny, jak np. nieumiejętne sporządzenie kalkulacji ceny.”

Biorąc powyższe pod uwagę, w ocenie Izby, nawet uznając, iż cena jednostkowa w poz. 1.2 została zaniżona (kwota 1,00 zł), to w żadnym wypadku nie możemy mówić, iż w przedmiotowym postępowaniu zaistniała przesłanka polegająca na sztucznym zawyżeniu ceny jednostkowej w pozycji 1.1. Poza tym, należy zauważyć, że Odwołujący nie wykazał, tj. nie udowodnił, iż Przystępujący podniósł sztucznie cenę jednostkową dla poz. 1.1, co miałoby skutkować tym, iż zawyżenie ceny w poz. 1.1. miałoby rekompensować zaniżoną cenę jednostkową w poz. 1.2, jak również nie wykazał wpływu takiej kalkulacji na konkurencyjność ofert złożonych w niniejszym postępowaniu, czy na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, ograniczając się w odwołaniu jedynie do porównania ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, tj. cen w poz. 1.2 grupy 6 w części 3 i 6.

Nadto Izba chciałaby w tym miejscu zwrócić uwagę, iż po pierwsze asortyment ujęty w poz. 1.2. „nie może zaistnieć (być wykonywany) bez poz. 1.1.”, na co zwrócił uwagę Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie, co w ocenie Izby świadczy o ścisłym ze sobą powiązaniu, a tym samym w przedmiotowym postępowaniu wydaje się być zasadne ujęcie całościowo kosztów ogólnych i stałych związanych z wykonaniem tych prac (koszty materiałów, koszty sprzętu, koszty pracownicze) w cenie jednej z tych pozycji, tj. poz. 1.1. jako pozycji bazowej, a po drugie wykonanie prac przewidzianych zamówieniem zasadniczo realizowane będzie w ramach ilości przewidzianych dokumentami zamówienia do wysokości wynagrodzenia umownego.

W ocenie Izby, ustalenie w ofercie ceny przez Przystępującego w poz. 1.2 grupy nr 6 zarówno dla części 3 i 6 na kwotę

1,00 zł, nie wpłynęło w jakikolwiek sposób na nieuczciwą konkurencję względem ofert pozostałych wykonawców biorących udział w niniejszym postępowaniu, czy też miało powodować niemożliwość wykonania przedmiotowego zamówienia, ponieważ, jak zauważył Przystępujący w piśmie z dnia 24 maja 2024 r. „Wartość poz. 1.2 grupy 6 w ujęciu do łącznej całkowitej ceny ofertowej danej części zamówienia, obliczona przy użyciu wartości z oferty Odwołującego, kształtuje się na poziomie niższym niż 0,0004%”, czy jak stwierdził Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie „wyceny poz. 1.2 formularza TER dla Grupy nr 6 stanowi zupełnie niewielki, wręcz marginalny element całości przedmiotu zamówienia (zarówno pod kątem przedmiotowym, jak i kosztowym)”.

W związku z powyższym, Izba w przedmiotowym postępowaniu nie doszukała się, aby działanie Przystępującego miało doprowadzić do wyeliminowania konkurencji, czy też naruszać dobre obyczaje kupieckie, zwłaszcza, że Odwołujący nie wykazał, w jaki sposób działanie Przystępującego miało polegać na utrudnianiu innym przedsiębiorcom, w tym Odwołującemu dostępu do rynku.

Odnosnie zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy pzp oraz art. 16 pkt 1 ustawy pzp oraz 17 ust. 2 ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej (w zakresie części 3 i 6) z naruszeniem warunków SWZ (w zakresie Grupy 6 – poz. 1.1 i 1.2.), która nie obejmuje swoim zakresem wszystkich obligatoryjnych i wyspecyfikowanych w SST elementów przedmiotu zamówienia, z jednoczesnym pominięciem przez Zamawiającego faktu, iż Wykonawca KONKRET nie wyjaśnił ZDW Kraków - w odpowiedzi na skierowane do niego wezwanie w trybie art. 223 ust. 1 ustawy pzp – w jaki sposób skalkulował ceny jednostkowe dla poz. 1.2. grupy 6, oraz nie wykazał, że oferta jego jest zgodna z SWZ w szczególności w wątpliwych pozycjach 1.1. i 1.2., a co skutkowało ostatecznie wyborem oferty KONKRET z naruszeniem przepisów ustawy pzp, są zdaniem Izby niezasadne.

Izba zważa, że zgodnie z SST dla Grupy 6 („REMONTY CZĄSTKOWE NAWIERZCHNI”), podgrupa 6. *Remont nawierzchni emulsją asfaltową i grysami*”), Zamawiający wskazał m.in., że „Cena jednostki obmiarowej 1m² /jednego metra kwadratowego/ naprawionej nawierzchni emulsją i grysami obejmuje: prace pomiarowe i roboty przygotowawcze, oznakowanie robót, koszt użytych materiałów, transport i składowanie materiałów, dostawę i pracę sprzętu do robót, przygotowanie powierzchni nawierzchni do wykonania naprawy (ocena, ewentualne obcięcie krawędzi ubytków, oczyszczenie), wbudowanie lepiszcza i kruszywa, prowadzenie obmiarów robót, wykonanie badań laboratoryjnych użytych materiałów, wszystkie pozostałe nośniki cenotwórcze”, przy czym co istotne w grupie 6 poz. 1.1 dotyczyła „Remontu nawierzchni emulsją asfaltową i grysami (remonterem) bez obcięcia krawędzi - średnia głębokość do 1 cm.”, zaś poz. 1.2 dotyczyła „Remontu nawierzchni emulsją asfaltową i grysami (remonterem) bez obcięcia krawędzi - dodatek za każdy następny 1 cm głębokości.”

Izba zważa, że Zamawiający wezwaniem z dnia 22 marca 2024 r. wystąpił do Przystępującego wnosząc „o wyjaśnienie sposobu i podstaw skalkulowania ceny jednostkowej dla elementu wskazanego w ramach TER dla Grupy nr 6 – Remonty częściowe nawierzchni w poz. 1.2. Remont nawierzchni emulsją asfaltową i grysami (remonterem) bez obcięcia krawędzi - dodatek za każdy następny 1 cm głębokości na poziomie kwoty 1 zł”, celem ustalenia czy „złożone oferty w kontekście przedmiotowego aspektu zapewniają wykonanie zamówienia zgodnie z warunkami określonymi w OPZ”. Należy przy tym zauważyć, że wezwanie Zamawiającego nie dotyczyło szczegółowej wyceny poz. 1.2 (każdego aspektu), jak ma to miejsce w przypadku kosztorysu szczegółowego, na co zwrócił uwagę Zamawiający na rozprawie.

W związku z powyższym, Przystępujący w wyjaśnieniach z dnia 26 marca 2024 r. wskazał, iż: „Wszystkie niezbędne prace z zakresu poz. 1.1 i 1.2 skalkulowane zostały w **pozycji 1.1** dlatego pozycja 1.2 ...dodatek za każdy następny 1 cm głębokości wyceniona została na kwotę 1 zł jako wycena pozycji wskazanej przez Zamawiającego”, jednocześnie dołączając do ww. wyjaśnień załącznik nr 1 (własną kalkulację ceny), w którym to określono koszt całkowitego wykonania remontu 1m²/1cm (emulsja 1,57 x 2,21 = 3,46; kruszywo 15,7 x 0,12 = 1,88 zł; sprzęt 1,60 zł; pracownik 0,92 zł, co daje 7,86 zł brutto - całkowity koszt wykonania 1m² remontu na 1cm głębokości). To, że elementy wskazane w wyjaśnieniach dotyczyły wyceny poz. 1.1, o czym świadczy zapis „Kalkulacja własna ceny w zakresie : *Remontu nawierzchni emulsją asfaltową i grysami (remonterem) bez obcięcia krawędzi - średnia głębokość do 1 cm*” (Izba zgadza się w tym zakresie z Odwołującym), to nie można jednakże zapominać, że wyjaśnienia te należy rozpatrywać przez pryzmat ścisłego powiązania pomiędzy pracami z zakresu poz. 1.1. i 1.2., jak i tego, iż asortyment z poz. 1.2. nie ma racji bytu bez poz. 1.1. jako pozycji głównej (na co wskazywał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie), a co za tym idzie „wskazani ludzie i sprzęt zadysponowani zostaną do wykonania danego elementu zamówienia w pełnym jego zakresie, tak jak wymagają tego warunki zamówienia, tj. wraz z realizacją prac pomiarowych i robót przygotowawczych, oznakowania robót, przygotowanie powierzchni nawierzchni do wykonania naprawy, prowadzenie obmiarów robót, wykonanie badań laboratoryjnych użytych materiałów, dostaw i transportu”, na co wskazywał Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 23 maja 2024 r.

Biorąc powyższe pod uwagę, w ocenie Izby, poz. 1.1. dotyczyła w rzeczywistości każdej naprawy nawierzchni prowadzonej emulsją asfaltową i grysami wraz z kosztami, o których mowa w SST, natomiast poz. 1.2. dotyczyła

„dodatku” za każdy następny 1 cm głębokości.

Tym samym, rację ma Przystępujący, iż: „wycenie w tej pozycji (poz. 1.2 – dopisek Izby) podlegać będą nie całościowe koszty naprawy nawierzchni, a tylko te ich elementy, które wystąpią w przypadku uszkodzenia nawierzchni przekraczającego 1 cm głębokości”. Konkludując, w ocenie Izby Przystępujący mógł nie objąć w wycenie poz. 1.2 kosztów, które zostały policzone głównie dla określenia wartości poz. 1.1.

Poza tym, twierdzenia Odwołującego, iż: „lakoniczność „wyjaśnień” złożonych dla poz. 1.1. nie pozwala na ustalenie sposobu ustalenia wartości wskazanych, ilości pracowników, jednostek sprzętowych i godzin ich pracy”, to Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, iż wezwanie Zamawiającego o złożenie wyjaśnień było wystosowane w trybie art. 223 ust. 1 ustawy PZP, a nie w trybie art. 224 ust. 1 ustawy PZP w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny, co za tym idzie Przystępujący nie miał obowiązku składania szczegółowych wyjaśnień co do każdego aspektu wraz z dowodami w zakresie wyliczenia ceny w zakresie ilości pracowników czy też jednostek sprzętowych i godzin ich pracy, tak jak to widzi Odwołujący.

Izba zważy, że w wyniku złożonych wyjaśnień przez Przystępującego, wszelkie wątpliwości Zamawiającego zostały usunięte (Zamawiający nie stwierdził, aby przekazane przez Przystępującego „informacje i oświadczenia miały być wewnętrznie sprzeczne, niespójne, niewiarygodne”).

Nadto należy zauważyć, że dowód wniesiony przez Odwołującego na posiedzeniu w postaci symulacji kosztów, w ocenie Izby, w ogóle nie obejmuje sytuacji, w której, jak już Izba powyżej wskazała, koszty w poz. 1.2 są przede wszystkim poniesione i skalkulowane dla prac z poz.1.1, a tym samym Izba nie widzi konieczności ponoszenia np. kosztów w postaci robocizny, czy sprzętu za każdy dodatkowy centymetr, tak jak to prezentuje Odwołujący.

Z tego też powodu, ww. zarzuty, są w ocenie Izby niezasadne.

Odnosnie zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 128 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy pzp oraz art. 17 ust. 2 ustawy pzp, poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy KONKRET do uzupełnienia w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp „Wykazu usług” złożonego dla części 3 i 6 postępowania, a to z uwagi na fakt, iż oświadczenie to było błędne i w ujęciu tym nie potwierdzało spełniania warunków SWZ w zakresie Rozdziału III pkt 3 ppkt 3.1.4 (ZUD), co skutkowało wyborem oferty Wykonawcy z naruszeniem przepisów ustawy pzp, są zdaniem Izby niezasadne.

Izba zważy, że stosownie do treści SWZ (Rozdział III pkt 3 ppkt 3.1.4 „Warunki udziału w postępowaniu”), Zamawiający w zakresie ZUD wymagał spełnienia następującego warunku:

„3.1.4. zdolności technicznej lub zawodowej – Zamawiający w tym zakresie określa następujące minimalne poziomy zdolności: Wykonawca spełnia warunek jeżeli wykaże, że:

1) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – to w tym okresie, przez co najmniej jeden sezon ZUD wykonywał usługi zimowego utrzymania dróg (ZUD) odnośnie drogi (dróg) o parametrach odpowiadających klasie co najmniej Z lub równoważnych tej klasie i długości (łącznej długości) co najmniej 15 km”, przy czym zgodnie z SST GR5 „Okres zimowego utrzymania dróg (ZUD) ustala się od 20 października do 30 kwietnia”.

Izba wskazuje, iż na potwierdzenie przedmiotowego warunku Przystępujący, pismem z dnia 18 marca 2024 r. przedłożył m.in. załącznik nr 6 do SWZ („Wykaz usług”) w którym wykazał dwie realizacje :

a) „*Letnie i zimowe utrzymanie dróg wojewódzkich na terenie województwa małopolskiego w latach 2023-2024 – z podziałem na części: Część nr 6 – RDW Kraków : drogi wojewódzkie 948, 949, Grupa nr 5 - Zimowe utrzymanie dróg*”, wskazując, iż w ramach tego zamówienia wykonał w okresie od 11.04.2023r. do 30.04.2024r. dla dróg klasy Z i G zimowe utrzymanie (ZUD) przez 1 sezon,

b) „*Kompleksowe zimowe utrzymanie dróg powiatowych na terenie Powiatu Oświęcimskiego w sezonie 2022/2023*”, wskazując, iż usługę powyższą wykonał w okresie od 10.11.2022r. do 30.04.2023r. dla dróg klasy Z o łącznej długości 15,95 km wobec dróg o łącznej długości 23,582 km.

Izba zważy, że w ramach weryfikacji przedmiotowego dokumentu WYKAZ USŁUG, Zamawiający stwierdził, iż zadanie wskazane w poz. 1 Wykazu (obejmujące wykonywanie usług zimowego utrzymania dróg wojewódzkich w sezonie zimowym 2023 / 2024) nie kwalifikuje się jako usługa spełniająca przedmiotowy warunek z uwagi na fakt, iż zadanie to stanowiło jeszcze usługę będącą w toku realizacji, tj. z racji trwania jeszcze na moment wykazywania przez Przystępującego spełniania warunku udziału w postępowaniu (marzec 2024 r.) sezonu zimowego 2023 / 2024 oraz cały czas jeszcze wykonywania usług zimowego utrzymania dróg w ramach tego zadania.

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, iż fakt nieuznania przez Zamawiającego zadania wskazanego w poz. 1 tabeli Wykazu za spełniające warunek udziału w postępowaniu określony w cz. II pkt 3.1.4. ppkt 1 SWZ nie miał znaczenia, ze względu na uznanie przez Zamawiającego za spełniający warunek zadania wskazanego w poz. 2 Wykazu (obejmującego wykonanie usług zimowego utrzymania dróg powiatowych w sezonie zimowym 2022 / 2023), co jest zgodne w myśl postanowień SWZ, o czym świadczą słowa: „przez co najmniej jeden sezon ZUD”.

Izba zważy, że patrząc przez pryzmat wykonywania usług zimowego utrzymania dróg przez co najmniej jeden sezon

ZUD w kontekście zadania wskazanego w poz. 2 tabeli WYKAZU USŁUG poprzez podanie w Wykazie okresu realizacji tej usługi (10.11.2022r. do 30.04.2023r.), informacji wskazanych w dokumencie referencyjnym wydanym przez Powiat Oświęcimski z dnia 31 stycznia 2024 r. (potwierdzające, iż przedmiot zamówienia realizowany był w okresie zimowym tj. sezon zimowy 2022/2023 – od dnia podpisania umowy do dnia 30.04.2023r.), jak również to, że w myśl postanowień SWZ Powiatu Oświęcimskiego wynika, iż: „Za okres zimowy, uważany jest sezon: od chwili wystąpienia opadów śniegu lub wezwania do świadczenia usług przy zimowym utrzymaniu dróg do chwili całkowitego ustąpienia zimy tj. orientacyjnie: sezon zimowy 2022/2023 – od 01.11.2022 r., do 15.04.2023 r., oraz wykonanie czyszczenia krawędzi jezdni przy krawężnikach, studzienek ściekowych i przykanalików do 30.04.2023 r.”, powoduje, iż w ocenie Izby sezon ZUD wskazany przez Przystępującego de facto obejmował cały sezon ZUD, a nie część sezonu zimowego 2022/2023, zwłaszcza, że w SWZ Powiatu Oświęcimskiego mowa jest o datach orientacyjnych, na co zwrócił uwagę Zamawiający, a czego zdaje się nie zauważać Odwołujący.

Nadto należy zauważyć, że mogą zdarzyć się przeciwieństwa sytuacji, gdy zawarcie umowy na usługi utrzymaniowe w danym sezonie zimowym następuje z lekkim opóźnieniem względem wstępnych założeń i planów już po rozpoczęciu danego sezonu zimowego (np. w następstwie przedłużenia się procedury przetargowej, konieczności ich powtarzania, etc.), co w ocenie Izby nie może deprecjonować nabywanego doświadczenia Wykonawcy, zwłaszcza że są to często okoliczności, na które dany Wykonawca nie ma żadnego wpływu.

Z tego też względu, w ocenie Izby ww. zarzuty są niezasadne.

Z kolei odnosząc się do zarzutów naruszenia art. 128 ust. 4 ustawy pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy pzp oraz art. 17 ust. 2 ustawy pzp, poprzez zaniechanie ustalenia czy Wykonawca KONKRET samodzielnie wykonał usługi ZUD dla Starostwa Powiatowego w Oświęcimiu w ramach zamówienia „Kompleksowe zimowe utrzymanie dróg powiatowych na terenie Powiatu Oświęcimskiego w sezonie 2022/2023” - jak zadeklarował w piśmie z dnia 15 marca 2024 r. - pomimo, iż z referencji dołączonych do „Wykazu usług” wynika, iż usługi realizowało konsorcjum wspólnie, są zdaniem Izby niezasadne.

Izba zważa, że zgodnie z art. 128 ust. 4 ustawy PZP, Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w , lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, iż norma zawarta w ww. przepisie ma wyłącznie charakter fakultatywny, o czym świadczy użycie przez ustawodawcę słowa „może”. Tym samym, w ocenie Izby, nie można robić zarzutu Zamawiającemu, że nie zastosował art. 128 ust. 4 ustawy PZP, ze względu na to, iż przepis ten daje Zamawiającemu jedynie uprawnienie, ale już nie obowiązek jego zastosowania. Warte zauważenia jest również to, iż w przypadku zastosowania ww. normy prawnej i złożenia przez wykonawcę bądź to niewystarczających wyjaśnień, a nawet brak reakcji takiego wykonawcy na wezwanie Zamawiającego, nie może rodzić jakichkolwiek negatywnych skutków po stronie tegoż wykonawcy. Już tylko z tego powodu, zarzut ten nie mógł być uwzględniony przez Izbę.

Niezależnie od powyższego, Izba zważa, że z oświadczenia składanego na podstawie art. 117 ust. 4 ustawy PZP, wynika jednoznacznie, iż zarówno Przystępujący, jak również Wykonawca F.U.H. KOP-MAT M.M. wykona następujące usługi polegające na: „odśnieżanie, zwalczanie śliskości, usuwanie błota pośniegowego oraz wszystkie określone w SWZ usługi które należy wykonać w ramach kompleksowego zimowego utrzymania dróg powiatowych na terenie Powiatu oświęcimskiego w sezonie 2022/2023 na terenie gminy Kęty”, co w ocenie Izby oznacza, że obaj członkowie Konsorcjum wykonywali powyższą usługę w pełnym jego zakresie i niezależnie od siebie.

Nadto Izba zważa, iż to, że z referencji wystawionej przez Starostwo Powiatowe w Oświęcimiu z dnia 31 stycznia 2024 r. wynika, iż usługę realizowało Konsorcjum „Lider: Pan K.W., ul. Tyszkiewicza 37, Poręba Wielka, 32- 600 Oświęcim, Partner: Firma usługowo- handlowa KOP- MAT M.M., ul. Władysława Jagiełły 48, 43- 155 Bieruń, w ramach realizacji usługi pn. „Kompleksowe zimowe utrzymanie dróg powiatowych na terenie Powiatu Oświęcimskiego w sezonie 2022/2023”, to nie oznacza jeszcze, że ww. usługę Przystępujący nie wykonywał samodzielnie, co zresztą sam Przystępujący oświadczył w piśmie z dnia 15 marca 2024 r.: „przedstawione w Referencjach wydanych przez Starostwo Powiatowe w Oświęcimiu zamówienie jako konsorcjum firm : Lider: KONKRET K.W. Poręba Wielka ul. Tyszkiewicza 37, 32-600 Oświęcim, Partner: Firma Usługowo-Handlowa KOP-MAT M.M. ul. Władysława Jagiełły 48, 43-155 Bieruń **wykonane zostało przez lidera samodzielnie**”, a Odwołujący nie złożył żadnego dowodu przeciwnego. Poza tym, Zamawiający nie ma wpływu na treść sformułowań zawartych w referencjach, z uwagi na to iż są one wystawiane przez podmiot trzeci. To nie referencje, których rolą jest poświadczenie należytego wykonania zamówienia, ale wykaz dostaw, usług lub robót budowlanych stanowi potwierdzenie wykonanych zadań, a więc i posiadanego przez wykonawcę doświadczenia.

Oznacza to, że referencje są składane przez wykonawców na wykazanie należytego wykonania danego zamówienia publicznego, zatem z ich treści nie musi wynikać ewentualny podział zakresów robót pomiędzy poszczególnych

członków konsorcjum, a co za tym idzie także konieczności wskazywania osobno w referencji podmiotów realizujących zamówienie, ze względu na to, iż w tym zakresie podmiot wystawiający referencje ma pełną swobodę.

Nadto, z dowodu w postaci pisma Starostwa Powiatowego w Oświęcimiu z dnia 21 maja 2024 r. wniesiony przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie, wynika, iż: „Wykonawcy w odpowiedzi na wezwanie złożyli wykaz usług, wykaz sprzętu oraz referencje odrębnie dla każdego z konsorcjantów”.

W ocenie Izby, pomimo, iż Starostwo Powiatowe w Oświęcimiu wskazało w ww. piśmie, iż nie jest w stanie wskazać, jaki zakres faktycznie realizowany był przez poszczególne firmy, to jednocześnie zaznaczyło, iż „dzienniki pracy, rozliczenia oraz faktury dla części 1 zadania przekazywała firma Konkret”. Potwierdza to również dowód wniesiony przez Przystępującego na posiedzeniu w postaci faktur, kosztorysów, dzienników pracy sprzętu za poszczególne miesiące począwszy od listopada 2022 r. do kwietnia 2023 r. wraz z mapami obejmującymi Powiat Oświęcimski i samochodem realizującym usługę, z których wynika, iż usługę zimowego utrzymania dróg powiatowych na terenie Powiatu Oświęcimskiego w sezonie 2022/2023 wykonywał KONKRET K.W., a tym samym zdaniem Izby Przystępujący posiadał wymagane doświadczenie.

Konkludując, w ocenie Izby, niezasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 128 ust. 4 ustawy PZPw zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP oraz art. 17 ust. 2 ustawy PZP, jak również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 239 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP oraz art. 17 ust. 2 ustawy PZP, który jest zarzutem wynikowym.

W ocenie Izby, pozostałe dowody wniesione przez Odwołującego do odwołania, jak i przez Przystępującego do pisma procesowego, jak również na rozprawie, nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 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 od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: