Sygn. akt: KIO 2965/23

WYROK
z dnia 24 października 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz
Członkowie: Maria Kacprzyk
Małgorzata Rakowska
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 20 października 2023 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 października 2023 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: *BUDiA - Standard spółka*
z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Oleśnicy (pełnomocnik), B.-DROG spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Łubowie oraz *T. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą B. Firma Produkcyjno - Handlowo - Usługowa T. B. z siedzibą w Dalachowie*
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – *Skarb Państwa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Poznaniu*
przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie *Z. U. spółka*
z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Makowie Mazowieckim (pełnomocnik)
i Abramss spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 2965/23 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w części.
   Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 26 września 2023 roku
   tj. wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawców wspólnie ubiegających się
   o zamówienie *Z. U. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą*
   w Makowie Mazowieckim (pełnomocnik) i Abramss spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu pod nazwą *„Całoroczne kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie drogi ekspresowej S5e oraz S11c na odcinku od węzła Poznań Północ do węzła Mosina”.*
   Nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny oferty, w tym odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie
   Z. U. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Makowie Mazowieckim (pełnomocnik) i Abramss spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z 224 ust. 5, 6 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 3 ust. 1 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a także art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 17 ustawy
   Prawo zamówień publicznych w związku z brakiem (pominięciem) skalkulowania wszystkich kosztów pracy osób w zakresie Grupy 2 poz. 1.1 i poz. 1.3 oraz ich ujęcia w innych pozycjach.
   W pozostałym zakresie zarzuty uznaje za niezasadne.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Zamawiającego – *Skarb Państwa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Poznaniu* i wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: *BUDiA - Standard spółka*
   z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Oleśnicy (pełnomocnik), B.-DROG spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Łubowie oraz *T. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą B. Firma Produkcyjno - Handlowo - Usługowa T. B. z siedzibą w Dalachowie*:
   2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 00 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: *BUDiA - Standard spółka*
   z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Oleśnicy (pełnomocnik), B.-DROG spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Łubowie oraz *T. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą B. Firma Produkcyjno - Handlowo - Usługowa T. B. z siedzibą w Dalachowie* tytułem wpisu od odwołania,
   2.2 zasądza od Zamawiającego – *Skarb Państwa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Poznaniu* na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie *BUDiA - Standard spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Oleśnicy (pełnomocnik), B.-DROG spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Łubowie* oraz *T. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą B. Firma Produkcyjno - Handlowo - Usługowa T. B. z siedzibą w Dalachowie* kwotę 7 440,00 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy czterysta czterdzieści złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika proporcjonalnie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 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 2965/23

U Z A S A D N I E N I E

Zamawiający – *Skarb Państwa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Poznaniu* prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą *„Całoroczne kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie drogi ekspresowej S5e oraz S11c na odcinku od węzła Poznań Północ do węzła Mosina”.*
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 157-450557 w dniu 17 sierpnia 2022 roku.

W dniu 6 października 2023 roku Odwołujący działając na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1 i 2, art. 515 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, dalej „Pzp”) wniósł

odwołanie na niezgodną z przepisami ustawy czynność/zaniechanie Zamawiającego polegające na:

–nieuzasadnionym wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Konsorcjum firm: Z. U. sp. z o.o. Maków Mazowiecki – Lider konsorcjum, Abramss sp. z o.o. Warszawa – Partner konsorcjum,

–zaniechania uznania oferty złożonej przez wykonawcę Konsorcjum firm:

Z. U. sp. z o.o., Abramss sp. z o.o., za:

(-) zawierającą rażąco niską cenę i w konsekwencji, zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez tego Wykonawcę,

(-) za została złożoną w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

(-) niezgodną z warunkami zamówienia i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez tego Wykonawcę,

(-) za niezgodną z przepisami i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez tego Wykonawcę,

ewentualnie, na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że niezasadne jest odrzucenie oferty w oparciu o powyższe podstawy:

–zaniechania wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wykonawcy Z. U. sp. z o.o., Abramss sp. z o.o., w zakresie TER 11;

podjęte w przedmiotowym postępowaniu o udzielnie zamówienia o czym Odwołujący dowiedział się z pisma z dnia 26 września 2023 r.

Odwołujący zaskarżonym czynnościom / zaniechaniom Zamawiającego zarzucił naruszenie następujących przepisów:

1.art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 1, 4, 5 i 6 Pzp przez wybór oferty wykonawcy Z. U., Abramss sp. z o.o. (dalej jako „Konsorcjum Z. U.”/ „Wykonawca”) w sytuacji, gdy nie zdołał on obalić domniemania rażąco niskiej ceny, co wynika z analizy wyjaśnień złożonych w odpowiedzi na wezwanie

- w zakresie dwóch pozycji, stanowiących istotną część składową zamówienia - kierowanego przez Zamawiającego, który zwrócił się do Wykonawcy o dodatkowe wyjaśnienia, wskazując:

a)*wyjaśnienia powinny składać się z części opisowej omawiającej każdą pozycję kosztową oraz zostać poparte adekwatnymi dowodami, wraz z obligatoryjnym wskazaniem, które dowody Wykonawca złożył w celu wykazania poszczególnych wyjaśnień opisowych*,

b) formując szczegółowe pytania (m.in. o koszty osobowe, pracy, sprzętu),

tymczasem złożone w odpowiedzi wyjaśnienia:

a) są lakoniczne i nieadekwatne do zakresu zadanych pytań,

b) nie są poparte adekwatnymi dowodami, w szczególności, że:

1)brak jest jakichkolwiek dowodów co do posiadania przez Konsorcjum

Z. U. kluczowych do realizacji przedmiotu umowy materiałów, w tym rzekomo posiadanego destruktu, jego ilości, dokumentów wymaganych do jego wykorzystania (zob. Rozporządzenie Ministra Klimatu i Środowiska z dnia

23 grudnia 2021 r. w sprawie określenia szczegółowych warunków utraty statusu odpadów dla odpadów destruktu asfaltowego),

2)brak jest przedstawienia przez Konsorcjum Z. U. umów i określonych

w nich warunków zatrudnienia pracowników, w tym zakładających części składowe wynagrodzenia, w tym koszty delegacji, noclegów poza siedzibą firm - Maków Mazowiecki i Warszawa, Oświadczenie o tym, że wszyscy deklarowani pracownicy Konsorcjum U. (w liczbie 35), bez względu na rodzaj wykonywanej pracy, zajmowane stanowisko, nie uwzględnia dodatków za pracę

w godz. nocnych, zatrudnieni są w jednolitej, minimalnej w ocenie Konsorcjum

Z. U. stawce 26 zł/h, a co jest niewiarygodne, nadto niezgodne

z przepisami prawa pracy, tak w zakresie określenia stawki minimalnej, jak

i dodatków które pracodawca jest zobowiązany ponieść w związku z delegacjami,

3)przedstawione dowody są niewiarygodne:

–umowa przedwstępna najmu (załącznik nr 4), która to jest umową nieważną z mocy rawa (wobec braku zawarcia elementów przedmiotowo istotnych - ceny),

–wykaz Pracowników (załącznik 1) – nie zawiera informacji: jakie czynności każda z tych osób będzie wykonywała oraz jaki jest ogólny koszt ich pracy w związku z wykonywaniem tych czynności w celu realizacji tej usługi, jaki i „w tym koszt operatorów wykorzystywanego sprzętu” – czego wymagał zamawiający,

–wydruki TER wraz z wyborem oferty (załącznik 5 i 6) innych wykonawców – na które powołuje Konsorcjum Z. U. dążąc do pokazania w drodze analogii rynkowości przyjętych cen – nie mogą być dowodem na okoliczności wskazane przez tego wykonawcę w sprawie. Po pierwsze, warunki wykonywania tych dwóch pozycji

w obu rejonach są inne, tj. uwarunkowania lokalne. Po drugie, z wyjaśnień Konsorcjum U. wynika wprost, że założenia cenowe wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia nie są tożsame. Konsorcjum Z. U. zakłada wykonanie przedmiotu w sposób niezgodny z warunkami zamówienia, przepisami prawa pracy oraz ustawy o odpadach,

w konsekwencji czego wyjaśnienia te nie obaliły domniemania, że zaoferowano rażąco niską cenę, a wręcz ją potwierdzają;

2.art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Z. U. i wybór jego oferty jako najkorzystniejszej, niepodlegającej odrzuceniu, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na rzekomym uwzględnieniu kosztów realizacji pracy z grupy 2, w tym pozycji TER 2, 1.1. i 1.3., w ramach kosztów realizacji prac z innych grup, tj. zastosowaniu tzw. praktyki „przerzucania kosztów” między pozycjami, co wprost wynika ze złożonych wyjaśnień, w których wskazano m.in., że: *pracami porządkowymi, pomiarami, badaniami, demontażem oznakowania robót zajmą się osoby, które zatrudnione*

są w ramach brygad interwencyjnych, a dalej: *wynagrodzenie brygady zgodnie z SST jest uwzględnione w Zarządzaniu Kontraktem GR 11* (a zatem Konsorcjum

Z. U. potwierdza, że pomija koszty pracownicze w ramach kalkulacji

dla wyjaśnianych pozycji TER 2, a dalej, że koszty te rzekomo uwzględnił w ramach innej pozycji tj. TER 11) – podczas gdy nieuprawnionym (i niezgodnym

z postanowieniami SWZ) jest przesunięcie kosztów pomiędzy pozycjami TER, a takie „przerzucanie” kosztów z jednego obszaru wpływającego na korzystniejszą ocenę oferty do drugiego, nazwane "inżynierią cenową", uznawane jest za czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej

konkurencji;

3. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 17 Pzp, polegające na braku odrzucenia oferty Konsorcjum Z. U., mimo, że pozostaje ona niezgodna

z warunkami zamówienia w zakresie, w jakim Konsorcjum Z. U.

nie zaoferowało wykonania wszystkich elementów objętych przedmiotem zamówienia i zakłada, że pracownicy zatrudnieni w ramach TER 11, mieliby równocześnie wykonywać prace TER 2 (a co wprost wynika z treści złożonych wyjaśnień:

„nie musiał kalkulować dedykowanej robocizny ani pracy sprzętu"), podczas gdy

z warunków zamówienia wprost wynika konieczność dokładnego, precyzyjnego skalkulowania poszczególnych cen, tj. z następujących treści SWZ:

a. cena za jednostkę obejmuje wszystkie składniki kosztów (m.in. KP, KZ, Zysk, itp.), a także inne czynności opisane w SST (z SWZ cz. IV),

b. Wykonawca obliczając cenę Oferty musi uwzględnić opis sposobu obliczenia ceny zawarty w tomie IV SWZ – Kosztorys ofertowy (17.2, SWZ cz. I),

c. Wykonawca obliczając cenę Oferty musi uwzględnić w kosztorysie ofertowym wszystkie podane tam i opisane pozycje. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzać zmian do kosztorysu ofertowego (17.3, SWZ cz. I),

d. cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania zamówienia (17.8, SWZ cz. I),

w konsekwencji czego oferta jest niezgodna z ww. warunkami zamówienia, które przewidują nakaz uwzględniania wszystkich pozycji opisanych w TER przy obliczaniu ceny (która to interpretacja zapisów została potwierdzona przez Sąd Okręgowy w Warszawie na tle sprawy z analogiczną treścią SWZ – zob. Wyrok SO w Warszawie z 22.03.2022 r., XXIII Zs 9/22, LEX nr 3433339), wobec czego oferta Konsorcjum Z U. winna zostać odrzucona, bowiem nie do zaakceptowania jest sytuacja, w której wykonawca chcąc uzyskać dane zamówienie, podaje w ofercie cenę, która tylko częściowo uwzględnia koszty jego wykonania lub zakłada jej zmienność w zależności od warunków;

4. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Z. U. i wybór jego oferty jako najkorzystniejszej i rzekomo niepodlegającej odrzuceniu, pomimo że jest niezgodna z warunkami zamówienia (w tym z 1.4; 5.5.5. SST TER 11 oraz § 11 ust. 1 pkt 21 PPU) a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na celowym, sztucznym zaniżeniu lub pominięciu wartości poszczególnych elementów cenotwórczych, tj.

a) pominięcie kosztów zatrudnienia pracowników w ramach robocizny poza brygadami patrolowo-interwencyjnymi, w tym POK, który to musi stanowić komórkę „całodobową", a co wynika z analizy:

1) wyjaśnień, w których wskazano *Wykonawca skierował do realizacji przedmiotowego Zamówienia 35 pracowników*,

2) spisu dołączonego do wyjaśnień (załącznik nr 1), w którym również wskazano, że Konsorcjum Z. U. planuje zatrudniać w ramach niniejszego zadania wyłącznie 35 Pracowników, a wszyscy oni będą „Pracownikiem drogowym – Grupy Interwencyjnej" albo „Pracownikiem drogowym – Grupy Patrolowej", a zatem **brak jest założenia co do innych pracowników, chociażby POK** – gdy zgodnie z SST TER 11, POK stanowi komórkę całodobową, a założenie o całodobowym charakterze POK powoduje,

że pracownicy nie mogą oni być kierowani od innych prac (interwencji, patroli czy robót drogowych) – jak również **Zespołu ds. Utrzymania Dróg** (w którego skład wchodzą: Kierownik ds. Utrzymania Dróg, Zastępca Kierownika

ds. Utrzymania Dróg, Specjaliści ds. utrzymania dróg, specjalista

ds. administracyjno – finansowych),

b) pominięcie kosztów robocizny i pracy sprzętu w ramach pozycji 1.1. i 1.3. TER 2, a co wprost wynika z treści złożonych wyjaśnień: *nie musiał kalkulować dedykowanej robocizny ani pracy sprzętu*, jednocześnie wskazując na rzekome 3,2 h (lub odpowiednio 4h) czasu pracy, którego jednak nie wlicza, gdy tymczasem Zamawiający wprost w skierowanym wezwaniu z dnia 09.08.2023 r. wskazał, że oczekuje przedstawienia „ilości osób które Wykonawca przewiduje do realizacji przedmiotowej usługi, wskazanie jakie czynności każda z tych osób będzie wykonywała oraz jaki jest koszt ich pracy w związku z wykonywaniem tych czynności w celu realizacji tej usługi (w tym operatorów wykorzystywanego sprzętu)",

co w rezultacie pozwoliło temu wykonawcy obniżyć całość ceny swojej oferty i uzyskać zamówienie, a w konsekwencji naruszenie art. 16 Pzp, przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości postępowania;

5. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp polegające na braku odrzucenia oferty Konsorcjum Z. U., mimo, że pozostaje ona niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie, w jakim wykonawca zakłada, że pracownicy brygad patrolowo-interwencyjnych mieliby równocześnie wykonywać prace TER 2 poz. 1.1. i 1.3., podczas gdy:

a) zgodnie z 5.5.5. SST TER 11 wykonawca zapewnicałodobową dyspozycyjność brygad patrolowo-interwencyjnych, przez cały okres związania Umową (wliczając w to również dni wolne od pracy),

b) zgodnie z 1.1. SST TER 11, czas reakcji brygady patrolowo-interwencyjnej lub brygady interwencyjnej (dot. dróg klasy A i S) wynosi 30 min.,

a zatem warunki zamówienia nie dopuszczają możliwości uczestnictwa brygad patrolowo-interwencyjnych w pracach drogowych. Nadto nie jest możliwe, by pracownik wykonujący

w danym momencie prace TER 2 poz. 1.1/1.3, przykładowo będąc na miejscu rzekomego magazynu wskazanego przez wykonawcę lub na innym odcinku drogi, mógł dojechać

w 30 minut na interwencję – co potwierdza, że oferta wykonawcy nie zakłada całodobowej dyspozycyjności brygad, a tym samym jest niezgodna z warunkami zamówienia;

6. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp, polegające na braku odrzucenia oferty Konsorcjum Z. U., mimo że pozostaje ona niezgodna

z warunkami zamówienia (w tym § 11 ust. 1 pkt 21 PPU) i przepisami prawa (art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) w zw. z § 3 Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia

13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej

stawki godzinowej w 2023 r. (Dz. U. poz. 1952)) w zakresie
w jakim Konsorcjum Z. U. wskazuje na koszty robocizny w kwocie 26 zł
na godz. TER 11 (przy czym i tak nie uwzględnia kosztów robocizny w zakresie wyjaśnianych pozycji TER 2),
tymczasem:
a)zgodnie z § 11 ust. 1 pkt 21 PPU, Zamawiający wymaga, aby osoby z Zespołu ds. Utrzymania Dróg i brygad były zatrudnione na podstawie umowy o pracę;
b)Zgodnie z § 3 ww. Rozporządzenia:
i.stawka minimalna brutto 3600,00 zł,
ii.wraz z kosztami pracodawcy: 4 337,28 zł,
iii.na godzinę (wraz z kosztami pracodawcy): 27,11 zł (tj. powyżej 26 zł),
w konsekwencji czego założenie co do robocizny (abstrahując tutaj od braku
jej skalkulowania dla TER 2) jest poniżej kosztów minimalnego wynagrodzenia o pracę (nawet bez uwzględniania dodatków, np. nocny i innych kosztów, delegacji), przy czym dodatkowo – co uzasadnia, iż oferta Z. U. została skalkulowana poniżej kosztów – czym doszło do naruszenia art. art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp. Nadto - zatrudnienie specjalistów
za minimalne wynagrodzenie o pracę w liczbie 35 jest nierealistyczne i nie sposób uznać, by miało spełniać wymagania rynkowości;

7.art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 Uznk w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum U. i wybór jego oferty jak
i rzekomo niepodlegającej odrzuceniu, pomimo przedstawienia, w niezgodnych
z rzeczywistością i wprowadzających zamawiającego w błąd informacji:
a)w zakresie materiału (destruktu bitumicznego), bowiem wykonawca
ten w wyjaśnieniach z 9 grudnia 2022 r. wskazuje na magazyn z innych postępowań, zaś w wyjaśnieniach z dnia 18 sierpnia 2023 r. wskazuje
na miejsce magazynowania destruktu bitumicznego, dołączając jako jedyny dowód „umowę przedwstępną najmu", która to jest umową nieważną,
a co świadczy o braku wiarygodności zaproponowanej ceny i zgodności wykonania przedmiotu z warunkami zamówienia,
b)w zakresie materiału (destruktu bitumicznego) w jakim Konsorcjum Z. U. deklaruje w złożonych wyjaśnieniach (z dnia 09.12.2022 r., podtrzymanych w dniu 18.08.2023 r.), iż: „Destrukt bitumiczny (z magazynu wykonawcy), pozyskany z poniższych kontraktów:
1Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA oddział w Warszawie, w podziale na 3 zadania: zadanie nr 1 - Rejon w Płocku, umowa nr 358/2022,
2Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA oddział w Warszawie, w podziale na 3 części: część nr 3 - rejon w Przasnyszu, umowa nr 330/2022,
3Całoroczne, kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA oddział w Warszawie, Rejon w Mławie, umowa nr 257/2022;",
w sytuacji gdy ze warunków tych zamówień (SST), oraz zapisów § 2 pkt 6 Postanowień Umowy wynika, że destrukt pozostaje własnością Zamawiającego, co potwierdził Zamawiający odpowiadając na pytanie nr 107,
podczas gdy każda informacja musi być przez zamawiającego zbadana, a przedstawiona „umowa" świadczy o próbie wprowadzenia w błąd co do dysponowania rzekomą bazą
i posiadanego materiału - przedstawiania informacji niezgodnych z rzeczywistością, wobec czego oferta Konsorcjum U. winna zostać odrzucona jako złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, w szczególności z punktu widzenia zasady uczciwej konkurencji.
Konsekwencją powyższego jest fakt, że założenia, co do nieuwzględnienia przez Z. U. w cenie kosztów destruktu powoduje, że jego cena nie została skalkulowana
na podstawie rzeczywistych założeń, jest rażąco niska, a brak jej odrzucenia stanowi kolejną podstawę uzasadniającą zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp;

8.art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 Uznk w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum U. i wybór jego oferty jako najkorzystniejszej i rzekomo niepodlegającej odrzuceniu, pomimo przedstawienia w wyjaśnieniach sprzecznych ze sobą i wprowadzających zamawiającego w błąd informacji w zakresie ponoszenia kosztów osobowych TER 2 poz. 1.1. i 1.3, bowiem:
a)w wyjaśnieniach z dnia 9 grudnia 2022 r. w zakresie wyjaśnienia tych pozycji, Konsorcjum Z. U. wyraźnie wskazało, że ponosi „koszty osobowe: operatorzy układarki 2 osoby, operator walca 1 osoba, 2 fizycznych z grabkami i miotłą",
b)w wyroku KIO z dnia 26 czerwca 2023 r. (KIO 1638/23) odnoszącego się do tych wyjaśnień, również wskazano, że Wykonawca *Te osoby wylicza wprost w kategorii „koszty osobowe",* dalej wskazując na konieczność doprecyzowania m.in. *jak przyjęte założenia odnośnie czasu pracy mają się również do czasu pracy osób zajmujących się oznakowaniem robót i zabezpieczeniem terenu*
z uwzględnieniem kolejności poszczególnych czynności wykonywanych przez te osoby oraz sprzęt,
tymczasem w wyjaśnieniach z dnia 18 sierpnia 2023 r. stwierdza, że „***nie musiał kalkulować kosztów robocizny***", jednocześnie wskazując na rzekomy czas 3,2 godz. czasu pracy lub 4 h, którego to kosztu robocizny jednak nie uwzględnia w ramach danej pozycji TER 2 (a zatem *de facto* brak jest uwzględniania kosztu pracy osób wykonujących te prace TER2), nadto w o w wyjaśnieniach z dnia 09.12.2022 r. dla wykonania TER 2 Konsorcjum Z. U. wskazuje na 10 osób, w wyjaśnieniach z dnia 18.08.2023 r. wskazywał, że będzie to 35 osób,
a co jest założeniem nie tylko sprzecznym z warunkami zamówienia, ale również świadczy o sprzeczności prezentowanych założeń Konsorcjum Z. U. w składanych wyjaśnieniach, co w konsekwencji winno prowadzić do odrzucenia oferty.
Konsekwencją powyższego jest fakt, że założenia, co do nieuwzględnienia przez Z. U. w cenie kosztów osobowych powoduje, że jego cena nie została skalkulowana na podstawie rzeczywistych założeń, jest rażąco niska, a brak jej odrzucenia stanowi kolejną podstawę uzasadniającą zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp;

9.art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp przez brak odrzucenia oferty Konsorcjum U., a

podlegającej odrzuceniu z powodu niezgodności tej oferty z warunkami zamówienia, w szczególności określonymi treścią 2.1 Specyfikacji Technicznej Całoroczne Utrzymanie Dróg Krajowych - Wymagania Ogólne D-M-00.00.00 (dalej jako „SST") i § 2 ust. 1-3 Projektowanych Postanowień Umownych (dalej jako „PPU"), z których wynika, że:

a) *Wykonawca ma obowiązek wykorzystać i wbudowywać materiały nowe i jednocześnie nie dopuszcza się stosowania materiałów używanych lub regenerowanych* (pkt 2.1. SST); *materiały, za pomocą których będzie wykonywane zamówienie, powinny odpowiadać co do jakości wymaganiom określonym ustawą z dnia 16 kwietnia 2004 r. o wyrobach budowlanych oraz wymaganiom określonym w SST* (§ 2 ust. 2 PPU); a co więcej (co jest szczególnie istotne w kontekście ewentualnego zakładania wykorzystania odpadów destruktu – na co jednak nie wskazało Konsorcjum Z. U.):

b) *Materiały muszą spełniać wymagania SST dla poszczególnych asortymentów robót oraz posiadać wszystkie niezbędne dokumenty poświadczające dopuszczenie do stosowania w budownictwie, dokumenty potwierdzające ich przeznaczenie, właściwości, a także wskazanie dokumentu odniesienia* (pkt 2.1. SST), a jednocześnie Rozporządzenie Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 23 grudnia 2021 r. w sprawie określenia szczegółowych warunków utraty statusu odpadów dla odpadów destruktu asfaltowego (Dz. U. poz. 2468) określa:

i. szczegółowe warunki utraty statusu odpadów przez odpady destruktu asfaltowego,
ii. wymagania w zakresie próbek i badań,
iii. wymagane dokumenty (protokół, oświadczenia,

podczas gdy z wyjaśnień wynika

iv. wykonawca Konsorcjum U. zarówno nie uwzględnił kosztu zakupu nowego materiału w postaci destruktu, jak również nie uwzględnił kosztów związanych z ewentualnym pozyskaniem i utratą statusu odpadów,
v. nie wyjaśnił w żadnym zakresie, którą z tych opcji zakłada i czy w ogóle zakłada pozyskanie materiału w takim wypadku,
vi. niezależnie od tego, Konsorcjum Z. U. nie przedstawiło żadnych dowodów tym zakresie, tj. ani dla nowego materiału, ani w zakresie wymaganych dokumentów co do ewentualnej procedury utraty statusu odpadu (szczegółowe wymagania z Rozporządzenia),

a przez co złożona oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia co do wymagań w zakresie materiału (destruktu bitumicznego), jak i przepisami ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o wyrobach budowlanych oraz ww. Rozporządzenia, w szczególności wobec de facto braku wyjaśnień w tym zakresie i jakichkolwiek dowód, a czego wymagał Zamawiający;

10. art. 224 ust. 1, 5 i 6 Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum U.

w zakresie istotnych części składowych tj. pozycji TER 11 i wybór oferty Konsorcjum Z. U., podczas gdy oferta i treść wyjaśnień złożonych przez Konsorcjom U. budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, jak i wynikającymi z odrębnych przepisów w zakresie istotnej części składowej TER 11,

tj. w szczególności w zakresie:

a) pracowników zatrudnionych w ramach brygad patrolowych i interwencyjnych, w tym: spełnienia wymogu całodobowej dyspozycyjności („5.5.5. Wykonawca zapewni całodobową dyspozycyjność brygad patrolowo-interwencyjnych, przez cały okres związania Umową (wliczając w to również dni wolne od pracy"), czasu reakcji brygad patrolowo-interwencyjnej i interwencyjnej (30 minut na dojazd) – z uwagi na fakt, że Konsorcjum Z. U. zakłada wykonywanie przez pracowników TER 11 równocześnie zadań z TER 2, tymczasem jest to założenie, które świadczy o tym, że wykonawca nie skalkulował każdej z pozycji odrębnie, jak również budzi wątpliwości co do możliwości wykonania całości przedmiotu zamówienia,

b) kosztów Zespołu ds. Utrzymania Dróg organizacji oraz Punktu Obsługi Kontraktu, będącego zgodnie z ST komórką „całodobową" – z uwagi na fakt, że Konsorcjum Z. U. „skierował do realizacji przedmiotowego zamówienia 35 pracowników", a wszyscy oni mają być zgodnie z dołączonym przez Wykonawcę wykazem w jednej z brygad (co rodzi w szczególności wątpliwość, czy wykonawca zamierza zapewnić całodobową komórkę POK),

c) koszt skierowania 35 pracowników przekracza wartość pozycji zarządzania kontraktem TER 11,

a które to wątpliwości wynikają z treści złożonych wyjaśnień, co też winno skutkować wezwaniem do wyjaśnień w zakresie TER 11, a następnie – o ile wykonawca ten nie złożyłby wyjaśnień w tym zakresie lub też okazałyby się one niewystarczające – odrzuceniem oferty tego wykonawcy, czego jednak Zamawiający zaniechał.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: aby unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej; powtórzył czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, w tym odrzucił ofertę Konsorcjum Z. U.;

ewentualnie wezwał do wyjaśnień Konsorcjum Z. U. w zakresie grupy prac TER 11 Zarządzanie Kontraktem- żądanie to złożone zostało przez Odwołującego z ostrożności procesowej. W niniejszym postępowaniu w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przyjmując określony przez Konsorcjum Z. U. model składania wyjaśnień, wykonawca ten powinien już na tym etapie przedstawić wyjaśnienia dla pozycji TER 2 i TER 11. Skoro wykonawca powołuje się na koszty uwzględnione w tej pozycji, chcąc obalić domniemanie rażąco niskiej ceny, powinien wykazać realność przyjętych

założeń. Jeżeli zatem założeniem jest TER 11, to ta pozycja kosztowa powinna być wyjaśniona już na etapie składania wyjaśnień TER 2.

Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie faktury VAT i spisu kosztów przedstawionych na rozprawie, zgodnie z § 5 pkt 2 lit. a-b 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. poz. 2437).

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z następujących dokumentów, tj.:

Specyfikacji Techniczna całoroczne utrzymanie dróg krajowych - wymagania ogólne (d-m-00.00.00, v.1), dot. „Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie, w podziale na 3 Części: Część nr 1 – Rejon w Ostrowi Mazowieckiej Część nr 2 – Rejon w Płońsku Część nr 3 – Rejon w Przasnyszu;
Odpowiedzi na pytania nr 1, dot. „Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie, w podziale na 3 Części: Część nr 1 – Rejon w Ostrowi Mazowieckiej Część nr 2 – Rejon w Płońsku Część nr 3 – Rejon w Przasnyszu;
Specyfikacji Techniczna całoroczne utrzymanie dróg krajowych - wymagania ogólne (d-m-00.00.00, v.1), dot. „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;

na okoliczność wykazania następujących faktów, tj. ich treści, w tym w szczególności własności Zamawiającego w zakresie destruktu bitumicznego lub konieczności utylizacji
w zakresie ww. postępowań.

Odwołujący podał, że posiada interes we wniesieniu odwołania. Podał,
że Wykonawca posiada interes w uzyskaniu zamówienia. Jego oferta odpowiada warunkom zamówienia i brak jest podstaw do jej odrzucenia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przywołanych wyżej przepisów Pzp interes Odwołującego doznał uszczerbku. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem Postepowania. Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa, bowiem gdyby Zamawiający przeprowadził czynności
w postepowaniu zgodnie z przepisami Pzp, prawidłowo ocenił ofertę wykonawcy Konsorcjum Z. U., wówczas doszedłby do jednoznacznej konstatacji, iż oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz nieprawidłowa pod względem wyceny poszczególnych, istotnych części składowych ceny, a ceny w ofercie są rażąco niskie, jak również oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Gdyby więc Zamawiający dokonał prawidłowej weryfikacji tej oferty, wówczas oferta Odwołującego mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu. Tym samym Odwołujący legitymuje się interesem w złożeniu odwołania, o którym mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.
Przedmiot zamówienia

Krótki opis: Przedmiotem zamówienia jest usługa polegająca na całorocznym wykonywaniu usług i robót budowlanych na drogach nr 15 15a, 15h, 92 oraz 92f administrowanych przez Rejon w Kępnie z zakresu: bieżącego utrzymania dróg (BUD), zimowego utrzymania dróg (ZUD), bieżącego utrzymania czystości na obiektach inżynierskich (BUM).

Rodzaj zamówienia: Usługi.

Główny kod CPV 90620000 Usługi odśnieżania

Opis zamówienia: 1. Przedmiot zamówienia obejmuje wykonywanie prac (określonych w Grupach Prac) całorocznego, w tym zimowego i bieżącego utrzymania dróg, w szczególności: a) z Grup Prac 1-9: - utrzymania nawierzchni dróg, - utrzymania poboczy i pasów rozdziału, - utrzymania korpusu drogi, - utrzymania odwodnienia, - utrzymania chodników i ścieżek rowerowych, - utrzymania oznakowania, - utrzymania urządzeń bezpieczeństwa ruchu, - utrzymania estetyki znaków, elementów bezpieczeństwa ruchu oraz pasa drogowego, - utrzymania urządzeń wspomagających, b) z Grup Prac 10a, 10 b i 10 c – zimowego utrzymania dróg, c) z Grupy Pracy 11 – Zarządzania Kontraktem, d) z Grupy Prac 12 – utrzymanie czystości na obiektach inżynierskich. 2. Szczegółowo przedmiot zamówienia został opisany w SWZ TOM II-IV. 3. Termin realizacji: od dnia 01.04.2023 roku do dnia 01.06.2026 roku. Jeżeli umowa zostanie podpisana po dniu 01.04.2023 roku to będzie ona obowiązywać od dnia zawarcia Umowy do dnia 01.06.2026 roku. Przy czym maksymalny łączny okres obowiązywania Umowy, wraz z prawem opcji, o którym mowa w § 1 ust. 8 PPU (SWZ TOM II), nie może przekroczyć 48 miesięcy.
W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał:

Odwołujący podał stan faktyczny:

W dniu 29.05.2023 r. oferta Konsorcjum Z. U. została odrzucona przez Zamawiającego z uwagi na fakt, że oferta: zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, była niezgodna z warunkami zamówienia (pkt c uzasadnienia o odrzuceniu – Grupa 8 – Estetyka w zakresie „Utrzymanie MOP/parkingów").

Dnia 9 sierpnia 2023 r. Konsorcjum Z. U. zostało ponownie wezwane do wyjaśnień. Czynność Zamawiającego była związana z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej jaki zapadł w przedmiotowym postępowaniu dnia 26.06.2023r (sygnatura KIO 1638/23) w którym KIO nakazuje zamawiającemu wezwanie wykonawcy, w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia istotnych części składowych ceny, w zakresie:

a) GRUPA 2 - Pobocza i pasy rozdziału: Remont poboczy destruktem bitumicznym
o grubości warstwy do 10 cm, materiał Zamawiającego;

b) GRUPA 2 - Pobocza i pasy rozdziału: Remont poboczy destruktem bitumicznym
o grubości warstwy do 10 cm, materiał Wykonawcy.
Zamawiający w wezwaniu wskazał: *wyjaśnienia powinny składać się z części opisowej omawiającej każdą pozycję kosztową oraz zostać poparte adekwatnymi dowodami, wraz*
z obligatoryjnym wskazaniem, które dowody Wykonawca złożył w celu wykazania poszczególnych wyjaśnień opisowych.

Dodatkowo, w treści pisma z wezwaniem z dnia 9 sierpnia 2023 r., Zamawiający precyzyjnie wskazał zakres wyjaśnień – z podaniem poszczególnych pytań i wymaganych dowodów (zob. tabela 1).
W wyroku z dnia 26 czerwca 2023 r., sygn. akt KIO 1638/23, podkreślano, na konieczność *ponownego wezwania w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia istotnych części składowych ceny, w zakresie: a) GRUPA 2 - Pobocza i pasy rozdziału: Remont poboczy destruktem bitumicznym o grubości warstwy do 10 cm, materiał Zamawiającego (lit. a, b, c uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego). b) GRUPA 2 - Pobocza i pasy rozdziału: Remont poboczy destruktem bitumicznym o grubości warstwy do 10 cm, materiał Wykonawcy (lit. a, b, c uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego)* (zob. sentencja wyroku). W uzasadnieniu wskazano m.in.: *Zamawiający powinien więc dopytać Odwołującego jak przyjęte założenia odnośnie czasu pracy mają się również do czasu pracy osób zajmujących się oznakowaniem robót i zabezpieczeniem terenu z uwzględnieniem kolejności poszczególnych czynności wykonywanych przez te osoby oraz sprzęt, na co zwracał uwagę Zamawiający w treści uzasadnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego.*
Konsorcjum Z. U. złożyło kolejne wyjaśnienia. Zamawiający pismem z dnia 26.09.2023 r. poinformował, że zgodnie z art.

253 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r., zawiadamia, że w przedmiotowym postępowaniu jako najkorzystniejsza została wybrana oferta złożona przez Wykonawcę: Z.U. Sp. z o.o. – lider konsorcjum ul. Mazowiecka 16, 06-200 Maków Mazowiecki Abramss Sp. z o.o. – partner konsorcjum ul. Świętokrzyska 30/63, 00-116 Warszawa z ceną brutto: 50.532.399,41 zł (zakres podstawowy).” Podano, że wybrana oferta odpowiada wszystkim wymaganiom określonym w ustawie oraz SWZ i została oceniona jako najkorzystniejsza.

Odwołujący przedstawił uzasadnienie prawne:
I. Rażąco niska cena (wezwanie do wyjaśnień a złożone wyjaśnienia, ocena dowodów, brak obliczeń)

Odwołujący podał, że przedmiotowe wyjaśnienia nie sposób jest uznać za adekwatną odpowiedź na otrzymane wezwanie do wyjaśnień. Przy czym dodatkowo, w niniejszej sprawie treść wyjaśnień z dnia 18 sierpnia 2023 r. *de facto* potwierdza braki w kalkulacji poszczególnych pozycji i nieuwzględniania kosztów (w tym kosztów pracowniczych i materiału). Treść wyjaśnień wskazuje na niezgodność z warunkami zamówienia zarówno z uwagi na zastosowanie niedopuszczalnej metody inżynierii cenowej, niezgodność z SWZ, jak i postanowieniami ST TER 2 oraz niezależnie od tego zapisami SST TER 11.
Czynność zwrócenia się o wyjaśnienia powoduje, że aktualizuje się wówczas domniemania rażąco niskiej ceny po stronie wykonawcy – jak ma to miejsce w stosunku do wykonawcy Konsorcjum Z. U..

Przed dokonaniem ponownego wyboru oferty (pismem z dnia 26 września 2023 r.) Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy Konsorcjum Z. U. o złożenie wyjaśnień:

w zakresie: a) GRUPA 2 - Pobocza i pasy rozdziału: Remont poboczy destruktem bitumicznym o grubości warstwy do 10 cm, materiał Zamawiającego b) GRUPA 2 - Pobocza i pasy rozdziału: Remont poboczy destruktem bitumicznym o grubości warstwy do 10 cm, materiał Wykonawcy.

Dalej wskazano:

W związku z powyższym, proszę o udzielenie odpowiedzi na następujące pytania. Zamawiający wskazuje, że wyjaśnienia powinny składać się z części opisowej omawiającej każdą pozycję kosztową oraz zostać poparte adekwatnymi dowodami, wraz z obligatoryjnym wskazaniem, które dowody Wykonawca złożył w celu wykazania poszczególnych wyjaśnień opisowych.

Następnie, Zamawiający podał szczegółowo zakres wezwania (zob. tabela 1, kolumna pierwsza). Odwołujący podał że udzielona odpowiedź jest niekompletna w stosunku do zadanych pytań, jak również nie zawiera dowodów, stanowiących obligatoryjną część wyjaśnień składanych zgodnie z art. 224 Pzp.

Po pierwsze, Konsorcjum Z. U. de facto nie udziela odpowiedzi na zadane pytania, pomijając poszczególne z nich.

Jako punkt wyjścia można porównać treść wezwania do treści merytorycznej odpowiedzi na wezwanie i załączników Konsorcjum Z. U.. Przykładowo, Wykonawca został wezwany do wskazania ilości osób,

które Wykonawca przewiduje do realizacji przedmiotowej usługi, wskazanie jakie czynności każda z tych osób będzie wykonywała oraz jaki jest koszt ich pracy w związku z wykonywaniem tych czynności w celu realizacji tej usługi (w tym koszt operatorów wykorzystywanego sprzętu). Wykonawca miał przedstawić wyjaśnienia także w zakresie kosztów, jakie związane są z realizacją danej pozycji kosztorysowej, a wynikają ze Specyfikacji Technicznych, w szczególności D-M.00.00.00 - Wymagania Ogólne. Tymczasem Wykonawca przedstawia tabelę ze wskazaniem stanowiska i ilości osób, przy czym:

- jest ona sprzeczna z wyjaśnieniami wcześniej złożonymi, w wyjaśnieniach z dnia 09.12.2022 r. dla wykonania TER 2 Konsorcjum Z. U. wskazuje na 10 osób, bowiem w wyjaśnieniach z dnia 18.08.2023 r. wskazywał, że będzie to 35 osób, ponadto wskazywał: Wykonawca założył wykonanie ww. robót w siłach własnych wykorzystując synergię w ramach realizowanych w rejonie zleceń/zamówień oraz wykorzystanie dostępnych mu zasobów sprzętowo-ludzkich, a gdzie obecnie i na etapie odwołania twierdzi, że będzie wykonywał prace przerzucając pracowników pomiędzy poszczególnymi TER,
- Konsorcjum nie wyszczególnia czynności każdej z tych osób,
- W zakresie kosztów pracy, przedstawia tabele „koszty pracownicze", jednak: nie ma w niej kosztów pracy każdej z tych osób; podaje rzekomy koszt pracowniczy, którego jednak nie ujmuje w kosztach TER 2, wcześniej wskazuje, że *nie musi zakładać kosztów robocizny,* dodatkowo od etapu wniesionego odwołania z dnia 07.06.2023 r. wskazuje, by prace te mieli wykonywać pracownicy brygad patrolowo-interwencyjnych,
- Jedyne koszty, jakie wliczono do wyjaśnianych pozycji to de facto koszty sprzętu.

Odwołuje się do wyroku z dnia 6 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO 778/23, LEX nr 3555139.
Złożone wyjaśnienia Konsorcjum Z. U. mają charakter ogólnikowy, są niespójne i wewnętrznie sprzeczne. Nie sposób jest uznać, by rozwiewały on wątpliwości Zamawiającego (a wręcz przeciwnie – treść wyjaśnień rodzi kolejne wątpliwości), gdyż w zasadzie nie odnoszą się nawet do tych wątpliwości, które Zamawiający wskazał w wezwaniu.

Po drugie, odwołujący podał, że dokumenty przedstawione przez Wykonawcę nie tylko nie odnoszą się do wyliczenia składowych ceny w ramach TER 2 poz. 1.1. i 1.3. (na których konieczność wskazał sam Zamawiający w wezwaniu), ale dodatkowo nie można uznać je za wiarygodne i mogące (chociażby hipotetycznie) wykazać cenę oferty, tj.:

(1) umowa przedwstępna najmu (załącznik nr 4) - Umowa ta ma rzekomo potwierdzać dysponowanie przez Wykonawcę bazą do składowania destruktu bitumicznego. Aby w ogóle można było rozważać jej znaczenie – umowa ta musiałaby być umową ważną w świetle przepisów prawa. Umowa przedwstępna najmu powinna określać istotne postanowienia umowy przyrzeczonej (art. 389 k.c.). Ważność umowy przedwstępnej uzależniona jest od zawarcia w jej treści istotnych postanowień umowy przyrzeczonej, bez których określenia nie mogłaby ona dojść do skutku. Obejmują one essentialia negotii umowy nazwanej. Tymczasem, umowa przedwstępna najmu (załącznik nr 1) nie zawiera podstawowego elementu przedmiotowo istotnego, tj. kwoty czynszu – wobec czego stanowi umowę nieważną. Dodatkowo, przedstawienie przez Wykonawcę takiego dowodu w postaci nieważnej umowy świadczy o jego świadomym działaniu i *de facto* próbie wprowadzenia w błąd samego Zamawiającego. Przy czym Zamawiający winien badać nie tylko merytoryczną treść wyjaśnień, ale też i same dowody – w tym również pod kątem ich wiarygodności - a czego zaniechał w ww. zakresie. Przy czym zgodnie z wyrokiem (sygn. akt KIO 1160/23, LEX nr 3588576) informacje niezgodne z rzeczywistością, wprowadzające zamawiającego w błąd mogą być badane w świetle podstaw odrzucenia oferty z powodu popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, czy też z punktu widzenia zasady uczciwej konkurencji, przewidzianej w art. 16 Pzp.

Przedstawiona „umowa" zawiera informacje niezgodne z rzeczywistością, wobec czego oferta Konsorcjum Z. U. winna zostać odrzucona również jako złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, w szczególności z punktu widzenia zasady uczciwej konkurencji.

(2) brak uwzględnienia kosztów w zakresie deklarowanych materiałów

W zakresie materiału (destruktu bitumicznego) w jakim Konsorcjum Z. U. deklaruje w złożonych wyjaśnieniach (z dnia 09.12.2022 r., podtrzymanych w dniu 18.08.2023 r.), iż:

„Destrukt bitumiczny (z magazynu wykonawcy), pozyskany z poniższych kontraktów:

Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA oddział w Warszawie, w podziale na 3 zadania: zadanie nr 1 — Rejon w Płocku, umowa nr 358/2022;
Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA oddział w Warszawie, w podziale na 3 części: część nr 3 — rejon w Przasnyszu, umowa nr 330/2022;
Całoroczne, kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA oddział w Warszawie, Rejon w Mławie, umowa nr 257/2022;”

wykonawca nie wykazał poniesienia kosztów tego materiału.

Z warunków tych zamówień - ST, oraz zapisów § 2 pkt 6 Postanowień Umowy wynika,
że destrukt pozostaje własnością Zamawiającego, co potwierdził Zamawiający odpowiadając na pytanie nr 107.

(3) wykaz Pracowników (załącznik 1)

Dokument ten nie zawiera w szczególności takich informacji jak:
•wskazanie czynności, które każda z tych osób będzie wykonywała (na co wskazał Zamawiający);
•jaki jest ogólny koszt pracy danego pracownika;
•jaki jest „koszt operatorów wykorzystywanego sprzętu”, czego wymagał Zamawiający;
•stanowi w istocie potwierdzenie, że Wykonawca pomija koszt zatrudnienia pracowników w ramach pozostałych robót i prac (niewchodzących w brygady patrolowo-interwencyjne), np. POK.

Konsorcjum Z. U. wskazuje w kolejnych wyjaśnieniach (18.08.2023 r.), że:

„gdyby doszło do nieprzewidzianych problemów w czasie wykonywanych prac i czas układania poboczy mógłby się zbliżyć do przyjętych założeń 500 m2/1h, pracami porządkowymi, pomiarami, badaniami, demontażem oznakowania robót zajmą się osoby, które zatrudnione są w ramach brygad interwencyjnych, które zgodnie z SST D-10.10.01 z Zarządzanie Kontraktem musi mieć Wykonawca w dyspozycji całodobowej.”

nie wskazuje jednak jaki jest koszt:

1) prac porządkowych,
2) pomiarów,
3) badań,
4) demontażu oznakowania robót.

Przerzucanie tych kosztów pomiędzy pozycjami TER – co zostało przez Konsorcjum Z. U. potwierdzone i co powinno skutkować odrzuceniem jego oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia – nie zwalniało go od wskazania tych kosztów i czasu pracy oraz przyjętych założeń sprzętowych.

Przyjęty przez Konsorcjum Z. U. model składania wyjaśnień prowadzi
do absurdalnych konsekwencji. Na tej zasadzie kolejne wezwania do złożenia wyjaśnień RNC zakładałyby możliwość każdorazowo „ukrywania" kolejnych kosztów związanych
z daną pozycją i polegania na oświadczeniu Konsorcjum Z. U., które można sprowadzić do formuły, iż „gdzieś te koszty w ofercie zostały skalkulowane". Przykładowo, brak jest przedstawienia przez Konsorcjum U. umów i określonych w nich warunków zatrudnienia pracowników, w tym zakładających części składowe wynagrodzenia, w tym koszty delegacji, noclegów poza siedzibą (Maków Mazowiecki i Warszawa).

Konsorcjum Z. U. nie zauważa przy tym, że taki sposób składania wyjaśnień powoduje, że pozycje, gdzie rzekome koszty mają być przenoszone nie zwierają buforu finansowego pozwalającego przyjąć prezentowane założenia. TER 11 nie zawiera rezerwy dla pokrycia kosztów 35 pracowników.

(4) wydruki TER wraz z wyborem oferty (załącznik 5 i 6)

Dokumenty te są bez znaczenia dla niniejszego zamówienia, bowiem warunki wykonywania tych dwóch pozycji w obu rejonach są odmienne, co wynika z uwarunkowań lokalnych. Dodatkowo, poszczególne ceny zależą od możliwości samego wykonawcy. Konsorcjum
z U. nie wykazał, że w tym zakresie warunki, założenia są tożsame.

Odwołujący wskazał, że w ramach zorganizował szczegółową Wizję lokalną, przewidzieliśmy co jest do robienia w zakresie poboczy i ww. pozycji, m.in. stwierdzono, że tam stan nawierzchni jest bardzo dobry, tam okres wykonywania prac to 48 miesięcy i jest oszacowana większa ilość do wykonania co pozwoliło na zmniejszenie ceny jednostkowej (natomiast na S11, S5 okres wykonywania prac to 36 miesięcy i mniej jednostek). Dodatkowo, w rejonie w Bydgoszczy i ościennych od kilku lat Odwołujący prowadzi
na drogach krajowych prace z zakresu ZUD, bieżącego utrzymania dróg , w tym utrzymania zieleni i roboty bitumiczne; a co więcej posiada własną bazę zlokalizowaną w sąsiedztwie tych odcinków dróg wraz z zapleczem sprzętowym, ma tam własny sprzęt, pracowników/brygady bitumiczno-drogowe.

W odpowiedzi na wezwanie skierowane w trybie art. 224 ust. 1 ustawy wykonawca Konsorcjum Z. U. powinien przedłożyć wszystkie stosowne dowody potwierdzające wyjaśnienia. Z kolei nie sposób przyjmować dokumentów przygotowanych de facto „pod wezwanie". Odwołujący wskazał wyrok z dnia 22 maja 2019 r. sygn. KIO 809/19, w którym Krajowa Izba Odwoławcza negatywnie oceniła braki dowodowe w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny. Izba podkreśliła, że *dowody muszą być adekwatne i przekonujące i nie mogą ograniczać się do ogólnikowego materiału.* Odwołujący podła również, że w sprawie, która legła u podstaw tego wyroku, wykonawca nie ograniczył się do samych wyjaśnień (co nie było wystarczające do obalenia domniemania RNC) – bowiem złożył nawet szereg dokumentów na ich poparcie, wraz z kalkulacją ceny, a co nie ma nawet miejsca w niniejszej sprawie, bowiem Wykonawca nie przedstawił nawet takich dowodów.

Po trzecie, podkreślić trzeba, że Konsorcjum Z. U. w treści wyjaśnień w żaden sposób nie wyjaśnia w jaki sposób skalkulował cenę poszczególnych elementów w ramach wyjaśnianych pozycji (tj. składowych podanych przez siebie cen jednostkowych). Próżno szukać jakiekolwiek kalkulacji wyjaśniających sposób wyliczenia kwot (tj. podane jako ceny jednostkowe w ofercie: Grupa 2, „Pobocza i pasy rozdziału w zakresie „Remont poboczy destruktem bitumicznym o grubości warstwy do 10 cm, materiał Zamawiającego" – 8 zł i Grupa 2, „Pobocza i pasy rozdziału w zakresie „Remont poboczy destruktem bitumicznym o grubości warstwy do 10 cm, materiał Wykonawcy" – 15 zł).
Wykonawca, wezwany do udzielenia wyjaśnień, jest zobowiązany szczegółowo wskazać konkretne, dające zweryfikować się czynniki umożliwiające mu skalkulowanie ceny lub kosztu na niskim poziomie - a czego brak jest w wyjaśnieniach Konsorcjum Z. U.. Konsorcjum Z. U. nie przedstawia zasadniczo żadnych obliczeń czy chociażby wyodrębnienia poszczególnych elementów składowych i ich przełożenia na zaoferowaną cenę jednostkową – gdy Zamawiający wyraźnie wskazał na taki obowiązek. Odwołujący podał, że z uwagi na brak samodzielnej kalkulacji, nie sposób jest też wywnioskować jaki Wykonawca zakłada zysk – jeśli w ogóle go zakłada. Przy czym wyraźnie podkreśla się, że *to Zamawiający nie powinien (…) poszukiwać informacji poza treścią oferty. Deklaracja wykonawcy powinna być jednoznaczna i nie budzić wątpliwości Zamawiającego* (zob. wyrok KIO z 16.05.2022 r., KIO 1115/22, LEX nr 3399641).

Odwołujący podał, że w konsekwencji, wyjaśnienia Konsorcjum Z. U. nie obaliły domniemania, że zaoferowano rażąco niską cenę, a wręcz ją potwierdzają. W kontekście powyższych wyjaśnień należy podnieść, iż każdorazowo punktem wyjścia dla oceny wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny winna być treść samego wezwania. Po stronie wezwanego do wyjaśnień wykonawcy aktualizował się obowiązek wyczerpującego udzielenia odpowiedzi na pytania Zamawiającego, który wzywał do złożenia wyjaśnień. Jak wskazano powyżej, Zamawiający wprost wskazał na konieczność udzielenia wyjaśnień wraz z przedłożeniem dowodów – czego to nie uczynił.

II. Sposób kalkulacji ceny (pominięcie kosztów; przerzucanie kosztów) - niezgodność z warunkami zamówienia i czyn nieuczciwej konkurencji

W ocenie Odwołującego oferta Konsorcjum Z. U. winna zostać odrzucona również jako niezgodna z warunkami zamówienia oraz stanowiąca czyn nieuczciwej konkurencji. Potwierdzają to złożone wyjaśnienia tego wykonawcy.

Po pierwsze, wykonawca sam wprost wskazuje, że część kosztów z grupy TER 2 zostało rzekomo wkalkulowane w koszty pozycji TER 11 (tj. inżynieria cenowa). Po drugie, z wyjaśnień wynika, że Konsorcjum Z. U. *de facto* pomija składniki kosztów, a cena nie obejmuje wszystkich składników kosztów i innych czynności opisanych w SST.

Jako punkt wyjścia, Odnosząc się do zapisów warunków zamówienia, Odwołujący wskazuje m.in. na następujące zapisy SWZ:

- *Cena za jednostkę obejmuje wszystkie składniki kosztów (m.in. KP, KZ, Zysk, itp.), a także inne czynności opisane w SST (a w szczególności oznakowanie robót)* (z SST IV),

przy czym

- *Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o kosztorys ofertowy sporządzony na formularzu stanowiącym integralną część SWZ - Tom IV* (SWZ cz. I; 17.1.);
- *Wykonawca obliczając cenę Oferty musi uwzględnić opis sposobu obliczenia ceny zawarty w tomie IV SWZ – Kosztorys ofertowy, oraz w pkt. 17.9 tomu I SWZ - IDW*. (SWZ cz. I; 17.2.);
- *Wykonawca obliczając cenę Oferty musi uwzględnić w kosztorysie ofertowym wszystkie podane tam i opisane pozycje. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzać zmian do kosztorysu ofertowego. (…)* (SWZ cz. I; 17.3.);
- *Cena Oferty powinna być wyrażona w złotych polskich (PLN) z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku i obejmować całkowity koszt wykonania zamówienia* (SWZ cz. I; 17.5.);

Tymczasem Konsorcjum Z. U. w treści wyjaśnień z dnia 18 sierpnia 2023 r. odnoszących się do pozycji z grupy 2 - wprost wskazał, że:

- *…nie musiał kalkulować dedykowanej robocizny ani pracy sprzętu* (s. 2 i 7);
- *…gdyby doszło do nieprzewidzianych problemów w czasie wykonywanych prac i czas układania poboczy mógłby się zbliżyć do przyjętych założeń 500 m2/1h, pracami porządkowymi, pomiarami, badaniami, demontażem oznakowania robót zajmą się osoby, które zatrudnione są w ramach brygad interwencyjnych, które zgodnie z SST D-10.10.01z Zarządzanie Kontraktem musi mieć Wykonawca w dyspozycji całodobowej. Wynagrodzenie brygady zgodnie z SST jest uwzględnione w Zarządzaniu Kontraktem GR 11, więc Odwołujący nie ponosi dodatkowych kosztów ich zatrudnienia.*
- *obmiar prac określający faktyczny zakres wykonywanych prac będzie dokonywany przez Kierownika lub Zastępcę Kierownika ds. Utrzymania Dróg, których wynagrodzenie jako kluczowego personelu Wykonawcy jest uwzględnione już w Zarządzaniu Kontraktem GR 11 zgodnie z SST D-10.10.01z Zarządzanie Kontraktem.*

Odwołujący podał, że z powyższego wynika, że Zamawiający w sposób jasny i precyzyjny określił, iż rozliczenie w ramach przedmiotowego zamówienia (w ramach pozycji będących przedmiotem wyjaśnień) odbywać się będzie według cen jednostkowych za poszczególne kategorie usług i prac. Zamawiający wskazał na to w konstrukcji formularza ofertowego (SWZ IV), jak i SWZ I. Wezwanie do wyjaśnień kierowane do Konsorcjum Z. U. wskazywało dwie konkretne pozycji TER 2, które to wykonawca winien był precyzyjnie skalkulować (na co wskazał Zamawiający również w wezwaniu do wyjaśnień).

W kontekście powyższego Odwołujący wskazał na wyrok SO w Warszawie z 22.03.2022 r., XXIII Zs 9/22, LEX nr 3433339, który to zapadł w postępowaniu, w którym występowałyzasadniczo analogiczne postanowienia SWZ. W sprawie tej Sąd Okręgowy dokonał wykładni zapisów, w tym pkt 17.3 SWZ:
Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszego postępowania należy odwołać się do treści SWZ, a mianowicie kluczowych pkt 17.1 - 17.3 SWZ: 17.1. (…) Skoro zatem, zgodnie z pkt 17.3 SWZ koszt ma być wskazany przez wykonawcę w sposób całkowity, to nie można wskazać go w danej pozycji tylko częściowo, przenosząc pozostałą jego część do innej. Sąd Okręgowy stoi tu bowiem na stanowisku, iż takie zachowanie wykonawcy (wykazywanie kosztów w dowolnych pozycjach) jest niezgodne z warunkami zamówienia, które sformułował zamawiający. Przyjmując bowiem nawet, iż w pkt 17.3 SWZ posłużono się pojęciem cena "powinna" obejmować całkowity koszt, to pkt 17.2 zawiera już sformułowanie nie budzące wątpliwości, tj. nakaz, iż wykonawca "musi" przy obliczaniu ceny uwzględniać wszystkie pozycje opisane w TER. Ten nakaz stanowił zatem podstawę wykładni postanowień SWZ oraz podstawę oceny prawidłowości oferty.

Wówczas w dokumentacji przetargów GDDKiA występował zapis 17.3 ze sformułowaniem „powinna” – obecnie jest to „musi”, a zatem tym bardziej jest to bezwzględny nakaz;

Dodatkowo, sprawa to dotyczyła „przerzucania” kosztów również w zakresie „Zarządzania kontraktem” a inną grupą TER;

(…) Nie może w tym zakresie zasługiwać zatem na aprobatę stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, która w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku podniosła, jakoby Zamawiający nie zakazał ujęcia ceny danej pozycji w innych pozycjach, a w treści SWZ nie przewidziano, że przeniesienie kosztów między poszczególnymi pozycjami, czy też przekroczenie określonych w TER limitów skutkować będzie odrzuceniem oferty. Tym samym zasadnie podnosi Skarżący, iż nie może mieć znaczenia fakt, czy Zamawiający w SWZ wprost zakazał przenoszenia kosztów pomiędzy pozycjami, skoro zakaz ten jest naturalną konsekwencją nakazu ujęcia w każdej cenie jednostkowej całkowitego kosztu wykonania danej pozycji (pkt 17.3 SWZ).

(…) W ocenie Sądu Okręgowego w niniejszym stanie faktycznym doszło do nieuprawnionego, niezgodnego z postanowieniami SWZ przesunięcia kosztów pomiędzy pozycjami TER, co skutkować też miało uzyskaniem nieuprawnionego wyniku w postaci wyboru ofert dokonujących tych przesunięć wykonawców. Takie "przerzucanie" kosztów z jednego obszaru wpływającego na korzystniejszą ocenę oferty do drugiego, nazwane "inżynierią cenową", uznawane jest za czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Nie można zgodzić się, by wykonawca chcąc uzyskać dane zamówienie, podawał w ofercie cenę, która tylko częściowo

uwzględnia koszty jego wykonania – tak jak czyni to Konsorcjum
Z. U., który wprost wskazał, że w ramach TER 2 poz. 1.1. i 1.3. nie uwzględnia kosztów robocizny, bowiem rzekomo ujmuje je w pozycjach grupy 11. Takie założenie winno prowadzić do odrzucenia oferty – a brak takiego odrzucenia stanowi nie tylko o niezgodność z ww. warunkami zamówienia, ale również potwierdza, że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Bezzasadne jest twierdzenie Konsorcjum Z. U. zawarte w wyjaśnieniach:*„Jednocześnie należy zauważyć, KIO nie uznała argumentacji Zamawiającego 26.06.2023 r. (sygn. akt. KIO 1638/23), dot. zakazu łączenia obowiązków brygad interwencyjnych z realizacją pracy w Grupie nr 2, co oznacza, że przyjęty przez Wykonawcę sposób organizacji prac należy uznać za prawidłowy."*

Po pierwsze, oferta Konsorcjum Z. U. została odrzucona z uwagi na rażąco niską cenę w zakresie TER 2. Zamawiający nie dokonał odrzucenia tej oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z TER 2. Poza kognicją Izby pozostawało badanie zgodności oferty z warunkami zamówienia w zakresie TER 2 i pkt 17.1 - 17.3 SWZ: 17.1., SST D-10.10.01z.

Po drugie, koncepcja dot. łączenia obowiązków brygad interwencyjnych z realizacją pracy
w Grupie nr 2 – zgodnie z deklaracją Konsorcjum Z. U. – pojawiły się na etapie odwołania. Okoliczność tę zauważył także Zamawiający, który w odpowiedzi odwołanie wskazywał: *„w pkt. 21 i 26 [27 – przypis Odwołującego] odwołania także pojawiają się informacje nowe, dotyczące nieścisłości związanych z wyliczeniem czasu pracy. Po pierwsze Konsorcjum U. dopiero w odwołaniu podaje, że: „Pracami przygotowawczymi, porządkowymi, oznakowaniem robót zajmują się osoby, które zatrudnione są w ramach brygad interwencyjnych, które zgodnie z SST D-10.10.01z Zarządzanie Kontraktem musi mieć Wykonawca w dyspozycji całodobowej".*
Po trzecie, nawet gdyby koncepcja dot. łączenia obowiązków brygad interwencyjnych
z realizacją pracy w Grupie nr 2 była pierwotnie zakładana i nie stanowiłaby zmiany treści oferty i nie stanowiłaby tym samym podstawy zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp
w zw. z art. 3 ust. 1 Uznk w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp, to taka inżynieria nie mogłaby prowadzić do zwolnienia wykonawcy z obowiązku przedstawienia kosztów.

Z uwagi na fakt, że ten „model" pojawił się na etapie odwołania nie mógł on stanowić podstawy dla pierwotnego odrzucenia oferty Konsorcjum Z. U.. Nie był też tym samym przedmiotem oceny Izby. W stanie faktycznym doszło do niezgodnego
z postanowieniami SWZ przesunięcia kosztów pomiędzy pozycjami TER, a co w konsekwencji doprowadziło do nieuprawnionego wyniku w postaci wyboru oferty Konsorcjum Z. U. dokonujących tych przesunięć wykonawców. Takie „przerzucanie" kosztów z jednego obszaru wpływającego na korzystniejszą ocenę oferty do drugiego – tj. inżynieria cenowa – uznawana jest za czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

III. Koszty pracownicze zakładane na realizację zadania przez Konsorcjum U. - niezgodność z warunkami zamówienia i nieuczciwa konkurencja, RNC oraz niezgodność z przepisami

Pominięcie kosztów zatrudnienia pracowników (kosztów osobowych)
Odwołujący podał, że z treści złożonych wyjaśnień wynika niezgodność w zakresie Szczegółowej Specyfikacji Technicznej TER 11 (na którą to również powołuje się samo Konsorcjum Z. U.).

Przy czym z wyjaśnień wynika, że Konsorcjum Z. U. de facto zakłada pominięcie poszczególnych elementów cenotwórczych, a co świadczy nie tylko o niezgodności z warunkami zamówienia, ale również (niezależnie) świadczy o złożeniu jej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Konsorcjum Z. U. podaje:

- w treści złożonych wyjaśnień: *„Wykonawca skierował do realizacji przedmiotowego Zamówienia 35 pracowników”;* Co jednoznacznie potwierdza, że Wykonawca nie zakłada zatrudnienia do realizacji zamówienia innych – poza 35 Pracownikami wskazanymi w spisie (załącznik 1 do wyjaśnień)
- Przedstawia *„Wykaz Pracowników w dyspozycji Pracodawcy skierowanych do realizacji zadania pn.:…”* Spis ten potwierdza powyższe, tj. że Konsorcjum Z. U. zamierza skierować do realizacji zadania 35 Pracowników, przy czym każdy z nich ma być członkiem jednej z brygad (patrolowej/ interwencyjnej) – brak jest Pracowników, którzy nie byliby członkami brygad.

W kontekście powyższego Wykonawca nie zapewnił osób wykonujących pozostałe prace składające się na przedmiot zamówienia.

Przy czym powyższe ma szczególne znaczenie w kontekście grupy TER 11, w której to przewidziano wymóg zatrudniania na umowie o pracę (§11 ust. 1 pkt 21 PPU). Wykonawca jest zobowiązany do zatrudnienia na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez Zamawiającego czynności w zakresie realizacji Przedmiotu Umowy tj.:
1) osób tworzących Zespół ds. Utrzymania Dróg

- ***Zespół ds. Utrzymania Dróg****– personel kluczowy Wykonawcy dyspozycyjny w Punkcie Obsługi Kontraktu [1.4. SST 11:* ***Punkt Obsługi Kontraktu****– całodobowa (również w dni wolne od pracy) komórka w strukturach Wykonawcy umożliwiająca sprawny kontakt pomiędzy Przedstawicielami Zamawiającego (w tym PID) oraz Wykonawcą] celem zapewnienia całodobowej obsługi Kontraktu. W skład Zespołu wchodzi:*
  - *Kierownik ds. Utrzymania Dróg,*
  - *Zastępca Kierownika ds. Utrzymania Dróg,*
  - *Specjaliści ds. utrzymania dróg,*
  - *specjalista ds. administracyjno – finansowych*;

2) osób wykonujących czynności związane z usuwaniem skutków zdarzeń i patrolowaniem dróg (brygady interwencyjne i patrolowe).

- ***Brygada patrolowa*** *(dot. dróg klasy A i S) - minimum 2 osobowy zespół pracowników przeszkolonych do kierowania ruchem i pracy pod ruchem (posiadających stosowne zaświadczenie), gotowych do podjęcia czynności związanych z patrolowaniem dróg.*
- ***Brygada interwencyjna*** *(dot. dróg klasy A i S) – minimum 2 osobowy zespół pracowników przeszkolonych do kierowania ruchem i pracy pod ruchem (posiadających stosowne zaświadczenie), gotowych do prowadzenia prac zabezpieczających i drobnych prac naprawczych.*

(zob. SST TER 11, pkt 1.4.)

Zdanie Odwołującego, z powyższego wynika, że Konsorcjum Z. U. zakłada zatrudnienie w stosunku pracy (abstrahując tutaj od zaniżonej stawki 26 zł) wyłącznie członków brygad – pomijając Pracowników Punktu Obsługi Kontraktu (który musi być całodobowy), a nadto nie uwzględnia specjalistów wchodzących w skład Zespołu
ds. Utrzymania Dróg. Brak jest w spisie pracowników skierowanych do realizacji zadania wskazania przykładowo Kierownika ds. Utrzymania Dróg czy specjalisty ds. administracyjno-finansowych. Tymczasem osoby te muszą być zatrudnione na umowie o pracę, zgodnie
z PPU. Przy czym również absurdalnym byłby przyjęcie, by osoby takie był zatrudnione
za koszt wynagrodzenia 26 zł (co jest również poniżej stawki minimalnej).

W konsekwencji oferta Konsorcjum Z. U. jest niezgodna również z 1.4 SST TER 11 oraz § 11 ust. 1 pkt 21 PPU, przez pominięcie kosztów zatrudnienia pracowników w ramach robocizny poza brygadami patrolowo-interwencyjnymi, w tym POK (który to musi stanowić komórkę całodobową) i zespół ds. Utrzymania Dróg, a co wynika z analizy wyjaśnień i spisu przedstawionego przez Wykonawcę. W rezultacie pozwoliło to Wykonawcy obniżyć całość ceny swojej oferty i uzyskać zamówienie, a co jest również niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

2. Całodobowa dyspozycyjność brygad, błędne i nierealistyczne założenia

Jednocześnie, Odwołujący wskazuje, że oferta Konsorcjum Z. U. pozostaje niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie, w jakim wykonawca zakłada, że pracownicy brygad patrolowo-interwencyjnych mieliby równocześnie wykonywać prace TER 2 poz. 1.1.
i 1.3., w szczególności wobec faktu, że obie brygady muszą pozostawać dyspozycyjne całodobowo.

Zgodnie z 5.5.5. SST TER 11:

Wykonawca zorganizuje w dniu rozpoczęcia realizacji Umowy, o którym mowa w § 3 ust. 1, co najmniej:

1 brygadę patrolową
1 brygadę interwencyjną.

Ponadto w dniu objęcia utrzymaniem drogi S11a, co przewiduje się w okresie od 27.10.2023r. Wykonawca zorganizuje dodatkowo (poza wyszczególnionymi powyżej) co najmniej:

1 brygadę interwencyjną.

Ilość brygad patrolowych, interwencyjnych oraz patrolowo-interwencyjnych zorganizowanych przez Wykonawcę musi gwarantować realizację poleceń Zamawiającego w określonym przez Zamawiającego czasie reakcji (dot. zarówno brygad patrolowych, jak i brygad patrolowo-interwencyjnych). Wykonawca zapewni całodobową dyspozycyjność brygad patrolowo-interwencyjnych, przez cały okres związania Umową (wliczając w to również dni wolne od pracy).

Co więcej, zgodnie z 1.1. SST TER 11:

Czas reakcji brygady patrolowo-interwencyjnej lub brygady interwencyjnej (dot. dróg klasy A i S) wynosi 30 min. dla dróg klasy A i S,

W konsekwencji, nie jest możliwe zdaniem Odwołującego, by pracownik wykonujący
w danym momencie prace TER 2 poz. 1.1/1.3, przykładowo będąc na rzekomej „bazie" wskazanej przez wykonawcę lub na innym odcinku drogi, mógł dojechać w 30 minut
na interwencję. Wynika to również z rzekomej lokalizacji miejsca magazynowania
i jej oddalenia (np. około 45 km od węzła Mosina). Przy czym trzeba mieć na względzie,
że w czas należałoby wliczyć nie tylko czas dojazdu, ale również samego zorganizowania – tak co do prac brygad, jak i zorganizowania prac z grupy drugiej poz. 1.1., 1.3 (w tym zebranie sprzętu, oznakowania, rozłożenie walca itd.) pracowników.

Dodatkowo (w szczególności mając na względzie, że Konsorcjum Z. U. zdaje się przerzucać cały ciężar kosztów

osobowych na Zarządzanie Kontraktem), należy zwrócić uwagę, że koszty wskazane w Grupie 11 Zarządzania Kontraktem – nawet przyjmując stawkę minimalną, nie pokryją zatrudnienia podanych 35 pracowników (założenie Konsorcjum Z. U.), tj.:
Zgodnie z SST TER 11 i PPU, Zamawiający wymaga, aby osoby z Zespołu ds. Utrzymania Dróg i członkowie brygad byl zatrudnieni na umowę o pracę;
–Konsorcjum Z. U. wskazuje na 35 pracowników;
Wobec tego, nawet przyjmując stawkę minimalną i 35 pracowników: (nierealne, by tak było):

ilość pracowników podana przez U.ego	stawka minimalna na jednego pracownika	MIESIĘCZNIE:
35	4 337,28 zł	151 804,80 zł

Tymczasem z TER 11 Konsorcjum Z. U.:

TER 11 Z. U.: podana kwota		Ilość
do 27.10.23	110000,00 zł	7
po 27.10.23	127620,00 zł	31

Wniosek: podana kwota nie pokrywa nawet kosztów samych pracowników, których wykonawca ma zatrudniać zgodnie z podanym przez siebie oświadczeniem (110 000,00 zł jest mniejsze niż 151 804,80 zł). Powyższe potwierdza, oferta wykonawcy nie zakłada całodobowej dyspozycyjności brygad, a tym samym jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Oferta winna zostać odrzucona, bowiem pozostaje ona niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie, w jakim wykonawca zakłada, że pracownicy brygad patrolowo-interwencyjnych mieliby równocześnie wykonywać prace TER 2 poz. 1.1. i 1.3. Zgodnie z 5.5.5. SST TER 11, Wykonawca zapewni całodobową dyspozycyjność brygad patrolowo-interwencyjnych, przez cały okres związania Umową (wliczając w to również dni wolne od pracy), z zgodnie z 1.1. SST TER 11, Czas reakcji brygady patrolowo-interwencyjnej lub brygady interwencyjnej wynosi 30 min. Nie jest możliwe, by pracownik wykonujący w danym momencie prace TER 2 poz. 1.1/1.3, przykładowo będąc na rzekomej „bazie" wskazanej przez wykonawcę lub na innym odcinku drogi, mógł dojechać w 30 minut na interwencję. Powyższe potwierdza, że oferta wykonawcy nie zakłada całodobowej dyspozycyjności brygad, a tym samym jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Jednocześnie, z ostrożności procesowej wskazuję, że powyższe niewątpliwie rodzi wątpliwości co do tego, czy Wykonawca zakład realizację całości zamówienia – co implikuje konieczność wezwania do wyjaśnień Wykonawcy w zakresie Zarządzania kontraktem.

IV. Wskazana kwota stawki robocizny - niezgodność z warunkami zamówienia i nieuczciwa konkurencja, RNC oraz niezgodność z przepisami
Odwołujący wskazywał również na niezgodność oferty z warunkami zamówienia i przepisami prawa wynikającą z faktu, że Konsorcjum Z. U. zdaje się przyjmować
dla wszystkich pracowników stawkę robocizny 26 zł. Przede wszystkim jest to stawka niezgodna z przepisami o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, a co ma szczególne znaczenie w kontekście tego, że pracownicy TER 11 muszą być zatrudnieni w warunkach umowy o pracę. Przy czym dodatkowo, jest to stawka nierealistyczna - w żadnym stopniu nieuwzględniająca wymagania co do poszczególnych osób mających być skierowanym
do zamówienia.

I tak, zgodnie z SST TER11 oraz PPU, w ramach TER11, koniecznym jest zatrudnianie na podstawie umowy o pracę. Z kolei:

–na zasadzie § 3 Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. *w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r.* (Dz. U. poz. 1952) - wydanego w wykonaniu art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207): Od dnia 1 lipca 2023 r. ustala się minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości: 3600 zł.
–a zatem wraz z kosztami pracodawcy: 4 337,28 zł;
–na godzinę (wraz z kosztami pracodawcy): 27,11 zł (tj. więcej niż 26 zł) - nawet bez dodatku nocnego (przy całodobowej dyspozycyjności - konieczność);

W konsekwencji czego, w ocenie Odwołującego, założenie co do robocizny poczynione przez Konsorcjum Z. U. (abstrahując tutaj od braku jej skalkulowania dla TER 2) jest poniżej kosztów minimalnego wynagrodzenia o pracę - a co jednoznacznie potwierdza konieczność odrzucenia oferty.

Niezależnie od powyższego, zatrudnienie specjalistów za minimalne wynagrodzenie o pracę jest nierealistyczne i nie sposób uznać, by miało spełniać wymagania rynkowości. Zwraca również uwagę na fakt, że wykonawca Konsorcjum Z. U. przyjął równe stawki dla wszystkich pracowników, a co świadczy o ich braku wiarygodności.

Przykładowo, można wskazać na następujących pracowników (i ich wyraźne zróżnicowanie):

•*Zespół ds. Utrzymania Dróg – personel kluczowy Wykonawcy dyspozycyjny w Punkcie Obsługi Kontraktu celem zapewnienia całodobowej obsługi Kontraktu. W skład Zespołu wchodzi: Kierownik ds. Utrzymania Dróg, Zastępca Kierownika ds. Utrzymania Dróg, Specjaliści ds. utrzymania dróg, specjalista ds. administracyjno – finansowych.*

Nie sposób przyjmować zdaniem Odwołującego, by osoby na tych stanowiskach miały pracować przy stawce 26 zł/h (a jak podaje Konsorcjum Z. U., osoby ze spisu 35 Pracowników, mają pracować właśnie rzekomo za taką stawkę).

Ponadto Konsorcjum Z. U. nie przedstawia umów i określonych w nich warunków zatrudnienia pracowników, w tym zakładających części składowe wynagrodzenia, w tym koszty delegacji, noclegów poza siedzibą firm - Maków Mazowiecki i Warszawa. Konsorcjum Z. U. nie przedstawia jakichkolwiek wyjaśnień w zakresie tych kosztów dla określonych pozycji TER.
Oświadczenie o tym, że wszyscy deklarowani pracownicy Konsorcjum Z. U. (w liczbie 35), bez względu na rodzaj wykonywanej pracy, zajmowane stanowisko, zatrudnieni są w jednolitej, minimalnej w ocenie Konsorcjum Z. U. stawce 26 zł/h jest niewiarygodne, a co więcej jest niezgodne z przepisami prawa pracy, tak w zakresie określenia stawki minimalnej, jak i dodatków które pracodawca jest zobowiązany ponieść w związku z delegacjami.

Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby (nawet pomijając w tym miejscu ww. sprzeczność z przepisami prawa), nawet fakt, że przyjęty poziom wynagrodzenia pracowników nie narusza przepisów powszechnie obowiązujących w zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę, nie jest równoznaczny z tym, że koszty pracy przyjęto na poziomie oddającym rzeczywiste nakłady. Takie założenie musiałoby się bowiem wiązać każdorazowo z przyjęciem, że wszystkie osoby zatrudnione na umowę o pracę, mające realizować zamówienie, otrzymują wynagrodzenie minimalne, co w aktualnych realiach gospodarczych na rynku oraz mając na uwadze okoliczność, iż pracownicy skierowani do realizacji zamówienia zatrudnieni są/będą na różnych stanowiskach, wymagających różnych kwalifikacji, jest mało prawdopodobne (wyrok KIO z 27.02.2023 r., KIO 388/23, LEX nr 3510635).

V. Materiał Wykonawcy w ramach TER2 (destrukt bitumiczny) - niezgodność z warunkami zamówienia i czyn nieuczciwej konkurencji

Niezależnie od powyższego, oferta konsorcjum winna zostać również odrzucona wobec błędnych (i sprzecznych ze sobą) założeń co do kosztów materiału, tj. destruktu bitumicznego.

Po pierwsze, odnosząc się do treści wyjaśnień, wskazać należy, że sam Wykonawcza nie może być nawet w posiadaniu destrukt bitumicznego ze wskazanych przez siebie postępowań. Konsorcjum Z. U. powołuje się na postępowanie „Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie, w podziale na 3 Części: Część nr 1 – Rejon w Ostrowi Mazowieckiej Część nr 2 – Rejon w Płońsku Część nr 3 – Rejon w Przasnyszu", w zakresie posiadania destruktu w swoich pierwszych wyjaśnieniach z dn. 09.12.2022 r., str. 7 – co podtrzymał w wyjaśnieniach z dnia 18 sierpnia 2023 r.). Tymczasem zgodnie z zapisami w załączonej specyfikacji:

- 2.4. Specyfikacji Ogólnych Wymagania Ogólne – Warszawa (dot. GDDKiA.O.WA.D-3.2413.59.2021)*Materiały z rozbiórki (np. destrukt pochodzący z frezowania nawierzchni jezdni, kostka kamienna i betonowa, krawężniki kamienne, bariery, znaki drogowe oraz inne) pozostają własnością Zamawiającego, chyba, że przeznaczone są do utylizacji. O przeznaczeniu materiałów z rozbiórki decyduje Zamawiający. (…)*
- powyższe znajduje odzwierciedlenie w odpowiedzi na pytanie nr 107, w której Zamawiający odmówił dookreślenia i zmiany zapisu umownego.

Wobec tego destrukt pozostaje własnością Zamawiającego, ewentualnie powinien być zutylizowany – wobec czego nie jest możliwe, żeby Konsorcjum Z. U. mogło dysponować destruktem bitumicznym pochodzącym z tego zadania.

Dowód:

Specyfikacja Techniczna całoroczne utrzymanie dróg krajowych - wymagania ogólne (d-m-00.00.00, v.1), dot. „Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie, w podziale na 3 Części: Część nr 1 – Rejon w Ostrowi Mazowieckiej Część nr 2 – Rejon w Płońsku Część nr 3 – Rejon w Przasnyszu;

Odpowiedzi na pytania nr 1, dot. „Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie, w podziale na 3 Części: Część nr 1 – Rejon w Ostrowi Mazowieckiej Część nr 2 – Rejon w Płońsku Część nr 3 – Rejon w Przasnyszu

Podobnie w przypadku Specyfikacji dla zadania pn. „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" (tj. zamówienie, na które powołuje się konsorcjum Z. U. w zakresie posiadania destruktu w swoich pierwszych wyjaśnieniach z dn. 09.12.2022 r., str. 7 – co podtrzymał w wyjaśnieniach z dnia 18 sierpnia 2023 r.):

2.4 *Materiały z rozbiórki zostaną niezwłocznie zutylizowane przez Wykonawcę, chyba że Zamawiający w zleceniu wskaże, że materiały nie podlegają utylizacji i pozostają własnością Zamawiającego. Materiały przeznaczone do utylizacji winny być usunięte poza teren prac (pasa drogowego), zutylizowane przez Wykonawcę na jego koszt, przy przestrzeganiu przepisów ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2020, poz. 797 z późn. zm.). Nie dopuszcza się składowania materiałów przeznaczonych do utylizacji na placach Zamawiającego. Wykonawca, na żądanie Zamawiającego, po dokonaniu utylizacji przedstawi Zamawiającemu w terminie 7 dni od dnia żądania dokument potwierdzający dokonanie utylizacji.*

Dowód:

Specyfikacja Techniczna całoroczne utrzymanie dróg krajowych - wymagania ogólne (d-m-00.00.00, v.1), dot. „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;

W konsekwencji, tutaj destrukt również pozostaje własnością Zamawiającego, ewentualnie powinien być zutylizowany, co oznacza brak możliwości jego magazynowania przez Wykonawcę Konsorcjum Z. U..

Po drugie, Wykonawca de facto nie potrafi sam wskazać, skąd będzie brał materiał – przy czym nie wykazuje tego dowodami, a do czego był obowiązany.

Jako punkt wyjścia, zgodnie z warunkami zamówienia:

Wykonawca ma obowiązek wykorzystać i wbudowywać materiały nowe i jednocześnie nie dopuszcza się stosowania materiałów używanych lub regenerowanych (pkt 2.1. SST);*materiały, za pomocą których będzie wykonywane zamówienie, powinny odpowiadać co do jakości wymaganiom określonym ustawą z dnia 16 kwietnia 2004 r. o wyrobach budowlanych oraz wymaganiom określonym w SST* (§ 2 ust. 2 PPU);

Ponadto (co jest szczególnie istotne w kontekście ewentualnego zakładania wykorzystania odpadów destruktu – na co jednak nie wskazało Konsorcjum Z. U.):

Materiały muszą spełniać wymagania SST dla poszczególnych asortymentów robót oraz posiadać wszystkie niezbędne dokumenty poświadczające dopuszczenie do stosowania
w budownictwie, dokumenty potwierdzające ich przeznaczenie, właściwości, a także wskazanie dokumentu odniesienia (pkt 2.1. SST).

Z kolei Rozporządzenie Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 23 grudnia 2021 r. w sprawie określenia szczegółowych warunków utraty statusu odpadów dla odpadów destruktu asfaltowego (Dz. U. poz. 2468) określa szczegółowe warunki utraty statusu odpadów przez odpady destruktu asfaltowego, wymagania w zakresie próbek i badań czy też wymagane dokumenty (protokół, oświadczenia).

Tymczasem z treści wyjaśnień Konsorcjum Z. U. wynika, że nie uwzględnił kosztu zakupu nowego materiału w postaci destruktu jak również nie uwzględnił kosztów związanych z ewentualnym pozyskaniem i utratą statusu odpadów. Nie wykazał żadnej
z tych okoliczności - ani dla nowego materiału, ani w zakresie wymaganych dokumentów
co do ewentualnej procedury utraty statusu odpadu w zakresie szczegółowych wymagań (zob. przepisy Rozporządzenia). Nadto, nie wyjaśnił w żadnym zakresie, którą z tych opcji zakłada i czy w ogóle zakłada pozyskanie materiału w takim wypadku.

W konsekwencji, złożona oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia co do wymagań
w zakresie materiału (destruktu bitumicznego), jak i przepisami ustawą z dnia 16 kwietnia 2004 r. o wyrobach

budowlanych oraz ww. Rozporządzenia.

VI. Zasadność wezwania względem złożonych przez Konsorcjum Z. U. wyjaśnień

Odwołujący z ostrożności procesowej podniósł, że w niniejszej sprawie pojawiają się również wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, w szczególności w zakresie grupy 11 Zarządzanie kontraktem. Powyższe żądanie zostało złożone z ostrożności procesowej, w postępowaniu
w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przyjmując określony przez Konsorcjum
Z. U. model składania wyjaśnień, wykonawca ten powinien już na tym etapie przedstawić wyjaśnienia dla pozycji TER 2 i TER 11. Skoro wykonawca powołuje się
na koszty uwzględnione w tej pozycji, chcąc obalić domniemanie rażąco niskiej ceny, powinien wykazać realność przyjętych założeń. Jeżeli zatem założeniem jest TER 11,
to ta pozycja kosztowa powinna być wyjaśniona. Jak punkt wyjścia podkreślił istotność części składowej TER 11. Wynika to chociażby z faktu, że stanowi ona 11 % całości zamówienia. Przy czym również merytorycznie – nie ulega wątpliwości, że zarządzanie kontraktem (zatem m.in. organizacja brygad patrolowo-interwencyjnych czy też POK
i Zespołu ds. utrzymania dróg) stanowi istotną część składową kontraktów utrzymaniowych.

Sama ocena treści potencjalnych przedłożonych przez Konsorcjum Z. U. wyjaśnień i kalkulacji dokonana w oderwaniu od kwestii obiektywnych wynikających z dokumentów zamówienia, wskazujących na metodologię prac, a w konsekwencji założenia ilościowe, jakościowe i materiałowe, jakie wykonawca powinien przyjąć – prowadzi do wniosku,
że oferta Konsorcjum Z. U. w ramach kwestionowanych pozycji pozostaje
w sprzeczności z warunkami zamówienia, jak i cena jest rażąco niska. W tym kontekście wydaje się wypełniać stan na który wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku sygn. akt KIO 1020/22:*Nie jest jednak tak, że na podstawie wyjaśnień ceny oferty nie mogą ujawnić się podstawy do odrzucenia oferty w oparciu o inne przepisy p.z.p., w tym np. art. 226 ust. 1 pkt 5. Nie można również wykluczyć sytuacji, w której zostaną spełnione łącznie przesłanki określone art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz 8 p.z.p.*

Oferta i treść wyjaśnień złożonych przez Konsorcjom U. budzą wątpliwości
co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi
w dokumentach zamówienia, jak i wynikającymi z odrębnych przepisów w zakresie istotnej części składowej TER 11.

Odwołujący wskazał na wątpliwości co do pracowników zatrudnionych w ramach brygad patrolowych i interwencyjnych, w tym: spełnienia wymogu całodobowej dyspozycyjności („5.5.5. Wykonawca zapewni całodobową dyspozycyjność brygad patrolowo-interwencyjnych, przez cały okres związania Umową (wliczając w to również dni wolne od pracy"), czasu reakcji brygad patrolowo-interwencyjnej i interwencyjnej (30 minut na dojazd). Konsorcjum Z. U. zakłada wykonywanie przez pracowników TER 11 równocześnie zadań z TER 2, tymczasem jest to założenie, które świadczy o tym, że wykonawca nie skalkulował każdej z pozycji odrębnie, jak również budzi wątpliwości co do możliwości wykonania całości przedmiotu zamówienia. Ponadto, Konsorcjum Z. U. zdaje się pomijać koszty organizacji Punktu Obsługi Kontraktu, będącego zgodnie z ST komórką „całodobową". Konsorcjum Z. U. „skierował do realizacji przedmiotowego zamówienia 35 pracowników", a wszyscy oni mają być zgodnie z dołączonym przez Wykonawcę wykazem w jednej z brygad (co rodzi wątpliwość, czy wykonawca zamierza zapewnić całodobową komórkę POK).

Przy czym w kontekście ewentualnego żądania co do wezwania do wyjaśnień, aktualne pozostają wyżej przytoczone uwagi – w szczególności w pkt II, III i IV co do organizacji brygad (w tym całodobowej ich dyspozycyjności), organizacji POK (całodobowego) i kosztów pracowniczych.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika postepowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co

następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 6 października 2023 roku od czynności Zamawiającego z dnia 26 września 2023 roku. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone przez Odwołującego na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane na rozprawie przez Strony i uczestnika postępowania odwoławczego na posiedzeniu i rozprawie.

Do akt sprawy odwoławczej wpłynęło pismo Zamawiającego z dnia 18 października 2023 r. „Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie". Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Do akt sprawy odwoławczej wpłynęło pismo Odwołującego z dnia 19 października 2023 roku „Odpowiedź na pismo zamawiającego".

Do akt sprawy odwoławczej wpłynęło pismo wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie *Z. U. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Makowie Mazowieckim (pełnomocnik) i Abramss spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie* z dnia 20 października 2023 roku „Pismo procesowe przystępującego".

Izba dopuściła złożone przy odwołaniu i zawnioskowane przez Odwołującego dowody oraz Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone w trakcie rozprawy przez Odwołującego:

- dowód nr 1 - dokument „Pokrycie dyspozycyjności całodobowej przez brygady (*niezależnie o liczby osób zatrudnionych)" opracowanie własne Odwołującego – 1 karat,
- dowód nr 2 – dokument „Zatrudnienie pracowników – zgodnie ze wskazaną liczbą pracowników Konsorcjum Z. U. (miesięcznie) opracowanie własne Odwołującego – 1 karat,
- dowód nr 3 – „Polecenie wykonania prac utrzymaniowych nr 40/Z-12/OD Iwno/2023 – 1 karat,
- dowód nr 4 - wyciąg „Decyzja dla miejsca korzystania ze środowiska" Abramss Świętokrzyska – 3 karty
- dowód nr 5 - wydruki ze stron internetowych odnośnie zatrudnienia i wskazania różnych stawek zatrudnienia – 12 kart.

Izba ustaliła w zakresie zarzutów odwołania:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Wyrokiem z dnia 26 czerwca 2023 roku sygn. akt KIO 1638/23 i KIO 1659/23, Krajowa Izba Odwoławcza orzekła:

1. *Uwzględnia odwołanie w sprawie prowadzonej pod sygnaturą akt KIO 1638/23 i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach ponowne wezwanie odwołującego, w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia istotnych części składowych ceny, w zakresie:*
   a) *GRUPA 2 – Pobocza i pasy rozdziału: Remont poboczy destruktem bitumicznym o grubości warstwy do 10 cm, materiał Zamawiającego (lit. a, b, c uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego).*
   b) *GRUPA 2 – Pobocza i pasy rozdziału: Remont poboczy destruktem bitumicznym o grubości warstwy do 10 cm, materiał Wykonawcy (lit. a, b, c uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego).*

W uzasadnieniu odwołania Izba podała między innymi:

„GRUPA 2 – Pobocza i pasy rozdziału w zakresie „Remont poboczy destruktem bitumicznym o grubości warstwy do 10 cm, materiał Zamawiającego".

(…)

Zamawiający powinien więc dopytać Odwołującego jak przyjęte założenia odnośnie czasu pracy mają się również do czasu pracy osób zajmujących się oznakowaniem robót i zabezpieczeniem terenu z uwzględnieniem kolejności poszczególnych czynności wykonywanych przez te osoby oraz sprzęt, na co zwracał uwagę Zamawiający w treści uzasadnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

Z uwagi na to, że powyższa okoliczność nawiązuje również do powodów odrzucenia oferty Odwołującego ujętych w lit. a), w sentencji orzeczenia wskazano, że również ten zakres powinien zostać wyjaśniony. Odwołujący bowiem w ramach obliczenia kosztów osobowych wskazuje na osoby kierujące ruchem oraz zajmujące się oznakowaniem. Te z kolei – zgodnie z argumentacją zawartą w treści odwołania, zatrudnione są w ramach brygad interwencyjnych zgodnie z SST G11 D-10.10.01z. Z zakresu obowiązków brygad interwencyjnych, wskazanym w ww. SST, nie wynika wprost kiedy określone prace mają być wykonywane (przed, po czy może w trakcie określonych prac). Z kolei jak słusznie wskazuje Zamawiający, specyfikacja techniczna dla naprawy dróg destruktem przewiduje również uporządkowanie terenu prac, które jak się wydaje – z reguły wykonywane są już po zakończeniu pracy sprzętu.

Słusznie zatem Zamawiający wskazał na wątpliwości w tym zakresie, jednak sankcja odrzucenia oferty wobec szczegółowych wyjaśnień Odwołującego była zbyt daleko idąca. Zamawiający powinien dodatkowo wyjaśnić wątpliwości, na które zwraca uwagę w treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego przed ostatecznym odrzuceniem jego oferty.

(…)

W zasadzie tożsama argumentacja dotyczy kwestii kosztów pracy sprzętu niezbędnego do realizacji prac. Nie ulega wątpliwości, że Odwołujący w sposób adekwatny odpowiedział na treść wezwania do wyjaśnienia ceny. Zamawiający nie wskazał jak szczegółowo mają być wyjaśnione poszczególne pozycje kosztowe. Skoro tak, nie można czynić Odwołującemu zarzutu, że nie zawarł w wyjaśnieniach treści, która nie była wprost wymagana zakresem wezwania. Nie wszystkie okoliczności mające wpływ na wysokość poszczególnych kalkulacji muszą wynikać wprost z treści wyjaśnień. W wyjaśnieniach wykonawca uzewnętrznia jedynie końcowy rezultat pewnego procesu decyzyjnego.

GRUPA 2 – Pobocza i pasy rozdziału w zakresie „Remont poboczy destruktem bitumicznym o grubości warstwy do 10 cm, materiał Wykonawcy”.
Lit. a), b), c):
W niniejszym zakresie aktualna pozostaje argumentacja przedstawiona dla GRUPA 2 – Pobocza i pasy rozdziału w zakresie „Remont poboczy destruktem bitumicznym o grubości warstwy do 10 cm, materiał Zamawiającego”.”

Pismem z dnia 9 sierpnia 2023 roku Zamawiający skierował do wykonawcy wezwanie:

Czynność Zamawiającego jest podyktowana wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej jaki zapadł w przedmiotowym postępowaniu dnia 26.06.2023r (sygnatura KIO 1638/23) w którym KIO nakazuje zamawiającemu wezwanie wykonawcy, w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia istotnych części składowych ceny, w zakresie:
a) GRUPA 2 - Pobocza i pasy rozdziału: Remont poboczy destruktem bitumicznym o grubości warstwy do 10 cm, materiał Zamawiającego
b) GRUPA 2 - Pobocza i pasy rozdziału: Remont poboczy destruktem bitumicznym o grubości warstwy do 10 cm, materiał Wykonawcy,
- co Zamawiający niniejszym wykonuje.
W związku z powyższym, proszę o udzielenie odpowiedzi na następujące pytania. Zamawiający wskazuje, że wyjaśnienia powinny składać się z części opisowej omawiającej każdą pozycję kosztową oraz zostać poparte adekwatnymi dowodami, wraz z obligatoryjnym wskazaniem, które dowody Wykonawca złożył w celu wykazania poszczególnych wyjaśnień opisowych.
a) „Remonty poboczy destruktem bitumicznym o grubości warstwy do 10cm, materiał Zamawiającego”
Proszę o wskazanie ilości osób, które Wykonawca przewiduje do realizacji przedmiotowej usługi, wskazanie jakie czynności każda z tych osób będzie wykonywała oraz jaki jest koszt ich pracy w związku z wykonywaniem tych czynności w celu realizacji tej usługi (w tym operatorów wykorzystywanego sprzętu).
Proszę o wskazanie ilości oraz rodzaju sprzętu jaki Wykonawca przewiduje do realizacji przedmiotowej usługi (ze wskazaniem wydajności poszczególnych sprzętów i szacowanego czasu ich pracy dla realizacji usługi) oraz wskazanie kosztu pracy poszczególnego sprzętu
w ujęciu godzinowym/kilometrowym (z uwzględnieniem kosztu paliwa, serwisu, amortyzacji, wynajmu sprzętu, innych kosztów – wyszczególnić jakie to koszty).
Dodatkowo proszę wyjaśnić, w jaki sposób sprzęt, pracownicy oraz materiały zostaną dostarczeni na miejsce świadczenia usługi i jaki jest koszt ich transportu w to miejsce. Proszę o wskazanie jaką odległość Wykonawca przyjął przy szacowaniu kosztów dostawy materiału ze składowiska Zamawiającego.
Prosimy o przedstawienie wyjaśnień także w zakresie kosztów, jakie związane są
z realizacją danej pozycji kosztorysowej, a wynikają ze Specyfikacji Technicznych,
w szczególności D-M.00.00.00 - Wymagania Ogólne.
b) „Remonty poboczy destruktem bitumicznym o grubości warstwy do 10cm, materiał Wykonawcy”
Proszę o wskazanie ilości osób które Wykonawca przewiduje do realizacji przedmiotowej usługi, wskazanie jakie czynności każda z tych osób będzie wykonywała oraz jaki jest koszt ich pracy w związku z wykonywaniem tych czynności w celu realizacji tej usługi (w tym operatorów wykorzystywanego sprzętu).
Proszę o wskazanie ilości oraz rodzaju sprzętu jaki Wykonawca przewiduje do realizacji przedmiotowej usługi (ze wskazaniem wydajności poszczególnych sprzętów i szacowanego czasu ich pracy dla realizacji usługi) oraz wskazanie kosztu pracy poszczególnego sprzętu w ujęciu godzinowym/kilometrowym (z uwzględnieniem kosztu paliwa, serwisu, amortyzacji, wynajmu sprzętu, innych kosztów – wyszczególnić jakie to koszty).
Dodatkowo proszę wyjaśnić, w jaki sposób sprzęt, pracownicy oraz materiał (w tym 200m3 destruktu) zostaną dostarczone na miejsce świadczenia usługi i jaki jest koszt ich transportu w to miejsce.
Proszę o wskazanie gdzie Wykonawca posiada zmagazynowany materiał (destrukt bitumiczny) który zamierza wykorzystać do realizacji usługi oraz w jakiej odległości składowisko znajduje się od miejsca świadczenia usługi objętego umową będącą przedmiotem niniejszego zamówienia.
Prosimy o przedstawienie wyjaśnień także w zakresie kosztów, jakie związane są
z realizacją danej pozycji kosztorysowej, a wynikają ze Specyfikacji Technicznych,
w szczególności D-M.00.00.00 - Wymagania Ogólne.
Jednocześnie informujemy, że zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo Zamówień Publicznych Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień
w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

Pismem z dnia 18 sierpnia 2023 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się
o zamówienie *Z. U. spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą*
w Makowie Mazowieckim (pełnomocnik) i Abramss spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przedstawili wyjaśnienia.

Izba zważyła w zakresie zarzutu odwołania:

Na wstępie Izba zaznacza, że zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa konstrukcja zrzutów odwołania polega na ich zwięzłym przedstawieniu, co jednoznacznie wynika z art. 516 ust.1 pkt 8 ustawy. Niewątpliwe nie stanowi zwięzłego przedstawienia zarzutów odwołania cytowanie w treści zarzutu odwołania pism składanych w trakcie procedury o zamówienia publiczne czy też powoływanie wyroków Sądu Okręgowego.
Za nader niewłaściwą należy uznać praktykę tworzenia uzasadnienia faktycznego w zakresie podnoszonego zarzutu odwołania (w jego treści wskazanej we wstępnej części odwołania), co niejednokrotnie miało miejsce w przypadku podanych przez Odwołującego zarzutów,
a co potwierdza treść uzasadnienia zarzutów odwołania, która stanowi powielenie ich treści.
Mając to na uwadze, Izba uwzględniając te opisowe zarzuty odwołania (a nie zwięzłe) jak również mając na uwadze treść uzasadnienia odwołania odniesienie się do zarzutów problemowo, w zakresie w jakim dotyczyły one czynności Zamawiającego w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
- art. 516 ust. 1 ustawy - Odwołanie zawiera:
(…)
7) wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, lub wskazanie zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy;
8) zwięzłe przedstawienie zarzutów;

9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania;
10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności;
Izba podkreśla i wyjaśnia jednocześnie, że postępowanie odwoławcze wywołane wniesieniem odwołania przez wykonawcę nie stanowi kontynuacji poprzednich postępowań odwoławczych prowadzonych w ramach tego samego postępowania o udzielnie zamówienia publicznego.

W odniesieniu do poszczególnych zarzutów:

1.

Izba za zasadne uznała zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy w zw. z 224 ust. 5, 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy w związku z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a także art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 17 ustawy w związku z brakiem (pominięciem) skalkulowania wszystkich kosztów pracy osób w zakresie Grupy 2 poz. 1.1 i poz. 1.3 oraz ich ujęcia w innych pozycjach.

Rozpoznanie powyższych zarzutów następuje w odniesieniu zarówno do Grupy 2 pozycja 1.1, jak i Grupy 2 pozycja 1.3 (*GRUPA 2 - Pobocza i pasy rozdziału: Remont poboczy destruktem bitumicznym o grubości warstwy do 10 cm, materiał Zamawiającego, b) GRUPA 2 - Pobocza i pasy rozdziału: Remont poboczy destruktem bitumicznym o grubości warstwy do 10 cm, materiał Wykonawcy).*

Izba na wstępie wskazuję, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

- art. 226 ustawy –
ust. 1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:
(…)
5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia
7) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji
8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- art. 224 ust. 5 ustawy - Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy;
- art. 224 ust. 6 ustawy - 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.

Izba na wstępie wyjaśnia, że nie ma w przepisach czegoś takiego jak „domniemanie rażąco niskiej ceny". Tam gdzie ustawodawca chciał, aby ustawa posługiwała się domniemaniem tam to jednoznacznie podaje np. art. 514 ustawy. W ramach rozpoznania zarzutów odnoszących się do ewentualnego uznania czy oferta jest z ceną rażąco niską nie odbywa się to na podstawie żadnego domniemania, a w oparciu o dokumenty jakie zostają złożone w postępowaniu w ramach procedury wyjaśnienia ceny oferty. W ramach rozpoznawanego postępowania oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie *Z. U. spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Makowie Mazowieckim (pełnomocnik) i Abramss spółka z ograniczoną odpowiedzialnością* wyjaśniana jest w ramach kalkulacji ceny oferty z uwagi na przebieg postępowania oraz w ramach wykonania wcześniejszego wyroku Izby.

Izba podkreśla, że to po stronie Zamawiającego w procedurze udzielenia zamówienia publicznego ustawodawca wprowadził obowiązek dokonania oceny prawidłowości kalkulacji ceny oferty i oceny tego, czy cena zaoferowana w postępowaniu za realizację danego zamówienia nie jest ceną rażąco niską. Ukształtowana, tak w obecnie obowiązującej ustawie, jak i w ustawie z 2004 roku procedura wyjaśnienia ceny oferty polega na wezwaniu wykonawcy do złożenia wyjaśnień, które Zamawiający poddaje ocenie. Na ich podstawie ocenia czy zaoferowana przez wykonawcę cena ofertowa nie jest rażąco niska. To po stronie wykonawcy pozostaje obowiązek wykazania, że cena oferty nie jest rażąco niska (art. 224 ust. 5 ustawy).

Izba wskazuje, że w ramach postępowania odwoławczego oceniana jest prawidłowość czynności Zamawiającego, tj. dokonanej oceny złożonych w postępowaniu wyjaśnień elementów zaoferowanej ceny oferty. Zamawiający dokonuje czynności oceny zaoferowanej w postępowaniu przez wykonawcę ceny w oparciu o dostępne mu informacje, które uzyskuje w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień – temu służy procedura wyjaśnienia opisana w art. 224 ustawy. Wykonawca obowiązany jest podać Zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty, uwarunkowania w jakich dokonywał tej kalkulacji, szczególne przesłanki warunkujące przyjęty sposób kalkulacji i inne istotne elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny taki jak korzystne upusty, sprzyjające w oparciu o konkretne informacje i warunki finansowe, uzyskane specjalne oferty, a dowodzące możliwości zaoferowania ceny obniżonej a zawartej w złożonej ofercie. Wyjaśnienia wykonawcy – informacje jakie przedstawił wykonawca - powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację uzyskuje od konkretnego wykonawcy, w konkretnym postępowaniu, w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym przez Zamawiającego terminie. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, już w ramach swoich wyjaśnień winien wskazać
na te okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny, bowiem to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Nadal aktualność swą zachowuje stanowisko wypracowane w dotychczasowym orzecznictwie Izby i sądów powszechnych wskazujące, że Izba może ocenić i stwierdzić jedynie czy wyjaśnienia w przedmiocie elementów zaoferowanej ceny były wystarczające,
a ich ocena dokonana przez Zamawiającego prawidłowa. Zachowuje swoją aktualność wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 lipca 2014 r. (sygn. akt XXIII Ga 1293/14), w którym pokreślono znaczenie staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy z 2004 (obecnie art. 224 ustawy), a także wskazano na konieczność uznania, że cena ofertowa jest ceną rażąco niską, w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę takich wyjaśnień, które wykażą, że oferowana przezeń cena rażąco niska
nie jest.
W obecnie obowiązującym stanie prawnym ustawodawca właściwie przesądził ich słuszność, wprost wskazując w przepisie art. 224 ust. 5 ustawy, że to wykonawca powinien wykazać Zamawiającemu, że cena jego oferty lub koszt nie zawiera rażąco niskiej ceny.
To wykonawca musi wykazać to na etapie postępowania o udzielenie zamówienia,

czyli w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Tym samym jak najbardziej aktualna
i wymagająca podkreślenia, jest wyrażana w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej
i sądów powszechnych teza o wymaganej staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień,
a tym samym ryzyku jakie ponosi wykonawca w przypadku uznania, że wyjaśnienia są niewystarczające do wykazania legalnego charakteru jego ceny.
Izba wskazuje, że w ramach rozpoznawanej sprawy odwoławczej poddane ocenie zostały wyjaśnienia jakie zostały złożone przez wykonawców wspólnie ubiegających się
o zamówienie *Z. U. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą*
w Makowie Mazowieckim (pełnomocnik) i Abramss spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
Izba stwierdziła, że w złożonych wyjaśnieniach z dnia 18 sierpnia 2023 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie *Z. U. spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Makowie Mazowieckim (pełnomocnik) i Abramss spółka z ograniczoną odpowiedzialnością* jednoznacznie oświadczyli, że:

Wykonawca założył wykonanie ww. robót w siłach własnych wykorzystując synergię w ramach realizowanych w rejonie zleceń/zamówień oraz wykorzystanie dostępnych mu zasobów sprzętowo-ludzkich. W związku z powyższym nie musiał kalkulować dedykowanej robocizny ani pracy sprzętu. Założono pracę sprzętu i ludzi, którymi już Wykonawca dysponuje i ponosi koszty ich zatrudnienia. W związku z czym było możliwe oszacowanie jedynie czasu pracy związanego z wykonywaniem pojedynczej jednostki dla niniejszej czynności. Poziom kosztów oraz wydajność, Wykonawca zweryfikował z kosztami które ponosi przy wykonaniu analogicznych do przedmiotowego zakresu na realizowanych przez siebie innych Zamówieniach na terenie Polski.

(…)

Jednocześnie Wykonawca wskazuje, iż gdyby doszło do nieprzewidzianych problemów w czasie wykonywanych prac i czas układania poboczy mógłby się zbliżyć
do przyjętych założeń 500 m2/1h, pracami porządkowymi, pomiarami, badaniami, demontażem oznakowania robót zajmą się osoby, które zatrudnione są w ramach brygad interwencyjnych, które zgodnie z SST D-10.10.01z Zarządzanie Kontraktem musi mieć Wykonawca
w dyspozycji całodobowej. Wynagrodzenie brygady zgodnie z SST jest uwzględnione
w Zarządzaniu Kontraktem GR 11, więc Odwołujący nie ponosi dodatkowych kosztów
ich zatrudnienia.

W ocenie Izby powyższe oświadczenia wykonawcy jednoznacznie potwierdzają,
że w ramach kosztów Grupy 2 poz. 1.1 oraz poz. 1.3 nie zostały uwzględnione wszystkie koszty, a również jednocześnie zostało potwierdzone przez składającego wyjaśnienia, że część kosztów została przeniesiona do innych pozycji, co jest niezgodne z postanowieniami dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (cena za jednostkę obejmuje wszystkie składniki kosztów, wykonawca uwzględnia opis sposobu obliczenia ceny tom IV SWZ – Kosztorys ofertowy, pkt 17.2, pkt 17.3 SWZ cz.1).
Dla Izby powyżej podana deklaracja wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie
Z. U. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Makowie Mazowieckim (pełnomocnik) i Abramss spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej: wykonawca) jest jednoznaczna i potwierdzająca, że w ramach Grupy 2 poz. 1.1 i 1.3 nie zostały ujęte wszystkie koszty pracowników jakie w ramach tego zadania są niezbędne do ujęcia. Z treści uprzednio wydanego wyroku w sposób jednoznaczny wynikało, że *przewiduje również uporządkowanie terenu prac, które jak się wydaje – z reguły wykonywane są już po zakończeniu pracy sprzętu.* To jednoznacznie potwierdza, że już na etapie tamtego wyroku przesądzono, że nawet przyjęcie – jak to zrobił w wyjaśnieniach z dnia 18 sierpnia 2023 roku wykonawca – zakładanego czasu pracy odpowiednio 3,2 godziny (poz. 1.1) oraz 4 godziny (poz. 1.3) a wyliczonego na podstawie przyjętych w kosztorysach wartości odpowiednio 1600m^2 oraz 2000m^2 nie obejmuje wskazania czasu pracy, a co za tym idzie kosztów pracy logicznie i życiowo ujętych prac związanych z uporządkowaniem terenu. Izba zaznacza w tym miejscu, że nie tylko uporządkowanie terenu po zakończeniu pracy ale również,
na co wskazuje doświadczenie życiowe także przygotowanie terenu wymaga (jak podawał Odwołujący) nakładów pracy związanych z pomiarami, pracami porządkowymi, badaniami, które to nie zostały w żaden sposób ujęte przez wykonawcę. Niezasadnym, niedopuszczalnym z punktu widzenia postanowień SWZ jest przyjmowanie przez wykonawcę, że nie musi on kalkulować kosztów pracy ludzi na tym kontrakcie, bowiem zatrudnia ich w ramach innych zamówień. Obowiązkiem wykonawcy jest przyjąć realne koszty jakie ponosi w ramach danego konkretnego zamówienia. Niedopuszczalne jest finansowanie jednej umowy (zamówienia) przez inne zamówienie – jest to realne i jednoznaczne, że w ramach danej umowy nie zostały skalkulowane koszty jakie wykonawca winien ująć. Rzeczą wprost niewyobrażalną jest, że wykonawca z takim doświadczeniem podejmuje właśnie tego typu działania, pomijając faktyczny i realny koszt realizacji przedmiotowego zamówienia.

Wykonawca w wyjaśnieniach z dnia 18 sierpnia 2023 roku podnosi, że wartość pozycji 1.1 i 1.3 z grupy 2 to odpowiednio 0,03% i 0,07 % całkowitej wartości podstawowej części postępowania, co stanowi wartość znikomą i nieistotną część przedmiotowego zamówienia. Nie sposób zgodzić się z takim stanowiskiem wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie *Z. U. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Makowie Mazowieckim (pełnomocnik) i Abramss spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej: wykonawca).* Żadna część zamówienia określona w dokumentacji przez Zamawiającego nie stanowi części nieistotnej, gdyby to była część nieistotna to nie byłaby uwzględniana w dokumentacji postępowania przez Zamawiającego. Jednocześnie dziwi, że takie stanowisko wykonawcy nie jest kwestionowane przez samego Zamawiającego. Po drugie, podane wartości pozycji do jakich referuje w wyjaśnieniach wykonawca stanowią wartości jakie określa on na podstawie przyjętej przez siebie kalkulacji, ale jak już wykazano powyżej, brak skalkulowania pełnych kosztów pracowniczych ich przenoszenie pomiędzy pozycjami i grupami w ramach tego zamówienia oraz wskazywane finansowanie pracy osób i sprzętu w ramach innego zamówienia odrealnia wartość tej usługi i jej procentowe odzwierciedlenie. Jednocześnie stawia znak zapytania co do wartości innych usług w których utajone jest pokrywanie kosztów realizacji zamówienia w Grupie 2 poz. 1.1 i 1.3.

Słusznie podnosił Odwołujący, że Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień w zakresie ilości osób przewidzianych do realizacji usługi z ujęciem jakie wykonywać w ramach poz. 1.1 i 1.3 czynności oraz jakie będą ich koszty pracy w związku z realizacją. Podane informacje przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie *Z. U. spółka*
z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Makowie Mazowieckim (pełnomocnik)
i Abramss spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, jak słusznie podnosi Odwołujący, nie stanowią odpowiedzi na zadane pytania. Sam fakt kalkulacji kosztów w oparciu o określone kosztorysy nie zwalniał wykonawcy z podania informacji jakich jednoznacznie wymagał Zamawiający, a Zamawiający wymagał podania ilości osób – której nie ma, nie

została podana przez wykonawcę ilość osób do realizacji usługi z grupy 2 poz. 1.1 i poz. 1.3. Podanie informacji o 10 osobach dla każdego z zadań oraz informacji,
że w miarę potrzeb będą brały również udział inne osoby (w tym nie określono ile ich będzie), których koszty wliczone są do Grupiy 11 nie stanowi odpowiedzi na pytanie Zamawiającego. Jednoznacznie potwierdza to brak podania wymaganej informacji – ilości osób. Brak takiej informacji powoduje, że nie została faktycznie udzielona odpowiedź
w ramach wezwania do złożenia wyjaśnień. Izba zaznacza, że kalkulacja kosztów osobowych musi opierać się na zakładanej ilości osób, w tym wypadku brak podania ilości osób przewidzianych do realizacji zamówienia uniemożliwia ocenę w zakresie kosztów
ich zatrudnienia. Co w zasadzie potwierdzało samo stanowisko wykonawcy, który przyznał tak w wyjaśnieniach z dnia 18 sierpnia 2023 roku jak również w trakcie rozprawy, że koszty osobowe w części ujęte zostały w Grupie 11 – Zarządzanie kontraktem. Izba podkreśla również, że zgodnie z wezwaniem z 18 sierpnia 2023 roku wykonawca był obowiązany podać jaki jest koszt realizacji pracy operatorów wykorzystywanego sprzętu – takiej informacji brak w złożonych wyjaśnieniach.
Izba podziela stanowisko Odwołującego, że pominięcie kosztów osobowych w odniesieniu do grupy kosztów przeniesionych do Grupty11 powoduje brak faktycznego podania tych kosztów oraz faktycznego podania ilości osób ujętych przez wykonawcę do kalkulacji kosztów w grupie 2 pkt 1.1. i 1.3 usługi.
Izba za słuszne uznała odwołanie do wyroku SO w Warszawie z dnia 22 marca 2022 roku sygn. akt XXIII Zs 9/22, oraz przywołuje w tym miejscu stanowisko Sądu wyrażone w tym orzeczeniu. Izba podkreśla, że uniwersalność argumentacji sądu, choć odnosząca się do bliźniaczo podobnych postanowień SWZ, pozwala na jednoznaczny wniosek- jeżeli dane koszty mają zostać ujęte w określonej pozycji danej grupy, to tam mają zostać ujęte a nie przenoszone do innych pozycji.
Powyżej przytoczona argumentacja uzasadnia również w całości – Izba powołuje ją
w całości w tym miejscu – naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 17 ustawy w związku z brakiem (pominięciem) skalkulowania wszystkich kosztów pracy osób w zakresie Grupy 2 poz. 1.1 i poz. 1.3 oraz ich ujęcie w innych pozycjach (grupa 11). Postanowienia SWZ nie zezwalają na taki sposób kalkulacji ceny oferty oraz wyliczenia kosztów poszczególnych usług w ramach realizacji zamówienia (SWZ cz. I Tom IV). Izba wskazuje, że kwestia łączenia poszczególnych obowiązków w ramach różnych grup realizacji całości usługi nie była kwestią ocenianą na wcześniejszym etapie, jednocześnie należy podkreślić, że dokonanie wyceny z przeniesieniem kosztów realizacji usługi w ramach grupy 2 poz. 1.1 i .1.3 do Grupy 11 jednocześnie powoduje, że poza brakiem uzasadnienia dokonania takiej wyceny w ramach postanowień SWZ powoduje również niejednoznaczność dokonanej wyceny w ramach Grupy 11, co również pozostaje w sprzeczności z postanowieniami SWZ.
W odniesieniu do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy w związku z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji powyższa argumentacja również pozostaje aktualna. Za niedopuszczalne w ramach szacowania ceny oferty, i stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji uznaje się w doktrynie i orzecznictwie zarówno Izby, jak i sądowym przenoszenie, wbrew postanowieniom SWZ, kosztów pomiędzy różne pozycje i grupy kosztów. Takie działanie powoduje, że w żadne sposób nie można uznać poprawności kalkulacji ceny zaoferowanej w postępowaniu w zakresie żadnej z grup (w tym wypadku grupa 2 poz. 1.1 i 1.3 oraz grupa 11), bowiem nie sposób uznać jakie koszty faktycznie w jakiej pozycji zostały ujęte.

W ocenie Izby Odwołujący pominął w zakresie kosztów pracy z Grupy 2 poz. 1.1 i 1.3 podaną informację w wyjaśnieniach (str. 2 i str. 7) o zatrudnieniu z kwotą 26 zł/h - *Założono robociznę na minimalnym poziomie 26 zł/godzinę.* Tym samym Izba nie poddaje ocenie tego zakresu. Podkreślenia wymaga, że z odwołania wynika (w szczególności z zarzutów i uzasadnienia), że powyższa stawka kwestionowana jest jedynie w zakresie pracowników z Grupy 11 (brygady interwencyjne i brygada patrolowa). Izba nie może domyślać się stanowiska Odwołującego i dobierać sobie argumentacji jaka jest prezentowana w odwołaniu, to po stronie Odwołującego pozostaje jednoznaczne wskazanie do jakich elementów wyjaśnienia odnosi swoje stanowisko. Jednocześnie chaotyczność i niespójność argumentacji z zarzutami odwołania powoduje, że możliwym jest w tych stanowiskach pominięcie przez Odwołującego niektórych elementów. Izba za błędne w stanowisku Odwołującego przyjmuje również argumentowanie o zmianie ilości osób z 10 na 35 przewidzianych przez wykonawcę do realizacji zamówienia w Grupie 2 poz. 1.1 i 1.3 o czym w odwołaniu. W ocenie Izby jednoznacznym było, że w ramach każdej z pozycji (1.1 i 1.2) wykonawca wskazał 10 osób (tabela na str. 2 i str. 7) oraz dodatkowo odwołał się do 35 osób ujętych w ramach Grupy 11, co mogło w ocenie Izby stanowić przyczynek brak odniesienia się do podanej w wyjaśnieniach kwoty 26zł/h pracy jaka została podana przez wykonawcę w złożonych wyjaśnieniach w zakresie elementów wyjaśnianych.

2.

Izba uznała za niezasadny zrzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy przez pominięcie pracy sprzętu w zakresie Grupy 2 poz. 1.1 i poz. 1.3.

Izba wskazuje, że w wyjaśnieniach z dnia 18 sierpnia 2023 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie *Z. U. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Makowie Mazowieckim (pełnomocnik) i Abramss spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej: wykonawca)* podali:
Wykonawca założył wykonanie ww. robót w siłach własnych wykorzystując synergię w ramach realizowanych w rejonie zleceń/zamówień oraz wykorzystanie dostępnych mu zasobów sprzętowo-ludzkich. W związku z powyższym nie musiał kalkulować dedykowanej robocizny ani pracy sprzętu. Założono pracę sprzętu i ludzi, którymi już Wykonawca dysponuje i ponosi koszty ich zatrudnienia. W związku z czym było możliwe oszacowanie jedynie czasu pracy związanego z wykonywaniem pojedynczej jednostki dla niniejszej czynności.
Izba podkreśla, podobnie jak miało to miejsce w powyżej rozpoznanych zarzutach,
że zgodnie z wezwaniem z dnia 18 sierpnia 2023 roku wykonawca miał podać: *ilości oraz rodzaju sprzętu jaki Wykonawca przewiduje do realizacji przedmiotowej usługi*
(ze wskazaniem wydajności poszczególnych sprzętów i szacowanego czasu ich pracy
dla realizacji usługi) oraz wskazanie kosztu pracy poszczególnego sprzętu w ujęciu godzinowym/kilometrowym (z uwzględnieniem kosztu paliwa, serwisu, amortyzacji, wynajmu sprzętu, innych kosztów – wyszczególnić jakie to koszty).
Jak również koszt transportu sprzętu w miejsce realizacji usługi.
Izba podnosi, że w zakresie powyższego zarzutu Odwołujący nie przedstawił żadnej faktycznej argumentacji wskazującej na brak kalkulacji kosztów sprzętu w ramach realizacji usługi z Grupy 2 poz. 1.1 i 1.3. ogólnikowe odniesienie się do stanowiska zawartego w wyjaśnieniach wykonawcy, że „nie musiał kalkulować dedykowanej pracy sprzętu" nie zostało w żadne sposób uargumentowane przez Odwołującego. Nie sposób tym samym poddać to ocenie i Izba zarzut ten musiała uznać za niezasadny.

3.

Izba za niezasadne uznała zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z 226 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy oraz art. 226 ust. 1

pkt 8 ustawy przez przyjęcie kosztów robocizny w TER 11 na poziomie 26 zł/h w odniesieniu do osób zatrudnionych w Zespole ds. Utrzymania

Izba wskazuje, podobnie jak miało to miejsce przy rozpoznaniu zarzutów z punktu 1 uzasadnienia, że Odwołujący swoja argumentację buduje na interpretacji treści wyjaśnień z dnia 18 sierpnia 2023 roku, która jest poczyniona w ocenie Izby przez Odwołującego jedynie na potrzeby postępowania odwoławczego. Przynajmniej argumentacja Odwołującego jest niezrozumiała i w zasadzie wewnętrznie sprzeczna. Raz bowiem twierdzi Odwołujący, że do realizacji zadania w Grupie 2, a w zasadzie realizacji zamówienia, przewidzianych zostało 35 pracowników, a następnie w zakresie argumentacji odnoszącej się do Grupy 11 odnosi się do szerszego zakresu osobowego i w zupełności pomija w tym miejscu stanowisko jakie wcześniej prezentuje, co do udziału w realizacji usługi w Grupie 2.

Izba podkreśla, że nie wynika w ocenie Izby w żaden sposób z wyjaśnień z dnia 18 sierpnia 2023 roku, że do realizacji zamówienia w ramach Grupy 11 i wyceny kosztów pracowniczych przyjęta została przez wykonawcę kwota 26 zł/h. Podana w wyjaśnieniach kwota 26zł/h odnosiła się do zakresu objętego tym wezwaniem, a to jest do osób jakie zostały wskazane w ramach wyjaśnienia w Grupie 2 poz. 1.1 i 1.3 co jednoznacznie wynika ze złożonych wyjaśnień. W argumentacji zawartej w wyjaśnieniach, a odnoszącej się do wykorzystania pracowników z Grupy 11 brak jest jakiegokolwiek odniesienia do przyjętego poziomu kalkulacji określonej kwoty wynagrodzenia. W ocenie Izby nie można „z automatu" przyjąć, że taka kwota wynagrodzenia została przyjęta przez wykonawcę w zakresie Grupy 11, stanowiłoby to bowiem zbyt daleko idącą dowolność w ocenie wyjaśnień.

Cała argumentacja Odwołującego oparta jest na stanowisku wyinterpretowanym,
a nie faktycznie podanym przez wykonawcę. Podkreślić należy również, że są to kolejne wyjaśnienia wykonawcy, składane na wezwanie Zamawiającego w zakresie określonym wyrokiem Izby.

Za niezasadny również Izba uznała zarzut ewentualny naruszenia art. 224 ust. 1, 5 i 6 ustawy jaki został postawiony przez wykonawcę, bowiem zarzut ten częściowo został skonsumowany co do naruszenia art. 224 ust. 1 pkt 5 w związku z uznaniem przez Izbę, że zasadne są zarzutu w odniesieniu do braku określania całościowo zakresu realizacji zamówienia w Grupie 2 pkt 1.1 i 1.3 oraz przyjęcia do realizacji osób z Grupy 11. Co do kosztów w ramach Grupy 11 stanowisko Odwołującego oparte jest na założeniach Odwołującego jakie w ocenie Izby nie znajdują uzasadnienia w dokumentach oraz oparte są na sprzecznym wewnętrznie stanowisku Odwołującego (o czym była mowa w rozpoznaniu wcześniejszych zarzutów). Izba uznała ten zarzut również za niezasadny z powodu tego,
że nie sposób zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego – które Izba uznaje za intencjonalne – że w ramach Grupy 11 (czy też całości zamówienia, bo to różnie uzasadnia Odwołujący) skierowanych jest jedynie 35 pracowników brygad. W ocenie Izby z twierdzeń wykonawcy jednoznacznie wynika, że chodzi o 35 pracowników brygad a nie 35 pracowników w ramach Grupy 11, czy całości zamówienia. Z tych dokumentów nie wynika również, w jakim wymiarze zatrudnione są wskazane osoby, a to powoduje niezasadność twierdzeń Odwołującego. Bezprzedmiotowe pozostają również dowody (dowód nr 1 i 2) przedstawione na okoliczność wykazywania kosztów zatrudnienia w ramach Grupy 11, bowiem oparte są na własnych założeniach Odwołującego

4.

Izba za niezasadne uznała zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy, oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 w zakresie jaki odnosi się do kosztów pozyskania i skalkulowania destruktu bitumicznego w pozycji 1.3 Grupa 2, niezgodności z warunkami zamówienia oraz czynem nieuczciwej konkurencji.

W pierwszej kolejności Izba podje, że zgodnie z wezwaniem z dnia 9 sierpnia 2023 roku Zamawiający wymagał podania między innymi:

Dodatkowo proszę wyjaśnić, w jaki sposób sprzęt, pracownicy oraz materiał (w tym 200m3 destruktu) zostaną dostarczone na miejsce świadczenia usługi i jaki jest koszt ich transportu w to miejsce.

Proszę o wskazanie gdzie Wykonawca posiada zmagazynowany materiał (destrukt bitumiczny) który zamierza wykorzystać do realizacji usługi oraz w jakiej odległości składowisko znajduje się od miejsca świadczenia usługi objętego umową będącą przedmiotem niniejszego zamówienia.

Prosimy o przedstawienie wyjaśnień także w zakresie kosztów, jakie związane są
z realizacją danej pozycji kosztorysowej, a wynikają ze Specyfikacji Technicznych,
w szczególności D-M.00.00.00 - Wymagania Ogólne.

Zgodnie z wyrokiem Izby z dnia 26 czerwca 2023 roku sygn. akt KIO 1638/23 i KIO 1659/23 Izba nakazała w zakresie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się
o zamówienie Z. U. spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Makowie Mazowieckim (pełnomocnik) i Abramss spółka z ograniczoną odpowiedzialnością: *powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach ponowne wezwanie odwołującego, w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia istotnych części składowych ceny, w zakresie: (…) b) GRUPA 2 – Pobocza i pasy rozdziału: Remont poboczy destruktem bitumicznym o grubości warstwy do 10 cm, materiał Wykonawcy (lit. a, b, c uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego).*

W piśmie z dnia 29 maja 2023 roku (odrzucenie oferty w wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Z. U. spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Makowie Mazowieckim (pełnomocnik) i Abramss spółka z ograniczoną odpowiedzialnością którzy się odwołali i został wydany ww. wyrok) Zamawiający podał między innymi:

2) GRUPA 2 – Pobocza i pasy rozdziału w zakresie „Remont poboczy destruktem bitumicznym o grubości warstwy do 10 cm, materiał Wykonawcy".

a. Wyjaśnienia wykonawcy są rozbieżne odnośnie liczby osób jakie uwzględnił w realizacji zadania i wyliczeniach dotyczących zabezpieczenia środków na ich wynagrodzenia. Wykonawca opisuje koszty osobowe podając, że prace będzie wykonywało 5 osób (dwóch operatorów układarki, operatora walca i dwóch pracowników fizycznych), dalej podaje też jedną osobę jako operatora ładowarki, oraz dwie osoby do oznakowania, kierowania ruchem i zabezpieczenia, razem 8 osób. Natomiast w wyliczeniach podaje, że zasadnie to wykonywać będzie 10 osób. Jest to nieścisłość, a różnica w ilości podanych osób nie jest niczym uzasadniona przez Wykonawcę. W ocenie Zamawiającego stawia to pod znakiem zapytania rzetelność obliczeń i wyceny dokonanej przez Wykonawcę.

b. Nierzetelność wyjaśnień w zakresie czasu pracy przyjętego do wyliczeń. Wykonawca podał ilość czasu potrzebną do realizacji omawianej pozycji jako 4 godziny. Ilość ta jednak stanowi wyłącznie czas pracy układarki. Przyjęcie tej ilości do wyliczenia kosztów osobowych byłoby zasadne, gdyby do realizacji zadania był potrzebny jedynie operator sprzętu. W momencie gdy w wyliczeniach kosztów osobowych uwzględnione zostały także osoby zajmujące się oznakowaniem robót i zabezpieczeniem terenu (które zgodnie z zasadami bezpieczeństwa i istotą ich funkcji muszą rozpocząć pracę zanim zacznie pracować sprzęt), a specyfikacja zakłada także uporządkowanie terenu prac (które to czynności mogą zostać

wykonane dopiero po zakończeniu pracy sprzętu) ilość czasu pracy osób, przyjęta do kalkulacji jest ewidentnie błędna i zaniżona.
c. Wykonawca podał koszty związane z dostarczeniem układarki do miejsca robót. Nie podał jednak jakie są koszty dostarczenia walca wibracyjnego, który jest niezbędny do realizacji zadania i przecież w jakiś sposób musi być dostarczony na miejsce prac. Wykonawca wykazuje też koszty paliwa do układarki i ładowarki, nie podaje tych kosztów w stosunku do walca drogowego. Wszystkie te nieścisłości wskazują zdaniem Zamawiającego na oszacowanie cen w sposób nieuwzględniający wszystkich kosztów towarzyszących realizacji zamówienia.
Izba podkreśla w tym miejscu, że w zakresie podstaw odrzucenia oferty wykonawcy zawartej w ww. piśmie z dnia 29 maja 2023 roku były jeszcze następujące informacje:
d)Brak szczegółowych informacji i wyliczeń dotyczących transportu materiałów na miejsce prac. Wykonawca podaje, że samochód dowożący materiał na miejsce wykonywania robót wykona trasę w obie strony w ilości około 120 km, podaje też, że materiał będzie pochodził z magazynu wykonawcy. Nie zostało określone, gdzie znajduje się ten magazyn, ale biorąc pod uwagę, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie mają siedziby w Makowie
Mazowieckim (ponad 380 km od Poznania) lub Warszawie (ponad 300 km od Poznania), a wykazują, że materiał ten pozyskali z zadań wykonywanych w Rejonie w Płocku (ponad 220 km od Poznania), Przasnyszu (ponad 330 km od Poznania) lub Mławie (ponad 320 km od Poznania) to zasady doświadczenia życiowego oraz logiki wskazują, że odległość 120 km przyjęta do wyliczeń jest z pewnością znacznie zaniżona i nie stanowi potwierdzenia prawidłowego wyliczenia ceny w danej pozycji.
e. Brak podania kosztów materiału z uwzględnieniem kosztów jego magazynowania. Wykonawca podał, że wartość materiału jest niższa bowiem dysponuje destruktem z innych zadań realizowanych w przeszłości. Jednakże nie wskazał, czy materiał ten rzeczywiście nadaje się do wbudowania i czy posiada odpowiednie zezwolenia administracyjne w zakresie gospodarowania takim materiałem. Nadto nie wskazał czy dysponuje wystarczającą ilością na zrealizowanie usług utrzymania przy pomocy destruktu przez cały okres trwania umowy tj. czy ilości destruktu którymi dysponuje są wystarczające i będą dostępne przez czas trwania
umowy. W kwestii możliwości ponownego użycia materiału jakim jest destrukt poza miejscem w którym został pozyskany należy zauważyć, że jego przydatność jest regulowana Rozporządzeniem Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 23 grudnia 2021 r. (Dz. U. 2021 poz. 2468) w sprawie określenia szczegółowych warunków utraty statusu odpadów dla odpadów destruktu asfaltowego. Zgodnie z par. 4 ust. 1 przywołanego rozporządzenia „Posiadacz odpadów destruktu asfaltowego potwierdza spełnienie przez odpady destruktu asfaltowego warunków utraty statusu odpadów, sporządzając odrębnie dla każdej przekazywanej do wykorzystania partii odpadów destruktu asfaltowego oświadczenie o zgodności z warunkami utraty statusu odpadów destruktu asfaltowego, którego wzór określa załącznik nr 5 do rozporządzenia". Wykonawca pozyskując materiał w trakcie realizacji zadań utrzymaniowych wykazanych w piśmie w istocie otrzymywał odpad destruktu (zgodnie z Ustawą o Odpadach tj. z dnia 3 marca 2022 r. (Dz.U. z 2022 r. poz. 699) - art. 3 ust. 1 pkt 6) „Ilekroć w ustawie jest mowa o odpadach - rozumie się przez to każdą substancję lub przedmiot, których posiadacz pozbywa się, zamierza się pozbyć lub do których pozbycia się jest obowiązany". Wykonawca aby potwierdzić, że dysponuje destruktem, a nie odpadem destruktu powinien był złożyć oświadczenia o zgodności z warunkami utraty statusu odpadów destruktu asfaltowego dla materiału, którym dysponuje, czego nie zrobił. Wobec czego wyjaśnienia w kwestii materiału z jakiego wykonawca będzie korzystał w trakcie realizacji tego elementu zamówienia są całkowicie nierealne.

Zarzut odwołania w pierwszym zakresie odnosi się do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i przedstawienia informacji niezgodnych z rzeczywistością i wprowadzających w błąd oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy w odniesieniu do braku uwzględnienia kosztów zakupu nowego materiału w postaci destruktu bitumicznego jak również braku wykazania i uwzględnienia kosztów związanych z ewentualnym pozyskaniem i utratą statusu odpadów przez ujęty w kosztach destrukt bitumiczny.

W ocenie Izby na rozpoznanie zarzutów tego odwołania wpływa w sposób jednoznaczny orzeczenie Izby z dnia 26 czerwca 2023 roku sygn. akt KIO 1638/23 i KIO 1659/23, gdzie Izba nakazała uwzględnienie odwołania wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie *Z. U. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Makowie Mazowieckim (pełnomocnik) i Abramss spółka z ograniczoną odpowiedzialnością,* a także nakazała wyjaśnienie w trybie art. 224 ust. 1 ustawy ale w ograniczonym zakresie informacyjnym.

Co do podstaw objętych zarzutami odwołania w przedmiotowej sprawie odwoławczej,
a wykazanymi wyżej, odnoszą się już do zakresu jaki podlegał ocenie Izby we wcześniejszej sprawie, gdzie Izba w wydanym orzeczeniu zgodziła się ze stanowiskiem wykonawcy czego emanacją jest ograniczony zakres nakazywania składania wyjaśnień oraz uzasadnienie ww. wyroku w zakresie litery d) i e).
W zakresie wezwania z dnia 9 sierpnia 2023 roku Zamawiający dopytał o miejsce magazynowania materiału – destruktu bitumicznego, wraz z podaniem odległości.
W zakresie tego pytania wykonawca udzielił wyjaśnień i podał, że planuje magazynować destrukt w miejscowości Golęczewo przy ulicy Dworcowej 2. Wymaga podkreślenia, że nie pytał Zamawiający wykonawcy o koszt jaki będzie ponosił wykonawca w związku
z utrzymaniem tego miejsca magazynowania. Zgodnie z wcześniejszym orzeczeniem *na etapie składania wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawca nie ma obowiązku dysponowania bazą wymaganą przez Zamawiającego.* Mając na uwadze wcześniejsze orzeczenie Izby
w oraz założenia wykonawcy należy uznać za zasadne i poprawne. Bezprzedmiotowa w tym kontekście jest argumentacja Odwołującego dotyczącą nieważności umowy przedwstępnej przedstawionej przez wykonawcę a także dowód nr 3 i 4 przedstawione w trakcie rozprawy.

Mając na uwadze całą powyższą argumentację Izba za zasadne uznała jedynie zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy w zw. z 224 ust. 5, 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy w związku z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a także art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 17 ustawy
w związku z brakiem (pominięciem) skalkulowania wszystkich kosztów pracy osób
w zakresie Grupy 2 poz. 1.1 i poz. 1.3 oraz ich ujęcia w innych pozycjach i na tej podstawie uwzględniła odwołanie i nakazała odrzucenie z postępowania oferty wykonawców wspólnie ubiegający się o zamówienie *Z. U. spółka z ograniczona odpowiedzialnością*
z siedzibą w Makowie Mazowieckim (pełnomocnik) i Abramss spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. W pozostałym zakresie Izba zarzuty odwołania uznała za niezasadne.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Izba uwzględnia odwołanie

w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Zgodnie z art. 557 ustawy w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. W przedmiotowej sprawie odwołanie, z przyczyn wskazanych powyżej, okazało się zasadne w części, a koszty odniesiono do podnoszonych zarzutów.

Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego 7 440,00 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy czterysta czterdzieści złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika proporcjonalnie do wyniku postępowania – Izba uznała za zasadne odwołanie w zakresie określonym w 4 z 10 zarzutów podniesionych na wstępie odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 7 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. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący: ……
Członkowie: ……
……