Sygn. akt:KIO 2070/23
KIO 2071/23
KIO 2081/23

WYROK
z dnia 4 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz
Aleksandra Kot
Piotr Kozłowski

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lipca 2023 r. przez:
A) wykonawcę ZABERD spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Bystrzyckiej 24 (54-215 Wrocław) – sprawy o sygn. akt: KIO 2070/23 i KIO 2071/23;
B) wykonawcę Saferoad Grawil spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Włocławku przy ul. Komunalnej 7 (87-800 Włocławek) – sprawa o sygn. akt: KIO 2081/23;
w postępowaniu, w którym zamawiającym jest Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie przy ul. Wroniej 53 (00-874 Warszawa),
a prowadzącym postępowanie Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie z siedzibą w Lublinie przy ul. Ogrodowej 21 (20-075 Lublin)

przy udziale:
A) wykonawcy Saferoad Grawil spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Włocławku przy ul. Komunalnej 7 (87-800 Włocławek), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2070/23 po stronie odwołującego;
B) wykonawcy L. K. prowadzącego działalność gospodarczą od nazwą L.K. Firma Usługowo - Handlowo - Produkcyjna z siedzibą w Zielonce pod numerem 64 (36-130 Raniżów), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2070/23 po stronie odwołującego;
C) wykonawcy FBSerwis spółki akcyjnej z siedzibą w Warszawie przy ul. Siedmiogrodzkiej 9 (01-204 Warszawa), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawach o sygn. akt KIO 2070/23, KIO 2071/23 i KIO 2081/23 po stronie odwołujących;
D) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BUDiA-Standard spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Oleśnicy przy ul. Lwowskiej 31 lok. 101 (56- 400 Oleśnica), BADER-DROG spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej z siedzibą w Łubowie pod numerem 25a (62-260 Łubowo) oraz T. B.prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą "B." Firma Produkcyjno - Handlowo - Usługowa T. B. z siedzibą w Dalachowie pod numerem 354 (46-325 Rudniki), zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawach o sygn. akt KIO 2070/23, KIO 2071/23 i KIO 2081/23 po stronie zamawiającego;
E) wykonawcy J. W.prowadzącego działalność gospodarczą od nazwą ALDIAN J. W. z siedzibą w Uścieńcu pod numerem 20 (08-450 Łaskarzew), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2071/23 po stronie zamawiającego;
F) wykonawcy ZABERD spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Bystrzyckiej 24 (54-215 Wrocław), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2081/23 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala wszystkie trzy odwołania.

2. Kosztami postępowania w sprawach o sygn. akt KIO 2070/23 i KIO 2071/23 obciąża wykonawcę ZABERD spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu i:
2.1.zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisów od odwołań;
2.2. zasądza od wykonawcy ZABERD spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu na rzecz zamawiającego Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie kwotę w wysokości 7 200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

3 . Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 2081/23 obciąża wykonawcę Saferoad Grawil spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Włocławku i:
3.1.zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania;
3.2. zasądza od wykonawcy Saferoad Grawil spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Włocławku na rzecz zamawiającego Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie kwotę w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok –
w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:…….
…….
…….

Sygn. akt:KIO 2070/23
KIO 2071/23

KIO 2081/23

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

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie, działając na rzecz Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą
w Warszawie zwanego dalej „zamawiającym", prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp" pn.: *Całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie*
w podziale na 3 części, nr sprawy: O/LU.D-3.2421.7.2023.AK, zwane dalej „postępowaniem".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 marca 2023 r., pod numerem 2023/S 060-175620.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

Sygn. akt KIO 2070/23

W dniu 17 lipca 2021 r. wykonawca ZABERD Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu(zwany dalej: „odwołującym" lub „odwołującym ZABERD")wniósł odwołanie dotyczące części 1 zamówienia, obejmującej całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie Rejon w Chełmie, wobec czynności i zaniechań zamawiającego polegających na:
- dokonaniu wyboru w części 1 zamówienia jako najkorzystniej oferty wykonawcy: BUDiA-STANDARD Sp. z o.o. z siedzibą w Oleśnicy, BADER-DROG Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą
w Łubowie oraz „B." Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa T. B. –
z siedzibą w Dalachowie (dalej zwanego łącznie jako: „Konsorcjum"), która podlega odrzuceniu;
- zaniechaniu odrzucenia w części 1 postępowania oferty Konsorcjum, pomimo że cena złożonej przez konsorcjum oferty w odniesieniu do wskazanych w odwołaniu pozycji (kosztów) kształtuje się poniżej kosztów realizacji zamówienia, nie uwzględnia wszystkich kosztów realizacji zamówienia, a więc została skalkulowana niezgodnie z wymaganiami SWZ, z pominięciem kluczowych założeń co do sposobu realizacji zamówienia, w wyniku czego świadczenie oferowane przez Konsorcjum nie może być uznane za zgodne
z wymaganiami SWZ;
- uznaniu, że oferta Konsorcjum w części 1 postępowania, w tym złożone przez Konsorcjum wyjaśnienia ceny rażąco niskiej, potwierdzają możliwość realizacji zamówienia zgodnie
z wymaganiami SWZ oraz sposób w prawidłowy uzasadniają zaoferowaną cenę;
- zaniechaniu wyboru oferty odwołującego w części 1 zamówienia jako oferty najkorzystniejszej; ewentualnie
- zaniechaniu unieważnienia postępowania mimo, iż jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego tj. polegającą na niespójności dokumentów postępowania, która doprowadziła do złożenia w postępowaniu nieporównywalnych ofert.
Wymienionym powyżej czynnościom i zaniechaniom zamawiającego, odwołujący zarzucił naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp, art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp, ewentualnie art. 255 pkt 6) Pzp.

W związku z powyższymi naruszeniami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:
- unieważnienia wyboru w części 1 zamówienia oferty Konsorcjum;
- odrzucenia oferty Konsorcjum w części 1 zamówienia;
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert w części 1 zamówienia z pominięciem oferty Konsorcjum;
- przeprowadzenie dowodów wnioskowanych przez odwołującego;
ewentualnie
- unieważnienie postępowania,
a nadto zasądzenie na rzecz odwołującego od zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego zgodnie z rachunkiem przedłożonym na rozprawie.

Odwołujący wyjaśnił, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ złożył
w postępowaniu w zakresie części 1 ofertę niepodlegającą odrzuceniu. Gdyby zamawiający przeprowadził czynność badania i oceny ofert w sposób zgodny z normami Pzp, wówczas odrzuciłby ofertę Konsorcjum, co w konsekwencji doprowadziłoby do sytuacji, w której to oferta odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą, otwierając przed odwołującym realną szansę uzyskania zamówienia w postępowaniu w zakresie części 1. Zdaniem odwołującego, zamawiający zaniechał wyboru jego oferty z naruszeniem przepisów Pzp oraz dokonał wyboru oferty Konsorcjum, pomimo jej niezgodności z postanowieniami SWZ. Wadliwość podjętych przez zamawiającego czynności w postępowaniu uniemożliwia odwołującemu uzyskanie zamówienia, skutkując poniesieniem uszczerbku, polegającego na nieudzieleniu mu zamówienia, pomimo złożenia najkorzystniejszej oferty. Tym samym
w ocenie odwołującego okoliczności wskazane w zdaniu poprzednim skutkowały wyrządzeniem odwołującemu szkody polegającej na nieuzyskaniu spodziewanego zysku
w następstwie realizacji części 1 zamówienia udzielanego w postępowaniu.

W uzasadnieniu zarzutów, odwołujący w pierwszej kolejności wyjaśnił, że zamawiający w sposób wadliwy ocenił wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, złożone przez Konsorcjum. Mając na uwadze postanowienia SWZ w postępowaniu oraz uwarunkowania rynkowe o charakterze obiektywnym – nie jest możliwe wykonanie zamówienia w części 1
z uwzględnieniem założeń wynikających z SWZ w cenach wskazanych w wyjaśnieniach Konsorcjum, w szczególności z uwagi na nieuwzględnienie przez Konsorcjum w cenie oferty wszystkich kosztów realizacji zamówienia lub też ich uwzględnienie w ilości uniemożliwiającej należytą realizację zamówienia. Zdaniem odwołującego zaproponowany przez Konsorcjum sposób realizacji zamówienia w odniesieniu do poszczególnych pozycji TER nie jest zgodny z postanowieniami SWZ. Przy przyjęciu bowiem prawidłowych – zgodnych z wymaganiami SWZ założeń co do sposobu realizacji zamówienia – ceny zaoferowane przez Konsorcjum nie pozwalają na pokrycie rynkowych kosztów realizacji zamówienia, w tym m.in kosztów zakupu soli w wymaganych ilościach. Konsorcjum w treści wyjaśnień wskazuje, że uwzględniło w cenie oferty wszystkie materiały niezbędne do realizacji zamówienia. Zamawiający ocenił treść wyjaśnień w sposób bezkrytyczny. Zgodnie z treścią odpowiedzi zamawiającego na pytanie nr 168 – w części 1 zamówienia (Rejon

Chełm) do utrzymania łącznie jest 1.589.211 m^2 jezdni. Jest to o tyle istotne, że dzięki ww. informacji wszyscy oferenci mogli m.in. prawidłowo obliczyć niezbędną ilość soli, jaką będą musieli wydatkować (zakupić) w celu zapobiegania śliskości, usuwania śliskości oraz odśnieżania wraz z usuwaniem śliskości (podział prac składających się na przedmiot zamówienia w ramach Grupy prac (TER) 10b – Zimowe utrzymanie dróg). Biorąc pod uwagę powyższe odwołujący podkreślił, że to zakup soli (lub jej pochodnych), a więc materiału niezbędnego do wykonana zmówienia, jest jednym z najbardziej znaczących kosztów zimowego utrzymania dróg. Dawkowanie soli drogowej zostało wskazane w treści załącznika nr 1 do rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 27 października 2005 roku w sprawie rodzajów i warunków stosowania środków, jakie mogą być używane na drogach publicznych oraz ulicach i placach. Jest ono uzależnione przede wszystkim od temperatury oraz czynności do wykonania w związku z występującym zjawiskiem atmosferycznym. Załącznik ten w postaci tabeli został powielony w Zarządzeniu Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w sprawie wprowadzenia Wytycznych Zimowego Utrzymania Dróg i stanowi wymóg w zakresie jakości, parametrów i standardu, w jakim każdoczesny wykonawca będzie musiał świadczyć usługę i co powinien uwzględniać w cenie oferty (SST D-66.01.00 ostatnia strona pkt 9 - przepisy związane). Jednocześnie zgodnie SST D-66.01.00 (SST stanowią załącznik nr 4 OPZ, a cytowana SST D-66.01.00 odnosi się do Grupy 10 – Zimowe utrzymanie dróg), a konkretnie z puntem 3.6 (Warunki jakim powinien odpowiadać sprzęt do odśnieżania i usuwania śliskości), pługosolarki muszą zapewnić:
a) równość rozsypywania materiałów chemicznych,
b) winny być wyposażone w zbiorniki na solankę służącą do zwilżania rozsypywanej soli dla określonych warunków występowania śliskości zimowej oraz utrzymywać określony wydatek jednostkowy i szerokość rozsypywania,
c) urządzenia powinny zapewniać ilości podawanego materiału odpowiednio do prędkości jazdy,
d) urządzenia powinny zapewnić możliwość płynnej regulacji wydatków w granicach: - dla soli 5-30 g/m2.
Powyższa analiza pozwalała odwołującemu na wyciagnięcie następujących wniosków
w stosunku do poszczególnych pozycji cenowych, jakie objęło swoimi wyjaśnieniami Konsorcjum:

TER - GRUPA PRAC 10B

A) Zapobieganie śliskości
Zgodnie z punktem 1.4.1 SST D-66.01.00 Zapobieganie śliskości oznacza działania (profilaktyczne) wyprzedzające powstawanie śliskości, polegające na posypywaniu miejsc na drodze stwarzających niebezpieczeństwo dla użytkowników drogi przy ustabilizowanych warunkach pogodowych. Długość posypywania maksymalnie do długości odcinka drogi wydzielonego w TER przy jednokrotnej pracy sprzętu w ilości niezbędnej do osiągnięcia wymaganego standardu. Uwzględniając wymogi wskazane w tabeli stanowiącej załącznik do Wytycznych ZUD (wklejona powyżej – wymóg SWZ), przy temperaturze do -2 stopni Celsjusza stosuje się dawkowanie do 15g/m^2. Jednocześnie dolny próg dawkowania soli nie może być mniejszy niż 5 gram. Próg dolny jest wynikiem kolejnego wymagania SWZ (SST D-66.01.00 – str. 16) w zakresie parametrów pługosolarkek używanych do realizacji zamówienia (posyp od 5 do 30 gramów). Gdy jednak temperatura spadnie poniżej -2 stopni Celsjusza – minimalne dawkowanie soli wzrasta i wynosi od 15 do 20 g/m^2. Zgodnie z ww. informacjami i przy uwzględnieniu parametrów minimalnych – do jednokrotnego przesypania jezdni w części 1 niezbędna jest następująca minimalna ilość soli: 1 589 211 m^2 x 5g/m^2 = 7.946.055 gram = 7,95 tony. Jest to najniższa możliwa dawka soli, której zużycie odpowiadania parametrom SWZ. Przy czym należy podkreślić, że racjonalne jest jednak założenie, że w ciągu jednego sezonu zimowego wystąpią dni, w których temperatura spadnie poniżej -2 stopni Celsjusza lub też będzie niezbędne użycie większej dawki soli, nawet przy -2 stopniach Celsjusza. Dlatego też odwołujący dodatkowo przyjął dla porównania dawkę soli wynoszącą 10g/m^2, która również nie jest dużą dawką (maksymalna dawka to 30g/m^2). Przy takim założeniu minimalna ilość soli wynosi: 1 589 211 m^2 x 10g/m^2 = 15.892.110 gram = 15,89 tony. Ponieważ Konsorcjum w swoich wyjaśnieniach nie wskazało stawki, po jakiej kupuje sól, odwołujący dokonał kalkulacji w oparciu o stawki własne, choć są one zaniżone w stosunku do rynkowych. Odwołujący wyjaśnił, że ze względu na wieloletnią współpracę oraz fakt, iż jest drugim co do wielkości w skali Polski podmiotem (po GDDKiA), jako odbiorca soli drogowej od dostawcy, korzysta z ceny za tonę soli w kwocie 260,00 złotych netto. Kolejnym kosztem (materiałem) do poniesienia jest transport soli, który waha się w zależności od odległości i może wynieść od 50 do 150 złotych za tonę (średnia: 100 złotych). Przy tym odwołujący z uwagi na fakt, iż jednocześnie jest podmiotem, który sprzedaje sól na terenie całej Polski, nie ponosi kosztów transportu, albowiem w pełni rekompensuje go dalsza odsprzedaż w ramach innych kontraktów).
Biorąc pod uwagę wyliczony wyżej koszt soli i transportu, odwołujący przyjął, że koszt soli
z transportem wynosi 360,00 złotych za tonę. Przy takim założeniu minimalne koszty soli
i transportu kształtują się następująco:
- przy dawce soli 5g/m^2 koszt soli na dobę wynosi 7,95 t x 360,00 zł netto = 2.862,00 złotych;
- przy dawce soli 10g/m^2 koszt soli na dobę wynosi 15,89 t x 360,00 zł netto = 5.720,40 złotych.
Zgodnie zaś ze szczegółową kalkulacją Konsorcjum, która została załączona w zakresie zamówienia w części 1 do jego wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej – przeznaczyło ono na materiał (sól jest materiałem) kwotę łączną 1.015,00 złotych (łączną z uwagi na to, że jest to suma pozycji pt. materiał we wszystkich obwodach). Zgodnie zaś z SST D-66.01.00 pkt 9 – Podstawa płatności, 9.1. Ustalenia ogólne – pozycje kosztorysowe muszą uwzględniać koszty wykonania w danej dobie rozliczeniowej wszystkich czynności ZUD oraz ich krotności. tj. w cenie jednostkowej:
- zapobiegania śliskości należy uwzględnić wartość usługi świadczenia gotowości;
- zwalczania śliskości należy uwzględnić wartość usług świadczenia gotowości
i zapobiegania śliskości; - odśnieżania wraz z usuwaniem śliskości należy uwzględnić wartość usług świadczenia gotowości, zapobiegania śliskości oraz zwalczania śliskości.
Oznacza to, że od kwoty łącznej 1.015,00 złotych netto, jaką wskazuje Konsorcjum
w wyjaśnieniach, należy odjąć kwotę przeznaczoną na materiały w fazie gotowości (kwota przeznaczona na materiały inne (z uwagi na ogólnikowe tłumaczenie wykonawcy nie wiadomo jakie)) w wysokości 139,00 zł netto: 1.015,00 zł netto – 139,00 zł netto = 876,00 zł netto. Zatem niedoszacowanie Konsorcjum w ciągu jednej doby przy dawce 5g/m^2 wynosi 2.862,00 zł netto – 876,00 zł netto = 1.986,00 zł netto, a przy dawce 10g/m^2 w ciągu 1 doby niedoszacowanie wynosi 5.720,4 zł netto – 876,00 zł netto = 4.844,40 zł netto. Zgodnie
z tabelą Grupa Prac 10B do kalkulacji zapobiegania śliskości należy przyjąć 40 dni przez 3 sezony (łącznie 120 dni). Poza tym w ocenie odwołującego kwestią nierozstrzygniętą pozostaje również koszt w postaci ceny paliwa – z treści wyjaśnień nie wynika, gdzie (ani czy) wykonawca uwzględnił ten rodzaj materiału i w jakiej wysokości.
B) Usuwanie śliskości

Odwołujący wyjaśnił, że nie jest to czynność jednokrotnego przejazdu (jak opisane wyżej zapobieganie śliskości), lecz co najmniej dwukrotny przejazd w ciągu doby w celu usunięcia śliskości, jednakże bez czynności odśnieżania. Zgodnie z tabelą stanowiącą załącznik do Wytycznych ZUD (opisano wyżej), przy temperaturze do -2 stopni Celsjusza stosuje się dawkowanie do 20g/m^2 (lecz nie mniej niż 5 gram – dolny parametr stanowiący wymóg ad. pługosolarki z SST). Przy temperaturze powietrza powyżej -2 stopni Celsjusza – dawkowanie soli wzrasta i wynosi od 20 do 25 g/m^2. Zgodnie z ww. informacjami do dwukrotnego przesypania jezdni w części 1 niezbędna jest następująca minimalna ilość soli: 1 589 211 m^2 x 5g/m^2 x 2 przejazdy = 15.892.110 gram = 15,89 tony. Jest to najniższa możliwa dawka, przy czym racjonalnie należy założyć, że w ciągu sezonu wystąpią dni, podczas których temperatura spadnie poniżej -2 stopni Celsjusza lub będzie niezbędna większa dawka soli nawet przy - 2 stopniach Celsjusza. Dlatego odwołujący przyjął dodatkowo uśrednioną dawkę 10g/m^2, która również nie jest dużą dawką (maksymalna dawka to 30g/m^2). Przy takim założeniu minimalna ilości soli wynosi: 1 589 211 m^2 x 10g/m^2 x 2 przejazdy = 31.784.220 gram = 31,78 tony. Odwołujący, jak wskazał powyżej, kupuje sól po cenie za tonę w kwocie 260,00 złotych netto. Kolejnym kosztem do poniesienia jest transportu, który waha się w zależności od odległości i wynosi od 50 do 150 złotych za tonę (średnia: 100 złotych). Zatem koszt soli z transportem przyjęty do wyliczeń wynosi 360,00 złotych za tonę: - przy dawce soli 5g/m^2 koszt soli na dobę: 15,89 t x 360,00 zł netto = 5.720,40 złotych,

- przy dawce soli 10g/m^2 koszt soli na dobę: 31,78 t x 360,00 zł netto = 11.440,80 złotych. Zgodnie z szczegółową kalkulacją Konsorcjum przeznaczyło na materiał (sól jest materiałem) kwotę łączną 1.427,00 złotych. Zgodnie z SST D-66.01.00 pkt 9. Podstawa płatności, 9.1. Ustalenia ogólne – pozycje kosztorysowe muszą uwzględniać koszty wykonania w danej dobie rozliczeniowej wszystkich czynności ZUD oraz ich krotności. Tj.
w cenie jednostkowej:
- zapobiegania śliskości należy uwzględnić wartość usługi świadczenia gotowości;
- zwalczania śliskości należy uwzględnić wartość usług świadczenia gotowości
i zapobiegania śliskości; - odśnieżania wraz z usuwaniem śliskości należy uwzględnić wartość usług świadczenia gotowości, zapobiegania śliskości oraz zwalczania śliskości.
Oznacza to, że z kwoty łącznej 1.427,00 złotych netto należy odjąć kwotę przeznaczoną na materiały w fazie gotowości (kwota przeznaczona na materiały inne – z uwagi na ogólnikowe tłumaczenie Konsorcjum nie można ustalić jakie) w wysokości 139,00 zł netto. Materiały
w postaci soli i innych z zapobiegania są wliczone w pierwszy przejazd związany
z usuwaniem śliskości zatem nie trzeba ich odejmować: 1427,00 zł netto – 139,00 zł netto = 1.288,00 zł netto. Zatem niedoszacowanie w ofercie Konsorcjum w ciągu jednej doby przy dawce 5g/m^2 wynosi 5.720,40 zł netto – 1288,00 zł netto = 4.432,40 zł netto. Przy dawce 10g/m^2 w ciągu 1 doby niedoszacowanie wynosi 11.440,80 zł netto – 1288,00 zł netto = 10.152,80 zł netto. Zgodnie z tabelą Grupa prac 10B do kalkulacji usuwania śliskości należy przyjąć 30 dni przez 3 sezony (łącznie 90 dni).
C) Odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości
Odwołujący w tym aspekcie wskazał, że zgodnie z SST D-66.01.00 (pkt 1.4.22.) odśnieżanie obejmuje usunięcie zalegającego jezdnię, pobocza, chodniki i obiekty mostowe opadu śniegu i błota pośniegowego. Czynność ta wykonywana jest aż do momentu uzyskania standardu drogi. Ilość wyjazdów w trakcie sezonu może być różna - powszechnie przyjmuje się, że jest to trzykrotny wyjazd w celu odśnieżania i usuwania śliskości na dobę. Rzeczywista ilość wyjazdów jest związana z opadami śniegu. Zgodnie z tabelą stanowiącą załącznik do Wytycznych ZUD przy temperaturze do -2 stopni Celsjusza stosuje się dawkowanie do 20g/m^2 (lecz nie mniej niż 5 gram – wyjaśnienia jak wyżej), lecz przy temperaturze powyżej -2 stopni Celsjusza, dawkowanie soli wzrasta i wynosi od 20 do 25 g/m^2. Zgodnie z ww. informacjami do trzykrotnego przesypania jezdni w części 1 niezbędna jest następująca minimalna ilość soli: 1 589 211 m^2 x 5g/m^2 x 3 przejazdy = 23.838.165 gram = 23,84 tony. Jest to najniższa możliwa dawka, przy czym wystąpią dni, w których temperatura spadnie poniżej -2 stopni Celsjusza lub większa dawka soli będzie niezbędna nawet przy -2 stopniach Celsjusza. Dlatego odwołujący przyjął dodatkowo średnią dawkę 10g/m^2, która również nie jest dużą dawką (maksymalna dawka to 30g/m^2). Przy takim założeniu minimalna ilość soli wynosi: 1 589 211 m^2 x 10g/m^2 x 3 przejazdy = 47.676.330 gram = 47,68 tony. Odwołujący, jak wskazał wyżej, kupuje sól po cenie za tonę w kwocie 260,00 złotych netto. Kolejnym kosztem do poniesienia jest transportu, który waha się
w zależności od odległości i wynosi od 50 do 150 złotych za tonę (średnia: 100 złotych). Zatem koszt soli z transportem wynosi 360,00 złotych za tonę:

- przy dawce soli 5g/m^2 koszt soli na dobę wynosi 23,84 t x 360,00 zł netto = 8.582,40 złotych,

- przy dawce soli 10g/m^2 koszt soli na dobę wynosi 47,68 t x 360,00 zł netto = 17.164,80 złotych. Zgodnie z szczegółową kalkulacją Konsorcjum przeznaczyło na materiał (sól jest materiałem) kwotę łączną 1.834,00 złotych. Zgodnie z SST D-66.01.00 pkt 9. Podstawa płatności, 9.1. Ustalenia ogólne – pozycje kosztorysowe muszą uwzględniać koszty wykonania w danej dobie rozliczeniowej wszystkich czynności ZUD oraz ich krotności. tj.
w cenie jednostkowej:
- zapobiegania śliskości należy uwzględnić wartość usługi świadczenia gotowości;
- zwalczania śliskości należy uwzględnić wartość usług świadczenia gotowości
i zapobiegania śliskości; - odśnieżania wraz z usuwaniem śliskości należy uwzględnić wartość usług świadczenia gotowości, zapobiegania śliskości oraz zwalczania śliskości.
Oznacza to, że od kwoty łącznej 1.834,00 złotych netto należy odjąć kwotę przeznaczoną na materiały w fazie gotowości (kwota przeznaczona na materiały inne – z uwagi na ogólnikowe tłumaczenie wykonawcy nie wiadomo jakie) w kwocie 139,00 zł netto. Materiały w postaci soli i innych z zapobiegania są wliczone w pierwszy przejazd związany z usuwaniem śliskości, a więc nie trzeba ich odejmować: 1.834,00 zł netto – 139,00 zł netto = 1.695,00 zł netto. Zatem niedoszacowanie w ciągu jednej doby przy dawce 5g/m^2 wynosi 8.582,40 zł netto – 1.695,00 zł netto = 6.887,40 zł netto. Przy dawce 10g/m^2 w ciągu 1 doby niedoszacowanie wynosi 17.164,80 zł netto – 1.695,00 zł netto = 15.469,80 zł netto. Zgodnie z tabelą Grupa Prac 10B do kalkulacji odśnieżania i usuwania śliskości należy przyjąć 30 dni przez 3 sezony (łącznie 90 dni).
D) Łączne niedoszacowanie materiału w postaci soli w grupie 10B
Zdaniem odwołującego dopiero połączenie wszystkich ww. pozycji w Grupie Prac 10B obrazuje rzeczywiste niedoszacowanie o ofercie Konsorcjum materiału w postaci kosztu soli

i transportu. Odwołujący stwierdził, że niemożliwym jest wykonanie w sposób prawidłowy zgodnie z wymogami SST D-66.01.00, Wytycznymi ZUD, czynności zimowego utrzymywania dróg bez niezbędnego materiału w postaci soli. Czynność w postaci Zimowego Utrzymania Dróg jest jedną z kluczowych czynności w utrzymaniu dróg – ma bezpośredni wpływ na bezpieczeństwo użytkowników drogi, na ich życie i zdrowie. Dlatego fakt niedoszacowania soli w grupie 10B jest bezspornie istotny i fundamentalny dla całości usługi.

GRUPA PRAC 13C Prace ZUD poza podstawową siecią dróg – poz. 2 praca pługosolarki

W ocenie odwołującego należało przyjąć, że rozliczenie prac w Grupie Prac 13c następuje zgodnie ze specyfikacją SST D-66.01.00, a więc kalkulując cenę oferty na prace w ramach Grupy 13C należało wliczyć w oferowaną cenę wszelkie koszty tj. robocizna, materiał, sprzęt, inne koszty, koszty pośrednie, zysk. Konsorcjum w ramach wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej dołączyło do nich kalkulację własną. Zgodnie z TER 13C poz. 2 – jednostką rozliczeniową jest kilometr. Następnie zgodnie z obowiązującymi przepisami szerokość pasa ruchu wynosi 3,5 metra. Skoro kilometr liczy 1000 metrów, to pługosolarka ma do posypania 3500 m^2. Uwzględniając zaś wcześniejszy opis - minimalna wartość posypu wynosi 5g/m^2,

a uśredniona wartość ze względu na różnorakie warunki pogodowe i czynności do wykonania wynosi 10g/m^2. Biorąc to pod uwagę należało przyjąć do wyliczeń następujące, minimalne ilości:

- 3500 m^2 x 5g/m^2 = 17.500 gram = 0,0175 tony
- 3500 m^2 x 10g/m^2 = 35.000 gram = 0,035 tony

Ustalona wcześniej i przyjęta na potrzeby kalkulacji minimalna cena soli z transportem wynosi 360,00 zł netto, a zatem:

- wydatek na sól na 1 km przy dawce 5g/m^2 = 0,0175 t x 360,00 zł netto = 6,30 zł netto
- wydatek na sól na 1 km przy dawce 10g/m^2 = 0,035 t x 360,00 zł netto = 12,60 zł netto

Konsorcjum tymczasem na materiał przewidziało 1,00 zł netto na 1 km, co oznacza jego niedoszacowanie w następujących wysokościach:

- przy 5g/m^2: 6,30 zł netto – 1,00 zł netto = 5,30 zł netto;
- przy 10g/m^2: 12,60 zł netto – 1,00 zł netto = 11,60 zł netto.

Odwołujący wyjaśnił, że zarówno sam sposób obliczenia ceny, jak również zasady płatności jednoznacznie potwierdzają, iż cena każdej pozycji jednostkowej, jaką jest wskazywana
w ofercie (TER), stanowi samodzielną podstawę zryczałtowaną do obliczenia wysokości wynagrodzenia, a tym samym winna być jednostkowo oceniana pod kątem tego, czy zawiera ona wszystkie koszty wykonania zamówienia odpowiednio dla danej pozycji. Ma to kluczowe znaczenie zarówno dla oceny zgodności treści oferty Konsorcjum z wymaganiami SWZ, jak
i dla oceny przesłanek rażąco niskiej ceny. Z powyższego wynika, że pozycje jednostkowe mają charakter zryczałtowany. Każda z pozycji powinna uwzględniać pełną wartość świadczenia w tym sensie, że Konsorcjum nie będzie mogło żądać z tytułu świadczonych usług i zużytych materiałów w odniesieniu do danych pozycji usług – dodatkowego wynagrodzenia czy dopłaty dodatkowych kosztów, jeśli nie uwzględniło ich w zaoferowanej cenie (czy pozycji jednostkowej). Ze względu na istotę rozliczeniową kontraktów utrzymaniowych orzecznictwo KIO w ostatnim okresie jednoznacznie zmierza ku uznaniu, iż nieuwzględnienie w cenie jednostkowej dla danej usługi wszystkich kosztów wyszczególnionych przez zamawiającego w SWZ, stanowi podstawę do uznania oferty za sporządzoną niezgodnie z warunkami zamówienia i jej odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Spory w postępowaniach odwoławczych najczęściej oparte są na związku pomiędzy złożonymi wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny, a wykazaniem w tej cenie wysokości (sposobu wyliczenia) poszczególnych kosztów składających się na cenę realizację zamówienia. KIO uznaje, że wyjaśnienia te mogą wskazać nie tylko na rażąco niską cenę, koszt lub istotną część składową, ale również na sporządzenie oferty niezgodnie
z wymaganiami SWZ. Stanowisko takie zajęła m.in. KIO w wyroku KIO 1020/22, gdzie stwierdziła, że nieuwzględnienie w cenie jednostkowej danej pozycji formularza cenowego wszystkich kosztów wykonania przedmiotu zamówienia wskazanych w opisie sposobu obliczenia ceny stanowi podstawę nie tylko odrzucenia oferty ze względu na rażąco niską cenę (jeśli zarzut ten się potwierdzi), ale również ze względu na niezgodność z wymaganiami SWZ.

W ocenie odwołującego, mając na uwadze postanowienia SWZ, istotę rozliczeniową kontraktów utrzymaniowych i ceny jednostkowe wskazane w ofercie Konsorcjum, nie wykazało ono, by możliwe było wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia (o czym stanowi art. 224 ust. 1 Pzp). Ocena treści oferty, ale przede wszystkim wyjaśnień przedstawionych przez samo Konsorcjum, a także dokonana wyżej kalkulacja odwołującego w powiązaniu z założeniami wynikającymi
z dokumentów zamówienia, wskazującymi na metodologię prac, w tym konieczną, wynikającą z dokumentów zamówienia minimalną ilość soli, a w konsekwencji założenia ilościowe, jakościowe i materiałowe, jakie profesjonalista powinien przyjąć w ramach należytej staranności – prowadzi do obiektywnego wniosku, że oferta Konsorcjum w ramach kwestionowanych pozycji pozostaje w sprzeczności z warunkami zamówienia. Ocena wyjaśnień, jakie w postępowaniu przedstawiło Konsorcjum powinna być dokonana poprzez odniesienie ich treści do wymagań wynikających z dokumentów zamówienia, a więc
w kontekście możliwości ich spełnienia przez Konsorcjum przy uwzględnieniu zaoferowanej ceny lub jej istotnych części składowych. Biorąc pod uwagę wyłącznie Grupę Prac 10b,
a więc zimowe utrzymanie dróg, Konsorcjum zaoferowało cenę 12 059 234,07 PLN. Pozycja ta stanowi niemalże 14 % całkowitej ceny oferty netto Konsorcjum dla zamówienia podstawowego (87 619 592, 46 zł), a więc stanowi także o istotności tej części składowej zamówienia. Nakładając na to poziom niedoszacowania tej Grupy Prac (przy założeniu 10g/m^2 soli) w wysokości 2 887 362,00 zł, uzasadnione jest twierdzenie, że Konsorcjum nie wykazało, że jego cena jest wystarczająca, a poziom niedoszacowania pozwala na twierdzenie, że niedoszacowanie stanowi o cenie rażąco niskiej i daje podstawę do odrzucenia oferty Konsorcjum również z tej przyczyny. Cenę, koszt lub ich istotne części składowe uznaje się za rażąco niskie, jeśli są nierealistyczne, nierynkowe, nie pozwalają na należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, a także cenę wskazującą na zamiar wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia (KIO 33/23). Ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, który otrzymał wezwanie do złożenia wyjaśnień. Złożone przez Konsorcjum wyjaśnienia
w zakresie ZUD, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie
z wymaganiami określonymi w specyfikacji lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Konsorcjum zobowiązane było wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należytą realizację całego zamówienia. W

ocenie odwołującego temu obowiązkowi Konsorcjum nie sprostało. Z wyjaśnień Konsorcjum nie wynika wprost, jaki poziom ceny za sól został uwzględniony w wyliczeniach, a idąc nawet dalej – treść złożonych wyjaśnień nie potwierdza, że koszt zakupu soli został w ogóle uwzględniony. Niezależnie od tego, która z powyższych okoliczności zachodzi – każda z nich świadczy o niezgodności oferty z wymaganiami SWZ, co także stanowi podstawę do odrzucenia oferty Konsorcjum.
W przypadku oferty Konsorcjum mamy więc do czynienia z sytuacją, w której wykonawca ten wskazał w swojej ofercie cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia, nie uwzględniając we wskazanej kwocie elementów, które ująć powinien (co do jakości, jeśli w ogóle nie uwzględnił kosztu soli, lub co do ilości, jeśli uwzględnił koszt soli, ale w niewystarczającej ilości). Wówczas wskazana przez Konsorcjum cena jest nieprawidłowa, gdyż dotyczy innego stanu faktycznego niż przedmiot postępowania. W ocenie odwołującego na podstawie wyjaśnień ceny oferty Konsorcjum ujawniły się więc podstawy do odrzucenia jego oferty w oparciu
o art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz 8 Pzp.
W uzasadnieniu zarzutu ewentualnego – dotyczącego zaniechania unieważnienia postępowania mimo, iż jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego – odwołujący wskazał, że na tle postanowień SWZ nie budzi wątpliwości, że każdy
z wykonawców miał obowiązek uwzględnienia kosztów soli w kosztach wykonania zamówienia. Zgodnie z § 2 ust. 1 Projektowanych postanowień umowy („PPU"), przedmiot umowy będzie wykonywany z materiałów dostarczonych przez wykonawcę, za wyjątkiem tych prac, które zostały wskazane w Tabeli Elementów Rozliczeniowych (dalej TER) jako prace realizowane z materiałów zamawiającego. Jedyne pozycje wskazane w TER, które określają na ich realizację z materiałów zamawiającego znajdują się w GR1, GR2, GR5, GR7. Żadna z nich nie obejmuje kosztu zakupu soli, która miałaby być dostarczana przez zamawiającego. Również analizowane w odwołaniu TER 10b i 13c nie zawierają w opisie wskazania, które wskazywało na dostawy soli przez zamawiającego. Dalej w PPU (§ 2 ust. 8) przewidziano, że po zawarciu Umowy w terminie do dnia 15 sierpnia 2023 r. zamawiający przekaże wykonawcy sól drogową luzem (chlorek sodu), sól do wytwarzania solanki (workowana) oraz chlorek wapnia znajdujące się w magazynach w ilości o których mowa
w Załączniku nr 10 – umowa użyczenia. Umowa użyczenia co do zasady swoim przedmiotem obejmuje magazyn składowania soli oraz zaplecze magazynowe, które są używane przez wykonawcę na potrzeby realizacji zamówienia. Ponieważ zamawiający jest zobowiązany (art. 18 Ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych) do ciągłego utrzymywania dróg będących w jego zarządzie (zamówienie jest w istocie przeniesieniem tych obowiązków na wykonawcę), to magazyny należące do zamawiającego powinny być zaopatrzane w sól, a więc w umowie użyczenia przewidziano, że stany magazynowe soli zostaną spisane w protokole zdawczo – odbiorczym (wraz z przejęciem każdego
z magazynów przez wykonawcę (§4 ust. 1 umowy użyczenia)). W umowie użyczenia jednak przewidziano także konsekwentnie, że w terminie 14 dni po zakończeniu jej realizacji, wykonawca zwróci zamawiającemu udostępniony magazyn wypełniony solą oraz chlorkiem wapnia w ilościach wskazanych w ust. 1 (a więc w ilościach wskazanych w protokole zdawczo-odbiorczym) oraz spełniające wymagania jakości, opisane w protokole przekazania, przy czym dokonany zwrot zostanie potwierdzony w zwrotnym protokołem przekazania. Oznacza to, że w zakresie soli, która znajduje się w magazynach udostępnianych wykonawcy, zamawiający w istocie przekaże sól, ale z jednoczesnym obowiązkiem zwrotu (postanowienia umowy użyczenia mają na celu zapewnienie jak najszybszego uzupełnienia magazynów soli do poziomu co najmniej minimalnych stanów magazynowych zapewniających bezpieczeństwo użytkowników ruchu o każdej porze roku). Potwierdza to, że cena soli powinna być w całości uwzględniona w ofertach wykonawców,
a w przypadku soli przekazanej w ramach umowy użyczenia – ciężar ekonomiczny jej „odkupienia" został co prawda przeniesiony na moment zakończenia umowy użyczenia, ale
i tak powinien być uwzględniony w cenie. Nie ma bowiem pewności, że w magazynach znajduje choćby minimalny poziom soli, a więc nie istniały podstawy do założenia, że
w zakresie stanów magazynowych ciężar ekonomiczny soli tam się znajdującej nie obciąży finalnie wykonawcy. Dalej – zgodnie z pkt 1.3 SST D-66.01.00 lit. e) obowiązkiem wykonawcy jest zakup materiałów do posypywania dróg dla pieszych (chodników), dróg pieszo-rowerowych, peronów zatok autobusowych do przeciwdziałania i zwalczania śliskości zimowej. Wyjątkiem jest sól drogowa luzem (chlorek sodu), sól do wytwarzania solanki (sól workowana) oraz chlorek wapnia które będą przekazywane przez zamawiającego celem zwalczania śliskości na jezdni, poboczach utwardzonych, skrzyżowaniach i drogach serwisowych. Wyjątek ten w ocenie odwołującego odnosi się do stanów magazynowych soli przekazywanych w ramach umowy użyczenia i nie określa finalnego ciężaru ekonomicznego tego kosztu, który obciąża wykonawcę. Pkt 2.1 SST D-66.01.00 potwierdza, że koszty zakupu mieszanki piaskowo-solnej bądź piasku do posypywania dróg dla pieszych, dróg dla pieszych i rowerów oraz transportu materiałów wykonawca uwzględni w cenie oferty. Zgodnie z pkt 2.2. SST D-66.01.00 (Zabezpieczenie odpowiedniej ilości rezerwy materiałów ZUD w tym soli drogowej), wykonawca realizować będzie prace zimowego utrzymania
z wykorzystaniem materiałów ZUD w tym:
- soli drogowej (chlorku sodu – NaCl),
- chlorku wapnia $CaCl_2$,
- roztworów tych soli,
- mieszanki piaskowo – solnej (zakup materiału wykonawca uwzględnia w cenie oferty),
- piasku do utrzymania dróg dla pieszych, dróg dla pieszych i rowerów (zakup materiału wykonawca uwzględnia w cenie oferty).
Wszystkie materiały wykorzystywane do zimowego utrzymania dróg muszą odpowiadać wymogom i być przechowywane oraz używane w akcji ZUD zgodnie z Wytycznymi ZUD, SST oraz normami. wykonawca przedstawi na żądanie zamawiającego atesty i certyfikaty potwierdzające spełnienie norm. Przygotowując się do każdego sezonu zimowego wykonawca ma obowiązek zgromadzić przed sezonem odpowiednie ilości materiałów, gwarantujące prawidłowy przebieg zimowego utrzymania dróg z zastrzeżeniem, że dodatkowo ustala się minimalne wartości składów magazynowych stanowiące rezerwę, pozwalającą prowadzić akcję nawet w sytuacji ograniczonego dostępu do materiałów
w trakcie trwania sezonu zimowego. Niezależnie od ilości minimalnych wykonawca może,
o ile uzna to za konieczne zmagazynować rezerwę materiałów w ilościach większych od minimalnych. Odwołujący podkreślił, że w punkcie 3.5 SST D-66.01.00 (Przygotowanie zaplecza magazynowego) ustalono, że w celu wykonania usług Zimowego Utrzymania Dróg (ZUD), zamawiający przekaże wykonawcy do użytkowania posiadane urządzenia i

zaplecza magazynowe w ilościach wykazanych w Załączniku nr 7 do OPZ. Dalej w punkcie 5.2 (Prace realizowane w Etapie I) przewidziano, że rzeczywiste rozpoczęcie prac ZUD poprzedzają działania przygotowawczo- organizacyjne realizowane przez wykonawcę m.in. w zakresie zabezpieczenia odpowiedniej ilości rezerwy materiałów ZUD w tym soli drogowej (tiret piąte). A zatem żadne z omawianych postanowień PPU czy SST, albo szerzej SWZ nie wskazują (poza umową użyczenia), by dostawy soli znajdowały się w zakresie zamawiającego (a więc poza wyceną ofert wykonawców). Nie budzi zatem wątpliwości, że zabezpieczenie odpowiednich ilości materiałów, jak również niezbędne dla tego zabezpieczenia koszty leżą po stronie wykonawcy. Warto równolegle podkreślić, że wliczenie soli w przedmiot zamówienia (a więc obowiązek uwzględniania kosztu jej zakupu przez oferentów, w tym Konsorcjum), pośrednio potwierdza także ustalony budżet zamawiającego (150 000 000,00 PLN za 1 część zamówienia). Odwołujący przedstawił zestawienie porównawcze budżetów (kosztorysów inwestorskich) – wraz z dowodami – tożsamych co do zakresu postępowań prowadzonych przez zamawiającego (ale przez jego inne oddziały), w których ta sama lub niższa wysokość budżetu była ustalana dla zamówień, w których obowiązek uwzględnienia kosztu zakupu soli bezsprzecznie obciążał oferentów. Potwierdza to pośrednio, że budżet zamawiającego przewidywał wyższą wysokość ofert wskutek uwzględnienia przez oferentów soli. Przeciwne wnioskowanie nie pozwala na racjonalne uzasadnienie wysokości kosztorysu inwestorskiego w ramach zamówienia.
W tym kontekście, ze względu na zakres obowiązków w zakresie zabezpieczenia środków do zimowego utrzymania dróg, w ocenie odwołującego, oferenci byli zobowiązani w pełnym zakresie uwzględnić wszystkie koszty realizacji zamówienia, a zatem koszt soli niezbędny do realizacji zamówienia w całym okresie jego trwania. Opisany § 2 ust. 1 PPU potwierdza, że przedmiot umowy będzie wykonywany z materiałów dostarczonych przez wykonawcę, za wyjątkiem tych prac, które zostały wskazane w TER jako prace realizowane z materiałów zamawiającego. Podstawą zatem ustalenia struktury podziału kosztów materiałów są tabele TER. Nie budzi przy tym wątpliwości, iż wykonawca obowiązany był zabezpieczyć odpowiednie ilości zgodnie z SST. Postanowienia PPU i SWZ (w tym SST) nie mogą być interpretowane w oderwaniu od siebie. Wykonawca składając ofertę zobowiązuje się do realizacji zamówienia zgodnie z postanowieniami zarówno SWZ, jak i PPU. Akceptacja wynikającego z PPU sposobu wykonywania zobowiązań jest istotnym elementem oświadczenia woli, jakim jest oferta. W konsekwencji prawidłowa kalkulacja kosztów realizacji zamówienia musi uwzględniać strukturę realizacji wynikającą z PPU, a z tej wynika, że obowiązek uzupełnienia magazynów, a zatem uzupełnienia zapasów soli i innych materiałów oraz związane z tym koszty obciążają wykonawcę. Odmienna interpretacja dokumentów zamówienia w odniesieniu do kwestii soli prowadziłaby do wniosku, że mamy do czynienia z wadą postępowania, która skutkuje nieporównywalnością złożonych ofert,
a także ryzykiem istotnych strat po stronie zamawiającego. Wyjaśnienia składane przez poszczególnych wykonawców wskazują, że zasadniczo uwzględnili oni koszty soli drogowej w swoich ofertach, albowiem z istoty przedmiotu zamówienia wynika konieczność jej bieżącego uzupełniania w całym okresie realizacji zamówienia.
Zdaniem odwołującego może to więc świadczyć o niejednoznaczności postanowień SWZ, które doprowadziły oferentów do złożenia ofert nieporównywalnych względem siebie. Taką optykę mogło także przyjąć Konsorcjum nie uwzględniając w swojej ofercie kosztu soli. Usunięcie powyższej, potencjalnej wady nie jest na obecnym etapie postępowania możliwe. Prowadziłoby to do niedopuszczalnej zmiany dokumentów zamówienia po upływie terminu składania ofert. Nie sposób zatem w sposób zgodny z prawem wyeliminować przedmiotowej nieścisłości, a jej utrzymanie w mocy prowadzić będzie do zawarcia umowy z naruszeniem przepisów Pzp. Jako podstawę unieważnienia postępowania z powołaniem się na art. 255 pkt 6 Pzp wskazuje się w orzecznictwie KIO także niejasność lub nieprecyzyjność opisu przedmiotu zamówienia (m.in. KIO z 11 czerwca 2021 r., KIO 1343/21). Założenie zatem, że możliwe były odmienne interpretacje w zakresie konieczności uwzględnienia soli prowadziłoby do wniosku, że mamy do czynienia z brakiem możliwości dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej. Na skutek wewnętrznej sprzeczności dokumentacji postępowania nie byłoby możliwe jednoznaczne ustalenie, która z ofert faktycznie jest najkorzystniejsza spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.
Reasumując – w ocenie odwołującego niewątpliwym jest, że każdy z wykonawców musiał
w kosztach realizacji zamówienia uwzględnić koszty zakupu i transportu soli w ilościach niezbędnych do świadczenia usług zgodnie z wymaganiami wynikającymi z dokumentów zamówienia. Wobec nieuwzględnienia tych kosztów w ofercie Konsorcjum – podlega ona odrzuceniu. Z uwagi jednak na istotność wpływu kosztu soli (i jej transportu) na cenę i możliwość prawidłowej realizacji zamówienia – przyjęcie odmiennego założenia co do sposobu interpretacji postanowień SWZ prowadzić może jedynie do unieważnienia postępowania. Interpretowanie dokumentacji postępowania na korzyść Konsorcjum, to jest
w sposób uzasadniający brak konieczności wliczenia pełnego kosztu soli do ceny oferty, prowadziłoby do rażącego pokrzywdzenia innych wykonawców ubiegających się
o przedmiotowe zamówienie, którzy dokonali wyceny odmiennie, a także uniemożliwiałoby porównanie ofert i wybór oferty najkorzystniejszej.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosili wykonawcy: Saferoad Grawil Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku, L. K.prowadzący działalność gospodarczą od nazwą L. K. Firma Usługowo - Handlowo - Produkcyjna z siedzibą w Zielonce oraz FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie, natomiast po stronie zamawiającego wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: BUDiA-Standard Sp. z o.o. z siedzibą w Oleśnicy, BADER-DROG Sp z o.o. Sp. k. z siedzibą w Łubowie oraz T. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą "B." Firma Produkcyjno - Handlowo - Usługowa T. B. z siedzibą w Dalachowie.

W dniu 27 lipca 2023 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie,
w której przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w całości.

Ponadto w dniu 1 sierpnia 2023 r. wykonawcy zgłaszający przystąpienie po stronie zamawiającego tj. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: BUDiA-Standard Sp. z o.o. z siedzibą w Oleśnicy, BADER-DROG Sp z o.o. Sp. k. z siedzibą
w Łubowie oraz T. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą "B." Firma Produkcyjno - Handlowo - Usługowa T. B. z siedzibą
w Dalachowie, złożyli do akt sprawy pismo procesowe zawierające argumentacje dla wniosku o oddalenie odwołania w całości.

Sygn. akt KIO 2071/23

W dniu 17 lipca 2021 r. wykonawca ZABERD Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu(zwany dalej: „odwołującym” lub „odwołującym ZABERD”)wniósł odwołanie dotyczące części 2 zamówienia, obejmującej całoroczne utrzymanie dróg

krajowych zarządzanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie Rejon w Międzyrzecu Podlaskim, wobec czynności i zaniechań zamawiającego polegających na:
- dokonaniu wyboru w części 2 zamówienia jako najkorzystniej oferty wykonawcy: BUDiA-STANDARD Sp. z o.o. z siedzibą w Oleśnicy, BADER-DROG Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Łubowie oraz „B." Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa T. B. z siedzibą w Dalachowie (zwany dalej łącznie jako: „Konsorcjum"), która podlega odrzuceniu;
- zaniechaniu odrzucenia w części 2 postępowania oferty Konsorcjum, pomimo że cena złożonej przez Konsorcjum oferty w odniesieniu do wskazanych w odwołaniu pozycji (kosztów) kształtuje się poniżej kosztów realizacji zamówienia, nie uwzględnia wszystkich kosztów realizacji zamówienia, a więc została skalkulowana niezgodnie z wymaganiami SWZ, z pominięciem kluczowych założeń co do sposobu realizacji zamówienia, w wyniku czego świadczenie oferowane przez Konsorcjum nie może być uznane za zgodne z wymaganiami SWZ;
- uznaniu, że oferta Konsorcjum w części 2 postępowania, w tym złożone przez Konsorcjum wyjaśnienia ceny rażąco niskiej, potwierdzają możliwość realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami SWZ oraz sposób w prawidłowy uzasadniają zaoferowaną cenę,
- uznaniu, że oferta ALDIAN J. W. w części 2 postępowania, w tym złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia ceny rażąco niskiej, potwierdzają możliwość realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami SWZ oraz w sposób w prawidłowy uzasadniają zaoferowaną cenę;
- zaniechaniu odrzucenia w części 2 postępowania oferty ALDIAN J. W., pomimo że cena złożonej oferty w odniesieniu do wskazanych w odwołaniu pozycji (kosztów) kształtuje się poniżej kosztów realizacji zamówienia, nie uwzględnia wszystkich kosztów realizacji zamówienia, a więc została skalkulowana niezgodnie z wymaganiami SWZ, z pominięciem kluczowych założeń co do sposobu realizacji zamówienia, w wyniku czego świadczenie oferowane przez ALDIAN J. W. nie może być uznane za zgodne z wymaganiami SWZ;
- zaniechaniu wyboru oferty odwołującego w części 2 zamówienia jako oferty najkorzystniejszej; ewentualnie
- zaniechaniu unieważnienia postępowania mimo, iż jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego tj. polegającą na niespójności dokumentów postępowania, która doprowadziła do złożenia w postępowaniu nieporównywalnych ofert.

Wymienionym czynnościom i zaniechaniom zamawiającego, odwołujący zarzucił naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp, art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp, art. 224 ust. 4 Pzp, ewentualnie art. 255 pkt 6) Pzp.

W związku z powyższymi naruszeniami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:
- unieważnienia wyboru w części 2 zamówienia oferty Konsorcjum;
- odrzucenia oferty Konsorcjum w części 2 zamówienia;
- odrzucenia oferty ALDIAN J. W.w części 2 zamówienia;
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert w części 2 zamówienia z pominięciem ofert Konsorcjum oraz ALDIAN J. W.;
- ewentualnie unieważnienie postepowania;

a nadto:
- przeprowadzenie dowodów wnioskowanych przez odwołującego;
- zasądzenie na rzecz odwołującego od zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego zgodnie z rachunkiem przedłożonym na rozprawie.

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ złożył w postępowaniu w zakresie części 2 ofertę niepodlegającą odrzuceniu. Gdyby zamawiający przeprowadził czynność badania i oceny ofert w sposób zgodny z normami Pzp, wówczas odrzuciłby oferty Konsorcjum oraz ALDIAN J. W., co w konsekwencji doprowadziłoby do sytuacji, w której to oferta odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą, otwierając przed odwołującym realną szansę uzyskania zamówienia w postępowaniu w zakresie części 2. W ocenie odwołującego zamawiający zaniechał wyboru jego oferty z naruszeniem przepisów Pzp oraz dokonał wyboru oferty Konsorcjum, pomimo jej niezgodności z postanowieniami SWZ. Zamawiający zaniechał także odrzucenia oferty ALDIAN J. W., choć nie spełnia ona warunków SWZ i zawiera cenę rażąco niską. Odwołujący podniósł, że jak wskazała Izba w wyroku KIO 728/23, uzasadniony interes przysługuje każdemu oferentowi, który nie został ostatecznie wykluczony z postępowania, w sytuacji, w której nie doszło jeszcze do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wadliwość podjętych przez zamawiającego czynności w postępowaniu uniemożliwia mu uzyskanie zamówienia, skutkując poniesieniem uszczerbku, polegającego na nieudzieleniu mu zamówienia, pomimo złożenia najkorzystniejszej oferty. Okoliczności wskazane w zdaniu poprzednim skutkują zatem wyrządzeniem odwołującemu szkody polegającej na nieuzyskaniu spodziewanego zysku w następstwie realizacji części 2 zamówienia udzielanego w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wyjaśnił, że w jego ocenie zamawiający w sposób wadliwy ocenił wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, złożone przez Konsorcjum i ALDIAN. Mając na uwadze postanowienia SWZ w postępowaniu oraz uwarunkowania rynkowe o charakterze obiektywnym – nie jest możliwe wykonanie zamówienia w części 2 z uwzględnieniem założeń wynikających z SWZ w cenach wskazanych w wyjaśnieniach Konsorcjum oraz ALDIAN, w szczególności z uwagi na nieuwzględnienie w cenie ofert wszystkich kosztów realizacji zamówienia lub też ich uwzględnienie w ilości uniemożliwiającej należytą realizację zamówienia. Zaproponowany przez Konsorcjum, jak i ALDIAN sposób realizacji zamówienia w odniesieniu do poszczególnych pozycji TER nie jest zgodny z postanowieniami SWZ. Przy przyjęciu bowiem prawidłowych – zgodnych z wymaganiami SWZ założeń co do sposobu realizacji zamówienia – ceny zaoferowane przez Konsorcjum oraz ALDIAN nie pozwalają na pokrycie rynkowych kosztów realizacji zamówienia, w tym m.in kosztów zakupu soli w wymaganych ilościach (lub w ogóle).

W zakresie zarzutów podniesionych wobec oferty Konsorcjum odwołujący zaprezentował analogiczną argumentację jak w sprawie KIO 2070/23, która została szczegółowo zaprezentowana powyżej na str. 6-14. Argumentacja uwzględniała parametry właściwe dla części 2 zamówienia, natomiast sposób wyliczeń oraz przyjęte założenia były tożsame. Podsumowując swoje stanowisko w tej części odwołujący stwierdził, że łączne niedoszacowanie przez Konsorcjum soli w Grupie 10 B (wszystkie pozycje obejmujące w swoim zakresie zużycie i transport soli) i w Grupie 13C wynosiło:

- 1 495 880,00 zł przy założeniu użycia 5 g soli na m^2;
- 3 412 160,00 zł przy założeniu użycia 10 g soli na m^2.

Odnośnie zarzutów dotyczących wykonawcy ALDIAN odwołujący wskazał, że dniu 1 czerwca 2023 roku zamawiający wezwał tego wykonawcę do złożenia wyjaśnień z uwagi na fakt, że jego oferta może nie uwzględniać wszystkich wymagań zawartych w SWZ oraz ryzyk związanych z realizacją zmówienia lub poszczególne ceny jednostkowe i wartości mogły zostać zaniżone w stosunku do rzeczywistych kosztów realizacji tego zamówienia (podstawa wezwania – art. 224 ust. 1 Pzp). Między innymi wyjaśnienia dotyczyły Grupy prac 10B Zimowe Utrzymanie Dróg.

W ocenie odwołującego wyjaśnianie złożone przez ww. wykonawcę wskazują, że wykonawca ALDIAN:
- nie uwzględnił wszystkich kosztów w cenach jednostkowych tzn. w ramach poszczególnych pozycji w Grupie prac 10b;
- nie wskazał wszystkich kosztów jednostkowych;
- zastosował ceny, które nie były aktualne na dzień składania oferty;
- nie zastosował się do wszystkich zapisów zawartych w dokumentacji SWZ, między innymi SST D-66.01.00;
- wbrew treści art. 224 ust 3. pkt 4 i 6 Pzp złożył wyjaśnienia niezgodne z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego oraz regulacji z zakresu prawa pracy dotyczących czasu pracy.

Jak zwrócił uwagę odwołujący zgodnie z twierdzeniem ALDIAN: „Wykonawca decyduje
o wprowadzeniu i zachowaniu gotowości do ZUD w danej dobie" – jest to o tyle istotne, iż ma bezpośredni wpływ na uwzględnione koszty, a co za tym idzie cenę jednostkową w danej pozycji w Grupie prac 10b. Założenie to jest niezgodne ze specyfikacją SST D-66.01.00 – wprawdzie to wykonawca samodzielnie podejmuje decyzje o działaniach w zakresie ZUD, niemniej specyfikacja narzuca obligatoryjne działania niezależne od woli wykonawcy. SST D-66.01.00 w punkcie 5.3.1. (ALERT BIAŁY - Faza gotowości), stanowi, że wykonawca ma obowiązek wprowadzenia przejścia w stan gotowości czynnej w następujących przypadkach:
- otrzymanie ustnego bądź pisemnego (pismo, mail) polecenia od przedstawiciela zamawiającego;
- dysponowania prognozą wskazującą na możliwe wystąpienie opadów śniegu, zjawiska gołoledzi lub obniżenia temperatury poniżej 0°C;
- otrzymanie ostrzeżenia meteorologicznego wskazującego wystąpienie zjawiska zimowego.

W okresie od 1 listopada do 31 marca – dni, w których prognozowana powinna być możliwość obniżenia temperatury poniżej 0 stopni Celsjusza, jest zdecydowana większość. Zgodnie z biuletynem Państwowej Służby Hydrologiczno Meteorologicznej – w sezonie 2022/2023 w miesiącach zimowych dni z temperaturą przy gruncie poniżej zera było:
- Listopad 2022 r – 14 dni;
- Grudzień 2022 r - 23 dni;
- Styczeń 2023 r – 18 dni;
- Luty 2023 r – 21 dni;
- Marzec 2023 r – 23 dni,

co łącznie daje 99 dni.

Oznacza to, że patrząc historycznie wykonawca miałby obowiązek utrzymywania w tych tylko dniach gotowość czynną, nie wspominając o opadach śniegu przy temperaturze zbliżonej do zera (jednakże powyżej), poleceniach zamawiającego oraz ostrzeżeniach IMGW. Biorąc pod uwagę m. in. powyższe informacje uznać należy, iż wykonawca nie przewidział i nie uwzględnił wszystkich kosztów związanych z robocizną.

Ilość etatów – osób do obsługi ZUD

Odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z oświadczeniem własnym, ALDIAN przewidział 22 osoby do obsługi pługosolarek. Zgodnie z SST D-66.01.00 (strona 15) wykonawca oddeleguje do wykonywania czynności określonych przez SST taką liczbę pracowników, by proces zimowego utrzymania mógł być realizowany w systemie ciągłym 24 godz./dobę we wszystkie dni tygodnia, przy uwzględnieniu ograniczeń czasu pracy pracowników zgodnie z kodeksem pracy. Przyjęcie przez wykonawcę stawki 400 złotych za pracę 22 operatorów nie spełnia ww. wymogu. Wykonawca w wyjaśnieniach dotyczących Grupy prac 13C powtórzył ww. stawkę, jednocześnie wskazując, że 1 godzina robocizny operatora to kwota 50,00 złotych (8h pracy x 50 zł = 400 zł). Oznacza to, że ALDIAN ma zabezpieczone jedynie 8 godzin pracy operatorów pługosolarek na dobę i to nie we wszystkie dni w tygodniu, albowiem wyliczenie to nie uwzględnia obowiązkowej przerwy w pracy – dzień wolny od pracy. Oznacza to, iż pozostałe 16 godzin w ciągu doby pozbawione jest zabezpieczenia w postaci operatorów pługosolarek. Gdyby konieczne było prowadzenia pracy nieprzerwanie przez 24 godziny, zaoferowana przez ALDIAN stawka za pracę operatorów pługosolarek nie będzie wystarczająca, by uwzględnić wymagania przepisów dotyczących czasu pracy,
a w konsekwencji wymagania SWZ. Niezależnie od powyższego odwołujący wskazał, iż wykonawca ALDIAN nie uwzględnił w kalkulacji w ogóle operatorów ładowarek – osób niezbędnych do prowadzenia akcji ZUD (treść wyjaśnień nie zawiera takiego elementu). Zgodnie zaś z załącznikiem nr 6 do OPZ – ilości minimalne sprzętu – wykonawca winien przewidzieć trzech operatorów ładowarki (3 obwody ZUD) w systemie 24h/dobę przez wszystkie dni tygodnia. Wykonawca ALDIAN pomijając te elementy składowe świadczeń
w ramach poszczególnych pozycji cenowych potwierdził, że albo pominął w swojej wycenie jej istotne części składowe (świadomie lub przez omyłkę), albo zamierza realizować zamówienie niezgodnie z wymaganiami SWZ, co w każdym przypadku stanowi podstawę odrzucenia oferty. Wykonawca nie uwzględnił również kosztów robocizny w postaci dyżurnych ZUD w trzech obwodach. W ocenie odwołującego powyższe świadczy
o konieczności uwzględnienia w wycenie kosztów pracy 28 osób (22 osoby – pługosolarka, 3 osoby – ładowarka, dyżurnych ZUD), zamiast przyjętych 22 (przy założeniu warunkach, które przedstawił w treści wyjaśnień wykonawca ALDIAN). Niedoszacowania te powodują następujące braki w wycenie ALDIAN:

Niedoszacowanie kosztów robocizny

W związku z błędnym wskazaniem ilości osób, koszty pracy w ofercie ALDIAN pozostają niedoszacowane w znacznym stopniu. Przy przyjęciu założeń wskazanych przez wykonawcę ALDIAN tj. „dniówka" w wysokości 400 złotych (50 złotych na godzinę), wykonawca winien wykazać 22 operatorów x 3 zmiany po 8 godzinne (proces zimowego utrzymania musi być realizowany w systemie ciągłym 24 godz./dobę). Zgodnie z powyższymi danymi minimalne ilości elementów składowych ceny kształtują się następująco:
- 22 operatorów pługosolarek x 3 zmiany x 400,00 złotych dniówka = 26.400,00 złotych;
- 3 operatorów ładowarek x 3 zmiany x 400,00 złotych dniówka = 3600,00 złotych;
- 3 dyżurnych ZUD x 3 zmiany x 400,00 złotych dniówka = 3.600, złotych;

Łącznie 26.400,00 zł + 3.600,00 zł + 3600,00 zł = 33.600,00 zł

Z tak przyjętych założeń przez ALDIAN jednoznacznie wynika, że koszt robocizny przewyższa zarówno łączną kwotę za

gotowość do ZUD (12.820,00 zł), zapobieganie śliskości (21.285,00 zł) jak i usuwanie śliskości (26.607,00 zł). Gdyby przyjąć, że kwota wskazana przez wykonawcę ALDIAN – 400,00 złotych „dniówka", a łącznie na dobę 8.800,00 złotych, ma zabezpieczyć 24 godziny akcji ZUD, wówczas naruszone zostałyby przepisy Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r., albowiem:
- 8.800,00 zł / 22 operatorów / 24 godziny = 16,67 złotych netto na godzinę (przy stawce minimalnej 23,50 zł).
Do tego dochodzą operatorzy ładowarek i dyżurni ZUD – łącznie 28 osób, zatem 8.800,00 zł / 28 osób / 24 godziny = 13,10 złotych netto na godzinę (przy stawce minimalnej 23,50 zł). Odwołujący wspomniał, iż wykonawca w pkt 11 wyjaśnień dotyczących Grupy prac 10b wyraźnie wskazał, że do robocizny nie wliczył jeszcze kosztów ZUS pracowników, co dodatkowo pogłębia niedoszacowanie kosztów robocizny.
W ocenie odwołującego wykonawca ALDIAN wyceniając koszt „dniówki" pracownika, nie przewidział łącznych kosztów w kwocie 12.744.720 złotych – a więc kosztów wyższych od całości zaproponowanej przez wykonawcy kwoty na całość prac w grupie 10B.
Wymiar czasu pracy
Zgodnie z SST D-66.01.00 wykonawca przewidział 22 osoby do obsługi pługosolarek. Zgodnie z SST D-66.01.00 (strona 15) wykonawca oddeleguje do wykonywania czynności określonych przez SST taką liczbę pracowników by proces zimowego utrzymania mógł być realizowany w systemie ciągłym 24 godz./dobę we wszystkie dni tygodnia, przy uwzględnieniu ograniczeń czasu pracy pracowników zgodnie z kodeksem pracy. Przyjęta przez wykonawcę koncepcja 22 operatorów jednoznacznie wskazuje, że:
- wykonawca nie doszacował ilości operatorów pługosolarek, lub
- wykonawca nie przestrzega ograniczeń czasu pracy wynikających z kodeksy pracy, albowiem niedopuszczalna jest praca przez 24 godziny, bez minimalnego czasu odpoczynku pomiędzy kolejnymi zmianami oraz niedopuszczalna jest praca w systemie ciągłym bez dnia wolnego w tygodniu.
Sól
Zgodnie z wyliczeniem wykonawcy ALDIAN:
- koszt materiałów (sól) na jeden wyjazd – 177,403km x średnia szerokość 5,5m x 10 gram/m^2 = 9,757t
- 9,757t x 400zł (koszt soli za 1 tonę) = 3.902,80 zł.
Z obliczeń tych wynika, iż wykonawca ALDIAN łącznie zabezpieczył 177.403,00 m długości odcinka x 5,5 m średniej szerokości = 975.716,5 m^2 jezdni. Zgodnie z treścią odpowiedzi na pytanie nr 168 w Części nr 2 (Rejon Międzyrzec Podlaski), do utrzymania łącznie jest 1.806.391 m^2 jezdni. Oznacza to, że różnica między rzeczywistą powierzchnią jezdni,
a założeniami ALDIAN wynosi: 1.806.391 m^2 – 975.716,5 m^2 = 830.674,5 m^2. Wykonawca ten nie zabezpieczył zatem 830.674,5 m^2 jezdni. Ponadto kolejnym argumentem wskazującym na błędne założenia ALDIAN jest określenie przez niego średniej szerokości jezdni w wymiarze 5,5 m. Zgodnie z obowiązującymi przepisami (rozporządzenie Ministra Infrastruktury w sprawie przepisów techniczno- budowlanych dotyczących dróg publicznych – § 17) – szerokość pasa ruchu wynosi 3,5 metra, zatem w obu kierunkach wynosi ona 7 metrów. Dodatkowo czynnościami ZUD objęte są także ewentualne pasy na skrzyżowaniach, pobocza i inne elementy, które wpływają na łączną ilość metrów kwadratowych powierzchni jezdni. Dlatego prawidłowa ilość soli przy jednokrotnym przejeździe, jaką powinien uwzględnić wykonawca ALDIAN przy założeniu przyjętych przez siebie założeń, winna wynosić: 1.806.391 m^2 x 10 gram/m^2 = 18,06 tony 18,06 t x 400,00 zł = 7.224,00 zł netto. Różnica wynosi zatem 7.224,00 zł – 3.902,80 zł = 3.321,20 zł przy zapobieganiu śliskości, 3.321,20 zł x 2 przejazdy przy usuwaniu śliskości i 3.321,20 zł x 3 przejazdy przy odśnieżaniu wraz z usuwaniem śliskości.
Paliwo
Wykonawca ALDIAN wskazał, że: koszt paliwa – przyjmując 40l/100km, czyli 0,4l/1km, daje 72,735l za odcinek o długości 177,403km. 72,735l x 5zł netto = 363,68zł + ewentualne powroty 363,68zł = 727,36 zł. Odwołujący wskazał, że wykonawca ma obowiązek przesypać drogę w dwie strony, a zatem koszt paliwa w drodze „powrotnej" nie stanowi opcji, a jest obowiązkiem wynikającym z SST. Wykonawca ALDIAN w ogóle nie założył tego, iż pojazdy muszą wyjechać z bazy i dotrzeć do odcinka podlegającego ZUD, a następnie wrócić (ALDIAN błędnie przyjął do wyliczeń sam odcinek drogi do posypywania), a także nie przyjął, że pojazdy muszą manewrować, czyli nie mogą niespodziewanie zawrócić na drodze
w momencie zakończenia odcinka drogi, lecz muszą znaleźć miejsce, gdzie będzie to możliwe, bezpieczne i zgodne z przepisami o ruchu drogowym. Pojazdy muszą również poruszać się po bazie, być załadowywane solą, tankowane paliwem itp. Wykonawca nie założył żadnego marginesu kilometrów ponad odcinek 177,403 km. Jednocześnie wykonawca założył błędną cenę paliwa – w kwietniu 2023 roku (na moment wyceny) średnia cena paliw (olej napędowy) w Polsce wynosiła 6,69 zł brutto czyli 5,44 zł netto, w maju wynosiła 6,21 zł brutto czyli 5,05 zł netto, ale w dalszym ciągu powyżej 5,00 złotych netto. Nawet na chwilę obecną paliwo przekracza cenę 5,00 zł netto – lipiec 5,03 zł z tendencją zwyżkową. Zatem w wycenie wykonawca winien oprzeć się na aktualnych cenach z dnia złożenia oferty. Można przyjąć, iż jest to cena z maja 2023 roku, a więc 5,05 zł netto za 1 litr paliwa. Wyliczenia powinny wyglądać: 72,735 x 5,05 netto = 367,31 zł + powrót 367,31 zł = 734,62 zł Różnica 734,62 zł – 727, 36 zł = 7,26 zł na jednorazowym wyjeździe. Dodatkowo należy wziąć pod uwagę niedoszacowanie związane z wyżej opisanym poruszaniem się pługosolarek. Zdaniem odwołującego powyższe argumenty jednoznacznie wskazywały, iż wykonawca ALDIAN nie doszacował kosztów wykonania usługi zgodnie z SWZ, choć sam stwierdził, że jest to kluczowa usługa (koszty robocizny+ koszty soli+ koszty paliwa).
W dalszej kolejności odwołujący wyjaśnił, że zarówno sam sposób obliczenia ceny, jak również zasady płatności jednoznacznie potwierdzają, że cena każdej pozycji jednostkowej, jaka jest wskazywana w ofercie (TER), stanowi samodzielną podstawę zryczałtowaną do obliczenia wysokości wynagrodzenia, a tym samym winna być jednostkowo oceniana pod kątem tego, czy zawiera ona wszystkie koszty wykonania zamówienia odpowiednio dla danej pozycji. Ma to kluczowe znaczenie zarówno dla oceny zgodności treści oferty Konsorcjum oraz ALDIAN z wymaganiami SWZ, jak i dla oceny przesłanek rażąco niskiej ceny.
Z powyższego wynika, że pozycje jednostkowe mają charakter zryczałtowany. Każda
z pozycji powinna uwzględniać pełną wartość świadczenia w tym sensie, że Konsorcjum oraz ALDIAN, którekolwiek realizowałoby zamówienie, nie będzie mogło żądać z tytułu świadczonych usług i zużytych materiałów w odniesieniu do danych pozycji usług – dodatkowego wynagrodzenia czy dopłaty dodatkowych kosztów, jeśli nie uwzględniło ich
w zaoferowanej cenie (czy pozycji jednostkowej). Ze względu na istotę rozliczeniową kontraktów utrzymaniowych

orzecznictwo KIO w ostatnim okresie jednoznacznie zmierza ku uznaniu, iż nieuwzględnienie w cenie jednostkowej dla danej usługi wszystkich kosztów wyszczególnionych przez Zamawiającego w SWZ, stanowi podstawę do uznania oferty za sporządzoną niezgodnie z warunkami zamówienia i jej odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Spory w postępowaniach odwoławczych najczęściej oparte są na związku pomiędzy złożonymi wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny, a wykazaniem w tej cenie wysokości (sposobu wyliczenia) poszczególnych kosztów składających się na cenę realizację zamówienia. KIO uznaje, że wyjaśnienia te mogą wskazać nie tylko na rażąco niską cenę, koszt lub istotną część składową, ale również na sporządzenie oferty niezgodnie
z wymaganiami SWZ. Stanowisko takie zajęła m.in. KIO w wyroku KIO 1020/22, gdzie stwierdziła, że nieuwzględnienie w cenie jednostkowej danej pozycji formularza cenowego wszystkich kosztów wykonania przedmiotu zamówienia wskazanych w opisie sposobu obliczenia ceny stanowi podstawę nie tylko odrzucenia oferty ze względu na rażąco niską cenę (jeśli zarzut ten się potwierdzi), ale również ze względu na niezgodność z wymaganiami SWZ.
W ocenie odwołującego, mając na uwadze postanowienia SWZ, istotę rozliczeniową kontraktów utrzymaniowych i ceny jednostkowe wskazane w ofertach Konsorcjum oraz ALDIAN, nie wykazali oni, by możliwe było wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie
z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia (o czym stanowi art. 224 ust. 1 Pzp). Ocena treści oferty, ale przede wszystkim wyjaśnień przedstawionych przez samo Konsorcjum oraz ALDIAN, a także dokonane kalkulacje odwołującego w powiązaniu
z założeniami wynikającymi z dokumentów zamówienia, wskazującymi na metodologię prac, w tym konieczną, wynikającą z dokumentów zamówienia minimalną ilość soli, materiałów, pracy ludzi, a w konsekwencji założenia ilościowe, jakościowe i materiałowe, jakie profesjonalista powinien przyjąć w ramach należytej staranności – prowadziła do obiektywnego wniosku, że oferty Konsorcjum oraz ALDIAN w ramach kwestionowanych pozycji pozostawały w sprzeczności z warunkami zamówienia. Ocena wyjaśnień, jakie
w postępowaniu przedstawiło Konsorcjum oraz ALDIAN powinna być dokonana poprzez odniesienie ich treści do wymagań wynikających z dokumentów zamówienia, a więc
w kontekście możliwości ich spełnienia przez Konsorcjum oraz ALDIAN przy uwzględnieniu zaoferowanej ceny lub jej istotnych części składowych. Biorąc pod uwagę wyłącznie Grupę Prac 10b, a więc zimowe utrzymanie dróg, Konsorcjum zaoferowało cenę 11 247 973,07 PLN. Pozycja ta stanowi niemalże 14 % całkowitej ceny oferty netto Konsorcjum dla zamówienia podstawowego (78 348 879,81 zł), a więc stanowi także o istotności tej części składowej zamówienia. Nakładając na to poziom niedoszacowania tej Grupy Prac (przy założeniu 10g/m^2 soli) w wysokości 3 296 160,00 zł, uzasadnione jest twierdzenie, że Konsorcjum nie wykazało, że jego cena jest wystarczająca, a poziom niedoszacowania pozwala na twierdzenie, że niedoszacowanie stanowi o cenie rażąco niskiej i daje podstawę do odrzucenia oferty Konsorcjum również z tej przyczyny. Podobnie sytuacja ma się jeśli chodzi o wykonawcę ALDIAN. Biorąc pod uwagę wyłącznie Grupę prac 10b, a więc zimowe utrzymanie dróg, wykonawca ten zaoferował cenę 12 480 738,00 PLN. Pozycja ta stanowi 15 % całkowitej ceny oferty netto ALDIAN dla zamówienia podstawowego (84 390 241,50 zł), a więc stanowi także o istotności tej części składowej zamówienia. Nakładając na to poziom niedoszacowania tej Grupy Prac (przy założeniu 10g/m^2 soli) w wysokości 1 893 084,00 zł, uzasadnione jest twierdzenie, że ALDIAN nie wykazał, że jego cena jest wystarczająca,
a poziom niedoszacowania pozwala na twierdzenie, że niedoszacowanie stanowi o cenie rażąco niskiej i daje podstawę do odrzucenia oferty Konsorcjum również z tej przyczyny. Gdy jednak weźmie się dodatkowo pod uwagę niedoszacowania wykonawcy ALDIAN w zakresie kosztów pracy pracowników pługosolarek, ładowarek i dyżurnych ZUD, to wyliczenia odwołującego doprowadziły go do ustalenia, że niedoszacowanie sięga kwoty 12.744.720 złotych. Cenę, koszt lub ich istotne części składowe uznaje się za rażąco niskie, jeśli są nierealistyczne, nierynkowe, nie pozwalają na należyte wykonanie przedmiotu zamówienia,
a także cenę wskazującą na zamiar wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia (KIO 33/23). Ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, który otrzymał wezwanie do złożenia wyjaśnień. Złożone przez Konsorcjum wyjaśnienia w zakresie ZUD, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie
z wymaganiami określonymi w specyfikacji lub wynikającymi
z odrębnych przepisów. Konsorcjum zobowiązane było wyjaśnić w sposób szczegółowy
i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należytą realizację całego zamówienia.
W ocenie odwołującego temu obowiązkowi Konsorcjum nie sprostało. Z wyjaśnień Konsorcjum nie wynikało wprost, jaki poziom ceny za sól został uwzględniony
w wyliczeniach, a idąc nawet dalej – treść złożonych wyjaśnień nie potwierdza, że koszt zakupu soli został w ogóle uwzględniony. Niezależnie od tego, która z powyższych okoliczności zachodzi – każda z nich świadczy o niezgodności oferty z wymaganiami SWZ, co także stanowi podstawę do odrzucenia oferty Konsorcjum. W przypadku oferty Konsorcjum mamy więc do czynienia z sytuacją, w której wykonawca ten wskazał w swojej ofercie cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia, nie uwzględniając we wskazanej kwocie elementów, które ująć powinien (co do jakości, jeśli w ogóle nie uwzględnił kosztu soli, lub co do ilości, jeśli uwzględnił koszt soli, ale w niewystarczającej ilości). Wówczas wskazana przez Konsorcjum cena jest nieprawidłowa, gdyż dotyczy innego stanu faktycznego niż przedmiot postępowania. W ocenie odwołującego na podstawie wyjaśnień ceny oferty Konsorcjum ujawniły się więc podstawy do odrzucenia jego oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz 8 Pzp.
Wykonawca ALDIAN uwzględnił w swojej wycenie koszt soli (odmiennie do Konsorcjum), ale jego szacunku oparte są o błędne założenia co do powierzchni jezdni. Wykonawca ten nie zabezpieczył także w cenie oferty środków na wynagrodzenie minimalnej ilości pracowników, jaka jest niezbędna do świadczenia pracy w zakresie wynikającym z SWZ. Tym samym wykonawca ten albo pozostanie w zgodzie z wymaganiami prawa pracy, co uniemożliwi mu realizuję zamówienia zgodnie z SWZ, albo też będzie realizował zamówienie poniżej kosztów własnych, lub też będzie świadczył usługi w zgodzie z SWZ, ale bez poszanowania określonej wysokości płacy minimalnej. Wszystko to świadczy o niezgodności treści wyjaśnień ALDIAN z wymaganiami SWZ. W przypadku zamówień, których przedmiotem są usługi lub roboty budowlane zamawiający obowiązany był żądać wyjaśnień zgodnie z art. 224 ust. 4 Pzp tj. w zakresie zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienia. Istotą art. 224 ust. 1 Pzp jest weryfikacja ceny oferty również pod kątem tego czy zaoferowane ceny pozwalają na realizację zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Przepisy te to przede

wszystkim przepisy dotyczące prawa pracy, a w konsekwencji również płacy minimalnej. Jest oczywistym, że jeżeli wykonawca ALDIAN nie udowodnił, że jest w stanie wykonać zamówienie z uwzględnieniem kosztów wynikających z tych stawek – to oznacza to, że jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 224 ust. 6 Pzp, który nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy, którego wyjaśnienia nie uzasadniają rażąco niskiej ceny lub kosztu tej oferty. Nie bez powodu w odniesieniu do zamówień na usługi
i roboty budowlane ustawodawca nałożył na zamawiającego szczególny obowiązek wezwania do wyjaśnień w zakresie zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy (art. 224 ust. 4 w zw. z art. 224 ust. 3 pkt 4 Pzp). Niezależnie od tego, jaki był zamiar wykonawcy ALDIAN, treść jego wyjaśnień prowadzi do wniosku, że ujawniły się podstawy do odrzucenia jego oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz 8 Pzp.
W odniesieniu do zarzutu ewentualnego odwołujący przedstawił argumentację tożsamą jak w przypadku tego samego zarzutu, podniesionego w sprawie KIO 2070/23. Stanowisko to zastało przedstawione szczegółowo powyżej na str. 14-17.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił wykonawca FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie, natomiast po stronie zamawiającego: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: BUDiA-Standard Sp. z o.o.
z siedzibą w Oleśnicy, BADER-DROG Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Łubowieraz T.B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą "B." Firma Produkcyjno - Handlowo - Usługowa T. B. z siedzibą w Dalachowie i wykonawca J. W. prowadzący działalność gospodarczą od nazwą ALDIAN J. W. z siedzibą w Uścieńcu.

W dniu 27 lipca 2023 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie,
w której przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w całości.

Ponadto w dniu 1 sierpnia 2023 r. wykonawcy zgłaszający przystąpienie po stronie zamawiającego tj. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: BUDiA-Standard Sp. z o.o. z siedzibą w Oleśnicy, BADER-DROG Sp z o.o. Sp. k. z siedzibą
w Łubowie oraz T. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą "B." Firma Produkcyjno - Handlowo - Usługowa T. B. z siedzibą
w Dalachowie i wykonawca J. W. prowadzący działalność gospodarczą od nazwą ALDIAN J. W. z siedzibą w Uścieńcu, złożyli do akt sprawy pisma procesowe zawierające argumentacje dla wniosku o oddalenie odwołania.

Sygn. akt KIO 2081/23

W dniu 17 lipca 2023 r. wykonawca Saferoad Grawil Sp. z o.o. z siedzibą
we Włocławku (zwany dalej: „odwołującym" lub „odwołującym Saferoad") wniósł odwołanie dotyczące części 1 zamówienia, obejmującej całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie Rejon w Chełmie, wobec zaniechań zamawiającego polegających na:
- zaniechania odtajnienia w całości wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami Konsorcjum wykonawców: BUDiA-STANDARD Sp. z o.o., BADER-DROG Sp. z o.o. Sp. k. oraz „B." Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa T. (zwanego dalej jako: „Konsorcjum");
- zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum, zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, ewentualnie z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia;
- zaniechania odrzucenia oferty ZABERD Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (zwanego dalej jako: „ZABERD") z uwag na niezgodność oferty z warunkami zamówienia.
Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:
1) art. 18 ust. 1-3 Pzp przez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum, w szczególności w zakresie: umowy ramowej zawartej z firmą KALEM S.C. wraz z ofertami;
2) art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 Pzp oraz art. 224 ust. 6 Pzp art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 Pzp oraz art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum (będące skutkiem wadliwej oceny udzielonych wyjaśnień), pomimo że wykonawca ten udzielił wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a zatem nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
3) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, który przy obliczeniu ceny wskazał ceny jednostkowe, które nie obejmują całkowitego kosztu określonych pozycji;
4) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty ZABERD ze względu na to, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.
W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o rozpatrzenie
i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:
- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum;
- odtajnienie w całości wyjaśnień Konsorcjum wraz z załącznikami dotyczącymi rażąco niskiej ceny zawartej w ofercie Konsorcjum;
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- odrzucenia oferty Konsorcjum oraz odrzucenia oferty ZABERD;
- uznania oferty odwołującego za najkorzystniejszą;
względnie z daleko posuniętej ostrożności procesowej:
- wezwania Konsorcjum do złożenia dodatkowych wyjaśnień.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp, uprawniający do złożenia odwołania, gdyż wybór oferty Konsorcjum pozbawia go możliwości zawarcia umowy i następnie jej realizacji. Odwołujący podniósł, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego Pzp zostaje pozbawiony uzyskania zamówienia, a tym samym może ponieść z tego tytułu znaczną szkodę. Oferta odwołującego jest ofertą – pod względem złożonych ofert oraz kryterium oceny ofert – klasyfikującą się na trzeciej pozycji. W ocenie odwołującego oferty wyżej sklasyfikowane tj. oferta Konsorcjum oraz oferta ZABERD powinny zostać odrzucone. Tym samym to oferta odwołującego powinna zostać uznana ofertą najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu zarzutów odwołujący w pierwszej kolejności skoncentrował się na za zarzucie dotyczącym zaniechania odtajnienia całości wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum. Odnośnie przedmiotowego

zarzutu odwołujący wyjaśnił, że
w odpowiedzi na wezwanie dotyczące rażąco niskiej ceny, Konsorcjum złożyło wyjaśnienia, gdzie zastrzegło m.in. „Informacje zawarte w dokumentach od kontrahentów (w tym oferty kontrahentów, umowy podwykonawcze), w tym dane o kontrahentach oraz warunki
i charakter współpracy. Wskazana umowa oraz oferty to jedyny element, który nie został odtajniony przez zamawiającego. Zdaniem odwołującego brak udostępnienia wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum pozbawia pozostałych uczestników (tutaj odwołującego) możliwości weryfikacji zdolności wybranego wykonawcy do udziału w procedurze, jak również zdolności do należytego wykonania zamówienia. Zastrzeganie informacji zawartych w ofertach stało się sposobem na pozbawianie konkurentów możliwości podważenia
i zaskarżenia dokumentów i danych zawartych w złożonych ofertach. Zamawiający nie może ujawnić informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów
o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca składając ofertę, zastrzeże
w odniesieniu do tych informacji, że nie mogą być one ogólnie udostępnione. Tajemnicę przedsiębiorstwa definiuje art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tym przepisem przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki tj.:
a) ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,
b) nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
c) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.
W ocenie odwołującego powyższe naruszenia doprowadziły do sytuacji, w której nie miał on możliwości kompleksowego zbadania prawidłowości złożonej oferty w zakresie rażąco niskiej ceny zaproponowanej przez Konsorcjum. Odtajnienie całych wyjaśnień rażąco niskiej ceny, miało pozwolić odwołującemu, ale także i innym wykonawcom, na rzetelną weryfikację (porównawczą) złożonych wyjaśnień, porównanie nie tylko cen jednostkowych i ich uzasadnienia, ale przede wszystkim stopnia szczegółowości poszczególnych wyjaśnień.
Element zastrzeżony przez Konsorcjum nie ma charakteru technicznego, technologicznego, organizacyjnego, ani też nie posiada wartości gospodarczej. Co więcej podobne umowy ramowe Konsorcjum były już wcześniej odtajniane przez zamawiającego na skutek orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, w szczególności na skutek wyroku KIO z 19 maja 2023 r. (sygn. akt. KIO 1230/23, KIO 1291/23, KIO 1301), gdzie wykonawca przedstawił takie samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i próbował zastrzec m.in. umowy ramowe z kontrahentami oraz oferty.
Następnie odwołujący skupił się na zarzutach skierowanych wobec oferty konsorcjum i w tym zakresie wskazał, że odnosząc się do samej treści wyjaśnień Konsorcjum w zakresie rażąco niskiej ceny, w kontekście treści wezwania, należy zauważyć, że same wyjaśnienia były lakoniczne, niekonkretne, niepoparte stosownymi dowodami. Co więcej, kalkulacja Konsorcjum prowadziła do wniosku, że cena zaproponowana przez Konsorcjum jest ceną nierealną i nie uwzględnia wszystkich kosztów wynikający z treści SWZ i załączników do SWZ. Konsorcjum zostało wezwane do złożenia „wyczerpujących i szczegółowych informacji, czy oferta Wykonawcy uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w Opisie Przedmiotu Zamówienia wraz z załącznikami oraz zawarte w Projektowanych Postanowieniach Umowy, a także wszystkie związane z tym niezbędne do poniesienia koszty", gdzie następnie zamawiający wskazał poszczególne Grupy prac, których wycena wzbudziła szczególne wątpliwości zamawiającego. W konsekwencji wyjaśnienia Konsorcjum powinny korespondować z przyjętą formułą wezwania do wyjaśnień i ich wymogami, a także z wymaganiami, które wynikają z Pzp. Konkretyzując, wyjaśnienia powinny zawierać informacje dotyczące wszystkich kosztów jednostkowych, m.in. cen paliw, robocizny, materiałów oraz sprzętu, co oznacza, że Konsorcjum powinno przedstawić oprócz kalkulacji także dowody potwierdzające jej prawdziwość. Tymczasem Konsorcjum w zakresie Grupy 10 TER, w kalkulacji szczegółowej przedstawiło tabelę.
Odwołujący wyjaśnił, że w ramach udowodnienia poszczególnych pozycji kosztorysowych, Konsorcjum wskazało jedynie dwa dowody, po pierwsze wykaz środków trwałych, co należy ocenić jako dowód niewystarczający, gdyż niewiadomym dla zamawiającego pozostaje jakie koszty utrzymania i eksploatacji sprzętu ponosi Konsorcjum. Drugim dowodem jest „umowa
z kontrahentem wraz z ofertami", dowód taki należy uznać za niewystarczający, gdyż samo potwierdzenie kalkulacji ceny oferty przy pomocy ofert podwykonawców jest dopuszczalne, niemniej oferty te muszą być wiarygodne i uzasadnione. Tym samym z ofert podwykonawczych także powinny wynikać po pierwsze założenia, a po drugie dowody, które uprawdopodabniają owe założenia. Zamawiający weryfikując cenę ofertową wykonawcy wycenioną na rażąco niskim poziomie, musi posiadać uzasadnienie wskazujące na obiektywną realność tej wyceny.
Zdaniem odwołującego konsorcjum nie dochowało ciążącego na nim na mocy art. 224 ust. 5 Pzp obowiązku udowodnienia realności zaproponowanej ceny, czego skutkiem powinno być odrzucenie oferty Konsorcjum. Wyjaśnienia w zakresie sposobu kalkulacji ceny muszą być na tyle szczegółowe, aby uprawdopodobnić, że zaoferowana cena jest ceną realną
i rynkową. Wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny prowadzi do powstania domniemania faktycznego, że cena wskazana w ofercie Konsorcjum jest ceną rażąco niską. Konsekwencją powyższego jest nałożenie na wykonawcę ciężaru dowodzenia w zakresie wykazania, że wątpliwości zamawiającego co do poziomu cenowego oferty są niesłuszne. Istotne jest, że wyjaśnienia wykonawcy nie mogą mieć zdawkowego, lakonicznego charakteru. Wyjaśniając, iż możliwe jest wykonanie zamówienia za zaoferowaną przez wykonawcę cenę, zobligowany jest on do poparcia swoich twierdzeń dowodami. W przeciwnym razie mieć będziemy do czynienia z wyjaśnieniami, które (nawet jeśli w warstwie powiązanej z argumentacją spełniają wymogi dotyczące odpowiedniego poziomu skonkretyzowania) stanowić będą w istocie twierdzenia jedynie gołosłowne,
a zatem niedające zamawiającemu minimalnej chociażby gwarancji w zakresie możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę (a ta przecież budzi jego wątpliwości). Nie można było również zapominać, że odrębnym obowiązkiem jest także uwzględnienie skonkretyzowanych wymagań zamawiającego. Konsorcjum nie sprostało wymienionym powyżej obowiązkom, tym samym nie obaliło domniemania wystąpienia ceny rażąco niskiej. Co istotne, zdaniem odwołującego, obowiązek złożenia dowodów jest obowiązkiem ustawowym, niezależnie od tego czy został wyartykułowany w wezwaniu do złożenia wyjaśnień czy też nie. Obowiązek ten wynika wprost z art. 224 ust. 1 Pzp, gdzie jednoznacznie wskazano, iż „zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych",
a potwierdzeniem istnienia powyższego obowiązku jest również art. 224 ust. 6 Pzp, wskazujący na konieczność

odrzucenia oferty „jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu". Konieczność poparcia przedstawianych wyjaśnień dowodami ma kluczowe znaczenie dla ich oceny, ponieważ same wyjaśnienia rzadko kiedy mogą być uznane za w pełni obiektywne jako składane przez podmiot bezpośrednio zainteresowany rozstrzygnięciem. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca zobowiązany jest zatem wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należytą realizację całego zamówienia, uwzględnia wszelkie niezbędne do tego elementy, jak również wykazać dlaczego był w stanie zaoferować cenę na takim, a nie innym poziomie, czyli poziomie odbiegającym od wartości zamówienia lub cen innych złożonych
w postępowaniu ofert. Przy czym odwołujący podkreślił, że nie jest wystarczające samo powołanie się na istnienie bogatego doświadczenia wykonawcy czy rozwiniętych kontaktów handlowych, jak ma to miejsce w wyjaśnieniach Konsorcjum, lecz konieczne jest wykazanie w sposób mierzalny, jak wpływają one na obniżenie kosztów realizacji zamówienia, jakie mają przełożenie na poszczególne elementy składowe ceny. Tak złożone wyjaśnienia wykonawca zobowiązany jest poprzeć stosownymi dowodami potwierdzającymi wskazywane w wyjaśnieniach informacje. Jest to szczególnie istotne w sytuacji, gdy wykonawca powołuje się na istnienie po jego stronie pewnych szczególnie korzystnych warunków czy posiadanie pewnych szczególnych rozwiązań, które wpłynęły na sposób ukształtowania ceny. Nie dysponując dowodami zamawiający nie jest w stanie dokonać oceny czy okoliczności powodujące obniżenie ceny, na które powołuje się wykonawca, faktycznie zachodzą.
Co więcej – zdaniem odwołującego – złożone przez Konsorcjum wyjaśnienia wskazują na ich niezgodność ze z warunkami postawionymi w SWZ, gdzie przede wszystkim zamawiający wymagał, aby każda cena jednostkowa zawarta w ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji. Odwołujący zwrócił uwagę, że wyjaśnienia Konsorcjum, wzbudziły jego szczególną uwagę w zakresie grupy 10b, związanej zimowym utrzymanie dróg, z uwagi na nierealne, nierynkowe ceny w zakresie robocizny za „Gotowość Zimowego Utrzymania Dróg" jak i wskazanych kosztów materiałów za „Zapobieganie śliskości", „Usuwanie śliskości" oraz „Odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości".
W nawiązaniu do zawartych w SWZ definicji gotowości odwołujący zauważył, że zamawiający będzie płacił wykonawcy zarówno w przypadku gotowości czynnej (sprzęt podstawowy + operatorzy stacjonujący na bazie) jak i biernej (sprzęt podstawowy + operatorzy pozostający w gotowości ale poza bazą wykonawcy), co jasno wynika z podstawy płatności, gdzie zamawiający traktuje gotowość jako jedną czynność. Specyfikacja dopuszcza wyliczenie pozycji kosztorysowej tj. doba gotowości w TER 10b, co jest logiczne
z praktyką, uśredniając sytuację w których występuje zarówno gotowość czynna jak i bierna w ciągu całego sezonu. Takich sytuacji od 1 października do 31 kwietnia dla bezpieczeństwa obliczeń i nie zawyżania kwot, odwołujący przyjął na poziomie 60% gotowości czynnej dla całego okresu zimowego, co znacznie obniża nakład rzeczowy gotowości czynnej w stosunku do gotowości biernej. Ponadto zgodnie z załącznikiem nr 2 do OPZ, w przypadku części 1 obwodów drogowych jest 3, co oznacza konieczność zapewnienia obecności co najmniej jednej osoby w każdym punkcie w trybie 24h w ciągu doby. Dla potrzeb kalkulacji,
z uwagi na brak zakazu łączenia funkcji Specjalisty ds. utrzymania dróg - oraz Dyżurnego Zimowego Utrzymania Dróg przyjęto, że Konsorcjum potrzebuje jedynie dwóch takich osób w ciągu każdej doby i nie uwzględniło w kalkulacji wynagrodzenia otrzymywanego przez specjalistę ds. utrzymania dróg. Zgodnie z kontraktem, ilość dni zimowych wynosi 212 dni, natomiast obligatoryjnie w myśl zapisów SST D.66.01.00 dyżury przez dyżurnych muszą być pełnione od 1 listopada do 31 marca. Wynika z tego, że w całym okresie zimowym mamy 152 dni przy założeniu 29 dni w lutym co po podzieleniu 172/212 = 72 % czasu w dobie obsadzonej przez dyżurnego. Jednocześnie zamawiający wymaga, aby liczba pracowników umożliwiła realizację procesu zimowego utrzymania w systemie ciągłym 24 godz./dobę. Ponadto zgodnie z Załącznikiem nr 6 do OPZ zamawiający wymaga posiadania 24 pojazdów (sprzęt podstawowy), do wykonywania Zimowego Utrzymania Dróg, co oznacza zapotrzebowanie na 24 kierowców. Finalnie zamawiający dla wykonywania zadania polegającego na gotowości do Zimowego Utrzymania Dróg potrzebuje 24 kierowców oraz co najmniej 2 dyżurnych. W oparciu o powyższe dane oraz o przepisy powszechnie obowiązujące, w szczególności Rozporządzenie 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), a także określając pozostałe zmienne,
w wariancie najbardziej korzystnym dla Konsorcjum, odwołujący dokonał szczegółowej analizy, kosztów deklarowanych przez Konsorcjum. Finalnie, w ocenie odwołującego, Konsorcjum nie doszacowało wskazanej pozycji o: 776,76 zł dla każdej doby rozliczeniowej, co w skali trwania kontraktu na podstawie TER 10b daje kwotę 118 844,28 zł (51 doby x 3 sezony zimowe), tylko w okresie 1 listopada do 31 marca każdego sezonu zimowego.
Podobnie odwołujący zakwestionował sporządzoną przez Konsorcjum kalkulację kosztów materiałów za „Zapobieganie śliskości", „Usuwanie śliskości" oraz „Odśnieżanie wraz
z usuwaniem śliskości". W oparciu o dokumentację sporządzoną przez zamawiającego,
w szczególności o SST.D.61.01.00, w którym wskazano, że świadczenie usług ZUD należy prowadzić zgodnie z: „Wytycznymi zimowego utrzymania dróg" obowiązującymi w dniu podpisania umowy, „Standardami zimowego utrzymania dróg krajowych" obowiązującymi
w dniu podpisania umowy oraz zgodnie zasadami określonymi w SST, a także oparciu
o wyjaśnienia treści specyfikacji z 19 kwietnia 2023 r., gdzie w odpowiedzi na pytanie 13 zamawiający wskazał powierzchnię dróg na których mają być wykonywane prace – 1 589 211,50 m^2, odwołujący określił minimalne założenia (faworyzujące Konsorcjum) dla kalkulacji wskazanych pozycji, które odwołujący przedstawił w odwołaniu. Dla czynności związanej
z zapobieganiem śliskości odwołujący założył minimalną stawkę gramatury posypywania nawierzchni solą na podstawie zapisów SST pkt. 3.6.1 dotyczącą rozsypywarek soli, które powinny posiadać możliwość rozsypywania gramatura od 5 do 30 g/m^2 odwołujący wskazał, że przyjęcie minimalnej wartości tj. 5g jest czysto teoretyczne i absurdalnie niskie, nie dające pożądanego efektu zapobiegania śliskości, zostało zastosowane natomiast tylko i wyłącznie na potrzeby teoretycznych rozważań , które mieszczą się w ramach zapisów Kontraktu. Dla czynności związanej z usuwaniem śliskości odwołujący również przyjął gramaturę 5gr/m^2 oraz co najistotniejsze zgodnie z pkt. 7 SST D 66.01.00. Odwołujący założył przesypanie całej powierzchni dróg tylko i wyłącznie o 1 % więcej niż w przypadku zapobiegania śliskości. Dla czynności związanej z odśnieżaniem wraz z usuwaniem śliskości odwołujący przyjął następujące założenia tj. 10 gr/m^2 gramatura posypywania zgodnie z wytycznymi ZUD oraz w myśl definicji wskazanej w pkt. 7 SST. Ponadto odwołujący zamieścił tabelę nr 2
z Zarządzenia nr 31 Generalnego Dyrektora GDDKiA, z której jasno miało wynikać, iż nawet w najbardziej sprzyjających warunkach zamawiający wskazuje dawki do 15 lub do 20 gr. Dodatkowo odwołujący wskazał, że krotność posypywania przy odśnieżaniu na poziomie jednego razu całej powierzchni drogi, jest oczywiście również absurdalne i sprzeczne

z doświadczeniem wykonawcy, gdyż przy opadach śniegu zdecydowanie częściej wykonuje się przejazdy związane z posypaniem nawierzchni niż tylko jednokrotnie, na co zwrócił uwagę zamawiający w definicji i wskazał, iż w ciągu jednej doby rozliczeniowej należy uwzględnić wszystkie koszty bez względu na krotność przejazdów.
Odwołujący zaznaczył, że jedyną zmienną, która nie jest znana to koszt zakupu soli drogowej, którą odwołujący przyjął na poziomie 200 zł/tonę, co jest kwotą niespotykaną,
o czym świadczą przykładowe oferty jakie zamawiający otrzymywał w ramach innych wyjaśnień rażąco niskiej ceny w ostatnim roku. Tak nisko przyjęta cena zakupu soli i tak nie pozwala Konsorcjum na realizację wskazanych prac. Zdaniem odwołującego
z zaprezentowanych przez niego kalkulacji dotyczących tylko jednej doby rozliczeniowej,
w ramach każdego elementu tj. „Zapobieganie śliskości", „Usuwanie śliskości" oraz „Odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości" Konsorcjum zaproponowało stawki, które są nierealne i nie umożliwiają realizacji założeń, które przyjął zamawiający w treści SWZ oraz dokumentacji postępowania. Wskazane powyżej okoliczności faktyczne, w ocenie odwołującego, przemawiały za zakwalifikowaniem istniejących w ofercie Konsorcjum uchybień, jako obligujących do odrzucenia oferty Konsorcjum z uwagi na nierealność ceny zaproponowanej przez Konsorcjum i brakiem skutecznego obalenia domniemania rażąco niskiej ceny albo do stwierdzenia, że Konsorcjum nie uwzględniło wszystkich wymogów
i założeń SWZ wraz z załącznikami, co oznaczałoby, że zachodzą podstawy do odrzucenia oferty Konsorcjum z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia i z uwagi na błąd
w obliczeniu ceny.
Co do zarzutów sformułowanych wobec oferty wykonawcy ZABERD, odwołujący wskazał, że w toku postępowania zamawiający w rozdziale 6 SWZ skonkretyzował warunki dotyczące obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań objętych przedmiotem zamówienia. Odwołujący zwrócił także uwagę na postanowienia § 16 PPU. Według odwołującego z powyżej wskazanych fragmentów specyfikacji jednoznacznie wynika, że kluczowym zadaniem do osobistego wykonania były części zamówienia – określonego w Grupie prac nr 10 – Zimowe utrzymanie dróg i Grupie prac nr 11– Zarządzanie Kontraktem. Dokumentacja jest obiektywnie jednoznaczna i wykonawca nie wskazywał na rzekome jej wady przed złożeniem oferty, za taką sygnalizację nie można byłoby uznać wniosku o uszczegółowienie treści SWZ. W odniesieniu do ewentualnych - pozornych bądź rzeczywistych - wątpliwości co do brzmienia SWZ wykonawcy mieli prawo zwrócić się do zamawiającego o ich zmianę albo bardziej szczegółowe wyjaśnienie,
a w przypadku, gdyby treść wyjaśnień nie była satysfakcjonująca dla danego wykonawcy – do złożenia odwołania do KIO.
Zdaniem odwołującego w postępowaniu wykonawca ZABERD wskazał wprost, że usługi zasadnicze tj. wykonanie Grupy Prac nr 10 zostaną powierzona podwykonawcom, co było sprzeczne z postanowieniami zamawiającego, gdzie wprowadzono zakaz powierzenia prac zasadniczych podwykonawcom.
Odwołujący wyjaśnił, że w sytuacji, kiedy zamawiający zdecyduje się skorzystać
z uprawnienia zawartego w art. 121 Pzp, powinien z odpowiednią starannością badać treść oferty wykonawcy dotyczącej zakresu powierzonego podwykonawstwa, pod kątem zgodności z SWZ. Dalej odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z orzecznictwem KIO (tak np. w wyroku z dnia 1 października 2019 r. sygn. akt KIO 1816/19) wskazano, że gdy zamawiający nie zastrzeże obowiązku osobistego wykonania części zamówienia, oświadczenie wykonawcy dotyczące zakresu przewidywanego podwykonawstwa będzie jedynie dokumentem formalnym. Natomiast, gdy zamawiający bezpośrednio określi zakres zastrzeżenia do wykonania wyłącznie przez wykonawcę, to oświadczenie wykonawcy w tym zakresie będzie stanowić merytoryczną treść oferty czyli taką, która podlega badaniu pod kątem zgodności z dokumentami zamówienia i może stanowić podstawę do jej odrzucenia. Jednocześnie opieranie się tylko na generalnych oświadczeniach wykonawcy
o zaakceptowaniu postanowień SWZ wraz z załącznikami, należy uznać za niewystarczające dla stwierdzenia zgodności treści oferty wykonawcy. W przypadkach, w których zamawiający formułuje szczegółowe oczekiwania co do treści oferty, oświadczenia o zapoznaniu się
i zaakceptowaniu SWZ (i inne o podobnym charakterze) mają wyłącznie pomocnicze znaczenie, pozwalając ewentualnie na rozstrzygnięcie wątpliwości mogących powstać na gruncie dokumentów opisujących zobowiązanie wykonawcy. Nie mogą one natomiast stanowić o zaoferowaniu świadczenia odpowiadającego oczekiwaniom zamawiającego.
Odwołujący podkreślał także brak możliwości negocjacji oferty w zakresie prac, które ZABERD zamierza powierzyć podwykonawcom, zgodnie z treścią art. 223 ust. 1 Pzp, gdyż stanowiłoby to istotną zmianę w treści oferty. Tym samym za niedopuszczalne należało uznać wezwanie do wyjaśnień z dnia 24 maja 2023 r. skierowane do ZABERD, gdzie zamawiający przywołał regulacje SWZ dotyczące obowiązkowego osobistego wykonania kluczowych części przedmiotu zamówienia.
W ocenie odwołującego działanie zamawiającego należało ocenić jako niedozwoloną negocjację merytorycznej części oferty i próbę sanowania uchybienia, którego dopuścił się ów wykonawca. Odwołujący zwrócił uwagę, że w powyższym zakresie zamawiający wystosowywał pytania także do innych wykonawców np. do Konsorcjum, ale w takim wypadku pytanie było formułowane zupełnie odmiennie, co wskazuje na fakt, że zamawiający miał świadomość, iż oświadczenie ZABERD zostało złożone niezgodnie
z warunkami zamówienia. W konsekwencji sygnalizowanego naruszenia zamawiający był zobligowany do odrzucenia wykonawcy ZABERD.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił wykonawca FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie, natomiast po stronie zamawiającego: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: BUDiA-Standard Sp. z o.o.
z siedzibą w Oleśnicy, BADER-DROG Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Łubowieraz Tadeusz B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą "B." Firma Produkcyjno - Handlowo - Usługowa T. B. z siedzibą w Dalachowie i wykonawca ZABERD Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu.

W dniu 27 lipca 2023 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie,
w której przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w całości.

Ponadto w dniu 31 lipca 2023 r. wykonawca ZABERD Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu wniósł pismo procesowe zawierające argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w części dotyczącej zarzutów skierowanych wobec jego oferty. W dniu 1 sierpnia 2023 r. również wykonawcy zgłaszający przystąpienie po stronie zamawiającego tj. wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: BUDiA-Standard Sp. z o.o.
z siedzibą w Oleśnicy, BADER-DROG Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Łubowieraz T. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą "B." Firma Produkcyjno - Handlowo - Usługowa T. B.z siedzibą w Dalachowie,złożyli do akt

sprawy pismo procesowe zawierające argumentacje dla wniosku o:
- odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu nr 1 odwołania;
- oddalenie w pozostałej części odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień przez:
- wykonawcę Saferoad Grawil Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku, do udziału
w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 2070/23;
- wykonawcę L. K. prowadzącego działalność gospodarczą od nazwą L. K. Firma Usługowo - Handlowo - Produkcyjna z siedzibą w Zielonce, do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 2070/23;
- wykonawcę FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie, do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołujących w sprawach o sygn. akt KIO 2070/23, KIO 2071/23
i KIO 2081/23;
- wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: BUDiA-Standard Sp. z o.o. z siedzibą w Oleśnicy, BADER-DROG Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Łubowie oraz T.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą "B." Firma Produkcyjno - Handlowo - Usługowa T. B. z siedzibą w Dalachowie (zwanych dalej nadal jako: „Konsorcjum"), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego
w sprawach o sygn. akt KIO 2070/23, KIO 2071/23 i KIO 2081/23;
- wykonawcę J. W. prowadzącego działalność gospodarczą od nazwą ALDIAN J. W. z siedzibą w Uścieńcu (zwanego dalej jako: „ALDIAN"), do udziału
w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 2071/23;
- wykonawcę ZABERD Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (zwanego dalej jako: „ZABERD"), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 2081/23.

W związku z tym ww. wykonawcy stali się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregokolwiek z odwołań na podstawie art. 528 Pzp i skierowała wszystkie trzy odwołania na rozprawę.

W związku z powyższym skład orzekający nie uwzględnił wniosku przystępującego Konsorcjum, zgłoszonego w sprawie o sygn. akt KIO 2081/23 o odrzucenie przedmiotowego odwołania w części dotyczącej zarzut nr 1. Konsorcjum wskazało, że złożyło wyjaśnienia wraz z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa dnia 13 czerwca 2023 r., a zamawiający dokonał oceny zasadności złożonego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa
i w konsekwencji odtajnił częściowo zastrzeżone wyjaśnienia, jednocześnie pozostawiając je tajnymi w pozostałym zakresie, tj. pismem z dnia 26 czerwca 2023 r. Zdaniem Konsorcjum zamawiający dokonał czynności fragmentarycznego odtajnienia i jednocześnie zaniechał odtajnienia w pozostałym zakresie dnia 26 czerwca 2023 r. Konkludując Konsorcjum stwierdziło, że odwołanie złożone przez odwołującego Saferoad dnia 17 lipca 2023 r. winno zostać odrzucone jako spóźnione w zakresie zarzutu odnoszącego się do tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż odnosił się on do czynności zamawiającego, która miała miejsce dnia 26 czerwca 2023 r. (ewentualne odwołanie mogłoby zatem zostać wniesione do dnia 6 lipca 2023 r.).
Jak ustaliła Izba zamawiający w dniu 26 czerwca 2023 r. dokonał częściowego odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum (tj. części opisowej wyjaśnień
i większości dowodów złożonych wraz z wyjaśnieniami). Pozostałej części wyjaśnień (tj. części dowodów) zamawiający nie odtajnił. Co istotne w przedmiotowej sprawie zamawiający do momentu wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, nie przekazał wykonawcom składającym oferty w postępowaniu informacji, że zakończył czynność badania ofert
w zakresie skuteczności zastrzeżenia jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Wykonawcy mogli pozostawać w przeświadczeniu, że zamawiający nie dokonał jeszcze ostatecznej czynności w kontekście odtajnienia, stąd też
w okolicznościach przedmiotowej sprawy, termin na wniesienie odwołania w zakresie zaniechania odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny lub ich części, rozpoczynał swój bieg od momentu wyboru najkorzystniejszej oferty. Tym samym nie można było uznać za spóźnionego, zarzutu nr 1 podniesionego przez odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 2081/23.

Izba uznała, że odwołujący we wszystkich trzech sprawach posiadali interes
w uzyskaniu zamówienia oraz mogli ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnili materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołań, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:
1)dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na nośniku typu pendrive, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 25 lipca 2023 r., w tym
w szczególności:
- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej nadal: „SWZ") Tom I, II, III i IV;
- wyjaśnienia i modyfikacje SWZ, w tym przede wszystkim wyjaśnienia SWZ z dnia 19 kwietnia 2023 r.;
- oferty złożone w postępowaniu w ramach części 1 i 2 zamówienia;
- wezwanie z dnia 24 maja 2023 r. skierowane do wykonawcy ZABERD na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp;
- wyjaśnienia z dnia 25 maja 2023 r. złożone przez wykonawcę ZABERD w odpowiedzi na powyższe wezwanie;
- wezwanie z dnia 1 czerwca 2023 r. skierowane do Konsorcjum na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp;
- wyjaśnienia z dnia 13 czerwca 2023 r. wraz z załącznikami złożone przez Konsorcjum
w odpowiedzi na powyższe wezwanie;
- wezwanie z dnia 1 czerwca 2023 r. skierowane do wykonawcy ALDIAN na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp;
- wyjaśnienia z dnia 12 czerwca 2023 r. wraz z załącznikami złożone przez wykonawcę ALDIAN w odpowiedzi na powyższe wezwanie;
- informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w części 1, 2 i 3 z dnia 7 lipca 2023 r.;

2)dokumenty załączone do odwołań w sprawach KIO 2070/23 i KIO 2071/23:
- Gniezno_Kosztorys inwestorski;
- Gniezno-swz_tom_i_caloroczne_utrzymanie_gniezno_3299464;
- Nowogard - część 5. Kosztorys inwest.;
- Nowy Tomyśl kosztorys inwest.;
- Nowy Tomyśl swz_tom_i_-_idw_3299328;
- Przemyśl kosztorys inwestorski;
- Przemyśl swz_tom_i;
- Szczecin - część 2. Kosztorys inwest.;
- Szczecin_Nowogard SWZ Tom I.;
3)dokumenty załączone do odwołania w sprawie KIO 2071/23:
- Zestawienie własne – ceny paliw;
- Charakterystykę meteorologiczną w listopadzie 2022 r.;
- Charakterystykę meteorologiczną w grudniu 2022 r.;
- Charakterystykę meteorologiczną w styczniu 2023 r.;
- Charakterystykę meteorologiczną w lutym 2023 r.;
- Charakterystykę meteorologiczną w marcu 2023 r.;
4)dokumenty załączone do odwołania w sprawie KIO 2081/23:
- zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa i wyjaśnienia dotyczące postępowania o nr referencyjnym O.PO.D-3.2421.36.2022;
- wyrok z dnia 19 maja 2023 r. w sprawach o sygn. akt KIO 1230/23, KIO 1291/23 i KIO 1301/23;
- kalkulację sporządzoną przez odwołującego;
5)załączoną do odpowiedzi na odwołania Szczegółową Specyfikację Techniczną stanowiącą załącznik do postępowania *Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych będących w administracji Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, w podziale na 4 części*, O/RZ.D-3.2421.27.2022;
6)załączoną do pisma procesowego Konsorcjum SST do postępowania pn. *Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie w podziale na 2 części*, numer sprawy: O/LU.D-3.2421.1.2022.ak (s.1-3);
7)dokumenty złożone na posiedzeniu przez odwołującego ZABERD, które dotyczył sprawy o sygn. akt KIO 2070/23 i KIC 2071/23 tj. wyliczenia własne odwołującego dotyczące kosztów realizacji zamówienia w porównaniu do kosztorysu inwestorskiego (przy założeniu, że koszt zakupu soli drogowej nie podlegał wycenie w cenach ofert) dotyczące części 1 i 2 zamówienia.

Izba ustaliła co następuje

Postępowanie zostało podzielone na trzy części. Cześć 1 dotyczyła usług w ramach rejonu w Chełmie, część 2 – rejonu w Międzyrzeczu Podlaskim, a część trzecia – rejonu
w Zamościu. Rozpoznawane odwołania dotyczyły części 1 (KIO 2070/23 i KIO 2081/23) oraz części 2 (KIO 2071/23) zamówienia.
SWZ został podzielony na cztery tomy. Tom I obejmował Instrukcję dla wykonawców (zwaną dalej jako: „IDW"), tom II – Projektowane Postanowienia Umowy (zwane dalej jako: „PPU"), tom III – Opis Przedmiotu Zamówienia (zwany dalej jako „OPZ") wraz
z załącznikami, w tym przede wszystkim załącznik nr 4 Szczegółowe Specyfikacje Techniczne (zwane dalej jako: „SST"), a tom IV – Formularze Cenowe Tabele Elementów Rozliczeniowych (TER) i Zbiorcze Zestawienia Kosztów.
Wybrane postanowienia PPU:
- § 1 ust. 3:
Zakres i sposób wykonywania przedmiotu Umowy określają:
a) Umowa wraz z załącznikami,
b) Specyfikacja Warunków Zamówienia (SWZ) wraz z ewentualnymi zmianami lub odpowiedziami na pytania,
c) Opis przedmiotu zamówienia wraz z załącznikami (OPZ),
d) Specyfikacje Techniczne wraz z załącznikami (SST),
e) Oferta Wykonawcy wraz z załącznikami
- § 1 ust. 4:
W przypadku wątpliwości interpretacyjnych co do zakresu i sposobu realizacji prac oraz zakresu praw i obowiązków Zamawiającego i Wykonawcy, obowiązywać będzie kolejność ważności dokumentów określonych w ust. 3, przy czym dokumenty te należy interpretować jako wzajemnie uzupełniające się.
- § 2 ust. 1:
Przedmiot Umowy będzie wykonywany z materiałów dostarczonych przez Wykonawcę, za wyjątkiem tych prac, które zostały wskazane w Tabeli Elementów Rozliczeniowych (dalej TER) jako prace realizowane z materiałów Zamawiającego.
- § 2 ust. 8:
Po zawarciu Umowy w terminie do dnia 15.08.2023 r. Zamawiający przekaże Wykonawcy sól drogową luzem (chlorek sodu), sól do wytwarzania solanki (workowana) oraz chlorek wapnia znajdujące się w magazynach w ilości o których mowa w Załączniku nr 10 – umowa użyczenia. Jakość niniejszych materiałów będzie zgodna z Zarządzeniem nr 31 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych Autostrad z dnia 5 września 2017 roku w sprawie wprowadzenia „Wytycznych zimowego utrzymania dróg" lub jego zmianami.
- § 8 ust. 1:
W celu wykonania przedmiotu Umowy, ***Zamawiający użyczy Wykonawcy na podstawie umowy użyczenia (stanowiącej Załącznik nr 10 do Umowy), części składowe nieruchomości gruntowej, wykorzystywane jako:***
a. magazyn składowania soli,
b. pomieszczenia biurowo – administracyjne,
c. pomieszczenia warsztatowo – garażowe,
d. urządzenie w postaci wytwornicy solanki,
e. urządzenie w postaci zasobnika solanki.
- § 11 ust. 2 pkt 8:
Z uwzględnieniem innych obowiązków określonych w Umowie, do Wykonawcy należy w szczególności:

(…)
8) wykonywanie przedmiotu Umowy w oparciu o SST,
Zgodnie z § 4 ust. 2 umowy użyczenia stanowiącej załącznik nr 10 do PPU:
W terminie 14 dni p o zakończeniu realizacji Umowy, Wykonawca zwróci Zamawiającemu udostępniony magazyn wypełniony solą oraz chlorkiem wapnia w ilościach wskazanych
w ust. 1 oraz spełniające wymagania jakości, opisane w protokole przekazania, przy czym dokonany zwrot zostanie potwierdzony w zwrotnym protokołem przekazania. W przypadku niewykonania obowiązku, o którym mowa w tym ustępie, Strony zgodnie ustalają,
że Zamawiający na swój koszt uzupełni magazyn solą oraz chlorkiem wapnia w ilościach oraz atrybutach jakości, o których mowa w ust. 1, ~~z tym zastrzeżeniem, że koszt nabycia zostanie następnie potrącony na podstawie złożonego Wykonawcy przez Zamawiającego oświadczenia woli o potrąceniu wymagalnej wierzytelności przysługującej Zamawiającemu~~
~~z wymagalną wierzytelnością Wykonawcy z tytułu wynagrodzenia należnego Wykonawcy za realizację Umowy utrzymaniowej~~.
W pkt 4.1 tomu III SWZ czyli w OPZ zamawiający wskazał, że:
4.1. Wymagania ogólne i szczegółowe
*a) Wymagania ogólne wspólne dla wszystkich usług i robót z zakresu całorocznego utrzymania dróg wraz z ich wszystkimi elementami określa Szczegółowa Specyfikacja Techniczna D-M-00.00.00 Wymagania ogólne –**Załącznik nr 4** do OPZ.*
*b) Wymagania szczegółowe dotyczące realizacji usług i robót objętych przedmiotem zamówienia w zakresie: materiałów, sprzętu, transportu, wykonania prac, kontroli ich jakości oraz odbioru prac określają właściwe dla danego asortymentu Szczegółowe Specyfikacje Techniczne – stanowiące **Załącznik nr 4** do OPZ.*
Powyższe dokumenty należy rozumieć i stosować w powiazaniu ze sobą.
SST nr D-66.01.00 dotyczyło Zimowego Utrzymania Dróg. W pkt 1.3 ww. dokumentu zamawiający wskazał m. in., że:
W ramach zimowego utrzymania dróg Wykonawca zrealizuje poniższe czynności:
(…)
e) zakup materiałów do posypywania dróg dla pieszych (chodników), dróg pieszo-rowerowych, peronów zatok autobusowych do przeciwdziałania i zwalczania śliskości zimowej. Wyjątkiem jest sól drogowa luzem (chlorek sodu), sól do wytwarzania solanki (sól workowana) oraz chlorek wapnia które będą przekazywane przez Zamawiającego celem zwalczania śliskości na jezdni, poboczach utwardzonych, skrzyżowaniach i drogach serwisowych;
Ponadto w 2.2 SST zamawiający stwierdził m. in., że:
Wykonawca realizować będzie prace zimowego utrzymania z wykorzystaniem materiałów ZUD w tym:
- soli drogowej (chlorku sodu – NaCl),
- chlorku wapnia $CaCl_2$
- roztworów tych soli,
- mieszanki piaskowo – solnej (zakup materiału Wykonawca uwzględnia w cenie oferty)
- piasku do utrzymania dróg dla pieszych, dróg dla pieszych i rowerów (zakup materiału Wykonawca uwzględnia w cenie oferty).
W dniu 19 kwietnia 2023 r. zamawiający opublikował wyjaśnienia nr 1 do treści SWZ. Pytanie i odpowiedź oznaczone nr 12 posiadały następującą treść:
Pytanie:
dot. Wszystkich zadań.
Prosimy o podanie danych historycznych obejmujących co najmniej 3 ostatnie lata:
- Zużycie soli na rejon na sezon w Mg
- Ilości godzin pracy sprzętu (pługi, solarki) na sezon
Celem prawidłowej i rzetelnej kalkulacji.
Odpowiedź:
dla części 1:
- zużycie soli drogowej w sezonach: sezon 2020_2021 - 4 093,32 ton, sezon 2021_2022 - 2 568,38 ton, sezon 2022_2023 - 3 292,75 tony
dla części 2:
- zużycie soli drogowej w sezonach: sezon 2020_2021 - 4 108 ton, sezon 2021_2022 - 2 436 ton, sezon 2022_2023 - 3 174 tony
dla części 3:
- zużycie soli drogowej w sezonach: sezon 2020_2021 - 4 189 ton, sezon 2021_2022 - 2 645 ton, sezon 2022_2023 - 3 077 tony
dot. ilości godzin pracy sprzętu (pługi, solarki) na sezon - Zamawiający informuje, że ze względu na odmienny charakter utrzymania (rozliczenie ryczałtowe) nie podaje się szczegółowych informacji.
Pismem z dnia 1 czerwca 2023 r. zamawiający wezwał Konsorcjum na podstawie art. 224 ust.1 Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny odnośnie części 1 i 2 zamówienia.
W zakresie części 1 zamówienia wezwanie dotyczyło m. in.:
TER – Grupa prac nr 10b Zimowe utrzymanie dróg
Proszę o wskazanie wszystkich kosztów jednostkowych, które Wykonawca uwzględnił
w cenach jednostkowych pozycji nr 1,2,3, w tym m.in. aktualne ceny paliw, robocizny, materiałów, sprzętu itp.
Czy Wykonawca za zaoferowaną cenę jednostkową jest w stanie przeprowadzić czynności zimowe tj. gotowość do ZUD, zapobieganie śliskości, usuwanie śliskości oraz odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości na drogach zarządzanych przez Rejon w Chełmie przy utrzymaniu Standardu ZUD II?.
TER – Grupa prac nr 10c Zimowe utrzymanie dróg
Proszę o wskazanie wszystkich kosztów jednostkowych, które Wykonawca uwzględnił
w cenach jednostkowych pozycji nr 1.2; 1.3 w tym m.in. aktualne ceny paliw, robocizny, materiałów, sprzętu itp.
Czy Wykonawca za zaoferowaną cenę jednostkową jest w stanie przeprowadzić odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości na chodnikach, ścieżkach rowerowych, ciągach pieszorowerowych zarządzanych przez Rejon w Chełmie.
TER - GRUPA PRAC NR 13c - Prace ZUD poza podstawową siecią dróg
Poz. nr 2. „praca pługo-solarki”
Proszę o wskazanie wszystkich kosztów jednostkowych, które Wykonawca uwzględnił

w cenie jednostkowej, w tym m.in. aktualne ceny paliw, robocizny, sprzętu?
Czy Wykonawca za zaoferowaną cenę jednostkową jest w stanie przeprowadzić odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości na drogach poza podstawową siecią dróg administrowanych przez Rejon w Chełmie przy utrzymaniu Standardu ZUD.
Czy Wykonawca za zaoferowaną cenę jednostkową wynoszącą „20,00 zł/km netto" jest w stanie wykonać przewidziane w stosownej SST czynności?
Co do części 2 zamówienia wezwanie dotyczyło m. in.:
TER - GRUPA PRAC NR 10b - Zimowe utrzymanie dróg
Poz. Nr 1-4 „Czynności prowadzone w ramach zimowego utrzymania dróg";
Proszę o wskazanie wszystkich kosztów jednostkowych, które Wykonawca uwzględnił w cenie jednostkowej, w tym m.in. aktualne ceny paliw, robocizny, sprzętu?
Czy Wykonawca za zaoferowaną cenę za pełny sezon ZUD jest w stanie przeprowadzić wszystkie zakładane czynności : Gotowość do ZUD, Zapobieganie śliskości, Usuwanieśliskości, Odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości, na drogach administrowanych przez Rejon w Międzyrzecu Podlaskim przy utrzymaniu I i II Standardu ZUD?Czy Wykonawca za zaoferowaną cenę „Wartość zadania za okres 1 sezonu zimowego" wynoszącą „3 749 324,77 zł. netto/ za okres 1 sezonu zimowego " jest w stanie wykonać przewidziane w stosownej OPZ, SST czynności w tym zapewnienie gotowości zakładanym okresie?
TER - GRUPA PRAC NR 13c - Prace ZUD poza podstawową siecią dróg
Poz. nr 2. „praca pługo-solarki"
Proszę o wskazanie wszystkich kosztów jednostkowych, które Wykonawca uwzględnił w cenie jednostkowej, w tym m.in. aktualne ceny paliw, robocizny, sprzętu?
Czy Wykonawca za zaoferowaną cenę jednostkową jest w stanie przeprowadzić odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości na drogach poza podstawową siecią dróg administrowanych przez Rejon w Międzyrzecu Podlaskim przy utrzymaniu Standardu ZUD.
Czy Wykonawca za zaoferowaną cenę jednostkową wynoszącą „20,00 zł/km netto" jest w stanie wykonać przewidziane w stosownej SST czynności?
Konsorcjum przekazało wyjaśnienia wraz z załącznikami w odpowiedzi na powyższe wezwanie pismem z dnia 13 czerwca 2023 r. Konsorcjum zastrzegło jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa właściwie całe wyjaśnienia.
Zamawiający pismem z dnia 26 czerwca 2023 r. poinformował Konsorcjum
o odtajnieniu w całości dokumentów oznaczonych w nazwie pliku jako:
1) wyjasnienia_czesc_niejawna-zastrzezona_lublin,
2) b._-_wyk.sr.trwalych_cz._zastrzezona
3) bader-drog_-_ wyk.sr.trwalych_cz._zastrzezona
4) budia_-_ wyk.sr.trwalych_cz._zastrzezona
5) kalkulacja_cz.1_chelm_cz._zastrzezona,
6) kalkulacja_cz.2_miedzyrzec_cz._zastrzezona,
7) umowa_konsorcjum_lublin_cz.zastrzezona,
Tym samym zamawiający nie odtajnił umowy ramowej oraz ofert podwykonawców złożonych wraz z wyjaśnieniami.
Pismem z dnia 1 czerwca 2023 r. zamawiający wezwał wykonawcę ALDIAN na podstawie art. 224 ust.1 Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny odnośnie części 2 zamówienia. Przedmiotowe wezwanie dotyczyło m. in.:
TER - GRUPA PRAC NR 10b - Zimowe utrzymanie dróg
Poz. Nr 1-4 „Czynności prowadzone w ramach zimowego utrzymania dróg";
Proszę o wskazanie wszystkich kosztów jednostkowych, które Wykonawca uwzględnił w cenie jednostkowej, w tym m.in. aktualne ceny paliw, robocizny, sprzętu?
Czy Wykonawca za zaoferowaną cenę za pełny sezon ZUD jest w stanie przeprowadzić wszystkie zakładane czynności : Gotowość do ZUD, Zapobieganie śliskości, Usuwanieśliskości, Odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości, na drogach administrowanych przez Rejon w Międzyrzecu Podlaskim przy utrzymaniu I i II Standardu ZUD?
Czy Wykonawca za zaoferowaną cenę „Wartość zadania za okres 1 sezonu zimowego" wynoszącą „4 160 246,00 zł. netto/ za okres 1 sezonu zimowego " jest w stanie wykonać przewidziane w stosownej OPZ, SST czynności w tym zapewnienie gotowości zakładanym okresie?
TER - GRUPA PRAC NR 10c - Zimowe utrzymanie dróg
Poz. Nr 1.1 chodniki, ścieżki rowerowe, ciągi pieszo-rowerowe [m2] „Usuwanie śliskości i Odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości;
Proszę o wskazanie wszystkich kosztów jednostkowych, które Wykonawca uwzględnił w cenie jednostkowej, w tym m.in. aktualne ceny paliw, robocizny, sprzętu?
Czy Wykonawca za zaoferowaną cenę za pełny sezon ZUD jest w stanie przeprowadzić usuwanie śliskości oraz odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości na drogach administrowanych przez Rejon w Międzyrzecu Podlaskim przy utrzymaniu I i II Standardu ZUD?
Czy Wykonawca za zaoferowaną cenę „Wartość zadania za okres 1 sezonu zimowego" wynoszącą „360 035,10 zł. netto/ za okres 1 sezonu zimowego " jest w stanie wykonać przewidziane w stosownej OPZ, SST czynności?
(…)
TER - GRUPA PRAC NR 13c - Prace ZUD poza podstawową siecią dróg
Poz. nr 2. „praca pługo-solarki"
Proszę o wskazanie wszystkich kosztów jednostkowych, które Wykonawca uwzględnił w cenie jednostkowej, w tym m.in. aktualne ceny paliw, robocizny, sprzętu?
Czy Wykonawca za zaoferowaną cenę jednostkową jest w stanie przeprowadzić odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości na drogach poza podstawową siecią dróg administrowanych przez Rejon w Międzyrzecu Podlaskim przy utrzymaniu Standardu ZUD.
Czy Wykonawca za zaoferowaną cenę jednostkową wynoszącą „40,00 zł/km netto" jest w stanie wykonać przewidziane w stosownej SST czynności?

Wykonawca ALDIAN przekazał wyjaśnienia wraz z załącznikami w odpowiedzi na powyższe wezwanie pismem z dnia 12 czerwca 2023 r.

W pkt 6.5. IDW zamawiający wskazał:
*Zamawiający **zastrzega** obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę **kluczowych zadań** objętych przedmiotem zamówienia.*
1. Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych zadań objętych przedmiotem

zamówienia. Wykonawca jest zobowiązany osobiście wykonać zastrzeżone przez Zamawiającego, zgodnie z art. 121 ustawy Pzp, kluczowe zadania określone w Grupie Robót nr 11 – Zarządzanie Kontraktem, tj. czynności wykonywane przez następujących członków Zespołu ds. Utrzymania Dróg:
- Kierownik ds. Utrzymania Dróg;
- Z-ca Kierownika ds. Utrzymania Dróg.
W odniesieniu do kluczowych zadań zastrzeżonych do osobistego wykonania przez Wykonawcę, Wykonawca nie może powoływać się na zdolności podmiotu udostępniającego zasoby, na zasadach określonych w art. 118 ust. 1 ustawy Pzp, w celu wykazania spełniania odnośnych warunków udziału w postępowaniu.
2. Wykonawca może powierzyć podwykonawcy wykonanie pozostałych (niezastrzeżonych
w pkt 1) jako kluczowych) zadań.
3. Zamawiający żąda wskazania w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzone zostanie podwykonawcom oraz podania nazw podwykonawców wraz z przedmiotem umów
o podwykonawstwo, dla których są oni proponowani.
4. Zamawiający żąda niezwłocznego informowania o wszelkich zmianach dotyczących podwykonawców, które wystąpią w trakcie wykonywania zamówienia.
5. W odniesieniu do kluczowych zadań zastrzeżonych do osobistego wykonania przez Wykonawcę, Wykonawca nie może powoływać się na zdolności innego podmiotu, na zasadach określonych w art. 118 ust. 1 ustawy Pzp, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.
6. Pozostałe wymagania dotyczące podwykonawstwa zostały określone w Tomie II SWZ – PPU.
Ponadto § 16 ust. 1 PPU posiadał następującą treść:
Wykonawca wykona przy udziale Podwykonawców następujące zakresy prac: ……..
Pozostałe prace Wykonawca wykona siłami własnymi.
(Zamawiający zastrzega brak możliwości udziału podwykonawców przy realizacji części zamówienia – określonego w Grupie prac nr 10 – Zimowe utrzymanie dróg i Grupie prac nr 11– Zarządzanie Kontraktem).
Pozostałe prace Wykonawca wykona siłami własnymi. „Umowa o podwykonawstwo" oznacza umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, zawartą między Wykonawcą
a Podwykonawcą, a także między Podwykonawcą a dalszym Podwykonawcą lub między dalszymi Podwykonawcami, na mocy której odpowiednio Podwykonawca lub dalszy Podwykonawca, zobowiązuje się wykonać część określonych prac stanowiących przedmiot niniejszej Umowy.
Wykonawca ZABERD w złożonym formularzu ofertowym wskazał m. in.:
5. ZAMIERZAMY powierzyć podwykonawcom wykonanie następujących części zamówienia: część prac i usług z grup jak niżej
Część 1
(…)
Grupa Prac Nr 10 – Zimowe utrzymanie dróg
Pismem z dnia 24 maja 2023 r. zamawiający wezwał wykonawcę ZABERD na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp do wyjaśnień treści oferty w zakresie części 1, 2 i 3 zamówienia. W treści wezwania zamawiający wskazał:
Czy w świetle wskazanych zapisów IDW i PPU Wykonawca ***dysponuje własnym doświadczeniem pozwalającym na spełnienie warunku opisanego w pkt 8.2.4. 1b)*** *tj.: wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu lub wykonywaniu w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - to*
w tym okresie, co najmniej 1 lub 2 lub 3 zadań polegających na zimowym utrzymaniu dróg kasy min. GP o łącznej wartości brutto zimowego utrzymania dróg nie mniejszej niż:
4 000 000,00 PLN - część 1
Wykonawca ZABERD pismem z dnia 25 maja 2023 r. przekazał następującą odpowiedź na przedmiotowe wezwanie:
(…) biorąc pod uwagę zapisy SWZ w tym IDW, IPU ***mniejszymi potwierdzamy, że Wykonawca ZABERD Sp. z o.o. , ul. Bystrzycka 24, 54-215 Wrocław - dysponuje własnym doświadczeniem oraz wiedzą , pozwalającym na spełnienie warunku opisanego w pkt 8.2.4. 1b)*** *tj.: wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - to w tym okresie, co najmniej 1 lub 2 lub 3 zadań polegających na zimowym utrzymaniu dróg kasy min. GP o łącznej wartości brutto zimowego utrzymania dróg nie mniejszej niż: 4 000 000,00 PLN - część 1 5 000 000,00 PLN - część 2 5 000 000,00 PLN - część 3*
W dniu 7 lipca 2023 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty
w ramach wszystkich trzech części zamówienia. W części 1 i 2 jako najkorzystniejsza została wybrana oferta Konsorcjum. Ponadto w ramach części 1 zamówienia na drugim miejscu
w rankingu została skalsyfikowana oferta wykonawcy ZABERD, a na trzecim – wykonawcy Saferoad. W odniesieniu do części 2 zamówienia na drugim miejscu w rankingu ofert została skalsyfikowana oferta wykonawcy ALDIAN, a na trzecim – wykonawcy ZABERD.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:
- art. 18 ust. 1-3 Pzp – *1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.*
2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem
o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.
3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U.
z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.;
- art. 223 ust.1 Pzp – *W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.*;
- art. 224 ust. 1, 4, 5 i 6 Pzp – *1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie*
z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów
w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

4. W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.
5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.
6. *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 koszt;
- art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna*
z warunkami zamówienia;
- art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia*;
- art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu*;
- art. 239 ust. 1 Pzp – *Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.*;
- art. 255 pkt 6 Pzp – *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego*.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie.

Sygn. akt KIO 2070/23 i KIO 2071/23

Skład orzekający zdecydował się zbiorczo przedstawić uzasadnienie dla obu spraw, w których odwołującym był wykonawca ZABERD Sp. z o.o. Wynikało to z tego, że znaczna część argumentacji odwołującego w obu odwołaniach była tożsama lub opierała się na tych samych założeniach. Ponadto Izba w pierwszej kolejności skupiła się na zarzutach formułowanych w obu sprawach w stosunku do oferty Konsorcjum, następnie na podniesionym w obu odwołaniach zarzucie ewentualnym, a na samym końcu na zarzutach skierowanych wobec wykonawcy ALDIAN, które zostały wskazane w odwołaniu w sprawie
o sygn. akt KIO 2071/23.
Zarzuty z obu odwołań podniesione wobec oferty Konsorcjum opierały się na jednym generalnym założeniu polegającym na uznaniu, że postanowienia SWZ jednoznacznie wskazywały, iż to wykonawcy powinni dostarczyć sól na potrzeby realizacji zamówienia,
w związku z tym wykonawcy powinni w cenie oferty uwzględnić koszt wszystkich materiałów koniecznych do realizacji zamówienia, w tym przede wszystkim soli. W ocenie odwołującego ceny zaoferowane przez Konsorcjum nie pozwalały na pokrycie rynkowych kosztów realizacji zamówienia, w tym przede wszystkim kosztów zakupu soli w wymaganych ilościach.
W związku z tym oferta Konsorcjum w zakresie części 1 i 2 zamówienia powinna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę oraz jako niezgodna z warunkami zamówienia.
Skład orzekający doszedł do przekonania, że założenie odwołującego było nieprawidłowe.
Z treści SWZ nie wynikało, że to na wykonawcy ma spoczywać obowiązek dostarczenia soli, w tym także jej zakupienia. Izba uznała, że SWZ jednoznacznie określała, które materiały konieczne do realizacji zamówienia powinien zabezpieczyć w minimalnym zakresie wykonawca, a które ma zapewnić zamawiający. Tym samym ostatecznie należało stwierdzić, że wykonawca miał zabezpieczyć (zakupić) materiały do posypywania dróg dla pieszych (chodników), dróg pieszo-rowerowych, peronów zatok autobusowych do przeciwdziałania
i zwalczania śliskości zimowej, natomiast zamawiający ma przekazać wykonawcy sól drogową luzem (chlorek sodu), sól do wytwarzania solanki (sól workowana) oraz chlorek wapnia, celem zwalczania śliskości na jezdni, poboczach utwardzonych, skrzyżowaniach i drogach serwisowych. W związku z tym te materiały, które ma przekazać zamawiający wykonawcy, nie musiały być uwzględniane w cenie oferty.
Do powyżej wskazanego stwierdzenia doprowadziły Izbę postanowienia SWZ, które okazały się spójne. W pierwszej kolejności Izba zwróciła uwagę na treść § 1 ust. 3 i 4 PPU. Postanowienia te określały hierarchię dokumentów dotyczących postępowania co do zakresu i sposobu realizacji prac oraz zakresu praw i obowiązków zamawiającego i wykonawcy
w przypadku wątpliwości interpretacyjnych. Hierarchia ta przedstawiała się następująco:
a) umowa czyli PPU wraz z załącznikami;
b) SWZ wraz z ewentualnymi zmianami lub odpowiedziami na pytania;
c) OPZ;
d) SST;
e) oferta wykonawcy wraz z załącznikami.
Mając na uwadze powyżej wskazaną hierarchię, która została ustalona przez zamawiającego, skład orzekający w pierwszej kolejności zwrócił uwagę na treść PPU
i załączników do niej. Już w § 2 ust. 1 PPU pojawiła się informacja wskazująca, że w ramach przedmiotu umowy przewidziane zostały prace, które będą *realizowane z materiałów Zamawiającego*. Postanowienie to należało odczytywać łącznie z treścią § 2 ust. 8 PPU,
w którym wprost wskazano, że zamawiający przekaże wykonawcy sól drogową luzem (chlorek sodu), sól do wytwarzania solanki (workowana) oraz chlorek wapnia. W dalszej kolejności skład orzekający zwrócił uwagę na postanowienia § 4 ust. 1 i 2 umowy użyczenia stanowiącej załącznik nr 10 do PPU. Przepisy te co prawda przewidywały obowiązek zwrotu zamawiającemu magazynu wypełnionego solą – jednak z postanowień tych nie wynikało, aby to wykonawca miał ponosić koszt zakupu tej soli. Co więcej w końcowej treści ust. 2 wprost wskazano, że jeżeli wykonawca nie zwróci magazynu w odpowiednim stanie, to zamawiający na swój koszt uzupełni magazyn solą oraz chlorkiem wapnia w ilościach oraz atrybutach jakości, o których mowa w ust. 1. Na uwagę zasługiwało także brzmienie § 11 ust. 2 pkt 8 PPU, które wskazywało, że z uwzględnieniem innych obowiązków określonych
w umowie, do wykonawcy należy w szczególności wykonywanie przedmiotu umowy
w oparciu o SST. Postanowienie to korespondowało z treścią pkt 4.1 tomu III SWZ czyli OPZ, w którym wprost wskazano, że wymagania szczegółowe dotyczące realizacji usług

i robót objętych przedmiotem zamówienia w zakresie materiałów, zawarte są SST. Tym samym to treść SST, zgodnie z postanowieniami PPU oraz OPZ, miała kluczowe znaczenie dla realizacji usług objętych przedmiotem zamówienia w zakresie materiałów.
SST nr D-66.01.00 dla Grupy prac 10 dotyczącej Zimowego Utrzymania Dróg w pkt 1.3.lit. e) wskazywała, że w ramach zimowego utrzymania dróg wykonawca powinien zakupić materiały do posypywania dróg dla pieszych (chodników), dróg pieszo-rowerowych, peronów zatok autobusowych do przeciwdziałania i zwalczania śliskości zimowej. Wyjątek stanowiła sól drogowa luzem (chlorek sodu), sól do wytwarzania solanki (sól workowana) oraz chlorek wapnia, która miała być przekazywana przez zamawiającego celem zwalczania śliskości na jezdni, poboczach utwardzonych, skrzyżowaniach i drogach serwisowych. Z powyżej wskazanym postanowieniem skorelowana była także treść pkt 2.2. SST. Zamawiający w tym fragmencie wymienił 5 rodzajów materiałów – przy czym tylko w przypadku mieszanki piaskowo-solnej oraz piasku do utrzymania dróg dla pieszych, dróg dla pieszych i rowerów dodał w nawiasie: *zakup materiału Wykonawca uwzględnia w cenie oferty*. Tym samym należało wywieść, że gdyby intencją zamawiającego było, aby to wykonawca miał ponosić również koszt zakupu pozostałych materiałów, to wymieniając je – dodałby tożsamą uwagę jak w przypadku mieszanki piaskowo-solnej i pisaku. W ocenie Izby z SST w sposób jasny wynikało, jakie materiały zapewnia wykonawca (tj. mieszanka piaskowo-solna, piasek),
a jakie zamawiający (sól drogowa, chlorek wapnia, roztwór soli). Ponadto skład orzekający uznał, że przywoływane w odwołaniach postanowienia pkt 3.5 i 5.1 SST nie odnosiły się do obowiązku zakupu przez wykonawcę soli drogowej, chlorku wapnia i soli workowanej, lecz odnosiły się do obowiązku zabezpieczenia przez wykonawcę rezerw magazynowych tych środków. Innymi słowy, aby w chwili rozpoczęcia akcji Zimowego Utrzymania Dróg
w magazynach były środki niezbędne do wykonywania czynności zapobiegania śliskości, zwalczania śliskości oraz odśnieżania i zwalczania śliskości, bez konieczności ich ściągania do miejsca przeznaczenia.
Ponadto skład orzekający uznał, że odwołujący wyciągnął zbyt daleko idące wnioski odnośnie odpowiedzi na pytanie, jak i samego pytania oznaczonych nr 12 z dnia 19 kwietnia 2023 r. Samo pytanie dotyczyło danych historycznych w zakresie zużycia soli oraz ilości pracy sprzętu i w tym kontekście została udzielona odpowiedź. W zakresie zużycia soli odpowiedź prezentowała ilość zużytej soli drogowej w ostatnich trzech latach. Tym samym odpowiedzi na ww. pytanie nie można było intepretować jako konieczności uwzględnienia
w cenie oferty kosztu soli.
Dodatkowo stanowiska odwołującego nie potwierdziły dowody złożone przez niego na posiedzeniu niejawnym. Obejmowały one wyliczenia własne odwołującego co do kosztów realizacji zamówienia w porównaniu do kosztorysu inwestorskiego (przy założeniu, że koszt zakupu soli drogowej nie podlegał wycenie w cenach ofert) i dotyczyły części 1 i 2 zamówienia. Dowody te o tyle nie korespondowały z uzasadnieniami odwołań o ile,
w uzasadnieniach odwołujący wskazywał, że wykonawcy powinni uwzględnić koszt soli
w cenie oferty, natomiast złożone dokumenty prezentowały wyliczenia sporządzone
z pominięciem tego obowiązku. Ponadto odwołujący nie poparł tych wyliczeń żadnymi innymi dowodami ani założeniami, które mogłyby potwierdzić ich prawidłowość. Poza tym odwołujący nie odniósł tych wyliczeń do wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum w dniu 13 czerwca 2023 r., przez co nie można było uznać ich za adekwatne i związane ze stanem faktycznym przedmiotowej spawy.
W konsekwencji powyżej wskazanej argumentacji Izba stwierdziła, że stanowisko odwołującego opierało się na błędnych założeniach. Całość uzasadnień do zarzutów w obu sprawach podniesionych wobec oferty Konsorcjum opierała się na założeniu, że Konsorcjum powinno w zaoferowanej cenie uwzględnić koszt zakupu i transportu soli drogowej. W świetle dokumentacji postępowania takie założenie okazało się nieprawidłowe. Podważanie stanowiska odwołującego czyniło bezpodstawnymi zarzuty obu odwołań, które zostały skierowane wobec oferty Konsorcjum. Tym samym Izba oddaliła zarzuty dotyczące rażąco niskiej ceny skierowane wobec oferty Konsorcjum w obu sprawach.
Potwierdzenia nie znalazły także zarzuty dotyczące naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Podstawą tych zarzutów było nieuwzględnienie przez Konsorcjum w cenie oferty za wykonanie przedmiotu umowy elementów, które powinien ująć, a mianowicie kosztów zakupu soli. Wobec przedstawionych powyżej argumentów i spójnych postanowień SWZ nie można było uznać, że treść złożonej przez Konsorcjum oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia. Ponadto odwołujący nie wskazał w uzasadnieniu dla tych zarzutów, z którymi postanowieniami SWZ miałaby być niezgodna oferta Konsorcjum – co także nie powinno prowadzić do nieuwzględnienia odwołania. Tym samym przedmiotowe zarzuty musiały podzielić los zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny, co oznaczało, że Izba oddaliła zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp podniesione w obu odwołaniach wobec oferty Konsorcjum.
Izba oddaliła zarzuty naruszenia art. 255 pkt 6 Pzp podniesione w obu odwołaniach jako zarzuty ewentualne. Na wstępie rozważań w zakresie tych zarzutów Izba stwierdziła pewną sprzeczność w argumentacji odwołującego, która dotyczyła zarzutów podstawowych skierowanych wobec oferty Konsorcjum z zarzutami ewentualnymi. Zarzuty podstawowe opierały się na założeniu, że postanowienia SWZ w zakresie uwzględnienia przez wykonawców soli były jednoznaczne i nakładały na wykonawców obowiązek uwzględnienia tego kosztu w cenie oferty, natomiast zarzuty ewentualne podkreślały rzekomą sprzeczność postanowień SWZ w tym zakresie. Tymczasem Izba doszła do jeszcze innych wniosków tj., że postanowienia SWZ były jednoznaczne, ale w tym sensie, że nie nakładały na wykonawców konieczności zapewnienia soli dla realizacji zamówienia, ponieważ obowiązek ten wziął na siebie zamawiający.
Ponadto nawet jeśli przyjąć, że postanowienia SWZ były w tym zakresie niejednoznaczne to i tak nie stanowiło to podstawy do unieważnienia postępowania. Zgodnie z ugruntowanym
i jednolicie stosowanym poglądem doktryny i orzecznictwa niejednoznaczność postanowień SWZ należy interpretować na korzyść wykonawców (w tym przypadku Konsorcjum) i nie może ona powodować dla nich negatywnych skutków. Postulat wykładni niejasnych postanowień SWZ na korzyść wykonawcy wynika z zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wskazanych z art. 16 pkt 1 Pzp.
W tym przypadku ewentualna niejednoznaczność postanowień SWZ nie mogła również skutkować unieważnieniem postępowania. Jak słusznie wskazano w wyroku z dnia 6 grudnia 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 3075/22,z przepisu art. 255 pkt 6 Pzp wynika, że zamawiający obowiązany jest unieważnić prowadzone postępowanie, jeżeli łącznie zostaną spełnione następujące przesłanki: postępowanie musi być obarczone wadą, czyli w postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie, wada ta jest niemożliwa do usunięcia oraz stwierdzona wada postępowania musi być na tyle istotna, że uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy
w sprawie zamówienia publicznego. Dalej zauważenia wymaga, że art. 255 pkt 6 Pzp pozostaje w związku z art. 457 Pzp, w zakresie, w jakim wada postępowania może prowadzić do zawarcia umowy podlegającej unieważnieniu na podstawie przesłanek wskazanych w ust. 1 przepisu lub na podstawie sytuacji określonych w kodeksie cywilnym np. art. 70^5 (arg. z art. 457 ust. 5 Pzp). Podkreślić należy również, że unieważnienie postępowania stanowi czynność o

charakterze wyjątkowym, która definitywnie kończy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i zamyka drogę wykonawcom do uzyskania zamówienia, tym samym nie zostaje osiągnięty cel postępowania, jakim jest udzielenie zamówienia. Co istotne, dla spełnienia przesłanek z art. 255 pkt 6 Pzp konieczne jest wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą a niemożnością zawarcia ważnej umowy. Tym samym, aby unieważnić postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp należy dokonać analizy okoliczności skutkujących unieważnieniem umowy w oparciu o art. 457 Pzp lub określone przepisy kodeksu cywilnego. Przenosząc powyższe rozważania prawne na grunt przedmiotowej sprawy Izba stwierdziła, że w uzasadnieniu obu odwołań w zakresie zarzutów ewentualnych brak było jakiejkolwiek analizy związku pomiędzy dostrzeżoną wadą postępowania a ryzykiem unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego w części 1 i 2 zamówienia. Co więcej odwołujący w swojej argumentacji nie podjął nawet próby wykazania, dlaczego dostrzeżone przez niego wady postępowania uniemożliwiają zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy z wykonawcą. Jak już wskazano powyżej, należy wykazać związek przyczynowy pomiędzy zaistniałą, niemożliwą do usunięcia wadą a koniecznością unieważnienia umowy. Odwołujący takich informacji nie przedstawił ani w uzasadnieniu odwołań, ani na rozprawie, zatem Izba uznała, że zarzuty ewentualne nie mogły zasługiwać na uwzględnienie, ponieważ odwołujący nie wykazał, że niejednoznaczności SWZ w zakresie postanowień dotyczących obowiązku zapewnienia przez wykonawców soli w celu realizacji zamówienia można uznać za prawnie relewantną wadę postępowania, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie tego zamówienia publicznego.

Stanowiska odwołującego w zakresie zarzutów ewentualnych nie potwierdziły również dowody załączone do obu odwołań tj. fragmenty z dziewięciu innych postępowań prowadzonych przez zamawiającego. W tych postępowaniach obowiązek zapewnienia soli przez wykonawcę wynikał wprost z treści dokumentacji przetargowej. W przedmiotowej sprawie taki obowiązek nie został sformułowany w postanowieniach SWZ, zatem dowody te okazały nieprzydatne i nie mogły potwierdzić stanowiska odwołującego.

Ostatnia grupa zarzutów dotyczyła wyłącznie sprawy KIO 2071/23 i odnosiła się do oferty wykonawcy ALDIAN. W związku z oddaleniem zarzutów dotyczących oferty wybranego wykonawcy w zakresie części 2 zamówienia tj. oferty Konsorcjum oraz zarzutu ewentualnego rozstrzygnięcie zarzutów wobec oferty ALDIAN i tak nie miało wpływu na wynik postępowania. Jednakże rozpoznając przedmiotowe zarzuty Izba uznała, że nie znalazły one potwierdzenia.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący kwestionował wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez wykonawcę ALDIAN w zakresie Grupy prac 10b dotyczącej Zimowego Utrzymania Dróg. W tym kontekście należało przywołać treść wezwania z dnia 1 czerwca 2023 r., skierowanego przez zamawiającego do wykonawcy ALDIAN. Wezwanie to w zakresie Grupy prac 10b wskazywało:

Poz. Nr 1-4 „Czynności prowadzone w ramach zimowego utrzymania dróg";
Proszę o wskazanie wszystkich kosztów jednostkowych, które Wykonawca uwzględnił w cenie jednostkowej, w tym m.in. aktualne ceny paliw, robocizny, sprzętu?
Czy Wykonawca za zaoferowaną cenę za pełny sezon ZUD jest w stanie przeprowadzić wszystkie zakładane czynności : Gotowość do ZUD, Zapobieganie śliskości, Usuwanieśliskości, Odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości, na drogach administrowanych przez Rejon w Międzyrzecu Podlaskim przy utrzymaniu I i II Standardu ZUD?
Czy Wykonawca za zaoferowaną cenę „Wartość zadania za okres 1 sezonu zimowego" wynoszącą „4 160 246,00 zł. netto/ za okres 1 sezonu zimowego " jest w stanie wykonać przewidziane w stosownej OPZ, SST czynności w tym zapewnienie gotowości zakładanym okresie?

Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę ALDIAN w zakresie prac z grupy 10b zostały zawarte w piśmie z dnia 12 czerwca 2023 r. na str. 6-9. W ocenie składu orzekającego złożone przez ww. wykonawcę wyjaśnienia w przedmiotowym zakresie odpowiadały treści wezwania określonej wobec tej grupy prac. Przy rozstrzyganiu zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny kluczowe znaczenie należy przypisać nie tylko samym wyjaśnieniom, ale również wezwaniu, które inicjuje proces wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Poza tym treść wezwania determinuje zakres oraz poziom szczegółowości samych wyjaśnień. W okolicznościach przedmiotowej sprawy pytania skierowane przez zamawiającego w zakresie grupy prac 10b były dość ogólnikowe, tym samym odpowiedzi udzielone przez wykonawcę na podobnym poziomie ogólnikowości co pytania, należało potraktować jako wynikowe w stosunku do treści wezwania.

Wykonawca ALDIAN w swoich wyjaśnieniach przedstawiłzałożenia wyjściowe do oszacowania kosztów Zimowego Utrzymania Dróg, które uwzględniały koszty jednostkowe takie jak: koszt materiałów, koszt paliwa, koszt operatora, dobowy koszt zapobiegania przy zaangażowaniu wszystkich 22 sztuk pługosolarek, dobowy koszt usuwania przy zaangażowaniu wszystkich 22 sztuk pługosolarek czy też dobowy koszt odśnieżania wraz usuwaniem przy zaangażowaniu wszystkich 22 szt. pługosolarek (pkt 5 wyjaśnień). Ponadto wyjaśnienia prezentowały średnie ceny jednostkowe dla grupy prac 10b obejmujące: gotowość, zapobieganie śliskości, usuwanie śliskości oraz odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości (pkt 4 wyjaśnień). Nie było też powodów do uznania, że ww. wykonawca nie jest w stanie wykonać za zaoferowaną cenę wskazanych w OPZ i SST czynności, w tym zapewnienia gotowości zakładanym okresie.

Argumentacji odwołującego nie potwierdziły również dowody załączone do odwołania. Charakterystyki meteorologiczne za okres od listopada 2022 r. do marca 2023 r. zostały przedstawione na okoliczność niedoszacowania kosztów związanych z gotowością do Zimowego Utrzymania Dróg, szczególnie w kontekście kosztów robocizny. Wykonawca ALDIAN w wyjaśnieniach wskazał, że*„gotowość do ZUD" oszacowaliśmy na prawie maksymalnym poziomie dopuszczonym przez Zamawiającego. Naszym zdaniem liczba dni gotowości w sezonie prawdopodobnie przekroczy nawet tą ilość dni oszacowaną przez Zamawiającego, w związku z czym wynagrodzenie z tytułu pozostawania w gotowości może być wyższe niż zakładane w TER i może stanowić rekompensatę kosztów, które nie zostały przez nas uwzględnione w wycenie TER* oraz *Pamiętać należy, że do kosztów utrzymania zimowego należy również zaliczyć koszty pracy sprzętu innego niż pługosolarki i pługi, utrzymania magazynów soli, dyżurnych ZUD itp. W przedmiotowym postępowaniu nie jest możliwe wyliczenie kosztów poszczególnych pozycji TER w sposób indywidualny, chociażby dlatego, że występuje pozycja „gotowość", która umożliwia pokrycie częściowych kosztów osobowych i sprzętowych i może być swoistego rodzaju rekompensatą dla wykonawcy,*
w sytuacji wystąpienia konieczności podejmowania czynności w ilościach i krotnościach wyższych niż sobie to zaplanował. Z tego też powodu koszty utrzymania każdego odcinka powinny być postrzegane w okresie rocznym/sezonowym. Izba nie znalazła powodów do zakwestionowania wyjaśnienia przedstawionego przez wykonawcę ALDIAN w powyżej zacytowanym zakresie, a złożone dowody w postaci charakterystyk meteorologicznych nie zostały powiązane z udzielonymi wyjaśnieniami w taki sposób, żeby mogły je podważyć.

Dowód w postaci zestawienia własnego przygotowanego przez odwołującego w zakresie cen paliw także okazał się nieprzekonujący. Jak słusznie wskazał wykonawca ALDIAN w piśmie procesowym,czas realizacji zamówienia wynosi 3

lata. W takiej sytuacji w oparciu
o prognozy cen paliwa wykonawca dokonał oszacowania średniej ceny paliwa na czas trwania zamówienia. Ponadto przyjął uśrednione spalanie paliwa. Dodatkowo ww. wykonawca zwrócił również uwagę na możliwość waloryzacji wynagrodzenia umownego przewidzianą w PPU, która może pokryć ewentualne straty wynikające z podwyżki paliwa ponad oszacowaną stawkę.
W konkluzji dla tej części zarzutów Izba stwierdziła, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez wykonawcę ALDIAN nie były idealne i miały swoje słabe strony, jednakże mając na uwadze całość okoliczności związanych z treścią wezwania, wyjaśnień oraz
z sytuacją procesową tego wykonawcy, którego oferta nie była najtańsza oraz nie została wybrana za najkorzystniejszą w ramach części 2 zamówienia, nie było podstaw do uznania, że oferta ww. wykonawcy podlegała odrzuceniu. Tym samym Izba oddaliła zarzuty związane z rażąco niską ceną dotyczące oferty wykonawcy ALDIAN. W konsekwencji oddaleniu podlegał także zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, który dotyczył kwestii nieuwzględnienia w cenie oferty wszystkich kosztów wyszczególnionych przez zamawiającego w SWZ.

Sygn. akt KIO 2081/23

W pierwszej kolejności Izba odniosła się do zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia całości wyjaśnień rażąco niskiej ceny, a dokładniej wszystkich załączników tj. umowy ramowej oraz ofert podwykonawczych. Tytułem wyjaśnienia należało przypomnieć, że Konsorcjum zastrzegło jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa właściwie całe wyjaśnienia z dnia 13 czerwca 2023 r. Zamawiający pismem z dnia 26 czerwca 2023 r. poinformował Konsorcjum o odtajnieniu w dokumentów złożonych wraz z wyjaśnieniami tj. części opisowej wyjaśnień w całości oraz dziewięciu innych dokumentów złożonych wraz
z tymi wyjaśnieniami, w tym także kalkulację ceny z jej elementami składowymi. Zamawiający utrzymał zastrzeżenie w stosunku do pięciu dokumentów obejmujących umowę ramową oraz oferty podwykonawców.
Jak słusznie zauważył zamawiający, nieodtajnione dokumenty nie miały wpływu na możliwość zapoznania się z kalkulacją ceny i jej ocenę. Ponadto odwołujący argumentował, że brak udostępnienia wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum pozbawia pozostałych uczestników (w tym jego) możliwości weryfikacji zdolności wybranego wykonawcy do udziału w procedurze, jak również zdolności do należytego wykonania zamówienia.
W ocenie składu orzekającego powyżej przedstawiona argumentacja odwołującego była całkowicie chybiona. W tym kontekście Izba wskazała, że odwołujący oraz inni wykonawcy (ZABERD Sp. z o.o.) byli w stanie podnieść w złożonych odwołaniach zarzuty dotyczące rażąco niskiej ceny w stosunku do oferty Konsorcjum. W ramach tych zarzutów ww. wykonawcy kwestionowali rzetelność i zasadność złożonych przez Konsorcjum wyjaśnień
w zakresie rażąco niskiej ceny. Warto dodać, że odwołujący sformułował zarzuty w zakresie rażąco niskiej ceny stosunku do oferty Konsorcjum jako zarzuty podstawowe. Nie miały one charakteru zarzutów ewentualnych czy też podniesionych z tzw. ostrożności procesowej na wypadek nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa. Zostały podniesione obok oraz niezależnie od zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa, co zdaniem składu orzekającego pozwalało uznać, że okoliczność podtrzymania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez zamawiającego na części dokumentów złożonych wraz
z wyjaśnieniami z dnia 13 czerwca 2023 r., nie ograniczała uprawnienia odwołującego do kwestionowania oferty złożonej przez Konsorcjum.
Poza tym co najistotniejsze odwołujący w swojej argumentacji nie zakwestionował uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanego przez Konsorcjum. Odwołujący ograniczył się do stwierdzenia, że element zastrzeżony przez Konsorcjum nie ma charakteru technicznego, technologicznego, organizacyjnego, ani też nie posiada wartości gospodarczej. Co więcej odwołujący wskazał, że podobne umowy ramowe Konsorcjum były już wcześniej odtajniane przez zamawiające na skutek orzeczeń Izby,
w szczególności na skutek wyroku z 19 maja 2023 roku (sygn. akt. KIO 1230/23, KIO 1291/23, KIO 1301), gdzie wykonawca przedstawił takie samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i próbował zastrzec m.in. umowy ramowe z kontrahentami oraz oferty.
Po pierwsze odwołujący nie wykazał, że dokumenty złożone w tym postępowaniu, co do których zamawiający podtrzymał zastrzeżenie, zostały odtajnione we wcześniejszych postępowaniach. Odwołujący zwrócił uwagę, że podobne umowy ramowe zostały odtajnione w innym postępowaniu. Nie wiadomo jednak, czy odtajnienie dotyczyło tych samych dokumentów, które zostały złożone w tym postępowaniu. W tym wypadku odwołujący powinien zakwestionować uzasadnienie zastrzeżenia, a nie wskazywać na inne postępowania, w których okoliczności faktyczne były inne niż w przedmiotowej sprawie.
Po drugie odwołujący w uzasadnieniu odwołania zacytował fragment uzasadnienia wyroku
z dnia 19 maja 2023 r. (str. 42), który odnosił się do sprawy o sygn. akt KIO 1301/23, w której odwołującym nie było Konsorcjum, ale FBSerwis S.A. W związku z tym przedmiotowy fragment mógł potwierdzić co najwyżej to, że ww. podmiot, a nie Konsorcjum, niezasadnie zastrzegł pewne informacje w innym postępowaniu zorganizowanym przez zamawiającego, a Izba uznała w tamtej sprawie, że zamawiający słusznie te informacje odtajnił.
Na marginesie Izba zauważyła, że zasadność zastrzegania tego typu dokumentów potwierdził pośrednio sam odwołujący, ponieważ odwołujący sam w toku czynności badania ofert tego samego rodzaju informacje zawarte w folderze o nazwie Załącznik nr 1 – dowody do kalkulacji, zastrzegł jako zawierające tajemnice przedsiębiorstwa, na co zwrócił uwagę zamawiający w odpowiedzi na odwołanie.
Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 18 ust. 1-3 Pzp.
Odnosząc się pozostałych zarzutów dotyczących oferty Konsorcjum, Izba ustaliła, że wyjaśnienia Konsorcjum wzbudziły szczególną uwagę odwołującego w zakresie grupy prac 10b, związanej z Zimowym Utrzymaniem Dróg z uwagi na nierealne, nierynkowe ceny
w zakresie robocizny za „Gotowość Zimowego Utrzymania Dróg" jak i wskazanych kosztów materiałów za „Zapobieganie śliskości", „Usuwanie śliskości" oraz „Odśnieżanie wraz
z usuwaniem śliskości".
Jeśli chodzi o koszty robocizny za gotowość Izba uznała, że odwołujący przy wyliczeniach
w tym zakresie oparł się na swoich subiektywnych założeniach, które nie miały pokrycia
w dokumentacji zamówienia. Zakładane przez odwołującego wartości procentowe
w kalkulacji (pkt 33 odwołania) miały charakter szacunkowy. Nie wiadomo także na jakiej podstawie odwołujący przyjął szacunkową wartość gotowości czynnej. Warto dodać, że zamawiający w kosztorysie przyjął w fazie gotowości jedynie szacunkowe ilości dni. Poza tym Konsorcjum założyło w tym zakresie duży margines, jak również wysoki poziom zysku.

W świetle ugruntowanego orzecznictwa i dorobku doktryny należało uznać, że ceną rażąco niską jest cena nierealistyczna, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku. W orzecznictwie wskazywano, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Jak wskazano powyżej Konsorcjum w przedstawionej kalkulacji wskazało na osiągnięcie spodziewanego zysku w łącznej wysokości 2.110,00 zł. Opierając się nawet na wyliczeniach odwołującego, zakładających niedoszacowanie przedmiotowego kosztu o 776,76 zł dla każdej doby rozliczeniowej, nie można było uznać, że zaproponowana cena była rażąco niska. Konsorcjum w dalszym ciągu osiągnęłoby zysk wynoszący ponad 1.300 zł dziennie na danej pozycji. Tym samym argumentacja odwołującego oraz załączona do odwołania kalkulacja nie potwierdziły zarzutu w zakresie robocizny za „Gotowość Zimowego Utrzymania Dróg".

W przypadku argumentu dotyczącego kosztów materiałów za „Zapobieganie śliskości", „Usuwanie śliskości" oraz „Odśnieżanie wraz z usuwaniem śliskości" odwołujący oparł się na błędnym założeniu, że to wykonawca ma pokryć koszty zakupu soli – co czyniło całą jego argumentację w tym zakresie nieprawidłową. W tym kontekście Izba odesłała do wcześniejszej części uzasadnienia dotyczącej spraw o sygn. akt KIO 2070/23 i KIO 2071/23 (str. 51-53 powyżej), w której szczegółowo uzasadniono niezasadność takiego założenia.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw.
z art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 Pzp oraz art. 224 ust. 6 Pzp art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 Pzp oraz art. 224 ust. 6 Pzp w zw.
z art. 239 ust. 1 Pzp.

W konsekwencji Izba oddaliła także zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp
w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp, ponieważ nie można było stwierdzić, że Konsorcjum przy obliczeniu ceny wskazało ceny jednostkowe, które nie obejmowały całkowitego kosztu określonych pozycji. Skład orzekający podkreślił również, że dla zastosowania podstawy odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp konieczne jest uchwycenie, na czym konkretnie polegała niezgodność pomiędzy ofertą wykonawcy a warunkami zamówienia. Chodzi
o ukazanie co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SWZ. Tymczasem odwołujący nie wykazał na czym miałaby polegać rzekoma niezgodność. Co więcej,
w orzecznictwie Izby ugruntowany został pogląd, że dla odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, niezbędne jest stwierdzenie i wykazanie przez zamawiającego niezgodności treści oferty z określonymi przez niego warunkami zamówienia, przy czym podnoszona rozbieżność nie może budzić wątpliwości. Izba nie stwierdziła, że oferta Konsorcjum została skalkulowana w nieprawidłowy sposób lub była niezgodna z warunkami zamówienia.

Ostatni zarzut odnosił się do oferty wykonawcy ZABERD. W związku z oddaleniem zarzutów dotyczących oferty wybranego wykonawcy tj. oferty Konsorcjum rozstrzygnięcie zarzutu podniesionego wobec oferty ZABERD i tak nie miało wpływu na wynik postępowania. Jednakże rozpoznając przedmiotowy zarzut Izba uznała, że nie znalazł on potwierdzenia.

W tym zakresie Izba w pełnej rozciągłości przyjęła i uznała za własne stanowisko przystępującego ZABERD, które zostało zawarte w piśmie procesowym złożonym w dniu 31 lipca 2023 r.

Po pierwsze dokumentacja, wbrew twierdzeniu odwołującego w przedmiotowej kwestii, nie była *obiektywnie jednoznaczna*. Niejednoznaczne postanowienia elementów SWZ – IDW oraz PPU nie pozwalały na precyzyjne określenie zakresu prac (lub ich części), co do których możliwość udziału podwykonawców w realizacji została ograniczona. Analizując § 16 ust. 1 PPU widać, że postanowienie to nie było precyzyjne – nie określało czy zastrzeżenie udziału w realizacji podwykonawców miało obejmować wszystkie prace wchodzące w skład Grupy prac 10 – Zimowe Utrzymanie Dróg oraz Grupy prac 11 – Zarządzanie Kontraktem, czy tylko ich część. Wątpliwości co do poprawnego rozumienia tego postanowienia potęgował fakt, iż w pkt 6.5 pkt 1 IDW zamawiający precyzyjnie określił część zakresu prac, które nie mogą zostać objęte podwykonawstwem. Zamawiający zastrzegł zakres „kluczowych zadań" w rozumieniu art. 121 Pzp tylko w stosunku do części Grupy prac 11 tj. czynności wykonywanych przez następujących członków Zespołu ds. Utrzymania Dróg:

a) Kierownika ds. Utrzymania Dróg oraz
b) Z-cy Kierownika ds. Utrzymania Dróg.

Podobne wyszczególnienie (doprecyzowanie) nie zostało przez zamawiającego sformułowane w stosunku do Grupy prac 10. Z powyższego wynikało, że dokumentacja postępowania nie była jednoznaczna w zakresie zastrzeżenia braku możliwości udziału podwykonawców, a co najmniej samego zakresu tego zastrzeżenia. Niejednoznaczność postanowień SWZ nie mogła przy tym powodować negatywnych skutków dla wykonawców (w tym przypadku wykonawcy ZABERD). Postulat wykładni niejasnych postanowień SWZ na korzyść wykonawcy wynika bowiem z zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wskazanych w art. 16 pkt 1 Pzp. W orzecznictwie Izby funkcjonuje ugruntowane stanowisko, zgodnie z którym jeżeli postanowienia SWZ są niejednoznaczne
i dopuszczalna jest szersza interpretacja, wszelkie wątpliwości zamawiający powinien rozstrzygać na korzyść oferenta.

W swojej ofercie wykonawca ZABERD nie wskazał w jakim fragmencie Grupy prac 10 będzie korzystał z usług podwykonawców. Ww. wykonawca w ofercie stwierdził jedynie, że zamierza powierzyć podwykonawcom wykonanie części zamówienia tj. części prac i usług ze wszystkich grup objętych zamówieniem, w tym Grupy prac 10, nie precyzując przy tym,
w jakim zakresie zamierza skorzystać z usług podwykonawców. Tymczasem zgodnie
z wspominanym powyżej § 16 ust. 1 PPU zamawiający zastrzegł brak możliwości udziału podwykonawców przy realizacji części zamówienia. Powierzenie przez wykonawcę ZABERD podwykonawcom części zamówienia w Grupie prac 10 mogło zatem polegać na skorzystaniu z zasobów podwykonawców np. w postaci sprzętu czy środków transportu, a więc
w zakresie, który nie może być kwalifikowany jako zastrzeżony do osobistego wykonania. Nadal jednak będzie to podwykonawstwem, a więc będzie wymagało zgłoszenia zamawiającemu na warunkach przewidzianych w Pzp i PPU.

Ponadto zakres robót, jaki zamawiający może zastrzec do *osobistego wykonania* przez wykonawcę, ogranicza się do tych wchodzących w zakres pojęcia *kluczowe zadania*.

W wyroku z 13 października 2021 r., w sprawach o sygn. akt KIO 2733/21, KIO 2736/21, Izba określiła kluczowe zadania jako *zadania istotne, krytyczne, wrażliwe z punktu widzenia zagwarantowanego należytego wykonania zamówienia i dlatego*

wymagające wykonania przez podmiot, którego kwalifikacje zostały zweryfikowane w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia. Dotyczy to przede wszystkim świadczeń, które zlecono wykonawcy ze względu na jego szczególne kwalifikacje, umiejętności lub środki zarządzania jakością. Za kluczowe części zamówienia należy również uznać prace, które stanowią elementy danego zamówienia o takiej wadze i znaczeniu, że ich wykonanie wymaga osobistego zaangażowania wybranego wykonawcy, którego kompetencje oraz osobista odpowiedzialność wobec zamawiającego powinny zwiększyć szanse na wykonanie tego szczególnego elementu, a w następstwie również całego przedmiotu zamówienia, z należytą starannością (por. wyrok KIO z 27 maja 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 867/19 oraz A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2023, art. 121.).
Dodatkowo za zakres prac zastrzeżonych do osobistego wykonania co do zasady nie można uznać chociażby wykorzystania sprzętu podwykonawców. Podobnie, zgodnie
z punktem 5 Umowy użyczenia wykonawca, który będzie realizował zamówienie, będzie zobowiązany wykonywać przeglądy, naprawy, konserwacje lub remonty dla poszczególnych części przedmiotu Umowy użyczenia. W odpowiedzi na pytanie 7 zamawiający doprecyzował, że ta część usługi w Grupie prac 10 obejmuje m.in. konserwację urządzeń do wytwarzania solanki oraz ich naprawy w okresie obowiązywania Umowy użyczenia. Ten rodzaj czynności należało uznać na tyle wąskospecjalistyczny, że zwykle bywa zlecany poza struktury wykonawców. I choć stanowi fragment przedmiotu zamówienia, to w żadnym razie nie może być to uznane za prace, które mogłyby podlegać zastrzeżeniu do osobistego wykonania.
W związku z powyższym twierdzenie odwołującego, jakoby oferta wykonawcy ZABERD podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 Pzp za sprawą złożenia oświadczenia woli, jak w treści oferty, należało uznać za nieuprawnione. Podstawą odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp jest niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia. Za taką niezgodność nie można było uznać oświadczenia wykonawcy ZABERD o możliwości skorzystania z usług podwykonawców przy realizacji części prac i usług z Grupy prac 10, przy braku określenia zakresu tych usług.
W związku z oświadczeniem wykonawcy ZABERD o zamiarze powierzenia podwykonawcom części prac m.in. z Grupy prac 10 – Zimowe Utrzymanie Dróg zamawiający zdecydował się na potwierdzenie spełnienia przez ww. wykonawcę warunku udziału w postępowaniu.
W konsekwencji wezwał on wykonawcę ZABERD pismem z dnia 24 maja 2023 r. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 Pzp. W odpowiedzi z dnia 25 maja 2023 r., wykonawca ZABERD potwierdził, że dysponuje własnym doświadczeniem oraz wiedzą pozwalającymi na spełnienie warunku opisanego w pkt 8.2.4. 1b).
W ocenie składu orzekającego treść wezwania była uzasadniona, skoro oferta wykonawcy ZABERD podlegała weryfikacji pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu
w oparciu o oświadczenie wstępne, a więc treść JEDZ. Na potrzeby oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu należało zweryfikować, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu samodzielnie, czy też będzie korzystał z doświadczenia podmiotu trzeciego. Z treści odpowiedzi na wezwanie wynikało już jednoznacznie, że wykonawca ZABERD nie zamierza korzystać z zasobów osób trzecich w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (wykonawca wskazał, że dysponuje własną wiedzą oraz doświadczeniem).
Izba uznała, że skierowane przez zamawiającego wezwanie nie stanowiło niedozwolonej negocjacji treści oferty, jak uważał odwołujący. Treść wezwania nie odnosiła się do rzekomej negocjacji zakresu prac, które wykonawca ZABERD miał powierzyć podwykonawcom, a do spełniania przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. Czym innym jest bowiem korzystanie z usług podwykonawców np. ich sprzętu czy środków transportu, a czym innym dysponowanie własnym doświadczeniem pozwalającym na spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Wezwanie zamawiającego nie stanowiło dążenia do zmiany treści oferty i nie odnosiło się merytorycznie do zmiany oświadczenia wykonawcy o powierzeniu podwykonawcom wykonania części prac z Grupy prac 10.
Tym samym Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 Pzp, podniesiony wobec oferty wykonawcy ZABERD.

W związku z powyższym Izba uznała, że wszystkie trzy odwołania podlegały oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

Ponadto Izba wskazuje, że podstawą wydania orzeczenia łącznego w sprawach o sygn. akt KIO 2070/23, KIO 2071/23 i KIO 2081/23 jest art. 556 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego koszt wpisów od trzech odwołań oraz zasądzając od odwołujących na rzecz zamawiającego uzasadnione koszty obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika – na podstawie złożonego rachunku.

Przewodniczący:…….

…….

…….