

Sygn. akt KIO:1980/23

1983/23

2018/23

WYROK

z dnia 31 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

Członkowie: Jolanta Markowska

Agata Mikołajczyk

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 24 i 25 lipca 2023 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 10 lipca 2023 r. przez odwołujących:

A.ZABERD Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (sygn. akt: KIO 1980/23),

B.TRANSPRZĘT Sp. z o. o. Sp. k. z siedzibą w Sanoku (sygn. akt: KIO 1983/23),

C.Konsorcjum EUROVIA Polska S. A. oraz Saferoad Grawil Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Bielanach Wrocławskich (sygn. akt: KIO 2018/23),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, GDDKiA Oddział w Rzeszowie

przy udziale wykonawcy:

1) L.K., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą L.K. Firma Usługowo Handlowo Produkcyjna z siedzibą w Raniżowie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego prowadzonego pod sygnaturą akt KIO 1980/23, 1983/23 oraz 2018/23 po stronie zamawiającego;

2) ZABERD Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego prowadzonego pod sygnaturą akt KIO 2018/23 po stronie odwołującego

orzeka:

I.Umarza postępowanie odwoławcze w sprawie prowadzonej pod sygnaturą akt KIO 1980/23 w zakresie zarzutów skierowanych wobec oferty wykonawcy L.K., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą L.K. Firma Usługowo Handlowo Produkcyjna, dotyczących prac z grupy 4 – pozycja 8.1, prac z grupy 9 – w całości oraz prac z grupy 12 – pozycje 18.1, 19.1 oraz 19.2.

II.Umarza postępowanie odwoławcze w sprawie prowadzonej pod sygnaturą akt KIO 2018/23 w zakresie zarzutów dotyczących części 1 i 2 postępowania.

III.Oddala odwołanie w sprawie prowadzonej pod sygnaturą akt KIO 1980/23 w pozostałym zakresie.

IV.Oddala odwołanie w sprawie prowadzonej pod sygnaturą akt KIO 1983/23 w całości.

V.Oddala odwołanie w sprawie prowadzonej pod sygnaturą akt KIO 2018/23 w pozostałym zakresie.

VI.Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie prowadzonej pod sygnaturą akt KIO 1980/23 obciąża odwołującego i:

a.Zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

b.Zasądza od odwołującego ZABERD Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu na rzecz zamawiającego Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, GDDKiA Oddział w Rzeszowie kwotę 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy).

VII.Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie prowadzonej pod sygnaturą akt KIO 1983/23 obciąża odwołującego i:

a.Zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

b.Zasądza od odwołującego TRANSPRZĘT Sp. z o. o. Sp. k. z siedzibą w Sanoku na rzecz zamawiającego Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, GDDKiA Oddział w Rzeszowie kwotę 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy).

VIII.Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie prowadzonej pod sygnaturą akt 2018/23 obciąża odwołującego

i:

a. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

b. Zasądza od odwołującego Konsorcjum EUROVIA Polska S. A. oraz Saferoad Grawil Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Bielaniach Wrocławskich na rzecz zamawiającego Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, GDDKiA Oddział w Rzeszowie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy).

IX. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych, zero groszy) tytułem kwoty uiszczonej ponad należny wpis od odwołania na rzecz wykonawcy Konsorcjum EUROVIA Polska S. A. oraz Saferoad Grawil Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Bielaniach Wrocławskich.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt KIO:1980/23

1983/23

2018/23

Uzasadnienie

Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, GDDKiA Oddział w Rzeszowie, dalej jako „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710), dalej jako: „ustawa PZP”, którego przedmiotem jest całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych będących w administracji Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, w podziale na 4 części: Część 1 – utrzymanie dróg krajowych Rejonu w Rzeszowie - autostrady A-4 na odcinku Rzeszów Wschód (bez węzła) do Jarosław Zachód z (węzłem). Część 2 – utrzymanie dróg krajowych G i GP Rejonu w Przemyślu. Część 3 – utrzymanie dróg krajowych G i GP Rejonu w Lesku. Część 4 – utrzymanie dróg krajowych G, GP i S Rejonu w Nisku, numer postępowania O/RZ.D 3.2421.27.2022.

Wartość zamówienia przekracza kwoty progów unijnych, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy PZP.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Suplemencie Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 14 listopada 2022 r. pod numerem 629152-2022-PL.

I. sygn. akt: KIO 1980/23

W dniu 10 lipca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy ZABERD Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, dalej jako: „Odwołujący”, wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w ramach części 3 postępowania, tj. wobec 1) wyboru w części 3 zamówienia oferty wykonawcy, którego oferta podlega odrzuceniu, 2) zaniechania odrzucenia oferty L.K. Firma-Usługowo-Handlowo-Produkcyjna, 3) uznania, że oferta ZABERD Sp. z o.o. jest niezgodna z SWZ oraz, że zawiera rażąco niską cenę, 4) zaniechania wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty oraz dalszych wyjaśnień dotyczących oferowanej ceny w sytuacji, kiedy na skutek złożenia obszernych wyjaśnień, Zamawiający powziął wątpliwości co do zgodności oferty z SWZ i co do prawidłowości skalkulowania cen wybranych pozycji oferty, 5) odrzucenia oferty ZABERD Sp. z o.o. w części 3, 6) zaniechania wyboru oferty ZABERD Sp. z o.o. w części 3 zamówienia jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 16 ustawy PZP, art. 223 ust. 1 ustawy PZP, art. 224 ust. 1, ust. 5 i ust. 6 ustawy PZP, 226 ust. 1 pkt 5, pkt 8 ustawy PZP.

Wobec postawionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: 1) unieważnienia wyboru oferty L.K. Firma-Usługowo-Handlowo-Produkcyjna w Części 3, 2) unieważnienia odrzucenia oferty ZABERD Sp. z o.o., 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty ZABERD Sp. z o.o. 4) odrzucenia oferty L.K. Firma-Usługowo-Handlowo-Produkcyjna w części 3.

Stanowisko Odwołującego:

Argumentując postawione zarzuty, Odwołujący w pierwszej kolejności uzasadnił zarzuty dotyczące rażąco niskiej ceny FUHP K.. Odwołujący wskazywał, że:

- Analiza wyjaśnień Wykonawcy FUHP K. jednoznacznie wskazuje, iż Wykonawca też nie wykonał polecenia Zamawiającego. Składając obszerne wyjaśnienia dotyczące Grupy prac nr 8 Wykonawca pominął aż 23 pozycje kosztorysowe. Zatem nie zastosował się do polecenia Zamawiającego i nie przedstawił w sposób wyczerpujący i opisowy w ramach każdej pozycji formularza opisu jakie zakresy, działania wykonawca założył celem realizacji danej pozycji.

- Wykonawca FUHP K. w zakresie Grupy prac 2 Pobocza i pasy rozdziału oraz Grupy prac 3 Korpus drogi dołączył jedynie kalkulację w żaden sposób nie opisując jej, nie składając wyjaśnień ani dowodów wskazujących iż przedstawiona kalkulacja opiera się na prawidłowych założeniach. Jest to o tyle istotne, że jedna kalkulacja odnosi się do wszystkich czterech części, a ceny jednostkowe w różnych częściach w tej samej pozycji odbiegają od siebie. Zatem po pierwsze Wykonawca nie wskazał co się dzieje z kwotą ponad kalkulację oraz nie opisał jej nigdzie.

Oznacza to, iż Zamawiający nie mógł prawidłowo ocenić czy założenia są zgodne z SWZ, gdyż brak w ogóle założeń opisowych, a sporządzona kalkulacja często odbiega od ceny jednostkowej z formularza TER. Jest to niezgodne z poleceniem Zamawiającego wielokrotnie wskazywanym w pismach. Idąc dalej stawka roboczogodziny wynosi 22 zł netto za godzinę i jest niedoszacowana.

- Dalej Odwołujący wskazał, że wbrew wezwaniu Zamawiającego wykonawca FUHP K. nie opisał w grupach 1,4,12 w sposób prawidłowy wszystkich pozycji, albowiem i tym razem ogólnikowo sporządził jedną kalkulację do czterech części zamówienia pomimo, iż ceny jednostkowe w jednej pozycji w różnych częściach różniły się od siebie.

Dalej Odwołujący skupił się na poszczególnych pozycjach, przedstawiając argumentację dla każdej z nich. Odwołujący zakwestionował następujące pozycje: Grupa prac nr 4 poz. 2.3, Grupa prac 4 poz. 8.1, Grupa prac 9 poz. 5.3 i 5.4, 5.6., 5.7, 5.23, 5.24, Grupa prac 12 poz. 18.1, 19.1, 19.2.

Dalej Odwołujący przedstawił argumentację w zakresie własnej oferty, odwołując się do poszczególnych przyczyn odrzucenia jego oferty zawartych w uzasadnieniu sporządzonym przez Zamawiającego.

W pierwszej kolejności Odwołujący przedstawił argumentację na poparcie tezy, że w istocie skierowanie do Odwołującego wezwania w trybie art. 224 ust. 1 PZP było nadużyciem prawa podmiotowego przysługującego Zamawiającemu. Odwołujący wniósł aby właśnie przez pryzmat nadużycia uprawnień Zamawiającego Izba oceniła takie czynności w postępowaniu, jak:

- wystosowanie wezwania o wyjaśnienie ceny Odwołującego bez istnienia ku temu wystarczającej podstawy faktycznej i prawnej, skonstruowanie wezwania do Odwołującego w sposób dokuczliwy, to znaczy dotyczący bardzo wielu pozycji, a następnie wskazanie, że jednak każda pozycja musi być wyjaśniona, ocenienie otrzymanych wyjaśnień Odwołującego z wyraźną intencją odnalezienia w nich elementów, które pozwolą uzasadnić odrzucenie oferty Odwołującego, nie zawarcie w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, ani w protokole postępowania, żadnych informacji świadczących o tym, że akurat tylko ta jedyna oferta odbiegająca w dół od budżetu Zamawiającego o ponad 30% nie nosi znamion rażąco niskiej ceny.

Dalej Odwołujący odniósł się do poszczególnych przyczyn odrzucenia jego oferty:

- połączenie funkcji dyżurnego ZUD z osobą dyżurującą w POK: Wbrew twierdzeniom Zamawiającego brak jest w dokumentach zamówienia zakazu łączenia funkcji dyżurnego ZUD z osobą dyżurującą w POK. Jedyne zakazy dotyczące łączenia funkcji są zawarte w SWZ str. 18 pkt 8.2: zakaz łączenia funkcji z pkt 8.2.4.b)b) – specjalista ds. administracyjno-finansowych z funkcjami z pkt 8.2.4.b)b) – Kierownik do spraw utrzymania dróg, Zastępca kierownika ds. utrzymania dróg, specjalista ds. utrzymania dróg (bieżącego i zimowego), kierownik robót drogowych.

- gdzie ująć koszty dyżurnego ZUD: grupy 10b i 11: W związku z tym, iż Odwołujący zatrudnia specjalistów/dyżurnych w Punkcie Obsługi Kontraktu przez cały rok, to przez cały rok pracują oni POK, a jedynie w okresie zimowym częściowo dzielą się dyżurami na stosownych Obwodach Drogowych. Z tego powodu Odwołujący ujął ich koszt w grupie 11 (zarządzanie kontraktem, które ma miejsce cały rok). Odwołujący zaplanował taką ilość osób (8 dodatkowo), aby zapewnić przez cały rok prawidłowe funkcjonowanie Kontraktu. Odwołujący wyjaśnia, że grupa 10b to zimowe utrzymanie dróg, świadczone przez 5 miesięcy w roku i równoległe do trwającego w tym czasie zarządzania kontraktem.

Wbrew twierdzeniom Zamawiającego takie przypisanie kosztu nie stanowi „przenoszenia kosztów”, a jest to po prostu

skutek zaangażowania tych osób w realizację czynności w grupie 11. Przypisanie tam kosztów jest bardziej adekwatne, bo bardziej powiązane z rodzajem wykonywanej czynności. Jak już wskazano, czynności te w okresie zimowym będą na siebie zachodzić (będą świadczone równolegle), ale ludzie je realizujący będą pracować cały rok. Nie jest zatem jasne, jaki procent wynagrodzenia danej osoby powinien zostać wyłączony do grupy 10b, skoro równocześnie jej koszt jest pokrywany całorocznie w grupie 11? I z którego postanowienia SWZ to wynika?

- zbyt mała liczba operatorów ZUD: Wbrew stanowisku Zamawiającego zastosowana liczba operatorów sprzętów ZUD jest prawidłowa. Zgodnie z SWZ Wykonawca nie ma obowiązku zapewnić w ramach gotowości operatorów dla równiarek i pługów wirnikowych (a nawet ładowarek). Zgodnie z SST D- 66.01.00, pkt 1.4.11. „Gotowość bierna ZUD – sytuacja, w której nie występują przesłanki do podejmowania akcji zimowej na drodze, Wykonawca dokonuje bieżącego monitoringu aktualnych i prognozowanych warunków atmosferycznych, podstawowy sprzęt ZUD Wykonawcy stacjonuje we wskazanym przez Zamawiającego miejscu a operatorzy sprzętu ZUD zlokalizowani są poza wskazanym miejscem i są w dyspozycji Wykonawcy do niezwłocznego stawienia się w przypadku wprowadzenia gotowości czynnej lub rozpoczęcia akcji ZUD.”

SST D-66.01.00 w pkt 1.4.12. określa: „Gotowość czynna ZUD – sytuacja, w której nie występują przesłanki do podejmowania akcji zimowej na drodze, Wykonawca dokonuje bieżącego monitoringu aktualnych i prognozowanych warunków atmosferycznych, podstawowy sprzęt ZUD Wykonawcy oraz operatorzy sprzętu stacjonują we wskazanym przez Zamawiającego miejscu i są gotowi do natychmiastowego podjęcia czynności związanych z odśnieżaniem bądź usuwaniem śliskości na drogach.” SST definiuje zatem sprzęt podstawowy (w załączniku określa, że są to tylko pługosolarki) i w pkt 3.3 podaje terminy osiągnięcia gotowości sprzętowej ZUD. SWZ nie określa, kiedy należy przygotować ładowarki, pługi wirnikowe, równiarki, gdzie mają stacjonować, czy w ogóle mają stacjonować.

Kolejną kategorią sprzętu jest sprzęt pomocniczy (pkt 3.7, str 17 SST D-66.01.00). Są to między innymi równiarki różnych typów z zamontowanym pługiem czołowym dwustronnym i odśnieżarki wirnikowe. Mają być one używane przy alercie czerwonym (pkt 5.3.4. SST): „W sytuacji konieczności użycia pługów wirnikowych, Wykonawca powiadomi Zamawiającego o tym fakcie. Konieczność użycia pługów wystąpi w sytuacji, kiedy wysokość pokrywy śnieżnej na jezdni, uniemożliwi pracę pługów tradycyjnych. Fakt ten musi zostać potwierdzony przez służby Zamawiającego.” Jednoznacznie wskazuje to na brak równoległości w używaniu pługów wirnikowych i pługosolarek.

Zgodnie z gotowością (bierną i czynną) Odwoływający ma zapewnić sprzęt podstawowy i operatorów sprzętu podstawowego. Zatem brak jest konieczności liczenia operatorów pługów wirnikowych i równiarek do stałej liczby zespołu. Nie ma też obowiązku zatrudnienia operatorów na umowę o pracę (zatem nie ma kwestii związanych z L-4, urlopami, zapłatą za godziny nocne itp.) (obowiązek zatrudnienia na umowę o pracę został zawarty w PPU i dotyczy Zespołu ds. utrzymania, patroli, interwencji).

Ponadto zgodnie z odpowiedziami Zamawiającego z 20 stycznia 2023 r. na pytania 232, 233 i 234, wynagrodzenie przysługuje za gotowość bierną. Wykonawca ma mieć możliwość wezwania w każdej chwili operatorów (gdyby to była umowa o pracę to dyżur poza miejscem pracy jest niepłatny, gdy jest to np. zlecenie to nie jest to świadczenie usługi, można wtedy ew. rozważyć płatność np. w wysokości 30%, 50% czy jakkolwiek się umówimy, za odebranie telefonu i niezwłoczne przybycie).

Dodatkowo Odwoływający ma założone wysokie koszty pośrednie na dobę w kwocie 1.934,43 złotych netto związane z funkcjonowaniem przedsiębiorstwa i realizacją projektu (również różnego rodzaju ryzyka). Zamawiający przyjął własne założenia do których trudno się odnieść, bo nie jest pokazany sposób dojścia do stawek 28,89 zł, 29,93 zł oraz 30,88 zł. Nie wiadomo również, dlaczego stosowane przez Odwoływającego stawki nie uwzględniające kosztów pośrednich, uniemożliwiają prawidłową realizację zamówienia.

W szczególności w grupie prac 8, w której Odwoływający przyjął 28,00 zł za roboczogodzinę, nie ma obowiązku zatrudnienia na umowę o pracę. Więc argument Zamawiającego, że stawka 28,00 zł nie pokryje wyliczonych przez niego kosztów pracodawcy, jest nieadekwatny do rodzaju kosztu.

Zamawiający nie przeliczył również, iż Odwoływający założył 88 osób co oznacza 4 x 22 osoby (382.800,00 złotych netto miesięcznie / 4 350,00 złotych netto miesięcznie = 88). Zatem odwoływający rezerwując koszty robocizny pomyślał i o ewentualnej potrzebie pracy pługa wirnikowego i równiarki i o potrzebie posiadania dodatkowych pieniędzy na koszty robocizny).

- niedoszacowanie kosztów pracy: Zgodnie z obowiązującymi przepisami minimalna stawka godzinowa 23,50 zł x 18 osoby sprzęt podstawowy x 24 godziny = 10.150,00 złotych.

Zgodnie z obowiązującymi przepisami minimalna stawka godzinowa 23,50 zł x 18 osoby sprzęt podstawowy (plus 4 x ładowarka) x 24 godziny = 12.408,00 złotych.

ZUS do umowy zlecenia 96,65 zł na miesiąc x 88 osób = 8.505,20 zł podzielić przez 30 dni = 283,51 zł.

Łączna kwota nawet przy operatorach ładowarki = 12.408,00 + 283,51 zł = 12.691,51 zł.

Nawet stawka wskazana przez Zamawiającego 29,93 – 25,89 = 4,04 zł x 22 osoby x 24 godziny = 2.133,12 zł – ryzyko w kosztach pośrednich które wynoszą 1.934,12 złotych (funkcjonowanie projektu) pozostałość w robociznie 68,49 zł zostaje w kosztach pośrednich, jak również w nieprzewidzianym ryzyku na kwotę 130,51 zł obniżając w ten sposób zysk do kwoty 2.287,52 złotego na dobę.

W zakresie robocizny, w odniesieniu do ZUD: gotowości do ZUD, zapobiegania śliskości, usuwania śliskości oraz odśnieżania z usuwaniem śliskości, w każdym tym przypadku Zamawiający identyfikuje niedoszacowanie robocizny na poziomie 5.916,33 zł na dobę. Odwołujący przypomina, że zastosowana w wybranej ofercie stawka roboczogodziny jest dużo niższa i jest poniżej minimalnej stawki godzinowej zgodnej z obowiązującymi przepisami 23,50 zł.

Zamawiający sam w kosztorysie inwestorskim określił łączną gotowość do ZUD na kwotę 12.623,26 złotych netto. Zatem – podążając tokiem rozumowania Zamawiającego – nie doszacował ceny jednostkowej w samej tylko robociznie na łączną kwotę 6.053,06 złotych, a kosztów sprzętu, kosztów materiału, kosztów innych, kosztów pośrednich i zysku w ogóle nie przyjął. Chyba, że Zamawiający w miarę właściwie ocenił łączny koszt całkowity gotowości ZUD i nie ma powodu, aby kwestionować cenę Odwołującego wynoszącą 21.531,00 złotych netto za dobę (wyższą od Zamawiającego o 8.907,74zł) i bardzo zbliżoną do ceny z wybranej oferty.

Zamawiający ustalił, że Odwołujący zaniżył koszty robocizny 5.916,33 zł za gotowość do ZUD, zapobieganie śliskości, usuwanie śliskości na dobę, podczas gdy z wyliczeń Zamawiającego koszt dobowy robocizny wynosi co najmniej 18.676,32 zł. Jak wynika jednak z kosztorysu Zamawiającego, sam przyjął cenę za całą gotowość na kwotę 12.623,26 złote, wobec czego uzasadnienie odrzucenia oferty nie zgadza się nawet z jego własnymi założeniami.

Stwierdzenie, że występuje niedoszacowanie w kwocie 5.916,33 zł na dobę jest zatem gołosłowne i oparte na nieprawidłowych założeniach. Zastosowana przez Zamawiającego stawka roboczogodziny jest dowolna i jest tylko jedną z możliwych stawek.

- nieuwzględnienie w ofercie kosztów prawa opcji niezgodnie z wyjaśnieniem 130 w grupach 10a i 10b: Odwołujący wskazuje, że zawarł koszty opcji po pierwsze w kosztach sprzętu, kosztach pośrednich związanych z projektem, jednostkowych kosztach innych. Z uwagi, że koszty są uzależnione w dużej mierze od struktury i organizacji wykonawcy, nie można precyzyjnie i obiektywnie ich wyliczyć, ale nie można także ich pominąć ze względu na postanowienia SWZ.

Wbrew ocenie Zamawiającego Wykonawca nie pominął tych kosztów ani w swojej ofercie, ani też nie zapomniał się z nich wytłumaczyć w złożonych wyjaśnieniach. Zostały one nazwane kosztami pośrednimi związanymi z funkcjonowaniem przedsiębiorstwa i kosztami projektu. Nadto założony zysk jest znaczny i w nim również znajdują się wszelkie nieprzewidziane ryzyka, wobec czego brak jest podstaw do uznania, że zaoferowana za opcję cena jest niedoszacowana bądź rodzi ryzyko nienależytego wykonania zamówienia z opcji.

- niedoszacowanie oferty w grupie 10b w łącznej kwocie 4.997.667,86 zł: Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego między innymi z powodu zaniżenia budżetu w grupie 10b. Ale jak wynika z tabeli przedstawionej w treści odwołania, w grupie 10b również wybrana oferta ma zaniżoną cenę w stosunku do kosztorysu Zamawiającego.

Zamawiający słusznie wskazuje, że sól nie jest jedynym potrzebnym materiałem i wyciąga z tego wnioski, że niedoszacowanie oferty Odwołującego jest jeszcze wyższe, jest to jednak nieprawda. Odwołujący wyjaśnia, że koszt materiałów eksploatacyjnych, innych materiałów w zakresie ZUD oraz części zamiennych, został uwzględniony w cenie. Koszt ten został też podany w wyjaśnieniach i nieprawdziwe jest stwierdzenie Zamawiającego, że Zamawiający nie miał również możliwości zweryfikować, czy koszty ZUD uwzględniają wyliczone w sposób prawidłowy koszty zapewnienia sprzętów ZUD, bo wyjaśnienia Wykonawcy w zakresie tej grupy kosztów są bardzo ogólne.

Jeśli Zamawiający nie był pewien, czy wyjaśnienia Odwołującego zawierają wszystkie koszty mógł nakazać sprecyzować wyjaśnienia, nie uczynił tego.

Odwołujący podsumował, że Zamawiający zastosował wyjątkowo restrykcyjne podejście do oceny wyjaśnień ceny wykonawców, którzy zaoferowali ceny w sposób obiektywny nie dające podstaw do stawiania tezy o rażąco niskiej cenie, czy też niezgodności z SWZ, a wyjątkowo łagodne podejście do wykonawcy, z którym obecnie współpracuje.

W przypadku, gdy wykonawca ten nie podał żądanych informacji, albo podał informacje, które wyraźnie wskazywały na niezgodność jego oferty z SWZ, zostało to pominięte przy ocenie oferty, tak samo jak błąd w kalkulacji ceny oferty został szybko naprawiony, w sposób wykraczający poza dozwoloną ingerencję Zamawiającego. Odwołujący tymczasem, zaoferował rzetelną i pozwalającą na należyte wykonania zamówienia cenę, a następnie rzetelnie i szczegółowo ją wyjaśnił. Sposób sformułowania wyjaśnień odróżniał się od znanego Zamawiającemu od lat sposobu argumentowania, ale nie był w niczym gorszy, ani niedostateczny. Jeżeli jakiegokolwiek elementy pozostały niezrozumiałe bądź zrodziły wątpliwości Zamawiającego, to Zamawiający zamiast dążyć do ich wyjaśnienia, postanowił odrzucić ofertę, której nie można zarzucić żadnych istotnych błędów.

Przy zachowaniu argumentacji i przyjętego sposobu wyliczeń, które według podanego uzasadnienia legły u podstaw odrzucenia oferty Odwołującego, nie da się utrzymać wyboru oferty Firma FUHP K., bo wykonawca ten popełnił większe uchybienia w sposobie wyjaśniania ceny, a nadto popełnił nieusuwalny błąd w ofercie i nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Stanowisko Zamawiającego:

Pismem z dnia 24 lipca 2023 r. do akt sprawy wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości, przedstawiając stosowną argumentację, podtrzymując jednak przede wszystkim ustalenia poczynione przez niego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia.

Dodatkowe stanowiska procesowe:

Pismem z dnia 24 lipca 2023 r. stanowisko w sprawie przedstawił wykonawca L.K., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą L.K. Firma Usługowo-Handlowo-Produkcyjna z siedzibą w Raniżowie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości i przedstawiając stosowną argumentację.

II.sygn. akt: KIO 1983/23

W dniu 10 lipca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Transprzet Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Sanoku, dalej jako: „Odwołujący”, wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w ramach części 3 postępowania, tj. wobec: 1) odrzucenia w części 3 zamówienia oferty Transprzet, 2) zaniechaniu wyboru w części 3 zamówienia oferty Transprzet jako najkorzystniejszej, 3) zaniechaniu żądania w części 3 zamówienia od wykonawcy L.K. Firma Usługowo-Handlowo-Produkcyjna złożenia, uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych, 4) zaniechaniu odrzucenia w części 3 zamówienia oferty ww. wykonawcy, 5) wyborze w części 3 zamówienia oferty ww. wykonawcy jako najkorzystniejszej.

Powyższym czynnościom i zaniechaniom Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie

W zakresie oceny oferty Transprzet:

- 1.art. 16 w zw. z art. 239 ust. 1 w zw. z art. 218 ust. 2 w zw. z art. 97 w zw. z art. 220 ust. 5 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego ze względu na rzekome nieprawidłowości we wnoszeniu wadium, podczas gdy wadium (gwarancja ubezpieczeniowa) zostało wniesione przez Transprzet w sposób prawidłowy, w pełni zabezpieczający wszelkie interesy zamawiającego oraz umożliwiający ewentualne dochodzenie przez zamawiającego roszczeń zgodnie z celem przepisów – co w konsekwencji powinno prowadzić do wyboru oferty Transprzet jako najkorzystniejszej,
- 2.art. 16 w zw. z art. 239 ust. 1 w zw. z art. 218 ust. 2 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego ze względu na rzekome zaoferowanie rażąco niskiej ceny lub koszty w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz rzekomą niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, podczas gdy oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, złożone przez Transprzet wyjaśnienia wraz z dowodami uzasadniają podaną w ofercie cenę i koszty, a w rezultacie treść oferty jest w pełni zgodna z warunkami zamówienia – co w konsekwencji powinno prowadzić do wyboru oferty Transprzet jako najkorzystniejszej.

Wobec postawionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 3 postępowania oraz dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności zawartych w odwołaniu.

Stanowisko Odwołującego:

Argumentując postawione zarzuty, Odwołujący wskazywał, że w niniejszej sprawie da się jednoznacznie potwierdzić, że przedłożona z ofertą Odwołującego gwarancja ubezpieczeniowa została rzeczywiście (faktycznie) wydana w sposób

prawidłowy. Na wezwanie zamawiającego z dnia 23 maja 2023 r. Odwołujący przedłożył bowiem pismo przewodnie z dnia 30 maja 2023 r. wraz z aneksem nr 1 do omawianej gwarancji ubezpieczeniowej. Aneks nr 1 został przedłożony w oryginale i podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym gwaranta. Co istotne, z treści aneksu nr 1 wynika jednoznacznie, że „Tym samym treść wskazana w niniejszym aneksie zastępuje w całości pierwotną treść gwarancji nr 280000204256 z dnia 01.02.2023 r.” Jest to bezpośrednio i bezsporne odniesienie do gwarancji ubezpieczeniowej, która została przedłożona wraz z ofertą. Gwarant wprost potwierdził, że wydał omawianą gwarancję ubezpieczeniową – oraz ujął pierwotny dokument w tekście jednolitym. W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający miał więc możliwość przeprowadzenia walidacji aneksu nr 1 (a tym samym całości gwarancji ubezpieczeniowej). W sprawie przedłożony został dowód, który potwierdzał fakt złożenia oświadczenia woli przez gwaranta.

Odwołujący dodał, że w niniejszej sprawie przede wszystkim należy wziąć pod uwagę cel, w jakim wnoszone jest wadium.

W zakresie zarzutu nr 2 Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający uznał, że Odwołujący dokonał błędnego wyliczenia kosztów/ilości soli na m2. Tymczasem należy wskazać, że przygotowując wyliczenie szacunków ilości soli na 1 m2 drogi w zimowym utrzymaniu dróg, Odwołujący korzystał z instrukcji GDDKiA zatytułowanej „Szczegółowy plan operacyjny zimowego utrzymania dróg sezon 2022/2023”. Zgodnie z pkt. 6.3.2 Likwidacja śliskości tabela nr 2 Wydatki jednostkowe (dawki) materiałów do posypywania zapobiegawczego oraz likwidacji cienkich warstw lodu i śniegu, przyjęto zalecane w niej dawki jako uśrednione (zał. 1). Ponadto w tabeli 10a, jako jednostka podany jest 1 km utrzymania ze wskazaniem konkretnego odcinka drogi od km do km. Brak jest więc jasności, dlaczego zamawiający zarzuca błędne wyliczenie ilości m2 w ofercie. Należy jednoznacznie podkreślić, że Kalkulacja została wykonana dla 1 m2 w przeliczeniu na ilość zawarte w 1 km długości odcinka. Odcinki określone zostały przez zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutu rzekomej niezgodności z SWZ Odwołujący podkreślił, że jego wyjaśnienia dotyczące cen i kosztów zawartych w ofercie zostały ukształtowane wedle własnej metodologii Transprzet - co zostało wyczerpująco omówione w piśmie Transprzet złożonym na wezwanie zamawiającego. Odwołujący przedstawił więc wyjaśnienia w taki sposób, aby zawierały wszystkie argumenty, że cena jednostkowa przedstawiona w ofercie jest ceną rynkową zawierającą wszystkie składowe w robotach budowlanych. Tym samym:

1) pierwsza część tabeli zawiera wszystkie składowe robót budowlanych utrzymaniowych zgodnie z obowiązującymi przepisami w tym zakresie: R+M+S plus koszty pośrednie, zysk kalkulacyjny i koszty zakupu;

2) druga część tabeli wyjaśniającej ceny rynkowe, sporządzona została w oparciu o przedstawioną kalkulację indywidualną opartą o własne doświadczenie i przyjęte zasady wyceny w zakresie usług transportowych.

Odnosząc się do zarzutu rzekomo zaniżonych kosztów zimowego utrzymania dróg - w wymaganiach SWZ do przedmiotowego postępowania został ukształtowany warunek posiadania przez wykonawcę wymaganej minimalnej ilości sprzętu do zimowego utrzymania dróg (zał. tabela nr 6). Razem były to 24 sprzęty - co wykonawca potwierdził w stosownym oświadczeniu (fizyczne posiadanie zasobów}. Niniejsze postanowienie (wymóg) nie może być interpretowany w taki sposób, że wykonawca zobowiązany jest do utworzenia 24 nowych etatów. Czym innym są sprzęty, a czym innym etaty. W swoich wyjaśnieniach Odwołujący przedstawił profil działalności firmy, który w głównej mierze stanowi transport. Przy kalkulacji kosztów ZUD Odwołujący brał pod uwagę wykorzystanie istniejącego potencjału osobowego, który w ramach dyżurów stanowi obsługę ZUD w ilości wystarczającej do zabezpieczenia obsługi 24 nanośników. Ponadto Odwołujący w swych założeniach przyjął, że załadunek materiału soli lub piasku jest po stronie operatorów nośników. W związku z tym wg. wyliczeń zamawiającego 4 etaty są zbędne i konstrukcja liczenia w ten sposób nie jest uzasadniona ekonomicznie.

Gdyby wyliczenie etatów było dokonywane zgodnie z interpretacją zamawiającego, to ilość pracowników należało by podwoić - z uwagi na wymogi wynikające z przepisów prawa pracy (w związku z czasem pracy i przysługującymi godzinami wolnymi dla, pracownika za prace w nocy).

Ilość kierowców do obsługi nośników jest zapewniona poprzez ułożenie grafiku dyżurów kierowców etatowych Odwołującego, którzy na co dzień są kierowcami działu komunalnego - obsługującego - tzw. śmieciarki (które w dni wolne od pracy nie wykonują obsługi odbioru i transportu odpadów). Niniejszy schemat organizacyjny dotyczy również „przesunięcia” kierowców z aut ciężarowych, którzy w okresie zimy (a szczególnie wzmożonych opadów) nie wykonują tras.

Wobec powyższego obsługa nośników składa się z etatowych kierowców, którzy w ramach dyżuru obsługują sprzęt ZUD - za co otrzymują dodatkową zapłatę w postaci dodatków za dyżur w wysokości 50 zł za dyżur, powiększonych dodatkową stawką za godziny spędzone za kierownicą nośników w akcji ZUD.

W sezonie zimowym 2022/2023 wg, poniższych danych (wynikających z dziennika dyżurów i po weryfikacji programu SATIS do obsługi lokalizacji sprzętu ZUD):

1) ilość godzin pracy za kierownicą kierowców przy 87 dniach śnieżnych (w sezonie 2021/2022) wynosiła 3972,5 - licząc po 30,0 zł za godzinę dyżuru za kierownicą koszty za sezon wynoszą 119 175, 00 zł,

2) dyżury w ilości 166 - licząc po 100 zł kształtowana jest wartość w sezonie 16 600,00 zł (za sezon),

3) łącznie -135 775,00 zł za sezon.

Wg. zamawiającego koszty powyższe powinny wynosić 18676,32 x 87 - 1 624 839, 84 zł. Tymczasem zgodnie ze wskazanym wyżej zestawieniem przyjęty tok wyliczeń zamawiającego jest niekorzystny dla zamawiającego. Tymczasem przedstawiona oferta i kalkulacja Transprzęt w zupełności zabezpiecza obsługę ZUD.

Kalkulacja 5,0 zł za 1 km przejazdu nośnika zawiera koszty paliwa zużytego przez nośniki, koszty amortyzacji nośnika, koszty osobowe. Przyjmując sezon 2021/2022:

1) ilość przejechanych kilometrów przez nośniki w akcji ZUD: 84462 km x 5,0 zł = 422 325 zł ceny netto,

a) w tym 168 507,70 zł to koszty paliwa,

b) w tym 137 775,00 zł to koszty osobowe,

2) w rezultacie jest to kwota 306 282,70 zł (pozostaje więc 116 042,30 zł na amortyzację nośników i inne koszty).

Brak jest jasności, na jakiej podstawie zamawiający twierdzi, że zakładane przez Transprzęt kwoty za roboczogodzinę (wynagrodzenie) będą niższe, niż wynikające z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. W projekcie umowy (§7) wskazane zostało bowiem jednoznacznie, że wynagrodzenia będą podlegać waloryzacji. W szczególności w ramach §7 ust. 3 (tabela „koszyk waloryzacyjny”) wskazuje się, że elementami wpływającymi na wysokość waloryzacji są m. in. paliwo oraz robocizna. Tym samym wzrost minimalnego wynagrodzenia za pracę będzie skutkować jednoczesnym wzrostem wynagrodzeń pracowniczych (a tym samym wynagrodzenia wykonawcy). Są to przyszłe koszty wykonawcy. Oferta Transprzęt uwzględni wszelkie wymogi i warunki związane z zamówieniem - w tym fakt stale zwiększającego poziomu minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Stanowisko Zamawiającego:

Pismem z dnia 24 lipca 2023 r. do akt sprawy wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości, przedstawiając stosowną argumentację, podtrzymując jednak przede wszystkim ustalenia poczynione przez niego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia.

III.sygn. akt: KIO 2018/23

W dniu 10 lipca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Konsorcjum w składzie: EUROVIA Polska S.A. i Saferoad Grawil Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Bielanach Wrocławskich, dalej jako: „Odwołujący” wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w ramach części 1, 2 i 3 postępowania. W zakresie części 3 Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

- 1) nieprawidłowej oceny ofert złożonych w ramach Części 3 Postępowania przez L.K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma – Usługowo – Handlowo – Produkcyjna L.K. („Wykonawca LK”), skutkującej niezasadnym uznaniem, że nie zachodzą wobec nich podstawy odrzucenia a Wykonawca LK wykazał spełnianie wszystkich warunków udziału w Postępowaniu oraz nie ziszcili się w stosunku do niego podstawy wykluczenia, a w konsekwencji dokonaniem wyboru ofert Wykonawcy LK jako najkorzystniejszej w zakresie Części 3 Postępowania;
- 2) nieprawidłowej ocenie oferty Odwołującego, złożonej w Części 3 Postępowania, w tym złożonych przez niego wyjaśnień w zakresie realności zaoferowanych cen ofertowych, a w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego w następstwie uznania, że zawiera ona rażąco niskie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia udzielanego w ramach ww. części Postępowania oraz jest niezgodna z warunkami udzielanego zamówienia;
- 3) zaniechaniu przez Zamawiającego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień, dotyczących zaoferowanej przez niego ceny za wykonanie zamówienia udzielanego w ramach Części 3 Postępowania w tym poszczególnych jej części składowych, w sytuacji, gdy Zamawiający powziął wątpliwość co do prawidłowości skalkulowania ceny.

Wobec ww. czynności i zaniechań Zamawiającego, Odwołujący zarzucił mu naruszenie:

- 1.art. 226 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 PZP w zw. z art. 16 pkt 1) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy LK, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę i błędy w wyliczeniu ceny, a także jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, pomimo zastosowania w analogicznej sytuacji sankcji odrzucenia wobec oferty Odwołującego oraz innych wykonawców, którzy złożyli oferty na Część 3 zamówienia udzielanego w Postępowaniu,
- 2.art. 226 ust. 1 pkt 2b) PZP w zw. z art. 116 ust. 1 PZP w zw. z art.17 ust. 2 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy LK i dokonanie jej wyboru jako najkorzystniejszej w Części 3 Postępowaniu, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w Postępowaniu opisanego w Rozdziale 8 pkt 8.2.4. lit b) pkt 1), 2) i 4) SWZ dla Postępowania, tj. dysponowania Kierownikiem ds. Utrzymania Dróg, Zastępcą Kierownika ds. Utrzymania Dróg oraz Kierownikiem Robót Drogowych, posiadającymi wymagane przez Zamawiającego doświadczenie,
- 3.art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z art. 224 ust. 5 PZP w zw. z art. 16 pkt 1) PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w następstwie błędnego uznania, że Odwołujący nie wykazał realności zaoferowanej ceny z uwagi na udzielenie wystarczających wyjaśnień, podczas gdy Odwołujący udzielił wyjaśnień dostatecznie potwierdzających realność że cena jego oferty nie ma charakteru ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia udzielanego w Postępowaniu, przy jednoczesnym uznaniu przez Zamawiającego wystarczalności wyjaśnień, Wykonawcy LK, dotyczących zaoferowanej ceny, pomimo iż wykonawca ten nie złożył wyjaśnień korespondujących w pełnym zakresie z treścią wystosowanego przez Zamawiającego wezwania,
- 4.art. 226 ust. 1 pkt 5 i 8 PZP w zw. z art. 99 ust 1 PZP w zw. z art. 701 § 4 KC w zw. z art. 16 pkt 1) PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w następstwie błędnego uznania, że jest ona niezgodna z treścią warunków zamówienia udzielanego w Postępowaniu oraz zawiera rażąco niską wycenę istotnego elementu składowego ceny, gdyż przewiduje niewystarczającą ilość pracowników do obsługi minimalnej ilości sprzętu, co prowadzi do niespełniania wymagań w zakresie ZUD oraz niedoszacowania oferty, pomimo iż Zamawiający w warunkach zamówienia nie określił minimalnej liczby pracowników dedykowanych do wykonywania czynności w ramach ZUD, przy jednoczesnym arbitralnym uznaniu wystarczalności liczby pracowników przyjętej i zaoferowanej przez Wykonawcę LK,
- 5.art. 226 ust. 1 pkt 5 i 8 PZP w zw. §1-4 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r. poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w następstwie błędnego uznania, że jest ona niezgodna z treścią warunków zamówienia udzielanego w Postępowaniu oraz zawiera rażąco niską wycenę istotnego elementu składowego ceny, w następstwie błędnego uznania, że Odwołujący ukształtował koszty wynagrodzeń personelu, który uczestniczyć będzie w realizacji zamówienia na poziomie niższym, aniżeli wysokość odpowiednio minimalnego wynagrodzenia za pracę i minimalnej stawki godzinowej obowiązujących w 2023r., podczas gdy w rzeczywistości cena oferty Odwołującego uwzględnia kwoty wynagrodzeń i stawki roboczogodzin w kwotach wyższych, niż minimalne wynagrodzenie za pracę i minimalna stawka godzinowa obowiązujące w roku 2023,
- 6.art. 226 ust. 1 pkt 5 i 8 w zw. z art. 16 pkt 1 PZP w zw. z art. 701 § 4 KC poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w następstwie błędnego uznania, że jest ona niezgodna z warunkami zamówienia udzielanego w Postępowaniu oraz zawiera rażąco niską wycenę istotnego elementu składowego ceny, w następstwie błędnego uznania, iż Odwołujący wycenił koszty prawa opcji w sposób sprzeczny z treścią warunków zamówienia, w szczególności wyjaśnieniem treści SWZ oznaczonym jako pytanie nr 130, finalnie kształtując koszty opcji na poziomie odbiegającym od warunków rynkowych, podczas gdy w rzeczywistości Odwołujący skalkulował prawo opcji w sposób zgodny ze wszystkimi wymaganiami Zamawiającego wyrażonymi w treści warunków zamówienia dla Postępowania.

Wobec postawionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy LK jako najkorzystniejszej w Części 3 Postępowania oraz ponownego badania i oceny ofert złożonych na ww. Części Postępowania a w jego następstwie:

- odrzucenia oferty Wykonawcy LK jako niezgodnej z warunkami zamówienia udzielanego w Postępowaniu,
- unieważnienia czynności odrzucenia ofert Odwołującego w zakresie Części 3.

Stanowisko Odwołującego:

Argumentując postawione zarzuty, Odwołujący wskazywał, że analiza dokumentów zamówienia udzielanego w Postępowaniu w zakresie Części 1 prowadzi do konstatacji o znaczącej „pobłażliwości” Zamawiającego w stosunku do oferty złożonej przez Wykonawcę LK, przejawiającej się w szczególności w niezastosowaniu wobec niej sankcji

odrzućcia, pomimo wystąpienia okoliczności faktycznych nakazujących jej eliminację z Postępowania i to okoliczności, które Wykonawca LK sam wyraźnie przyznaje.

Odwołujący zwrócił przede wszystkim uwagę, że wyjaśnienia wykonawcy LK zostały ukształtowane z zastosowaniem metodologii, zakładającej przedstawienie m.in. ogólnych wyjaśnień opisowych, odnoszących się do Części 1, Części 2 i Części 3 Postępowania. Jakkolwiek nie może budzić wątpliwości, że nie ma jednego, określonego normatywnie, wzoru wyjaśnień w zakresie kalkulacji ceny ofertowej, to obowiązkiem wykonawcy wezwanego do złożenia wyjaśnień powinno być odniesienie się do elementów cenowych wyraźnie wyspecyfikowanych przez zamawiającego i wykazanie ich rynkowego charakteru. Tymczasem Wykonawca LK, wbrew wyraźnemu żądaniu Zamawiającego wyrażonemu w wezwaniu z dnia 15 marca 2023r., nie złożył wyjaśnień w odniesieniu do wszystkich części składowych ceny, wskazanych przez Zamawiającego, a poprzestał na odniesieniu się jedynie do tych stawek za poszczególne pozycje, które były stawkami najniższymi w ramach ofert złożonych przez Wykonawcę LK na wykonanie Części 1, Części 2 i Części 3 Postępowania.

Powyższe działanie Wykonawcy LK nie może zostać uznane za prawidłowe z dwóch

zasadniczych powodów. Po pierwsze Zamawiający wystosował do Wykonawcy LK trzy wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny ofertowej (odrębnie w odniesieniu do każdej z Części Postępowania) i w konsekwencji swojego działania zobligował Wykonawcę LK do złożenia odrębnych wyjaśnień w odniesieniu do każdej z Części. Złożenie wyjaśnień, w ramach których następuje odniesienie się wyłącznie do jednej ceny jednostkowej, arbitralnie wybranej przez Wykonawcę LK, jest równoznaczne ze złożeniem wyjaśnień niepełnych. Taka sytuacja zachodzi w szczególności w zakresie wyjaśnień dotyczących grupy 4 i 12, gdyż w tym zakresie Wykonawca LK złożył wyłącznie ogólne wyjaśnienia, w jego ocenie adekwatne dla wszystkich trzech części, nie odnosząc się do szczegółowych uwarunkowań realizacyjnych, implikowanych zakresem rzeczowym danej Części, który przecież winien w relewantnym zakresie wpływać na kształtowanie cen.

Po drugie, przyjęcie apriorycznego założenia co do takich samych kosztów realizacji prac w różnych lokalizacjach (objętych poszczególnymi Częściami Postępowania) i dywersyfikowanie cen jednostkowych jedynie z uwagi na wysokość założonego zysku, pozostaje wbrew zasadom elementarnej logiki i świadczy o niezachowaniu przez Wykonawcę LK elementarnej staranności (nie mówiąc już o staranności wymaganej od podmiotu profesjonalnego) na etapie kalkulacji ceny ofertowej.

Dalej Odwołujący przedstawił argumentację dla poparcia tezy, że stawka za roboczogodzinę wskazana przez wykonawcę LK jest zbyt niska.

Stawkami określonymi przez Zamawiającego powodującymi odrzucenie oferty jest stawka dzienna w wysokości 28,99 zł, stawka nocna w wysokości 30,88 zł oraz uśredniona stawka 29,93 zł w sytuacji, gdy praca ma być świadczona całodobowo.

Tymczasem w swoich wyjaśnieniach z dnia 4 kwietnia 2023r, Wykonawca LK wskazuje w ramach wyjaśnień ogólnych (dotyczy wszystkich Części oraz wszystkich grup), że „Przy kalkulacji ceny ofertowej Wykonawca przyjął wysokość wynagrodzenia pracownika za jedną roboczogodzinę pracy na poziomie od ok. 22 do 25 zł netto (wysokość zależy od rodzaju prac do wykonania). Z kolei w wyjaśnieniach wysokości zaoferowanej ceny dla grup: Grupa prac nr 1 – nawierzchnia, Grupa prac nr 4 – odwodnienie, Grupa nr 12 – utrzymanie czystości oraz prace naprawcze i konserwacyjne na obiektach inżynierskich, Wykonawca LK przyjął stawkę w wysokości 21,56 netto.

W świetle powyższego, przy zastosowaniu stawki 21,56 zł, Wykonawca LK nie zawsze będzie w stanie pokryć brakującą (wg. udzielonych wyjaśnień) kwotą 9,08 zł (stanowiącą aż 42,11 % analizowanej stawki godzinowej), w związku z czym tam, gdzie koszty pośrednie zostały procentowo ustalone na niższe wartości (np. 5%, 10%, 15%), to przy niskich nakładach przyjętych na robociznę i sprzęt (to od nich liczone są koszty pośrednie) Wykonawca LK nie osiągnie wymaganej przez Zamawiającego stawki 28,99 zł. Podobnie przy założeniu stawki robocizny w kwocie 22 zł Wykonawca LK uzupełnia ją kosztami pośrednimi do poziomu 28,99 zł – czyli „zabiera” z kosztów pośrednich kwotę 6,99 zł, która stanowi ok 42 % wartości całej stawki robocizny.

Odwołujący przedstawił również szczegółową analizę w oparciu o pozycję Uszczelnienie styków nawierzchni (poz. 35, nr SST 20.02.21 w grupie prac 1 Nawierzchnia), z której wynika, że ilekroć Wykonawca LK kształtuje cenę jednostkową przyjmując procent dla obliczenia kosztów pośrednich od R+S na niskim pułapie procentowym, przy jednoczesnej niskiej wartości założonej na sprzęt, wystąpi stan niedoszacowania (rażąco niskiego charakteru) ceny jednostkowej, który ujawni się dopiero po przeliczeniu wartości dla pełnej godziny, zgodnie z kalkulacją jw.

W świetle powyższego nie może budzić wątpliwości, że oferta Wykonawcy LK zawiera rażąco niskie ceny istotnych elementów składowej ceny ofertowej, co winno skutkować jej odrzuceniem.

Jak dalej wskazywał Odwołujący, wadliwość oferty Wykonawcy LK przejawia się również w niezgodnym z warunkami zamówienia „przerzucaniu” kosztów pomiędzy pozycjami. Odwołujący wskazał przy tym na szczegółowe fragmenty wyjaśnień ww. wykonawcy celem wykazania postawionej tezy. Całokształt wyżej podniesionej okoliczności, zdaniem Odwołującego, winien być skutkować zastosowaniem przez Zamawiającego sankcji odrzucenia oferty Wykonawcy LK w zakresie Części 2 na podstawie przepisów art. 226 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 PZP.

Zarzuty dotyczące personelu wykonawcy LK: Dalej Odwołujący zwrócił uwagę na treść warunków udziału w postępowaniu. Jego zdaniem doświadczenie osoby proponowanej na stanowisko Kierownika ds. Utrzymania dróg na stanowisku Kierownika Służby Liniowej nie wypełnia warunku podstawionego przez Zamawiającego zarówno w zakresie przyznania punktów w ramach kryterium oceny ofert, jak również w odniesieniu do spełnienia warunku udziału w postępowaniu, z uwagi na fakt, że doświadczenie to jest nieadekwatne do doświadczenia zdobywanego od strony wykonawczej, gdyż odnosi się wyłącznie do wycinka obowiązków związanych w prowadzeniem kontraktów utrzymaniowych.

Jeszcze więcej obiekcji w ocenie Odwołującego wzbudza osoba wskazana na stanowisko Zastępcy Kierownika ds. Utrzymania Dróg. Jako osoba dedykowana do pełnienia funkcji Zastępcy Kierownika ds. Utrzymania dróg wskazana została, zarówno w zakresie przyznania punktów w ramach kryterium oceny ofert, jak również w odniesieniu do spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, osoba pełniąca stanowisko Drogomistrza w Rejonie Nisko. Również jak w przypadku osoby wskazywanej do pełnienia funkcji Kierownika ds. Utrzymania Dróg, wskazywane stanowisko jest nieadekwatne do rodzaju powierzanej funkcji. Stanowisko Drogomistrza jest stanowiskiem odpowiednio niższym swoim zakresem, a więc osoba wskazana posiadająca doświadczenia na takim stanowisku nie posiada tym bardziej kompetencji do pełnienia funkcji Zastępcy Kierownika ds. Utrzymania dróg.

Dalej Odwołujący wskazywał, że nie sposób również podzielić konstatacji Zamawiającego w zakresie zgodności z treścią warunku udziału w Postępowaniu doświadczenia posiadanego przez osobę dedykowaną do pełnienia funkcji Kierownika robót drogowych. Z informacji posiadanych przez Odwołującego wynika bowiem, że osoba ta nie nabyła doświadczenia opisanego w poz. 3 dotyczącego go wiersza Wykazu osób, gdyż nie nadzorowała wykonywania jakichkolwiek robót stałych w ramach inwestycji dotyczącej rozbudowy DK 4 Łańcut-Głuchów. W istocie w ramach wspomnianej inwestycji przez blisko 4 lata dokonano wyłącznie rozbiórki jednego budynku i wyniesienia pasa drogowego na jednej działce, co oznacza, że przekazane Zamawiającemu przez Wykonawcę LK informacje o doświadczeniu ww. osoby są obiektywnie niezgodne z rzeczywistością. Ponadto doświadczenie tej osoby wskazane w poz. 2, nie spełnia wymogu Zamawiającego w miejscu w którym wymaga doświadczenia zdobytego na drodze klasy GP, albowiem przytoczona tam realizacji dotyczy drogi klasy G.

Dodatkowo, zdaniem Odwołującego, podniesiona powyżej okoliczność złożenia przez Wykonawcę LK niezgodnych z rzeczywistością i wprowadzających Zamawiającego w błąd informacji, dotyczących doświadczenia ww. osoby aktualizuje również wobec Wykonawcy LK przesłanki wykluczenia, opisane w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 PZP.

Następnie Odwołujący przedstawił argumentację odnoszącą się do treści wezwania do wyjaśnienia ceny. Zdaniem Odwołującego skierowanie do Odwołującego wezwania w trybie art. 224 ust. 1 PZP było nadużyciem prawa podmiotowego przysługującego Zamawiającemu. Należy wskazać oczywiście, że fakt wystąpienia wątpliwości jest co do zasady okolicznością subiektywną leżącą po stronie Zamawiającego, ale nie bez przyczyny ustawodawca zawęził katalog, w jakich sytuacjach Zamawiający może wezwać do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Zamawiający dokonał błędnej analizy art. 224 PZP, co doprowadziło w konsekwencji do błędnego odrzucenia oferty Wykonawcy. Oferta Odwołującego nie powinna zostać odrzucona z uwagi na lakoniczność wyjaśnień, biorąc pod uwagę brak klarownego określenia przez Zamawiającego czego wyjaśnienia powinny dotyczyć.

Następnie Odwołujący odniósł się do poszczególnych przyczyn leżących u podstaw odrzucenia jego oferty, wskazywanych przez Zamawiającego w treści uzasadnienia tej czynności.

- ZARZUT NARUSZENIA ART. 226 UST. 1 PKT 5 I 8 PZP W ZW. Z ART. 99 UST 1 PZP W ZW. Z ART. 701 § 4 KC ZW. Z ART. 16 PKT 1) PZP: Odwołujący zauważył, że założenia i wyliczenia Zamawiającego, zarówno do zastosowanej stawki godzinowej, jak i przyjętej ilości operatorów są całkowicie błędne. Jak wynika z zapisów SST, Zamawiający zatem całkowicie błędnie przyjął pełną dyspozycyjność operatorów sprzętu dla każdego sprzętu (11+ 7+1+2+2+1) = 24 osoby. Dodatkowo przyjął konieczność obecności 2 dyżurnych ZUD, co dało mu wynik 26 osób, które powinny pozostawać w stanie pełnej gotowości.

Odwołujący niniejszym wskazuje, iż zgodnie z przywołanymi powyżej postanowieniami SST konieczna jest dyspozycyjność jedynie operatorów sprzętu podstawowego (18 osób) + 2 dyżurnych, co daje liczbę łącznie 20 osób. Uśredniona ilość godzin zaangażowanych operatorów sprzętu podstawowego w gotowości (75 % czasu gotowości czynnej, 25 % czasu gotowości biernej) w ciągu doby rozliczeniowej odwołujący szacuje na 75%, natomiast zaangażowanie dyżurnego w ciągu roku da się wyliczyć porównując ilość dni w roku z obowiązkową ilością dyżurnych (01 listopada do 31 marca roku następnego), tj. 152 dni do ogólnej liczby dni zimowych (od 1 października do 30 kwietnia roku następnego) tj. 212 dni i w takiej sytuacji zaangażowanie te wyniesie 72% średnio w przeliczeniu na 1 dobę rozliczeniową.

Stąd też możliwy koszt gotowości powinien być obliczony nie tak jak wskazał Zamawiający, ale w sposób następujący (nawet z uwzględnieniem stawki Zamawiającego): $(18 \text{ osób do sprzętu podstawowego} \times 24 \text{ h} \times \text{stawka } 29,93 \text{ zł} \times 75\%) + (2 \text{ dyżurnych} \times 24 \text{ h} \times 29,93 \text{ zł} \times 72\%) = 10.731,70 \text{ zł}$.

Stąd też stawka Zamawiającego w wysokości 18.676,32 zł (oparta na zupełnie błędnym wyszacowaniu ilości operatorów sprzętu) nie ma uzasadnienia dla pozostałych pozycji dla prac z grupy 10b (ZUD), a prawidłową stawką wyznaczającą jakikolwiek próg rażąco niskiej ceny powinna być stawka poniżej 10.731,70 zł.

Tym samym żadna z tych pozycji nie jest niedoszacowana i nie uzasadnia stwierdzenia wystąpienia rażąco niskiej ceny.

- ZARZUT NARUSZENIA ART. 226 UST. 1 PKT 5 I 8 PZP W ZW. §1-4 ROZPORZĄDZENIA RADY MINISTRÓW Z 13 WRZEŚNIA 2022 R. W SPRAWIE WYSOKOŚCI MINIMALNEGO WYNAGRODZENIA ZA PRACĘ WYSOKOŚCI MINIMALNEJ STAWKI GODZINOWEJ W 2023R. Jak wskazał Odwołujący w uzasadnieniu do zarzut (3) całkowitą niestusznosc stanowiska Zamawiającego, jakoby stawki Odwołującego były niezgodne z minimalną stawką godzinową. Przekonanie takie wynikało po prostu z innych błędnych założeń Zamawiającego co do sposobu kalkulacji oferty Odwołującego.

Zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 (Dz.U. z 2022r. poz. 1952 ze zm.) w 2023 roku stawka minimalna za godzinę pracy wynosiła od stycznia do czerwca 22,80 zł/godz., a od lipca do grudnia wynosi 23,50 zł/godz. Odwołujący w uzasadnieniu zarzutów 3 oraz 4 wskazał, iż każdorazowo jego stawki są wyższe niż wynikające z rozporządzenia. Dodatkowo należy wskazać, iż przyjęte przez Zamawiającego stawki w wysokości 28,99 zł, stawka nocna w wysokości 30,88 zł oraz uśredniona stawka 29,93 zł w sytuacji, gdy praca ma być świadczona całodobowo są całkowicie nieuzasadnione. nie wiadomo w ogóle w jaki sposób Zamawiający doszedł do takiego wyliczenia (przy jednoczesnym zarzuceniu Odwołującemu ogólnikowości wyjaśnień).

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego wskazał jedynie, iż dokonał analogicznych wyliczeń, jak w wyroku KIO z dnia 1 czerwca 2021r., sygn. 700/21, podczas gdy:

(1) od wydania ww. wyroku upłynęły 2 lata, w związku z czym jakiegokolwiek kwoty w nim zawarte są już nieaktualne,

(2) Zamawiający powinien dokonywać wyliczeń indywidualnie dla każdego postępowania.

Dodatkowo, jak zaznaczono wcześniej jako całkowicie błędnie należy przyjąć uznanie, iż pora nocna obejmuje połowę dobowego czasu pracy. Zgodnie z art. 151⁷ § 1 ustawy Kodeksu pracy, pora nocna obejmuje 8 godzin między godzinami 21:00 a 7:00, a pracodawca powinien dokładnie ustalić, które kolejne osiem godzin, pomiędzy 21:00 a 7:00, oznacza porę nocną w zakładzie pracy. Stąd też proporcje powinny być liczone jako 16h pracy dziennej do 8 h pracy nocnej, a nie jak zrobił to Zamawiający – po połowie (uśrednienie). Stąd też wykalkulowana przez Zamawiającego stawka jest całkowicie błędna.

Odwołujący potwierdza tym samym- w szczególności poprzez odniesienie się do szczegółowych zarzutów Zamawiającego w uzasadnieniu dla wyliczeń cenowych dla ZUD, iż oferta jego w żadnym przypadku nie narusza stawek minimalnych za wynagrodzenie.

- ZARZUT NARUSZENIA ART. 226 UST. 1 PKT 5 I 8 W ZW. Z ART. 16 PKT 1 PZP W ZW. Z ART. 701 § 4 K Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego na Część 3 wskazał, iż w żadnym miejscu wyjaśnień dla grupy 10b nie wskazał on, by w kosztach ujął prawa opcji w zakresie w jakim koszty te miał ująć w wycenie Zimowego Utrzymania Dróg zgodnie z wyjaśnieniami do SWZ nr 130.

Stanowisko to jest nieuzasadnione. Zgodnie z wyjaśnieniami nr 130 do SWZ Zamawiający wskazał, iż „Wykonawca ma skalkulować ilość sztuk sprzętu zimowego do wykorzystania w ramach prawa opcji w Formularzach cenowych gr. 10a i 10b.”. Nie żądał natomiast wykalkulowania w sposób szczegółowy kosztów opcji akurat w tych pozycjach, jak również nie żądał dowodów na poparcie tych kosztów.

Dalej Odwołujący wskazywał, że zgodnie z brzmieniem zmiany nr do SWZ, Zamawiający wskazał, iż „powiadomi Wykonawcę o skorzystaniu z prawa opcji, najpóźniej na 14 dni przed terminem jego realizacji, a w przypadku prac wchodzących w zakres bieżącego utrzymania dróg oraz ZUD co najmniej 30 dni, wskazując zakres skorzystania z tego prawa i termin realizacji, przy czym powiadomienie takie może zostać złożone Wykonawcy najpóźniej w ostatnim dniu obowiązywania Umowy. Powiadomienie następuje w formie pisemnego zlecenia przekazanego Wykonawcy. Wynagrodzenie Wykonawcy z tytułu realizacji prawa opcji zostanie ustalone każdorazowo zgodnie z Tabelami Elementów Rozliczeniowych złożonymi przez Wykonawcę wraz z ofertą oraz w zakresie określonym w § 1 ust. 8 Umowy. W przypadku braku możliwości zastosowania stawek z formularza ofertowego do odcinka drogi objętego prawem opcji (tj. braku w Tabelach Elementów Rozliczeniowych odcinka o tym samym standardzie ZUD, przekroju poprzecznym i zbliżonych spadkach podłużnych) wysokość wynagrodzenia należnego Wykonawcy z tytułu prawa opcji dla tego odcinka zostanie ustalona indywidualnie, z uwzględnieniem zakresu zlecanych usług oraz czasu ich wykonywania.”

Podobnie zgodnie z § 27 ust. PPU „Zamawiający powiadomi Wykonawcę o skorzystaniu z prawa opcji (...) wskazując zakres skorzystania z tego prawa i termin realizacji, przy czym powiadomienie takie może zostać złożone Wykonawcy najpóźniej w ostatnim dniu obowiązywania Umowy. Wynagrodzenie Wykonawcy z tytułu realizacji prawa opcji zostanie ustalone każdorazowo zgodnie z Tabelami Elementów Rozliczeniowych złożonych przez Wykonawcę wraz z ofertą oraz w zakresie określonym w § 1 ust. 8 Umowy”, zaś na mocy ust. 2 „Zamawiający jest uprawniony, lecz nie zobowiązany do skorzystania w trakcie realizacji Umowy z prawa opcji wielokrotnie, aż do wyczerpania limitu wynagrodzenia przewidzianego na prawo opcji”.

Powyższe wskazuje jednoznacznie, iż niemożliwe było dokładne wyliczenie kwotowe prawa opcji przy grupie 10b (zimowe utrzymanie dróg), gdyż dokładny zakres, w jakim Zamawiający korzystałby z prawa opcji nie był znany. Nie było również wiadome, z jakich sprzętów (z wyłączeniem sprzętów zimowych) korzystałby Zamawiający uruchamiając prawo opcji. To właśnie dlatego strony miały ustalić kwotę opcji na etapie realizacji zamówienia, po skorzystaniu z niej przez Zamawiającego i ustalić tą kwotę opcji- albo w oparciu o TER, albo indywidualne ustalenia, z uwzględnieniem zakresu usług oraz czasu ich wykorzystania.

Niezależnie od powyższego nie jest możliwym, aby Odwołujący wskazał zakres opcji w formularzach dla grupy 10b (ZUD), ponieważ miejsca takiego nie przewidywał sam formularz, zaś przy opcji do istniejących pozycji spowodowałyby to, iż wykonawca otrzymywałby wynagrodzenie w ramach opcji podwójnie raz jako dodatek do płatności podstawowej, a drugi raz w sytuacji uruchomienia opcji.

Zauważyć należy, iż Zamawiający zarzucając Odwołującemu, iż oczekiwał od niego wyjaśnień oraz dowodów także w zakresie opcji (w tym również w ramach grupy 10b), sam nie potrafił wyjaśnić, dlaczego uznaje ofertę Odwołującego za niedoszacowaną w przedmiotowym zakresie. Jedynym bowiem argumentem Zamawiającego na poparcie tezy o niedoszacowaniu jest wskazanie, iż „inny wykonawca” (w sytuacji, gdy oferentów na przedmiotową Część zamówienia było kilku (!)) oszacował przedmiotowe koszty na 681.375 zł, z czego Zamawiający „zachowawczo szacując” (tzn. bez żadnego uzasadnienia) przyjął kwotę 500.000 zł. Podkreślenia wymaga, iż podane kwoty 681.375 zł oraz wskazywana kwota niedoszacowania w wysokości 500.000 zł pojawia się na niemal na wszystkich częściach oraz wobec wszystkich wykonawców (niezależnie od kwot wskazanych w ofertach) za wyjątkiem Wykonawcy LK, co nie tylko świadczy o braku rzetelnej kalkulacji ze strony Zamawiającego, lecz przede wszystkim o braku prawidłowej podstawy do stwierdzenia wystąpienia rażąco niskiej ceny.

Stanowisko Zamawiającego:

Pismem z dnia 24 lipca 2023 r. do akt sprawy wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości, przedstawiając stosowną argumentację, podtrzymując jednak przede wszystkim ustalenia poczynione przez niego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła istnienie przesłanek materialnoprawnych do wniesienia odwołań, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy PZP. Ponadto Izba nie stwierdziła istnienia przesłanek do odrzucenia odwołań, o których mowa w art. 528 ustawy PZP.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę:

1) L.K., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą L.K. Firma Usługowo Handlowo Produkcyjna z siedzibą w

Raniżowie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego prowadzonego pod sygnaturą akt KIO 1980/23, 1983/23 oraz 2018/23 po stronie zamawiającego;

2) ZABERD Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego prowadzonego pod sygnaturą akt KIO 2018/23 po stronie odwołującego.

Wszystkie wymogi formalne związane ze zgłoszonymi przystąpieniami zostały spełnione, a zatem należało uznać je za skuteczne.

W sprawie odwoławczej prowadzonej pod sygnaturą akt KIO 1980/23 w trakcie rozprawy Odwołujący oświadczył, iż cofa zarzuty skierowane wobec oferty wykonawcy L.K., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą L.K. Firma Usługowo Handlowo Produkcyjna, dotyczące: prac z grupy 4 – pozycja 8.1, prac z grupy 9 – w całości oraz prac z grupy 12 – pozycje 18.1, 19.1 oraz 19.2. Wobec powyższego postępowanie odwoławcze w ww. zakresie należało umorzyć w oparciu o art. 568 pkt 1 ustawy PZP.

W sprawie odwoławczej prowadzonej pod sygnaturą akt KIO 2018/23 w trakcie posiedzenia Odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie w części dot. zarzutów postawionych wobec części 1 i 2 postępowania. Postępowanie odwoławcze w tym zakresie podlegało więc umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy PZP.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której treść była kluczowa dla rozstrzygnięcia sprawy. Dodatkowo w ramach postępowania odwoławczego złożone zostały następujące dowody, które Izba dopuściła w poczet materiału dowodowego, na okoliczności wskazane w treści pism procesowych lub odnotowane w protokole posiedzenia i rozprawy:

1. Dowody Odwołującego (sygn. akt: KIO 1980/23):

- a. Opracowanie własne Odwołującego: zestawienie pozycji, w których cena L.K. Firma Usługowo-Handlowo-Produkcyjna jest zaniżona o więcej niż 30% w stosunku do średniej ceny ofert,
- b. Karta produktu HER771 Incobex – fundament termoutwardzalny FTN-26 do obudowy STN 26,
- c. Karta produktu rozdzielnica natynkowa, szafa, obudowa ABS 27x35x16 OA350270160,
- d. Karta produktu szafa oświetlenia ulicznego Incobex, IRA-0703, IRA-0704, IRA-0705 i rozwiązania układów sterowania,
- e. Opracowanie własne – część 3 Lesko wykaz niezgodnych pozycji lub wykonywanych ze stratą opartych o jedną kalkulację,
- f. Opracowanie własne – Grupa prac nr 1 różnice w cenie jednostkowej – przy jednej kalkulacji do wszystkich części,
- g. Opracowanie własne – Grupa prac nr 2 różnice w cenie jednostkowej – przy jednej kalkulacji do wszystkich części,
- h. Opracowanie własne – Grupa prac nr 3 różnice w cenie jednostkowej – przy jednej kalkulacji do wszystkich części,
- i. Opracowanie własne – Grupa prac nr 4 różnice w cenie jednostkowej – przy jednej kalkulacji do wszystkich części,
- j. Opracowanie własne – grupa prac nr 8 różnice w cenie jednostkowej – przy jednej kalkulacji do wszystkich części,
- k. Opracowanie własne - Grupa prac nr 12 różnice w cenie jednostkowej – przy jednej kalkulacji do wszystkich części.

Pozostałe dowody złożone przez Odwołującego dotyczyły części 1 i 2 postępowania, w zakresie których postępowanie zostało umorzone, nie ma więc potrzeby ich wymieniania.

2. Dowody Odwołującego (sygn. akt: KIO 1983/23):

- a. Raport weryfikacji podpisu pliku pn. „3.aneks_gwarancja_280000204256.pdf”,
- b. Wadium (gwarancja ubezpieczeniowa) nr 280000204256 z dnia 01.02.2023 r.,
- c. Raport weryfikacji podpisu pliku pn. „gwarancja_280000204256.pdf”,
- d. „Szczegółowy plan operacyjny zimowego utrzymania dróg sezon 2022/2023” – Rejon Lesko,
- e. Wydruki SATIS,
- f. Dzienniki dyżurnego,
- g. Wyliczenie (dni zimowe),
- h. Opinia prawna dotycząca ważności zabezpieczenia oferty wadium z dnia 24 lipca 2023 r. przekazana na nośniku elektronicznym oraz w formie papierowej poświadczona za zgodność z oryginałem,

- i. Korespondencja mailowa z dnia 24 lipca 2023 r. zawierająca informację od ubezpieczyciela,
 - j. Zestawienie danych historycznych Zimowe Utrzymanie Dróg OU Lesko od początku kontraktu do chwili przygotowywania oferty na sezon 2023/2024 wraz z formularzami cenowymi wykonawcy Transprzet Sp. z o.o. Sp. k. oraz wykonawcy L.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą L.K. Firma Usługowo-Handlowo-Produkcyjna dla przetargu aktualnego oraz Tabela Elementów Rozliczeniowych wykonawcy L.K. – przetarg realizowany.
3. Dowody Odwołującego (sygn. akt: KIO 2018/23): (segregator opisany DOWODY EUROVIA 2018/23)
- a. Artykuł ze strony internetowej: archiwum.gddkia.gov.pl/aprint/22671/Najdluzsza-autostrada-w-Polsce,
 - b. Opracowania własne Odwołującego dotyczące poszczególnych grup prac z oferty wykonawcy L.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą L.K. Firma Usługowo-Handlowo-Produkcyjna wraz z opisem oraz wnioskami, że zaofertowane przez tego wykonawcę stawki są za niskie,
 - c. Wyczenie minimalnej kalkulacyjnej stawki wynagrodzenia w budownictwie dla robót budowlano-montażowych w Polsce w pierwszej i drugiej połowie 2023 roku,
 - d. Opracowania własne Odwołującego dotyczące poszczególnych grup prac ze wskazaniem stawek zaofertowanych przez Odwołującego oraz średnią z ofert na poszczególnych rejonach,
 - e. Opracowania własne Odwołującego dotyczące poszczególnych grup prac ze wskazaniem ilości dla poszczególnych rejonów i średniej,
 - f. Pozostałe dowody zawierające opracowanie własne Odwołującego z analizą wyjaśnień ceny wykonawcy K., mapami, artykułami prasowymi itp.
4. Dowody Zamawiającego:
- a. Dowód oznaczony jako D1 – wezwanie do wyjaśnienia wysokości zaofertowanej ceny, postępowanie nr O.RZ.D-3.2413.10.2020,
 - b. Dowód oznaczony jako D2 – wezwanie do wyjaśnienia wysokości zaofertowanej ceny, postępowanie nr O.RZ.D-3.2413.10.2020,
 - c. Dowód oznaczony jako D2 – protokół odbioru Obwód Utrzymania Autostrady w Skołoszowie,
 - d. Dowód oznaczony jako D3 – pismo z dnia 18.07.2022 r., postępowanie nr O/RZ.Z-1.4202.88.2022.MBe,
 - e. Dowód oznaczony jako D 3.1 – wykaz osób pełniących obowiązki kierownika OD na poszczególnych odcinkach dróg krajowych,
 - f. Dowód oznaczony jako D 3.2 – dokumentacja powykonawcza oraz deklaracja zgodności,
 - g. Dowód oznaczony jako D4 – oferta z dnia 22.06.2020 r.,
 - h. Dowód oznaczony jako D5 – wyciąg z dokumentu,
 - i. Dowód oznaczony jako D6 – wyciąg z wyjaśnień ceny,
 - j. Dowód oznaczony jako D7 – część pisma z dnia 16.10.2020 r., znak: 175/ORZ/10/2020,
 - k. Dowód oznaczony jako D8 – zakres czynności pracownika,
 - l. Dowód oznaczony jako D10 – wezwanie do wyjaśnienia wysokości zaofertowanej ceny, postępowanie nr O.RZ.D-3.2413.10.2020,
 - m. Dowód oznaczony jako D11 – minimalny koszt robocizny – roboczogodziny obliczony przez Zamawiającego na podstawie obowiązujących przepisów 3490 zł,
 - n. Dowód oznaczone jako D12 – dokumentacja zdjęciowa,
 - o. Dowód oznaczony jako D12 - minimalny koszt robocizny – roboczogodziny obliczony przez Zamawiającego na podstawie obowiązujących przepisów 3600 zł,
 - p. Dowód oznaczony jako D13 – zestawienie tabelaryczne, na podstawie którego Zamawiający dokonywał wezwania do wyjaśnień ceny w zakresie poszczególnych pozycji,
 - q. Dowód oznaczony jako D14 – wyczenie porównanie niedoszacowania robocizny ZUD,
 - r. Zakres czynności pracownika Edwarda Płocicy.
5. Dowody Przystępującego po stronie Zamawiającego: (teczka opisana: DOWODY K.)
- a. Opracowanie własne w formie tabelarycznej zawierające poszczególne pozycje z wyczeniem zysku/straty,
 - b. Karty wykonania oględzin-konserwacji,
 - c. Książki eksploatacji pompowni EPS wraz z danymi technicznymi,
 - d. Karta eksploatacji obiektu,
 - e. Oferty handlowe wraz fakturami VAT,
 - f. Kwity wagowe,
 - g. Dokumentacja techniczna oraz zdjęciowa.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych będących w administracji Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, w podziale na 4 części: Część 1 – utrzymanie dróg krajowych Rejonu w Rzeszowie - autostrady A-4 na odcinku Rzeszów Wschód (bez węzła) do Jarosław Zachód z (węzłem). Część 2 – utrzymanie dróg krajowych G i GP Rejonu w Przemyślu. Część 3 – utrzymanie dróg krajowych G i GP Rejonu w Lesku. Część 4 – utrzymanie dróg krajowych G, GP i S Rejonu w Nisku, numer postępowania O/RZ.D-3.2421.27.2022.

Wartość szacunkowa dla części 3 ustalona została na poziomie 206 951 606,22 zł brutto (zamówienie podstawowe). Z prawem opcji wartość ta wynosi 289 732 248,71 zł brutto.

W ramach części 3 postępowania, oferty zostały złożone przez 4 podmioty, tj. przez:

- Odwołującego (sygn. akt: KIO 1980/23): łączna wartość oferty 248 907 979,11 PLN brutto, w tym zamówienie podstawowe: 177 791 413,65 PLN brutto oraz zamówienie objęte prawem opcji: 35 558 282,73 (§1 ust. 8 pkt 1 PPU) oraz 35 558 282,73 (§1 ust. 8 pkt 2 PPU);
- Odwołującego (sygn. akt: KIO 1983/23): łączna wartość oferty 249 756 829,29 PLN brutto, w tym zamówienie podstawowe: 178 397 735,22 PLN brutto oraz zamówienie objęte prawem opcji: 35 679 547,04 (§1 ust. 8 pkt 1 PPU) oraz 35 679 547,04 (§1 ust. 8 pkt 2 PPU);
- Odwołującego (sygn. akt: KIO 2018/23): łączna wartość oferty 273 116 185,11 PLN brutto, w tym zamówienie podstawowe: 195 082 989,36 PLN brutto oraz zamówienie objęte prawem opcji: 39 016 597,87 (§1 ust. 8 pkt 1 PPU) oraz 39 016 597,87 (§1 ust. 8 pkt 2 PPU);
- Przystępującego po stronie Zamawiającego: łączna wartość oferty 259 524 931,08 PLN brutto, w tym zamówienie podstawowe: 185 374 950,77 PLN brutto oraz zamówienie objęte prawem opcji: 37 074 990,16 (§1 ust. 8 pkt 1 PPU) oraz 37 074 990,16 (§1 ust. 8 pkt 2 PPU).

Zamawiający na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 206 951 606,22 zł brutto.

Pismami z dnia 15 marca 2023 r. Zamawiający zwrócił się do każdego z wykonawców z wezwaniem do wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny. W każdym z wezwań Zamawiający przedstawił, które z pozycji budzą jego wątpliwości wskazując, że wycenione są one na poziomie istotnie niższym niż w szacunkowej kalkulacji wartości zamówienia i/lub są zaniżone w stosunku do średnich cen z ofert pozostałych wykonawców.

Dalej w treści wezwań Zamawiający wskazywał, że:

„W związku z powyższym Zamawiający, działając zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, zwraca się o udzielenie wyczerpujących wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny zamówienia podstawowego oraz zamówienia objętego prawem opcji.”

Zamawiający podkreślił, że przy ocenie wyjaśnień będzie brał pod uwagę obiektywne czynniki, a w szczególności te wskazane w treści art. 224 ust. 3 ustawy PZP.

Zgodnie z dalszą treścią wezwania:

„Ponadto Zamawiający prosi o wyjaśnienie, czy przedmiot zamówienia został wyceniony zgodnie z SWZ oraz potwierdzenie, że zaproponowana w ofercie cena jest realna. Ocena wyjaśnień dokonywana przez Zamawiającego ma na celu ustalenie, czy cena, w tym poszczególne jej składowe, skalkulowane są rzetelnie i czy w związku z tym Wykonawca będzie w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie.

Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności wyjaśnienia kwestii ujęcia w cenie oferty wszystkich kosztów towarzyszących wykonywaniu przedmiotu zamówienia, wraz z podaniem ich wartości.

W celu udowodnienia, że zaoferowana przez Wykonawcę cena jest realna, Zamawiający prosi o wyjaśnienie kwestii ujęcia w cenie oferty wszystkich kosztów towarzyszących wykonywaniu przedmiotu zamówienia, w zakresie przedmiotowej pozycji z wyszczególnieniem kosztów robocizny, sprzętu i materiałów, kosztów pośrednich, zysku i innych kosztów mających wpływ na wycenę pozycji. Przedmiotowe koszty należy wyszczególnić z odpowiednim przyporządkowaniem do poszczególnych pozycji w załączonych do niniejszego wezwania formularzach cenowych 2.2.3

Zamawiający prosi również o przedstawienie przez Wykonawcę, odnośnie do każdej pozycji w załączonych formularzach

2.2.3 opisu, jakie zakresy i jakie działania założył Wykonawca w ramach realizacji danej pozycji. Wyjaśnienia/opis działań i innych okoliczności związanych z realizacją tejże pozycji zawrzeć należy w sposób zwięzły i konkretny w części opisowej wyjaśnień. W części opisowej dla każdej pozycji załączonych formularzy Zamawiający prosi również o jednoznaczne wskazanie, czy wszystkie koszty dotyczące danej pozycji zostały ujęte w cenie przypisanej tej pozycji. W przypadku, gdy zostały one przeniesione, należy wskazać pozycje, w których dane koszty zostały ujęte oraz wysokość kwoty, która została do danej pozycji przeniesiona.

Zamawiający prosi o szczegółowe wyjaśnienie jakie obiektywne czynniki spowodowały obniżenie ceny oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena została obniżona, jednocześnie Wykonawca powinien wykazać jakie indywidualne możliwości i okoliczności, dostępne i właściwe tylko dla Wykonawcy przy realizacji tego zamówienia, umożliwiły obniżenie ceny oferty.

Podsumowując, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów składowych oferty mających wpływ na wysokość wyceny, w szczególności wskazania argumentów potwierdzających realność, opłacalność i rynkowość dokonanej wyceny.

Przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia muszą być merytoryczne, a Wykonawca musi dostarczyć wystarczający materiał do sformułowania przez Zamawiającego oceny zaoferowanej w ofercie ceny, za którą Wykonawca ma zamiar wykonać przedmiot zamówienia. Dlatego prosimy o przesłanie jednoznacznych i precyzyjnych informacji oraz dowodów, co najmniej w kwestiach wskazanych powyżej, ale także innych, które Wykonawca uzna za istotne, na temat sposobu obliczenia przez Wykonawcę ceny zamówienia, a których Zamawiający nie wymienił powyżej m.in. zaangażowanie osobowe, rzeczowe, sprzętowe i finansowe i związane z tym niezbędne do poniesienia koszty a także zakładany poziom zysku.

W przypadku, gdy Wykonawca w niżej określonym terminie nie udzieli wyjaśnień lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadnią podanej w ofercie ceny Zamawiający odrzuci ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.”

Każdy z wezwanych wykonawców udzielił stosownych wyjaśnień w terminie wskazanym przez Zamawiającego.

W dniu 30 czerwca 2023 r. Zamawiający poinformował o wynikach postępowania. Za najkorzystniejszą uznana została oferta wykonawcy L.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą L.K. Firma Usługowo-Handlowo-Produkcyjna. Oferty pozostałych wykonawców zostały odrzucone. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia ofert wskazał na podstawę prawną i przedstawił szczegółowe uzasadnienie w stosunku do każdej z odrzuconych ofert.

Uzasadnienie prawne:

KIO 1980/23:

Zarzuty odnoszące się do oferty Odwołującego:

Odnosząc się do pierwszej części argumentacji znajdującej się w odwołaniu, a dotyczącej treści wezwania do złożenia wyjaśnień ceny jakie zostało sformułowane przez Zamawiającego, Izba pragnie podkreślić, że argumentacja ta nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Ewentualna reakcja Odwołującego na treść wezwania do złożenia wyjaśnień powinna zostać podjęta w momencie jego otrzymania, przez wniesienie środka ochrony prawnej. Na obecnym etapie nie ulega wątpliwości, że wezwanie zostało skierowane, a obowiązkiem wykonawcy było zadośćuczynienie jego treści. Analiza Izby dotycząca wyjaśnień ceny Odwołującego uwzględnia oczywiście treść skierowanego wezwania, ale tylko w zakresie jego szczegółowości i poszczególnych kwestii w nim poruszanych oraz adekwatności odpowiedzi wykonawcy. Irrelevantna jest przy tym zasadność jego skierowania, gdyż Odwołujący na odpowiednim etapie nie zakwestionował owej zasadności, a więc uznać należy, że zaakceptował czynność Zamawiającego w tym zakresie.

Odnosząc się więc do poszczególnych przyczyn odrzucenia oferty Odwołującego Izba pragnie wskazać, co następuje:

- połączenie funkcji dyżurnego ZUD z osobą dyżurującą w POK:

W ocenie Izby ustalenia Zamawiającego zawarte w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego są nieprawidłowe. Z treści specyfikacji warunków zamówienia nie wynika wprost zakaz łączenia funkcji dyżurnego ZUD i POK. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego próbuje wyinterpretować ten zakaz poprzez cytowanie zapisów, które zdaniem Izby, generują w tym zakresie co najmniej uzasadnione wątpliwości. Skoro tak, wątpliwości takich nie można rozstrzygać na niekorzyść wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Dodatkowo wskazać należy, że Zamawiający w sytuacji, gdy przewidywał kategorię zakaz łączenia określonych

funkcji, to wprost na taki zakaz wskazywał (pkt 8.2 SWZ).

Z tego względu, zdaniem Izby, stanowisko Zamawiającego jest zbyt daleko idące, a tym samym wskazana podstawa do odrzucenia oferty Odwołującego błędna.

- ujęcie kosztów dyżurnego ZUD:

Wskazać należy, że Zamawiający w sposób bardzo wyraźny wskazywał w dokumentacji postępowania, że *Cena za jednostkę obejmuje wszystkie składniki kosztów (m.in. KP, KZ, Zysk, itp.), a także inne czynności opisane w SST – dopisek znajdujący się w uwagach do poszczególnych formularzy cenowych.*

Zamawiający podkreślał również, że przy wycenie wykonawca winien przestrzegać zasad określonych w uwagach zamieszczonych pod formularzami (pkt 17.1 SWZ).

Również w wezwaniu do złożenia wyjaśnień ceny Zamawiający wyraźnie wskazał, że: *„W części opisowej dla każdej pozycji załączonych formularzy Zamawiający prosi również o jednoznacznie wskazanie, czy wszystkie koszty dotyczące danej pozycji zostały ujęte w cenie przypisanej tej pozycji. W przypadku, gdy zostały one przeniesione, należy wskazać pozycje, w których dane koszty zostały ujęte oraz wysokość kwoty, która została do danej pozycji przeniesiona.”*

Co więcej, w piśmie z dnia 27 marca 2023 r., które skierowane zostało do każdego z wykonawców, Zamawiający wyraźnie podkreślał konieczność by cena jednostkowa w danej pozycji formularza cenowego zawierała wszystkie koszty związane z wykonaniem poszczególnych rodzajów prac.

Z powyższych zapisów w sposób jednoznaczny wynika, że cena za daną pozycję wskazaną w formularzach powinna obejmować wszystkie składniki kosztów. W sytuacji zaś ich przeniesienia do innych pozycji, wykonawca powinien w sposób jednoznaczny o tym poinformować w składanych wyjaśnieniach.

Uwzględniając ustalenia Izby w zakresie dopuszczalności połączenia funkcji dyżurnego ZUD z osobą dyżurującą w POK wskazać należy, że nie zwalniało to wykonawcy od zadośćuczynienia pozostałym wymaganiom dokumentacji, tj. w szczególności przejrzystego skalkulowania cen za poszczególne pozycje rozliczeniowe. Zatem w sytuacji, gdy Odwołujący dokonał połączenia obu funkcji, powinien był dokonać stosownego rozbicia kwot wynagrodzenia, ze wskazaniem ich wysokości przypadającej na każdą grupę. Skalkulowanie kosztów tylko w ramach grupy 11 jest zatem nieprawidłowe, a decyzja Zamawiającego była w tej części słuszna.

- liczba operatorów ZUD:

Izba w omawianym zakresie nie stwierdziła niezgodności oferty z SWZ. W treści SWZ nie ma jednoznacznego postanowienia wskazującego, że operatorów ZUD musi być 24. Zdaniem Izby interpretacja przedstawiana przez Zamawiającego jest zbyt restrykcyjna i nie uwzględnia całokształtu zapisów dokumentacji. Zadaniem wykonawcy było takie skalkulowanie kadry niezbędnej do obsługi zamówienia by możliwym było zadośćuczynienie zapisom SWZ. Jednak zdaniem Izby oczywistym jest, że cały sprzęt wymagany przez Zamawiającego do obsługi kontraktu nie będzie pracował w pełnym zakresie przez cały czas. Błędny jest zatem podejście Zamawiającego polegające na założeniu pełnego zaangażowania osób na każdy sprzęt w ramach ZUD.

Uwzględniając zapisy SST dotyczące różnego rodzaju gotowości, zdaniem Izby, Zamawiający przedwcześnie podjął decyzję o odrzuceniu oferty wykonawcy na ww. podstawie, a ewentualnie wątpliwości w tym zakresie powinny zostać wyjaśnione przez skierowanie ponownego wezwania.

- niedoszacowanie kosztów pracy:

Powyższy zarzut łączy się z zagadnieniem ilości operatorów ZUD. Uwzględniając ustalenia Izby wskazane powyżej uznać należy, że już z tego względu część obliczeń Zamawiającego wskazanych w treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego jest błędna.

Dodatkowo Izba pragnie wskazać, że samodzielne wskazywanie przez Zamawiającego, prawidłowej jego zdaniem stawki roboczogodziny, jest podejściem nieprawidłowym. To wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień ma obowiązek uzasadnić podaną przez niego cenę i do tej właśnie części wyjaśnień powinno referować uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego. Tymczasem Zamawiający poczynił własne założenia i tylko na ich podstawie poczynił określone obliczenia.

Wskazać jednak należy, że za każdym założeniem jak np. ilość osób niezbędnych do wykonania poszczególnych prac, przyjęty czas pracy, stawka roboczogodziny itp. stoi pewien proces decyzyjny wykonawcy, który w wyjaśnieniach uzewnętrznia jedynie końcowy rezultat tego procesu w postaci konkretnych liczb i obliczeń. Zdaniem Izby nie można

wykluczyć, że założenia kalkulacyjne jakie przyjął Odwołujący, uzasadniają przyjęcie stawki roboczogodziny takiej, na jaką wskazywał w treści wyjaśnień. Skoro według Zamawiającego stawka roboczogodziny jest zbyt niska, to przed odrzuceniem oferty Odwołującego powinien dowiedzieć się co leżało u podstaw takich założeń, gdyż może okazać się, że założenia Odwołującego wynikają z okoliczności, na które Zamawiający nie zwrócił uwagi lub które nie były mu znane, a mogły wynikać z założeń, których Odwołujący nie zawarł w treści wyjaśnień.

Zdaniem Izby powoływana przez Odwołującego okoliczność była podstawą do skierowania ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień, gdyż z całą pewnością nie można stwierdzić, że przyjęta stawka roboczogodziny jest zbyt niska.

- koszty prawa opcji:

Izba w zakresie skalkulowania kosztów prawa opcji przyjmuje za swoją argumentację przedstawioną przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego i w odpowiedzi na odwołanie.

Wskazać należy, że zgodnie z wyjaśnieniem nr 130 do SWZ:

Pytanie:

„Prosimy o wskazanie pozycji, w której Wykonawca ma skalkulować ilość sztuk sprzętu zimowego do wykorzystania w ramach prawa opcji oraz termin w którym sprzęt ma być zapewniony. W przypadku utrzymania zimowego niemożliwe staje się zabezpieczenie takiej ilości sprzętu na wezwanie Zamawiającego w 14 dni przed wskazanym terminem chyba, że Zamawiający dopuści wykorzystanie tej ilości sprzętu z ilości podstawowej wymaganej do przedmiotowego postępowania.”

Odpowiedź:

„Zamawiający wyjaśnia, że wprowadza zmianę do SWZ polegającą na wydłużeniu terminu z 14 na 30 dni. Patrz zmiana SWZ nr 128, 129 130, 131. Ponadto Zamawiający wyjaśnia, że Wykonawca ma skalkulować ilość sztuk sprzętu zimowego do wykorzystania w ramach prawa opcji w Formularzach cenowych gr. 10a i 10b.”

Zdaniem Izby nie ulega wątpliwości, że obowiązkiem wykonawcy było skalkulowanie w ramach formularza cenowego z grupy 10 i 10b kosztów, o których mowa wyżej. Obowiązkiem wykonawcy było również odniesienie się do zasadności ich skalkulowania w ramach składanych wyjaśnień ceny, o czym świadczy następujący fragment wezwania:

„W związku z powyższym Zamawiający, działając zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, zwraca się o udzielenie wyczerpujących wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia zaferowanej ceny zamówienia podstawowego oraz zamówienia objętego prawem opcji.”

Tymczasem Odwołujący w ramach przedkładanych wyjaśnień w ogóle nie odniósł się do kosztów zamówienia objętego prawem opcji. Wskazać należy, że twierdzenia odwołania nie mogą zastępować złożonych uprzednio wyjaśnień. Zamawiający ocenia przedłożone wyjaśnienia i na ich podstawie podejmuje określone decyzje. Brak jakiegokolwiek deklaracji Odwołującego wyłącza możliwość uznania, że wyjaśnienia wraz z dowodami uzasadniają podaną w ofercie cenę, a Odwołujący rzeczywiście koszty, o których mowa, ujął w swojej cenie.

Zatem decyzja Zamawiającego w ww. zakresie była prawidłowa.

Podsumowując wskazać należy, że część z zarzutów odwołania w analizowanym zakresie okazała się zasadna. Niektóre z podstaw odrzucenia oferty Odwołującego, na jakie wskazywał Zamawiający w treści uzasadnienia tej czynności, nie zasługiwały na aprobatę lub kwestie nimi objęte wymagały doprecyzowania przez skierowanie ponownego wezwania. Nie zmienia to faktu, że oferta Odwołującego nie może zostać przywrócona do postępowania, gdyż część z argumentów Zamawiającego okazała się zasadna, a oferta Odwołującego i tak podlega odrzuceniu.

Zarzuty dotyczące oferty wykonawcy K.:

Grupa prac nr 8 – pominięcie 23 pozycji kosztorysowych oraz prace z grup 2 i 3:

Twierdzenia Odwołującego są błędne. Pozycje, na które uwagę zwraca Odwołujący zostały ujęte w rozbiciu TER, tj. Przystępujący wskazał, jak dla tych pozycji kształtują się koszty robocizny, materiałów, sprzętu, koszty pośrednie, koszty inne i zysk. Co więcej, przyjęte przez Przystępującego założenia dla ww. pozycji zostały przedstawione i poparte

dowodami znajdującymi się w założeniach ogólnych (plik pn. „ogolne_tajemnica_przedsiębiorstwa.bes).

Zdaniem Izby informacje znajdujące się w założeniach ogólnych są na tyle precyzyjne, że Zamawiający miał podstawy do tego by pozytywnie ocenić wyjaśnienia w kwestionowanym zakresie. Co prawda dla ww. pozycji, metodyka przyjęta przez Przystępującego odbiegała od tej przyjętej dla pozostałych pozycji, niemniej jednak, zdaniem Izby, jest ona prawidłowa i daje Zamawiającemu możliwość oceny zasadności skalkulowania ceny.

Powyższe uwagi odnieść należy także do pozycji z grupy prac 2 i 3. Także w przypadku tych pozycji informacje podawane przez Przystępującego w wyjaśnieniach pozwalają na przyjęcie, że ceny jednostkowe z tych kosztorysów są poprawne, a stopień szczegółowości wyjaśnień Przystępującego pozwala na pozytywną ich ocenę przez Zamawiającego.

Zwrócić należy uwagę, że stopień szczegółowości wyjaśnień Odwołującego i Przystępującego w tym zakresie jest na podobnym poziomie. Zdaniem Izby, przyjęta przez obu wykonawców metodyka pozwalała na pozytywną ocenę przedłożonych wyjaśnień w analizowanym zakresie. Nie ma zatem podstaw by wobec Przystępującego wywodzić skutki, jakich Zamawiający nie wywiódł wobec, w zasadzie tożsamy, wyjaśnień Odwołującego.

Izba w analizowanym zakresie popiera argumentację prezentowaną przez Zamawiającego i Przystępującego, przyjmując ją jako swoją.

Grupa prac 4 pozycja 2.3:

Zdaniem Izby z zapisów dokumentacji nie wynika jednoznacznie konieczność wykonywania prac w ramach ww. pozycji przy użyciu pojazdu samowładowczego. Zgodnie z treścią dokumentacji *„Czyszczenie zbiornika zostanie wykonane zgodnie z instrukcją eksploatacji urządzenia. Oczyszczenie zbiorników może być wykonane ręcznie lub mechanicznie przy użyciu ładowarek, koparek lub spycharek. Zebrane zanieczyszczenia należy przetransportować i unieszkodliwić zgodnie z decyzją w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów.”*

W wyjaśnieniach Przystępującego skalkulowany został koszt koparki, a na podstawie dokumentacji nie można przyjąć, że przy jej użyciu nie jest możliwym transport urobku. W związku z powyższym brak skalkulowania kosztów innego pojazdu nie stanowi samoistnie o nieuwzględnieniu przez wykonawcę obowiązku odwiezienia urobku na składowisko.

Izba popiera w analizowanym zakresie popiera argumentację przedstawianą przez Zamawiającego i Przystępującego, przyjmując ją jako swoją.

Tytułem podsumowania Izba pragnie wskazać, iż nie dopatrzyła się w działaniach Zamawiającego symptomów nierównego traktowania wykonawców. Co prawda, nie wszystkie podstawy do odrzucenia oferty Izba uznała za słuszne, jednak biorąc pod uwagę wszystkie wskazywane przez niego naruszenia, zdaniem Izby oferta Odwołującego zasługiwała na odrzucenie i w tym zakresie czynność Zamawiającego powinna się utrzymać.

Z kolei w zakresie oceny oferty Przystępującego FUHP K., argumentacja przedstawiona w trakcie postępowania odwoławczego doprowadziła Izbę do przekonania, że odmiennie kształtowała się sytuacja wykonawców odrzuconych oraz wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, a zatem Zamawiający miał podstawy by odmiennie potraktować te oferty. Przede wszystkim w wyjaśnieniach przedkładanych przez Przystępującego FUHP K. nie znalazły się wady takie, na które zwracał uwagę Zamawiający w przypadku pozostałych oferentów. Powyższe świadczy o tym, że Zamawiający miał prawo odmiennie potraktować złożone oferty, a jego czynność w tym zakresie była prawidłowa.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

KIO 1983/23:

Zarzut nr 1:

Zgodnie z art. 97 ust. 10 ustawy PZP jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w ust. 7 pkt 2-4, wykonawca przekazuje zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia, w postaci elektronicznej.

Tożsamy zapis znalazł się w punkcie 18.3 SWZ, zgodnie z którym „jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia Wykonawca przekazuje Zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia w postaci elektronicznej.”

W niniejszej sprawie Odwołujący wniósł wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, a więc w formie przewidzianej prawem (art. 97 ust. 7 pkt 3 ustawy PZP).

Odwołujący zaniechał jednak obowiązkowi wniesienia oryginału gwarancji wadialnej.

Nie ulega bowiem wątpliwości, że wniesiona przez Odwołującego gwarancja stanowi skan wydruku dokumentu sporządzonego w formie elektronicznej. Dokument ten następnie został podpisany kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi przedstawicieli Odwołującego.

Skład orzekający podziela stanowisko wyrażone w wyroku KIO z dnia 19 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2464/19, na który to wyrok powoływał się również Zamawiający, że wniesienie wadium powinno obejmować przekazanie dokumentu wadialnego w takiej formie, w jakiej został on wystawiony przez gwaranta, czyli w przypadku gwarancji ubezpieczeniowych wystawionych w formie elektronicznej z podpisem kwalifikowanym wystawcy (gwaranta), do oferty należało załączyć dokument w tej właśnie formie.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3.

Przepis art. 97 ust. 10 ustawy PZP jest jasny i nie budzący wątpliwości. Dla prawidłowego wniesienia wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej niezbędnym jest wniesienie go w oryginale wraz z ofertą. Dokument, który przedłożył Odwołujący oryginałem nie jest, a więc uznać należy, że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, a tym samym ziszcila się jedna z przesłanek wskazanych w przepisie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP.

Wobec powyższego należy uznać, że czynność Zamawiającego była prawidłowa.

Zarzut nr 2:

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego wskazał na szereg okoliczności, które jego zdaniem uzasadniały tę czynność. Jako jedną z podstaw Zamawiający wskazał „*brak uwzględnienia w cenie ofertowej kosztów prawa opcji co jest niezgodne z SWZ i wyjaśnieniem nr 130.*” Okoliczność ta została w szczególności rozwinięta w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Dalej wskazać należy, że zgodnie z przepisem art. 555 ustawy PZP Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z kolei przez zarzut rozumie się nie tylko część zawartą w petitum odwołania, gdzie wskazuje się przepisy, jakich naruszenie zarzuca się Zamawiającemu, ale również sprecyzowane w uzasadnieniu odwołania okoliczności faktyczne i prawne. Innymi słowy Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy (tak też: KIO w wyroku z dnia 8 września 2022 r., KIO 2217/22).

Kompleksowa lektura treści odwołania prowadzi do wniosku, że Odwołujący w żaden sposób nie zakwestionował wskazanej na wstępie podstawy odrzucenia jego oferty. Tym samym Izba nie ma podstaw do zmiany decyzji Zamawiającego w tym zakresie, gdyż nie została ona objęta zarzutami odwołania. Powyższe prowadzi do wniosku, że odwołanie zostało skonstruowane w sposób wadliwy, gdyż orzeczenie Izby nie może prowadzić do zmiany decyzji Zamawiającego w pełnym zakresie – nie wszystkie powody odrzucenia oferty Odwołującego zostały przez niego zakwestionowane w środku ochrony prawnej.

Już z tego względu – niezależnie od potencjalnej zasadności pozostałych twierdzeń Odwołującego, odwołanie nie może zostać uwzględnione, gdyż niektóre z podstaw odrzucenia oferty Odwołującego nie zostały zakwestionowane, a tym samym decyzja Zamawiającego w tym zakresie stała się ostateczna.

Wobec powyższego Izba nie widzi potrzeby by odnosić się w uzasadnieniu do pozostałych, szczegółowych okoliczności leżących u podstaw decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego w zakresie zarzutu nr 2, z uwagi na bezprzedmiotowość rozstrzygnięcia w tym zakresie i niemożność zmiany decyzji Zamawiającego w pełnym zakresie.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020

r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

KIO 2018/23:

Zarzuty odnoszące się do oferty Odwołującego:

Odnosząc się do pierwszej części argumentacji znajdującej się w odwołaniu, a dotyczącej treści wezwania do wyjaśnienia ceny jakie zostało sformułowane przez Zamawiającego, Izba pragnie podkreślić, że argumentacja ta nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Ewentualna reakcja Odwołującego na treść wezwania do złożenia wyjaśnień powinna zostać podjęta w momencie jego otrzymania, przez wniesienie środka ochrony prawnej. Na obecnym etapie nie ulega wątpliwości, że wezwanie zostało skierowane, a obowiązkiem wykonawcy było zadośćuczynienie jego treści. Analiza Izby dotycząca wyjaśnienia ceny Odwołującego uwzględnia oczywiście treść skierowanego wezwania, ale tylko w zakresie jego szczegółowości i poszczególnych kwestii w nim poruszanych oraz adekwatności odpowiedzi wykonawcy. Irrelevantna jest przy tym zasadność jego skierowania, gdyż Odwołujący na odpowiednim etapie nie zakwestionował owej zasadności, a więc uznać należy, że zaakceptował czynność Zamawiającego w tym zakresie. Izba w tej kwestii w pełni podziela argumentację Zamawiającego przedstawioną w treści odpowiedzi na odwołanie, nie widząc potrzeby jej powielania.

Dalej wskazać należy, że Izba podziela również zapatrywanie Zamawiającego w zakresie niskiej wartości dowodowej przedłożonych przez Odwołującego wyjaśnień oraz ich ogólnej lakoniczności. Podkreślić należy, że o jakości przedkładanych wyjaśnień nie świadczy ich objętość, a zawartość merytoryczna. Tymczasem Odwołujący w treści pisma przewodniego w zdecydowanej części dokonuje powtórzenia treści SWZ oraz przedstawia ogólne założenia kalkulacyjne. Zdaniem Izby nie stanowi to adekwatnej odpowiedzi na wezwanie skierowane do niego przez Zamawiającego.

Przechodząc do szczegółowej analizy przedłożonych przez Odwołującego wyjaśnień stwierdzić należy, że ich pierwsza część stanowi de facto argumentację, która powinna znaleźć się w ewentualnym odwołaniu na czynność wezwania. Fragmenty znajdujące się na str. 1-5 nie wnoszą żadnej wartości merytorycznej, jaka mogłaby Zamawiającemu posłużyć do oceny zasadności skalkulowania przez Odwołującego zaoferowanej ceny i stanowią polemikę z treścią wezwania.

Dalsze fragmenty, poczynawszy od strony 5 pisma stanowią ogólne deklaracje oraz odwołanie się do doświadczenia Odwołującego, ze szczególnym podkreśleniem, że najważniejszym czynnikiem wpływającym na możliwość obniżenia ceny w związku z dotychczas realizowanymi zadaniami jest możliwość oparcia się na podwykonawcach i dostawcach materiałów świadczących dotychczas usługi na rzecz Odwołującego, a tym samym możliwość pozyskania korzystnych i zindywidualizowanych ofert podmiotów trzecich.

Powyższy fragment jest o tyle znamienity, że Odwołujący do swoich wyjaśnień załączył jedynie dwie oferty podwykonawcze, obejmujące prace z grupy 9B – oświetlenie, słupy, latarnie maszty oraz prace polegające na ręcznym i mechanicznym koszeniu traw i chwastów wraz z usuwaniem odrostów i samosiewów z pasa drogowego. Tym samym należy uznać, że Odwołujący najważniejszy czynnik umożliwiający mu zoptymalizowanie zaoferowanej ceny udowodnił przez złożenie dwóch ofert podwykonawczych na bardzo ograniczony zakres zamówienia. Zdaniem Izby, uwzględniając stopień skomplikowania przedmiotu zamówienia, szczegółowość wezwania Zamawiającego, a także profesjonalny charakter działalności Odwołującego, tego typu wykazanie – kluczowego jego zdaniem czynnika wpływającego na możliwość obniżenia ceny, jest zdecydowanie niewystarczające.

Dalsze fragmenty (str. 9-15) stanowią jedynie porównanie ceny zaoferowanej przez wykonawcę za daną grupę prac do średniej arytmetycznej i/lub ofert innych wykonawców, czemu nie można przypisać wartości merytorycznej w kontekście oceny zasadności skalkulowania ceny przez Odwołującego. Tego typu porównania stanowią jedynie dowód tego, że wykonawcy w różny sposób skalkulowali ceny, jednak nie świadczą o zasadności kalkulacji Odwołującego.

Dalsza część pisma na ponad 300 stronach stanowi powielenie treści SWZ z dodaniem ogólnego oświadczenia, że wykonawca wliczył w cenę wszelkie czynności związane z prawidłowym wykonaniem określonych prac.

Podkreślenia wymaga, że lektura wyjaśnień ceny Odwołującego skłania Izbę do wniosku, iż niezmiennie dąży on do zakwestionowania i nie zgadza się z treścią wezwania Zamawiającego, próbując usprawiedliwić tym fakt, że jego wyjaśnienia w jakimś zakresie *mogą „nie wstrzelić” się w oczekiwania Zamawiającego*. Ponownie należy podkreślić, iż nic nie stało na przeszkodzie by Odwołujący swoje wątpliwości w tym zakresie wyraził przez wniesienie środka ochrony

prawnej na odpowiednim etapie, kwestionując tym samym treść wezwania. Co więcej, niektórzy z wykonawców tak właśnie postąpili, o czym świadczy odwołanie wniesione przez Konsorcjum „AJW WARDEX” Sp. z o.o. oraz Autostrada Mazowiecka Sp. z o.o. Nadmienienia wymaga, że KIO w wyroku z dnia 11 kwietnia 2023 r. w sprawie prowadzonej pod sygnaturą akt KIO 822/23 oddaliła przedmiotowe odwołanie, uznając zasadność treści wezwania Zamawiającego.

Tym samym treść wezwania Zamawiającego uznać należy za prawidłową i argumentacja Odwołującego w tym zakresie nie ma żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Odnosząc się do pozostałej części wyjaśnień Odwołującego wskazać należy, że zdaniem Izby, nie stanowią one wystarczającej argumentacji dla obalenia ciążącego na nim domniemania ceny rażąco niskiej. Odwołujący przedstawił załącznik nr 1 – formularze TER z rozbiciem poszczególnych pozycji na koszt robocizny, sprzętu, materiałów oraz zysku – co można uznać w zasadzie za jedyny merytoryczny wkład w złożonych wyjaśnieniach. Izba zgadza się jednak z Zamawiającym, że sam ten dokument jest niewystarczającym uzasadnieniem dla przyjętej ceny. Izba w tym zakresie przyjmuje za swoje stanowisko Zamawiającego wyrażone w treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego.

Podsumowując, zdaniem Izby wyjaśnienia Odwołującego miały ogólny charakter, a ich wartość dowodowa była bardzo niska. Tym samym Odwołujący nie obalił ciążącego na nim domniemania ceny rażąco niskiej, a decyzja Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty była słuszna. Izba w przedmiotowym zakresie podziela i przyjmuje za swoją argumentację Zamawiającego znajdującą się w treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego oraz odpowiedzi na odwołanie.

Przechodząc do szczegółowych przyczyn, dla których Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, Izba pragnie wskazać, co następuje:

- stawka roboczogodziny oraz ilość operatorów ZUD:

W treści SWZ nie ma jednoznacznego postanowienia wskazującego, że operatorów ZUD musi być 26. Zdaniem Izby interpretacja przedstawiana przez Zamawiającego jest zbyt restrykcyjna i nie uwzględnia całokształtu zapisów dokumentacji. Zadaniem wykonawcy było takie skalkulowanie kadry niezbędnej do obsługi zamówienia by możliwym było zadośćuczynienie zapisom SWZ. Jednak zdaniem Izby oczywistym jest, że cały sprzęt wymagany przez Zamawiającego do obsługi kontraktu nie będzie pracował w pełnym zakresie przez cały czas. Błędny jest zatem podejście Zamawiającego polegające na założeniu pełnego zaangażowania osób na każdy sprzęt w ramach ZUD.

Dalej Izba pragnie wskazać, że samodzielne wskazywanie przez Zamawiającego, prawidłowej jego zdaniem stawki roboczogodziny, jest podejściem nieprawidłowym. To wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień ma obowiązek uzasadnić podaną przez niego cenę i do tej właśnie części wyjaśnień powinno referować uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego. Tymczasem Zamawiający poczynił własne założenia i tylko na ich podstawie dokonał określonych obliczeń.

Uwzględniając powyższe, tj. przede wszystkim stanowisko Izby w zakresie wymaganej liczby operatorów ZUD, obliczenia Zamawiającego należy uznać za błędne.

Dodać należy, że za każdym założeniem jak np. ilość osób niezbędnych do wykonania poszczególnych prac, przyjęty czas pracy, stawka roboczogodziny itp. stoi pewien proces decyzyjny wykonawcy, który w wyjaśnieniach uzewnętrznia jedynie końcowy rezultat tego procesu w postaci konkretnych liczb i obliczeń. Zdaniem Izby nie można wykluczyć, że założenia kalkulacyjne jakie przyjął Odwołujący, uzasadniają przyjęcie stawki roboczogodziny takiej, na jaką wskazywał w treści wyjaśnień. Skoro według Zamawiającego stawka roboczogodziny jest zbyt niska, to przed odrzuceniem oferty Odwołującego powinien dowiedzieć się co leżało u podstaw takich założeń, gdyż może okazać się, że założenia Odwołującego wynikają z okoliczności, na które Zamawiający nie zwrócił uwagi lub które nie były mu znane, a mogły wynikać z założeń, których Odwołujący nie zawarł w treści wyjaśnień.

Zdaniem Izby powoływana przez Odwołującego okoliczność była podstawą do skierowania ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień, gdyż z całą pewnością nie można stwierdzić, że przyjęta stawka roboczogodziny jest zbyt niska.

- koszty prawa opcji:

Izba w zakresie skalkulowania kosztów prawa opcji przyjmuje za swoją argumentację przedstawioną przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego i w odpowiedzi na odwołanie.

Wskazać należy, że zgodnie z wyjaśnieniem nr 130 do SWZ:

Pytanie:

„Prosimy o wskazanie pozycji, w której Wykonawca ma skalkulować ilość sztuk sprzętu zimowego do wykorzystania w ramach prawa opcji oraz termin w którym sprzęt ma być zapewniony. W przypadku utrzymania zimowego niemożliwe staje się zabezpieczenie takiej ilości sprzętu na wezwanie Zamawiającego w 14 dni przed wskazanym terminem chyba, że Zamawiający dopuści wykorzystanie tej ilości sprzętu z ilości podstawowej wymaganej do przedmiotowego postępowania.”

Odpowiedź:

„Zamawiający wyjaśnia, że wprowadza zmianę do SWZ polegającą na wydłużeniu terminu z 14 na 30 dni. Patrz zmiana SWZ nr 128, 129 130, 131. Ponadto Zamawiający wyjaśnia, że Wykonawca ma skalkulować ilość sztuk sprzętu zimowego do wykorzystania w ramach prawa opcji w Formularzach cenowych gr. 10a i 10b.”

Zdaniem Izby nie ulega wątpliwości, że obowiązkiem wykonawcy było skalkulowanie w ramach formularza cenowego z grupy 10 i 10b kosztów, o których mowa wyżej. Obowiązkiem wykonawcy było również odniesienie się do zasadności ich skalkulowania w ramach składanych wyjaśnień ceny, o czym świadczy następujący fragment wezwania:

„W związku z powyższym Zamawiający, działając zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, zwraca się o udzielenie wyczerpujących wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia zaferowanej ceny zamówienia podstawowego oraz zamówienia objętego prawem opcji.”

Tymczasem Odwołujący w ramach przedkładanych wyjaśnień w ogóle nie odniósł się do kosztów zamówienia objętego prawem opcji. Wskazać należy, że twierdzenia odwołania nie mogą zastępować złożonych uprzednio wyjaśnień. Zamawiający ocenia przedłożone wyjaśnienia i na ich podstawie podejmuje określone decyzje. Brak jakiegokolwiek deklaracji Odwołującego wyłącza możliwość uznania, że wyjaśnienia wraz z dowodami uzasadniają podaną w ofercie cenę, a Odwołujący rzeczywiście koszty, o których mowa, ujął w swojej cenie.

Zatem decyzja Zamawiającego w ww. zakresie była prawidłowa.

Podsumowując wskazać należy, że część z zarzutów odwołania w analizowanym zakresie okazała się zasadna. Niektóre z podstaw odrzucenia oferty Odwołującego, na jakie wskazywał Zamawiający w treści uzasadnienia tej czynności, nie zasługiwały na aprobatę lub kwestie nimi objęte wymagały doprecyzowania przez skierowanie ponownego wezwania. Nie zmienia to faktu, że oferta Odwołującego nie może zostać przywrócona do postępowania, gdyż część z argumentów Zamawiającego okazała się zasadna, a oferta Odwołującego i tak podlega odrzuceniu.

Zarzuty dotyczące oferty wykonawcy K.:

Rażąco niska cena:

W pierwszej kolejności Izba pragnie wskazać, że sam fakt przygotowania przez Przystępującego wspólnych wyjaśnień ceny, w zakresie pozycji powtarzających się w każdym z formularzy, nie może stanowić podstawy do odrzucenia jego oferty. Ugruntowanym w orzecznictwie jest pogląd, że nie istnieje jeden z góry ustalony wzorzec sporządzania wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia wykonawcy w zakresie ceny winny być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywaniemu do wyjaśnień wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty i w jaki sposób przekładają się one na poziom kosztów, czy jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać (tak: wyrok z dnia 16 marca 2021 r., KIO 293/21, wyrok z dnia 7 lutego 2023 r., KIO 198/23).

Tym samym, tylko z powodu określonej formy złożonych wyjaśnień Zamawiający nie może uznać ich za niewystarczające. Decydująca jest kwestia czy obalają one domniemanie rażąco niskiej ceny oferty danego wykonawcy. Zdaniem Izby, ocena taka powinna dokonywać się każdorazowo z uwzględnieniem okoliczności faktycznych danej sprawy. Jeśli Zamawiający uznał, że wspólne wyjaśnienia dla wszystkich części postępowania są na tyle szczegółowe i konkretne, że uzasadniają cenę zaferowaną przez Przystępującego dla każdej z części postępowania, to Izba nie znajduje podstaw by takie stanowisko kwestionować tylko z tego powodu, że zdaniem Odwołującego, forma złożonych wyjaśnień jest nieprawidłowa.

Odwrócony ciężar dowodu w przypadku zarzutu rażąco niskiej ceny (art. 537 ustawy PZP) nie zwalnia strony odwołującej z obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni ona podstawą swoich zarzutów. Zdaniem Izby, sam fakt złożenia wspólnych wyjaśnień, nie stanowi wystarczającej podstawy do odrzucenia oferty Przystępującego, wobec czego argumentacja Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie.

Dalej zwrócić należy uwagę, że Przystępujący oprócz przedstawienia wymaganego rozbitcia poszczególnych pozycji, opisał Zamawiającemu założenia pokazujące sposób przypisywania danych kosztów do kosztów robocizny, materiału, sprzętu, kosztów innych i kosztów pośrednich, kalkulacje szczegółowe cen jednostkowych oraz szereg dowodów w postaci umów o pracę, dowodów na posiadanie sprzętu, faktur za zakup paliwa, sprzętów, materiałów itd., przy czym dowody te nie dotyczyły tylko niewielkiego wycinka cen, a dotyczyły wszystkich wyjaśnianych pozycji.

Tym m. in. różniły się wyjaśnienia Przystępującego od wyjaśnień Odwołującego, na co uwagę zwracał również Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie, a z czym Izba się zgadza.

Jeśli chodzi o kwestionowaną przez Odwołującego stawkę za roboczogodzinę i rzekome odmienne potraktowanie w tym zakresie Przystępującego i pozostałych wykonawców Izba pragnie zwrócić uwagę, że jedynie Przystępujący, w odróżnieniu do pozostałych wykonawców, przyjął założenie, że „*Przy kalkulacji ceny ofertowej Wykonawca przyjął wysokość wynagrodzenia pracownika za jedną roboczogodzinę pracy na poziomie od ok. 22 do 25 zł netto (wysokość zależy od rodzaju prac do wykonania). Do tej wartości Wykonawca doliczył koszty pracodawcy związane z zatrudnieniem (wysokość składek na ubezpieczenie płatnych przez pracodawcę, składek na FP, FGŚP, PPK itd.) oraz koszty urlopów zwolnień. Koszty te, na potrzeby oczekiwanego przez Zamawiającego podziału zaoferowanej ceny na koszt pracy, sprzętu, materiału, pośrednie, inne i zysk, zostały przyporządkowane do kosztów pośrednich.*”

Tego typu założenie, uwzględniając również dalszą część wyjaśnień (plik pn. „ogolne_tajemnica_przedsiębiorstwa.bes” str. 18 i kolejne) nie znalazło się w wyjaśnieniach pozostałych wykonawców i zdaniem Izby uprawniało Zamawiającego do odmiennego potraktowania składanych przez nich wyjaśnień ceny. Dodać należy, że Przystępujący na założenie ujęcia w kosztach pośrednich także kosztów związanych z zatrudnieniem pracowników, wskazał wprost w wyjaśnieniach. Założenie to mogło więc zostać ocenione przez Zamawiającego i nie zostało podniesione dopiero na etapie postępowania odwoławczego. Zamawiający w treści wezwania zwrócił się z prośbą o *wyjaśnienie kwestii ujęcia w cenie oferty wszystkich kosztów towarzyszących wykonywaniu przedmiotu zamówienia, w zakresie przedmiotowej pozycji z wyszczególnieniem kosztów robocizny, sprzętu i materiałów, kosztów pośrednich, zysku i innych kosztów mających wpływ na wycenę pozycji.* Tak też uczynił Przystępujący, wyraźnie wskazując na przyjęte założenie w treści wyjaśnień. Sam fakt braku szczegółowego wskazania jaka jest wysokość poszczególnych kosztów pośrednich, zdaniem Izby, nie uzasadnia twierdzenia o wadliwości złożonych wyjaśnień czy też o ich niezgodności z treścią wezwania.

Jeśli chodzi o przerzucanie kosztów między pozycjami Izba zgadza się z argumentacją przedstawioną przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, przyjmując ją za swoją.

Zarzuty dotyczące personelu Przystępującego:

- p. Edward Płocica:

W zasadzie jedynym fragmentem odwołania odnoszącym się do doświadczenia ww. osoby jest: „*Wykonawca LK w formularzu 2.3.3. odnoszącym się do pozacenowych kryteriów oceny ofert dla Części 3, jak również w wykazie osób dla Części 3 jako osobę wyznaczoną do pełnienia funkcji Kierownika ds. Utrzymania dróg wskazał p. Edward Płocica, który posiada doświadczenie jako Kierownik Służby Liniowej Rejon w Krośnie. W ocenie Odwołującego doświadczenie p. Edwarda Płocica na wskazywanym stanowisku nie wypełnia warunku podstawionego przez Zamawiającego zarówno w zakresie przyznania punktów w ramach kryterium oceny ofert, jak również w odniesieniu do spełnienia warunku udziału w postępowaniu, z uwagi na fakt, że doświadczenie to jest nieadekwatne do doświadczenia zdobywanego od strony wykonawczej, gdyż odnosi się wyłącznie do wycinka obowiązków związanych w prowadzeniem kontraktów utrzymaniowych.*”

Z powyższego fragmentu wynika, że jedynym argumentem Odwołującego w omawianym zakresie jest to, że jego zdaniem doświadczenie ww. osoby „*jest nieadekwatne do doświadczenia zdobywanego od strony wykonawczej, gdyż odnosi się wyłącznie do wycinka obowiązków związanych w prowadzeniem kontraktów utrzymaniowych.*”

Tymczasem zgodnie z treścią warunku, w przypadku Kierownika ds. Utrzymania Dróg, Zamawiający wymagał

doświadczenia, które nie było zdefiniowane jako doświadczenie zdobyte od strony wykonawczej. Zamawiający wymagał doświadczenia zdobytego na stanowisku/stanowiskach związanych z realizacją czynności polegających na bezpośredniej koordynacji/nadzorowaniu/kierowaniu pracami związanymi z utrzymaniem dróg. Zdaniem Izby powyższy zapis nie wyklucza wykazywania doświadczenia zdobytego na stanowiskach związanych z nadzorowaniem utrzymania dróg również po stronie Zamawiającego. Postanowienie to jest ogólne i odnosi się generalnie do prac związanych z utrzymaniem dróg.

- p. Tomasz Kawka:

Wskazać należy, że twierdzenia Odwołującego w zakresie doświadczenia opisanego w pozycji nr 3 nie zostały w żaden sposób wykazane. Dodać należy, że opis warunku udziału w postępowaniu nie wskazuje, ile i jakich robót budowlanych lub o jakiej wartości winno być wykonywanych w okresie realizacji zadania wskazywanego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zgodnie z treścią warunku osoba proponowana na stanowisko kierownika robót drogowych powinna mieć określone kwalifikacje zawodowe oraz legitymować się doświadczeniem w postaci: *„Minimum 12 miesięcy doświadczenia w kierowaniu robotami drogowymi na drogach klasy min. G na stanowisku Kierownika robót drogowych lub Kierownika Budowy lub Inspektora Nadzoru robót drogowych.”*

Brzmienie warunku jest bardzo ogólne i zdaniem Izby opis doświadczenia ww. osoby dla zadania nr 3 wpisuje się w jego treść, wykazując tym samym spełnianie warunków udziału w postępowaniu w analizowanym zakresie. Odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej, a twierdzenia na które się powołuje, nie mają zdaniem Izby znaczenia z punktu widzenia wykazania spełnienia warunku udziału.

Jeśli chodzi o zadanie nr 2, treść warunku w sposób jasny wskazywała na doświadczenie wymagane na drogach klasy min. G. Omyłka jaka zaistniała w wykazie osób nie ma więc żadnego znaczenia z punktu widzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu i decyzji podejmowanych przez Zamawiającego w postępowaniu, gdyż jak sam Odwołujący przyznał, zadanie wskazane w pozycji nr 2 dotyczyło realizacji inwestycji właśnie na drodze o klasie G.

Co więcej, Odwołujący w ogóle nie zakwestionował doświadczenia wykazanego w pozycji nr 1, a już samo to doświadczenie wystarcza dla wykazania spornego warunku udziału w postępowaniu. Spełnienie warunku udziału w postępowaniu przez ww. osobę jest więc w zasadzie bezsporne.

p. Genowefa Bogacz-Kyc:

Zgodnie z treścią warunku dla osoby proponowanej na stanowisko Zastępcy Kierownika ds. Utrzymania Dróg, Zamawiający wymagał legitymowania się doświadczeniem uzyskanym na stanowisku/stanowiskach związanych z realizacją czynności polegających na bezpośredniej koordynacji/nadzorowaniu/kierowaniu pracami związanymi z utrzymaniem dróg.

Odwołujący zasadność podnoszonych twierdzeń wywodzi w zasadzie jedynie z tego, że z opisu stanowiska Drogomistrza nie wynika pełny zakres czynności pozwalających na uznanie warunku za spełniony, a co więcej są to czynności, które nie mają znamion kierowania pracami, a jedynie są to czynności, które są wykonywane na zasadzie skierowanych w stronę danej osoby poleceń.

Zdaniem Izby, z zakresu zadań realizowanych przez ww. osobę zamieszczonym w wykazie osób wynika, że doświadczenie ww. osoby odpowiada opisowi warunku udziału w postępowaniu. Sam fakt, że stanowisko Drogomistrza jest stanowiskiem najniższym w strukturach GDDKiA, nie oznacza, że doświadczenie zdobyte na tym stanowisku nie może odpowiadać opisowi warunku udziału w postępowaniu. To, że ww. osoba wykonując swoje obowiązki podlegała zwierzchności służbowej nie ma żadnego znaczenia. Warunek nie nakazywał wskazania osoby „niepodlegającej nadzorowi” ze strony pracodawcy.

Co więcej, Zamawiający w przypadku osób skierowanych na stanowiska Kierownika ds. Utrzymania Dróg oraz Zastępcy Kierownika ds. Utrzymania Dróg przedłożył dowody – zakres czynności pracownika, które zdaniem Izby potwierdzają słuszność prezentowanego przez niego stanowiska, tj., że warunki udziału w postępowaniu zostały przez Przystępującego wykazane w sposób prawidłowy. Prawidłowo również zostały przyznane punkty w kryterium oceny ofert.

Powyższa konstatacja czyni również bezprzedmiotowym zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy PZP.

Tytułem podsumowania Izba pragnie wskazać, iż nie dopatrzyła się w działaniach Zamawiającego symptomów nierównego traktowania wykonawców. Co prawda, nie wszystkie podstawy do odrzucenia oferty Izba uznała za słuszne, jednak biorąc pod uwagę wszystkie wskazywane przez niego naruszenia, zdaniem Izby oferta Odwołującego zasługiwała na odrzucenie i w tym zakresie czynność Zamawiającego powinna się utrzymać.

Z kolei w zakresie oceny oferty Przystępującego FUHP K., argumentacja przedstawiona w trakcie postępowania odwoławczego doprowadziła Izbę do przekonania, że odmiennie kształtowała się sytuacja wykonawców odrzuconych oraz wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, a zatem Zamawiający miał podstawy by odmiennie potraktować te oferty. Przede wszystkim w wyjaśnieniach przedkładanych przez Przystępującego FUHP K. nie znalazły się wady takie, na które zwracał uwagę Zamawiający w przypadku pozostałych oferentów. Powyższe świadczy o tym, że Zamawiający miał prawo odmiennie potraktować złożone oferty, a jego czynność w tym zakresie była prawidłowa.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

W związku z powyższym, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....