Sygn. akt KIO 1899/23

WYROK

z dnia 21 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Małgorzata Jodłowska
Członkowie: Emilia Garbala
Monika Kawa-Ogorzałek
Protokolant:Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 17 lipca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 3 lipca 2023 r. przez wykonawcę **ZABERD Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie**

przy udziale

wykonawcy **L.K. prowadzącego działalność pod firmą L.K. Firma Usługowo-Handlowo- Produkcyjna,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1.Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu oznaczonego jako nr 3. w uzasadnieniu odwołania w zakresie dotyczącym Grupy prac 12 i Grupy prac 9

2.Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego jako nr 2. i nr 3. w uzasadnieniu odwołania oraz nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych oferty Uczestnika postępowania oraz unieważnienie postępowania w części 4 w oparciu o art. 255 pkt 2) ustawy Prawo zamówień publicznych

3.W pozostałym zakresie odwołanie oddala

4.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego w części 1/2 i Zamawiającego w części 1/2 i:

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

4.2.zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą 1/2 kosztów poniesionych przez Odwołującego z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania

4.3.znosi wzajemnie między Stronami koszty poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodnicząca: ……

Członkowie: ……

……

Sygn. akt KIO 1899/23

UZASADNIENIE:

Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie (dalej„Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „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””, nr postępowania O/RZ.D-3.2421.27.2022.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), dalej: „ustawa Pzp”.

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 14 listopada 2022 pod numerem: 2022/S 219-629152.

W postępowaniu tym wykonawca ZABERD Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej„Odwołujący”) 3 lipca 2023 wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1.wyborze w Części 4 zamówienia oferty wykonawcy, którego oferta podlega odrzuceniu;

2.zaniechaniu odrzucenia oferty L.K.;

3.zaniechaniu badania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę L.K.;

4.dokonaniu niedopuszczalnej korekty ceny jednostkowej poz. 7.2 grupy prac 12 w ofercie L.K., co bezpodstawnie zostało zakwalifikowane przez Zamawiającego jako poprawienie innej omyłki polegające na niezgodności z dokumentami, niepowodującymi istotnych zmian w treści oferty;

5.uznaniu, że oferta Zaberd sp. z o.o. jest niezgodna z SWZ oraz że zawiera rażąco niską cenę;

6.zaniechaniu 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,

7.odrzuceniu oferty ZABERD sp. z o.o. w Części 4;

8.zaniechaniu wyboru oferty Zaberd sp. z o.o. w Części 4 zamówienia jako oferty najkorzystniejszej

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

art. 16 PZP, art. 223 ust. 1 i ust. 2 PZP, art. 224 ust. 1, ust. 5 i ust. 6 PZP, 226 ust. 1 pkt 2 b), pkt 5, pkt 8 i pkt 10 PZP

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia wyboru oferty L.K. w Części 4,

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. w Części 4,

5.przeprowadzenie dowodów wnioskowanych przez Odwołującego,

a nadto zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego zgodnie z rachunkiem przedłożonym na rozprawie.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał:

W dniu 23 czerwca 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców, że w Części 4 zamówienia dokonał wyboru jak najkorzystniejszej oferty złożonej przez L.K.. W postępowaniu w Części 4 zamówienia zostały złożone 4 oferty, z czeg trzy oferty Zamawiający odrzucił, dokonując wyboru jedynej w jego ocenie ważnej oferty, złożonej przez obecnego wieloletniego wykonawcę zamówienia. W przypadku trzech pozostałych ofert Zamawiający ustalił, że są one niezgodne SWZ, a także że zawierają rażąco niską cenę. Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówien podstawowego kwotę 180 319 418,21 zł brutto. Jednak żadna ze złożonych ofert nie zbliżyła się do tego budżetu. Cen najdroższej złożonej oferty za zamówienie podstawowe wyniosła 160 895 974,53 zł, zaś cena za zamówieni podstawowe oferty wybranej 142 166 945,02 zł. Oferta Odwołującego nie odbiega znacznie od budżetu Zamawiającego ani od średniej wszystkich ofert (jest tańsza o 12,57% od budżetu oraz o 5,95% droższa od średniej ceny ofert).

1.WYBÓR OFERTY WYKONAWCY NIESPEŁNIAJĄCEGO WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU

Zamawiający pismem z 12 stycznia 2023 r. odpowiedzi na pytania i zmiany do SWZ wprowadził zmianę nr 127 do SWZ (SWZ TOM I IDW pkt 8.2.4.b). Zgodnie z tą zmianą: „W przypadku składania oferty na więcej niż jedną część zamówienia nie dopuszcza się wskazania tej samej osoby do pełnienia funkcji na więcej niż 1 części zamówienia, za wyjątkiem: - Specjalisty ds. administracyjno-finansowych, który może być wskazany na maksymalnie dwie części zamówienia. - Kierownika robót drogowych, który może być wskazany na maksymalnie cztery części zamówienia pod warunkiem, że nie łączy funkcji Kierownika ds. Utrzymania Dróg lub Zastępcy Kierownika ds. Utrzymania Dróg lub Specjalisty ds. Utrzymania Dróg (bieżącego i zimowego) w ramach jednej części z funkcją Kierownika robót drogowych na innych częściach. Są to role odrębne i Zamawiający wymaga, aby pełnione były przez różne osoby. Dopuszcza się łączenie (wskazanie) funkcji tej samej osoby do pełnienia funkcji Kierownika robót drogowych 8.2.4.b)a)4) z funkcją Kierownika ds. Utrzymania Dróg 8.2.4.b)a)1) lub Zastępcy Kierownika ds. Utrzymania Dróg 8.2.4.b)a)2) lub Specjalisty ds. Utrzymania Dróg (bieżącego i zimowego) 8.2.4.b)a)3) w ramach jednej części Zamówienia."

Zgodnie z tą zmianą, ta sama osoba mogła być wskazana jako Kierownik robót drogowych na wszystkie cztery części zamówienia, ale tylko jeżeli nie łączyła funkcji Kierownika ds. Utrzymania Dróg lub Zastępcy Kierownika ds. Utrzymania Dróg lub Specjalisty ds. Utrzymania Dróg (bieżącego i zimowego) w ramach jednej części z funkcją Kierownika robót drogowych na innych częściach. Zamawiający wprost wykluczył łączenie tych funkcji pomiędzy częściami zamówienia i wymagał, aby pełnione były przez różne osoby. Wykonawca L.K. złożył ofertę na wszystkie cztery części zamówienia i wbrew zakazowi łączenia funkcji, dla części 4 jako Kierownika robót drogowych podał Panią Martę A., mimo że była ona również wskazana jako Kierownik ds. Utrzymania Dróg w innej części zamówienia (dla części 1.). Pani M.A. została również zgłoszona jako Kierownik ds. Utrzymania Dróg w części 4. Zamówienia w formularzu 2.3.1. „Kryteria pozacenowe" i w związku ze zgłoszonym tam jej doświadczeniem, wykonawca L.K. uzyskał 10 punktów w kryterium oceny ofert „kwalifikacje zawodowe personelu".

Okoliczność ta – że Pani M.A. łączy swoje funkcje do części 4. zamówienia z funkcjami na innych częściach zamówienia w sposób niedopuszczalny i niezgodny z SWZ – nie została zweryfikowana przez Zamawiającego na etapie oceny ofert. W efekcie Zamawiający w dniu 15 maja 2023 r. zwrócił się do tego wykonawcy o złożenie podmiotowych środków dowodowych zgodnie z art. 126 ust. 1 PZP. Wykonawca złożył podmiotowe środki dowodowe 26 maja 2023 r., w tym wykaz osób z Panią A. jako Kierownik robót drogowych. W dniu 21 czerwca 2023 r. z własnej inicjatywy, bez wezwania przez Zamawiającego, a przynajmniej bez formalnego wezwania, które stanowiłoby załącznik do protokołu postępowania,

wykonawca złożył do Zamawiającego zaktualizowany wykaz osób, w którym zastąpił Panią Anreasik Pane.T.. Pani A. pozostała natomiast zgłoszona w formularzu 2.3.1. „Kryteria pozacenowe". Dwa dni później, 23 czerwca 2023 r., Zamawiający dokonał wyboru tej oferty. W dokumentach postępowania próżno szukać jakiegokolwiek wezwania będącego dowodem na to, iż Zamawiający w ogóle zbadał kwestię spełniania warunków udziału w postępowaniu przez L.K.. Wbrew treści pisma tego wykonawcy z 21 czerwca 2023 r. nie jest tak, że nie wiedział on w dacie składania oferty, że nie może wskazywać Pani Marty Anreasik jako Kierownika robót drogowych do części 4., skoro zgłosił ją już na inne stanowisko do innej części, wbrew wyraźnemu zakazowi z SWZ. Wykonawca ten nie zaskarżył wprowadzonej zmiany nr 127 do SWZ. Wykonawca ten w dniu złożenia oferty nie spełniał zatem warunków udziału w postępowaniu, wobec czego jego oferta podlega odrzuceniu. Dodatkowo z treści protokołu postępowania wprost wynika, że Zamawiający w ogóle nie zbadał, czy Pan T.K. zgłoszony w formularzu złożonym z własnej inicjatywy wykonawcy w dniu 21 czerwca 2023 r. znajdował się w dyspozycji tego wykonawcy w dniu składania ofert.

2.NIEZGODNOŚĆ OFERTY Leszek Kochanowicz Firma Usługowo-Handlowo- Produkcyjna Z SWZ I NIEDOPUSZCZALNE POPRAWIENIE OMYŁEK

W dniu 7 marca 2023 r. Zamawiający dokonał poprawy innej omyłki w ofercie L.K. (art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP) w poz. 7.2 w grupie prac 12, a następnie w dniu 15 marca 2023 r. zastosował rachunkowe konsekwencje wprowadzonej zmiany. Wskutek dokonanej poprawy doszło do zmiany ceny tej oferty z kwoty 141 537 814,78 zł na kwotę 142 166 945,02 zł, ale mimo że wartość zmiany jest niewielka (poniżej 1 procenta wartości oferty), poprawiona pozycja była omyłką niepodlegającą poprawieniu.

Art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP odnosi się do omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, a zatem sam Zamawiający zakwalifikował sposób wyceny w/w pozycji jako wadliwy na gruncie wymagań SWZ, w tym również wymagań dotyczących struktury kosztów wykonania zamówienia oraz składających się na te koszty elementów.

Zamawiający w dniu 7 marca 2023 r. poprawił w formularzu cenowym pozycję 2.2.4 Formularz cenowy (Tabela elementów rozliczeniowych) część 4 – GRUPA PRAC NR 12 - Utrzymanie czystości oraz prace naprawcze i konserwacyjne na obiektach inżynierskich – Nr 7.2, Naprawa /wymiana balustrad mostowych aluminiowych, kolumna f (cena jedn. netto [zł]): było 51,20 zł po poprawieniu jest 51 200,00 zł.

Omyłka w formularzu cenowym, grupa prac 12, poz. 7.2 nie miała charakteru pisarskiego ani rachunkowego w rozumieniu wypracowanym przez orzecznictwo i doktrynę. Wykonawca wpisał cenę jednostkową 51,20 zł netto oraz wartość razem 512,00 zł netto (za 10 Mg), a następnie uwzględnił w cenie oferty wartość dokonanego równania matematycznego. W tej sytuacji ewentualna korekta ceny tej pozycji byłaby dopuszczalna wyłącznie wtedy, gdyby sposób jej poprawy wynikał z treści oferty.

Tymczasem pozycja „wymiana balustrad mostowych aluminiowych" nie występuje w żadnym innym miejscu formularza cenowego, w żadnej innej grupie prac i żadna pozycja oferty nie pozwala wyprowadzić wniosku o błędnym podaniu kwoty w tej pozycji. Brak jest w treści oferty jakichkolwiek danych na temat sposobu poprawy tej pozycji. Skoro zaś dane do poprawienia omyłki nie były zawarte w treści oferty, to trudno uznać, aby jest to omyłka, którą Zamawiający mógłby poprawić (por. KIO 1662/21).

Treść oferty świadczy raczej o tym, że wykonawca zamierzał zaoferować właśnie taką niską cenę (51,20 zł za tonę) i wyłącznie porównanie do cen innych wykonawców, którzy ofertowali znacznie wyżej, daje wskazówkę, że zaoferowana cena jest nierealna. Natomiast w przypadku wszystkich innych wykonawców Zamawiający stwierdzał w takim przypadku niezgodność z SWZ prowadzącą do odrzucenia oferty, a w przypadku tego jednego wykonawcy postanowił poprawić cenę doprowadzając ją do poziomu zbliżonego, choć nie tożsamego, z cenami oferowanymi przez tego wykonawcę w innych częściach zamówienia.

Zamawiający poprawił cenę 7 marca 2023 r. samodzielnie, bez wezwania wykonawcy o wyjaśnienie ceny w tej pozycji. Następnie 15 marca 2023 r. Zamawiający wezwał do wyjaśnienia już poprawionej ceny tej pozycji w kontekście rażąco niskiej ceny. Takie działanie jest zupełnie niezrozumiałe w sytuacji, gdy cena 51 200,00 zł za tonę była ceną oczywiście właściwą. W takim toku zdarzeń nie może być zaskoczeniem, że na str. 15 kalkulacji szczegółowej złożonej wraz z wyjaśnieniami w dniu 28 marca 2023 r. wykonawca przedstawił kalkulację prowadzącą do ceny jednostkowej po poprawie. Poza założonymi stawkami nie przedstawił jednak żadnych dowodów świadczących o poprawności wyliczenia (samodzielnie przez Zamawiającego) ceny w tej pozycji. Taka dowolna poprawa ceny w poz. 7.2 w grupie prac 12 w ofercie L.K. wyczerpuje znamiona niedozwolonej negocjacji ceny, o której mowa w art. 233 ust. 1 PZP. Zamawiający zaproponował wykonawcy inną cenę, niż zaoferowana i wykonawca tę cenę przyjął.

Dokonana poprawa z kwoty 51,20 zł na kwotę 51 200,00 zł za tonę, prowadząca do podwyższenia łącznej ceny za 10 ton bariery z ceny 512,00 zł na cenę 512 000,00 zł (podwyżka o 511 488,00 zł) stanowi niedopuszczalną zmianę oferty mimo niewielkiej wartości tej pozycji względem ceny oferty L.K.. Sama tylko wartość zmiany nie jest wystarczającym wyznacznikiem jest dopuszczalności w świetle art. 233 ust. 2 pkt 3. O istotności zmiany każdorazowo decydują okoliczności sprawy, to znaczy „na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę" (tak KIO 987/22). (…)

W takim zestawieniu trudno wnioskować o właściwej wysokości ceny tej pozycji w ofercie przez L.K., poza oczywistą konstatacją, że cena 51,20 zł jest rażąco niska i niepokrywająca nawet kosztu materiału. Wypada wskazać, że ten sam

wykonawca w innych częściach zamówienia w analogicznej pozycji podawał rzeczywiście inne ceny: 55 232,00 zł w części 1; 55 232,00 zł w części 2; 51 200,00 zł w części 3. Nadal okoliczność ta nie jest jednak wystarczającym wskazaniem, dla zastosowania ceny 51 200,00 zł dla części 4, do której złożono odrębną ofertę i odrębne formularze cenowe.

Cena zaoferowana przez L.K. w tej pozycji pokazuje, że wykonawca nie uwzględnił w wycenie wskazań SST D-07.05.01 „Cena jednostki obmiarowej". (…)

Wykonawca L.K. nie wziął pod uwagę szeregu czynników wpływających na cenę jednostkową, a w szczególności ceny materiału niezbędnego do wbudowania. (…) W konsekwencji, ponieważ wykonawca L.K. zaoferował w grupie 12 prac w poz. 7.2 cenę nierealną, co najmniej w tym zakresie oferta ta wypełnia znamiona rażąco niskiej ceny oraz niezgodności z SWZ. (…) Zamawiający zamiast zbadać sposób kalkulacji ceny w tej pozycji, w pierwszej kolejności dokonał zmiany ceny, aby jej poziom umożliwiał następnie potwierdzenie przez wykonawcę, że wszystkie wymagane elementy i koszty zostały tą ceną objęte – choć twierdzenie to jest gołosłowne i przedstawiona kalkulacja jest oparta na założeniu niedozwolonej (traktowanej jako rażąco niska) stawki za roboczogodzinę w wysokości 21,56 zł. Zamawiający nie może w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP zmienić wartości składowych ceny oferty wpisanych w pozycjach formularza oferty, gdy nie jest możliwe wyliczenie tych wartości na podstawie danych zawartych w ofercie.

Z tego względu Zamawiający naruszył zarówno zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak i przepis art. 223 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 3 PZP, a w konsekwencji także art. 226 ust. 1 pkt 10 PZP, przez zaniechanie odrzucenia oferty (por. KIO 3613/21).

3.RAŻĄCO NISKA CENA OFERTY L.K.

Odwołujący podkreśla, że zgodnie z treścią uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, według wyliczeń Zamawiającego, minimalna stawka za roboczogodzinę w przypadku w przypadku pracowników zatrudnionych przy realizacji kontraktu (np. brygad patrolowo interwencyjnych, operatorów ZUD, pracowników sprzątających na MOP, pracowników wykonujących prace z TER) wynosi 28,99 zł, a z uwzględnieniem pory nocnej 30,88 zł, a reprezentatywna stawka na potrzeby analiz przyjęta jako średnia to 29,93 zł za roboczogodzinę, oparta o minimalne wynagrodzenie 3 490,00 zł.

Zgodnie z treścią wyjaśnień sposobu obliczenia ceny oferty L.K., wykonawca ten w każdej grupie prac, w całej ofercie, przyjął stawki robocizny znacząco odbiegające od wyliczeń Zamawiającego, które stały się podstawą odrzucenia innych ofert, a konkretnie 21,56 zł, 21,76 zł, 22,00 zł, 24,00 zł. Już z tego tylko powodu Zamawiający powinien był odrzucić tę ofertę, tak jak odrzucił ofertę Odwołującego, który – jak podkreślamy prawidłowo – zastosował w swojej wycenie stawki robocizny na poziomie 27,50 zł (w większości pozycji) oraz 25,89 zł za operatorów ZUD i 28 zł w grupie 8 dla pozycji MOP-y.

Odwołujący podkreśla, że stawka 21,56 zł jest stawką nie pozwalającą na wykonanie zamówienia zgodnie z przepisami o wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz zgodnie z warunkami Zamówienia, zaś stosowanie wobec wykonawców nierównej miary w ocenie tych samych okoliczności narusza art. 16 PZP.

Prawdą jest, że z wyjaśnień sposobu obliczenia ceny oferty L.K. można wyczytać, że koszt robocizny został nie tylko wyliczony w pozycji „robocizna", ale również w kwocie przyjętej jako „koszty pośrednie", jednak dokładnie taki sam sposób postępowania przyjął Odwołujący. Tymczasem Zamawiający okoliczności tej nie uwzględnił, a jeżeli miał jakiekolwiek wątpliwości co do sposobu odczytania któregokolwiek fragmentu przedstawionej przez Odwołującego kalkulacji, to się o to Odwołującego nie dopytał. Ta sama okoliczność została więc odmiennie potraktowana u wykonawcy wybranego i u Odwołującego.

Co istotniejsze, z treści wyjaśnień wykonawcy wybranego wynika wprost, że w grupie 8 w poz. 6.1 do 6.8 nie przyjął żadnych kosztów pośrednich, wobec czego zastosowana przez niego stawka roboczogodziny na poziomie 22,00 zł jest stawką nierealną i niemożliwą do zastosowania z zachowaniem regulacji o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. (…)

Wykonawca oferty L.K. w grupie prac 8 estetyka poz. 6.1 do 6.8 utrzymanie MOP wraz z wyposażeniem, nie uwzględnił żadnych kosztów pośrednich i wyjaśnił wyłącznie, jak następuje: „W celu realizacji określonego wyżej celu, Wykonawca zapewni stałą obecność personelu sprzątającego na MOP przynajmniej w godzinach 6.00-22.00, 7 dni w tygodniu. Osoba ta będzie też wykonywać prace wymienione poniżej. Koszt robocizny 31 dni x 15 godz. = 465godz x 22 za godz. = 10 230zł netto" „Ponadto założyliśmy jako dodatkowe wsparcie dla osoby pracującej od 7:00 do 22:00 na prace konserwacyjne dodatkowo 10 godz. miesięcznie x 22 zł za godzinę co daje wartość 220zł miesięcznie."

„Do wyliczeń przyjęto około 1 tonę miesięcznie wywóz śmieci zmieszanych za kwotę 700zł za tonę co daje 700zł miesięcznie za mopa (dowód do poz. Od 8.6.1 do 8.6.23) W posiadani mamy dwie śmieciarki, które cyklicznie wykonują trasę tak by obsłużyć jak największą liczbę mopów. Ponadto przyjęliśmy koszt na paliwo 20litrów x6,5 zł za litr = 130 zł i robociznę 44zł Do wyliczeń przyjęliśmy również koszt wywozu odpadów selektywnych 120zł za pojemnik x 3 pojemniki = 700zł na miesiąc Odpady będą odbierane pojazdem skrzyniowym do którego doliczyliśmy koszt paliwa 20 litrów x 6,5 zł = 130zł i robocizna 44zł." „Ponadto założyliśmy koszt sprzętu potrzebnego do udrażniania zatkanej wewnętrznej instalacji sanitarnej na poziomie 50zł oraz robociznę na poziomie 4godz x 22 = 88 zł na miesiąc" „W zakresie obowiązków patrolu będzie dokonywanie wymaganego monitoringu. Przyjęliśmy dodatkowy koszt patrolu w rozbiciu na: - robociznę dodatkowo

6 godzin x 22zł za godz. = 132 zł na miesiąc" W tym miejscu Wykonawca L.K. przechodzi do opisu kolejnej pozycji 8.6.24, pomijając jakiekolwiek wyjaśnienia na temat kosztów pośrednich i zysku, co znowu oznacza, iż nie wykonał polecenia Zamawiającego. Nie wskazał w ogóle kosztów pośrednich, a zastosował stawkę godzinową 22,00 zł, co doprowadziło do niedoszacowania tej oferty na poziomie 1 490 668,90 zł netto (stosując stawkę Zamawiającego, którą on zastosował wobec pozostałych wykonawców uzasadniając odrzucenie ich ofert). (…)

1 dzień x 16 godzin x 28,99 za godz. (roboczogodzina Zamawiającego) = 463,84zł netto niedoszacowania na 1 MOP 8 MOP-ów x 463,84zł netto x 48 miesięcy = 178 114,56 zł netto niedoszacowania. ŁĄCZNE niedoszacowanie MOPÓW = 1 312 554,24 zł + 178.114,56 = 1.490.668,90zł netto niedoszacowania. W zakresie ceny tej oferty, jako jedynej odbiegającej od budżetu Zamawiającego o ponad 30%, Zamawiający zastosował więc wyjątkowo łagodne badanie w kierunku rażąco niskiej ceny. (…)

Podkreślić należy, że z wszystkich ofert wyłącznie w ofercie L.K. występuje zaniżenie ceny za całą grupę o więcej niż 30% w stosunku do średniej wartości ceny za grupę wszystkich ofert (…)

Z zapisów specyfikacji G8-D-10.10.01e jednoznacznie wynika, iż Wykonawca zapewni stałą obecność personelu sprzątającego na MOP przynajmniej w godzinach 6.00-22.00 czyli 16 godzin na dobę. Wykonawca w obliczeniach wskazał 31 dni po 15 godzin. Przyjmując jednak, że średnia ilość dni w miesiącu to 30 (365 dni / 12 miesięcy), należy podzielić wskazaną ilość godzin przez Wykonawcę 465godz / 16 godzin. Daje to 29,0625 dnia czyli 29 dni, a nie 30 dni. Przyjmując założenie, Wykonawcy brakuje mu 2 dni. Jednak słuszniejszym jest przyjęcie 1 dnia zgodnie ze średnią. (…)

W przedstawionych wyjaśnieniach, które wcale nie uzasadniły ceny w sposób prawidłowy, szczególnie wobec oparcia wyliczeń o niezgodną z prawem stawkę godzinową 21,56 zł, a także wobec nieuwzględnienia w cenie wszystkich wymaganych kosztów, wykonawca L.K. w ogóle nie odniósł się do niektórych pozycji objętych wezwaniem. (…)

Analiza wyjaśnień wykonawcy L.K. jednoznacznie wskazuje, iż wykonawca ten składając wyjaśnienia dotyczące Grupy prac nr 8, pominął aż 22 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 L.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.

(…)

Łączna kwota niewyjaśnionych pozycji z grupy prac 2 i 3 to kwota 1 239 420,00 zł netto Odwołujący zarzuca również, że nierealna i nieudowodniona jest cena w następujących pozycjach:

1) Grupa prac 12, Poz. 18.1 Naprawa betonu mieszankami niskoskurczowymi - cena jednostkowa za 1 m3 1 790,00 złotych

2) Grupa prac 12, Poz. 19.1 Powierzchniowa naprawa betonu mieszankami niskoskurczowymi - do 3 cm grub. Cena jednostkowa za 1 m3 1 870,00 złotych

Zgodnie ze specyfikacją do prac tych używa się zapraw, mieszanek typu PCC, których gęstość wynosi 2kg/dm3 oznacza to, iż 1 m3 to 2 tony suchego produktu. Najniższa cena za produkt to około 1800-2000 złotych za tonę, zatem dwukrotnie więcej iż wynosi cena jednostkowa. Jeżeli natomiast chodzi o grupę prac nr 7, poz. 9.2, Wymiana/zamontowanie osłony energochłonnej wielosegmentowej (typu U-15a), wykonawca ten podał cenę jednostkową za 1 sztukę 3 368,00 złotych (dla porównania Odwołujący podał tu: 52 000,00 zł za sztukę).

Cena poduszki zderzeniowej U-15a to kwota rzędu nie mniej niż 45 000,00 złotych netto, co jest kwotą ponad 13 krotnie większą od ceny jednostkowej wskazanej przez oferenta. Wycena na poziomie 3 368,00 zł świadczy o tym, że wykonawca ten nie rozróżnia poduszki antyzderzeniowej U-15b od poduszki U-15a i że kalkulując ofertę założył w grupie prac nr 7, poz. 9.2 nie tę poduszkę. Również wyjaśnienia w zakresie tej pozycji są zupełnie niewiarygodne. (…)

Na dowód wykonawca przedłożył umowę z 31 stycznia 2023 r. (data składania ofert to 3 lutego 2023 r.), w której akurat złożyło się tak korzystnie, że uzyskał od razu 259 919,26 Punktów rabatowych, których wartość nie jest co prawda podana, ale które umożliwią wiele zakupów za cenę 1 złoty. W dodatku punkty rabatowe mają być naliczane jako 15% każdej kolejnej faktury, w związku z czym wykonawca ten może stale robić darmowe zakupy u dostawcy Wimed. (…)

Wyjaśnienie to jest niewiarygodne, tak samo jak sama umowa złożona jako dowód. Po pierwsze dziwić może korelacja daty jej zawarcia z terminem składania oferty. Po drugie nie zawiera żadnej informacji i wartości 1 punktu rabatowego. Po trzecie nie jest jasne dlaczego, skoro poduszki zderzeniowe U-15a zostaną zakupione za cenę 1 zł, wykonawca nie przyjął właśnie takiej ceny w ofercie, tylko zastosował cenę 3 368,00 zł będącą adekwatną ceną za poduszkę anty-zderzeniową U-15b.

Inny przypadek zaniżenia ceny dotyczy: grupa prac nr 4 Odwodnienie poz. 2.3 Odmulenie odbiorników wód deszczowych (zbiorniki retencyjne, odparowujące itp.), średnia głębokość odmulenia 25 cm wraz z odwiezieniem urobku na składowisko Wykonawcy. Cena jednostkowa Wykonawcy Kochanowicz 7,20 zł, średnia arytmetyczna 10,69 zł, cena Odwołującego 16,00, kosztorys inwestorski 35,21 zł.

Zgodnie ze specyfikacją D-03.01.03f: „5.3.5. Czyszczenie zbiorników odparowujących obejmuje w szczególności: (…)

Ponadto Zamawiający wyraźnie wskazał w przedmiarze pogrubiając tekst „wraz z odwiezieniem urobku na składowisko Wykonawcy".

Tymczasem Wykonawca w swoich wyjaśnieniach w ogóle nie skalkulował konieczności wywiezienia urobku w sprzęcie brak jest jakiegokolwiek pojazdu (choć w innych pozycjach np. 2.1, 4.1, 4.2 wskazał prawidłowo sprzęt w postaci samochodu samowyładowczego). Zatem cena została skalkulowana niezgodnie z SWZ, nie uwzględniła wszystkich składników cenotwórczych. Konsekwencją tego jest niedoszacowanie w kwocie 171.051,88 zł netto do średniej wszystkich ofert (średnia stanowi 161% oferty wykonawcy) , 431.305,60 zł netto w stosunku do oferty Odwołującego (oferta Odwołującego to 222% oferty wykonawcy) i aż 1.372.826,12 złotych netto w stosunku do kosztorysu inwestorskiego (kosztorys inwestorski to 489% oferty wykonawcy).

Grupa prac 4 poz. 8.1 Utrzymanie przepompowni wód deszczowych. Cena jednostkowa Wykonawcy 850 złotych na miesiąc. Zgodnie z Wyjaśnieniami Zamawiającego nr 26 : „wszystkie pozycje poza Gr. 10 i 11 są każdorazowo zlecane indywidualnie za wyjątkiem określonych w kosztorysie jako jm.: m-c; obiekt/mc; m-c/obiekt; miesięczny ryczałt.". W wyjaśnieniach swych wykonawca w poz. 8.1 skalkulował jedynie robociznę i samochód dostawczy. Tymczasem z godnie z SST D-03.01.04c – utrzymanie przepompowni wód deszczowych należało skalkulować również materiał stanowiący istotną część składową ceny jednostkowej albowiem wśród różnego rodzaju czynności do wykonania jest również: • bieżąca kontrola i wymiana żarówek w lampach sygnalizacyjnych na szafach sterowniczych, • malowanie szaf sterowniczych, elementów metalowych, ogrodzeń itp. - wg potrzeb.

„5.3.1. Usuwanie awarii pompowni w trybie natychmiastowym (przystąpienie do usuwania awarii powinno nastąpić do 2 godzin od momentu stwierdzenia awarii).

W przypadku konieczności wykonania poważniejszych napraw wykraczających poza bieżącą obsługę tj. wymiany lub naprawy elementów uszkodzonych w wyniku aktów wandalizmu, kradzieży, siły wyższej, zużycia eksploatacyjnego o wartości jednorazowej powyżej 500 złotych/obiekt roboty te rozliczane będą indywidualnie na podstawie kosztorysu wykonawczego opracowanego zgodnie z zasadami określonymi w Umowie." Oznacza to konieczność usuwania awarii przez wykonawcę do kwoty 500,00 złotych w ramach ryczałtu. Zatem i w tym wypadku cena została skalkulowana niezgodnie z SWZ, nie uwzględniła wszystkich składników cenotwórczych.

Grupa prac 6 – Oznakowanie Przegląd raz w roku punktów granicznych i świadków punktów granicznych

(ilość punktów/świadków granicznych 4 607szt+10195szt), wraz ze sporządzeniem z tej czynności raportu, zawierającego wykaz ujawnionych braków i szkód. Cena jednostkowa wykonawcy 0,16 zł za sztukę. Zgodnie z przedmiarem wykonawca ma odnaleźć w terenie 14802 punkty graniczne i świadków punktów granicznych oraz dojechać tam i sporządzić raport zawierający wykaz braków i szkód. Zgodnie z kalkulacją Wykonawcy w ciągu 1 roboczogodziny pracownik dokona przeglądu 275 punktów. 1 roboczogodzina to jednostka miary robocizny wyraża normę ilościową wykonania przez 1 robotnika w czasie 1 godziny określonego zakresu robót. Z wyjaśnień Wykonawcy wynika, iż w ciągu godziny 1 pracownik dokona przeglądu 275 punktów i sporządzi raport. 1 godzina to 3600 sekund/275 punktów daje to 13,09 sekundy na dotarcie w terenie do 1 punktu, odnalezienie, obejrzenie go, sprawdzenie czy jest uszkodzony lub czy go nie brakuje i sporządzenie z tego raportu. Zgodnie z Dz.U.1999.45.453 - Rozporządzeniem Ministrów Spraw Wewnętrznych i Administracji oraz Rolnictwa i Gospodarki Żywnościowej z dnia 14 kwietnia 1999 r. w sprawie rozgraniczania nieruchomości – paragraf 18 umiejscowienie znaków granicznych: 1. Znaki graniczne umieszcza się w odległości dobrej widoczności z punktu na punkt, w odstępach nie większych niż 200 m. 2. W przypadku granic naturalnych, nieregularnych, znaki graniczne osadza się w głównych punktach załamania granicy lub w ich pobliżu, z podaniem danych pozwalających na wyznaczenie wszystkich punktów granicznych. Jasno z tego widać, iż wykonawca nie uwzględnił wszystkich wymagań z SWZ i również w tej pozycji nastąpiło niedoszacowanie, czego Zamawiający nie badał i nie uwzględnił. Cena jednostkowa inwestora to 1,12 zł netto za punkt, czyli siedem razy więcej.

Grupa prac 9 Urządzenia wspomagające, poz. 5.3 i 5.4 montaż wymiana szafy sterującej oświetleniem ulicznym, szafa kompletna wraz z fundamentem (4 i 6 linii)

Cena jednostkowa wykonawcy 1340,00 zł netto i 1570,00 zł netto za sztukę. Z godnie z SST D-07.07.01 Oświetlenie dróg: 1.5. Określenia podstawowe 1.5.7. Fundament - konstrukcja żelbetowa zagłębiona w ziemi, służąca do utrzymania słupa i masztu oświetleniowego oraz złącza kablowego i szafy oświetleniowej w pozycji pracy. 1.5.8. Szafa oświetleniowa, szafa sterująca i słupek kablowy - urządzenie rozdzielczo-sterownicze bezpośrednio zasilające i zabezpieczające instalacje oświetleniowe, przystosowana w zależności od potrzeb do zabudowy układu pomiarowo-rozliczeniowego zużycia energii elektrycznej oraz urządzeń monitoringu i transmisji danych.

2.4.9. Szafa oświetleniowa

(…)

Zamawiający jasno wyraził się jak ma wyglądać fundament i obudowa. (…) Wykonawca zastosował całkowicie niezgodne z SST materiały i dlatego jego cena jednostkowa tak bardzo odbiega od rzeczywistości. (…) Wykonawca nie wycenił nawet wszystkich niezbędnych elementów szafy oświetlenia ulicznego 4 i 6 obwodowej dołączając jedynie dwie tabelki, które mają rzekomo uwiarygodnić prawidłowość wyceny.

Nie dziwi zatem fakt, iż grupa prac 9 została tak nisko wyceniona w wybranej ofercie: niedoszacowanie opiewa na kwotę 1

858 419,12 zł netto, co stanowi aż 58,51 % kosztorysu Zamawiającego.
Wątpliwości budzą również dowody złożone na prawidłowość wyliczenia ceny: są to wydruki – prawdopodobnie z Internetu, które są nieczytelne, nie stanowią oferty, w ogóle nieznane jest ich źródło pochodzenia. Dotyczy to bardzo dużej ilości pozycji i grup prac.

3) ZARZUTY WZGLĘDEM OFERTY ODWOŁUJĄCEGO

Na wstępie Odwołujący wskazał, iż w istocie cena Odwołującego nie odbiega ani też nie jest zaniżona w stosunku do średnich cen pozostałych wykonawców, skoro średnia cena oferty w zamówieniu podstawowym (z uwzględnieniem najniższej oferty, której ważność wygasła, ale która była ważna w czasie kierowania wezwania o wyjaśnienie ceny) to 148 806 860,00 zł, a cena oferty Odwołującego to 157 655 194,13 zł. Wybrana oferta jest tańsza od oferty Odwołującego 15 488 249,11 zł (prawie piętnaście i pół miliona złotych!). Oferta Odwołującego jest o 22 664 224,08 zł tańsza od budżetu Zamawiającego, co stanowi tylko 12,57% tego budżetu. Jak już wskazano wyżej, żaden z wykonawców nie osiągnął poziomu budżetu Zamawiającego, wobec czego można postawić tezę, że jest on przeszacowany i założone budżety w ramach poszczególnych grup, szczególnie w grupie prac 4, w grupie prac 8 oraz w grupie prac 12, złożyły się finalnie na ofertowanie wykonawców poniżej budżetu Zamawiającego. W samych tylko tych trzech grupach budżet odbiega od oferty Odwołującego łącznie o około 13 milionów złotych (przy łącznej wartości budżetu na te trzy grupy prac 56 383 487,61 zł).
Z tego względu skierowanie do Odwołującego wezwania w trybie art. 224 ust. 1 PZP było nadużyciem prawa podmiotowego przysługującego Zamawiającemu.(…) Odwołujący wskazał treść art. 224 ust, 1 ustawy Pzp, jak również art. 5 k.c oraz przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej: akt KIO 646/23 648/23, KIO 519/17, KIO 709/20, KIO 901/23, KIO 880/23, KIO 1976/20 oraz Sądu Okręgowego w Gliwicach X Wydział Gospodarczy z dnia 3 marca 2020 r., sygn. akt X Ga 35/20. (…)
W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający zarzucił tej ofercie:

1. że połączenie funkcji dyżurnego ZUD z osobą dyżurującą w POK jest niemożliwe i niedopuszczalne, a więc niezgodne z OPZ;
2. że koszty dyżurnego ZUD powinny być ujęte w grupie praz 10b, a nie w grupie prac 11;
3. że zastosowana liczba operatorów sprzętów ZUD jest niezgodna z SWZ, bo potrzeba co najmniej 28 osób, a Odwołujący założył 24 osoby;
4. że koszty pracy zostały niedoszacowane, ponieważ według Zamawiającego minimalna stawka godzinowa to 28,99 zł, a z uwzględnieniem pracy w nocy – 30,88 zł; zaś minimalna roboczogodzina pracy w ZUD to 29,93 zł; niedoszacowanie według Zamawiającego dotyczy: Miejsca Obsługi Podróżnych (MOP) oraz Zimowe Utrzymania Dróg (ZUD).
5. że Odwołujący nie doszacował kosztu materiałów
6. że oferta Odwołującego nie uwzględnia kosztów opcji w grupach 10a i 10b, co zaniża jej cenę o dalsze około 500 000 zł;
7. finalnie, że Odwołujący łącznie nie doszacował w cenie zimowego utrzymania kwoty 7 308 660,88 zł.

Ad. 1 połączenie funkcji dyżurnego ZUD z osobą dyżurującą w POK

Zdaniem Odwołującego 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.
W odpowiedzi na pytanie 117 „Czy specjalista ds. utrzymania dróg oraz specjalista ds administracyjno-finansowych może pełnić funkcję dyżurnych ZUD?" Zamawiający wyjaśnił, że specjalista ds. utrzymania dróg oraz specjalista ds administracyjno-finansowych może pełnić funkcję dyżurnych ZUD z zastrzeżeniem, że dyżury ZUD będą pełnione przez w/w osoby będą pełnione poza godzinami ich pracy na stanowisku specjalista ds. utrzymania dróg oraz specjalista ds. administracyjno-finansowych.
Zamawiający argumentuje, że wymagania dla dyżurnego ZUD, w tym zakres jego obowiązków, oraz dla POK opisane zostały w dwóch różnych dokumentach składających się na OPZ (odpowiednio w ST D-66.01.00 Zimowe Utrzymanie dróg krajowych oraz ST D-10.10.01z Zarządzanie kontraktem). Nie jest to jednak argument przeciwko łączeniu funkcji. Odwołujący nie traktuje również tych dwóch stanowisk (dyżurnego ZUD – dyżurnego POK) jako jednego stanowiska, a wyłącznie uważa, że może wykonywać jedna osoba.
Jeśli Zamawiający chciałby zakazać łączenia obowiązków dyżurnego POK i dyżurnego ZUD, to powinno to zostać wskazane w dokumentach zamówienia.(…)

Ad. 2 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 równolegle do trwającego w tym czasie zarządzania kontraktem. W ocenie odwołującego 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. (…)
W SST D-10.10.01z pkt 5.4 Patrol drogi str. 8-9 Zamawiający wskazał, iż „w ramach patrolu drogi należy sprawdzić wszystkie elementy występujące w pasie drogowym, w tym mające wpływ na bezpieczeństwo oraz estetykę drogi i jej otoczenia, w szczególności weryfikacji powinny podlegać: (…) 12) zimowe utrzymanie dróg (w okresie występowania czynników zimowych);"
Przyjmując argumentację Zamawiającego zawartą w decyzji o odrzuceniu oferty, również patrol drogi winien być rozliczany w ramach grup 10a, 10b, 10c, gdyż dotyczy bezpośrednio ZUD. Podobnie SST D-10.10.01z 1.4 (…) To jest typowa czynność w ramach grupy 11. Gdyby uznać argument Zamawiającego, to również w tym wypadku należałoby podzielić koszty: na zarządzanie w zimie i zarządzanie w innych porach roku, mimo że zgodnie z dokumentami zamówienia zarządzanie zostało wyodrębnione do osobnej grupy 11.
Dalej SST D-10.10.01z pkt 5.2. Zarządzanie kontraktem (…) Nie można przecież wyprowadzić wniosku, że w tym wypadku również należy podzielić koszty na kontrole w zimie i kontrole poza zimą, skoro istnieje osobna kategoria: zarządzanie. SST D-66.01.00 oraz SST D-10.10.01z są ze sobą powiązane i uzupełniają się. Obie te czynności mają charakter ryczałtowy i zachodzą na siebie. (…) Zamawiający przytacza treść pkt 5.3 ST D-10.10.01z o treści: „Osoba do kontaktu z Zamawiającym przebywająca w POK winna posiadać pełną bieżącą wiedzę na temat Kontraktu oraz powinna być osobą decyzyjną do podejmowania działań na drogach objętych zamówieniem (przekazywanie wszelkich informacji, dysponowanie brygad interwencyjnych, koordynacja prac związanych z bieżącym i zimowym utrzymaniem dróg)". Jednak zacytowany fragment wcale nie oznacza, że ta sama osoba nie może wykonywać prac dyżurnego ZUD i jednocześnie koordynować całości ZUD. Dyżurny (specjalista) pracujący przez cały rok posiada bieżącą wiedzę na temat kontraktu, jest osobą decyzyjną, zajmuje się koordynacją prac związanych z bieżącym i zimowym utrzymaniem dróg. Zamawiający nie wskazał w SST, że ta sama osoba nie może wykonywać prac dyżurnego ZUD i jednocześnie koordynować całości ZUD: nie ma takiego zapisu. (…) Odwołujący wskazał, że posiada taką ilość osób, iż osoba dyżurująca znajduje się 24h/dobę 7 dni w tygodniu. Twierdzenie Zamawiającego, iż na dyżurze POK osoba jest tylko od 15.00 do godz. 7:00 jest niczym nie poparte. Z SST wynika jedynie że ma obowiązek przebywać w tych godzinach, co nie oznacza że nie może przebywać jedna dodatkowa osoba w godzinach od 7:00 do 15:00. (…) Zamawiający nie spojrzał, iż w ramach POK w ofercie Odwołującego przez cały rok jest zaplanowanych dodatkowo 8 osób dyżurnych/specjalistów bezpośrednio związanych z koordynacją letnią, zimową na drodze, przekazywaniem informacji, wysyłaniem grup patrolowo interwencyjnych itp. (…)
W konsekwencji, Zamawiający próbuje obecnie wywieść z treści dokumentów zamówienia zakaz, który nie został tam umieszczony i jeśli było to intencją Zamawiającego, to go nie wyartykułował. Odwołujący zwrócił uwagę, iż wykonawca L.K. w swoich wyjaśnieniach ceny wskazuje, że w grupie prac 10b połączył stanowisko dyżurnego ZUD z operatorem ładowarki. Zamawiający w tym przypadku nie stwierdza niedozwolonego łączenia funkcji, a przecież zgodnie z argumentacją Zamawiającego zastosowaną wobec Odwołującego, dyżurny ZUD nie mógłby równocześnie patrolować newralgiczne miejsca na drodze i ładować pługosolarkę. (…)

Ad. 3 zbyt mała liczba operatorów ZUD

Wbrew stanowisku Zamawiającego zastosowana liczba operatorów sprzętów ZUD nie wynosi co najmniej 28 osób. Zgodnie z SWZ Wykonawca nie ma obowiązku zapewnić w ramach gotowości operatorów dla równiarek i pługów wirnikowych (a nawet ładowarek). Na potwierdzenie powyższego Odwołujący przywołuje treść SST D-66.01.00 pkt 1.4.11., SST D-66.01.00 pkt 1.4.12. Wskazuje przy tym, że SST definiuje 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. (…)
Zgodnie z gotowością (bierną i czynną) Odwołujący 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. rozważać płatność np. w wysokości 30%, 50% czy jakkolwiek się umówimy, za odebranie telefonu i niezwłoczne przybycie). Dodatkowo Odwołujący ma założone wysokie koszty pośrednie na dobę w kwocie 5 142,62 złote netto związane z funkcjonowaniem przedsiębiorstwa i realizacją projektu (również różnego rodzaju ryzyka). (…)

Ad. 4 niedoszacowanie kosztów pracy w MOP i ZUD MOP

Odwołujący w przeciwieństwie do wykonawcy L.K. przyjął prawidłową ilość godzin pracy na MOP. Celowo wskazał również wysoką stawkę godzinową, a wskazał niższe koszty pośrednie. Dodatkowo wskazać należy, iż Odwołujący jasno i wyraźnie na początku swego wyjaśnienia wskazał, iż „w cenach i wartości naszej oferty zostały uwzględnione wszystkie potrzebne koszty związane z robocizną, materiałami oraz sprzętem, innymi kosztami i kosztami pośrednimi - np. związanymi z różnego rodzaju opłatami, utylizacją, kosztami organizacji ruchu, kosztami finansowania kontraktu,

nieprzewidzianymi wydatkami". (…) Ryzyko zawarte jest również w ewentualnym zysku, choć w tym wypadku nie ma takiej potrzeby. Nie ma również obowiązku zatrudniania na umowę o pracę, co oznacza, iż problem związany z urlopem, L-4 nie występuje. Choć z opisu powyżej jasno wynika, iż nawet i na to Odwołujący zarezerwował pieniądze. Odwołujący ma obowiązek zapewnienia w godzinach od 6:00 do 22:00 stałej obsługi, a czy będą to 2 osoby po 8 godzin czy też 8 osób po 2 godziny i w jakiej formie zatrudnienia – decyzja należy do Odwołującego, a nie do Zamawiającego. ZUD Zgodnie z obowiązującymi przepisami minimalna stawka godzinowa 23,50 zł x 22 osoby sprzęt podstawowy x 24 godziny = 12 408,00 złotych. Zgodnie z obowiązującymi przepisami minimalna stawka godzinowa 23,50 zł x 22 osoby sprzęt podstawowy (plus 2 ładowarki) x 24 godziny = 13 536,00 złotych. ZUS do umowy zlecenia 96,65 zł na miesiąc x 96 osób = 9 278,40 zł podzielić przez 30 dni = 309,28 zł. Łączna kwota nawet przy operatorach ładowarki = 13.536,00 + 309,28 zł = 13 845,28 zł. Nawet stawka wskazana przez Zamawiającego 29,93 – 25,89 = 4,04 zł x 24 osoby x 24 godziny = 2327,04 – ryzyko w kosztach pośrednich które wynoszą 5 142,62 złote (funkcjonowanie projektu) zostaje w kosztach pośrednich 2 815,58 złotych 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 7 629,57 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 17 206,39 złotych netto. Zatem – podążając tokiem rozumowania Zamawiającego - niedoszacował ceny jednostkowej w samej tylko robociźnie na łączną kwotę 4 343,21 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 30 943,00 złotych netto za dobę (wyższą od Zamawiającego o 13.736,61 zł) i bardzo zbliżoną do ceny z wybranej oferty. (…)

Niezależnie od powyższego Zamawiający nie odniósł się w żaden sposób do niedoboru robocizny na MOP-ach wykonawcy L.K. (brak założeń kosztów pośrednich), mimo że wykazał te niedobory wszystkim pozostałym wykonawcom jednocześnie zarzucając niezgodność z wymaganiami SWZ. (…)

Ad. 5 niedoszacowanie kosztu materiałów

Zamawiający uzasadnia swoją ocenę w zakresie kosztu niedoszacowania materiału (soli) niezgodnie z SWZ (…) Odwołujący wyjaśnia, że założył zakup soli w cenie 260 zł/tonę netto, na co przedłożył faktury zakupu soli od KGHM Metraco. Zamawiający uważa, że trzeba doliczyć do tego 150 zł kosztu transportu za tonę.

Jednak jest to niewłaściwe założenie. Odwołujący nie wliczył ceny transportu, bo: dokonuje odsprzedaży zakontraktowanej soli swoim podwykonawcom i innym podmiotom oraz posiada własny transport, który kontraktuje w drodze powrotnej. Oznacza to, że brak jest kosztów transportu. Z tej też przyczyny Odwołujący nie wykazuje kosztów transportu w swoich wyjaśnieniach.

Dodatkowo Wykonawca założył ilość soli ponad konieczną ilość, tak by wszelkie ryzyka związane z wahaniem cen innymi nieprzewidzianymi kosztami były uwzględnione. (…)

Zamawiający słusznie wskazuje, że sól nie jest jedynym potrzebnym materiałem i wyciąga z tego wniosek, 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. (…)

Dodatkowo Odwołujący dołączył fakturę z wynajmu ładowarek od firmy z którą współpracuje w kilku województwach. Jeśli Zamawiający nie był pewien, czy wyjaśnienia Odwołującego zawierają wszystkie koszty mógł nakazać sprecyzować wyjaśnienia, nie uczynił tego.

Ad. 6 nieuwzględnienie w ofercie kosztów prawa opcji niezgodnie z wyjaśnieniem 130 w grupach 10a i 10b

Zamawiający powołuje się na swoje wyjaśnienie nr 130 i zarzuca, że Odwołujący w żadnym miejscu Wyjaśnień dla grupy 10b nie wskazał, by w kosztach ZUD ujął koszty prawa opcji w zakresie, w jakim koszty te miał ująć w wycenie Zimowego Utrzymaniu Dróg zgodnie z zapisami SWZ, co prowadzi do wniosku, że ich nie uwzględnił. Również z treści wyjaśnień dla grupy 10a wynika zdaniem Zamawiającego jednoznacznie, że w grupie tej nie ujęto żadnych kosztów opcji. (…)

Zdaniem Odwołującego ocena Zamawiającego jest nieuprawniona. Pytanie 130 brzmiało: 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 zaś: 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. Po pierwsze to „zachowawcze szacowanie" przez Zamawiającego jest niepoparte żadnymi danymi i nieuprawnione. Nie istnieje jeden uniwersalny sposób wyjaśniania ceny, ani szacowania ceny, i każdy wykonawca może mieć na to inną metodę, zachowując równocześnie wszelkie standardy i dochowując staranności w wyjaśnianiu. Okoliczność, że Zamawiający ma swój preferowany sposób wyjaśniania ceny wynikający z długoletniej współpracy z jednym podmiotem nie może rzutować

na wynik oceny wyjaśnień składanych w innym formacie. (…) 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.

Ad. 7 niedoszacowanie oferty w grupie 10a, 10c, 10c w łącznej kwocie 7 308 660,88 zł. Wyliczenie to jest o tyle interesujące, że zarzuty Zamawiającego związane z niedoszacowaniem dotyczą grupy prac, w których cena oferty Odwołującego przekracza zakładany przez Zamawiającego budżet. Jak wynika bowiem z uzasadnienia odrzucenia oferty, o uznaniu że oferta ta zawiera rażąco niską ceną zadecydował sposób wyceny zadania zimowe utrzymanie dróg (grupy 10a, 10b, 10c). (…)

Odwołujący porównał swoją ofertę z załączeniami Zamawiającego i zwrócił uwagę, że Zamawiający założył łączny koszt 791 939,52 zł, a Odwołujący zaoferował cenę 1 228 794,68 zł. Zamawiający zarzuca Odwołującemu, iż jego niedoszacowanie kosztów ZUD wynosi łącznie 7 308 660,88. Różnica między kosztorysem inwestorskim, a ofertą Odwołującego wynosi zaledwie 861 189,56 złotych netto. (…)

Podsumowując: 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 złożonej pismem z 14 lipca 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in:

Wybór oferty wykonawcy L.K. w Postępowaniu

Zamawiający wskazał, że Pani A. została wskazana jako Kierownik ds. Utrzymania Dróg w formularzu 2.3.1. Kryteria pozacenowe jedynie w części 1. Dla części 4 natomiast jako Kierownik ds. Utrzymania Dróg w Formularzu 2.3.1. Kryteria pozacenowe wskazany został R.Z..

Dalej, wykonawca Leszek Kochanowicz przed dokonaniem w dniu 23 czerwca 2023 r. przez Zamawiającego wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej w Części 4, dokonał zmiany osoby wskazanej do pełnienia funkcji Kierownika Robót Drogowych, wskazując jako właściwego Pana Tomasz Kawkę, niejako uprzedzając ewentualną czynność Zamawiającego w trybie art. 128 ust. 4 i/lub 3 zmierzającą do wezwania go do zmiany/uzupełnienia. Po zaistnieniu przedmiotowej zmiany, która jest dopuszczalna w świetle prawa i orzecznictwa Izby, Zamawiający dokonał prawidłowo wyboru.

Niezgodność oferty wykonawcy L.K. z SWZ i niedopuszczalne poprawienie omyłek

Zamawiający przywołał treść art. 223 ust. 2 ustawy Pzp oraz stanowisko doktryny dot. poprawienia omyłki. Wskazał, iż brzmienie regulacji w tym zakresie nie pozostawia wątpliwości co do braku swobody zamawiającego w zakresie poprawienia omyłki, jeśli tylko zaliczyć ją można do katalogu określonego w przywołanym wyżej przepisie. Nie jest przy tym konieczne podjęcie przez wykonawcę działania w tym celu.

Zamawiający analizując ofertę wykonawcy L.K. złożoną w Części 4 Postępowania, jednocześnie posiadając dostęp do ofert złożonych w pozostałych Częściach Postępowania oraz mając wiedzę o cenach zaoferowanych w pozostałych ofertach, doszedł zatem do wniosku, cena jednostkowa wskazana w pozycji 7.2 w Grupie 12 Formularza Cenowego dla Części 4 (Naprawa/wymiana balustrad mostowych aluminiowych) została jedynie omyłkowo błędnie wskazana, tj. błędnie został usytuowany przecinek, co skutkowało zaoferowaniem ceny jednostkowej w wysokości 51,20 zł netto za naprawę/wymianę 1 Mg (tony) balustrad mostowych aluminiowych.

Zdaniem Zamawiającego, cena wskazana przez wykonawcę L.K. jest omyłką, gdyż stanowi „na pierwszy rzut oka" zaniżenie rzędu oferowanej ceny 1000 x. Zaznaczył, że oczywistym jest, iż cena 51,20 zł jest ceną nierynkową i nierealną. Powyższe obligowało Zamawiającego do dokonania poprawy ceny jednostkowej przewidzianej w poz. 7.2. dla Grupy 12 Formularza Cenowego w Części 4 Postępowania z 51,20 zł na 51 200,00zł, czyli przesunął przecinek o trzy miejsca. Dodatkowo wskazał, że przedmiotowa poprawka omyłki nie spowodowała znaczącej zmiany ceny ofertowej i nie doprowadziła do zmiany pozycji w rankingu ofert. W tym miejscu przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 stycznia 2022 r, w sprawie o sygn. akt KIO 85/22.

Zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy L.K.

Wysokość wynagrodzenia za roboczogodzinę pracy:

Zamawiający wskazał, że wykonawca Leszek Kochanowicz wprost potwierdził w złożonych wyjaśnieniach (w części wstępnej oraz częściowo przy dalszych kalkulacjach), że ujął w koszcie roboczogodziny wszystkie konieczne do poniesienia koszty pracodawcy i inne dodatki oraz jednoznacznie wskazał, w jaki sposób łączny koszt roboczogodziny rozdzielił pomiędzy poszczególne rodzaje kosztów. Ze złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień jasno wynika, że

stawki 21,56 zł, 21,76 zł, 22,00 zł oraz 24,00 zł ujęte w kosztach „robocizna" nie są całkowitym kosztem pracy przyjętym przez tego wykonawcę oraz, że pozostała część kosztów pracy jest ujęta w kosztach pośrednich oraz częściowo w kosztach innych.

Zamawiający, uwzględniając wyjaśnienia wykonawcy Leszek Kochanowicz zawarte na str. 18 pliku Ogólne_Tajemnica_przedsiębiorstwa_BES, weryfikując poprawność wyliczenia kosztów pracy w ramach Grupy 8 prac poz. 6.1. do poz. 6.8. przyjął następujące wartości: 10 758,00 zł (koszty z pozycji „robocizna") + 5 379,00 zł (koszty z pozycji „koszty pośrednie, które zgodnie z wyjaśnieniami wykonawcy zawierają część kosztów pracy, tj. koszty pracodawcy) = 16 137,00 zł.

Tym samym, mając na uwadze, że wartość wyliczona przez Zamawiającego jako minimalny koszt zatrudnienia pracowników do obsługi MOP to 13 915,20 zł, różnica między kwotą przewidywaną tytułem wynagrodzenia pracowników, a wartością wyliczoną przez Zamawiającego wynosi 2 221,80 zł (na miesiąc, na MOP).

Zdaniem Zamawiającego koszty pośrednie wraz z kosztami robocizny założone przez wykonawcę L.K. dla tych pozycji rozliczeniowych są wystarczające na pokrycie całkowitych kosztów pracy oraz pozostaje jeszcze kwota na pokrycie innych kosztów pośrednich.

Zamawiający zwrócić uwagę, że Odwołujący twierdzi obecnie, iż także on ujął część kosztów związanych z wynagrodzeniem za roboczogodzinę, w kosztach pośrednich, jednak w złożonych przez Odwołującego wyjaśnieniach brak jest stwierdzeń, które tezę tą mogłyby potwierdzać. Odwołujący poprzestał w wyjaśnieniach na stwierdzeniu:

Potwierdzamy, że w cenach i wartości naszej oferty zostały uwzględnione wszystkie potrzebne koszty związane z robocizną, materiałami oraz sprzętem, innymi kosztami i kosztami pośrednimi - np. związanymi z różnego rodzaju opłatami, utylizacją, kosztami organizacji ruchu, kosztami finansowania kontraktu, nieprzewidzianymi wydatkami itp. - niezbędnymi do wykonania określonych w dokumentacji przetargowej prac (str. 3 plik: czesc_4_nisko_pismo_zaberd_rnc_gddkia_wstep_i_zastrzez._tajemn._przedsieb.).

Dodatkowo w wyjaśnieniach poszczególnych Grup Formularza Cenowego Odwołujący wskazywał:

Koszty pośrednie w kalkulacji obejmują także inne czynności opisane w SST (a w szczególności oznakowanie robót).

Do wyjaśnień kosztów prac z Grupy 10b Formularza Cenowego Odwołujący wprowadził natomiast następujące zdanie: *Koszty pośrednie: Związane z funkcjonowaniem przedsiębiorstwa i realizacją projektu, ew. innymi nieprzewidzianymi wydatkami.*

Żadne zatem z przywołanych powyżej stwierdzeń nie wskazuje by Odwołujący w kosztach pośrednich ujął jakiekolwiek koszty związane z zatrudnieniem pracowników na potrzeby realizacji Części 4. Trudno więc czynić Zamawiającemu zarzut, że nie uwzględnił przy ocenie wyjaśnień Odwołującego tego, że Odwołujący część kosztów pracy ujął w kosztach pośrednich, jeśli okoliczność ta nie wynikała z żadnego elementu złożonych przez Odwołującego wyjaśnień.

Brak pominięcia przez wykonawcę L.K. przy ustalaniu ceny oferty pozycji formularza cenowego dotyczących Grupy Prac 8 Formularza Cenowego

Wykonawca Leszek Kochanowicz w ramach wyjaśnień zawartych w pliku pn.: *ogolne_tajemnica_przedsiębiorstwa_BES* nie poprzestał na ogólnych zapewnieniach o zgodności przyjętych założeń z postanowieniami SWZ, lecz wskazał również dodatkowe informacje odnoszące się do zasad przypisywania kosztów do poszczególnych pozycji rozliczeniowych i grup kosztów oraz, przedstawiając stosowne dowody, wykazał wysokość ponoszonych przez siebie kosztów pracy, kosztów zakupu paliwa, czy dostępność poszczególnych rodzajów sprzętu, w tym koniecznego do wykonania prac z pozycji wskazanych przez Odwołującego. Na podstawie zawartych w tej części informacji Zamawiający mógł więc przykładowo ustalić, ile roboczogodzin pracy wykonawca założył dla ww. pozycji rozliczeniowych. (…)

Podobny sposób weryfikacji przyjął Zamawiający także przy ocenie cen zaoferowanych w ramach Grupy 2 oraz Grupy 3 Prac Formularza Cenowego.

Zamawiający wskazał, że zarzuty odnoszące się do zakresu prac opisanych w Grupie 2 oraz Grupy 3 Prac Formularza Cenowego złożonego przez wykonawcę L.K. pozostają o tyle iluzoryczne, że sam Odwołujący dla szeregu wyjaśnianych pozycji Formularza Rozliczeniowego (nie tylko z Grupy 2 i 3) również poprzestał w zasadzie na złożeniu samej kalkulacji własnej, uzupełnionej co najwyżej pojedynczymi dowodami odnoszącymi się do wybranych pozycji rozliczeniowych lub mających niewielką wartość poznawczą. (…)

Zarzut dotyczący nierealności oraz braku materiału dowodowego potwierdzającego ceny zaoferowane przez wykonawcę L.K. w pozostałych Grupach Prac Grupy Prac 12 i 13 Formularza Cenowego

Sam fakt, iż Odwołujący ma możliwość zakupu zapraw, mieszanek typu PCC, w kwocie 1800-2000 zł za tonę, nie stanowi o nierealności tejże ceny i uznania, że wykonawca Leszek Kochanowicz jest w stanie ją nabyć za kwotę wskazywaną w poz. 18.1 oraz poz. 19.1 Grupie Prac 12 Formularza Cenowego.(…)

Dodać należy że kalkulacja własna wykonawcy L.K. pozostawała znacznie bardziej szczegółowa niż Odwołującego, w szczególności poza materiałami pomocniczymi, które również pojawiły się w kalkulacji u Odwołującego, wykonawca Leszek Kochanowicz ujął w wycenie koszty szeregu innych materiałów koniecznych do wykorzystania np. wodę, piasek, pręty zbrojeniowe, materiał uszczelniający, masę zalewową itd. Dodatkowo poza samochodem samowyładowczym wykonawca Leszek Kochanowicz wskazał wszystkie sprzęty wymagane do wykonania tych prac np. opryskiwacz, sprężarkę, agregaty prądotwórcze itd.

Grupa Prac 7 Formularza Cenowego

Na etapie badania złożonych przez wykonawcę L.K. wyjaśnień ceny, Zamawiający wnikliwie badał zaoferowaną cenę, w tym zweryfikował umowę przedstawioną przez tego wykonawcę, zawartą z podmiotem Wimed sp. z o.o. Zamawiający wystąpił mianowicie do kontrahenta wykonawcy L.K. z zapytaniem, czy umowa o treści została zawarta z wykonawcą L.K. i czy pozostaje wiążąca. Wobec uzyskania potwierdzenia w obu kwestiach, Zamawiający nie miał podstaw do kwestionowania sposobu kalkulacji ceny dla wskazanej pozycji. Dowodem przedmiotowych czynności jest korespondencja ze spółką Wimed sp. z o.o. (…)

poz. 2.3 Grupa Prac 4 Formularza Cenowego

Z doświadczenia Zamawiającego wynika, że transport materiału pochodzącego z odmulania odbiorników wód deszczowych do miejsca jego składowania może być wykonywany w różny sposób, niekoniecznie przy użyciu samochodu samowyładowczego – jak wskazuje Odwołujący. W ramach realizowanych na rzecz Zamawiającego prac utrzymaniowych, spotkał się on m.in. z wykorzystaniem w tym celu jedynie koparki.

Zamawiający nie miał więc podstaw by kwestionować wycenę tej pozycji przedstawioną przez wykonawcę L.K., gdyż fakt nie posiadania samochodu samowyładowczego nie stanowi samoistnie o nieuwzględnieniu przez danego wykonawcę obowiązku odwiezienia urobku na składowisko, które może znajdować się w niedużej odległości od rejonu prowadzenia robót.

poz. 8.1 Grupa Prac 4 Formularza Cenowego

Zamawiający w tym miejscu wyjaśnia, że część przepompowni wód deszczowych przewidywanych do utrzymania w ramach Części Prac 4 Formularza Cenowego jest wciąż objęta gwarancją wykonawcy zamówienia na roboty budowlane. Z doświadczenia Zamawiającego wynika jednak, że nawet te przepompownie wód deszczowych, które są już poza okresem gwarancji, nie są elementem wymagającym istotnych nakładów w zakresie materiałów w związku z ich bieżącym utrzymaniem. Przykładowo lampy sygnalizacyjne, o których wspomina Odwołujący wskazując na rzekomą istotność materiałów niezbędnych do ich bieżącej kontroli i wymiany żarówek, włączają się wyłącznie w razie awarii, a więc rzadko, a w przypadku właściwego utrzymania pompowni, ten element właściwie nie zużywa się. Natomiast jeżeli zdarzają się akty wandalizmu, kradzieże lub awarie wymagające wymiany lub naprawy elementów uszkodzonych w wyniku siły wyższej lub zużycia eksploatacyjnego, koszty ich usunięcia dotychczas w każdym przypadku przekraczały 500,00 zł. (…)

W tej sytuacji Zamawiający uznał więc, że nie ma bezwzględnej konieczności ujęcia w tej pozycji kosztów materiałów i jeśli wykonawca ma założoną wycenę ryzyka związanego z wykonywaniem prac opisanych daną pozycją (tak jest w przypadku wykonawcy L.K.), to taki sposób obliczenia ceny jest również właściwy. (…)

Poz. 3.13 Grupa 6 Prac Formularza Cenowego

Z doświadczenia Zamawiającego wynika również, że pracownicy wykonawcy, w szczególności wykonawcy L.K. utrzymującego aktualnie drogi będące przedmiotem zamówienia (od 2019 roku), doskonale znają lokalizację słupków granicznych, a także bardzo mają wiedzę, jaki jest ich stan techniczny oraz jakie występują braki. Wykonawcy zamówienia weryfikują bowiem te okoliczności na bieżąco, przy okazji wykonywania innych czynności utrzymaniowych w terenie, w tym koszenia, patrolowania itd. Mała czasochłonność tej czynności przyjęta przez wykonawcę L.K. nie budzi więc wątpliwości Zamawiającego.

Zauważyć przy tym należy, że cena jednostkowa Odwołującego za tę pozycję jest ponad dwukrotnie wyższa niż cena przyjęta w kosztorysie inwestorskim Zamawiającego (cena ustalona na podstawie średnich cen z wcześniejszych postępowań) oraz o ponad 61% wyższa niż średnia cena z tego postępowania. Dodatkowo w cenie jednostkowej Odwołującego ustalonej na 2,50 zł aż 1,04 zł stanowią *koszty inne, pośrednie i zysk*, w sytuacji, gdy w ofercie wykonawcy L.K. *koszty inne, pośrednie i zysk* stanowią 0,06 zł, w ofercie wykonawcy Saferoad Grawil sp. z o.o. - 0,32 zł, a w ofercie Konsorcjum AJW sp. z o.o. oraz Autostrada Mazowiecka sp. z o.o. - 0,64 zł. Powyższe potwierdza, że cena jednostkowa, o której mowa, została ustalona przez Odwołującego na bardzo wysokim poziomie, a istotną jej część stanowią zysk i innego rodzaju koszty dodatkowe. Nie można więc przyjąć, że wycena Odwołującego jest jedyną prawidłową. (…)

Poz. 5.3 i 5.4 Grupa 9 Prac Formularza Cenowego

Zamawiający w pierwszej kolejności wskazuje, że pozycje 5.3 oraz 5.4. Grupy 9 Prac Formularza Cenowego dotyczą szafy sterującej oświetleniem, nie zaś szafy oświetleniowej. Powyższe rozróżnienie ma istotne znaczenie w kontekście wymogów SWZ, nie można bowiem wprost wymogów dotyczących szafy oświetleniowej odnosić do szafy sterującej, jak czyni to Odwołujący. (…)

Zestawienie materiałów podanych przez wykonawcę L.K. zawiera wszystkie podstawowe materiały (elementy) szafy sterującej wymienione w pkt 2.4.9. SST D-07.07.01, w liczbie i rodzaju, zgodnym z tymże postanowieniem SST. (…)

Zamawiający nie ma przy tym wątpliwości co do zgodności wymienionych przez wykonawcę L.K. materiałów przyjętych do wyceny poz. 5.3 i 5.4 Grupy 9 Pracy Formularza Cenowego z wymogami przyjętymi w SST D-07.07.01, także i z tego względu, że w okresie współpracy przy realizacji utrzymania dróg (od 2012 roku) – wykonawca Leszek Kochanowicz realizuje 5 z 7 umów utrzymaniowych na terenie tut. Oddziału - przy analogicznie sformułowanych wymogach, wykonawca ten wymienił również szafę sterującą i przy zastosowaniu rozwiązań wskazanych w wyjaśnieniach dochował

wszystkich wymogów, w szczególności obudował wymienione w wyjaśnieniach urządzenia w taki sposób, że spełnione są wymogi co do szczelności, wentylacji itd. (…)

Zarzuty dotyczące nieprawidłowej oceny przez Zamawiającego oferty Odwołującego

(…)

Ocena wyjaśnień złożonych przez Odwołującego – jak wskazuje Odwołujący - nie pozostawała nakierowana na wyszukanie uchybień Odwołującego. Zamawiający do oceny wszystkich wyjaśnień przyjął taką samą miarę, skupiając się w szczególności na weryfikacji dokładnie tych samych elementów w każdych wyjaśnieniach (ZUD, MOP, koszty pracy) oraz w równym stopniu, Zamawiający oceniał kompleksowo czy dane wyjaśnienia są przygotowane rzetelnie, zgodnie z wymogami wynikającymi z dokumentacji przetargowej.

Wobec tak przeprowadzonej oceny oferty Odwołującego, Zamawiający uznał niezgodność jego oferty z SWZ oraz niedoszacowanie zaoferowanej ceny.

Brak możliwości łączenia kosztów dyżurnego Zimowego Utrzymania Dróg (dalej zwanego: „ZUD") i dyżurnego Punktu Obsługi Kontraktu (dalej zwanego: „POK")

Zgodnie z uwagą nr 2 do Formularzy cenowych zamieszczonych przez Zamawiającego w SWZ:*Cena za jednostkę obejmuje wszystkie składniki kosztów (m.in. KP, KZ, Zysk, itp.), a także inne czynności opisane w SST (a w szczególności oznakowanie robót). Zamawiający do poszczególnych pozycji przewidzianych w Formularzu cenowym podał w Formularzach właściwą SST.*

W przypadku SST odnoszącej się do ZUD (SST D-66.01.00) Zamawiający dodatkowo w pkt 9.1 SST D-66.01.00 odnoszącym się do podstawy płatności podkreślił: *Podstawą płatności jest cena jednostkowa skalkulowana przez Wykonawcę za jednostkę obmiarową ustaloną dla danej pozycji w Tabeli Elementów Rozliczeniowych. Cena jednostkowa pozycji kosztorysowej powinna uwzględniać wszystkie czynności, wymagania i badania składające się na jej wykonanie, określone dla tej usługi w SST* (tej SST, nie zaś jakiejkolwiek – przyp. Aut.)*, a także koszty przejazdu płatnymi odcinkami dróg.*

W świetle powyższych postanowień SWZ zamieszczenie opisu danej czynności w określonej SST determinowało konieczność ujęcia kosztów wykonania tej czynności w pozycji Formularza cenowego, dla której dana SST została wskazana, nie zaś w innej, dowolnie ustalonej przez wykonawcę. Wbrew więc zarzutom Odwołania, opisanie czynności wykonywanych przez dyżurnego ZUD w ramach SST D-66.01.00 („SST dla ZUD"), nie zaś w SST 10.10.01z („SST dla Zarządzania Kontraktem") ma kluczowe znaczenie dla ustalenia, w których pozycjach rozliczeniowych koszty pracy dyżurnych ZUD powinny zostać ujęte. Skoro bowiem czynności dyżurnego ZUD są opisane w SST D-66.01.00 (SST dla ZUD) i jest to opis kompletny, to koszt tych czynności zgodnie z powyższymi postanowieniami SWZ należało ująć w Grupie 10 Prac (ZUD) Formularza Cenowego.

Jednocześnie przy takim sposobie sformułowania postanowień SWZ, Zamawiający nie pozostawał zobligowany do wprowadzenia w SWZ dodatkowego zakazu łączenia funkcji, stanowisk, zadań opisanych w różnych SST, aby móc wymagać obliczenia ceny za czynności dyżurnego ZUD wynikające z konkretnego SST, w ramach pozycji Formularza Cenowego dotyczącej wszystkich czynności, wymagań i badań składających się na jej wykonanie. (…)

Potwierdzeniem konsekwentnego podejścia Zamawiającego do analizowanej kwestii w ujęciu kosztowym jest również odpowiedź na przywołane w Odwołaniu pytanie 117 do SWZ, z której jednoznacznie wynika, że osoby zajmujące inne stanowiska (w tym przypadku specjalisty ds. utrzymania dróg oraz specjalisty ds. administracyjno – finansowych) mogą pełnić dyżury ZUD wyłącznie poza godzinami pracy na swoich stanowiskach. Nie ma więc możliwości, by w tym samym czasie ta sama osoba wykonywała czynności przypisane do dyżurnego ZUD oraz do wskazanych tu specjalistów. W ślad za tym nawet, jeśli ta sama osoba w danym dniu pracuje np. najpierw jako Specjalista ds. Utrzymania dróg, a kolejno jako dyżurny ZUD to z uwagi na to, że w tym samym czasie nie wykonuje czynności przypisanych do tych dwóch stanowisk koszty jej zatrudnienia w tym dniu należało rozdzielić pomiędzy Grupę Prac 10 Formularza Cenowego i Grupę Prac 11 Formularza Cenowego. (…)

Oceny w zakresie poprawności oferty Odwołującego nie zmienia okoliczność podnoszona w Odwołaniu, tj. że w ramach POK w ofercie Odwołującego przez cały rok jest zaplanowanych dodatkowo 8 osób dyżurnych/specjalistów. Osiem osób, w szczycie sezonu zimowego, kiedy wymaganych jest 2 dyżurnych ZUD 24h/7 dni, nie wystarcza bowiem na zapewnienie personelu na tychże dwóch stanowiskach i jeszcze w ramach stanowiska dyżurnego POK, w systemie 16h/dobę. (…)

Zbyt mała liczba operatorów ZUD w ofercie Odwołującego

Zamawiający przywołał treść SST D-66.01.00 -*1.4.1. Gotowość bierna ZUD, 1.4.2. Gotowość czynna ZUD i wskazał, że* dokonując wykładni zacytowanych powyżej postanowień SST Odwołujący całkowicie pomija, że w obu ww. przypadkach wymóg stacjonowania sprzętu ZUD we wskazanym przez Zamawiającego miejscu został wprost ograniczony do sprzętu podstawowego, jednakże ograniczenie to nie zostało wprowadzone (powtórzone) odnośnie do operatorów (brak jest w SST postanowień typu: operatorzy sprzętu podstawowego, operatorzy tego sprzętu…). Z tego względu Zamawiający wymóg „dyspozycyjności" wiąże z operatorami wszystkich sprzętów ZUD, nie zaś tylko podstawowych sprzętów ZUD. Należy w tym miejscu zaznaczyć, że jako „sprzęt podstawowy" określił pługosolarki (solarki opłużone) których winno być 6+16, natomiast „sprzęt pozostały" to pługi wirnikowe, ładowarki, równiarki, sprzęt do odśnieżania chodników, w łącznej liczbie 8 szt, zgodnie z załącznikiem nr 6 do OPZ *Ilości minimalne sprzętu do zimowego utrzymania dróg Rejon w Nisko.*

Zamawiający zwrócił uwagę, że stanowisko Odwołującego jest niekonsekwentne. Odwołujący uwzględnił bowiem w przedstawionej przez siebie kalkulacji kosztów ZUD (kalkulacji kosztów gotowości) koszty pracy 22 operatorów solarek opłużonych i 2 operatorów ładowarek.

Zgodnie z Załącznikiem nr 6 do OPZ, ładowarki również nie stanowią podstawowych sprzętów ZUD. Mimo, iż ładowarki nie stanowią podstawowego sprzętu ZUD, Odwołujący uznaje konieczność zapewnienia dla nich operatorów w okresie gotowości i dla potrzeb każdego rodzaju akcji, a więc w całym okresie zimowym. Odwołujący nie kierował się więc przy kalkulacji kosztów pracy, jak twierdzi obecnie, przywołanymi powyżej postanowieniami SST D-66.01.00, lecz własną oceną potencjalnego zapotrzebowania na dany sprzęt i jego operatora. Tymczasem Zamawiający (czemu jednoznacznie dał wyraz w SWZ), oczekiwał, zwłaszcza od 1 listopada każdego roku, pełnej gotowości sprzętowej (dysponowania minimalną ilością sprzętów wskazanych w Załączniku nr 6 do OPZ) i osobowej (operatorzy tych sprzętów), niezależnie od faktycznego zapotrzebowania na ten sprzęt.

Dalej, Zamawiający przywołał treść pkt 5.3.1. SST D-66.01.00 ALERT BIAŁY-Faza gotowości, 5.3.2. ALERT ŻÓŁTY - Faza działań profilaktycznych – zapobieganie śliskości, 5.3.3. ALERT POMARAŃCZOWY - Faza działań właściwych – usuwanie śliskości oraz odśnieżanie jak również pkt 1.5.2 SST. Zamawiający wyjaśnił, że limity czasowe są wyjątkowo krótkie, jeśli uwzględni się, że w tym czasie wykonawca winien zmobilizować pracowników (jeśli nie byliby w tym czasie w tzw. „bazie", według projekcji Odwołującego, z czym Zamawiający się nie zgadza), przygotować jednostki sprzętowe do wyjazdu, w tym załadować je materiałem, oraz osiągnąć standard na ponad 148 km ciągu głównego (na znacznej długości dwa pasy ruchu w obie strony).

W realiach niniejszego zamówienia, ze względu na panujące w regionie warunki pogodowe, w okresie pomiędzy 1 listopada, a 31 marca wykonawca w zasadzie stale pozostaje w gotowości czynnej (z wyłączeniem dni, w których mamy alerty wyższego stopnia), a i poza tym okresem stan gotowości czynnej zdarza się, że jest utrzymywany, z uwagi na warunki pogodowe.

Wykonawca, nawet pozostając w gotowości biernej, musi więc pozostawać w stałej gotowości do przejścia w „gotowość czynną", a nawet podjęcia określonych akcji, przy czym może to również być konieczne w czasie kilku godzin.

Niedoszacowanie kosztów pracy w MOP i ZUD

Zamawiający przywołał treść pkt 3.4 SST D-66.01.00. Zdaniem Zamawiającego w utrzymaniu dróg objętych Częścią 4 Postępowania, by zapewnić spełnienie wszystkich wymogów wykonawcy realizują zadania bazują na stałej grupie operatorów ZUD (wskazując ich Zamawiającemu jeszcze we wrześniu danego roku), a kolejno opracowują z odpowiednim wyprzedzeniem w całym okresie ZUD grafiki pracy operatorów sprzętu ZUD. Takie podejście do organizacji pracy w powiązaniu z postanowieniami SWZ wskazującymi na konieczność podporządkowania się operatorów ZUD poleceniom, kierownictwu wykonawcy (zatrudnionych przez niego kierowników i dyżurnych), wymaga ich zatrudnienia na podstawie umowy o pracę.

Zdaniem Zamawiającego teza, że operatorzy ZUD mogą być zatrudnieni zamiast na podstawie umowy o pracę na podstawie umowy zlecenia nie koreluje z charakterem i specyfiką wykonywanej przez nich pracy i świadczy o powierzchownej ocenie przez Odwołującego dokumentacji przetargowej, a zarazem potwierdza słuszność wątpliwości powstałych po stronie Zamawiającego. Zamawiający na potwierdzenie powyższego przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 czerwca 2021r. w sprawie o sygn. akt KIO 771/21.

Odwołującego, że dla potrzeb niniejszego Postępowania istnieje możliwość „zatrudnienia" którychkolwiek operatorów sprzętów ZUD w oparciu o umowę zlecenia, jest sprzeczna z opisanym w SWZ sposobem realizacji usługi ZUD, która zakłada konieczność planowania pracy operatorów ZUD z wyprzedzeniem (by zapewnić pełną gotowość i dochować wymogów związanych z czasem reakcji, (…)"

Dodatkowo, argumentacja Odwołującego jest sprzeczna z założeniami do wyceny wprost wskazanymi przez Odwołującego w wyjaśnieniach. Odwołujący w treści wyjaśnień nie wskazał bowiem, że przewiduje zatrudnienie jakichkolwiek operatorów sprzętów ZUD na podstawie umowy zlecenia, a równocześnie wyjaśnił (plik pn. *grupa_10b_tajemnica_przedsiebiorstwa* załącznik pn. *Grupa_10b_Nisko)*: *Założono wynagrodzenie na podstawie łącznego koszty brutto pracodawcy 4.350,00 zł (zgodnie z obowiązującymi przepisami od 1 lipca 2023 roku),* co jednoznacznie świadczy o zamiarze zatrudnienia operatorów sprzętów ZUD na podstawie umowy o pracę.

W ślad za tym wyliczenia zawarte na str. 33 Odwołania *de facto* stanowią modyfikację złożonych uprzednio Zamawiającemu wyjaśnień, co należy uznać za niedozwolone na etapie prowadzenia postępowania przed KIO. (…)

Zamawiający wskazuje, że argumentacja Odwołującego byłaby spójna i logiczna tylko wtedy, gdyby koszty robocizny przyjmowane dla danego rodzaju akcji pozostawały wyższe niż przewidziane w okresie gotowości (wyższe o koszty zatrudnienia 4 dodatkowych operatorów). W sytuacji, gdy koszty robocizny dla każdej pozycji rozliczeniowej są tożsame (i odpowiadają kosztom zatrudnienia tylko 24 osób), oczywistym pozostaje, że Odwołujący nie ujął w ofercie kosztów zatrudnienia operatorów dla wszystkich wymaganych sprzętów ZUD (zarówno przyjmując cenę za okres gotowości, jak i w zależności od poszczególnych akcji), czego ewidentnie dowodzi poniższe rozbicie cen Odwołującego w Grupie 10b Prac Formularza Cenowego, kolumny z „robocizną" (h, o, x, ae).

Zamawiający zwrócił uwagę, że na potrzeby Odwołania Odwołujący wskazuje, że koszty zatrudnienia brakujących

operatorów ZUD może ponieść z kosztów pośrednich, jednak z żadnego z elementów wyjaśnień nie wynika, że koszty pośrednie dla Grupy Prac 10b Formularza Cenowego służą pokryciu tych właśnie kosztów. Teza ta również została więc przyjęta, w ocenie Zamawiającego, wyłącznie na potrzeby niniejszego Odwołania i jako taka nie powinna zasługiwać na uwzględnienie.

Niedoszacowanie kosztów materiałów w ofercie Odwołującego

W pierwszej kolejności wskazać należy, że Odwołujący potwierdził w odwołaniu (s. 34), że w cenie ofertowej nie uwzględnił kosztów transportu soli drogowej od producenta (METRACO, województwo dolnośląskie) do magazynów na terenie realizacji zamówienia, a tym samym wątpliwości Zamawiającego dotyczące nieuwzględnienia wszystkich elementów kosztotwórczych w tym zakresie pozostawały uzasadnione.

Odwołujący wyjaśnia dalej: *Odwołujący nie wliczył ceny transportu, bo: dokonuje odsprzedaży zakontraktowanej soli swoim podwykonawcom i innym podmiotom oraz posiada własny transport, który kontraktuje w drodze powrotnej.*

Ww. okoliczności nie zostały wskazane w żadnym miejscu wyjaśnień złożonych przez Odwołującego i stanowią argumentację przyjętą jedynie na cele niniejszego odwołania.

Zamawiający zwrócił uwagę, że Odwołujący na etapie wyjaśnień wykazywał, że to przyjęte przez niego założenie co do ilości soli drogowej jest tym właściwym, zapewniającym utrzymanie standardów ZUD, nie zaś wyliczonym z rezerwą, zapasem.

W ocenie Zamawiającego, jeżeli Odwołujący, jak twierdzi w odwołaniu, założył dla potrzeb wyliczenia ceny, że dla ZUD potrzebnych jest 5.873,72 mg soli drogowej/sezon, to powinien był jednocześnie wykazać, że całkowite koszty zapewnienia takiej ilości soli drogowej (a więc i koszty jej dowozu) ujął w cenie ofertowej.

Zamawiający przywołał wyrok KIO z dnia 14 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 3097/20, KIO 3112/20, wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2023 r., KIO 3488/22.

Nieuwzględnienie w ofercie Odwołującego kosztów prawa opcji w Grupach Prac 10a oraz 10B Formularza Cenowego niezgodnie z wyjaśnieniem 130 Zamawiającego

Odwołujący nie kwestionuje, że wymogiem SWZ pozostawało m.in. uwzględnienie części kosztów prawa opcji (koszty zapewnienia sprzętu do wykorzystania w ramach prawa opcji) w pozycjach Formularza cenowego Grupy Prac 10a i 10b Formularza Cenowego (ZUD).

Na potrzeby Odwołania Odwołujący twierdzi wyłącznie, że zawarł koszty opcji w kosztach sprzętu, kosztach pośrednich związanych z projektem, jednostkowych kosztach innych, na dowód powyższego powołując się na ogólną treść wyjaśnień stanowiących zapewnienie, że w kosztach przyjęto kwotę założonej amortyzacji sprzętu oraz wynajmu niezbędnego sprzętu, oraz, że koszty pośrednie to koszty związane z funkcjonowaniem przedsiębiorstwa i realizacją projektu. Twierdzenia te zaś podsumowuje: *wbrew ocenie Zamawiającego wykonawca nie pominął tych kosztów ani w swojej ofercie, ani tez nie zapomniał ich wytłumaczyć w złożonych wyjaśnieniach. Zostały one nazwane kosztami pośrednimi związanymi z funkcjonowaniem przedsiębiorstwa i kosztami projektu.*

W niniejszej sprawie, Odwołujący przedstawił wyjaśnienia sposobu skalkulowania kosztów ZUD, zwłaszcza zaś pracy z Grup Prac 10b Formularza Cenowego, przedstawiając założenia dot. wyliczenia kosztów robocizny, sprzętu i materiałów. Wobec stopnia szczegółowości przyjętego przez Odwołującego, brak wskazania w wyjaśnieniach ujęcia w tej kalkulacji kosztów opcji, nie sposób uznać za przypadkowy. Nie można również przyjąć, że ogólne zapewnienie wykonawcy zawarte w wyjaśnieniach złożonych w trybie art. 224 ust. 1 Pzp odnośnie ujęcia w cenie wszystkich niezbędnych kosztów, uwzględnienia wszystkich wymogów SWZ itp. zastępuje złożenie wyjaśnień potwierdzających ujęcie kosztów niezbędnych do realizacji zamówienia (w tym przypadku kosztów opcji) w wycenie. Poprzestanie na takich twierdzeniach skutkuje przyjęciem, że wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

W złożonej pismem z 14 lipca 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, wykonawca Leszek Kochanowicz (dalej „Uczestnik postępowania") wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W uzasadnieniu wskazał m.in:

Ad. 1 Odwołania – spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Przystępujący, składając podmiotowe środki dowodowe dla części 1- 3 zmienił z własnej inicjatywy treść Wykazu osób sporządzonego na potrzeby części 4, kierując się wypracowanym w orzecznictwie Izby poglądem, że dopuszczalne jest dokonanie takiej zmiany z własnej inicjatywy wykonawcy. W tym miejscu przywołał wyrok KIO z dnia z dnia 6 lipca 2022 r., sygn. akt KIO 1581/22.

Przystępujący wyszedł z założenia, że zamawiający w sytuacji, gdyby nie doszło do zmiany Wykazu osób dla części 4 z własnej inicjatywy Przystępującego, i tak musiałby wezwać Przystępującego do złożenia wyjaśnień, a w konsekwencji zapewne również do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp. Zastosowanie art. 128 ust. 1 Pzp, jak konsekwentnie przypomina Izba, ma bowiem charakter obligatoryjny. Przywołał wyrok KIO z dnia 7 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO 827/23.

Uczestnik postępowania wskazał, że na dzień składania ofert „dysponował" osobą p. T.K., przy czym uzgodnienia stron były takie, że wskazana osoba jest gotowa pełnić na rzecz Przystępującego funkcję Kierownika robót drogowych na każdym zadaniu lub na dowolnie ustalonej przez Przystępującego ich liczbie (wg potrzeb Przystępującego, zależnie od wyniku postępowania).

Ad. 2 Odwołania – poprawienie omyłki.

Na wstępie Uczestnik postępowania przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO 797/23 oraz dnia 11 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO 743/23.

Po pierwsze, w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy nie sposób uznać, że Przystępujący celowo, a nie wyłącznie w wyniku omyłki, zaoferował w poz. 7.2 gr. prac 12 cenę za naprawę/wymianę balustrad mostowych albuminowych (gdzie jednostką rozliczeniową jest 10 Mg, a więc rozliczenie następuje de facto za tony zużytego materiału) tysiąc razy niższą niż cena jednostkowa zaoferowana przez Przystępującego dla tej samej pozycji rozliczeniowej w trzech innych kosztorysach (kosztorysach dla pozostałych zadań, składanych w ramach tej samej oferty) oraz dla pozycji obejmującej taki sam zakres, ale odnoszącej się zamiast do barier do konstrukcji wsporczej do innego elementu drogi (poz. 4.2 gr. prac 4 dla zadania 4). Doświadczenie życiowe i logika podpowiadają, że taka cena jednostkowa mogła pojawić się w ofercie Przystępującego wyłącznie w wyniku omyłki.

Po drugie, wbrew zarzutom odwołania, również sposób korekty tej pozycji jest oczywisty i wynika z treść złożonej przez Przystępującego oferty. Skoro bowiem wszystkie ceny jednostkowe wskazane w kosztorysach Przystępującej złożonych do tej samej oferty potwierdzają, że cena jednostkowa dla tej pozycji winna być rzędu kilkudziesięciu tysięcy złotych, nie zaś kilkudziesięciu złotych, oczywistym jest, że jedyny sposób poprawienia omyłki to przesuniecie przecinka o trzy miejsca. Znamienne przy tym pozostaje, że w wyniku takiej korekty ceny jednostkowej dla poz. 7.2 gr prac 12 w zadaniu 4, otrzymujemy identyczną ceną jak ta zaoferowana przez Przystępującego dla poz. 7.2. gr prac 12 w zadaniu 3.

Po trzecie, wprowadzona zmiana nie stanowiła istotnej zmiany treści oferty. Poprawa dotyczyła jednej ceny jednostkowej z 604 składających się na treść oferty Przystępującego, a w jej wyniku wartość oferty Przystępującego wzrosła o 512 000 zł, co jak przyznaje sam Odwołujący jest wielkością niewielką.

Ad. 3 Odwołania – rażąco niska cena (zarzuty względem Przystępującego)

a)Stawka minimalna za roboczogodzinę pracy

W dokumencie Wyjaśnienia ogólne Przystępujący wskazał i wyjaśnił, że przyjęta w poszczególnych kalkulacjach szczegółowych stawka za godzinę pracy (od ok. 22 do 25 zł dla pracowników nie mających szczególnych kwalifikacji) nie jest całkowitym kosztem robocizny przyjętym dla potrzeb wyliczenia ceny ofertowej, bowiem do tej wartość w każdej pozycji Przystępujący dolicza koszty pracodawcy. Te ostatnie, z uwagi na narzuconą przez Zamawiającego formułę składania wyjaśnień, tj. konieczność rozbicia każdej ceny jednostkowej na koszty robocizny, materiału, sprzętu, koszty pośrednie, inne koszty i zysk, Przystępujący ujął w kosztach pośrednich (a w pewnych sytuacjach w kosztach innych). Podział koszów oczekiwany przez zamawiającego, w przypadku Przystępującego, był podziałem całkowicie sztucznym, tj. Przystępujący kalkulując cenę ofertową nie liczy kosztów pośrednich dla poszczególnych cen jednostkowych, lecz na koszty bezpośrednie (materiał, sprzęt, robocizna) nakłada jeden narzut. Ponieważ zamawiający oczekiwał podziału na koszty pośrednie, koszty inne i zysk, Przystępujący dokonał podziału stosowanego przez siebie narzutu, do kosztów pośrednich zaliczając dodatkowo koszty pracodawcy. (…)

Koszty pośrednie wykazane w TER po zsumowaniu z kosztami bezpośrednimi robocizny, zgodnie z założeniami podanymi przez Przystępującego w Wyjaśnieniach ogólnych, pozwalają na pokrycie kosztów zatrudnienia pracowników obsługujących MPO-y w ilości zgodniej z zapisami SWZ i są wyższe niż koszty wyliczone przez Zamawiającego.

b) Sposób złożenia wyjaśnień dla pozycji z gr. prac 8

Pozycje, o których mowa, zostały ujęte w rozbiciu TER, tj. Przystępujący wskazał, jak dla tych pozycji kształtują się koszty robocizny, materiałów, sprzętu, koszty pośrednie, koszty inne i zysk.

Założenia dla kalkulacji tych kosztów zostały zawarte w dokumencie Wyjaśnienia ogólne, do którego dodatkowo Przystępujący dołączył dowody wskazujące m. in. na wysokość ponoszonych przez siebie kosztów paliwa, kosztów zatrudnienia, czy potwierdzające posiadanie zamortyzowanego sprzętu do wykonania prac z grupy 8, np. własnej śmieciarki, myjek ciśnieniowych. Również w dowodach załączonych do wyjaśnień szczegółowych dla grupy 8 są dowody wskazujące na wysokość kosztów ponoszonych przez Przystępującego w związku z wykonywaniem pozycji rzekomo pominiętych, np. dowód na wysokość kosztów utylizacji odpadów, zakupu środków czyszczących, zakupu koszty. (…)

b)Pozycje z kosztorysów kwestionowane przez Odwołującego

Naprawa betonu mieszankami niskoskurczowymi (poz. 18.1 i 19.1 gr. prac 12):

Nie polega na prawdzie stwierdzenie Odwołującego, że najniższa cena za produkt, tj. mieszankę typu PCC, to 1800 – 2000 zł/tonę. Przystępujący od firm, z którymi współpracuje od lat dostał korzystniejsze oferty cenowe na zakup tego produktu.

Wymiana/zamontowanie osłony energochłonnej (poz. 9.2 gr. prac 7)

Sposób wyceny przez Przystępującego pozycji, o której mowa, wynika, co przedstawiono szerzej w Wyjaśnieniach, z wyjątkowo korzystnych warunków umowy o współpracę zawartej w dniu 31 stycznia 2023r. z firmą WIMED sp. z o.o. (…)

Odmulenie odbiorników wód deszczowych (poz. 2.3 gr prac 4)

Przystępujący przyjął, że przewóz namułu pojazdem samowyładowczym byłby rozwiązaniem nieefektywnym kosztowo, zwłaszcza jeśli Zmawiający (1) dopuścił w SST wprost możliwość wykonania tych robót koparką, a (2) koparka daje możliwość przewozu materiału nią usuniętego. Na marginesie dodać należy, że w praktyce bardzo często namuł

odbierany jest z miejsca jego usunięcia bezpośrednio przez odbiorców końcowych, a więc nawet konieczność jego przewozu koparką nie występuje. Nie jest więc tak, że wykorzystanie pojazdu samowyładowczego jest jednym możliwym sposobem wykonania czynności opisanych w SST.

Utrzymanie przepompowni wód deszczowych (poz. 8.1 gr. prac 4)

W ocenie Przystępującego w odniesieniu do tej pozycji można mówić wyłącznie o ryzyku poniesienia kosztów związanych z zakupem materiałów eksploatacyjnych do przepompowni o koszcie wyższym niż 500 zł i z tego względu Przystępujący, dokonując podziału ceny jednostkowej w TER na rodzaje kosztów, nie przewidział kosztów materiałów, a zwiększył zysk służący, co szczegółowo wyjaśniono w Wyjaśnieniach ogólnych, pokryciu również kosztów ryzyka.

Przegląd raz w roku słupków granicznych i świadków słupków granicznych (poz. 3.13 gr. prac 6)

Przystępujący wyjaśnia, że czasochłonności prac koniecznych do wykonania pozycji, o której mowa, ustalił na podstawie doświadczeń własnych z realizacji tego samego zamówienia w latach ubiegłych oraz innych podobnych zamówień realizowanych w rejonie w ostatnich latach.

Pracownicy Przystępującego, realizując przedmiot zamówienia, są w zasadzie stale obecni na utrzymywanym terenie. Poza patrolami wykonywanymi codziennie, w terenie pracują brygady wykonujące poszczególne prace utrzymaniowe oraz kierownicy i ich zastępcy. Przy takim sposobie wykonywania zamówienia stan techniczny poszczególnych elementów drogi jest na bieżąco monitorowany przez Przystępującego. Pracownicy Przystępującego oddelegowywani do przeglądu nie muszą również w tej sytuacji odszukiwać lokalizacji poszczególnych słupków, a same czynności przeglądu czy jego dokumentowania zazwyczaj łączą z innymi zadaniami wykonywanym na kontrakcie. Jest to zdecydowana przewaga Przystępującego, o której pisał w swoich Wyjaśnieniach – pracownicy Przystępującego to względnie stały zespół ludzi, bardzo dobrze znających dany odcinek drogi, bo utrzymujący go nieprzerwanie od czterech lat (a w przypadku innych zadań nawet dłużej), pracownicy zatrudniani do obsługi danego odcinka są miejscowi, tj. mieszkają w bliskiej odległości względem utrzymywanego odcinka, podobnie jak dyżurni, specjaliści czy kierownicy. Przystępujący nie stosuje rozwiązań polegających na „zdalnej" kontroli sposobu wykonywania prac przez poszczególne brygady – jego kierownicy, specjaliści, brygadziści, a także sam wykonawca, są stale obecni w terenie. Przy takiej organizacji pracy i takiej znajomości terenu, jednostkowy koszt pracy przy przeglądzie słupków granicznych i świadków słupków granicznych istotnie się zmniejsza.

Oświetlenie dróg (poz. 5.4 i 5.4 gr prac 9).

W ocenie Przystępującego analiza zapisów SST prowadzi do wniosku, że montaż fundamentów żelbetowych dla szaf oświetleniowych, szaf sterowania oświetleniem i złączy kablowych nie jest jedynym rozwiązaniem dopuszczonym zapisami SWZ. (…)

W niniejszej sprawie, wobec treści Dokumentacji Projektowej dla utrzymywanych odcinków dróg i przywołanych zapisów SST, nie można jednoznacznie stwierdzić, że fundamenty żelbetowe są jedynym dopuszczalnym rozwiązaniem technicznym w analizowanym zakresie. Prefabrykaty fundamentów wykonane z materiałów termoutwardzalnych są obecnie powszechnie stosowane, a ich parametry zwłaszcza w zakresie wytrzymałościowym są tożsame, a nawet wyższe niż konstrukcji żelbetowych. (…)

Odnośnie załączonych do Wyjaśnień tabel wskazujących na wyposażenie szafki sterującej oświetleniem dróg zaznaczyć należy, że tabela ta zawiera wszystkie elementy wprost ujęte w pkt 2.4.9. SST D07.07.01. Odwołujący nie wskazuje w odwołaniu, jakich jego zdaniem elementów brakuje oraz skąd (z jakich zapisów SWZ) wynika konieczność ich uwzględnienia w tej tabeli. (…)

Odnośnie zarzutu, iż sama szafka wskazana w jednym z dowodów do Wyjaśnień nie spełnia wymagań SST, wyjaśnić należy, że szafy oświetleniowe typu zaprezentowanego przez Odwołującego w dowodzie nr 9 do odwołania nie gwarantują odpowiedniego zabezpieczenia przed wilgocią wyposażenia szaf sterowniczych wrażliwego na wilgoć, np. astronomicznego zegara sterującego. Przystępujący zna również ze swojej praktyki przypadki uszkodzeń takich wrażliwych urządzeń w wyniku niewłaściwego obchodzenia się pracowników z tymi szafami. Z tego względu w montowanych przez siebie szafach stosuje rozwiązanie polegające na montowaniu elementów/urządzeń szafy wrażliwych na wilgoć w dodatkowej obudowie – szafie wewnętrznej wskazanej w Wyjaśnieniach, która charakteryzuje się wyższym poziomem zabezpieczeń przed wilgocią. (…)

Ad. 4 Odwołania – rażąco niska cena (zarzuty względem oferty Odwołującego)

Zgodzić należy się z Zamawiającym, że w ofercie Odwołującego mamy do czynienia z niedozwolonym w świetle zapisów SWZ przerzucaniem kosztów pomiędzy kosztorysem dla grupy 11 Zarzadzanie kontraktem a kosztorysem dla grupy 10b Zimowe utrzymanie dróg. (…)

Identycznie podejść należy do kwestii zatrudnienia przez Odwołującego niezgodnej z zapisami SWZ ilości operatorów sprzętów ZUD, tj. ilości niezbędnej do obsadzenia minimalnej ilości sprzętów ZUD wymaganej zapisami SWZ. (…)

W każdym więc wariancie rozliczeniowym Odwołujący zapewnia, zgodnie ze swoim jednoznacznym oświadczeniem zawartym w wyjaśnieniach, 22 operatorów solarek opłużnych i 2 operatorów ładowarek. Tymczasem z załącznika nr 6 do SWZ wynika, że minimalna ilość wymaganych sprzętów ZUD wynosi 28. (…)

Twierdzenia Odwołującego, że koszty zatrudnienia czterech dodatkowych operatorów ZUD, podobnie jak koszty sprzętów dla prawa opcji, Odwołujący ujął w kosztach pośrednich są nieprzekonywujące, zwłaszcza wobec jednoznacznego oświadczenia Odwołującego odnośnie tego, ilu operatorów sprzętów ZUD ujął w swojej wycenie. (…)

Przystępujący zgadza się również z Zamawiającym, że w przypadku Odwołującego prowadzi to do istotnego niedoszacowania kosztów ZUD (oraz utrzymania MOP). Odwołujący brak niedoszacowania próbuje wykazać wyliczeniami zawartymi na str. 32- 33 odwołania, jednak te wyliczenia opierają się na całkowicie odmiennych założeniach niż te przedstawione w pierwotnie złożonych wyjaśnieniach (zmienia się stawka godzinowa względem tej zawartej w wyjaśnieniach, co jest wynikiem zmiany podstawy zatrudnienia z umowy o pracę na umowę zlecenia, zmienia się przeznaczenie kosztów pośrednich). Modyfikacja złożonych wyjaśnień na etapie postępowania odwoławczego jest niedopuszczalna. Równie nieprzekonywująco brzmi argumentacja Odwołującego uzasadniająca brak ujęcia w kosztach ZUD kosztów transportu soli drogowej na teren województwa podkarpackiego z województwa dolnośląskiego. (…)

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść specyfikacji warunków zamówienia wraz z załącznikami, oferty Uczestnika postępowania, oferty Odwołującego, wezwań do złożenia wyjaśnień, odpowiedzi na wezwania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestnika postępowania wyrażone w odwołaniu, odpowiedziach na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego wykonawcę L.K. prowadzącego działalność pod firmą L.K. Firma Usługowo-Handlowo-Produkcyjna W szystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione, a zatem należało uznać je za skuteczne.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowody niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a mianowicie:

1.dowody Odwołującego

a)opracowanie własne Odwołującego – załącznik nr 6 do odwołania

2.dowody Zamawiającego

a)korespondencja w sprawie weryfikacji umowy wykonawcy L.K. oraz Wimed Sp. z o.o. - załącznik nr 2) do odpowiedzi na odwołanie

b)dokumentacja fotograficzna nr 1 do 10 dot. lokalizacji graniczników wraz ze świadkami – załącznik nr 3) do odpowiedzi na odwołanie

3.dowody Uczestnika postępowania

a)zobowiązanie p. T.K.

b)książki utrzymania przepompowni

c)dziennik pracy sprzętu ZUD

d)zestawienie (przykładowe) pozycji odwołującego nie uwzględniających kosztów materiałów

– stanowiące załączniki do odpowiedzi na odwołanie

e)mapa z rozmieszczeniem słupków złożona na rozprawie

Izba nie zaliczyła w poczet materiału dowodowego faktury dokumentującej odsprzedaż soli z narzutem Odwołującego do innych podmiotów oznaczonej jako załącznik nr 10 do odwołania. Faktura odnosi się do okoliczności związanych ze złożonymi wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny. Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny zobowiązany jest składać dowody potwierdzające złożone wyjaśnienia najpóźniej w terminie wskazanym przez zamawiającego. W związku z powyższym Izba uznała dowód za niedopuszczalny na tym etapie.

Izba za bezprzedmiotowy uznała następujące dowody:

1.dowody Odwołującego - oznaczone jako załącznik nr 7, 8, 9 do odwołania

2.dowody Zamawiającego - oznaczone jako nr 4), 5), 6) do odpowiedzi na odwołanie

3.dowody Uczestnika postępowania – oferty handlowe, zdjęcia szafki

Przedmiotowe dokumenty dotyczyły zarzutu oznaczonego jako nr 3. w uzasadnieniu odwołania w zakresie dotyczącym Grupy prac 9 - Odwołujący zarzut ten cofnął.

Izba ustaliła, że:

Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „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”*”*, nr postępowania O/RZ.D-3.2421.27.2022.

Opisany w treści odwołania oraz w odpowiedziach na odwołanie stan faktyczny sprawy odpowiada rzeczywistości, wobec czego za zbędne należy uznać jego powtarzanie.

Izba oceniła, że materiał dowodowy jest wiarygodny i wszechstronny oraz umożliwiający wydanie rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie.

Izba zważyła, co następuje:

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu oznaczonego jako nr 3. w uzasadnieniu odwołania w zakresie dotyczącym Grupy prac 12 i Grupy prac 9, wobec jego wycofania przez Odwołującego.

Izba rozpoznała merytorycznie złożone odwołanie i uznała, że zasługuje ono na uwzględnienie w części, tj. w zakresie zarzutu oznaczonego jako nr 2. i nr 3. w uzasadnieniu odwołania.

Zarzut nr 2.

Zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności z dokumentami zamówienia pod warunkiem, że ich poprawienie nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Powyższy przepis jednoznacznie wskazuje, że poprawieniu podlegają omyłki polegające na niezgodności oferty z treścią dokumentów zamówienia. Omyłki nieskutkujące taką niezgodnością nie mogą być przez zamawiającego poprawione.

Wskazanie przez Uczestnika postępowania w formularzu cenowym (poz. 2.2.4 Tabela elementów rozliczeniowych, część 4 – GRUPA PRAC NR 12 – Utrzymanie czystości oraz prace naprawcze i konserwacyjne na obiektach inżynierskich – Nr 7.2, Naprawa/wymiana balustrad mostowych aluminiowych, kolumna f) kwoty 51,20 zł, w ocenie składu orzekającego, nie stanowiło niezgodności z dokumentami zamówienia, a przynajmniej takiej niezgodności Zamawiający nie wykazał.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy nie zachodziły przesłanki do poprawy oferty Uczestnika postępowania. Na podstawie samej treści oferty nie sposób ustalić jaka inna wartość niż podana przez Uczestnika postępowania w spornej pozycji jest prawidłowa. Istotne jest również to, że poprawiona przez Zamawiającego wartość dotyczy ceny jednostkowej. Twierdzenia Zamawiającego, że cena wskazana przez wykonawcę L.K. jest omyłką, gdyż oczywistym jest, iż cena 51,20 zł jest ceną nierynkową i nierealną nie zasługują na aprobatę. Z treści oferty wynika, że właśnie taka cena jednostkowa w tej pozycji widnieje i jednocześnie brak jest w samej ofercie wskazówek co do tego jaką inną cenę w tej pozycji mógłby chcieć Uczestnik postępowania zaoferować.

Zamawiający dokonując poprawienia ceny nie wiedział jaki zakres przedmiotowy został w niej ujęty, zatem obowiązany był w pierwszej kolejności wezwać Uczestnika postępowania do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty. Następnie, biorąc pod uwagę treść złożonych wyjaśnień, dokonać badania i oceny pod kątem błędu w obliczeniu ceny lub rażąco niskiej ceny.

Izba uznała, że ofertę Uczestnika postępowania należy odrzucić na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych (zarzut nr 3.) Z tego względu bezprzedmiotowe byłoby nakazanie Zamawiającemu wezwanie wykonawcy L.K. do złożenia wyjaśnienia.

Zarzut nr 3.

Izba w pełni podziela argumentację zaprezentowaną przez Odwołującego w zakresie Grupy prac 8. Wystosowanie wezwania w trybie art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oznacza dla wykonawcy obowiązek wykazania, że zaproponowana przez niego cena lub proponowany koszt (względnie ich istotne części składowe) nie ma charakteru rażąco niskiego. Obowiązkiem wykonawcy jest więc dostarczenie wyczerpujących wyjaśnień. Z wyjaśnień rażąco niskiej ceny wynika, że Uczestnik postępowania przewidział w wyliczeniach 15 zamiast 16 godzin. Brak jest jakiegokolwiek odniesienia czy faktycznie uwzględnił 16-tą godzinę, gdzie i jakie koszty się z tym wiążą. Wszelkie wyjaśnienia w tym zakresie na etapie postępowania odwoławczego uznać należy za spóźnione.

Izba przypomina, że to wykonawca powinien wyjaśnić swoją cenę, a nie Zamawiający ma to robić samodzielnie. Stanowisko Zamawiającego, że koszty pośrednie wraz z kosztami robocizny założone przez Uczestnika postępowania dla tych pozycji rozliczeniowych są wystarczające na pokrycie kosztów pracy oraz pozostaje jeszcze kwota na pokrycie innych kosztów pośrednich nie zasługuje na uwzględnienie. Przede wszystkie Zamawiający przyjął w swojej kalkulacji minimalne wynagrodzenie w wysokości 3490 zł podczas, gdy od lipca 2023 wynagrodzenie minimalne wynosi 3600 zł. A zatem już z tego powodu wyliczenia dokonane samodzielnie przez Zamawiającego są błędne. Z wyjaśnień nie wynika jaki procent kosztów związanych z wynagrodzeniem Uczestnik postępowania ujął w kosztach pośrednich ani też jakie inne koszty i w jakiej wysokości ujął w tej pozycji. A zatem nie ma podstaw do stwierdzenia, że koszty pośrednie są wystarczające na pokrycie kosztów pracy i na dodatek pozostaje jeszcze kwota na pokrycie innych (nieznanych) kosztów pośrednich.

Odnosząc się natomiast do braku wyjaśnienia 22 pozycji w ww. Grupie prac, Izba uwzględniając skalę niniejszego zamówienia uznała za wystarczające w tym zakresie przedstawienie kalkulacji cenowych i wyjaśnień dotyczących kosztów ogólnych.

Odnośnie Grupy prac 4 poz. 8.1 Utrzymanie przepompowni wód deszczowych – Uczestnik postępowania nie ujął w swojej kalkulacji kosztu żarówek oraz materiałów potrzebnych do malowania szaf sterowniczych, elementów

metalowych, ogrodzeń. Wyjaśnienia w tym zakresie uznać należy za niewystarczające.

W pozostałym zakresie odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie. Przechodząc do omawiania poszczególnych zarzutów Izba wskazuje:

Odnosząc się do warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp *jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:*

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Celem wezwania, o którym mowa powyżej, jest umożliwienie wykonawcy, który nie złożył podmiotowych środków dowodowych, lub przedłożone przez niego środki dowodowe nie potwierdzają swoją treścią spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu, ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia. Przed odrzuceniem oferty z powodu niewykazania przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zamawiający obowiązany jest zastosować art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Przedkładając powyższe rozważania na stan faktyczny przedmiotowej sprawy, pozostawienie pani A. w wykazie osób obligowałoby Zamawiającego do zastosowania art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, że wykonawca może z własnej inicjatywy – bez wezwania wystosowanego przez zamawiającego poprawić/uzupełnić podmiotowe środki dowodowe. Uczestnik postępowania dokonał zmiany osoby wskazanej do pełnienia funkcji Kierownika ds. Utrzymania Dróg, zatem Zamawiający miał obowiązek zmianę tę uwzględnić.

Co do p. Kawki, Odwołujący nie zdołał wykazać, że na dzień składania ofert nie pozostawał on w dyspozycji Uczestnika postępowania.

Zasadą jest, że ciężar dowodu w zakresie podstaw odwołania spoczywa na Odwołującym. W ustawie Prawo zamówień publicznych nie ma odpowiednika art. 6 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, który wprowadza ogólną regułę rozkładu ciężaru dowodu w postepowaniu cywilnym**,** jednak zasada wyrażona w tym przepisie ma na tyle uniwersalny charakter, że nie tylko może, ale i powinna znaleźć zastosowanie również w postępowaniu odwoławczym**.** Zgodnie z art. 6 KC ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Procesowym odpowiednikiem tego przepisu jest art. 232 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego, który nakłada na strony obowiązki procesowe stanowiące wyraz reguły rozkładu ciężaru dowodu mające zapewnić jej realizacje. W tym zakresie w ustawie Prawo zamówień publicznych znalazł się art. 534 ust. 1, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Przepis ten stanowi odpowiednik art. 232 KPC.

Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 7 listopada 2007 r. w sprawie o sygn. akt II CSK 293/07 wskazał: „*Stosownie do art. 6 KC ciężar udowodnienia faktu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami poniechania realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności. Tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik procesu*." Warto również przywołać uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 5 czerwca 2013 r. w sprawie o sygn. akt I ACa 390/13: *„instytucja ciężaru dowodu w znaczeniu materialnym służy do kwalifikacji prawnej negatywnego wyniku postępowania dowodowego. Przepis regulujący rozkład ciężaru dowodu określa jaki wpływ na wynik procesu ma nieudowodnienie pewnych faktów, inaczej mówiąc kto poniesie wynikające z przepisów prawa materialnego negatywne konsekwencje ich nieudowodnienia."*

Na Odwołującym spoczywa ciężar wykazania okoliczności faktycznych będących podstawą odwołania i uzasadniających jego wnioski. To odwołujący bowiem, a nie zamawiający, a tym bardziej uczestnik postępowania, wywodzi z okoliczności podnoszonych w odwołaniu korzystne dla siebie skutki prawne, opierając na nich żądanie odwołania, a co za tym idzie oczywistym jest, że okoliczności te powinien wykazać właśnie odwołujący (vide: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie – XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 10 sierpnia 2022 r., sygn. akt KIO Zs 86/22).

W zakresie Grupy prac 2 – wyjaśnienia dotyczące osłony energochłonnej wielosegmentowej (typ u-15a) są konkretne, szczegółowe i rzeczowe. Uczestnik postępowania dokonał szczegółowych wyliczeń. Za dowód potwierdzający należyte skalkulowanie ceny ofertowej przedłożył również umowę o współpracę z firmą WIMED Sp. z o.o. Zdaniem Izby z treści złożonych wyjaśnień wynika, że cena zaoferowana przez Uczestnika postępowania jest ceną wiarygodną.

W zakresie Grupy prac 4 Czyszczenie zbiorników odparowujących – z pkt 5.3.5. wynika, że czyszczenia zbiorników może odbywać się ręcznie lub mechanicznie przy użyciu ładowarek, koparek lub spycharek. Co za tym idzie zarzut o potrzebie wyceny samochodu samowyładowczego nie mógł zostać uwzględniony.

Odnośnie Grupy prac 6 poz. 3.13 – twierdzenia Uczestnika postępowania w tym zakresie są spójne, logiczne i w pełni przekonujące. Biorąc pod uwagę organizację pracy, odległość między słupkami, znajomość lokalizacji poszczególnych słupków, widoczność z drogi serwisowej, nie ma podstaw do zakwestionowania wyliczeń Uczestnika postępowania.

Zarzut oznaczony jako nr 3) - rażąco niska cena i niezgodność oferty Odwołującego:

1. Ujęcie kosztów ZUD – Izba w pełni podziela argumentację Zamawiającego w tym zakresie. Zamawiający w SWZ wskazał wprost: *Cena za jednostkę obejmuje wszystkie składniki kosztów (m.in. KP, KZ, Zysk, itp.), a także inne czynności opisane w SST.* Zamawiający do poszczególnych pozycji przewidzianych w formularzu cenowym podał właściwą SST. W przypadku SST odnoszącej się do ZUD (SST D-66.01.00) Zamawiający dodatkowo w pkt 9.1 SST D-66.01.00 wskazał: *Podstawą płatności jest cena jednostkowa skalkulowana przez Wykonawcę za jednostkę obmiarową ustaloną dla danej pozycji w Tabeli Elementów Rozliczeniowych. Cena jednostkowa pozycji kosztorysowej powinna uwzględniać wszystkie czynności, wymagania i badania składające się na jej wykonanie, określone dla tej usługi w SST, a także koszty przejazdu płatnymi odcinkami dróg.* Co za tym idzie ujęcie kosztów ZUD w innej grupie jest niezgodne z warunkami zamówienia. Odwołujący łącząc funkcję dyżurnego ZUD i POK powinien rozdzielić koszty wynagrodzenia i wskazać jakie koszty przypadają w danej grupie.

   Niejako na marginesie, jeśli wykonawca ma jakiekolwiek wątpliwości co do tego, w jaki sposób zapisy specyfikacji należy interpretować ma możliwość zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SWZ. Skoro Odwołujący tego nie zrobił, zapisy te stały się wiążące dla wszystkich i Zamawiający ma obowiązek egzekwować powyższe na etapie dokonywania oceny ofert.

2. Niedoszacowanie kosztów materiałów – przedstawiona w treści odwołania argumentacja: *Odwołujący nie wliczył ceny transportu, bo: dokonuje odsprzedaży zakontraktowanej soli swoim podwykonawcom i innym podmiotom oraz posiada własny transport, który kontraktuje w drodze powrotnej. Oznacza to, że brak jest kosztów transportu. Z tej też przyczyny Odwołujący nie wykazuje kosztów transportu w swoich wyjaśnieniach,* jest zdaniem Izby argumentacją spóźnioną. Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny zobowiązany jest składać wyjaśnienia oraz dowody potwierdzające złożone wyjaśnienia najpóźniej w terminie wskazanym przez zamawiającego, a nie dopiero na etapie postępowania odwoławczego.
3. Nieuwzględnienie w ofercie Odwołującego kosztów prawa opcji w Grupach Prac 10a oraz 10B Formularza Cenowego niezgodnie z wyjaśnieniem 130 Zamawiającego **-** Izba w pełni podziela argumentację Zamawiającego w tym zakresie.

   Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny muszą być konkretne, spójne, logiczne i szczegółowe. Odwołujący zamiast określić w sposób jasny i precyzyjny koszty opcji wskazuje ogólne sformułowania, tj.: *wychodząc naprzeciw oczekiwaniom Zamawiającego, informujemy, że kalkulacje dla wskazanych przez Zamawiającego pozycji przygotowaliśmy w oparciu o wymagania Zamawiającego zawarte w dokumentacji przetargowej. Działając zgodnie z zapisami SWZ, potwierdzamy, że wszystkie podane w naszej ofercie ceny jednostkowe oraz wartości prac zostały skalkulowane z uwzględnieniem kosztów wykonania wszystkich czynności i nakładów określonych w dokumentacji Zamawiającego (SWZ). Potwierdzamy, że w cenach i wartości naszej oferty zostały uwzględnione wszystkie potrzebne koszty związane z robocizną, materiałami oraz sprzętem, innymi kosztami i kosztami pośrednimi - np. związanymi z różnego rodzaju opłatami, utylizacją, kosztami organizacji ruchu, kosztami finansowania kontraktu, nieprzewidzianymi wydatkami itp. - niezbędnymi do wykonania określonych w dokumentacji przetargowej prac* **oraz** *Zostały one nazwane kosztami pośrednimi związanymi z funkcjonowaniem przedsiębiorstwa i kosztami projektu.*

   W zasadzie argumentacja Odwołującego sprowadza się do tego, że jeżeli koszt nie został jasno wskazany, to na pewno znajduje się w kosztach pośrednich związanych z funkcjonowaniem przedsiębiorstwa i kosztami projektu. Zdaniem Izby powyższa argumentacja wskazuje, że wyjaśnienia Odwołującego w tym zakresie są niewystarczające.
4. Niedoszacowanie kosztów pracy w MOP i ZUD – należy ponownie wskazać, iżwystosowanie wezwania w trybie art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oznacza dla wykonawcy obowiązek wykazania, że zaproponowana przez niego cena lub proponowany koszt (względnie ich istotne części składowe) nie ma charakteru rażąco niskiego. Obowiązkiem wykonawcy jest więc dostarczenie wyczerpujących wyjaśnień. Wyjaśnienia nawiązujące po raz kolejny do kosztów pośrednich uznać należy za niewystarczające.

   Odnosząc się do stanowiska Odwołującego: *Nie ma również obowiązku zatrudniania na umowę o pracę, co oznacza, iż problem związany z urlopem, L-4 nie występuje* Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 1 czerwca 2021 w sprawie o sygn. akt 771/21, a przywołane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie: *Stwierdzenie Odwołującego, że dla potrzeb niniejszego Postępowania istnieje możliwość „zatrudnienia" którychkolwiek operatorów sprzętów ZUD w oparciu o umowę zlecenia, jest sprzeczna z opisanym w SWZ sposobem realizacji usługi ZUD, która zakłada konieczność planowania pracy operatorów ZUD z wyprzedzeniem (by zapewnić pełną gotowość i dochować wymogów związanych z czasem reakcji (…)".*
5. Łączenie dyżurnego ZUD i POK – w ocenie Izby ustalenia Zmawiającego zawarte w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego są nieprawidłowe. Z treści specyfikacji warunków zamówienia nie wynika zakaz łączenia funkcji dyżurnego ZUD i POK. Jednakże Odwołujący powinien w treści wyjaśnień szczegółowo opisać przyjętą przez siebie koncepcję, wskazać jak wyliczył koszty pracy oraz jak podzielił koszty robocizny.
6. Zbyt mała liczba operatorów ZUD w ofercie Odwołującego- Izba w omawianym zakresie nie stwierdziła niezgodności

oferty z SWZ. W treści SWZ nie ma jednoznacznego postanowienia wskazującego, że operatorów ZUD musi być 28. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp przesłanką odrzucenia oferty jest jej niezgodność z warunkami zamówienia. Stwierdzenie niezgodności oferty z warunkami zamówienia nie może wynikać wyłącznie z innego sposobu rozumienia dokumentacji postępowania przez zamawiającego czy też innych wykonawców. Aby odrzucenie oferty na podstawie ww. przepisu było zasadne konieczne jest wskazanie konkretnej niezgodności pomiędzy ofertą danego wykonawcy a jednoznacznie ustalonymi warunkami zamówienia. Niezgodność oferty z warunkami zamówienia musi mieć charakter niewątpliwy. Zamawiający nie może odrzucić oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, jeżeli nie można jednoznacznie stwierdzić, jaki wymóg wynika z warunków zamówienia.

Doniosłość dokumentu, jakim jest specyfikacja warunków zamówienia wraz z załącznikami, sprowadza się do szczególnej roli w postępowaniu – z jednej strony określa oczekiwania zamawiającego dotyczące wykonawców, by uczynić zadość swoim wymaganiom, a z drugiej zaś – wyznacza granice, w jakich może poruszać się zamawiający dokonując weryfikacji złożonych ofert. Postanowienia zawarte w SWZ są wiążące dla uczestników oraz zamawiającego. Zamawiający nie może, po upływie terminu składania ofert, zmienić czy też doprecyzować jakichkolwiek postanowień. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mają prawo oczekiwać, że ich oferta zostanie poddana ocenie w zakresie wyartykułowanym w dokumentacji postępowania.

Zamawiający nie może wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy z faktu niespełnienia przez niego wymagań, których w dokumentach zamówienia jednoznacznie nie określono. Zasadą jest, że nieprecyzyjne postanowienia SWZ nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawców.

Stwierdzone uchybienie nie mogło skutkować uwzględnieniem odwołania. Zgodnie z art. 554 ust. 1 ustawy Pzp *Izba uwzględnia odwołanie*, *jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*. We wskazanym zakresie zarzut jest zasadny, ale z uwagi na oddalenie zarzutów dot. ujęcia kosztów ZUD, transportu soli oraz prawa opcji, jego zasadność nie może mieć wpływu na wynik postępowania.

Odnosząc się do naruszenia art. 16 pkt 1) ustawy Pzp, *zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.* Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów. Zachowanie Zamawiającego podczas badania i oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny w przedmiotowym postępowaniu jest dalekie od respektowania zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu. Z jednej strony Zamawiający samodzielnie poszukuje i wylicza brakującą godzinę oraz koszty wynagrodzenia w wyjaśnieniach Uczestnika postępowania, a z drugiej strony nie poszukuje i nie wylicza brakujących kosztów w kosztach pośrednich Odwołującego. Rację ma Odwołujący wskazując, iż Zamawiający bardzo rygorystycznie podszedł do badania i oceny jego wyjaśnień, ale już z większą pobłażliwością badał i oceniał wyjaśnienia Uczestnika postępowania. W konsekwencji Izba uznała, że Zamawiający naruszył fundamentalne zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o których mowa w art. 16 pkt 1) ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1), ust.3 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).