

Sygn. akt: KIO 1901/16 KIO 1903/16
KIO 1904/16

WYROK

z dnia 31 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **26 października 2016 r.** w Warszawie odwołań wniesionych 10 października 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawców:

- A. Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego „ZABERD” S.A z siedzibą we Wrocławiu (sygn. akt KIO 1901/16)**
- B. „Zakład Usługowo-Transportowy J. B.”, Marcelin (sygn. akt KIO 1903/16)**
- C. Maldrobud sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Myśliborzu i MDB Utrzymanie sp. z o.o. z siedzibą w Myśliborzu wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (sygn. akt 1904/16)**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zimowe utrzymanie dróg w latach 2016-2020 / cztery sezony zimowe dla części 1-21 oraz jeden sezon dla części 22-24 / w administracji GDDKiA Oddział w Szczecinie – 24 części (nr postępowania O/Sz.D-3.2413.14.2016)*

prowadzonym przez zamawiającego: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie**

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

- A. „Saferoad Grawil” sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławku – w sprawach o sygn. akt KIO 1901/16 i KIO 1903/16**
- B. Trans-Masz Przedsiębiorstwo Transportu i Maszyn Drogowych S. A z siedzibą w Stargardzie Szczecińskim – w sprawie o sygn. akt KIO 1904/16**
- C. Usługi Budowlano-Transportowe P. D., Dzwonowo – w sprawie o sygn. akt KIO 1904/16**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1901/16 i nakazuje

1

Sygn. akt: KIO 1901/16 KIO 1903/16
KIO 1904/16

zamawiającemu – Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddziałowi w Szczecinie w zadaniu nr 16: unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty złożonej przez Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego „ZABERD” S.A z siedzibą we Wrocławiu, a także powtórzenie badania i oceny ofert.

2. Uwzględnić odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1903/16 i nakazuje zamawiającemu – Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddziałowi w Szczecinie w zadaniach nr 17 i 18: unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty złożonej przez „Zakład Usługowo-Transportowy J. B.” w Marcelinie, a także powtórzenie badania i oceny ofert.
3. Uwzględnić odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1904/16 i nakazuje zamawiającemu – Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddziałowi w Szczecinie w zadaniach nr 19, 20 i 21: unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty złożonej przez Maldrobud sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Myśliborzu i MDB Utrzymanie sp. z o.o. z siedzibą w Myśliborzu wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a także powtórzenie badania i oceny ofert. Oddać odwołanie w odniesieniu do zadań nr 9, 10, 11 i 12.

4. Kosztami postępowania w sprawach o sygn. akt KIO 1901/16 i KIO 1903/16 w całości, a sprawie o sygn. akt KIO 1904/16 w odniesieniu do zadań nr 19, 20 i 21, obciąża zamawiającego – Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie oraz w sprawie o sygn. akt KIO 1904/16 w odniesieniu do zadań nr 9, 10, 11 i 12 obciąża odwołującego – Maldrobud sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Myśliborzu i MDB Utrzymanie sp. z o.o. z siedzibą w Myśliborzu wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **45000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną łącznie przez odwołujących: **Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego „ZABERD” S.A z siedzibą we Wrocławiu** (sygn. akt KIO 1901/16), **„Zakład Usługowo-Transportowy J. B. w Marcelinie”** (sygn. akt KIO 1903/16) oraz **Maldrobud sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Myśliborzu i MDB Utrzymanie sp. z o.o. z siedzibą w Myśliborzu wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia** (sygn. akt 1904/16) – tytułem wpisów od odwołań,

4.2. zasądza w sprawie o sygn. akt KIO 1901/16 od zamawiającego – Generalnej

2

Sygn. akt: KIO 1901/16 KIO 1903/16
KIO 1904/16

Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddziału w Szczecinie na rzecz odwołującego – Zakładu Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego „ZABERD” S.A z siedzibą we Wrocławiu kwotę 18600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika,

4.3. zasądza w sprawie o sygn. akt KIO 1903/16 od zamawiającego – Generalnej **Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddziału w Szczecinie na rzecz odwołującego – „Zakładu Usługowo-Transportowego J. B.” w Marcelinie kwotę 18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika,

4.4. zasądza w sprawie o sygn. akt KIO 1904/16 od zamawiającego – Generalnej **Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddziału w Szczecinie na rzecz odwołującego – Maldrobudu sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Myśliborzu, MDB Utrzymania sp. z o.o. z siedzibą w Myśliborzu wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia kwotę 8492,28 zł** (słownie: osiem tysięcy czterysta dziewięćdziesiąt dwa złote, dwadzieścia osiem groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów stawienia się na wyznaczone posiedzenie w odniesieniu do liczby zadań, w których zostało uwzględnione odwołanie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w

Szczecinie.

Przewodniczący:

3

Sygn. akt: KIO 1901/16 KIO 1903/16
KIO 1904/16

Uzasadnienie

{KIO 1901/16, KIO 1903/16, KIO 1904/16}

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie {dalej również: „GDDKiA”} – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Zimowe utrzymanie dróg w latach 2016-2020 / cztery sezony zimowe dla części 1-21 oraz jeden sezon dla części 22-24 / w administracji GDDKiA Oddział w Szczecinie – 24 części* (nr postępowania O/Sz.D-3.2413.14.2016).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 20 kwietnia 2016 r. pod nr 2016/S_077-136943, z tym że 15 kwietnia 2016 r. Zamawiający przekazał to ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, a także zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej, na której również od 20 kwietnia 2016 r. udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

30 września 2016 r. Zamawiający przesłał wykonawcom drogą elektroniczną zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania w częściach zamówienia nr {dalej również: „zadania nr”} 4-24, w tym m.in. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez: w zadaniach nr 9 i 12 – Przedsiębiorstwo Transportu i Maszyn Drogowych TRANS-MASZ S.A. z siedzibą w Starogardzie {dalej również: „Trans-Masz”}, w zadaniach nr 10 i 11 – POL-DRÓG Drawsko Pomorskie S.A. z siedzibą w Drawsku Pomorskim {dalej również: „Pol-Dróg”}, w zadaniach nr 16 i 17 – „Saferoad Grawil” sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku {dalej również: „Saferoad”}, w zadaniu nr 18 – Przedsiębiorstwa Usługowo-Handlowe WEKTRA W. Ł. ze Szczecinka {dalej również: „Wektra”}, w zadaniach nr 19, 20 i 21 – Usługi Budowlano-Transportowe P. D. z Dzwonowa {dalej również: „Paweł Drab”}. Zamawiający poinformował równocześnie o wykonawcach wykluczonych i ofertach odrzuconych, w tym m.in. o odrzuceniu ofert złożonych przez: Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego „ZABERD” S.A. z siedzibą we Wrocławiu {dalej również: „Zaberd”} – w zadaniach nr 16, 17 i 18, Zakład Usługowo-Transportowy J. B. z Marcelina – w zadaniach nr 17 i 18, Maldrobud sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Myśliborzu i MDB Utrzymanie sp. z o.o. z siedzibą w Myśliborzu wspólnie

4

**Sygn. akt: KIO 1901/16 KIO 1903/16
KIO 1904/16**

ubiegający się o udzielenie zamówienia {dalej również: „Konsorcjum Maldrobud”} – w zadaniach nr 19, 20 i 21.

{KIO 1901/16}

10 października 2016 r. Odwołujący – Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego „ZABERD” S.A. z siedzibą we Wrocławiu {dalej również: „Zaberd”} wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie dotyczące części nr 16 zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 7 ust 1 i 3 – zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 1 i 3 oraz art. 90 ust. 1 – przez dokonanie błędnej oceny złożonych przez Odwołującego wyjaśnień w związku z podejrzeniem przez Zamawiającego zaferowania wykonania przedmiotu zamówienia za rażąco niską cenę, a w związku z tym odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, gdy zaferowana przez niego cena jest wiarygodna, realistyczna w porównaniu z cenami rynkowymi podobnych zamówień, co Odwołujący potwierdził wyjaśnieniami oraz załączonymi do wyjaśnień dowodami, a także niewybranie oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty na podstawie ustalonych kryteriów oceny ofert, pomimo tego, że oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu w postępowaniu, spełnia wszystkie wymogi zawarte w SIWZ oraz jest ofertą najkorzystniejszą w świetle zawartych w niej kryteriów oceny ofert.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu {lista

żądań):

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego.
3. Rozstrzygnięcia postępowania oraz dokonania wyboru oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz zgodnie z zachowaniem zasad określonych w pzp, w szczególności uczciwej konkurencji.

Odwołujący sprecyzował powyższą listę zarzutów w szczególności podnosząc następujące okoliczności faktyczne i prawne jako uzasadniające wniesienie odwołania.

Odwołujący zrelacjonował, że pismem z 9 września 2016 r. (znak GDDKiA O.Sz.D-

5

**Sygn. akt: KIO 1901/16 KIO 1903/16
KIO 1904/16**

3.2413.14.2016.64.ek) Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie, czy w ofercie Odwołującego nie znajduje się rażąco niska cena. Zamawiający powziął podejrzenie rażącego zaniżenia ceny ogółem w odniesieniu do ustalonej przez siebie wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia określonego w SIWZ, OPZ i SST. Zamawiający stwierdził, że jego wątpliwości, wymagające wyjaśnienia, budzi cena oferty, jak i możliwość wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę. Wskazał, że cena zaoferowana przez Odwołującego jest o 44,55% niższa od wartości zamówienia.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w piśmie z 15 września 2016 r. (znak: ZBP/HOan/203/09/16_2) wyjaśnił podstawy zaoferowanej ceny oraz przedstawił dowód, którym jest szczegółowa kalkulacja – kosztorys (zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa).

Odwołujący wyjaśnił Zamawiającemu m.in., że:

– jego oferta jest pierwszą w kolejności i chociaż procentowo jej wartość w stosunku do kwot jakie przeznaczył Zamawiający na realizację zadań w częściach nr 15 i 17 jest zbliżona, to w tamtych przypadkach byłaby zbyt wysoka, żeby uzyskać analogiczną pierwszą pozycję, – najniższe ceny ofert złożonych w przetargu w ramach poszczególnych zadań są średnio na poziomie o ok. 54% niższym niż wartość zamówienia.

Odwołujący podał następnie, że w ramach części nr 16 zamówienia złożono 4 oferty: najniższą cenę miała oferta Odwołującego – 3.484.259,02 zł, cena najdroższej oferty wyniosła 6.446.651,16 zł, kwota przeznaczona przez Zamawiającego na realizację zamówienia to 7.821.007,90 zł. W postępowaniu zaoferowano dwie ceny, które oscylowały pomiędzy wartościami ok. 3,5 a 3,8 mln zł i dwie o wartościach w przedziale ok. 5,7 a 6,4 mln zł. Średnia arytmetyczna cen ofert wynosi 4.860.889,99 zł. Odejmując od niej 30% otrzymujemy wartość 3.402.622,90 zł, niższą od ceny oferty Odwołującego, która z kolei jest niższa od ceny kolejnej oferty o 8,5%, a jednocześnie wyższa od średniej cen o 2,4%. Cena najdroższej oferty jest niższa o 17,64% od wartości zamówienia. Odwołujący podkreślił, że na 24 części zamówienia tylko w 4 częściach wartość złożonych ofert jest wyższa niż 70% wartości zamówienia (ubruttowionej).

Odwołujący wywodził, że pomimo złożenia przez niego oferty z najniższą ceną, nie jest ona niższa o ponad 30% od średniej cen zaoferowanych w postępowaniu i jest ceną realną, za którą można zrealizować zamówienia należycie i zgodnie z wymaganiami SIWZ, a w tym opisem przedmiotu zamówienia {dalej również: „OPZ”} i szczegółową specyfikacją techniczną {dalej również: „SST”}. Co więcej, według Odwołującego udowodnił on, że może za nią zrealizować zamówienie z zyskiem.

Odwołujący zrelacjonował, że w uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający

6

**Sygn. akt: KIO 1901/16 KIO 1903/16
KIO 1904/16**

wskazał, że Odwołujący złożył tożsame wyjaśnienia w odniesieniu do 13. części zamówienia i skupił się na analizie i wskaźnikach swoich cen ofertowych w stosunku do innych ofert złożonych w postępowaniu. Wyjaśnienia złożone przez Odwołującego ocenione zostały jako

uniwersalne, a nie takie, które przedstawiają szczególnie korzystne warunki dostępne Odwołującemu w odniesieniu do wykonania zamówienia w części nr 16. Ponadto Zamawiający powołał się na bliżej nieokreślone, bo – bez żadnego doprecyzowania i konkretów – różnice terytorialno-klimatyczne występujące pomiędzy rejonami.

Według Odwołującego ten ostatni zarzut nie powinien być w ogóle nie rozpatrywany przez Izbę, gdyż nie został on wyjaśniony i uzasadniony przez Zamawiającego. Nie możliwe jest zatem odniesienie się do niego przez Odwołującego (por.: orzeczenie z 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 Uniplex).

Zdaniem Odwołującego nie przedstawił uniwersalnego uzasadnienia dla swoich cen w 13 częściach zamówienia. W sytuacji, gdy Zamawiający narzucił schemat szczegółowych wyjaśnień (por.: załącznik do wyjaśnień rażąco niskiej ceny,), Odwołujący zastosował taki sam schemat wyjaśnień ogólnych. Wszystkie odpowiedzi różnią się jednak zdecydowanie liczbami, w szczególności przedstawionymi w kosztorysach.

Odnosząc się do sformułowanego przez Zamawiającego zarzutu braku podania wysokości stawki roboczogodziny dla poszczególnych pracowników, czy też braku podania kwoty, jaką Odwołujący przyjął jako koszt personelu biorącego udział w wykonaniu zamówienia w ciągu 24 godzin odpowiednio dla części 16, Odwołujący stwierdził, że jest on bezpodstawny gdyż dane te znajdują się w załączonym jako dowód kosztorysie szczegółowym w pozycjach lp. 37-40. Dodatkowo informacje te zostały zamieszczone w „Załączniku do wyjaśnień rażąco niskiej ceny” otrzymanym od Zamawiającego wraz z pismem z 9 września 2016 r. w poz. lp. 1 pkt 2 i lp.5 pkt 3-6.

Co do sformułowanego również przez Zamawiającego zarzutu przyjęcia w pozostałych przedstawionych stawkach i wycieniach zgodnie z OPZ i SST zbyt niskich kwot, według Odwołującego jest on także trudny do uwzględnienia wobec braku jakiegokolwiek uzasadnienia. Dodatkowo biorąc pod uwagę swoje doświadczenie Odwołujący nie może zaakceptować stwierdzenia Zamawiającego, że jako wykonawca nie może prawidłowo wykonać zamówienia bez ryzyka poniesienia strat. Odwołujący dodał, że ryzyko poniesienia strat występuje zawsze i jest zwykłym ryzykiem gospodarczym, a nie uzasadnieniem stwierdzenia niemożliwości wykonania zamówienia i konieczności odrzucenia oferty.

Odwołujący nie zgodził się również z zarzutem co do kosztów materiału oraz wynikami dokonanej przez Zamawiającego analizy kwot, którą według Zamawiającego

**Sygn. akt: KIO 1901/16 KIO 1903/16
KIO 1904/16**

Odwołujący przyjął jako średnią liczbę wyjazdów w Rejonie Szczecinek z 5 lat. Odwołujący podniósł, że założenie średnio 3 wyjazdów w tym rejonie nie znajduje potwierdzenia w OPZ i SST, na co powołuje się Zamawiający.

Odwołujący zarzucił, że w swoich wycieniach Zamawiający nie uwzględnił zależności oraz sekwencji i częstotliwości prac wykonywanych w ramach realizacji zamówienia, określonych wg definicji OPZ, takich jak zawarte w pkt 7.1.1 OPZ, gdzie Zamawiający wskazał, że :

- *Zaliczenie gotowości do ZUD nastąpi w przypadku wprowadzonego przez Zamawiającego stanu gotowości i nie podejmowania robót w zakresie zimowego utrzymania tj. odśnieżania lub zwalczania śliskości na drogach przy 100% obsadzie sprzętu i obsługi w miejscu wskazanym przez Zamawiającego w okresie doby rozliczeniowej oraz wykonywanie objazdów dróg przez dyżurnych Wykonawcy (załączone do faktury zestawienie pracy sprzętu z Systemem GPS).*
- *Zapobieganie śliskości – posypywanie przy ustabilizowanych warunkach pogodowych, długość posypywania maksymalnie do długości odcinka drogi wydzielonego w TER przy jednokrotnej pracy sprzętu na drodze – [km/doba]*
- *Usuwanie śliskości – odcinki dróg w kilometrach na których został osiągnięty standard ZUD w ciągu jednego dnia bez względu na krotkość wykonywanych czynności przez sprzęt niezbędnej do utrzymania drogi w wymaganym standardzie — [km/doba]*
- *Odśnieżanie jednokrotne – odśnieżanie przy ustabilizowanych warunkach pogodowych, długość odśnieżania maksymalnie do długości odcinka drogi wydzielonego w TER przy jednokrotnej pracy sprzętu na drodze – [km/doba]*

– Odśnieżanie – odcinki dróg w kilometrach na których został osiągnięty standard ZUD w ciągu jednego dnia bez względu na krotność wykonywanych czynności przez sprzęt niezbędnej do utrzymania drogi w wymaganym standardzie - [km/doba]
Wywóz śniegu (chodniki, przejścia dla pieszych, przełączki, obiekty mostowe, ciągi pieszce, itp.) – [m³]

– Obiekty mostowe nad drogą, oraz drogi wspomagające utrzymywane na polecenie Inspektora – [szt.]

Obmiar robót polega na określeniu faktycznego zakresu wykonywanych prac przy ZUD oraz udokumentowaniu ilości dni występowania zjawisk opadów śniegu i dni w których występowała potrzeba usuwania śliskości zimowej. Przy jednoczesnej pracy przy usuwaniu śliskości oraz odśnieżania koszt stanowi suma ceny przy 100% zaangażowaniu sprzętu podstawowego do wykonania zadania. Obmiar robót obejmuje również prace dodatkowe i nieprzewidziane których potrzebę uzgodniono pomiędzy Wykonawcą, a Inspektorem.

8

**Sygn. akt: KIO 1901/16 KIO 1903/16
KIO 1904/16**

*Podjęcie prac w trybie natychmiastowym przy ZUD o których mowa w pkt 5.3 i 5.4 SST
Wymagania Szczegółowe nie są pracami dodatkowymi i nieprzewidywalnymi.*

Odwolujący dodał, że w OPZ Zamawiający wymagał (pkt 5.2 „Sposób prowadzenia akcji zimowej”) {podkreślenia Odwołującego}: *Baza sprzętu winna być położona maksymalnie 10 km od utrzymywanej drogi i winna zapewnić rozpoczęcie pracy sprzętu na drodze w ciągu zadeklarowanego w ofercie, czasu rozpoczęcia pracy na utrzymywanym odcinku drogi od wezwania przez Inspektora lub po ustaniu opadów śniegu bądź po uzyskaniu informacji o wystąpieniu śliskości Wykonawca ma obowiązek dostosować sposób prowadzenia akcji zimowej do sytuacji panującej na drogach dokonując odpowiednich zapisów uzasadniających wydane dyspozycje /zapobieganie śliskości. usuwanie śliskości. odśnieżanie 1-krotne. odśnieżanie/.*

Odwolujący podniósł, że wykonanie każdej z ww. dyspozycji, które wzajemnie się wykluczają, wycenione zostało inaczej, gdyż nie można ich traktować i wyceniać jednolicie, w uśredniony sposób – co założył Zamawiający – nie biorąc pod uwagę postanowień pkt 5.4-5.5 OPZ opisujących w szczególności sposób wykonywania odśnieżania, zwalczania śliskości zimowej, zapobiegania powstawaniu śliskości zimowej, czy usuwania śliskości zimowej.

Według Odwołującego biorąc pod uwagę powyższe postanowienia argumentacja podana jako powód odrzucenia jego oferty Odwołującego nie ma uzasadnienia.

Odwolujący podniósł również, że:

– Problem rażąco niskiej ceny nie jest zagadnieniem nowym. Pomimo wprowadzenia progu 30% różnicy nie uległo zmianie, że zamawiający musi wykazać na tyle istotną różnicę w stosunku do kolejnych ofert, aby można było powiedzieć, że jest ona rażąca, a tym samym rażąco niska jest cena oferty.

– Ustalenie poziomu rażąco niskiej ceny nie może odbywać się przez porównanie wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego, a także powinno mieć na względzie ceny zaproponowane w innych ofertach oraz zmiany sytuacji na rynku.

– Pomimo że art. 90 pzp odsyła w celu porównania zarówno do wartości szacunkowej zamówienia, jak i średniej cen rynkowych, Zamawiający całkowicie pominął ten fakt, co jest o tyle istotne, że ceny rynkowe wskazują, że zaoferowana cena jest bliższa tym cenom, a nie wartości oszacowanej przez Zamawiającego.

Odwolujący podsumował, że z ogólnikowej treści informacji o wyniku postępowania, braku uzasadnienia zarzutów ani także z treści innych czynności Zamawiającego nie można wywieść żadnego uzasadnienia dla nieuwzględnienia wyjaśnień Odwołującego, a także dokonania negatywnej oceny jego oferty i jej odrzucenia. W szczególności Zamawiający nie

9

**Sygn. akt: KIO 1901/16 KIO 1903/16
KIO 1904/16**

wykazał, że w zamian za zaoferowaną przez Odwołującego cenę nie jest możliwe wykonanie zamówienia opisanego w SIWZ zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

{KIO 1903/16}

10 października 2016 r. Odwołujący – „Zakład Usługowo-Transportowy J. B.” z Marcelina {dalej również: „ZUT J. B.” lub „ZUT”} wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od rozstrzygnięcia postępowania w częściach nr 17 i 18 zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenia następujących przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 7 ust. 1.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3.
3. Art. 91 ust. 1.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu {lista żądań}:

1. Unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego.
2. Ponowienia wyboru oferty najkorzystniejszej i uznanie za taką oferty Odwołującego.

Odwołujący sprecyzował powyższą listę zarzutów w szczególności podnosząc następujące okoliczności prawne i faktyczne jako uzasadniające wniesienie odwołania.

Odwołujący zrelacjonował, że w SIWZ określono szczegółowe wymagania w zakresie sprzętu, materiałów i ich ilości, a także wymaganych do wykonania prac w ramach zimowego utrzymania dróg („ZUD”) w szczególności w ramach Opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ („OPZ”) oraz w ramach Szczegółowej specyfikacji technicznej („SST”) załączonej do OPZ.

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w pkt 1.3 OPZ „Zakres robót objętych Specyfikacjami Technicznymi”: *Zimowe utrzymanie dróg (ZUD) są to prace mające na celu zmniejszenie lub ograniczenie zakłóceń ruchu drogowego wywołanych takimi czynnikami atmosferycznymi, jak śliskość zimowa oraz opady śniegu. Do zimowego utrzymania dróg zalicza się między innymi:*
– *działania organizacyjno-techniczne realizowane przez drogową służbę liniową lub*

10

**Sygn. akt: KIO 1901/16 KIO 1903/16
KIO 1904/16**

przedsiębiorstwa wykonawcze,

- *przygotowanie materiałów do usuwania śliskości (przez usuwanie rozumie się również zapobieganie),*
- *działania profilaktyczne, w tym sprawność działania urządzeń GPS na sprzęcie itp.*
- *usuwanie śniegu z dróg, chodników i ścieżek rowerowych,*
- *usuwanie śliskości zimowej poprzez stosowanie topników do odładzania jezdni, chodników i ścieżek rowerowych lub materiałów uszorstniających,*

W OPZ pkt 1.4.33. Zamawiający zdefiniował termin „Gotowość do ZUD” {podkreślenia Odwołującego} – *Gotowość do ZUD to utrzymanie w stałej gotowości technicznej sprzętu w miejscu wskazanym przez Zamawiającego oraz wykonywanie objazdów dróg min. wg. stanu na godz. 5 i 19 Personel obsługi sprzętu oraz sprzęt powinien podjąć prace na drodze w ciągu zadeklarowanego w ofercie czasu rozpoczęcia pracy na utrzymywanym odcinku drogi od wezwania przez Inspektora lub po ustaniu opadów śniegu bądź po uzyskaniu informacji o wystąpieniu śliskości. Zaliczenie gotowości do ZUD nastąpi w przypadku wprowadzonego przez Zamawiającego stanu gotowości i nie podejmowania robót w zakresie zimowego utrzymania tj. odśnieżania lub zwalczania śliskości na drogach przy 100% obsadzie sprzętu i obsługi w miejscu wskazanym przez Zamawiającego w okresie doby rozliczeniowej oraz wykonywanie objazdów dróg przez dyżurnych Wykonawcy (załączone do faktury zestawienie pracy sprzętu z Systemem GPS).*

W odniesieniu do lokalizacji bazy Zamawiający określił następujące warunki w SST w pkt „Sposób prowadzenia akcji zimowej”: *Baza sprzętu winna być położona maksymalnie 10 km od utrzymywanej drogi i winna zapewnić rozpoczęcie pracy sprzętu na drodze w ciągu*

zadeklarowanego w ofercie, czasu rozpoczęcia pracy na utrzymywanym odcinku drogi od wezwania przez Inspektora lub po ustaniu opadów śniegu bądź po uzyskaniu informacji o wystąpieniu śliskości.

Odwolujący zaznaczył w tym miejscu, że z dokumentacji postępowania nie wynika jednak, aby Zamawiający zawarł jakiegokolwiek ograniczenia w odniesieniu do podejmowania przez personel wykonawcy zatrudniony przy realizacji tego zamówienia innych czynności również w ramach dyżurów w bazie sprzętu.

Ponadto zgodnie z pkt 14.1 SIWZ przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający stosować kryteria: a) cena – 90%, b) Skrócenie czasu rozpoczęcia pracy sprzętu podstawowego (solarki, polewarka solanki, pługi) na utrzymywanym odcinku drogi – 10%. Wykonawcy w składanych ofertach musieli deklarować czas rozpoczęcia pracy sprzętu.

Zgodnie z pkt. 10.1. SIWZ *Cena oferty (w PLN) zostanie wyliczona przez Wykonawcę*

11

**Sygn. akt: KIO 1901/16 KIO 1903/16
KIO 1904/16**

w oparciu o Kosztorys ofertowy (odpowiedni dla części, na którą Wykonawca składa ofertę) sporządzony na formularzu 2.2., którego wzór został dołączony do SIWZ – osobny załącznik. Suma wartości brutto stanowić będzie cenę ofertową brutto Wykonawcy. Wyliczoną cenę oferty brutto należy przenieść do formularza oferty (odpowiednio dla części, na którą Wykonawca składa ofertę), stanowiącego załącznik do SIWZ.

Odwolujący stwierdził, że wykonawca obowiązany był więc obliczyć cenę oferty na podstawie wypełnionych kosztorysów ofertowych, które powinien załączyć do oferty odpowiednio dla każdej części, w ramach której składał ofertę tj. Tabeli Elementów Rozliczeniowych („TER”) – formularze załącznika do oferty nr 2.2.

W każdym z formularzy Zamawiający narzucił {w treści odwołania wklejono opisywane poniżej TER-y):

Po pierwsze – „średnie ilości dni występowania” (referencyjna liczba dni świadczenia usługi), liczbę kilometrów, jak i sposób obliczania wartości zadania. Każdy wiersz dotyczył innego odcinka drogi w ramach zadania. W kolumnie „H” Zamawiający wskazał liczbę km, którą należało brać pod uwagę przy obliczaniu wartości zadania za 1 sezon zimowy (kolumna „s”), a także w konsekwencji za cały okres umowny tj. 4 sezony zimowe (kolumna „t”). Przy czym formularz udostępniony przez Zamawiającego został tak skonstruowany, że wykonawcy mogli określić tylko ceny jednostkowe za każdą z usług w przeliczeniu na 1km/dzień w kolumnach od „l” do „m”. Pozostałe wartości były wyliczane automatycznie wg algorytmu istniejącego w formularzu.

Podstawą do obliczenia wartości jednostkowych zgodnie z uwagami pod tabelą było:

- 1 *Cena za jednostkę obejmuje wszystkie składniki kosztów {m.in. KP, KZ, Zysk, itp.) a także inne czynności opisane w SST*
- 2 *Ceny jednostkowe i wartość robót należy podawać w złotych z dokładnością do jednego grosza*
- 3 *Cena jedn. – za 1 km ZUD dziennie*
- 4 *Cena zawiera koszt utrzymania drogi na całej szerokości jezdni wraz z jej wszystkimi elementami i węzłami drogowymi (Ilość i długość łącznic podane w załączniku nr 1c, Ilość Zaliczenie gotowości do ZUD zgodnie z opisem w SST*

Po drugie – ilość śniegu. Odpowiednio w przypadku TER dla wywozu śniegu Zamawiający narzucił w kolumnie „h” wielkość

śniegu do wywozu. Wykonawca mógł jedynie wskazać cenę jednostkową za tę czynność. Pozostałe wartości odpowiednio dla zadania i dla umowy wyliczane były automatycznie.

Po trzecie – wykaz obiektów mostowych wraz z „ilością dni” tj. referencyjną liczbą dni świadczenia usługi. Analogicznie w przypadku obiektów mostowych Zamawiający narzucił

12

liczbę dni, a wykonawca mógł wpisać jedynie wartości jednostkowe za utrzymanie obiektów. Pozostałe wartości wyliczane były w sposób automatyczny.

Odwołujący ponadto zrelacjonował, że zgodnie z SIWZ rozliczenie za wykonywane usługi ma się odbywać na podstawie rzeczywistego zapotrzebowania na ZUD wg stawek jednostkowych zaofiarowanych przez wykonawcę.

I tak zgodnie z SIWZ Tom II „Projekt Umowy” § 4:

2. *Podstawą do rozliczenia wykonanej usługi będą ceny zawarte w Kosztorysach ofertowych/Tabelach Elementów Rozliczeniowych.*

3. *Wynagrodzenie Wykonawcy za usługi, o których mowa w § 4 ust. 1, stanowić będzie cena kosztorysowa za dobowe utrzymanie odcinka drogi w wyznaczonym standardzie lub gotowość do ZUD wg Tabel Elementów Rozliczeniowych stanowiących załącznik nr 1 do niniejszej umowy.*

Odwołujący podsumował, że jak wynika z dokumentacji postępowania, Zamawiający szczegółowo określił wymagania odnośnie sprzętu, materiałów, gotowości personelu do pracy, a także określił w TER, przez podanie konkretnych wartości, dane referencyjne wymagane do uwzględnienia przy sporządzaniu oferty przez wykonawców, a rozliczenie ma się odbywać na zasadach kosztorysowych.

Następnie Odwołujący zrelacjonował, że zostało złożonych odpowiednio dla części nr 17 – 3 oferty, a dla części nr 18 – 5 ofert, przy czym z zestawień ofert dla części nr 17 i 18 wynika następujący rozkład cen ofert poszczególnych wykonawców {w treści odwołania zamieszczono tabelaryczne zestawienie obejmujące nr oferty, nazwę oferenta, cenę oferty, średnią arytmetyczną złożonych ofert i różnicę (wartościowo i %) do tej średniej cen ofert oraz wartość zamówienia (brutto) i różnicę (wartościowo i %) do niej cen ofert }. Wg. danych z otwarcia ofert kwota, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, wynosiła dla zad.17 ok. 7.700 000,00 zł, a dla zad.18 – ok. 7 400 000,00 zł.

Odwołujący podniósł, że jak wynika z powyższych zestawień, żadna ze złożonych ofert nie była znacząco niższa od średniej arytmetycznej złożonych ofert, w tym oferta Odwołującego była niższa o zaledwie ok. 16%. Wszystkie oferty odrzucone w części 17 (nr 2 i 3), a także w części 18 (nr 2, 3, 5 i 6) zawierały ceny ofertowe na poziomie rynkowym, a były poddane badaniu w zakresie rażąco niskiej ceny jedynie w odniesieniu do wartości szacunkowej zamówienia sporządzonej przez Zamawiającego.

Odwołujący stwierdził na podstawie treści zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, że Zamawiający dokonując oceny ofert odrzucił oferty wszystkich wykonawców, którzy określili ceny na poziomie rynkowym, ale odbiegające od zawyżonej wyceny wartości zamówienia dokonanej przez Zamawiającego.

**Sygn. akt: KIO 1901/16 KIO 1903/16
KIO 1904/16**

Następnie Odwołujący przytoczył brzmienie uzasadnienia decyzji Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty: *Zamawiający pismem nr GDDKiA O.Sz.D-3.2413.14.2016.57.ek z dnia 23.08.2016 r. zwrócił się do Wykonawcy o złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia określonego w SIWZ. Wykonawca pismem z dnia 30.08.2016r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego złożył wyjaśnienia, którymi nie udowodnił, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wykonawca złożył tożsame wyjaśnienia na 2 części na, które złożył oferty w prowadzonym postępowaniu. To dowodzi uniwersalności prezentowanych tez (skoro mogą być one użyte w innych częściach), niż przemawia za przedstawieniem szczególnie korzystnych warunków dostępnych jedynie Wykonawcy dla części 17. Przedstawione wyjaśnienia winny być nie tylko konkretne i przekonujące, ale również w sytuacji, gdy same wyjaśnienia nie są wystarczające – poparte stosownymi dowodami. Wykonawca nie przedstawił innych dowodów potwierdzających jego tezy takie jak: wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia nie dostępne dla innych wykonawców dla części 17. Wykonawca w wyjaśnieniach nie wskazał wysokość stawki roboczogodziny dla poszczególnych pracowników tylko przedstawił kwoty jakie przyjął jako koszt personelu biorącego udział w wykonaniu zamówienia w ciągu 24 godzin dla części 17. Do analizy przyjęto minimalną stawkę roboczogodziny dla wszystkich pracowników biorących udział*

w zamówieniu i wyliczono zgodnie z OPZ i SST, że Wykonawca powinien przyjąć dużo większe stawki aby wykonać prawidłowo zamówienie bez ryzyka poniesienia strat. Wykonawca w wyjaśnieniach przedstawił kwoty jakie przyjął jako koszt materiału, które należy zużyć do wykonania zamówienia w ciągu 24 godzin odpowiednio dla części 17. Po analizie przedstawionych stawek i wyliczeń zgodnie z OPZ i SST oraz średnią ilością wyjazdów w Rejonie Szczecinek z 5 lat (średnio 3 wyjazdy) Wykonawca powinien przyjąć dużo większe stawki aby wykonać prawidłowo zamówienie bez ryzyka poniesienia strat. Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny swojej oferty zobowiązany jest do złożenia wyjaśnień szczegółowych, odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że cena złożonej przez niego oferty nie jest rażąco niska. Wyjaśnienia Wykonawcy powinny być szczegółowe i powinny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia. Za ofertę z rażąco niską ceną uznaje się ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, tj. cenę wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów utworzenia przedmiotu zamówienia. Zamawiający po przeanalizowaniu wyjaśnień

związku złożonych przez

Wykonawcę uznał wyjaśnienia za niewystarczające. W

14

**Sygn. akt: KIO 1901/16 KIO 1903/16
KIO 1904/16**

z powyższym oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp.

Odwołujący podał, że według treści wezwania Zamawiającego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny skierowanego do Odwołującego 23.08.2016 r. wątpliwości Zamawiającego wzbudziła zaferowana cena całkowita oferty brutto z uwagi na to, iż:

– dla części 17 – cena oferty ogółem 3 948 819,55 zł (brutto), wydaje się być rażąco niska w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Cena oferty jest o 45,14% niższa od wartości zamówienia;
– dla części 18 – cena oferty ogółem 3 494 190,27 zł (brutto) wydaje się być rażąco niska w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Cena oferty jest o 49,22% niższa od wartości zamówienia.

W konsekwencji Zamawiający działając w trybie art. 90 ust 1 pzp wezwał Wykonawcę do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie: {zacytowaną treść wezwania podano poniżej w ramach okoliczności faktycznych wspólnych dla odwołań}.

Odwołujący zrelacjonował ponadto, że Zamawiający przekazał również bardzo szczegółowy formularz do złożenia wyjaśnień na rażąco niską cenę, który Odwołujący miał wypełnić wg wskazanego wzoru. Formularz zawierał rozbitcie każdej z zaferowanych cen jednostkowych za usługę na elementy cenotwórcze wraz z materiałami i zyskiem.

Odwołujący ocenił, że wezwanie Zamawiającego nie było więc lakoniczne, a bardzo sprecyzowane, zarówno co do formy, jak i szczegółowo określonego zakresu wyjaśnień.

Wreszcie Odwołujący zrelacjonował, że w odpowiedzi na powyższe wezwanie złożył zarówno wyjaśnienia, jak również przedstawił oczekiwany przez Zamawiającego wypełniony formularz zawierający szczegółowe dane, z których w jego ocenie wynika, że zaferowana cena jest realną ceną rynkową. W wyjaśnieniach zaś potwierdził, że oferta była przygotowana rzetelnie w oparciu o właściwy rachunek ekonomiczny z uwzględnieniem kosztów oraz założonej do osiągnięcia dodatniej marży handlowej.

Ponadto wskazał w wyjaśnieniach, że:

– Punkt kierowania pracami ZJD oraz baza sprzętowa znajdować się będzie w miejscowości Marcelin 19, 78-422 Gwda Wielka położona bezpośrednio przy DK nr 20, co jest korzystne dla wykonywania zadań w części 17 i części 18 zamówienia. A zadeklarowany czas rozpoczęcia pracy sprzętu jest realny i możliwy, gdyż położenie bazy sprzętowej oraz ogólne warunki terenu pozwalają na natychmiastową reakcję od wezwania inspektora lub po ustaniu opadów śniegu, bądź po uzyskaniu informacji o wystąpieniu śliskości.

15

**Sygn. akt: KIO 1901/16 KIO 1903/16
KIO 1904/16**

– Materiały składowane będą na terenie zakładu. Środki chemiczne głównie chlorek sodu składowane będą w stanie luźnym w magazynach zamkniętych w przyzmacz o wysokości ponad 2,5 m. Chlorki wapnia i magnezu przechowywane będą w workach foliowych ustawionych na przyzmacz w magazynie zamkniętym zgodnie z instrukcją magazynową.

– Pracownicy uczestniczący przy zimowym utrzymaniu dróg są zatrudnieni na podstawie umowy o pracę i ich wynagrodzenie miesięczne jest wyższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę.

– Firma od wielu lat współpracuje ze stałymi dostawcami paliw i środków chemicznych stąd posiada niskie ceny powyższych towarów.

– Nie ponosi kosztów związanych z zakupem soli w celu zgromadzenia minimalnych zapasów, ponieważ współpracuje z firmą K+S Polska sp. z o.o. ul. Czerwca 1956 r. nr 404, 61-441 Poznań, która na terenie zakładu posiada magazyn soli w ilości ok. 4000 Mg i w momencie podpisania umowy z Zamawiającym ma zagwarantowane na wyłączność 2000 Mg soli.

– Jest firmą rodzinną działającą na rynku od dziewięćdziesiątego roku. Osoby te fizycznie uczestniczą przy wykonywaniu zamówienia, co ma znaczny wpływ na jakość, terminowość oraz dużą oszczędność w wykonywaniu zadania. Baza materiałowa w Marcelinie 19 jest własnością Odwołującego. Zimowe utrzymanie dróg jest dla Odwołującego jednym z najważniejszych zamówień. Koszty związane z utworzeniem, utrzymaniem punktów kierowania pracami ZUD wraz z bazą sprzętową, składowaniem materiałów, utrzymaniem kierowców, operatorów i innych osób biorących udział w ZUD firma częściowo ponosi przy bieżącej działalności firmy, dlatego też ceny przedstawione w naszej ofercie są mniejsze.

Odwołujący podniósł w odwołaniu brak zastrzeżenia przez Zamawiającego, że w trakcie świadczenia usług ZUD działalność wykonawcy ma się odbywać na wyłączność na rzecz Zamawiającego. Poza wykonywaniem wymienionych w ramach OPZ i SST czynności, wykonywanie usługi ZUD dla Zamawiającego ma polegać również na tzw. „Gotowości do ZUD”. Zarówno w tym czasie, jak i pozostałym, gdy gotowość do ZUD jest zawieszona, wykonawca może prowadzić pozostałą działalność niekolidującą z postanowieniami SIWZ.

Odwołujący podał, że w wyjaśnieniach wskazał również na swoje doświadczenie w świadczeniu usług ZUD w tym samym rejonie i dla tego samego Zamawiającego, wynikające z faktu, że e ostatnich trzech latach brał udział w zimowym utrzymaniu dróg jako podwykonawca Pol-Dróg Gdańsk na rzecz Zamawiającego w zadaniach nr 19 i 20.

Odwołujący dodał, że wówczas, jak wynika z oferty złożonej przez Pol-Dróg Gdańsk w ramach postępowania „Zimowe utrzymanie dróg w latach 2013-2016 /trzy sezony zimowe

16

**Sygn. akt: KIO 1901/16 KIO 1903/16
KIO 1904/16**

w administracji GDDKiA Oddział w Szczecinie – 24 zadania” w ramach zadań nr 19 i 20, dla którego założenia zawarte w SIWZ, sposób sporządzenia oferty, w tym formularze TER były tożsame z obecnie toczącym się postępowaniem, ceny jednostkowe zawierały niższe stawki niż w obecnym postępowaniu, a zostały uznane za odpowiednie. Przy czym realizacja tych usług też przebiegała prawidłowo, co potwierdza, że nawet przy wówczas zaoferowanych stawkach możliwym było świadczenie usług ZUD w rzeczywistości.

Odwołujący podniósł, że z zestawienia ofert {w treści odwołania zamieszczono tabelaryczne zestawienie obejmujące stawki jednostkowe za 1km/ dzień za gotowość do ZUD, zapobieganie śliskości, usuwanie śliskości, odśnieżanie 1-krotne oraz odśnieżanie wynikające z oferty ZUT na zadanie nr 17 i 18 w porównaniu do stawek za te czynności wynikających z oferty Pol-Dróg na lata 2013-2016} wynika, że główne cenotwórcze stawki jednostkowe mające zasadnicze znaczenie w ostatecznej cenie za sezon ZUD są znacznie wyższe niż w ofercie Pol-Dróg składanej w poprzednim postępowaniu (gotowość do ZUD o ok 210% do 270%, zapobieganie śliskości o ok. 150% i usuwanie śliskości o ok. 100-110%).

W ocenie Odwołującego w świetle powyższych faktów, które wprost mają oparcie w przesłanych już 30.08.2016 r. Zamawiającemu wyjaśnieniach wraz z dowodami, decyzja o

odrzuceniu jego oferty nie jest uzasadniona i jako taka jest wadliwa, gdyż Odwołujący:

– Przedstawił zarówno uzasadnienie powodu ujawnionych przez Zamawiającego różnic cenowych w ofertach, a także relacji pomiędzy ceną oferty Odwołującego a szacunkiem wartości zamówienia, jak również zgodnie z oczekiwaniem Zamawiającego przedłożył wraz z wyjaśnieniami szczegółowe wyliczenie składowych wszystkich pozycji cen jednostkowych.

Stąd cena ofertowa Odwołującego jest rynkowa i umożliwia wykonanie zamówienia gwarantując jednocześnie, co wprost wynika z przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust 1 pzp, uzyskanie znaczącego dodatniego wyniku finansowego zamówienia.

– Wykazał realność ceny oraz źródło i podstawę jej ustalenia, a dodatkowo szczegółowe zestawienie cen w tym postępowaniu wskazuje wprost na podstawę różnic cenowych w ofertach, w tym oferty Odwołującego w stosunku do wartości zamówienia.

– Powołał się na liczne okoliczności dotyczące dostępnych mu wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia, w tym w szczególności możliwość zaoferowania niższych stawek ze względu na niższe koszty pozyskania soli.

Odwołujący podniósł, że nie można zgodzić się z przyjętymi przez Zamawiającego założeniami co do kalkulacji kosztów w stosunku do pracowników, gdyż Zamawiający nie wymagał, aby pracownicy byli zatrudnieni na wyłączność przy realizacji tego zamówienia. Odwołujący wyjaśnił, że pracownicy są zatrudniani na umowy o pracę, natomiast w ramach

17

**Sygn. akt: KIO 1901/16 KIO 1903/16
KIO 1904/16**

zawartych umów wykonują jeszcze inne świadczenia na rzecz Odwołującego, co nie jest niezgodne z SIWZ.

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji po raz kolejny przyjął założenia niewynikające z SIWZ tj. OPZ i SST, gdyż dodatkowo wziął pod uwagę inne parametry, tj. średnią ilość wyjazdów w całym Rejonie Szczecinek w okresie 5 lat, niż wynikające z SIWZ dla odcinka nr 17 i odcinka nr 18, a także inne, niż wskazane jako podstawa wyliczenia w formularzach TER.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający uznając wyjaśnienia za niewystarczające, nie wykazał jednak w uzasadnieniu, że ocena wyjaśnień potwierdza rażąco niską cenę oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia a, jedynie wówczas wolno mu odrzucić ofertę zgodnie z art. 90 ust 3.

Niezależnie od powyższego Odwołujący stwierdził, że gdyby, mimo tak szczegółowych wyjaśnień złożonych przez niego, Zamawiający nadal miałby wątpliwości co do nich, w tym kalkulacji ceny, winien był skorzystać z możliwości pogłębiania wyjaśnień pytaniami dodatkowymi, a nie odrzucać ofertę. Odwołujący powołał się na to, że taką możliwość jednoznacznie potwierdza orzecznictwo Izby w wielu wyrokach.

{KIO 1904/16}

10 października 2016 r. Odwołujący – Maldrobud sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Myśliborzu, MDB Utrzymanie sp. z o.o. z siedzibą w Myśliborzu wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia {„Konsorcjum Maldrobud”} wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od rozstrzygnięcia postępowania w częściach nr 9, 10, 11, 12, 19, 20 i 21 w zakresie objętym zarzutami odwołania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 – przez nieprawidłową ocenę wyjaśnień dotyczących części 9, 10, 11 i 12 w konsekwencji zaniechanie odrzucenia ofert Trans-Masz lub Pol-Dróg w sytuacji, gdy nie obalili oni domniemania, że zaproponowane w ich ofertach częściowych ceny nie są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, co świadczy o przeprowadzeniu postępowania w sposób niezapewniający poszanowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 – przez

**Sygn. akt: KIO 1901/16 KIO 1903/16
KIO 1904/16**

nieprawidłową ocenę wyjaśnień Odwołującego złożonych dla części nr 19, 20 i 21 zamówienia i w konsekwencji nieuprawnione odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, gdy wykazał i udowodnił w złożonych wyjaśnieniach, że ceny w jego ofercie nie są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, co świadczy o przeprowadzeniu postępowania w sposób niezapewniający poszanowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

3. Art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 – przez wybór ofert złożonych przez Trans-Masz lub Pol-Dróg i zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego dla części nr 9, 10, 11 i 12 zamówienia, mimo że jest ona najkorzystniejsza spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, a tym samym naruszenie obowiązku udzielenia zamówienia publicznego wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy pzp.
4. Art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 – przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego dla części nr 19, 20 i 21 zamówienia, mimo że jest ona najkorzystniejsza spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, a tym samym naruszenie obowiązku udzielenia zamówienia publicznego wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu {lista żądań}:

1. Unieważnienia wyboru oferty dla części nr 9, 10, 11, 12, 19, 20 i 21 zamówienia jako najkorzystniejszych.
2. Unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego dla części nr 19, 20 i 21 zamówienia.
3. Przeprowadzenia ponownej oceny i badania ofert dla części nr 9, 10, 11, 12, 19, 20 i 21 zamówienia, odrzucenia ofert złożonych przez Trans-Masz lub Pol-Dróg, z uwagi na zaproponowaną przez tych wykonawców rażąco niską cenę dla części nr 9, 10, 11 i 12 zamówienia, oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu dla części nr 9, 10, 11, 12, 19, 20 i 21 zamówienia.

Odwołujący sprecyzował powyższą listę zarzutów w szczególności podnosząc następujące okoliczności prawne i faktyczne jako uzasadniające wniesienie odwołania.

{ad pkt 2 i 4 listy zarzutów}

Odwołujący zrelacjonował, że Zamawiający 23.08.2016 r. wezwał w trybie art. 90 ust.

**Sygn. akt: KIO 1901/16 KIO 1903/16
KIO 1904/16**

1 pzp wykonawców, w tym Odwołującego, do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów ofert mających wpływ na wysokość ceny.

Odwołujący podniósł, że 30 sierpnia 2016 r. złożył kompletne i wyczerpujące wyjaśnienia cen ofertowych przyjętych dla części nr 9, 10, 11, 15, 19, 20, 21, 22, 23 i 24 zamówienia, które odnosiły się do wszystkich czynników wymienionych przez Zamawiającego w wezwaniu. Dla każdej z części odwołujący przedstawił załącznik w postaci wypełnionego formularza, udowadniając, że zaoferowane ceny nie noszą znamion rażąco niskich.

Odwołujący zwrócił uwagę na niekonsekwencję w działaniu Zamawiającego, który wyjaśnienia dla części nr 9, 10, 11, 15, 22, 23, 24 uznał za prawidłowe i wystarczające, natomiast w przypadku części nr 19, 20 i 21 uznał, że złożenie przez wykonawcę tożsamyh wyjaśnień na każdą z 10 części dowodzi raczej uniwersalności prezentowanych tez (skoro mogą być one użyte w innych częściach), niż przemawia za przedstawieniem jakis szczególnie korzystnych warunków dostępnych jedynie wykonawcy.

Odwołujący podkreślił, że wymienione przez niego w wyjaśnieniach czynniki

w zakresie opisu oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu czy też kosztów pracy wpływają na ceny ofert dla wszystkich części zamówienia, na które złożył ofertę. Przedmiotem zamówienia jest bowiem zimowe utrzymanie określonych odcinków dróg, z których każdy stanowi część zamówienia. W konsekwencji czynniki, takie jak: doświadczona kadra realizująca zadania analogiczne bądź bardzo zbliżone do objętych przedmiotem zamówienia, własne zasoby materiałowe, które mogą zostać przeznaczone na realizację zamówienia, możliwość zakupu niezbędnych do realizacji usługi materiałów po preferencyjnych cenach, na korzystnych, wynegocjowanych z dostawcami warunkach, posiadanie koncesji na obrót paliwami ciekłymi, oraz stacji paliw, pozwalające na korzystanie z własnych zasobów paliwowych – siłą rzeczy znajdują zastosowanie dla wszystkich części zamówienia, gdyż charakter czynności wykonywanych dla poszczególnych części zamówienia (odcinków dróg) jest bowiem tożsamy Według Odwołującego zakwestionowanie przez Zamawiającego możliwości posłużenia się przez powyższymi czynnikami dla wszystkich części zamówienia dla wykazania braku rażąco niskiej ceny należy uznać za nielogiczne i niezasadzone. Jak orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 20 kwietnia 2016 r. (sygn. akt KIO 499/16) przepis art. 90 ust. 1 pzp nie zobowiązuje wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących wszystkich elementów ceny, ale wskazuje na konieczność złożenia wyjaśnień w zakresie tych elementów, które mają wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

20

**Sygn. akt: KIO 1901/16 KIO 1903/16
KIO 1904/16**

Odwołujący zrelekcjonował następnie, że uzasadniając odrzucenie jego ofert częściowych dla części nr 19, 20 i 21 zamówienia, Zamawiający zarzucił, że Odwołujący w wyjaśnieniach nie wskazał wysokości stawki roboczogodziny dla poszczególnych pracowników (poz. nr 5 tabeli załącznika do wyjaśnień rażąco niskiej ceny), tylko przedstawił kwoty jakie przyjął jako koszt personelu biorącego udział w wykonaniu zamówienia w ciągu 24 godzin. Zamawiający na skutek przyjęcia do analizy minimalnej stawki roboczogodziny dla wszystkich pracowników biorących udział w zamówieniu doszedł do przekonania, że zgodnie z OPZ i SST wykonawca powinien przyjąć dużo większe stawki, aby wykonać prawidłowo zamówienie bez ryzyka poniesienia strat. Analogicznie rozważania Zamawiający poczynił wobec pozycji prezentującej koszt materiałów, które zostaną użyte do wykonania zamówienia (poz. nr 7 tabeli załącznika do wyjaśnień rażąco niskiej ceny), wskazując, że po analizie przedstawionych stawek i wycień zgodnie z OPZ i SST oraz uwzględniając średnią ilość wyjazdów z 5 lat w Rejonie Wałcz (średnio 3 wyjazdy), wykonawca powinien przyjąć dużo większe stawki aby wykonać prawidłowo zamówienie bez ryzyka poniesienia strat.

Odwołujący nie zgodził się z tymi zarzutami. Dla potwierdzenia prawidłowości przyjętych stawek, zarówno dla poz. nr 5, jak i pozycji nr 7 załączników do wyjaśnień rażąco niskiej ceny dla części nr 19, 20 i 21 zamówienia, Odwołujący przedstawił w załączeniu do odwołania wyciężenie poczynione zgodnie z OPZ i SST, które obalają powyższe twierdzenia Zamawiającego, zastrzegając je jednocześnie jako tajemnicę przedsiębiorstwa i wnosząc o ich nieujawnianie {załączniki nr 5, 6, 7, 8, 9, 10 do odwołania}.

Odwołujący podniósł także, że takie wyciężenie Zamawiający mógł się do niego zwrócić uzupełniająco w trybie art. 90 ust. 1 pzp, jak uczynił to w odniesieniu do zorganizowania punktów kierowania zimowym utrzymaniem dróg dla części nr 19 i 20, wzywając Konsorcjum Maldrobud do złożenia dodatkowych wyjaśnień 13.09.2016 r., skoro kwoty przyjęte przez odwołującego dla poz. nr 5 i nr 7 załącznika do wyjaśnień rażąco niskiej ceny dla części nr 19, 20, 21 wzbudziły u Zamawiającego wątpliwości. Odwołujący stwierdził, że zaniechanie takiej czynności uzasadnia złożenie tych wyciężeń na obecnym etapie postępowania, zaznaczając, że stanowią one wyłącznie rozwinięcie uprzednio złożonych wyjaśnień, w żaden sposób ich nie modyfikując, a jedynie potwierdzając zasadność przyjętych stawek oraz dokumentując nieprawidłową ocenę wyjaśnień odwołującego przez Zamawiającego.

W pierwszej kolejności według Odwołującego wyciężenie te potwierdzają brak podstaw dla zakwestionowania stawki roboczogodziny przyjętej przez niego dla personelu realizującego zamówienie dla części nr 19, 20, 21. W szczególności koszty pracy, których wartość przyjęta została do ustalenia ceny, nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za

**Sygn. akt: KIO 1901/16 KIO 1903/16
KIO 1904/16**

pracę. Dlatego też nie polega na prawdziwym twierdzeniu Zamawiającego, zgodnie z którym przy przyjęciu minimalnej stawki roboczogodziny dla wszystkich pracowników biorących udział w zamówieniu zgodnie z OPZ i SST, wykonawca powinien przyjąć dużo większe stawki, aby wykonać prawidłowo zamówienie bez ryzyka poniesienia strat.

Zdaniem Odwołującego prawidłowo oszacował także koszty materiałów, które zostaną użyte do wykonania zamówienia dla części nr 19, 20, 21. Odwołujący zakwestionował przyjętą przez Zamawiającego w zawiadomieniu o rozstrzygnięciu postępowania średnią ilość wyjazdów z 5 lat w Rejonie Wąlcz tj. średnio 3 wyjazdy, gdyż została przyjęta w sposób całkowicie dowolny, arbitralny, a w szczególności nie wynika z zapisów SIWZ, OPZ czy SST. Natomiast z wieloletniej praktyki Odwołującego przy realizacji usług na analogicznych zadaniach wynika, że prawidłowa, średnia ilość wyjazdów wynosi w takim przypadku maksymalnie 2,5. Takie też ilości wyjazdów zostały przyjęte w kalkulacjach odwołującego. Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że nawet przy przyjęciu średniej ilości trzech wyjazdów ceny Odwołującego w tym zakresie nie są rażąco niskie, o czym świadczą załączone wyliczenia. Kalkulując koszty materiałowe dla przedmiotowej pozycji Odwołujący uwzględnił sprzyjające mu warunki wykonania zamówienia, sprowadzające się w szczególności do posiadania własnych zasobów materiałowych, które mogą zostać przeznaczone na realizację zamówienia. Powyższe czynniki zostały już wykazane w wyjaśnieniach z dnia 30 sierpnia 2016 r. i znajdują odzwierciedlenie w przedłożonych w załączeniu do odwołania wyliczeniach, które każdorazowo (tj. niezależnie od średniej ilości wyjazdów) wykazują zapasy materiałowe.

Odwołujący podkreślił, że z wyłączeniem poz. nr 5 i nr 7 załączników do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, Zamawiający nie wniósł żadnych innych zastrzeżeń co do pozostałych pozycji tego załącznika dla części nr 19, 20 i 21 zamówienia. Skoro zatem z wyjaśnień i wyliczeń Odwołującego jednoznacznie wynika, iż kwoty przyjęte w spornych pozycjach są prawidłowe i adekwatne do zakresu zamówienia, brak jest także podstaw dla uznania łącznych cen podanych za realizację przedmiotowych części za rażąco niskie tj. odbiegające od cen rynkowych przyjętych dla zamówień podobnych, wskazujące na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia, a tylko w przypadku wystąpienia takich cen aktualizuje się podstawa prawna dla odrzucenia oferty wykonawcy (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 27 lipca 2015 r. sygn. akt: KIO 1463/15, KIO 1466/15; KIO 1476/15).

{ad pkt 1 listy zarzutów}

**Sygn. akt: KIO 1901/16 KIO 1903/16
KIO 1904/16**

Odwołujący podniósł, że nie jest w stanie bezpośrednio odnieść się do wyjaśnień Trans-Maszu z uwagi na objęcie ich tajemnicą. Niemniej jednak, biorąc pod uwagę rażąco dysproporcję pomiędzy cenami tego Wykonawcy a wartościami za realizację zamówień częściowych podanymi przez Zamawiającego dla części nr 9, 10, 11, 12 – ta pierwsza jest niższa od drugiej odpowiednio o ponad 57%, 43%, 48% i 52%, zwrócił uwagę na pozycje tabel elementów rozliczeniowych prezentujących przyjęte stawki za odśnieżanie, które zostały ewidentnie zaniżone w stosunku do zakresu zamówień częściowych, a w konsekwencji rzutują na zaniżenie łącznych cen ofert dla kwestionowanych części zamówienia. Wyliczenia w powyższym zakresie Odwołujący przedstawił w załącznikach nr 12, 13, 14, 15 do odwołania, z których według Odwołującego jednoznacznie wynika, że suma kosztów przyjętych dla pozycji odśnieżanie zdecydowanie przewyższa kwotę przewidywanego przychodu przy zastosowaniu podanych stawek.

Odwołujący wskazał, że w wyliczeniach przyjął wyłącznie te czynniki kosztotwórcze, które zawsze towarzyszą czynności odśnieżania dróg i to na możliwie niskim poziomie, tj.: koszt wymiany kompletu gum do plugów na 1 sezon (przyjęto kwotę 360 zł/komplet, którą

należy uznać za stosunkowo niską lecz możliwą do uzyskania na rynku, oferta – załącznik nr 16 do odwołania); koszt zwiększenia spalania oleju napędowego (ON) przy płużeniu o 4l/km; koszt amortyzacji sprzętu (15 lat) na 1 sezon (wartość sprzętu przyjęto na podstawie oferty stanowiącej załącznik nr 17 do odwołania); koszt pracy operatorów na 1 sezon; koszt konserwacji i eksploatacji sprzętu na 1 sezon. Odwołujący wyjaśnił, że średnie ilości/krotności występowania czynności odśnieżania dla 1 sezonu przyjęto zgodnie ze wskazaniami Zamawiającego zawartymi w OPZ i SST. Przychód wykonawcy z tytułu zrealizowania czynności odśnieżania w jednym sezonie stanowi iloczyn kilometrów danego odcinka podlegającego utrzymaniu („g”), stawki za odśnieżanie jednego kilometra na dobę („l”) oraz średniej ilości dni w których występuje konieczność odśnieżania (odpowiednio „j” i „k”).

W przypadku Pol-Dróg zastrzeżenia Odwołującego wzbudzają pozycje tabel elementów rozliczeniowych przedstawiające stawki za wywóz śniegu. Odwołujący zarzucił, że w efekcie ich rażącego zaniżenia ceny ofertowe tego wykonawcy dla części nr 10 i 11 również należy uznać za rażąco niskie, stwarzające realne ryzyko niewykonania lub nieprawidłowego wykonania zamówień częściowych. Odwołujący podał,

że cena oferty tego

Wykonawcy jest niższa od wartości szacunkowej zamówienia o ponad: 58% dla części 10 i 64% dla części 11 od. Odwołujący dodał, że zaniżenie stawek dla tych pozycji potwierdzają dodatkowo informacje zawarte w załącznikach do wyjaśnień rażąco niskiej ceny Pol-Dróg, które zostały Odwołującemu udostępnione. Wyliczenia w tym zakresie Odwołujący

23

**Sygn. akt: KIO 1901/16 KIO 1903/16
KIO 1904/16**

przedstawił w załącznikach nr 18 i 19 do odwołania, z których według niego jednoznacznie wynika, że łączna wartość zadania dla części nr 10 i 11 zamówienia, przy przyjęciu obiektywnych czynników cenotwórczych wynikających z wydawnictwa Sekocendbud zdecydowanie przewyższa wartość, jaką przyjął Wykonawca przy zastosowaniu podanych stawek. (kalkulacje Sekocendbud właściwe dla przytoczonych pozycji zostały załączone jako załącznik nr 20 do odwołania). Odwołujący wyjaśnił, że przedłożony kosztorys został opracowany przy założeniu konieczności wywozu śniegu na odcinku 5 km, 10 km i 15 km. W zależności od tych odległości wyliczono odpowiednio stawki, które nawet w najtańszym wariantcie 5 km oscylują na poziomie 17,68 zł. Tymczasem wykonawca przyjął w swojej ofercie cenę jednostkową w wysokości 5 zł.

Przechodząc do argumentacji prawnej Odwołujący podniósł, że wykonawca składający ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, mając na względzie dyspozycję art. art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp, zobowiązany jest do zaoferowania realnej ceny za realizację poszczególnych czynności składających się na przedmiot zamówienia. Z kolei zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (por. wyrok z 2 marca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1984/09; wyrok z 16 listopada 2012 r., sygn. akt: KIO 2394/12, KIO 2395/12, 2415/12). Ponadto Odwołujący podkreślił, że samo uruchomienie procedury wyjaśniającej z art. 90 pzp wiąże się z obowiązkiem wykonawcy w postaci złożenia wyczerpujących, popartych dowodami wyjaśnień (por. wyrok z 24 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1363/13).

Po analizie tabel elementów rozliczeniowych Trans-Maszu i Pol-Drogu Odwołujący stwierdził, że choć zasadnie zostali on wezwani do wyjaśnień dotyczących zaproponowanych cen, jednakże niezasadnie uznano złożone wyjaśnienia za wystarczające i wypełniające obowiązek udowodnienia zaoferowania rzeczywistych, odpowiadających realnym kosztom cen.

Odwołujący z ostrożności procesowej wskazał, że pomimo braku dostępu do pełnej korespondencji wymienianej pomiędzy Zamawiającym a wskazanymi Wykonawcami (dotyczącej wyjaśnienia elementów mających wpływ na cenę, ze względu na jej utajnienie), złożone dokumenty (wyjaśnienia) nie odpowiadają wymaganiom Zamawiającego, gdyż nie mają charakteru wyczerpującego i nie potwierdzają, że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Jednocześnie Odwołujący zauważył, że znane jest mu orzecznictwo, zgodnie z którym ocena rażąco niskiej ceny odbywa się co do zasady w stosunku do globalnej,

**Sygn. akt: KIO 1901/16 KIO 1903/16
KIO 1904/16**

dopuszczała analizę odnoszącą się do konkretnych cen składowych. Przykładowo w wyroku z 19 lutego 2014 r.: „ (...) w uzasadnionych przypadkach obowiązek badania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp dotyczy poszczególnych cen jednostkowych czy tych elementów, które służyć będą do ustalenia ceny; jeżeli jest to uzasadnione określonymi w SIWZ kryteriami oceny ofert, specyfiką przedmiotu zamówienia czy też ukształtowanego sposobu wynagradzania wykonawcy. Podkreślenia wymaga, że pojęcie ceny, o którym mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp należy odnosić do okoliczności danego przypadku. Przykładowo, w świetle art. 536 KC cenę można określić poprzez wskazanie podstaw do jej ustalenia. Taki charakter ma również np. każda oferta posługująca się obmiarowym ustalaniem ceny, gdzie mamy do czynienia z szacowaną ilością jednostek i proponowana przez wykonawcę cena za 1 jednostkę. Konkretyzacja ceny następuje dopiero po ustaleniu faktycznie zrealizowanej liczby jednostek.

Odwołujący podał, że stosownie do postanowień § 4 wzoru umowy przyjętej przez Zamawiającego i stanowiącej załącznik do SIWZ, podstawą do rozliczenia wykonanej usługi będą ceny zawarte w kosztorysach ofertowych / TER. Wynagrodzenie wykonawcy za usługi, o których mowa w § 4 ust. 1, stanowić będzie cena kosztorysowa za dobowe utrzymanie odcinka drogi w wyznaczonym standardzie lub gotowość do ZUD wg TER stanowiących załącznik nr 1 do umowy. W konsekwencji zaniżenie chociażby jednej z pozycji tabeli elementów rozliczeniowych skutkuje w przypadku tego zamówienia zaniżeniem ceny za realizację całego zamówienia w danej części i może prowadzić do niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia.

W dalszej kolejności Odwołujący podniósł, że art. 90 ust. 1 pzp nie zawiera definicji rażąco niskiej ceny, ale wymienia niektóre okoliczności, jakie mogą na rażąco niską cenę wskazywać, w których procedura wyjaśniania oferty powinna mieć zastosowanie. O tym, czy cena oferty jest rzeczywiście rażąco niska, rozstrzyga zamawiający w odniesieniu do konkretnego przypadku, w oparciu o posiadane materiały, w szczególności wyjaśnienia wykonawcy i załączone przez niego dokumenty, oceniane w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia będącego przedmiotem postępowania.

Stosownie do art. 90 ust. 1 pkt 1 pzp jednym z podstawowych elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny są koszty pracy których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314). Wobec powyższego, niezależnie od wybranego przez wykonawców stosunku zaangażowania personelu (umowa o pracę czy umowa cywilnoprawna), wartość kosztów

**Sygn. akt: KIO 1901/16 KIO 1903/16
KIO 1904/16**

pracy przyjętych do kalkulacji ceny oferty nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę. Te z kolei, przy kalkulacjach kwestionowanych wykonawców budzą uzasadnioną wątpliwość. Ceny zaoferowane przez tych wykonawców mogą skłaniać do przyjęcia, że nie uwzględnili oni kosztów pracy na poziomie, co najmniej minimalnego wynagrodzenia za pracę, podobnie jak nie uwzględnili na wymaganym poziomie pozostałych kosztów właściwych dla prawidłowego wykonania czynności odśnieżania czy też usuwania śniegu.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 6 sierpnia 2015 r. (sygn. akt KIO 1590/15) wykonawca w toku wyjaśniania rażąco niskiej ceny zobowiązany jest do wskazania dlaczego jego oferta ma cenę niższą niż pozostałe oferty oraz szacunki zamawiającego. Wyjaśnienia wykonawcy powinny wskazywać indywidualne dla niego czynniki, które

pozwołyły mu zaferowanie ceny tak znacznie niższej niż ceny pozostałych wykonawców lub szacunki zamawiającego.

Odwołujący podsumował, że nie zna treści kompletnych wyjaśnień wykonawców, których ceny kwestionuje z uwagi na zastrzeżenie ich w tajemnicy, dlatego też w przypadku ich nieodtajnienia niezwykle istotnym jest zbadanie przez Izbę, czy wykonawcy ci faktycznie wyjaśnili i udowodnili okoliczności pozwalające na zaferowanie cen poniżej danych rynkowych i czy wyjaśnienia te są zgodne z wymaganiami art. 90 pzp i wytycznymi sformułowanymi w orzecznictwie Izby.

{KIO 1901/15, KIO 1903/16, KIO 1904/16}

W konsekwencji {zrelacjonowanych powyżej za odwołaniami ustaleń, co do relacji cen ofert do wartości zamówienia} Zamawiający, działając w trybie art. 90 ust 1 pzp, wzywał Odwołujących do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

– wskazania lokalizacji punktu kierowania pracami ZUD oraz bazy sprzętowej (max 10 km od utrzymywanej drogi) zapewniającego rozpoczęcie pracy sprzętu na drodze w ciągu zadeklarowanego w ofercie (30 min),

– czasu rozpoczęcia pracy na utrzymywanym odcinku drogi od wezwania przez Inspektora lub po ustaniu opadów śniegu bądź po uzyskaniu informacji o wystąpieniu śliskości,

– przedstawienie modelu utrzymywania chodników i ścieżek rowerowych na utrzymywanych odcinkach drogi w czasie prowadzenia prac zud,

– wskazanie sposobu składowania materiałów do zud (środki chemiczne głównie chlorek sodu w stanie luźnym (niezbrylający się) musi być składowany w magazynach zamkniętych

26

**Sygn. akt: KIO 1901/16 KIO 1903/16
KIO 1904/16**

w przyzmacz o wysokości 2,5 m, szerokości od 9-12 m przy długości zależnej od długości magazynu natomiast materiały uszorstniające z dodatkiem środków chemicznych lub same materiały uszorstniające powinny być składowane w przyzmacz przykrytych plandeką),

– podanie najważniejszych składników cenotwórczych mających istotny wpływ na wartość zamówienia tj. wysokość stawki roboczogodziny, podstawowa praca sprzętu (m-g pracy samochodu, ładowarki, równiarki, pługa wirnikowego, it.) ceny materiałów, które zostaną użyte do wykonania zamówienia oraz koszty materiałów zgromadzonych do zabezpieczenia rezerwy miesięcznej,

– oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę (...) oraz pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, w rozbiciu na poszczególne elementy rozliczeniowe za 1 km / doba (gotowość do ZUD, zapobieganie śliskości, usuwanie śliskości, odśnieżanie 1-krotne, odśnieżanie).

Zamawiający 11 października 2016 r. przesłał drogą elektroniczną kopie odwołań pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu.

13 lub 14 października 2016 r. do Prezesa Izby wpłynęły w formie pisemnej następujące zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego:

– „Saferoad Grawil sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku Poddębicach – w sprawach o sygn. akt KIO 1901/16 i KIO 1903/16;

– Trans-Masz Przedsiębiorstwo Transportu i Maszyn Drogowych S. A. z siedzibą w Stargardzie Szczecińskim – w sprawie o sygn. akt KIO 1904/16

– Usługi Budowlano-Transportowe P. D., Dzwonowo – w sprawie o sygn. akt KIO 1904/16.

Powyższe przystąpienia zostały zgłoszone w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu (od przekazania kopii odwołania przez Zamawiającego) i wymogu przekazania jego kopii stronom danego postępowania, a także nie zgłoszono, co do nich opozycji.

Zamawiający nie uznał zarzutów żadnego z odwołań na posiedzeniu z udziałem Stron

**Sygn. akt: KIO 1901/16 KIO 1903/16
KIO 1904/16**

Ponieważ żadne z odwołań nie zawierało braków formalnych, a wpisy od nich zostały uiszczzone – podlegały rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby którekolwiek z odwołań podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Na posiedzeniu z udziałem Stron i Przystępujących nie zostały również złożone w tym zakresie odmienne wnioski.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego wszystkie odwołania zostały skierowane do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska, a Zamawiający wniósł o oddalenie wszystkich odwołań.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Uczestników (Odwołujących, Zamawiającego i Przystępujących) postępowania odwoławczego we wszystkich sprawach, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniach, zgłoszeniach przystąpień, piśmie Przystępującego Trans-Masz z 25 października 2016 r. a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołania zasługują na uwzględnienie w całości (KIO 1901/16 i KIO 1903/16) lub w części (KIO 1904/16), gdyż potwierdziły się zarzuty nieprawidłowego odrzucenia przez Zamawiającego ofert złożonych przez Odwołujących.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący legitymują się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożyli oferty, które są najkorzystniejsze lub drugie w kolejności według kryteriów oceny ofert. Jednocześnie objęte zarzutami odwołania naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp dotyczą odrzucenia ofert Odwołujących lub zaniechania odrzucenia wyżej sklasyfikowanych ofert, co naraża Odwołujących na szkodę, gdyż w przeciwnym razie mogliby liczyć na uzyskanie odpłatnego zamówienia publicznego.

**Sygn. akt: KIO 1901/16 KIO 1903/16
KIO 1904/16**

Izba zaznacza, że wszystkie sprawy zostały rozpoznane w granicach podniesionych w poszczególnych odwołaniach zarzutów. Z art. 192 ust. 7 pzp wynika bowiem, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że niezależnie od wskazania w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności) jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych uzasadniających jego wniesienie. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wypowiedziała się w tym przedmiocie. W szczególności w wyroku z 1 grudnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1633/09) Izba wskazała: *Zarzut protestu lub odwołania stanowi zatem wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego (arg. z art. 180 ust. 1 Pzp) oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie protestu. Z kolei w wyroku z 25 lipca 2013 r. (sygn. akt KIO 1653/13) Izba stwierdziła: O treści zarzutu decyduje przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, jak i przypisana im kwalifikacja prawna, szczególnie, że ta kwalifikacja prawna decyduje o uwzględnieniu żądania odwołania. Przy*

czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale przede wszystkim jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy wnoszącego odwołanie {zob. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 25 maja 2012 r. (sygn. akt XII Ga 92/12)}, dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia, którego dotyczy odwołanie.

W okolicznościach rozstrzyganej sprawy należy również przypomnieć, że zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 pzp niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający zawiadamia jednocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Norma ta ma znaczenie również w kontekście powyżej omówionej reguły wynikającej z art. 192 ust. 7 pzp, zgodnie z którą Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Skład orzekający Izby podziela pogląd, że nałożony na zamawiającego obowiązek informacyjny podania uzasadnienia faktycznego i prawnego podjętej decyzji stanowi przejaw praktycznej realizacji wyrażonej w art. 8 ust. 1 pzp zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia oraz sformułowanej w art. 7 ust. 1 pzp ustawy zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Biorąc pod uwagę te fundamentalne

29

**Sygn. akt: KIO 1901/16 KIO 1903/16
KIO 1904/16**

zasady za niedopuszczalne uznać należy, aby wykonawca, który chce zakwestionować zasadność podjętej wobec niego czynności, samodzielnie musiał domniemywać rzeczywistych przyczyn, które legły u podjęcia zakomunikowanej mu decyzji, wykraczając poza treść otrzymanego uzasadnienia. Z normy wyrażonej w art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 pzp wynika, że zamawiający ma obowiązek podać wykonawcom uzasadnienie faktyczne podejmowanej czynności w taki sposób, aby zagwarantować im możliwość skutecznej weryfikacji jej prawidłowości. Na konieczność podania pełnego i rzeczywistego uzasadnienia podjętej przez zamawiającego decyzji warunkującej dalszy udział wykonawcy w postępowaniu zwróciła także Izba między innymi w uzasadnieniach wyroków wydanych: 17 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1653/11), 19 września 2011 r. (sygn. akt KIO 1934/11) czy 5 grudnia 2011 r. (sygn. akt KIO 2503/11). Ma to zasadnicze znaczenie, gdyż, jak to już powyżej wskazano, niezależnie od wskazanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętej czynności lub zaniechania czynności) jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych uzasadniających jego wniesienie. Reasumując, z rozpatrywanych łącznie norm art. 93 ust. 3 pkt 2 i art. 192 ust. 7 pzp wynika, że w razie wniesienia odwołania na decyzję zamawiającego o odrzuceniu oferty wykonawcy, kognicja Izby ogranicza się do zbadania jej zasadności w kontekście podanych temu wykonawcy w zawiadomieniu powodów faktycznych i prawnych jej podjęcia.

Izba ustaliła, co następuje:

Wszystkie okoliczności faktyczne dotyczące treści s.i.w.z., w tym OPZ i SST, treści pism kierowanych przez Zamawiającego i Odwołujących przedstawiają się tak, jak to opisano i zacytowano w odwołaniach, jeżeli poniżej nie wskazano inaczej.

Zaberd złożył ofertę w zadaniach nr 4, 6, 7, 8, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 22, 23 i 24 i we wszystkich zostało wezwane przez Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 pzp do złożenia wyjaśnień. Przy analogicznej treści wyjaśnień Zamawiający uznał je za wystarczające i przekonujące, aby nie odrzucić oferty Zaberdu w zadaniach nr 4, 6, 7, 8, 13, 14, 15, 22 i 23, przy czym w częściach nr 4, 6, 7 i 14 została ona wybrana jako najkorzystniejsza.

Konsorcjum Maldrobud złożyło ofertę w zadaniach nr 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 19, 20, 21, 22, 23 i 24, w 10 spośród nich (z wyjątkiem zadań nr 12, 13 i 14) zostało wezwane przez Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 pzp do wyjaśnień. Przy analogicznej treści wyjaśnień Zamawiający zaakceptował je dla zadań nr 9, 10, 11, 15, 22, 23 i 24, a w zadaniach nr 15, 22, 23 i 24 oferta Konsorcjum Maldrobud została wybrana jako najkorzystniejsza.

30

**Sygn. akt: KIO 1901/16 KIO 1903/16
KIO 1904/16**

ZUT J. B. samodzielnie złożył ofertę w zadaniach nr 17 i 18, w obu był wezwany do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 pzp przez Zamawiającego, Jednocześnie ZUT wspólnie z Pol-Dróg złożyli ofertę w zadaniach nr 4 i 16, w których zostali wezwani do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 pzp. Przy zbliżonej treści wyjaśnień składanych w odniesieniu do każdego z tych zadań, Zamawiający uznał je za niewystarczające w odniesieniu do zadań nr 16, 17 i 18 i odrzucił oferty konsorcjum ZUT i Pol-Dróg lub ZUT, natomiast w odniesieniu do zadania 4 Zamawiający przyjął je i sklasyfikował ofertę konsorcjum ZUT i Pol-dróg na 2 miejscu, tuż za wybraną ofertą Zaberdu. Ponadto Pol-dróg złożył samodzielnie ofertę na zadania nr 9, 10, 11, 18, 19 i 20, z wyjątkiem zadania nr 9 był w nich wzywany do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 pzp. Po złożeniu analogicznych wyjaśnień zostały one uznane za niewystarczające w odniesieniu do zadań nr 19 i 20, natomiast dla pozostałych zadań przekonały one Zamawiającego, który w zadaniach nr 10 i 12 wybrał ofertę Pol-Dróg jako najkorzystniejszą. Przy czym wyjaśnienia złożone przez Pol-Dróg działający samodzielnie nie odbiegały na korzyść od treści wyjaśnień złożonych przez ZUT J. B. w odniesieniu do zadań, w których samodzielnie złożył ofertę.

Analogiczna treść wyjaśnień odnosi się do treści ogólnej części wyjaśnień, układu i sposobu wypełnienia części szczególnej, co nie oznacza, że w załącznikach do wyjaśnień rażąco niskiej ceny sporządzonych odrębnie dla każdego zadania Wykonawcy wskazywali identyczne dla każdego zadania stawki.

We wszystkich przypadkach kierowane przez Zamawiającego wezwania były sformułowane analogicznie {jak to przywołano lub zacytowano powyżej adekwatnie w odwołaniach}, opierały się wyłącznie o odbieganie o co najmniej 30% cen ofert od wartości zamówienia, a nie od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert. W szczególności w odniesieniu do ostatniego pkt wezwania, które *stricte* odnosiło się do otwartego katalogu rodzaju okoliczności, które wymieniono w art. 90 ust. 1 pzp, z treści wezwań wynikało, że Zamawiający oczekuje podania najważniejszych składników cenotwórczych, które wymienił, uwzględniających te okoliczności, według załączonego formularza, który należało wypełnić zgodnie z jego opisem.

Zamawiający uzasadnił odrzucenie ofert Odwołujących w analogiczny sposób:
*...Wykonawca (...) w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego (...) złożył wyjaśnienia, którymi nie udowodnił, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wykonawca złożył tożsame wyjaśnienia na [:] 13 części [Zaberd] 2 części [ZUT] 10 części [Konsorcjum Maldrobud] na, które złożył oferty w prowadzonym postępowaniu.
Na poparcie swej wiarygodności skupił się na analizie wskaźników swoich cen ofertowych w stosunku do innych ofert Wykonawców biorących udział w postępowaniu. [Zaberd]*

31

**Sygn. akt: KIO 1901/16 KIO 1903/16
KIO 1904/16**

*To raczej {słowo „raczej” pojawia w niektórych uzasadnieniach} dowodzi uniwersalności prezentowanych tez (skoro mogą być one użyte w innych częściach), niż przemawia za przedstawieniem szczególnie korzystnych warunków dostępnych jedynie Wykonawcy dla części 16 [Zaberd] 17, 18 [ZUT] 19, 20, 27 [Konsorcjum Maldrobud]
Tym bardziej, że należało wziąć pod uwagę różnice terytorialno-klimatyczne występujące pomiędzy Rejonami. [Zaberd]*

Przedstawione wyjaśnienia winny być nie tylko konkretne przekonujące, ale również w sytuacji, gdy same wyjaśnienia nie są wystarczające – poparte stosownymi dowodami. Wykonawca nie przedstawił innych dowodów potwierdzających jego tezy takie jak: wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia nie dostępne dla innych wykonawców dla części 17 [i] 18. [ZUT]

Wykonawca w wyjaśnieniach w poz. Lp 5 załącznika nr 2 nie wskazał wysokość stawki roboczogodziny dla poszczególnych pracowników i nie przedstawił kwoty jakie przyjął jako koszt personelu biorącego udział w wykonaniu zamówienia w ciągu 24 godzin odpowiednio dla części 16. Wysokość stawki roboczogodziny jest podstawą do wyliczenia ceny jednostkowej dla wykonania usługi. Po analizie pozostałych przedstawionych stawek

i wycień zgodnie z OPZ i SST Wykonawca powinien przyjąć dużo większe stawki aby wykonać prawidłowo zamówienie bez ryzyka poniesienia strat. [Zaberd] Wykonawca w wyjaśnieniach nie wskazał wysokość stawki roboczogodziny dla poszczególnych pracowników tylko przedstawił kwoty jakie przyjął jako koszt personelu biorącego udział w wykonaniu zamówienia w ciągu 24 godzin dla części 17 [i] 18 [ZUT J. B.] 19 [,] 20 [i] 21 [Konsorcjum Maldrobud]. Do analizy przyjęto minimalną stawkę roboczogodziny dla wszystkich pracowników biorących udział w zamówieniu i wyliczono zgodnie z OPZ i SST, że Wykonawca powinien przyjąć dużo większe stawki aby wykonać prawidłowo zamówienie bez ryzyka poniesienia strat. [ZUT, Konsorcjum Malrobud] Wykonawca w wyjaśnieniach przedstawił kwoty jakie przyjął jako koszt materiału, które należy zużyć do wykonania zamówienia w ciągu 24 godzin odpowiednio dla części 16 [Zaberd] 17 [i] 18 [ZUT] 19 [,] 20 [i] 21 [Konsorcjum Maldrobud]. Po analizie przedstawionych stawek i wycień zgodnie z OPZ i SST oraz średnią ilością wyjazdów w Rejonie Szczecinek [Zaberd, ZUT] Rejonie Wałcz [Konsorcjum Maldrobud] z 5 lat (średnio 3 wyjazdy) Wykonawca powinien przyjąć dużo większe stawki aby wykonać prawidłowo zamówienie bez ryzyka poniesienia strat. Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny swojej oferty zobowiązany jest do złożenia wyjaśnień szczegółowych, odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że cena złożonej przez niego oferty nie jest rażąco niska. Wyjaśnienia Wykonawcy powinny być

32

**Sygn. akt: KIO 1901/16 KIO 1903/16
KIO 1904/16**

szczegółowe i powinny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia.

Za ofertę z rażąco niską ceną uznaje się ofertę niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, tj. cenę wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia.

Zamawiający po przeanalizowaniu wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę uznał wyjaśnienia za niewystarczające. W związku z powyższym oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 pzp, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U, Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Według normy zawartej w art. 90 ust. 2 pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

Art. 90 ust. 3 pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z kolei zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ponadto na mocy art. 190 ust. 1a pkt 1 pzp ciężar dowodu,

że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

W pierwszej kolejności należy rozważyć co oznacza „rażąco niska cena”. Jak trafnie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 28 kwietnia 2008 r. (sygn. akt XIX

**Sygn. akt: KIO 1901/16 KIO 1903/16
KIO 1904/16**

Ga 128/08) przepisy ustawy pzp nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przy braku takiej legalnej definicji „rażąco niskiej ceny” orzecznictwo sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej orzecznictwo arbitrażowe, wypracowało pewne cząstkowe lub opisowe rozumienie tego pojęcia. I tak w wyroku Izby z 28 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 592/13) zauważono, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Ponadto w wyroku z 4 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1562/11) wskazano, że cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy, bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W podsumowaniu stwierdzono, że cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Podobnie według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt XIX Ga 3/07) o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 88/09) wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych.

**Sygn. akt: KIO 1901/16 KIO 1903/16
KIO 1904/16**

Ponadto w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącej ceny rażąco niskiej (opublikowanej w serwisie internetowym UZP) zbieżnie z powyższym wskazano, m.in., że ustawa pzp wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny, nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej.

Pomimo generalnej adekwatności powyższych definicji, występowanie w nich, po pierwsze – nieostrych terminów definiujących (takich jak „nierealistyczność”, „niewiarygodność”, „nieadekwatność”, „znaczące odbieganie” etc.), po drugie – terminów

niewyraźnych (takich jak „nieopłacalność”, „koszt wytworzenia”, „rentowność na zadaniu”), powoduje, że mają one ograniczoną przydatność przy rozstrzygnięciu konkretnych przypadków wystąpienia rażąco niskiej ceny. W szczególności powyższe definicje nie wyjaśniają, jakiego rodzaju koszty przedsiębiorstwa ma pokrywać cena ofertowa ani nie wskazują do jakich wskaźników lub progów rentowności postulat opłacalności ceny się odnosi (np. w jakim stopniu zaoferowana cena ma wpływać na wynik finansowy całej jednostki lub jej inne wskaźniki ekonomiczne, chociażby wskaźniki płynności finansowej). Wydaje się, że co do zasady rażąco niską będzie cena niepokrywająca średniego jednostkowego kosztu zmiennego wykonania, czyli pogarszająca wynik finansowy przedsiębiorstwa. Nie ma normatywnych podstaw do traktowania przepisów ustawy pzp związanych z badaniem ceny oferty jako instrumentu służącego z jednej strony kompleksowej weryfikacji kondycji ekonomicznej wykonawcy, a z drugiej zabezpieczeniu zamawiającego przed niewykonaniem zamówienia z powodu jego nieopłacalności dla wykonawcy. Powyższe instytucja rażąco niskiej ceny zabezpiecz jedynie pośrednio oraz tylko na poziomie kosztów wykonawcy związanych bezpośrednio z wykonaniem danego zamówienia, a na dodatek górną granicę możliwości ich badania ogranicza rynkowa wartość przedmiotu zamówienia. Zawsze konieczne jest bowiem, aby cena oferty była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a dokładniej – jak wynika z przywołanych powyżej wypowiedzi orzecznictwa i opinii UZP – jego wartości rynkowej. W konsekwencji wartość rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady kosztowe, ustalana przez porównanie cen występujących

**Sygn. akt: KIO 1901/16 KIO 1903/16
KIO 1904/16**

w danej branży dla określonego asortymentu, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej.

Podstawą i powodem wszczęcia procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 90 ust. 1 pzp, jest uznanie przez zamawiającego, że dana cena ofertowa jest znacznie niższa niż wartość przedmiotu zamówienia. Wystąpienie określonych faktów, czy powzięcie informacji wskazujących na możliwość ziszczenia się przesłanki odrzucenia oferty opisanej w art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp, prowadzi po stronie zamawiającego do obowiązku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. W konsekwencji po stronie wykonawcy powstaje obowiązek przedstawienia wyjaśnień, sankcjonowany w art. 90 ust. 3 pzp, ustanawiającym samodzielną przesłankę odrzucenia oferty. Zaznaczyć przy tym należy, że zastosowanie tej przesłanki ogranicza się do sytuacji braku udzielenia jakiegokolwiek odpowiedzi na wezwanie, względnie polegającej wyłącznie na kwestionowaniu wezwania. Natomiast złożenie wyjaśnień lakonicznych, niewystarczających merytorycznie czy z innych powodów niesatysfakcjonujących zamawiającego stanowi zakres zastosowania przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp, jeżeli rzeczywiście zaniżenie ceny ofertowej w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia zaistniało.

Skoro według z art. 180 ust. 1 pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od czynności lub zaniechań zamawiającego, dokonując oceny czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty wykonawcy, który udzielił wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na jej cenę, Izba zobligowana jest do zbadania, czy wyjaśnienia takie pozwalają na akceptację ceny oferty, zgodnie z kryteriami przykładowo wskazanymi w art. 90 ust. 1 pzp. W ramach postępowania odwoławczego oceniana jest bowiem prawidłowość czynności zamawiającego, podjęta w oparciu o informacje, które zgodnie z przepisami ustawy pzp mógł i powinien uzyskać. Instytucja wyjaśnień, o której mowa w art. 90 pzp, została przewidziana właśnie po to, aby wykonawca podał zamawiającemu stosowne informacje na temat własnych kalkulacji, cech i uwarunkowań etc., dowodzące możliwości zaoferowania cen obniżonej w stosunku do wartości zamówienia, a zamawiający mógł te informacje ocenić i na ich podstawie podjąć decyzję, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Zamawiający zazwyczaj nie ma innej możliwości uzyskania informacji na temat kalkulacji cenowej wykonawcy oraz indywidualnie dostępnych mu okoliczności, które ją umożliwiły. Należy podkreślić,

że nawet przed obarczeniem wykonawcy wezwanego w trybie art. 90 ust. 1 pzp obowiązkiem uregulowanym aktualnie wprost w art. 90 ust. 2 pzp, wskazywano w orzecznictwie, że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest

**Sygn. akt: KIO 1901/16 KIO 1903/16
KIO 1904/16**

{por. uzasadnienia wyroków Sądu Okręgowego w Warszawie wydane: 5 stycznia 2007 r. (sygn. akt V Ca 2214/06), 13 lutego 2014 r. (sygn. akt V Ca 3765/13), który dotyczył wyroku lzby z 22 października 2013 r. (sygn. akt KIO 2354/13), oraz 17 lutego 2014 r. (sygn. akt V Ca 3547/13), który dotyczył wyroku lzby z 7 października 2013 r. (sygn. akt: KIO 2216/13, KIO 2221/13)}. Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 8 czerwca 2006 r. (sygn. akt V Ca 459/06) wskazał ponadto, że postępowanie wyjaśniające ma utwierdzić zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie. Jeśli lektura wyjaśnień pozostawia istotne wątpliwości, co do tego, że wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie jest możliwe, zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty. W aktualnym stanie prawnym w art. 90 ust. 2 pzp wprost wskazano, że na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że cena oferty nie jest rażąco niska.

Reasumując, zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp jako przesłanki odrzucenia oferty uwarunkowane jest oceną całokształtu okoliczności sprawy związanych zarówno z ustaleniem wartości samego zamówienia, jak też wiarygodnością i rzeczowością wyjaśnień wykonawcy w przedmiocie jego indywidualnych możliwości i okoliczności zaofiarowania ceny obniżonej w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia.

W drugiej kolejności lzba uznała za celowe rozważenie ciężaru dowodu w przypadku zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny w kontekście granic kognicji lzby, a więc relacji przepisów art. 190 ust. 1 i 1a oraz art. 192 ust. 7 pzp.

Według art. 190 ust. 1 pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, przy czym dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej można przedstawiać do zamknięcia rozprawy. Jednakże zgodnie z art. 190 ust. 1a pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego (pkt 1), a jeżeli nie jest – na zamawiającym (pkt 2). Zdaniem składu orzekającego lzby powyższa regulacja wprowadzająca szczególnie rozkładu ciężaru dowodu w toku postępowania odwoławczego w odniesieniu do rażąco niskiej ceny oferty, musi być odczytywana w powiązaniu z poprzedzającym art. 190 ust. 1 pzp, a także z uwzględnieniem normy art. 192 ust. 7 pzp, o której była mowa powyżej. W konsekwencji o ile dowody na mocy art. 190 ust. 1 pzp odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez lzbe z uwagi na art. 192 ust. 7 pzp. Należy zatem rozgraniczyć okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki

**Sygn. akt: KIO 1901/16 KIO 1903/16
KIO 1904/16**

prawne, od dowodów na ich poparcie. Wprowadzony w art. 190 ust. 1a pzp szczególnie rozkład ciężaru dowodu w odniesieniu do rażąco niskiej ceny oferty nie zmienia reguły, że w pierw muszą zaistnieć w postępowaniu odwoławczym fakty, z których wywodzone są skutki prawne. Stąd odwołanie, które inicjuje takie postępowanie odwoławcze, musi zawierać okoliczności uzasadniające zarzucenie zamawiającemu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 lub art. 90 ust. 3 ustawy pzp. Przy czym nie może się to sprowadzać do samego twierdzenia, że cena oferty jest rażąco niska, czy też twierdzenia, że ocena wyjaśnień powinna prowadzić do takiej oceny, gdyż należy skonkretyzować okoliczności faktyczne, które w danej sprawie pozwalają na wyprowadzenie takiego wniosku.

Niewątpliwie podnoszenie takich okoliczności jest istotnie utrudnione w odniesieniu do wyjaśnień, które zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Z jednej strony nie można obarczać skarżącego obowiązkiem konkretyzacji zastrzeżeń w stosunku

do utajionych wyjaśnień, których treść nie jest mu znana. Z drugiej strony zarzut nieprawidłowej oceny przez zamawiającego wyjaśnień nie może sprowadzać się do ogólnikowych twierdzeń, że nie mogły one być wystarczające dla uzasadnienia ceny wskazanej w ofercie. Odwołujący, jeżeli chce mieć szansę na uwzględnienie odwołania, powinien sprecyzować, jakimi konkretnie wadami mogą być obarczone wyjaśnienia, w taki sposób, aby można było zweryfikować, czy takie fakty zaistniały, czy też nie, a nie tylko odsyłać do brzmienia i wykładni przepisów ustawy pzp dotyczących problematyki rażąco niskiej ceny. Przede wszystkim dla wykonawcy składającego ofertę w tym samym postępowaniu, który sam musiał skalkulować jej cenę, nie powinno następczo trudności zidentyfikowanie potencjalnych obszarów, gdzie kalkulacja konkurenta może być nierealistyczna i niewiarygodna, a dowody na jej poparcie niewystarczające.

Izba zważyła, że w odniesieniu do zarzutów dotyczących dokonanych odrzuceń ofert Odwołujących podane przez Zamawiającego uzasadnienie sprowadza się głównie do zakwestionowania udzielonych wyjaśnień z uwagi na ich uniwersalność, która miałyby być nieadekwatna dla rejonów Wałcz i Szczecinek. Jak trafnie podniesiono w odwołaniach, Zamawiający ograniczył się przy tym do enigmatycznego powołania się na występowanie różnic terytorialno-klimatycznych pomiędzy rejonami, nie konkretyzując, co dokładnie ma na myśli i jakie miało to znaczenie dla zróżnicowanej oceny wyjaśnień, biorąc pod uwagę, że uprzednio przygotował analogiczne wzory TER-ów i wezwań dla wszystkich zadań, niezależnie od tego, którego rejonu dotyczyły.

Dopiero ma rozprawie Zamawiający sprecyzował, że chodziło mu o specyfikę wynikającą z „Wytycznych zimowego utrzymania dróg”, stanowiących załącznik do zarządzenia nr 53 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 13

**Sygn. akt: KIO 1901/16 KIO 1903/16
KIO 1904/16**

października 2015 r., a konkretnie o załącznik nr 4 do tych wytycznych, którym jest „Mapa stref rozpoczęcia sezonu zimowego w Polsce. Wynika z niej, co było niesporne, że części zamówienia, w których wybrane lub nieodrzucone zostały oferty Odwołujących, dotyczą rejonów położonych w strefie odpowiednio VI lub V, w których średnia długość sezonu zimowego wynosi średnio odpowiednio 32 (średnio od 1 stycznia do 22 lutego) i 55 dni (średnio od 22 grudnia do 23 lutego). Natomiast części zamówienia, w których oferty Odwołujących zostały odrzucone dotyczą rejonów Wałcz lub Szczecinek, znajdujących się w strefie IV, w której sezon zimowy trwa średnio 70 dni (średnio od 13 grudnia do 3 marca).

Oprócz tego Zamawiający złożył zestawienie średniej liczby wyjazdów zaliczanych do zwalczania śliskości w sezonach od 2010/2011 do 2015/2016, z którego wynika, że średnia liczba wyjazdów przypadających na dzień w okresie występowania śliskości wyciągnięta z sezonów wskazanych w tabelach wynosi dla poszczególnych rejonów: Lipiany – 1,43, Stargard – 2,02, Szczecin – 1,53, Szczecinek – od 2,47 do 2,59 (w zależności od zadania), Wałcz – od 2,72 do 3,11 (w zależności od zadania). Nie w pełni zatem znajduje potwierdzenie okoliczność wskazywana uprzednio przez Zamawiającego, że zadania w każdym z tych dwóch rejonów cechowały się w ostatnich 5 latach częstotliwością 3 wyjazdów. W tym przypadku Izba uznała za istotną okoliczność, że skoro Zamawiający dysponował konkretnymi danymi, na których chciał oprzeć czynności w prowadzonym postępowaniu, winien w pierw zwrócić je w ramach opisu przedmiotu zamówienia w ostateczności wskazać wykonawcom w wezwaniu do wyjaśnień, a nie dopiero podnosić na niekorzyść wykonawców w ramach oceny tych wyjaśnień.

Przede wszystkim do zamknięcia rozprawy Zamawiający, poza powyższymi informacjami, które mogłyby być uznane tylko z punktu wyjścia do wykazania czegokolwiek, nie przedstawił analizy stawek i wycień wykonanej zgodnie z OPZ i SST, na której podstawie wyciągnął wniosek, że Odwołujący powinni byli przyjąć w odniesieniu do zarówno robocizny, jak i materiałów znacznie wyższe stawki, aby wykonać zamówienie bez ryzyka poniesienia strat. Stąd zdaniem Izby Zamawiający nawet na rozprawie nie wykazał, że podnoszone przez niego różnice w specyfice rejonów uzasadniały odmienną ocenę analogicznych wyjaśnień złożonych przez Odwołujących. Z uwagi na ogólnikowość argumentacji Zamawiającego i brak przedstawienia jakichkolwiek wycień, na których przeprowadzenie wskazywała treść uzasadnienia przekazanego Odwołującym, nie sposób

stwierdzić, czy i w jaki sposób rzutowało to na przekroczenie kosztów realizacji zamówienia akurat w tych zadaniach, w których oferty Odwołujących zostały odrzucone, w stosunku do innych zadań, w których ich oferty (ewentualnie składane w konsorcjum) lub oferty innych wykonawców o zbliżonym poziomie cenowym i podobnym zakresie wyjaśnień, nie zostały

39

**Sygn. akt: KIO 1901/16 KIO 1903/16
KIO 1904/16**

odrzucone.

Odwołujący ZUT wykazał natomiast, że każda z 18 osób, którą przewidział do pełnienia poszczególnych funkcji przy realizacji zamówienia jest przez niego zatrudniana na poszczególnych stanowiskach na podstawie umowy o pracę. Umowy o pracę wraz z aneksami złożono, co prawda na rozprawie, ale okoliczność ta była uprzednio wskazywana w wyjaśnieniach i nie została zakwestionowana w uzasadnieniu odrzucenia.

Odwołujący ZUT wykazał również, że jako podwykonawca Pol-Dróg Gdańsk sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku w latach 2013- 2016 (trzy sezony zimowe) należycie wykonywał zimowe utrzymanie dróg w ramach dwóch zadań w rejonie Szczecinka {poświadczenia z 7 czerwca 2016 r. wystawione przez Pol-Dróg}, przy czym stosowane wówczas stawki były niższe od tych, na których została oparta kalkulacja oferty złożonej w aktualnie prowadzonym postępowaniu {vide zestawienie zamieszczone w odwołaniu, które nie było kwestionowane przez Zamawiającego}. Również na tę okoliczność ZUT powoływał się w wyjaśnieniach złożonych uprzednio Zamawiającemu, który w żaden sposób nie odniósł się do niej krytycznie w uzasadnieniu odrzucenia.

Izba zważyła, że nowe okoliczności podnoszone przez Zamawiającego na rozprawie nie zostały uprzednio zakomunikowane jako uzasadnienie decyzji o odrzuceniu ofert Odwołujących, co oznacza, że nie mogą być brane pod uwagę w ramach badania przez Izbę prawidłowości tych czynności. Zamawiający nie wskazywał na zbyt małą liczebność zespołu osób przyjętą do wykonania zamówienia z uwagi na opisany w s.i.w.z. sposób wynagradzania za gotowość do ZUD, a jednocześnie w sprecyzowanym przez siebie wezwaniu nie żądał wprost jej podania, choć jeżeli była to dla niego istotna okoliczność mógł i powinien to uczynić. Co więcej, nowa argumentacja, jak również ogólnikowe zakwestionowanie w uzasadnieniu podanym uprzednio Wykonawcom stawek w odniesieniu do robocizny i materiałów, nie są przekonujące w zestawieniu z zachowaniem Zamawiającego, który dla innych części zamówienia uznał analogiczne wyjaśnienia za wystarczające, a tym samym za adekwatne wynikające z nich założenia przyjęte do kalkulacji.

Reasumując, skoro Zamawiający nie był w stanie skonkretyzować jak przekłada się wskazywana przez niego specyfika rejonów, w których odrzucił oferty Odwołujących, na kalkulację cen ofert, nie może się ostać decyzja o odrzuceniu ofert, gdyż byłoby to sprzeczne z naczelnymi zasadami równego traktowania wykonawców i przestrzegania uczciwej konkurencji, o których mowa w art. 7 ust. 1 pzp, gdyż Wykonawcy znajdujący się w analogicznej sytuacji zostali potraktowani odmiennie.

40

**Sygn. akt: KIO 1901/16 KIO 1903/16
KIO 1904/16**

Kierując się powyższymi zasadami, Izba uznała również za niezasadne zarzuty Odwołującego Konsorcjum Maldrobud dotyczące zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia ofert złożonych przez Trans-Masz i Pol-Dróg w częściach nr 9, 10, 11 i 12 zamówienia.

Przede wszystkim Izba wzięła pod uwagę, że sprecyzowane w odwołaniu okoliczności faktyczne nie pozwalają na wyprowadzenie opisanych tam wniosków prawnych. Ponieważ zarzuty dotyczą zaledwie pojedynczych czynności w ramach kompleksowej usługi, zupełnie nieadekwatne, a z pewnością niedowiedzione, jest twierdzenie przez Odwołującego, że zaniżenie stawek w tym zakresie, jeżeli nawet miało miejsce, istotnie przekłada się na rażące zaniżenie cen ofert za realizację całości zadania.

Z kolei Odwołujący nie może domagać się od Izby sprawdzenia, czy w utajionych wyjaśnieniach nie zostały zaniżone koszty pracy jako takie, skoro nieudostępnienia mu tych wyjaśnień nie uczynił przedmiotem zarzutu, a jednocześnie doskonale zna zakres informacji, których Zamawiający oczekiwał od wykonawców w wyjaśnieniach, co umożliwiło mu sprecyzowanie adekwatnego zarzutu.

Mając powyższe na uwadze, rozpatrując sprawy w granicach zarzutów zawartych w odwołaniach i działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy pzp Izba:
– uwzględniła odwołania w sprawach o sygn. akt KIO 1901/16 i KIO 1903/16, a w sprawie o sygn. akt KIO 1904/16 w odniesieniu do zadań nr 19,20 i 21, gdyż Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 pzp, co miało wpływ na wynik postępowania w tych częściach, orzekając, jak w pkt 1, 2 i 3 zd. 1. sentencji;
– uznała za niezasadne zarzuty odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1904/16, orzekając, jak w pkt 3 zd. 2. sentencji;

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku w poszczególnych sprawach, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp, zaliczając w pierwszej kolejności do tych kosztów uiszczone przez Odwołujących wpisy – zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). W sprawach o sygn. akt KIO 1901/16 i KIO 1903/16 kosztami postępowania odwoławczego w całości obciążono Zamawiającego, od którego – zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia – zasądzono na rzecz Odwołujących Zaberd i ZUT poniesione przez nich koszty z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie przedłożonych do zamknięcia rozprawy

41

**Sygn. akt: KIO 1901/16 KIO 1903/16
KIO 1904/16**

rachunków. Natomiast w sprawie o sygn. akt KIO 1904/16 kosztami postępowania obciążono Zamawiającego i Odwołującego Konsorcjum Maldrobud stosownie do liczby części zamówienia, w których dana strona wygrała spór, tj. 4/7 wpisu obciążono Odwołującego, a 3/7 wpisu – Zamawiającego, jednocześnie w takiej samej proporcji obciążając ich uzasadnionymi kosztami strony przeciwnej w postaci wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów stawienia się na wyznaczone przez Izbę posiedzenie, na podstawie rachunków złożonych do zamknięcia rozprawy – zgodnie z § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2 lit. a oraz b rozporządzenia.

Przewodniczący:

42