Sygn. akt KIO 272/17
Sygn. akt KIO 273/17

WYROK
z dnia 7 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś
Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 23 lutego i 2 marca 2017 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lutego 2017 r. przez:
A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielanie zamówienia: **1. M.A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą A.M. „DROMET", ul. Korfantego 15, 44-335 Jastrzębie-Zdrój; 2. Sz.A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą A.Sz. „DROMET III", ul. Korfantego 15, 44-335 Jastrzębie-Zdrój** (sygn. akt KIO 272/17)
B. wykonawcę: **Ł.A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą A.Ł. Firma Handlowo-Usługowa DROMET II, ul. Korfantego 15, 44-335 Jastrzębie-Zdrój** (sygn. akt KIO 273/17)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:
Miasto Jastrzębie-Zdrój, Al. J. Piłsudskiego 60, 44-335 Jastrzębie-Zdrój

przy udziale wykonawców:
1. MASBUD PLUS Sp. z o.o., ul. Wielkopolska 42F, 44-335 Jastrzębie-Zdrój
2. Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowo-Produkcyjne „EKOSYSTEM" Sp. z o.o., ul. Kosów 24a, 44-217 Rybnik
(sygn. akt KIO 272/17);
3. Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowo-Produkcyjne „EKOSYSTEM" Sp. z o.o., ul. Kosów 24a, 44-217 Rybnik (sygn. akt KIO 273/17)

– zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

---

orzeka:

1. oddala odwołania;
2. kosztami postępowania obciąża: **A.** wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielanie zamówienia: 1. M.A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą A.M. „DROMET", ul. Korfantego 15, 44-335 Jastrzębie-Zdrój; 2. Sz.A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą A.Sz. „DROMET III", ul. Korfantego 15, 44-335 Jastrzębie-Zdrój (sygn. akt KIO 272/17); **B.** wykonawcę: Ł.A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą A.Ł. Firma Handlowo-Usługowa DROMET II, ul. Korfantego 15, 44-335 Jastrzębie-Zdrój (sygn. akt KIO 273/17), i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez: **A.** wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielanie zamówienia: 1. M.A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą A.M. „DROMET", ul. Korfantego 15, 44-335 Jastrzębie-Zdrój; 2. Sz.A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą A.Sz. „DROMET III", ul. Korfantego 15, 44-335 Jastrzębie-Zdrój (sygn. akt KIO 272/17) w kwocie **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy); **B.** wykonawcę: Ł.A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą A.Ł. Firma Handlowo-Usługowa DROMET II, ul. Korfantego 15, 44-335 Jastrzębie-Zdrój (sygn. akt KIO 273/17) w kwocie **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)
– tytułem wpisów od odwołań.

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

Sygn. akt KIO 273/17

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Jastrzębie-Zdrój – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Utrzymanie letnie i zimowe miasta”* znak sprawy: GK.271.7.2016, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, w brzmieniu obowiązującym od dnia 28 lipca 2016 r., zwanej dalej „ustawa Pzp” lub „ustawa”.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota określona w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. U.E. z dnia 22 października 2016 r., nr UE 2016/S 205-370816.

Zamawiający podzielił zamówienie na 17 części, oznaczonych nr I-XVII, z których każda obejmuje tereny określone kwartałami z taką samą numeracją jak części. W uzasadnieniu stosowane są oznaczenia: części (kwartały) i każde z tych oznaczeń odrębnie.

Sygn. akt KIO 272/17

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielanie zamówienia: 1. M.A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą A.M. „DROMET”; 2. Sz.A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą A.Sz. „DROMET III”, z siedzibami w Jastrzębie-Zdrój, składający ofertę jako wspólnicy spółki cywilnej – wnieśli odwołanie w zakresie części I, II i VIII, od niezgodnych z prawem czynności i zaniechania czynności przez Zamawiającego, polegających na:

Kwartał I, II, VIII

1) odrzuceniu oferty Odwołującego na skutek bezpodstawnego przyjęcia, że Odwołujący nie udzielił wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny w zakresie utrzymania zimowego jako elementu składowego całości zaoferowanej ceny w zakresie kosztów pracy, kosztów sprzętu oraz kosztów zakupu materiałów, pomimo że Odwołujący złożył obszerne i wyczerpujące wyjaśnienia na ten temat wraz ze złożeniem dowodów potwierdzających wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków

wykonywania zamówienia dostępnych dla Odwołującego, kosztów pracy i sprzętu, a także kosztów materiałów, pomocy publicznej;

2) subiektywnej ocenie wyjaśnień Odwołującego złożonych w zakresie rażąco niskiej ceny oferty w pozostałym zakresie złożonych wyjaśnień i dowodów;
3) odrzuceniu oferty Odwołującego na skutek bezpodstawnego przyjęcia, że treść oferty nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), pomimo że oferta spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego stawiane w SIWZ;
4) ocenie ofert w sposób naruszający zasady równego traktowania wykonawców,
5) wyborze ofert: Przedsiębiorstwa Handlowo-Usługowo-Produkcyjnego „EKOSYSTEM” Sp. z o.o. kwartał I, Zakład Robót Drogowych „DROGOWIEC” S.M. kwartał II, MASBUD PLUS Sp. z o.o. kwartał VIII jako najkorzystniejszych, niezgodnie z ustawą Pzp;

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1) art. 7 ust. 1 i 3 przez niezachowanie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z art. 90 ust. 3 przez odrzucenie oferty Odwołującego na skutek bezpodstawnego przyjęcia, że Odwołujący nie udzielił wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny w zakresie utrzymania zimowego jako elementu składowego całości zaoferowanej ceny w zakresie kosztów pracy, kosztów sprzętu oraz kosztów zakupu materiałów, pomimo że Odwołujący złożył obszerne i wyczerpujące wyjaśnienia na ten temat wraz ze złożeniem dowodów potwierdzających wyliczenia ceny, w szczególności w

zakresie oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla Odwołującego, kosztów pracy i sprzętu, a także kosztów materiałów, pomocy publicznej;
2) art. 7 ust. 1 w związku z art. 90 ust. 3 przez subiektywną ocenę wyjaśnień Odwołującego złożonych w zakresie rażąco niskiej ceny oferty w pozostałam zakresie złożonych wyjaśnień i dowodów;
3) art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 29 ust. 1 pkt 3a przez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że wyjaśnienia Odwołującego wskazywały na zatrudnienie osób przewidzianych do realizacji części kontraktu zgodnie z SIWZ;
4) art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 przez odrzucenie oferty Odwołującego i bezprawne uznanie, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ;
5) art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 8 i w związku z art. 26 ust. 3a przez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia pełnomocnictwa dla osoby reprezentującej podmiot w zakresie przedłużenia terminu związania ofertą – z uwagi na 4

---

przedłożenie ww. dokumentu podpisanego przez jednego wspólnika spółki cywilnej, odrzucenie oferty Odwołującego z ww. powodu (dot. części I, II, VIII – kwartał nr I, II, VIII);
6) art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 3 przez niezgodne z ustawą dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej;

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:
1) unieważnienia wyboru ofert: Przedsiębiorstwa Handlowo-Usługowo-Produkcyjnego „EKOSYSTEM" Sp. z o.o. w części I (kwartał I); Zakładu Robót Drogowych „DROGOWIEC" S.M. w części II (kwartał II); MASBUD PLUS Sp. z o.o. w części VIII (kwartał VIII), jako najkorzystniejszych;
2) powtórzenia badania i oceny ofert;
3) wyboru ofert Odwołującego jako najkorzystniejszych w częściach I, II, VIII (kwartałach I, II, VIII);
4) zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego wg norm przypisanych w przypadku korzystania na rozprawie z profesjonalnego pełnomocnika

ewentualnie:
1) unieważnienia wyboru ofert Przedsiębiorstwa Handlowo-Usługowo-Produkcyjnego „EKOSYSTEM" Sp. z o.o. w części I (kwartał I); Zakładu Robót Drogowych „DROGOWIEC" S.M. w części II (kwartał II); MASBUD PLUS Sp. z o.o. w części VIII (kwartał VIII), jako ofert najkorzystniejszych;
2) powtórzenia badania i oceny ofert;
3) wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie elementów mających wpływ na wysokość wynagrodzenia wykonawcy w zakresie zimowego utrzymania;
4) z ostrożności procesowej wezwania Odwołującego do uzupełnienia brakujących oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 25a ust. 1 i 2 ustawy Pzp;
5) zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego wg norm przypisanych w przypadku korzystania na rozprawie z profesjonalnego pełnomocnika;

Odwołujący wskazał okoliczności w zakresie interesu w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp i zachowania terminu do wniesienie odwołania.

Uzasadnienie przedstawione przez Odwołującego.

I. Stan faktyczny.

Odwołujący złożył oferty na 3 części: I, II, VIII, spośród 17 części, na które podzielono zamówienie.

W części I oferty złożyli Wykonawcy: Odwołujący oraz Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowo-Produkcyjne „EKOSYSTEM" Sp. z o.o. W części II ofertę złożył Odwołujący oraz Zakład Robót Drogowych „DROGOWIEC" S.M.. W części VIII ofertę złożyło trzech Wykonawców: Odwołujący, Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowo-Produkcyjne „EKOSYSTEM" Sp. z o.o. oraz MASBUD PLUS Sp. z o.o.

Dowód: dokumentacja postępowania (m.in. ogłoszenie o zamówieniu, protokół

z otwarcia ofert – w aktach sprawy).

Zamawiający w dniu 22.12.2016 r. zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienie, ilu pracowników Wykonawca zamierzał zaangażować przy utrzymaniu letnim i zimowym danego kwartału (dot: wszystkich kwartałów, na które Odwołujący złożył ofertę: I, II i VIII. Wykonawca złożył wyjaśnienia pismami z dnia 29.12.2016 r. dot. każdego kwartału, na który złożył ofertę.

Dowód: wezwanie do złożenia wyjaśnień wraz z wyjaśnieniami Odwołującego – w aktach sprawy.

Pismami otrzymanymi w dniu 03.01.2017 r., Zamawiający zażądał złożenia wyjaśnień odnośnie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny w zakresie zimowego utrzymania.

Odwołujący złożył wyjaśnienia wraz dowodami potwierdzającymi wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla Odwołującego, kosztów pracy i sprzętu, a także kosztów materiałów, pomocy publicznej.

Odwołujący złożył wyjaśnienia w dwóch częściach: części A wraz z załącznikami do tej części – jako części jawnej, oraz w części B wraz z informacjami ujawnionymi w załącznikach do wyjaśnień w części B – zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa, w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wnosząc jednocześnie o ich nieudostępnianie.

Dowód: wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z wyjaśnieniami Odwołującego część jawna – A wraz z załącznikami oraz część B zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa wraz z zastrzeżonymi załącznikami do części B – w aktach sprawy.

W dniu 31.01.2017 r. Zamawiający drogą faksową poinformował Odwołującego o:
1) odrzuceniu oferty Odwołującego na część (kwartał) I i wyborze oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowo-Produkcyjne „EKOSYSTEM" Sp. z o.o.,

2) odrzuceniu oferty Odwołującego na część (kwartał) II i wyborze oferty złożonej przez Zakład Robót Drogowych „DROGOWIEC" S.M..

W dniu 09.02.2017 r. Zamawiający drogą mailową poinformował Odwołującego o:
1) odrzuceniu oferty Odwołującego na (część) kwartał VIII i wyborze oferty złożonej przez MASBUD PLUS Sp. z o.o.

Dowód: powiadomienia o wyniku postępowania – aktach sprawy.

Odwołujący złożył ofertę z cenami (brutto): część I – 2 002 217,54 zł; część II – 1 191 764,28 zł; część VIII – 2 294 265,50 zł, określonymi zgodnie z SIWZ.

Kwoty te zostały skalkulowane po przeprowadzeniu wizji lokalnej w terenie realizacji usługi przez upoważnionych pracowników Wykonawcy.

Odwołujący podkreślił, że w związku z informacją z otwarcia ofert zamieszczoną na stronie internetowej Zamawiającego, kwota zaproponowana przez Odwołującego w żadnej z części, tj. I, II i VIII nie jest niższa o co najmniej 30% od:
1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert;
2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, zgodnie z art. 90 ust. 1a ustawy Pzp.

Dowód: dokumentacja z otwarcia ofert – w aktach sprawy.

II. Zwięzłe uzasadnienie zarzutów dotyczących kwartału I, II, VIII.

1. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający bezpodstawnie przyjął, że Odwołujący nie udzielił wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny w zakresie utrzymania zimowego jako elementu składowego całości zaoferowanej ceny w zakresie kosztów pracy, kosztów sprzętu oraz kosztów zakupu materiałów, pomimo że Odwołujący złożył obszerne i wyczerpujące wyjaśnienia na ten temat wraz ze złożeniem dowodów potwierdzających wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo dla sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych

Odwołującego, kosztów pracy i sprzętu, a także kosztów materiałów, pomocy publicznej itp. Wyrok KIO 547/15: cena została poprawnie skalkulowana, nie zawsze jest konieczne udowodnienie wydatków.

W piśmie wyjaśniającym elementy oferty mające wpływ na wysokość ceny z dnia 09.01.2017 r. Odwołujący podał następujące informacje:
w części A – niezastrzeżonej: 7

Podane w ofercie ceny za letnie i zimowe utrzymanie miasta są średnimi cenami stosowanymi przez Odwołującego w tego typu zamówieniach na terenie powiatu jastrzębskiego.

Zgodnie z powyższym wyliczeniem jako wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla Odwołującego wskazano w zakresie:

1. Kosztów sprzętu wykorzystywanego przy realizacji zamówienia:
w części A – niezastrzeżonej:
a) bliskość miejsca wykonania zamówienia, a co za tym idzie niskie koszty transportu pracowników i sprzętu są w tym przypadku istotnym czynnikiem cenotwórczym – stąd niższe koszty pośrednie (pozycja kosztorysów „koszty pośrednie"). Brak długotrwałych dojazdów ma również pozytywny wpływ na wydajność pracowników,
b) oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne stosowane przez Odwołującego, to m.in. optymalizacja tras, co skutkuje niższymi kosztami pojazdów globalnie. Wskazał, że będzie świadczyć od dnia 2017 r. usługę zimowego utrzymania dróg także dla innych podmiotów, sąsiadujących bezpośrednio z terenem Zamawiającego przeznaczonym do letniego i zimowego utrzymania. Mając szerokie doświadczenie w tym względzie oraz dysponując wiedzą praktyczną odnośnie topografii logistycznej obszaru miasta opracował optymalizację tras i taki ich podział pomiędzy poszczególne jednostki sprzętowe, by trasy były efektywnie wykorzystane, z pominięciem pustych przejazdów i tras niezapewniających maksymalnego zapełnienia czasu pracy,
c) podobne stawki cenowe stosowane u Zamawiającego podczas wykonywania identycznych zakresów usług (dowody przedstawiono w załącznikach do części A jawnej wyjaśnień).

Dowód : załączniki do części jawnej wyjaśnień;
w części B – zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa:
d) uszczegółowiono ww. informacje z części jawnej wraz z podaniem dowodów świadczących o niższych kosztach sprzętu,
e) wskazano, że Odwołujący posiada dodatkowe wiadomości dotyczące przedmiotu zamówienia uzyskane dzięki wcześniejszej realizacji zamówień dotyczących tego przedmiotu zamówienia, w szczególności w zakresie wcześniejszej realizacji:
• tych samych usług w poprzednim roku (okresie),
• dostaw o zindywidualizowanych wymaganiach realizowanych już wcześniej, a służących wykonaniu przedmiotu zamówienia, co daje Wykonawcy dogłębniejszą wiedzę co do realnych kosztów realizacji zadania.

8

Dzięki swojej wiedzy Wykonawca jest w stanie rzetelnie ocenić zakres prac i zastosować własne doświadczenie w realizacji ww. kontraktu na rzecz ww. Zamawiającego – m.in. przez posiadane efektywnego know-how w tym zakresie.
f) w cz. B wskazano wraz z powołaniem stosownych dowodów, na pomoc publiczną udzieloną Odwołującemu na podstawie odrębnych przepisów.

2. Kosztów zakupu materiałów niezbędnych do realizacji zadania w zakresie zimowego utrzymania dróg:
w części A – niezastrzeżonej:
a) wskazano, że Odwołujący posiada znaczne upusty cenowe materiałów przy dostawie, z uwagi na skalę prowadzonej działalności;
w części B – zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa:
b) przy wyliczeniu wartości stawek cenowych wzięto pod uwagę następujące okoliczności:
> ceny materiałów:
Odwołujący jako podmiot działający od dłuższego czasu na rynku letniego i zimowego utrzymania miasta pozyskuje po preferencyjnych cenach materiał do zimowego utrzymania

dróg:
- przedstawiono opis i dowody potwierdzające zakup soli drogowej po preferencyjnych cenach, wraz z ich dostawą i płatnościami w okresach, gdy ceny soli są na niższym poziomie z uwagi na brak zapotrzebowania na sól w tym okresie,
- przedstawiono w zał. do cz. B przykładowe faktury zakupu soli ze wskazaniem daty dostawy, stawki i dostawcy (np. FAK-VAT/15/6/0090 i FAK-VAT/14/9/0012),
- przedstawiono wraz z dokumentacją zdjęciową sposób zmagazynowanej soli drogowej na terenie siedziby Odwołującego,
- przedstawiono kopie faktur na dostawę piasku: np. FV nr FA/259/2015, FA/1921/2015, pozyskiwanego w dużych ilościach po preferencyjnych cenach (z uwagi także na branżę budowlaną),
- przedstawiono informację o stosowanych preferencyjnych stawkach w dostawie soli drogowej i piasku od dostawców;
> ceny usług i dostaw:
- Odwołujący z uwagi na niską szkodowość posiada ubezpieczenie całego taboru sprzętowego w TU (...) S.A. po preferencyjnych cenach,
- przedstawiono oświadczenie Towarzystwa Ubezpieczeniowego z dnia 05.01.2017 r.
- Odwołujący zakupuje paliwo po preferencyjnych cenach – z uwagi na jego ilość.
W załączeniu do cz. B zastrzeżonej znajduje się pismo – oferta dostawcy (dane zastrzeżone) „(…)" Sp. z o.o. z dnia 04.01.2017 r. 9

> Odwołujący uwzględnił także wymóg SIWZ wcześniejszego przygotowania do sezonu zimowego:
Zgodnie z projektem umowy – § 4 pkt 11 projektu umowy: *„Wykonawca zobowiązany jest przedstawić Zamawiającemu pisemną informację dotyczącą stanu przygotowania do okresu zimowego".* Wykonawca od wielu lat stara się, by w tym okresie przygotowany był nie tylko sprzęt i zasób kadrowy (przeglądy sprzętu, uzupełnienie braków, zakupione na okres zimowy materiały eksploatacyjne), ale także by zostały zakupione, zapłacone i zmagazynowane materiały do zimowego utrzymania (sól drogowa, piasek). Na stronie 49 SIWZ w pkt 11 wskazano, że do 15 października Wykonawca zobowiązany jest przedstawić Zamawiającemu pisemną informację dot. stanu przygotowania do okresu zimowego pod kątem wyposażenia
i sprawności sprzętu oraz zaopatrzenia w materiały potrzebne do zimowego utrzymania. W pkt 12 SIWZ na stronie 49 Zamawiający wskazał, że gotowość przystąpienia do utrzymania zimowego ustala się na dzień 1 listopada, a przez ww. gotowość rozumie się m.in. pełne wyposażenie sprzętowo-materiałowe.

Dowód: SIWZ – w aktach sprawy.

Stąd też największe koszty związane z przygotowaniem do sezonu zimowego Odwołujący ponosi w okresie letnim – głównie chodzi o koszty soli, piasku i paliwa (uprzednio przedpłacone, magazynowane u dostawcy). Uchwała KIO/KD 17/2015. Nieuprawnionym jest pomijanie w przedstawionych wyliczeniach także kalkulacji sezonu letniego.

3. Kosztów pracy z uwzględnieniem ilości osób – argumentacja została przedstawiona przy kolejnym (3) zarzucie stawianym Zamawiającemu z uwagi na specyfikę kosztów.

Dowód: Szczegółowe kalkulacje kosztów w części B – zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący wskazał w wyjaśnieniach, gdzie ulokowane są poszczególne koszty związane z realizacją usługi, w tym koszty zimowego utrzymania.
Mimo, że Zamawiający o to nie wnosił, w wyjaśnieniach Odwołującego znalazły się także wyjaśnienia do okresu letniego, by w sposób kompleksowy ukazać rozliczenia finansowe ww. kontraktu po stronie Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że poprawność przedstawionej kalkulacji znajduje potwierdzenie KIO w wyroku sygn. akt KIO 73/16. Wskazał orzecznictwo – wyroki: z 21 grudnia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 269/10; z 28 stycznia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1746/10; z 27 września 2016 r. sygn. akt KIO 1712/16; z 1 września 2016 r. KIO 1544/16.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp wskazany

w odwołaniu jako odrębny – stanowi treść zarzutu 1.

Zamawiający wysoce subiektywnie ocenił wyjaśnienia Odwołującego złożone w zakresie wyjaśnień zastosowanej ceny oferty, a także w pozostałym zakresie złożonych wyjaśnień i dowodów.

Kwestia odrzucenia oferty Odwołującego przykładowo z powodu rzekomego nieudzielenia wyjaśnień co do kosztów materiałów wskazuje, że Zamawiający pominął w swej ocenie, przekazane przez Odwołującego wyjaśnienia, wyliczenia, a także szereg dowodów potwierdzających stosowane stawki cenowe.

Na uwagę zasługują te dowody, które przykładowo świadczą o wycenie materiałów służących do realizacji usługi. Nieuprawnionym jest – zdaniem Odwołującego – pominięcie dowodów obiektywnych złożonych przez osoby (podmioty) trzecie w tym zakresie.
W przypadku przyjęcia takiego rozumowania niemożliwym byłoby złożenie jakichkolwiek dowodów w sprawie wyjaśnień stawek cenowych.

Dowód: załączniki do części B wyjaśnień – części zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Wyrok KIO 198/16.

2. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 29 ust. 1 pkt 3a ustawy Pzp.
W szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 8 do SIWZ, w części IV ppkt 17 Zamawiający wskazał: *„Wykonawca zobowiązany jest we własnym zakresie i na własny koszt do zabezpieczenia ludzi (...) w ilości zapewniającej sprawną realizację zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ”.* Dodatkowo, na pytania Wykonawców Zamawiający w odpowiedzi z dnia 15.11.2016 r. nr GK.271.7.2016 na pytanie nr 1: *„pytanie dot. punktu 3 ppkt 3c SIWZ: ile osób należy zatrudnić na podstawie umowy*
o pracę do wykonywania czynności w zakresie realizacji zamówienia na każdej części (I-XVII - części różnią się wielkością powierzchni)?”,
odpowiedział, że: *„Zamawiający nie uzależnia ilości zatrudnionych osób od wielkości powierzchni. Zamawiający podał czynności, które muszą być wykonywane przez osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę. Ostateczne o ilości osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę decyduje, Wykonawca”.*

Dodatkowo Odwołujący podkreślił, że Zamawiający tylko w jednym punkcie zał. nr 8 do SIWZ wskazał, że (część IV warunki ogólne, pkt 1 ppkt e) *„przez cały okres trwania zamówienia do obowiązku Wykonawcy należy dostarczenie Zamawiającemu, po zakończeniu okresu rozliczeniowego wraz z fakturą za dany okres, dokumentacji* 11

świadczącej
o zatrudnianiu osoby bezrobotnej [liczba pojedyncza]: *listę obecności w pracy wraz z oświadczeniem Wykonawcy, iż wskazana osoba była zatrudniona w danym okresie rozliczeniowym na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze godzinowym”.* Powyższy opis transponowany jest także do wzoru umowy. Z ww. opisu wynika obowiązek zatrudnienia jednej (1) osoby na podstawie umowy o prace w pełnym wymiarze godzinowym.
W pozostałym zakresie Zamawiający żąda zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę, nie wymaga jednak opisami SIWZ ani konkretnej ich ilości, ani nie precyzuje rodzaju zawartej umowy o pracę (umowa na zastępstwo, na czas oznaczony czy nieoznaczony), ani nie wskazuje obowiązkowego wymiaru czasu pracy (pełny lub niepełny etat w zakresie tylko jednego kwartału).

Dowód: SIWZ wraz z jej modyfikacjami – w aktach postępowania.
Odwołujący, w piśmie z dnia 29.12.2016 r. przedstawił szczegółową strukturę zatrudnienia w wykonywaniu OPZ w ww. części zamówienia zgodnie z zadaniem Zamawiającego. Odwołujący przewidział zatrudnienie osoby bezrobotnej w pełnym wymiarze czasu pracy, zgodnie z opisami SIWZ, co potwierdził w przekazanej Zamawiającemu kalkulacji.

Dodatkowo Odwołujący podniósł, że wskazał, jakie obowiązki wykonywać będą poszczególne osoby, a więc osoba bezrobotna wykonywać będzie zadania wynikające z pkt 3.3 SIWZ w sezonie zimowym, zatem Odwołujący wskazał, że w tym czasie zapewnił wykonanie usługi na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze godzinowym.
Odwołujący zwrócił dodatkowo uwagę na fakt, że z uwagi na specyfikę sezonu zimowego oraz opis poszczególnych zadań w zakresie utrzymania zimowego, OPZ nie zapewnia lub może nie zapewniać – przy tak postawionej argumentacji Zamawiającego w piśmie odrzucającym ofertę Odwołującego – pełnego obłożenia pracą dla wymaganych do wskazania pracowników – obsługujących wymagany w SIWZ sprzęt. Stąd Zamawiający nie

wziął pod uwagę wskazywanej w wyjaśnieniach „zamienności" pracowników oraz udowodnionego faktu wykonywania usługi przez jeden objazd (w jeden dzień roboczy) na rzecz kilku części (kilku tj. 5 kwartałów podczas 5 godzin).

Dowód: wyjaśnienia w części B oraz wydruk z trasówek w załącznikach do części B – zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący w zastrzeżonej części B wskazał, że zatrudni ww. osoby na podstawie umowy o pracę wg opisów SIWZ, natomiast w przypadku braku konieczności zimowego utrzymania miasta jest w stanie zagospodarować ww. osoby do innych celów, więc na ich wynagrodzenie składają się także przychody z innych tytułów.

Dowód: wyjaśnienia w części B oraz dokumenty w załącznikach do części B – zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W wyjaśnieniach dotyczących zaoferowanej ceny z dnia 09.01.2017 r. Odwołujący odniósł się do struktury zatrudnionych pracowników i wskazał nie tylko kwestie ogólne dot. ich zatrudnienia, ale także:

w części A – niezastrzeżonej:

- własny potencjał osobowy: Odwołujący dysponuje własnym potencjałem osobowym, bez konieczności zatrudniania dodatkowych pracowników. Nie ma konieczności dodatkowego przeszkolenia czy nabycia uprawnień przez przewidzianych do realizacji przedmiotu zamówienia pracowników, gdyż legitymują się oni odpowiednimi kwalifikacjami i doświadczeniem,
- doświadczenie w realizacji tego typu usług: Odwołujący na podstawie umów: z dnia 27.06.2014 r. „Utrzymanie *zabytkowego parku im. M. Witczaka w Jastrzębiu-Zdroju"; z dnia 26.06.2014 r. „Utrzymanie kwartałów na terenie miasta Jastrzębie-Zdrój – kwartał nr 2"; z dnia 26.06.2014 r. „Utrzymanie kwartałów na terenie miasta Jastrzębie-Zdrój – kwartał nr 8"* – świadczył usługi na rzecz Zamawiającego uzyskując pozytywną jego ocenę, o czym świadczą wystawione referencje: w dniu 21.04.2016 r. GK.7021.18.8.2016.JSz.; w dniu 15.11.2016 r. GK.7031.3.29.2014.BB. i w dniu 15.11.2016 r. GK.703L3.35.2014.BB.

Dowód: załączniki do części A wyjaśnień – niezastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa – w aktach sprawy.

- Podobne stawki cenowe stosowane u Zamawiającego podczas wykonywania identycznych zakresów usług: Podczas realizacji usług wskazanych w punkcie poprzednim, a także usług wykonywanych na rzecz innych Zamawiających, Odwołujący stosuje podobne stawki cenowe. Usługi są wykonywane na bieżąco, z uwzględnieniem podobnego zakresu przedmiotu zamówienia i wymagań jakościowych.

Dowód: kopie zawartych umów znajdujących się w części B – zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa.

w części B – zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa:

- wskazano stawki godzinowe stosowane u Odwołującego, a przyjęte, do wyliczeń, które obejmują wynagrodzenie minimalne ustalone na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2015 r., poz. 2008, z późn. zm.),
- wyliczono planowane koszty – w tym koszty zatrudnienia pracowników tak w sezonie letnim jak i zimowym,
- uwzględniono schemat fluktuacji kadr z uwzględnieniem specyfiki sezonu zimowego, 13

- Odwołujący przyjmuje, że na pozostały czas pracy pracowników pracujących przy utrzymaniu zimowym będą oddelegowani do innych prac niezwiązanych z kontraktem na utrzymanie Miasta Jastrzębie-Zdrój (np. kontrakty budowlane, gdy warunki atmosferyczne pozwalają na prace czyt. nie występują opady bądź bardzo niskie temperatury), aby miesiące zimowe nie były stratą dla przedsiębiorstwa),
- Odwołujący zatrudniając pracowników w pełnym wymiarze czasu pracy w sezonie zimowym nie pozostawił pracowników bez zapewnienia im pracy w tym okresie, uzależniając tylko

i wyłącznie ich wynagrodzenie od wystąpienia lub nie warunków zimowych. Stąd przyjęto do wyceny realny czas pracy pracowników wykonujących pracę na rzecz przedmiotowego zamówienia i wliczono w cenę usługi realny czas wykorzystania potencjału osobowego na

rzecz realizacji przedmiotowego zamówienia zaznaczając, że jest to jedna z metod wyceny kosztów pracy.
- uwzględniono korzystny z uwagi na zawarte kontrakty termin realizacji zamówienia, a przez to efektywniejsze wykorzystanie potencjału osobowego,
- wskazano rozwiązania wynikające z Kodeksu pracy, a pozwalające na efektywniejsze wykorzystanie potencjału osobowego wraz z przedstawieniem stosownych dowodów w sprawie w cz. B zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Wskazano, że Odwołujący obarczał będzie każdy kontrakt rzeczywistym czasem pracy pracowników wykonujących pracę dla danego Zamawiającego dla danego kwartału, co wyraźnie zaznaczono w kalkulacji cenowej. Wielkość kontraktów powoduje efektywniejsze wykorzystanie sprzętu i potencjału osobowego, a co za tym idzie mniejsze koszty ogólne i koszty pracownicze dla każdego z kontraktów (Wykonawca jest w stanie pokryć wynagrodzenie przewidziane przepisami prawa dla pracownika w danym miesiącu zimowego utrzymania także bez wystąpienia warunków zimowych przez cały okres danego miesiąca).

Dodatkowo Zmawiający w piśmie z dnia 11.01.2017 r. wyznaczył Odwołującego jako podmiot, w którym wykonywana będzie kara ograniczenia wolności oraz praca społecznie użyteczna. Pozwoli to Odwołującemu na pozyskanie darmowej siły roboczej z przeznaczeniem do prostych prac porządkowych na wszystkich obsługiwanych kwartałach.

Dowód: Pismo Zamawiającego z dnia 11.01.2017 r. w zakresie wyznaczenia Odwołującego jako podmiotu, w którym wykonywana będzie kara ograniczenia wolności oraz praca społecznie użyteczna.

3. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę Odwołującego i bezprawne uznał, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ. Odwołujący w wyznaczonym terminie udzielił odpowiedzi 14

---

wskazując, że w złożonej ofercie przewidziano realizację całego przedmiotu zamówienia. Mimo to Zamawiający bezpodstawnie uznał, że w treści oferty w szczególności w zakresie zimowego utrzymania nie zaoferowano realizacji usługi zgodnie z SIWZ.

W ocenie Odwołującego treść oferty przeczy takiemu ustaleniu Zamawiającego, co powoduje, że czynności odrzucenia oferty Odwołującego z tego powodu dokonana została bezpodstawnie i z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.
Odwołujący podkreślił, że wyczerpująco wyjaśnił jaką z możliwości realizacji zamówienia przyjął w swojej ofercie.

Orzecznictwo – wyroki: KIO 3021/13; KIO 876/15; KIO 1708/16 z dnia 26 września 2016 r.; KIO 1434/16 z dnia 18 sierpnia 2016 r.

Wykonawca w przedstawionych wyjaśnieniach nie kwestionował ilości dni zimowego utrzymania dróg, ale wskazał, w jakich fragmentach SIWZ jest ze sobą niespójna, wskazał w części B zastrzeżonej, że ilość dni zimowego utrzymania wraz z ich wyceną w ofercie nie jest kompatybilna z wynagrodzeniem uzyskanym przez Wykonawców. Jako przykład podał opisy SIWZ dotyczące procentowej oceny wykonanych prac przez Straż Miejską. W pkt 3 i 6 SIWZ na stronie 52 SIWZ opisano zasady kontroli wykonanych prac w zakresie stopnia 1 zz, gdzie przyjęto, że z protokołów *zostanie ustalony* średni *procent wykonania prac.* Dodatkowo w pkt 6 wskazano, że *ocena wykonania powierzonych obowiązków stanowić będzie procentowy udział rzeczywistego wykonania rzeczowego i jakościowego prac.* Wskazane opisy SIWZ potwierdzają, że Zamawiający będzie oceniał „średni procent" wykonania prac, a biorąc pod uwagę system rozliczeń z Zamawiającym, wykonawcy nie uzyskają pełnego wynagrodzenia wskazanego w ofercie.

Dowód: SIWZ – w aktach sprawy.
W związku z tym, że ocena dokonywana jest często po fakcie (a ma to znaczenie przy zanikowym charakterze prac zimowego utrzymania), rzadko kiedy osiąga ona ocenę 100%, więc nawet przy udowodnionej wykonanej pracy Wykonawca może nie otrzymać wskazanego w ofercie wynagrodzenia za wykonane prace. Jako argument potwierdzający powyższe, Odwołujący zawarł w wyjaśnieniach do części B zastrzeżonej oraz w zał. do części B wyjaśnień, przykład objazdu z wydrukiem GPS, wydruk stanu pogodowego oraz ocenę Straży Miejskiej.

Dowód: załączniki do części zastrzeżonej wyjaśnień (przykład objazdu z wydrukiem GPS, wydruk stanu pogodowego i ocenę Straży Miejskiej) oraz Pismo Zamawiającego z dnia 11.01.2017 r. w zakresie ogłoszonych stopni zagrożenia zimowego w latach 2013-2016.

Konieczność takiej, a nie innej wyceny prac letnich i zimowych, potwierdza sama kalkulacja cen wykonawców na wszystkich kwartałach zamówienia, gdzie ceny zimowe (wątpliwe do uzyskania) są znacznie niższe niż koszty utrzymania letniego.

Dowód: oferty pozostałych wykonawców – w aktach sprawy.

Odwołujący zaznaczył, że podał przykładowe wyliczenie opierając się na przyjętych założeniach. Wskazał, że cenę oferty można przeliczyć także w inny sposób, Odwołujący podał jeden z bardziej jaskrawych przykładów, natomiast nie negował w żadnym wypadku opisów SIWZ i przyjętych założeń OPZ. Dysponując kalkulacją cenową nawet sam Zamawiający mógłby zmodyfikować dane podane przez Odwołującego, a kalkulacja cenowa także zamknęłaby się zyskiem w zakresie zimowego utrzymania.

Tak przyjęty system wypłaty wynagrodzenia nie jest działaniem zawinionym Odwołującego, ale świadomie przyjętym sposobem rozliczania ww. usługi: w takim kontekście, to nie Odwołujący, ale Zamawiający stosowanym systemem rozliczeń powoduje, że wykonywanie ww. usługi podmiotom niezorientowanym w tym zakresie (chociażby z uwagi na niewykonywanie dotąd usług na rzecz Zamawiającego) zagraża ich interesom w zakresie stabilności finansowej i wypłacalności.

Dodatkowo Odwołujący podkreślił, że wyliczenie jest przykładowe, a strukturę poszczególnych kosztów traktuje jedynie pomocniczo.

Nie można zatem, odgórnie przyjąć, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ: Odwołujący przyjął uśrednioną ilość godzin stopnia 1 zz ale zaznaczył, że ujmuje te 4,3 dnia po maksymalną ilość godzin zimowego utrzymania (po 10 godzin). Zaznaczył, że zgodnie z SIWZ ze standardów utrzymania zimowego wynika, że najdłuższy czas pracy w ramach 1 st. zz to: dla I kolejności do 4h; dla II kolejności do 5h; dla III kolejności do 6h (usuwanie zasp śnieżnych do 10h);

Kwartał 1 posiada kategorie I, II oraz III; Kwartał 2 posiada kategorię I, III; Kwartał 5 posiada kategorię I, II; Kwartał 6 posiada kategorię I, II, III-pomijamy (tylko 527m ^{2}); Kwartał 8 posiada kategorię I, II; Kwartał 16 posiada kategorię I, II, III.

Dalego też kalkulacja Odwołującego była pewnym zawyżeniem wykonywania prac i pokazaniem sposobu wyliczeń, i dlatego nie można jej odczytywać w sposób dosłowny jako tylko i wyłącznie jedyny zaproponowany system wykonania usługi: przykładowo w przypadku braku warunków zimowych, albo w przypadku ich zwiększonej ilości system rozliczeń wyglądać będzie inaczej: to powoduje, że dla pokazania pewnego sposobu wyceny konieczne jest przyjęcie jakiś założeń. Przykładowo: osoba bezrobotna zatrudniona w pełnym wymiarze czasu pracy (czyli 8h/doba/40h tygodniowo) przy braku warunków zimowych może w dużej mierze sama wykonać wiele zakresów prac, a pozostałe osoby 16

wskazane do obsługi sprzętu mogą nie mieć konieczności wyjazdu, a co za tym idzie z szeroko pojętej uczciwości trudno Odwołującemu obarczać Zamawiającego wynagrodzeniem za przestoje ww. osób, skoro mogą być to osoby zaangażowane w wykonanie innych prac.

Trudno także przyjąć argument Zamawiającego, że Odwołujący kwestionuje opisy SIWZ bazując jedynie na własnym doświadczeniu.

Zamawiający w OPZ wskazał maksymalne czasookresy wykonania usługi (np. do 5h), to od Wykonawcy zależy, czy daną usługę wykona w 2 czy w 5 godzin. Oba te systemy wykonania usługi mieszczą się w opisanych wymaganiach SIWZ, różnią się jednak nakładem pracy i kosztami jej wykonania. Trudno jednak stawiać Odwołującemu zarzut, że z uwagi na sprawność organizacyjną nie zakłada wykonywania usługi w maksymalnym wymaganym czasie wskazanym w SIWZ.

Jako przykład tego, że mimo wyceny prac, to Zamawiający decyduje o ich rozpoczęciu i zakresie wskazał pkt 10 str. 49 SIWZ, gdzie zaznaczono, że przed przystąpieniem do okresu letniego Wykonawca zobowiązany jest do uporządkowania powierzonego terenu po okresie zimowym (w ramach 0 stopnia zz) – *a contrario* nie są to prace wykonywane stale np. 1 x
w miesiącu.

Zgodnie ze str. 51 SIWZ (pkt 2) opisano obowiązki Wykonawcy w zakresie 0 stopnia zz. Na stronie 52 w uwagach jednak wskazano, że przed przystąpieniem do wykonania prac, o których mowa w pkt b-e (praktycznie cały zakres prac 0 stopnia zz) należy uzgodnić

z Zamawiającym ich zakres, a samowolne wykonane prace nie będą rozliczane.

Dowód: SIWZ – w aktach sprawy.

Orzecznictwo – wyroki: KIO 178/15; KIO 197/15; KIO 198/15; UZP/ZO/0-1236/05; KIO 1712/16; KIO 366/16); KIO 1544/16; KIO 910/16; KIO 28/16.

4. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 26 ust. 3a ustawy Pzp.

Zamawiający zaniechał wezwania Odwołującego do uzupełnienia pełnomocnictwa dla osoby reprezentującej spółkę w zakresie złożenia oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą, z uwagi na przedłożenie ww. dokumentu Zamawiającemu z podpisem jednego wspólnika i odrzucenie oferty Odwołującego z ww. powodu (dot. części I, II i VIII – kwartał I, II i VIII).

Odwołujący w dniu 03.02.2017 r. bez wcześniejszego wezwania uzupełnił brakujący dokument pełnomocnictwa w oryginale.

Dowód: w załączeniu pismo Odwołującego z dnia 03.02.2017 r. wraz z kopią pełnomocnictwa w formie aktu notarialnego.

Zamawiający zaniechał wezwania Odwołującego do uzupełnienia pełnomocnictwa dla osoby reprezentującej podmiot, na którego zasoby powołał się w celu spełniania warunków udziału w postępowaniu z uwagi na przedłożenie ww. dokumentu do oferty w formie kserokopii i odrzucenie oferty Odwołującego z ww. powodu (dot. części VIII – kwartał VIII).

Odwołujący w dniu 03.02.2017 r. bez wcześniejszego wezwania uzupełnił brakujący dokument pełnomocnictwa w oryginale.

Dowód: w załączeniu pismo Odwołującego z dnia 03.02.2017 r. wraz z kopią pełnomocnictwa w formie aktu notarialnego .

5. Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Przez wskazane powyżej naruszenia ustawy Pzp, Zamawiający dokonał wyboru oferty na zaskarżone kwartały, które zgodnie z opisanymi w SIWZ kryteriami oceny ofert nie są najkorzystniejsze.

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert, na podstawie kryteriów oceny ofert, to oferta Odwołującego jest ofertą przedstawiającą najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert, a zatem oferta ta powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza dla kwartału I, II i VIII.

Dowód: informacja z otwarcia ofert – w aktach sprawy.

Sygn. akt KIO 273/17

Odwołujący – Firma Handlowo-Usługowa DROMET II Ł.A. – wniósł odwołanie od niezgodnych z prawem czynności i zaniechań Zamawiającego w części (kwartały) V, VI i XVI, polegających na:

Kwartał V, VI, XVI:

1) odrzuceniu oferty Odwołującego na skutek bezpodstawnego przyjęcia, że Odwołujący nie udzielił wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny w zakresie utrzymania zimowego jako elementu składowego całości zaoferowanej ceny w zakresie kosztów pracy, kosztów sprzętu oraz kosztów zakupu materiałów, pomimo że Odwołujący złożył obszerne i wyczerpujące wyjaśnienia na ten temat wraz ze złożeniem dowodów potwierdzających wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla Odwołującego, kosztów pracy i sprzętu, a także kosztów materiałów, pomocy publicznej;

2) subiektywnej ocenie wyjaśnień Odwołującego złożonych w zakresie rażąco niskiej ceny oferty w pozostałym zakresie złożonych wyjaśnień i dowodów;
3) odrzuceniu oferty Odwołującego na skutek bezpodstawnego przyjęcia, że treść oferty nie odpowiada SIWZ, pomimo że oferta spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego stawiane w SIWZ;
4) ocenie ofert w sposób naruszający zasady równego traktowania wykonawców,
5) wyborze oferty Przedsiębiorstwa Handlowo-Usługowo-Produkcyjnego „EKOSYSTEM" Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej w części V (kwartał nr V) niezgodnie z ustawą Pzp;

6) unieważnieniu postępowania w części VI i XVI (kwartał VI i XVI) ze względu na fakt, że nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, mimo że Odwołujący złożył w zakresie ww. części VI i XVI (kwartał VI i XVI) oferty najkorzystniejsze i jako takie winny zostać ocenione przez Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1) art. 7 ust. 1 i ust. 3 przez niezachowanie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z art. 90 ust. 3 przez czynność odrzucenia oferty Odwołującego na skutek bezpodstawnego przyjęcia, że Odwołujący nie udzielił wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny w zakresie utrzymania zimowego jako elementu składowego całości zaoferowanej ceny w zakresie kosztów pracy, kosztów sprzętu oraz kosztów zakupu materiałów pomimo, że Odwołujący złożył obszerne i wyczerpujące wyjaśnienia na ten temat wraz ze złożeniem dowodów potwierdzających wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla Odwołującego, kosztów pracy i sprzętu, a także kosztów materiałów, pomocy publicznej;
2) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 3 przez subiektywną ocenę wyjaśnień Odwołującego złożonych w zakresie rażąco niskiej ceny oferty w pozostałym zakresie złożonych wyjaśnień i dowodów;
3) art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 29 ust. 1 pkt 3a przez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że wyjaśnienia Odwołującego wskazywały na zatrudnienie osób przewidzianych do realizacji części kontraktu zgodnie z SIWZ;
4) art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 przez odrzucenie oferty Odwołującego i bezprawne uznanie, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ;
5) art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 3 przez niezgodne z ustawą dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w części V (kwartał nr V); 19

---

6) art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 8 i w związku z art. 26 ust. 3a przez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia pełnomocnictwa dla osoby reprezentującej podmiot, na zasoby którego wykonawca powołuje się w celu spełniania warunków udziału w postępowaniu z uwagi na przedłożenie ww. dokumentu do oferty w formie kserokopii i odrzucenie oferty Odwołującego z ww. powodu (dot. części VI – kwartał nr VI);
7) art. 93 ust. 1 pkt 1 przez niezgodne z ustawą dokonanie unieważnienia postępowania w zakresie części VI i XVI (kwartał nr VI i XVI) ze względu na fakt, że nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, mimo że Odwołujący złożył w zakresie ww. – części VI i XVI oferty najkorzystniejsze i jako takie winny zostać ocenione przez Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia wyboru oferty Przedsiębiorstwa Handlowo-Usługowo-Produkcyjnego „EKOSYSTEM" Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej w części V (kwartał V);
2) unieważnienia czynności polegającej na unieważnieniu postępowania w zakresie części VI i XVI (kwartał nr VI i XVI);
3) powtórzenia badania i oceny ofert;
4) wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej w części V (kwartał V) i w części VI i XVI (kwartał VI i XVI);
5) zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego wg norm przypisanych w przypadku korzystania na rozprawie z profesjonalnego pełnomocnika

ewentualnie:

1) unieważnienia wyboru oferty Przedsiębiorstwa Handlowo-Usługowo-Produkcyjnego „EKOSYSTEM" Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej w części V (kwartał V) i unieważnienia czynności polegającej na unieważnieniu postępowania w zakresie części VI i XVI (kwartał VI i XVI);
2) powtórzenia badania i oceny ofert,
3) wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie elementów mających wpływ na wysokość wynagrodzenia Wykonawcy w zakresie zimowego utrzymania;
4) z ostrożności procesowej wezwania Odwołującego do uzupełnienia brakujących oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 25a ust. 1 i 2 ustawy Pzp;

5) zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego wg norm przypisanych w przypadku korzystania na rozprawie z profesjonalnego pełnomocnika.

Odwołujący wskazał na okoliczności uzasadniające interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp oraz zachowanie terminu do wniesienia odwołania.

Dowód: powiadomienia o wyniku postępowania – w aktach sprawy.

Uzasadnienie.

I. Stan faktyczny:

Odwołujący złożył ofertę na 3 kwartały, tj. na kwartał V, VI, XVI.

W zakresie części (kwartału) nr V ofertę złożyło dwóch Wykonawców: Odwołujący oraz Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowo-Produkcyjne „EKOSYSTEM" Sp. z o.o., natomiast w zakresie kwartału VI i XVI ofertę złożył sam Odwołujący.

Dowód: dokumentacja postępowania (m.in. ogłoszenie o zamówieniu, protokół z otwarcia ofert) – w aktach sprawy.

Zamawiający w dniu 22.12.2016 r. zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienie, ilu pracowników Wykonawca zamierzał zaangażować przy utrzymaniu letnim i zimowym danego kwartału (dot. wszystkich kwartałów, na jakie Odwołujący złożył ofertę, tj. kwartału V, VI i XVI). Wykonawca złożył wyjaśnienia pismami z dnia 29.12.2016 r. dot. każdego z kwartałów (każdej części, na którą złożył ofertę).

Dowód: wezwanie do złożenia wyjaśnień wraz z wyjaśnieniami Odwołującego – w aktach sprawy.

Pismami otrzymanymi przez Odwołującego w dniu 03.01.2017 r. Zamawiający zażądał złożenia wyjaśnień odnośnie elementów mających wpływ na wysokość ceny zaoferowanej w zakresie zimowego utrzymania.

Odwołujący złożył wyjaśnienia wraz dowodami potwierdzającymi wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla Odwołującego, kosztów pracy i sprzętu, a także kosztów materiałów, pomocy publicznej.

Odwołujący złożył wyjaśnienia w dwóch częściach: części A wraz z załącznikami do części A – jako części jawnej, oraz w części B wraz z informacjami ujawnionymi w załącznikach do wyjaśnień w części B – zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa, w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wnosząc jednocześnie o ich nieudostępnianie.

Dowód: wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z wyjaśnieniami Odwołującego część jawna – A wraz z załącznikami oraz część B

zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa wraz z zastrzeżonymi załącznikami do części B – w aktach sprawy.

W dniu 31.01.2017 r. Zamawiający drogą faksową poinformował Odwołującego o:

1) odrzuceniu oferty Odwołującego na część (kwartał) VI i część (kwartał) XVI oraz unieważnieniu postępowania w tych częściach na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp;
3) odrzuceniu oferty Odwołującego na część (kwartał) V i wyborze, jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowo-Produkcyjne „EKOSYSTEM" Sp. z o.o.

Dowód: powiadomienia o wyniku postępowania – w aktach sprawy.

Odwołujący złożył ofertę na realizację przedmiotu zamówienia w kwotach (brutto), częściach: V – 1 564 799,67 zł; VI – 1 331 480,68 zł; XVI – 2 093 521,51 zł, zgodnie z SIWZ.

Kwoty zostały skalkulowane po przeprowadzeniu wizji lokalnej w terenie realizacji usługi przez upoważnionych pracowników Wykonawcy.

W związku z informacją z otwarcia ofert zamieszczoną na stronie internetowej Zamawiającego, kwota zaproponowana przez Odwołującego w żadnej z części tj. V, VI i XVI nie jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen

wszystkich złożonych ofert;
2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, zgodnie z art. 90 ust. 1a ustawy Pzp.

Dowód: dokumentacja z otwarcia ofert w aktach sprawy.

II. Zwięzłe uzasadnienie zarzutów dotyczących kwartału V.

1. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp
2. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 29 ust. 1 pkt 3a ustawy Pzp
3. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp
4. Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

– uzasadnienie takie jak w odwołaniu sygn. akt KIO 272/17.

III. Zwięzłe uzasadnienie zarzutów dotyczących kwartału nr VI i XVI:

Argumentacja dot. zarzutów i naruszenia przepisów ustawy Pzp wskazanych jako zarzuty 1-4 tego odwołania

– pozostaje identyczna z argumentacją przedstawioną dla części (kwartału) nr V (przedstawiona w odwołaniu sygn. akt KIO 272/17).

Dodatkowo: 22

---

5. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 26 ust. 3a ustawy Pzp.

Zamawiający zaniechał wezwania Odwołującego do uzupełnienia pełnomocnictwa dla osoby reprezentującej podmiot, na którego zasoby wykonawca powołuje się w celu spełniania warunków udziału w postępowaniu z uwagi na przedłożenie ww. dokumentu do oferty w formie kserokopii i odrzucenie oferty Odwołującego z ww. powodu (dot. części VI - kwartał nr VI).

Odwołujący w dniu 03.02.2017 r. bez wcześniejszego wezwania uzupełnił brakujący dokument pełnomocnictwa w oryginale.

Dowód: w załączeniu pismo Odwołującego z dnia 03.02.2017 r. wraz z kopią pełnomocnictwa w formie aktu notarialnego

6. Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający niezgodnie z ustawą Pzp dokonał unieważnienia postępowania w zakresie części VI i XVI (kwartał nr VI i XVI) ze względu na fakt, że nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, mimo że Odwołujący złożył w zakresie ww. części VI i XVI oferty najkorzystniejsze i jako takie winny zostać ocenione przez Zamawiającego.

Zamawiający zaniechał ponownego wezwania Odwołującego do przedstawienia bardziej szczegółowych wyjaśnień na temat zaoferowanej ceny w zakresie zimowego utrzymania (w przypadku zaistniałych wątpliwości), dysponując ofertą niepodlegającą odrzuceniu arbitralnie dokonał czynności unieważnienia postępowania w części VI i XVI, czym naruszył wskazane w zarzucie przepisy Pzp.

Zamawiający wniósł 2. odpowiedzi na odwołania, odrębnie do każdej sprawy, wnosząc o oddalenie odwołań oraz wskazując, jak niżej.

Wykonawca DROMET s.c. M.A. Sz.A. – odrzucenie ofert w Częściach: I, II, VIII, na podstawie:

1) art. 90 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi na fakt, iż Wykonawca nie udzielił wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny w zakresie utrzymania zimowego jako istotnego elementu składowego całości zaoferowanej ceny.

Zamawiający w załączniku 1a do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wymagał, aby oferent dokonał wyceny zadania z rozbiciem na:

a) okres letni z uwzględnieniem utrzymania: - ulic, chodników, ścieżek rowerowych, parkingów, deptaków, schodów, przystanków komunikacji publicznej, - terenów zielonych,
b) okres zimowy z uwzględnieniem:
51 dni 0 stopnia zz - prac porządkowych, 23

---

44 dni 0 stopnia zz - posypywania miejsc niebezpiecznych,
26 dni 1 stopnia zz,
c) inne prace z uwzględnieniem utrzymania: - koszy ulicznych, - ławek, - wiat rowerowych.

Każda z przedstawionych wyżej kalkulacji cenowych stanowiła niezależną wartość, która z kolei miała mieć znaczenie dla określenia wynagrodzenia wykonawcy w oparciu

o treść § 17 wzoru umowy.

Stosownie do treści art. 90 ust. 1 Pzp w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie
w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu (...).

Część wynagrodzenia wykonawcy dotycząca okresu zimowego (tj. 4 miesiące w ciągu 1 roku, co daje w sumie 12 miesięcy w okresie realizacji całego zadania) wzbudziła u zamawiającego wątpliwości co do realności zaoferowanej kwoty za realizację tej części zamówienia. Powołując się zatem na art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, pismem z dnia 03.01.2017 r. zamawiający zwrócił się do wykonawcy (odwołującego) o udzielenie wyjaśnień w zakresie utrzymania zimowego miasta cyt. *„[...] poprzez przedłożenie szczegółowej kalkulacji obejmującej w szczególności: -koszty pracy (z uwzględnieniem ilości osób, o których mowa była w piśmie z dnia 29.12,2016, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (…), -koszty sprzętu wykorzystywanego przy zakupu materiałów realizacji zamówienia, -koszty niezbędnych do realizacji zadania w zakresie utrzymania zimowego."* Wykonawca (odwołujący) pismem
z dnia 09.01.2017 r. złożył wprawdzie na żądanie zamawiającego wyjaśnienia, jednakże wyjaśnienia te nie przedstawiały szczegółowej kalkulacji obejmującej elementy kosztów o jakie wzywał zamawiający w odniesieniu do utrzymania zimowego miasta, co jest równoznaczne
z sytuacją, jak gdyby wykonawca wezwany w trybie art. 90 ust. 1 Pzp w ogóle nie złożył wyjaśnień.

Wykonawca składając wyjaśnienia stanowiące odpowiedź na wezwanie zamawiającego wskazał koszty jakie planował ponieść w ciągu jednego miesiąca okresu letniego w rozbiciu na wynagrodzenie pracowników, zakup paliwa, soli i piasku, ponadto koszty ubezpieczenia floty, materiały eksploatacyjne, naprawy u specjalistów danej branży, części zamienne, przeglądy, inwestycje, odzież, bhp. W zakresie obszaru w jakim zamawiający żądał wyjaśnień czyli okresu zimowego wykonawca ograniczył się jedynie do kosztów zatrudnienia (czyli kosztów pracy) 1 osoby, które przewiduje ponosić przez cały okres zimowy oraz pozostałych osób wykazując, że pozostałe osoby będą pracowały w ograniczonym wymiarze, tj. 43 godz/m-c. Co więcej, do okresu zimowego wykonawca wliczył koszty tzw. „innych prac", mimo że stanowiły one odrębny zarówno do „okresu letniego" jak i „okresu zimowego" przedmiot kalkulacji wynikający z załącznika 1a do SIWZ, o który w żądaniu złożenia wyjaśnień zamawiający nie wzywał wykonawcę. Wykonawca pominął natomiast całkowicie fakt ponoszenia kosztów związanych z zakupem materiałów niezbędnych w okresie zimowym, jak również kosztów sprzętu wykorzystywanego w okresie zimowym.

Tymczasem wezwanie zamawiającego było jednoznaczne, czytelne i jasne, z którego wynikał konkretny zakres, co do którego wykonawca miał się ustosunkować i wyjaśnić elementy swojej oferty. Zadaniem wykonawcy było zatem odnieść się konkretnie do żądań zamawiającego, a nie składać wyjaśnienia do kalkulacji tych części zadań, co do których nie był wzywany. Korzystanie przez zamawiającego żart. 90 ust. 1 ustawy Pzp winno służyć uzyskaniem dodatkowych danych, które miałyby wykazać realność zaoferowanej przez wykonawcę ceny, natomiast obowiązkiem wykonawcy jest udzielenie wyjaśnień na wyższym poziomie szczegółowości, niż informacje, które znalazły się w ofercie. Wykonawca nie wykazał faktycznych kosztów, jakie winien ponosić w okresie zimowym uwzględniając poziom szczegółowości wskazany w piśmie przez zamawiającego. Z uwagi na ceny jednostkowe, jakie zostały w ofercie zaproponowane, wykonawca skupił się na *„okresie letnim"* a do *„okresu zimowego"* wliczył *„koszty innych prac"* uznając, iż dowolne przerzucanie kosztów i złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, pomijając zakres jakiego oczekiwał

zamawiający, jest wystarczające.

Wykonawca nie odniósł się w treści swoich wyjaśnień do wszystkich elementów cenotwórczych zgodnie z żądaniem zamawiającego. Tym samym nie można było uznać działania wykonawcy za spełniające wymóg złożenia wyjaśnień. Nieprzedłożenie szczegółowej kalkulacji zgodnie z oczekiwaniami zmawiającego uniemożliwiło tym samym pozytywną weryfikacje złożonych wyjaśnień. Ponadto na uwagę zasługuje fakt, że wykonawca w okresie zimowym ponosi koszty związane z zakupem odpowiednich 25

---

materiałów (tj. piasek, sól) czy też ponosi koszty związane ze sprzętem jak chociażby zakup paliwa, czy też koszty związane z kosztami wynajmu albowiem wykonawca w formularzu ofertowym oświadczył, iż w ramach kwartału: -nr 2 będzie wynajmował 3 sztuki sprzętu, -nr 8 będzie wynajmował 5 sztuk sprzętu.

Dla zamawiającego bez znaczenia jest kiedy faktycznie wykonawca dokonuje zakupu odpowiedniego materiału, np. soli czy też piasku, co zgodnie z oświadczeniem wykonawcy następuje w okresie letnim, przy czym w dalszym ciągu jest to znaczący element mający wpływ bezpośrednio na koszty związane z utrzymaniem zimowym. Bezspornym pozostaje fakt zakupu paliwa do sprzętu wykorzystywanego w okresie zimowym. Wykonawca również i w tym zakresie oświadczył, iż koszt paliwa jest kosztem ponoszonym w okresie letnim *„[...] uprzednio przedpłacone, magazynowe u dostawcy [...]"* (strona 6 ostatni akapit ppkt d wyjaśnień zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa), gdzie jednocześnie dowód dołączony do przedmiotowych wyjaśnień wskazuje na cykliczność ponoszonych opłat w odstępach dwutygodniowych, co biorąc pod uwagę okres zimowy winno nastąpić co najmniej 32 razy przez cały okres realizacji zadania.

Reasumując, podążając za stanowiskiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1 grudnia 2008 r. V Ca 1784/08, z istoty instrumentu prawnego, jakim jest zwrócenie się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w zestawieniu z kryteriami ustawowymi oceny wyjaśnień (90 ust. 2 Pzp) wynika konieczność przedstawienia w wyjaśnieniach czynników, takich jak np. oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, które w przypadku danej oferty sprawiły, że ma ona atrakcyjną cenę. Samo zestawienie w wyjaśnieniu cen poszczególnych usług, które złożyły się na ogólną cenę oferty, nie pozwala na dokonanie prawidłowej oceny tego, czy zawiera rażąco niską cenę. Jest to sytuacja równoznaczna z tą, jak gdyby wykonawca wezwany w trybie art. 90 ust. 1 Pzp w ogóle nie złożył wyjaśnień. To z kolei oznacza, że oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp, na co trafnie zwróciła uwagę Krajowa Izba Odwoławcza.

2) art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 29 ust. 1 pkt 3a ustawy Pzp z uwagi na fakt, że Wykonawca w swoich wyjaśnieniach wykazał, iż założył zatrudnienie 1 osoby bezrobotnej w ramach klauzuli społecznej na cały okres zimowy, natomiast pozostałe na kwartale nr 1, 2 i 8 odpowiednio 5, 4, 6 zadeklarowanych osób będzie pracować dopiero w ramach 1 stopnia zagrożenia zimowego, *„[...] gdy wystąpi potrzeba wyjazdu większej ilości sprzętu zimowego".*

26

Wymaganie posiadania zasobów kadrowych zatrudnionych w pełnym wymiarze czasu pracy wynikało z treści § 13 pkt 3 projektu umowy stanowiącego załącznik nr 9 do specyfikacji, który stanowił, że *„[...] Przez cały okres trwania zamówienia do obowiązku Wykonawcy należy dostarczenie Zamawiającemu, po zakończeniu okresu rozliczeniowego, wraz z fakturą za ten okres dokumentacji* świadczącej *o zatrudnianiu osoby na umowę o prace: listę obecności w pracy wraz z oświadczeniem Wykonawcy, iż wskazana osoba była zatrudniona w danym okresie rozliczeniowym na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze godzinowym.[...]".* Identyczny wymóg postawiony został przez Zamawiającego w specyfikacji względem osób bezrobotnych, których zatrudnienie wymagane było również na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze godzinowym, o czym mowa między innymi w § 12 projektu umowy.

Ze złożonych wyjaśnień wynika w sposób jednoznaczny, że Wykonawca nie uwzględnił zatrudnienia tych osób *„[...] w danym okresie rozliczeniowym na podstawie umowy o pracę*

w pełnym wymiarze godzinowym."

Wymóg postawiony w tym zakresie był jednoznaczny i kompletnie bez znaczenia jest fakt, który podnosi odwołujący w swoim odwołaniu, że zamawiający nie wymagał w SIWZ ani konkretnej ilości tych osób, jak również nie precyzuje rodzaju zawartej umowy o pracę (umowa na zastępstwo, na czas oznaczony, nieoznaczony). Co do ilości osób wykonawca sam się określił w pismach z dnia 29.12.2016 r. (data wpływu do zamawiającego 30.12.2016 r.) Natomiast trudno zgodzić się z odwołującym, że nie wskazany został obowiązkowy wymiar czasu pracy. Skoro te same zwroty zostały użyte w obu przypadkach, to niezrozumiałym jest jego właściwe zrozumienie tyko przypadku wymogu dotyczącego osoby bezrobotnej.

Reasumując, treść oferty nie odpowiada treści SIWZ w zakresie w jakim Wykonawca nie uwzględnił zatrudnienia osób, w oparciu o które będzie realizował zadanie na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze godzinowym. Oprócz bowiem osoby bezrobotnej, której wymóg zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze godzinowym wynikał z tzw. klauzuli społecznej SIWZ, wykonawca miał obowiązek wskazać w stosunku do czynności określonych w pkt. 3.3 SIWZ dalsze osoby, co do których również istniał wymóg zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze godzinowym. Wykonawca wskazując zatem oprócz 1 osoby bezrobotnej zatrudnionej na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze godzinowym, dalsze osoby w wymiarze 43 godzin w skali miesiąca, a więc niepełnym wymiarze czasu pracy, nie dostosował oferty do wymogów SIWZ.

3) art. 89 ust. 1 pkt. 2 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp z uwagi na fakt, że 27

Wykonawca do skalkulowania swoich kosztów w okresie utrzymania zimowego przyjął, zgodnie z pkt c na str. 5 wyjaśnień (punkt pt. „specyfika sezonu zimowego"), własne założenia co do ilości dni zimowego utrzymania podnosząc na tym etapie postępowania, iż *„Ilość dni zimowego utrzymania miasta w siwz wydaje się zawyżona w stosunku do ostatnio występujących sezonów zimowych".* Wykonawca dokonując wyceny znaczącej części składowej ceny ofertowej dotyczącej utrzymania zimowego kwartału bazował na dotychczasowym własnym doświadczeniu, kwestionując na tym etapie postępowania założenia wynikające z treści siwz, które to założenia miały gwarantować przygotowanie w danym postępowaniu ofert porównywalnych względem siebie. Zamawiający ustalił ilość dni 1 stopnia zz w sezonie, tj. w okresie od 1 grudnia do 31 marca, na poziomie 26 dni, co daje 6,5 dnia na m-c. Odwołujący bazując na swoim doświadczeniu przyjął na potrzeby wyliczenia kosztów zz, jak wynika z wyjaśnień przez niego złożonych, wartość 4,3 dnia co zostało wskazane w wyjaśnieniach w części zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa i wyraźnie podane przez odwołującego w trakcie rozprawy. Przyjęta przez odwołującego zaniżona wartość stanowi 66% w stosunku do założeń zamawiającego. Nie ulega wątpliwości, że przyjęcie wartości 4,3 dnia utrzymania zz przy stopniu 1 ma bezpośredni wpływ na wysokość ceny jednostkowej za 100 m^2, a następnie na cenę całości utrzymania zz, która została wyliczona na poziomie dużo niższym aniżeli ceny ofert konkurencji i założeń zamawiającego. Na potrzeby wyliczenia kosztów zadania w tym również kosztów utrzymania zz zamawiający sporządził w formie tabelarycznej załącznik nr 1a do Formularza Oferty, w którym przez zamawiającego zostały podane m.in. metry kwadratowe powierzchni objętej utrzymaniem w ramach danego kwartału oraz ilości dni 0 i 1 stopnia zagrożenia zimowego (zz). Działania odwołującego sprowadzały się jedynie do podstawienia cen jednostkowych. Odwołujący co prawda dokonał podstawienia danych ale jak się okazało na podstawie złożonych wyjaśnień, w oparciu o zaniżone dane liczbowe dotyczące utrzymania zz w stosunku do danych wymaganych przez zamawiającego.

Należy również zauważyć, że koszty utrzymania zimowego nie sprowadzają się wyłącznie do 1 stopnia zz. Kosztem są również prace wykonywane przy 0 stopniu utrzymania zimowego, co łącznie stanowi 95 dni okresu zimowego, których wykonawca w złożonych wyjaśnieniach nie uwzględnił. Efektem zaniżenia i nie uwzględnienia wszystkich czynników cenotwórczych przez odwołującego jest bardzo niski udział procentowy oferowanych przez odwołującego kosztów utrzymania zimowego do wartości kosztorysowej utrzymania zimowego sporządzonej przez zamawiającego i który odpowiednio stanowi:
w ramach części 1 (kwartał nr 1) - 6,74%
w ramach części 2 (kwartał nr 2) - 7,88% 28

---

w ramach części 8 (kwartał nr 8) - 7,47%.

Takie działanie Wykonawcy zagraża interesom tych wykonawców, którzy skalkulowali cenę wg założeń wynikających z siwz i znaleźli się przez to w gorszej sytuacji podczas oceny ofert.

Reasumując, powyższe stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w myśl art. 3 ust. 1 w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (…) oraz powoduje, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

4) art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp z uwagi na fakt, że:
- Wykonawca przedłożył do oferty kserokopie pełnomocnictwa dla osoby reprezentującej podmiot na zasoby, którego wykonawca się powołuje w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, podpisanego przez samego wykonawcę. Dokument ten natomiast miał być złożony w oryginale bądź w formie kserokopii poświadczonej notarialnie.
- Ponadto Wykonawca przedłożył pismo dot. przedłużenia związania ofertą podpisane w imieniu spółki cywilnej jednoosobowo. Biorąc pod uwagę fakt, że spółka cywilna nie ma osobowości prawnej takie działanie wymaga przedłożenia Zamawiającemu stosownego pełnomocnictwa dla osoby występującej w imieniu tegoż podmiotu czego wykonawca nie uczynił.

Biorąc pod uwagę brzmienie art. 26 ust. 3a ustawy Pzp w okolicznościach kiedy pełnomocnictwo jest wadliwe, lub jeżeli stwierdza się jego brak podlega ono uzupełnieniu, jednakże zamawiający odstąpił od wezwania do uzupełnienia z uwagi na fakt, że oferta polega odrzuceniu, o czym mowa w pkt 1, 2, 3 niniejszego pisma.

Odnośnie Części V, VI, XVI treść odpowiedzi jest taka sama, wskazano na zaoferowanie przez odwołującego w kwartale nr 5, 6 i 16 odpowiednio 4, 2, 5 zadeklarowanych osób, które będą pracować dopiero w ramach 1 stopnia zagrożenia zimowego, *„[...] gdy wystąpi potrzeba wyjazdu większej ilości sprzętu zimowego". (…).*

Efektem zaniżenia i nie uwzględnienia wszystkich czynników cenotwórczych przez odwołującego jest bardzo niski udział procentowy oferowanych przez odwołującego kosztów utrzymania zimowego do wartości kosztorysowej utrzymania zimowego sporządzonej przez zamawiającego i który odpowiednio stanowi:
- w ramach części 5 (kwartał nr 5) - 7,09%
- w ramach części 6 (kwartał nr 6) - 6,86%
- w ramach części 16 (kwartał nr 16) - 5,29%.

4) art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp uwagi na fakt, że: Wykonawca przedłożył do oferty kserokopie pełnomocnictwa dla osoby reprezentującej podmiot na zasoby, którego wykonawca się powołuje w celu spełnienia warunków udziału 29

---

w postępowaniu, podpisanego przez samego wykonawcę. Dokument ten natomiast miał być złożony w oryginale bądź w formie kserokopii poświadczonej notarialnie.

Biorąc pod uwagę brzmienie art. 26 ust. 3a ustawy Pzp w okolicznościach, kiedy pełnomocnictwo jest wadliwe, lub jeżeli stwierdza się jego brak podlega ono uzupełnieniu, jednakże zamawiający odstąpił od wezwania do uzupełnienia z uwagi na fakt, że oferta polega odrzuceniu, o czym mowa w pkt 1, 2, 3 niniejszego pisma (dotyczy Części VI).

Wykonawcy zgłaszający przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnieśli o oddalenie odwołań.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący spełniają przesłanki uprawniające ich do korzystania ze środków ochrony prawnej (odwołanie) zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, wykazali zainteresowanie uzyskaniem zamówienia z możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Wykonawcy zgłaszający przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego: MASBUD PLUS Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowo-Produkcyjne „EKOSYSTEM" Sp. z o.o. w sprawie sygn. akt KIO 272/17 oraz Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowo-Produkcyjne „EKOSYSTEM" Sp. z o.o. w sprawie sygn. akt KIO 273/17, których oferty zostały wybrane w poszczególnych częściach zamówienia jako najkorzystniejsze – w wyniku skutecznych przystąpień, stali się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Ustalenia w zakresie objętym sporem i ocena czynności zamawiającego oraz

zaniechania czynności, do których zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy, dotyczą obu odwołań łącznie.

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia jest całoroczne (letnie i zimowe) utrzymanie czystości ulic, chodników, ścieżek rowerowych, parkingów, deptaków, schodów, przystanków komunikacji publicznej, wpustów kanalizacji deszczowej, terenów zielonych oraz letnie utrzymanie ławek i całoroczne utrzymanie koszy ulicznych i wiat rowerowych na terenie miasta Jastrzębie-Zdrój w latach 2017-2020.

Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na 17 części (kwartałów) oznaczając je numerami od I do XVII.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia - zakresu usług wspólnych dla wszystkich Części zamówienia stanowi Załącznik nr 8 do SIWZ.

Część I. Utrzymanie w okresie letnim.

Część II. Utrzymanie w okresie zimowym: zasady prowadzenia utrzymania zimowego, wskazano tu m.in. podział terenów przeznaczonych do utrzymania zimowego na trzy kolejności; obowiązujące 2 stopnie zagrożenia zimowego (zz), stopień 0 – bez opadów śniegu, przygruntowe przymrozki, stopień I zz – opady śniegu, śniegu z deszczem, marznąca mżawka, gołoledź (pkt 2 lit. a, b, pkt 3 lit a, b). W pkt 4 lit. a, b, c wskazano kolejność utrzymania dróg
w trakcie 1 stopnia zagrożenia zimowego w standardach utrzymania: I, II, III. W pkt 13 lit. a w ramach regulacji utrzymania zimowego zamieszczono obowiązek wykonawców m.in. zakupu piasku, kruszyw naturalnych i sztucznych oraz środków chemicznych dopuszczonych do stosowania zgodnie z rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 27 października 2005 r. w sprawie rodzajów i warunków stosowania środków, jakie mogą być używane na drogach publicznych oraz ulicach i placach (…), w ilości niezbędnej do prawidłowego utrzymania terenu. W pkt 15 ppkt 1 w ramach 1 stopnia zagrożenia zimowego wskazano obowiązek utrzymywania terenu zgodnie ze standardami, określając w tym dopuszczalne odstępstwa przez podanie maksymalnego czasu zakończenia prac (w 3. wierszach tabeli). W pkt 15 po ppkt 2 lit. g zakończonym opisem „UWAGA", zamawiający zamieścił regulacje: *„Zasady kontroli i oceny wykonywania powierzonego zakresu robót w sezonie zimowym"* (pkt 1-8), regulacje istotne ze względu na znaczny wpływ wyników kontroli na otrzymywane wynagrodzenie przez wykonawców.

Część III. Pozostałe prace związane z utrzymaniem powierzonego terenu.

Część IV. Warunki ogólne, to dodatkowe wymaganie związane z realizacją zamówienia – klauzula społeczna polegająca na zatrudnieniu osoby bezrobotnej. Zamawiający wymagał zatrudnienia co najmniej jednej osoby bezrobotnej, w rozumieniu ustawy z dnia 20.04.2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, oddzielnie dla każdej części zamówienia. Osoba ta winna być zatrudniona przy realizacji zatrudnienia na pełny etat na podstawie umowy o pracę, nieprzerwanie przez cały okres trwania zamówienia. Zatrudnienie osoby bezrobotnej winno nastąpić w przeciągu 14 dni od daty podpisania umowy przez wykonawcę na utrzymanie letnie i zimowe kwartału.

W projekcie umowy stanowiącym Załącznik nr 9 do SIWZ znalazły się odpowiednie postanowienia z Załącznika nr 8, wymagania dotyczące zatrudnienia osoby bezrobotnej 31

w ramach klauzul społecznych (§ 12) oraz dotyczące zatrudniania osób na podstawie umowy o pracę, zgodnie z pkt 3.3) SIWZ (§ 13-15). W § 13 ust. 1 projektu umowy wskazano, że przedmiot zamówienia będzie realizowany przez osoby wymienione w Załączniku nr 3 do umowy pn. *„Lista osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę", zwanymi dalej „Pracownikami".* W ust. 2 przewidziano zamieszczenie zobowiązania wykonawcy, że Pracownicy będą w okresie realizacji umowy zatrudnieni na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (…), zgodnie z oświadczeniem załączonym do oferty. Ust. 3 wskazuje, że przez cały czas trwania zamówienia do obowiązku wykonawcy należy dostarczanie zamawiającemu, po zakończeniu okresu rozliczeniowego wraz z fakturą za ten okres, dokumentacji świadczącej o zatrudnianiu osoby na podstawie umowy o pracę: listę obecności w pracy wraz z oświadczeniem wykonawcy, że osoba wskazana była zatrudniona w danym okresie

rozliczeniowym na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze godzinowym. W ust. 4 przewidziano zamieszczenie zobowiązania wykonawcy, że Pracownicy będą posiadać odpowiednie kwalifikacje, uprawnienia i umiejętności niezbędne do prawidłowej realizacji zamówienia. Treść § 17 i 18 dotyczy wynagrodzenia. W § 17 przewidziano wyszczególnienie wynagrodzenia za okresy: utrzymania letniego, utrzymania zimowego oraz pozostałe prace. W opisie wynagrodzenia za utrzymanie zimowe wyszczególniono opłaty za standardy w 1 stopniu zz, za 0 stopnień zz, za wywóz śniegu, pielęgnację terenów zakrzewionych.

Odwołujący złożyli oferty w częściach I, II, VIII (w sprawie KIO 272/17) i V, VI, XVI (w sprawie KIO 273/17).

Ceny całkowite ofert odwołujących nie były niższe o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, co powodowało, że zamawiający nie był zobowiązany do zwrócenia się do wykonawców o udzielenie wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp.

Natomiast zamawiający zwrócił się do wykonawców na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp (pisma z dnia 3 stycznia 2017 r.) o złożenie wyjaśnień wskazując, że w sytuacji, gdy zaoferowana cena lub jej istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, na zamawiającym ciąży obowiązek żądania wyjaśnień od wykonawcy. Podkreślił, że na podstawie znowelizowanej ustawy Pzp, zamawiający może 32

---

powziąć wątpliwości co do rażąco niskiej ceny nie tylko na podstawie całościowej ceny oferty, ale jest zobowiązany analizować poszczególne części składowe oferty, które wydają się rażąco niskie, tj. są niewiarygodne, nierealistyczne w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zwrócił się więc o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, w szczególności w zakresie (wskazując elementy z przepisu ustawy – pkt 1-5): -oszczędności metody wykonania zamówienia; -wybranych rozwiązań technicznych; -wyjątkowo dla - sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych wykonawcy; projektu wykonawcy; oryginalności -kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę; -pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów; -wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; -wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska; -powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

W dalszej części wezwania zamawiający wskazał, że jego wątpliwości budzą elementy oferty dotyczące jej części składowych **w zakresie utrzymania zimowego miasta.** Zwrócił się o udzielenie wyjaśnień przez przedłożenie szczegółowej kalkulacji obejmującej w szczególności: -koszty pracy (z uwzględnieniem ilości osób, o których mowa w piśmie z dnia 29.12.2016 r.), których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (…); -koszty sprzętu wykorzystywanego przy realizacji zamówienia; -koszty zakupu materiałów niezbędnych do realizacji zadania w zakresie utrzymania zimowego. Wskazał jednocześnie na obowiązek wykonawcy wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, co oznacza, że wykonawca zobowiązany jest nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić wysokość kosztów skalkulowanych w cenie oferty.

Podstawę wystąpienia o złożenie wyjaśnień, w tym ze szczególnym podkreśleniem „zakresu utrzymania zimowego miasta", stanowił udział procentowy cen ofertowych utrzymania zimowego przedstawionych przez odwołujących, w wartości kosztorysowej utrzymania zimowego i cenach ofert pozostałych wykonawców w zakresie utrzymania zimowego; wielkości te przedstawiały się w poszczególnych częściach następująco: I – 6,74% (drugi wykonawca 96,46%); II – 7,88% (drugi wykonawca 107,51%); VIII – 7,47%

(drugi wykonawca 91,03%; V – 7,09% (drugi wykonawca 102,52%); VI – 6,86% (jedyna oferta odwołującego); XVII – 5,29% (jedyna oferta odwołującego).

Odwołujący złożyli wyjaśnienia (pisma z dnia 9 stycznia 2017 r.), odrębnie dla każdej części zamówienia (6), dzieląc je na części jawne – A z załącznikami oraz części B z załącznikami – zastrzeżonymi jako stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa, z obszernymi uzasadnieniami zastrzeżenia; treść wyjaśnień i dowody były podobne w obu sprawach.

Część jawna A, to ogólne informacje wskazujące: -miejsce wykonania zamówienia oddalone od siedziby wykonawców o kilka km, wpływa na niskie koszty transportu pracowników i sprzętu i powoduje niższe koszty pośrednie; -korzystny termin wykonania zamówienia od 01.04.2017 r. do 30.06.2020 r., ze względu na dodatkowo prowadzone prace budowlane, pozwalający na zmniejszenie zysku; -w zakresie sprzętu i wyposażenia technicznego, w szczególności oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych – optymalizację tras, możliwość łączenia realizacji zamówienia z wykonywaniem usług na rzecz innych podmiotów; -w zakresie potencjału osobowego – dysponowanie własnym potencjałem bez konieczności zatrudniania dodatkowych pracowników, co zwalnia z dodatkowego przeszkolenia osób oraz nabycia przez nich uprawnień; -w zakresie doświadczenia w realizacji tego typu usług – trzy umowy zawarte z zamawiającym w dniach 26.06.2014 r. (2) i 27.06.2014 r. (1), których przedmiotem było świadczenie tego samego rodzaju usług

– na przykładzie opisu w sprawie KIO 272/17 kwartał I, 3 strony.

Załączniki jawne do części A, to kserokopie 3. umów (każdego odwołującego) zawartych z zamawiającym oraz referencje dotyczące tych umów (w sprawie KIO 272/17 - 47 stron, w sprawie KIO 273/17 - 43 strony).

W części niejawnej B wskazano niewielkie uszczegółowienie informacji zamieszczonych w części A, w tym przedstawiono opisy dotyczące okresu letniego. W zakresie okresu zimowego przedstawiono koszt 1 miesiąca utrzymania zimowego, do kosztu wliczono koszty utrzymania innych prac, wbrew sformułowanemu w załączniku 1a do oferty (odpowiednio załącznik 1a do SIWZ) wymaganiu przedstawienia ceny, co miało stanowić przełożenie na postanowienia umowne, w szczególności wskazane w § 4, 6, 13, 17 projektu umowy.

Koszty pracy: odwołujący wskazali zatrudnienie 1 osoby zgodnie z wymaganiami klauzuli społecznej, w pełnym wymiarze czasu pracy przez cały okres realizacji zamówienia.

Natomiast pozostałe 5 osób (przewidziano do zatrudnienia w trakcie ogłaszania „1 st. zz", czyli gdy wystąpi potrzeba wyjazdu większej ilości sprzętu zimowego. Wskazano miesięczny koszt utrzymania 1 osoby oraz 5. osób (kwartał I) zatrudnionych w wymiarze nie 34

odpowiadającym pełnemu zatrudnieniu etatowemu. Podano łączny koszt zatrudnienia podnosząc, że w pozostałym czasie pracy w okresie zimowym osoby te będą oddelegowane do prac niezwiązanych z kontraktem na rzecz zamawiającego. Odnośnie ceny materiałów: -sól (wskazano na preferencyjne ceny od wymienionego z nazwy dostawcy, podając, że płatność odbywa się w okresie letnim); -piasek – podano numer jednej faktury oraz nazwę przedsiębiorcy oferującego preferencyjne stawki cenowe na sól i piasek. Ceny usług i dostaw – wskazano niską szkodowość, co wpływa na koszty ubezpieczenia majątkowego oraz zakup paliwa po preferencyjnych cenach z uwagi na kupowaną ilość, załączając w zestawieniu załączników ofertę handlową dostawcy. Wskazano w wyjaśnieniach na specyfikę sezonu zimowego, w której opisie odwołujący przedstawili swoje obliczenia ilości dni zimowego utrzymania miasta uznając, że wielkości podane w załączniku 1a do SIWZ w celu obliczenia porównywalnych cen ofert, zostały zawyżone. Przyjęli w wyjaśnieniach swoje obliczenia, wbrew obliczeniu przedstawionemu w załączniku 1a do SIWZ stanowiącym wzór załącznika do oferty.

Wskazano jeszcze na wymóg w SIWZ wcześniejszego przygotowania do sezonu zimowego, co pozwala na poniesienie największych kosztów utrzymania zimowego w okresie letnim, głównie sól, piasek i paliwo. W opisie terminu wykonania zamówienia odwołujący wskazali stosowanie podwykonawstwa. W zakresie sprzętu i wyposażenia oraz potencjału osobowego powtórzyli w zasadzie opisy zamieszczone w części jawnej, z nieznacznym rozszerzeniem sprowadzającym się do nadal ogólnikowych stwierdzeń. Również powtórzono opis z części jawnej odnośnie do doświadczenia w realizacji tego typu

usług. Wskazano ogólnikowe i fragmentaryczne opisy dotyczące jednostkowych stawek z odniesieniem do stosowanych dotychczas u zamawiającego. Dodatkowe wiadomości na temat przedmiotu zamówienia zostały wskazane jako zaleta w kształtowaniu kosztów zimowego utrzymania. Wskazano pomoc publiczną uzyskaną na podstawie umowy z 2014 r. przeznaczoną na zakup sprzętu. Cytowane orzecznictwo Izby i sądów powszechnych wydane przed nowelizacją ustawy, niezasadnie zamieszczone w zastrzeżonej części wyjaśnień jako tajemnica przedsiębiorstwa (wyjaśnienia w sprawie KIO 272/17, I kwartał, 11 stron).

Zastrzeżonymi załącznikami do części B wyjaśnień (w sprawie KIO 273/17), są kopie: faktur zakupu soli z 2014 r. i 2015 r., piasku z 2015 r., informacja dostawcy soli z 2016 r. potwierdzająca zakup soli w okresie letnim i z związku z tym niższe ceny, oferta sprzedaży paliwa ze wskazaniem strony internetowej co do zakupu, oświadczenie firmy ubezpieczeniowej o nieodnotowaniu żadnych szkód i braku zaległości we wpłatach składki, zdjęcie bazy magazynowo – sprzętowej, umowy o podwykonawstwo (odwołujący 35

---

w charakterze podwykonawcy i odwrotnie – przeważające odśnieżanie określonej posesji), umowa dotycząca zewnętrznego sfinansowania kształcenia pracowników i pracodawcy, umowy w sprawie refundacji kosztów wyposażenia stanowiska pracy dla bezrobotnego, umowy dotyczące szkoleń, umowa o pracę na czas określony kierowcy, umowa o dofinansowanie zakupu koparki, informacje dotyczące prognozy pogody, informacje dotyczące tras przejazdu, protokoły z kontroli utrzymania zimowego, deklaracja woli przyjęcia osób do wykonywania prac społeczno-użytecznych, pomocy publicznej, pismo do Straży Miejskiej, umowa z innym podmiotem w sprawie remontu nawierzchni chodnika (Załączniki do części B, str. 2200-2310, tj. 110 stron).

W sprawie KIO 272/17 Załączniki do części B, to treść skonstruowana jak wyżej, str. 2031-2122, tj. 91 stron.

W przedmiocie zatrudnienia osób odwołujący złożyli wyjaśnienia (pisma z dnia 29.12.2016 r.) na uprzednie wezwanie zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp (z 22 grudnia 2016 r.). Wskazali zamiar skierowania osób do wykonywania czynności, których zakres został opisany w SIWZ jako przedmiot zamówienia wykonywany przez osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy (godzinowym): 1 (jedna) – część IV pkt 1 OPZ załącznik nr 8 do SIWZ – przeznaczona do pracy w zakresie: część I pkt 1, pkt 2 lit. a, d, g, część III oraz 4 osoby zatrudnione do części I pkt 2 (część V, kwartał 5) – wymagane zatrudnienie na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze godzinowym (§ 13 ust. 3 projektu umowy).

Natomiast w wyjaśnieniach z 09.01.2017 r. wskazano zatrudnienie 4 osób przy realizacji przedmiotu zamówienia w niepełnym wymiarze godzinowym.

Zamawiający odrzucił oferty odwołujących (pisma z dnia 31 stycznia i 9 lutego 2017 r.), wskazując podstawy prawne i faktyczne (przykładowo pismo dotyczące – Część V Kwartał V):

1. art. 90 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi na fakt, iż Wykonawca nie udzielił wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny w zakresie utrzymania zimowego jako istotnego elementu składowego całości zaoferowanej ceny. Zgodnie z pismem z dnia 03.01.2017 r. w sprawie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny Zamawiający wymagał przedstawienia przez Wykonawcę kalkulacji, szczegółowej dotyczącej części zamówienia, tj. utrzymania zimowego miasta obejmującej

w szczególności: - koszty pracy (z uwzględnieniem ilości osób, o których mowa była w piśmie z dnia 29.12.2016, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wygrodzenia za pracę ustalonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 36

2008 z późn. zm.), - koszty sprzętu wykorzystywanego przy realizacji zamówienia, - koszty zakupu materiałów niezbędnych do realizacji zadania w zakresie utrzymania zimowego. Wykonawca w odpowiedzi na powyższe pismo w zakresie utrzymania zimowego odniósł się do kosztów zatrudnienia 1 osoby, które przewiduje ponosić przez cały okres zimowy oraz pozostałych osób wykazując, iż planuje te osoby zaangażować jedynie w wymiarze 43 godz/m-c. Wykonawca nie uwzględnił pozostałych elementów, takich jak informacja dotycząca sprzętu wykorzystywanego do utrzymania zimowego oraz informacji o materiałach niezbędnych do utrzymania zimowego. Wykonawca w swoich wyjaśnieniach odniósł się do

kosztów ponoszonych w ciągu 1 m-ca ale okresu letniego, o co zamawiający nie wnosił.
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 29 ust. 1 pkt 3a ustawy Pzp, z uwagi na fakt, że Wykonawca w swoich wyjaśnieniach wykazał, iż założył zatrudnienie 1 osoby bezrobotnej w ramach klauzuli społecznej na cały okres zimowy, natomiast pozostałe 4 zadeklarowane osoby będą pracować dopiero w ramach 1 stopnia zagrożenia zimowego, „[...] gdy wystąpi potrzeba wyjazdu większej ilości sprzętu zimowego". Ze złożonych wyjaśnień wynika zatem w sposób jednoznaczny, iż Wykonawca nie uwzględnił zatrudnienia tych osób „[...] w danym okresie rozliczeniowym na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze godzinowym", zgodnie z wymogami zawartymi w § 13 pkt 3 projektu umowy stanowiącego załącznik nr 9 do specyfikacji.
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp z uwagi na fakt, iż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wykonawca do skalkulowania swoich kosztów w okresie utrzymania zimowego przyjął, zgodnie z pkt c na str. 5 wyjaśnień (punkt pt. „specyfika sezonu zimowego"), własne założenia co do ilości dni zimowego utrzymania podnosząc na tym etapie postępowania, iż „Ilość dni zimowego utrzymania miasta w siwz wydaje się zawyżona w stosunku do ostatnio występujących sezonów zimowych". Wykonawca dokonując wyceny znaczącej części składowej ceny ofertowej dotyczącej utrzymania zimowego kwartału bazował na dotychczasowym własnym doświadczeniu, kwestionując na tym etapie postępowania założenia wynikające z treści siwz, które to założenia miały gwarantować przygotowanie w danym postępowaniu ofert porównywalnych względem siebie. Takie działanie Wykonawcy zagraża interesom tych wykonawców, którzy skalkulowali cenę wg założeń wynikających z siwz i znaleźli się przez to w gorszej sytuacji podczas oceny ofert.

Uzasadnienie odrzucenia ofert w częściach I, II, VIII zawierało dodatkowo pkt 4 o treści: „art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp z uwagi na fakt, iż Wykonawca przedłożył pismo dot. przedłużenia związania ofertą podpisane w imieniu spółki cywilnej jednoosobowo. Biorąc pod uwagę fakt, iż spółka cywilna nie ma osobowości 37

---

prawnej takie działanie wymaga przedłożenia Zamawiającemu stosownego pełnomocnictwa dla osoby występującej w imieniu tegoż podmiotu czego Wykonawca nie uczynił. Biorąc pod uwagę brzmienie art. 26 ust. 3a ustawy Pzp w okolicznościach kiedy pełnomocnictwa jest brak podlega ono uzupełnieniu, jednakże Zamawiający odstąpił od wezwania do uzupełnienia
z uwagi na fakt, iż oferta podlega odrzuceniu, o czym mowa w pkt 1,2, 3."

Uzasadnienie odrzucenia oferty w części VI zawierało dodatkowo pkt 4 o treści: „art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp z uwagi na fakt, iż Wykonawca przedłożył do oferty kserokopię pełnomocnictwa dla osoby reprezentującej podmiot na zasoby, którego Wykonawca się powołuje w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, podpisanego przez samego Wykonawcę. Dokument ten natomiast miał być złożony
w oryginale bądź w formie kserokopii poświadczonej notarialnie. Biorąc pod uwagę brzmienie art. 26 ust. 3a ustawy Pzp w okolicznościach kiedy pełnomocnictwo jest wadliwe podlega ono uzupełnieniu, jednakże Zamawiający odstąpił od wezwania do uzupełnienia z uwagi na fakt, iż oferta podlega odrzuceniu, o czym mowa w pkt 1,2, 3."

W częściach VI i XVI unieważniono postępowania *„zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp ze względu na fakt, iż nie złożono* żadnej *oferty niepodlegającej odrzuceniu."*

W konsekwencji zamawiający wybrał jako najkorzystniejsze oferty firm: Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowo-Produkcyjne „EKOSYSTEM" Sp. z o.o. w częściach I, V; Zakład Robót Drogowych „DROGOWIEC" S.M. w części II; MASBUD PLUS Sp. z o.o. w części VIII.

Na rozprawie:

Odwołujący podtrzymali swoje stanowiska składając dodatkowe pismo i dowody, z których wynikało dążenie do wykazania, że ceny ofert nie były rażąco niskie (w sytuacji, gdy zamawiający wskazał podstawę prawną odrzucenia ofert art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, a faktyczną – nie udzielenie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny w zakresie utrzymania zimowego miasta jako istotnego elementu składowego całości zaoferowanej ceny). Złożyli pliki przygotowanych na potrzeby postępowania odwoławczego dokumentów, dotyczących m.in. zastosowanej metody liczenia ilości dni utrzymania zimowego opartej na własnych

ustaleniach, zatrudnienia osób z zadysponowaniem ich do wykonania przedmiotu zamówienia z ograniczeniem w stosunku do wymagań SIWZ wraz z deklaracją skierowania

osób do innych prac realizowanych przez odwołujących w ramach robót budowlanych lub na rzecz innych odbiorców.

Odwołujący złożyli tabelaryczne zestawienie cen ofert, z którego wynika, że ceny ofert nie osiągnęły progu 30%, o którym mowa w art. 90 ust. 1a ustawy Pzp (co nie stanowiło sporu), Pismo zamawiającego z dnia 21.02.2017 r. – kontrola wykonania usługi w latach 2013-2017 w miesiącach grudzień i styczeń; informacje Komendanta Straży Miejskiej z 08.02.
i 22.02.2017 r. nt. kontroli wykonywania usługi; 4. zapytania odwołujących skierowane do zamawiającego nt. kontroli; protokoły z kontroli z okresu 4 lat z wynikami porównywalnymi osiągniętymi przez innych wykonawców, obok odwołujących, również firm EKOSYSTEM i DROGOWIEC. Z 36 protokołów 33 potwierdzające wykonanie usługi w granicach 0-70%.

W konsekwencji odwołujący przyznali, że koszty zimowego utrzymania są wyższe od letniego, natomiast w ofertach wskazuje się odwrotnie, z konieczności zabezpieczenia kosztów wykonania usług w okresie zimowym. Odwołujący zadeklarowali zatrudnienie po jednej osobie bezrobotnej na każdy kwartał na podstawie umowy o pracę z przeznaczeniem tych osób do wykonywania usług przez cały czas trwania umowy na rzecz zamawiającego. Odwołujący potwierdzili, że pozostałe osoby (w zależności od części/kwartału) będą wykonywały pracę w trakcie ogłaszania 1 st. zz (przy pełnoetatowym zatrudnieniu), jednakże z wykonywaniem pracy również na rzecz innym podmiotów (na podstawie części I np. łącznie 5 osób). Potwierdzili, że uznali ilości dni przyjęte w SIWZ jako podstawę ustalenia wynagrodzenia za zawyżoną, przyjmując inną ilość. Złożyli pismo Komendanta Straży Miejskiej z 11.01.2017 r. (sporządzone po dacie składania ofert) o ilości dni utrzymania zimowego w sezonach 2013/2014, 2014/2015, 2015/2016.

Złożyli na rozprawie kalkulacje dla 6. kwartałów – okresy letnie, okresy zimowe, które na tym etapie postępowania odwoławczego, nie stanowiły przedmiotu oceny zamawiającego. Potwierdzili, że w kosztach utrzymania zimowego nie wyszczególnili tych kosztów, które ze względu na sezonowe ceny zostały poniesione w okresie letnim i zaliczone do kosztów utrzymania letniego.

Zamawiający wnosząc o oddalenie odwołań wskazał, że istotny jest Załącznik 1a do SIWZ stanowiący wyliczenie ceny wg podanego wzoru osobno dla każdej części zamówienia. Złożył zestawienie kosztów całości zadania – Kwartały 2017-2020 z podziałem na koszty m.in. lato, zima, całoroczne, wskazując na rażąco niski udział procentowy cen ofertowych odwołujących w zakresie zimowego utrzymania w odniesieniu do wartości kosztorysowej
w tym zakresie i cen ofert wybranych jako najkorzystniejszych (w częściach I, II, V – złożono 39

po 2 oferty; w część VIII – złożono 3 oferty, przy czym wykonawca EKOSYSTEM został wykluczony z postępowania z powodu wniesienia wadium w niewłaściwej formie;
w częściach VI, XVI – złożone oferty przez odwołującego w sprawie KIO 273/17, to jedyne oferty w tych częściach).

Zamawiający podkreślił, że wezwał odwołujących do złożenia wyjaśnień dotyczących 3. elementów cenowych jako pozycji szczególnych w okresie utrzymania zimowego miasta – w zakresie kosztów: pracy, sprzętu i zakupu materiałów. Nie uzyskał wyjaśnień co do kosztów sprzętu i zakupu materiałów. Podniósł, że nie oczekiwał kalkulacji okresu letniego z powodu zakupu w tym okresie materiałów, lecz oczekiwał przedstawienia kalkulacji szczegółowej kosztów zużycia materiałów w okresie zimowym. Wskazując termin zapłaty faktur za paliwo stwierdził, że są to okresy cykliczne i regulowane na bieżąco bez względu na porę roku, wobec tego niezasadne jest wliczenie kosztów paliwa do okresu letniego i nie uwzględnienie ich w kosztach utrzymania zimowego.

Wskazał, że wymagał zatrudnienia 1 osoby w 1. kwartale w ramach klauzuli społecznej w pełnym wymiarze godzinowym, co znajduje odzwierciedlenie w § 13 projektu umowy. Ponadto w pkt 3.3 ppkt c SIWZ określił rodzaj czynności, do których realizacji w sposób ciągły wymagał zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy zgodnie z art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, podobnie jak osoby bezrobotnej zgodnie

z § 12 umowy oraz pozostałych osób wykonujących zamawiane usługi. Z wyjaśnień odwołujących jednoznacznie wynika, że osoby poza osobą bezrobotną będą zatrudnione wg potrzeb w ograniczonym wymiarze godzin pracy (1 st. zz). Zatem, w razie braku zz, faktycznie 1 osoba będzie wykonywała pracę na podstawie umowy o pracę. Co do wyznaczenia odwołujących jako podmiotów, u których będzie wykonywana kara ograniczenia wolności oraz prace społecznie użyteczne przez skazanych przez Sąd Rejonowy w Jastrzębiu-Zdroju, wskazał że jest to zdarzenie przyszłe i niepewne, zwłaszcza że chodzi o okres zimowy.

Odnośnie do sprzętu zamawiający wskazał, że w formularzach ofert na str. 2 części I, II, V, VI VIII w tabeli ppkt 5 odwołujący wykazali dysponowanie wymaganym sprzętem (3 szt.) na podstawie umowy najmu, zatem byli zobowiązani do przedstawienia szczegółowej kalkulacji kosztów eksploatacji sprzętu (sprzęt spełniający normy emisji stanowi przedmiot punktacji).

Odnośnie uznania czynu nieuczciwej konkurencji zamawiający wskazał, że w opisie sposobu obliczenia ceny oferty w przedstawionym wzorze, zgodnie z którym wykonawca był zobowiązany obliczyć wartości zadania w okresie zimowym (1 okres zimowy, to czasokres od 1 grudnia do 31 marca), należało uwzględnić ilości: 51 dni 0 stopnia zz – prac 40

---

porządkowych, 44 dni 0 stopnia zz – posypywania miejsc niebezpiecznych, 26 dni 1 stopnia zz. Ilość dni była istotnym parametrem obliczenia ceny oferty w zakresie zimowego utrzymania miasta.
W załączniku 1a do oferty odwołujący przedstawili wyliczenia ze wskazaniem tych dni, jednakże z wyjaśnień część tajna, str. 5, 6 – specyfika sezonu zimowego (pkt 3 str. 5) wynika, że odwołujący przyjęli ilości dni wskazane na str. 6 wyjaśnień jako średniomiesięczną wielkość. Zamawiający stwierdził, że obliczając cenę przedstawioną w załączniku 1a odwołujący zastosowali ilość dni wskazanych w SIWZ, natomiast w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień, by uzyskać cenę wskazaną w załączniku nr 1a, biorąc pod uwagę koszty pracownicze wynikające z ustawy, odwołujący przyznali w wyjaśnieniach, że faktycznie nie zastosowali się do ilości dni, które wynikają z SIWZ.

Na podstawie § 6 projektu umowy przedstawiającego zasady kontroli i zasady oceny tej kontroli w sezonie zimowym, zamawiający stwierdził, że tak niskie oszacowanie okresu zimowego w stosunku do okresu letniego powoduje, że odwołujący będzie inaczej potraktowany niż pozostali wykonawcy (z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji).

Wykonawca MASBUD Plus Sp. z o.o. (przystępujący w zakresie części VIII) – złożył dodatkowe pisma oraz dowody, w których przedstawiono zestawienie: cenę oferty przystępującego, średnią cen złożonych ofert 18 firm oraz średnią cen ofert odwołujących złożonych na 6 kwartałów. Wszystkie wielkości w przeliczeniu na 100 m^2. W tabeli przedstawiono procentowy stosunek cen ofert obu wykonawców (odwołujących) i 18 wykonawców w stosunku do kwoty przyjętej przez zamawiającego. Na podstawie analizy złożonych przez odwołujących na rozprawie kalkulacji kosztów, uczestnik postępowania wykazał, że przedstawione w kalkulacji koszty utrzymania pracowników przewyższają koszty ogólne utrzymania zimowego, co potwierdza rażące zaniżenie ceny.

Odnośnie czynu nieuczciwej konkurencji stwierdził, że przemieszczanie kosztów w celu uzyskania efektów w innej części zamówienia, jest czynem nieuczciwej konkurencji, narusza dobre obyczaje, zagraża interesom klienta. Podkreślił, że odwołujący stwierdził (przyznał), że kalkulację oferty przez obniżenie kosztów utrzymania zimowego sporządził świadomie by nie płacić kar umownych, zatem w ocenie przystępującego spełnione zostały przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji.

Wykonawca Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowo-Produkcyjne „EKOSYSTEM" Sp. z o.o. (przystępujący w zakresie kwartałów I i V – oferta wybrana jako najkorzystniejsza). Argumentacja przedstawiona przez MASBUD odnośnie kwartału VIII ma pełne zastosowanie do kwartałów I i V. Koszt utrzymania zimowego za 2018 rok w kwartale V (zał. 1a), kwota 1m-ca przedstawiona przez odwołujących nie wystarcza nawet na utrzymanie 1 pracownika 41

---

zatrudnionego na podstawie umowy o pracę. Co do kosztu zakupu materiałów (zał. 8 do SIWZ część II str. 49 pkt 13), w ramach wykonania utrzymania zimowego wykonawca zobowiązany jest do zakupu kruszyw i piasku, co obala twierdzenie, że koszty te można było przenieść na utrzymanie letnie.

W zakresie zatrudnienia pracowników, przystępujący wskazał, że oferuje 10

pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, którzy będą pracowali przy usłudze w I kwartale. Odwołujący w wyjaśnieniach podał, że zakres ten wykona przy zatrudnieniu 1 pracownika zatrudnionego w pełnym wymiarze czasu pracy i 5 „z doskoku", gdy zamawiający wymagał, aby pracownicy byli zatrudnieniu w pełnym wymiarze czasu pracy na podstawie umowy o pracę. Kwartał I ma powierzchnię około 175 000 m ^{2}, V około 70 000 m ^{2},
a odwołujący przewiduje zatrudnienie po 1 osobie w pełnym wymiarze czasu pracy.

Oceniając materiał dowodowy, Izba uznała, że **odwołania podlegają oddaleniu.**

Przepisy art. 90 ust. 1 i ust. 1a ustawy Pzp uprawniają i zobowiązują zamawiającego, w zależności od okoliczności konkretnego przypadku, do zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu w określonym zakresie.

Przepis ust. 2 wskazuje z kolei, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Zatem obowiązkiem wykonawcy wezwanego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp jest złożenie wyjaśnień precyzyjnych, należycie umotywowanych, rozpraszających wątpliwości zamawiającego. Wyjaśnienia winny czynić zadość żądaniom wskazanym w wezwaniu.

W wyroku z dnia 9 listopada 2012 r. (sygn. akt KIO 2338/12) stwierdzono, *„że celem składania wyjaśnień, jest przedstawienie przez wykonawcę konkretnych, obiektywnych, dających się skalkulować czynników, które umożliwiły obniżenie ceny. Zbytecznym jest zatem przywoływanie w nich zwłaszcza orzecznictwa, poglądów doktryny na temat pojęcia „rażąco niska cena", powoływanie się na własne doświadczenie, czy też ogólne oświadczenie, że zaoferowano całość przedmiotu zamówienia."*

Skutkiem nie udzielenia wyjaśnień lub udzielenia wyjaśnień, których ocena wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę, lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, jest odrzucenie oferty zgodnie z art. z 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Przepis nie definiuje okoliczności odpowiadających nie udzieleniu przez wykonawcę wyjaśnień. Przyjmując wykładnię literalną oraz celowościową przepisu, orzecznictwo Izby

i sądów powszechnych należy uznać, że nie udzielenie wyjaśnień, to zarówno sytuacja gdy wykonawca nie udziela wyjaśnień traktując milcząco wezwanie zamawiającego, a także, gdy udziela wyjaśnień pozornych, niewłaściwych, nie odpowiadających treści wezwania zamawiającego.

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 stycznia 2014 r. sygn. akt KIO 61/14, wskazano, że w orzecznictwie zarówno Izby, jak i Sądów Okręgowych za utrwalony należy uznać pogląd, że hipotezą normy prawnej zawartej w przepisie art. 90 ust. 3 ustawy nie jest objęta jedynie sytuacja, w której wykonawca nie złoży jakichkolwiek wyjaśnień, a więc nie odpowiedział na wezwanie, ale również, gdy wyjaśnienia są niepełne, albo niedostateczne (wyrok S.O. w Poznaniu z 4 czerwca 2008 r. sygn. akt X Ga 127/08).

Zważywszy, na przedmiot zamówienia, wymagania zamawiającego dotyczące sposobu wyliczenia cen ofert w odniesieniu do każdej części zamówienia, z obowiązkowym rozgraniczeniem okresów i odpowiednim podzieleniem kosztów zamówienia na utrzymanie letnie, utrzymanie zimowe i inne koszty oraz zaoferowane przez odwołujących ceny w zakresie utrzymania zimowego miasta na poziomie 5,29-7,88% w stosunku do kosztów przyjętych przez zamawiającego oraz cen pozostałych ofert złożonych w częściach, w których oferty złożyli odwołujący, zamawiający był zobowiązany do zwrócenia się do odwołujących
o udzielenie wyjaśnień wraz ze złożeniem dowodów dotyczących sposobu wyliczenia cen za istotne części składowe ofert w zakresie utrzymania zimowego miasta (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp). Czynność ta nie był kwestionowana i nie była sporna.

Zamawiający w przejrzysty sposób skonstruował wezwania uzasadniając podstawę wezwań oraz wskazując zakres oczekiwanych wyjaśnień. Poza wyszczególnieniem ustawowych elementów wyliczenia ceny zawartych w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jako przykładowych, wskazał indywidualne dla przedmiotu zamówienia uwarunkowania, zaznaczając że oczekuje szczegółowej kalkulacji ceny w zakresie utrzymania zimowego miasta, a więc części składowej oferty – koszty pracy precyzując zakres kosztów, które mają stanowić przedmiot wyjaśnienia, koszty sprzętu przeznaczonego do realizacji zamówienia w zakresie utrzymania zimowego, koszty materiałów niezbędnych do utrzymania zimowego.

Uwzględniając postanowienia SIWZ, w szczególności dotyczące podziału przedmiotu zamówienia na utrzymanie letnie, zimowe, inne prace, sposób obliczenia ceny przez zastosowanie załącznika 1a do SIWZ, należy uznać, że z wezwania wynikał obowiązek przedstawienia sposobu wyliczenia cen dotyczących wyłącznie utrzymania zimowego miasta, zaoferowanych w załącznikach 1a do ofert.

43

Załącznik nr 1a zgodnie z pkt 13 ppkt 1 SIWZ *„stanowi elektroniczny kalkulator służący do wyliczenia wartości zadania. Dokument przygotowany jest w taki sposób,* że *po wpisaniu przez wykonawcę wartości cenowych zostanie wyliczona automatycznie wartość zadania.”*

Szczegółowa kalkulacja kosztów to przedstawienie sposobu obliczeniu cen jako sumy iloczynów: ilości ustalonych jednostek, jednostkowych nakładów rzeczowych i ich cen oraz doliczonych odpowiednio kosztów pośrednich i zysku, z uwzględnieniem podatku od towarów i usług (VAT) – wyłącznie w tym przypadku w zakresie utrzymania zimowego z uwzględnieniem, że utrzymanie zimowe, to okres 4. miesięcy (1 grudzień – 31 marzec).

Odwołujący złożyli obszerne pod względem ilości stron opracowania w sensie fizycznego przedstawienia plików różnych dokumentów (kserokopii), łącznie kilkaset stron, które wskazano wyżej w części uzasadnienia dotyczącego ustaleń Izby. Większość złożonych materiałów, to załączniki jawne i niejawne (z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa), stanowiące pełne teksty dokumentów, bez skonkretyzowania ich wpływu na kalkulację ceny. Izba wskazywała w orzecznictwie jako zbędne, nie osiągające zamierzonego efektu, znaczne ilości załączników, których nie wykorzystywano w przedstawianej kalkulacji ceny, składanych dla efektu obszernych wyjaśnień.

Co do złożenia wyjaśnień, odwołujący przekazali dokumenty zamawiającemu, nie złożyli jednak wyjaśnień żądanych przez zamawiającego. Odwołujący nie przedstawili szczegółowej kalkulacji utrzymania zimowego miasta z uwzględnieniem wymagań przedstawionych w wezwaniu.

Wskazali koszty okresu letniego, które nie stanowiły przedmiotu wezwania. W kosztach okresu zimowego zamieścili koszty innych prac stanowiących odrębny niezależny element. Koszty zakupu materiałów służących do utrzymania zimowego – sól, piasek zostały uwzględnione w kosztach letniego utrzymania, wg okresu zakupu, gdy w istocie stanowią one koszty utrzymania zimowego i w kosztach tego okresu powinny być uwzględnione. Podobna kwalifikacja dotyczyła kosztów paliwa przeznaczonego do utrzymania zimowego. Zgodnie
z załącznikiem nr 1a do oferty, część 1 to koszty utrzymania letniego, część 2 zimowego ze wskazaniem ilości dni zagrożenia zimowego jakie należało przyjąć przy kalkulowaniu ceny, część 3 koszty innych prac. Odwołujący zaniżyli koszty utrzymania zimowego oferując je na rażąco niskim poziomie (5,29-7,88% w stosunku do cen ofert pozostałych wykonawców oraz przyjętej przez zamawiającego kwoty na podstawie dokonanej kalkulacji). Nie przedstawili odnośnie okresu zimowego kalkulacji dotyczących materiałów i sprzętu.

44

Co do zatrudnienia osób na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy, odwołujący nie przedstawili przejrzystej kalkulacji, przede wszystkim nie wyjaśnili elementów, które wpłynęły na obniżenie kosztów utrzymania zimowego z tego tytułu. Wskazali, że zatrudnią osobę bezrobotną (1 osobę na 1 część) w pełnym wymiarze czasu pracy w okresie zimowym, pozostałe osoby byłyby faktycznie zatrudnione w wymiarze 43 godz./m-c, sprzecznie z pkt 3.3. lit. c SIWZ (rodzaj czynności niezbędnych do realizacji zamówienia, których wykonanie wymaga zatrudnienia osób na podstawie umowy o pracę) oraz § 13 ust. 3 projektu umowy – zatrudnienia osoby lub osób na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze godzinowym.

Obowiązkiem wykonawców było przedstawienie cen ofert z uwzględnieniem ilości dni zagrożenia zimowego, które należało przyjąć do utrzymania zimowego (3 grupy dni). Odwołujący przyjęli własne założenia powodując tym zaniżenie cen utrzymania zimowego,
w sytuacji gdy pozostali wykonawcy wskazali ceny na poziomie zbliżonym w swoich ofertach i na poziomie zbliżonym do szacunku zamawiającego. Właściwe skalkulowanie ceny ma

znaczenie ze względu na kształtowanie rzeczywistego wynagrodzenia otrzymywanego przez wykonawcę świadczącego usługi – zgodnie z § 17 wzoru umowy, w którym co do wynagrodzenia zastosowano podział na 3 zakresy: utrzymania letniego, zimowego i innych prac (zgodność z załącznikiem 1a). Znaczenie ma również w odniesieniu do systemu kontroli i oceny wykonywania usługi zgodnie z § 6 projektu umowy.

Okres utrzymania zimowego jest trudniejszy w stosunku do utrzymania letniego. Ustalenie wynagrodzenia na niższym poziomie w zakresie utrzymania zimowego, przy uwzględnieniu wyników kontroli powodujących zmniejszenie wynagrodzenia o niewykonany zakres rzeczowy i jakościowy robót wg. wskaźnika procentowego (§ 6 ust. 7 projektu umowy) powoduje, że wykonawca zaniżający cenę za utrzymanie zimowe uzyska wyższe wynagrodzenie, niezasadnie w stosunku do innych wykonawców, którzy właściwe skalkulowali ceny swoich ofert, w sposób rzetelny z zastosowaniem kalkulacji zimowej.

Odwołujący skalkulowali ceny w zakresie utrzymania letniego miasta na bardzo wysokim poziomie, rażąco obniżając koszty utrzymania zimowego – okoliczności potwierdzone na rozprawie.

Dla przedstawienia skali zaniżenia kosztów, zamawiający oświadczył na rozprawie przy braku przeciwnego stanowiska, że koszty odwołujących z poprzednich umów, przykładowo 2016 rok kwartał VIII, kwota utrzymania zimowego wynosiła 137.921,35 zł, stanowią w stosunku do kwoty obecnie oferowanej 290%.

Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z dnia 23 kwietnia 2009 r., sygn. akt XII GA 117/09 orzekł, że obliczenie ceny oferty w sposób sprzeczny ze sposobem wskazanym w SIWZ powoduje, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji, w sytuacji, gdy sposób obliczenia ceny został w SIWZ określony (zasadność odrzucenia oferty).

Izba wskazuje, że ocena wyjaśnień udzielonych na wezwanie zamawiającego należy do kompetencji zamawiającego, w postępowaniu odwoławczym oceniane są czynności zamawiającego i zaniechania czynności, do których zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy, a więc oceniane jest czy zamawiający właściwie ocenił wyjaśnienia odwołujących ze skutkiem odrzucenia ofert. Wyjaśnienia i dowody niezłożone w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, składane na rozprawie z pominięciem możliwości oceny przez zamawiającego, są spóźnione.

Izba podzieliła ocenę zamawiającego co do nie przedstawienia szczegółowej kalkulacji kosztów utrzymania zimowego, zwłaszcza że odwołujący zostali zobowiązani do odniesienia się do konkretnych żądań zamawiającego, a nie składania wyjaśnień w zakresie nie wynikającym z wezwania. Celem wyjaśnień było wykazanie realności zaoferowanej ceny, natomiast obowiązkiem odwołujących było udzielenie wyjaśnień na wyższym poziomie szczegółowości, niż informacje, które znalazły się w ofercie. Odwołujący nie wykazali faktycznych kosztów, jakie winni ponosić w okresie zimowym przy uwzględnieniu poziomu szczegółowości wskazanego w wezwaniach. Nie odnieśli się do wszystkich elementów cenotwórczych zgodnie z żądaniem zamawiającego. Nieprzedłożenie szczegółowej kalkulacji zgodnie z oczekiwaniami zmawiającego uniemożliwiło pozytywną weryfikację złożonych wyjaśnień. Tym samym nie można było uznać czynności odwołujących za spełniające wymóg złożenia wyjaśnień.

Na podstawie wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1 grudnia 2008 r. V Ca 1784/08 – zachowującym aktualność, co do jakości wyjaśnień, można przyjąć, że samo zestawienie kosztów, w dodatku fragmentaryczne, powoduje sytuację równoznaczną z tą, jak gdyby wykonawca wezwany w trybie art. 90 ust. 1 Pzp w ogóle nie złożył wyjaśnień. To z kolei oznacza, że oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp.

Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp) w zw. z art. 29 ust. 1 pkt 3a nie została podważona przez odwołujących. Nie wykazali w wyjaśnieniach uwzględnienia zatrudnienia osób zadeklarowanych w oświadczeniu z dnia 29 grudnia 2016 r. *„[...] w danym okresie rozliczeniowym na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze godzinowym."* Odwołujący sami określili ilości osób w złożonych zamawiającemu

oświadczeniach. Obowiązkowy wymiar czasu pracy został określony w SIWZ (pkt 3.3) i załącznikach (§ 12 i 13 projektu umowy).

Skalkulowanie kosztów utrzymania zimowego na podstawie samowolnie przyjętych wskaźników (własne założenia co do ilości dni zimowego utrzymania bazujące na dotychczasowym własnym doświadczeniu, kwestionujące na tym etapie postępowania wymagania wynikające z SIWZ, które miały gwarantować przygotowanie ofert porównywalnych względem siebie) przez przyjęcie przez odwołujących zaniżonej wartości w stosunku do założeń zamawiającego, spowodowało bardzo niski udział procentowy oferowanych przez odwołującego kosztów utrzymania zimowego do wartości kosztorysowej utrzymania zimowego sporządzonej przez zamawiającego (6,74% 7,88%, 7,47%, 7,09%, 6,86% 5,29% - kwartały: I, II, VIII, V, VI, XVII).

Odwołujący realizując umowę na rzecz zamawiającego i znając mechanizmy w zakresie kontroli i jej skutków w postaci wpływu na uzyskiwane wynagrodzenie, wyliczyli ceny ofert w zakresie utrzymania zimowego w sposób, który wskazuje przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji (wg klauzuli generalnej - art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji), co stanowi ziszczenie się przesłanek z art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba wskazuje, że zasadność chociażby jednej z 3. podstaw odrzucenia ofert, stanowi podstawę oddalenia odwołań.

Podstawa wskazana w pkt 4 w zakresie części I, II, VIII, VI – wobec niepodważenia żadnej z 3. podstaw (1-3) odrzucenia ofert, nie ma wpływu na rozstrzygnięcie. Z tego tytułu nie nastąpiło też naruszenie art. 26 ust. 3a ustawy Pzp. Wobec odrzucenia ofert zamawiający nie był zobowiązany do wzywania odwołujących w trybie wskazanym w tym przepisie.

Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia w częściach VI i XVI z uwagi na fakt, że nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, nie stanowi naruszenia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze jednoznaczne potwierdzenie sposobu wyliczenia ceny za utrzymanie zimowe miasta i brak podstaw do uzupełnienia czynności wyjaśnienia ceny za część składową oferty, Izba oddaliła odwołania na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania 47

---

wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238, z późn. zm.). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego wpisy w łącznej kwocie 30 000 zł uiszczone przez odwołujących.

Przewodniczący: ……...