

WYROK
z dnia 3 grudnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Monika Szymanowska**

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 listopada 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 listopada 2019 r. przez wykonawcę J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W. w Bytomiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Bytom – Miejski Zarząd Zieleni i Gospodarki Komunalnej w Bytomiu przy udziale wykonawcy Zakład Robót Drogowych ORFIN Sp. z o.o. Sp. k. w Radzionkowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu dla rejonu nr 1 postępowania:
 - 1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - 1.2. dokonanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Zakład Robót Drogowych ORFIN Sp. z o.o. Sp. k. w Radzionkowie, ponieważ jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.), jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p.), zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p.) i błąd w obliczeniu ceny (art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p.),

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Gminę Bytom – Miejski Zarząd Zieleni i Gospodarki Komunalnej w Bytomiu i:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W. w Bytomiu,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego Gminy Bytom – Miejskiego Zarządu Zieleni i Gospodarki Komunalnej w Bytomiu na rzecz wykonawcy J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W. w Bytomiu kwotę w wysokości 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

wyroku z dnia 3 grudnia 2019 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 2332/19

Zamawiający Gmina Bytom – Miejski Zarząd Zieleni i Gospodarki Komunalnej, ul. Smolenia 35, 41-902 Bytom, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Letnie i zimowe utrzymanie czystości i konserwacja zieleni w pasie drogowym na terenie miasta Bytomia”, podzielone na części, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w dniu 17 lipca 2019 r. pod numerem 2019/S 136-335390 w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, zwane dalej jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie na usługę, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) zwanej dalej jako „p.z.p.”, jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 7 listopada 2019 r. dokonano ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, zaś 18 listopada 2019 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu, w zakresie rejonu nr 1, wniósł wykonawca J. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W., ul. Władysława Łokietka 4, 41-933 Bytom, dalej zwany jako „odwołujący”.

Odwołujący we wniesionym środku zaskarżenia postawił zamawiającemu następującego zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez wadliwą ocenę treści oferty i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Zakład Robót Drogowych Orfin spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Radzionkowie - dalej: „ZRD Orfin” - mimo, iż treść tej oferty jest sprzeczna z treścią SIWZ;
2. art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp poprzez pominięcie faktu, iż oferta ZRD Orfin zawiera błędy w obliczeniu ceny oferty lub kosztu, przy czym oferta nie może być poprawiona w sposób dopuszczalny przez art. 87 ust. 2 Pzp i zaniechanie odrzucenia oferty ZRD Orfin;
3. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp poprzez wadliwą ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ZRD Orfin mimo, iż wykonawca ten nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3 Pzp, a jego oferta zawiera rażąco niską cenę;
4. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób niezgodny z przepisami ustawy (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy).

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie rejonu nr 1, powtórzenie czynności badania i oceny oferty ZRD Orfin oraz odrzucenie tej oferty, a także dokonanie wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu wniesionego środka ochrony prawnej odwołujący przytoczył dotychczasowy przebieg postępowania i podniósł co następuje.

I. Zarzut dotyczący niezgodności treści oferty ZRD Orfin z treścią SIWZ.

1. Pozycje formularza ofertowego: „Oczyszczanie letnie” poz. 1 „Mechaniczne i/lub ręczne oczyszczanie nawierzchni jezdni ulic kategorii II 3 razy w tygodniu”, „Utrzymanie zimowe” poz. 5 „Oczyszczanie ulic pozimowe”, „Całoroczne utrzymanie” poz. 1 „Mechaniczne i/lub ręczne oczyszczanie nawierzchni jezdni na wskazanie”.

W ocenie odwołującego wykonawca nie uwzględnił wszystkich warunków realizacji zamówienia. Zamawiający wymagał, aby prace w wyżej wskazanych pozycjach były wykonywane mechanicznie, ręcznie lub stosowano obie te metody, oczywistym jest dominacja prac w sposób mechaniczny, jednak niektóre prace muszą być wykonane ręcznie. ZRD Orfin uwzględnił jedynie prace wykonywane mechanicznie, co wynika z przedstawionych przez niego wyjaśnień, tj. z kalkulacji ceny. W kalkulacji nie przewidziano ręcznego oczyszczania i nie zostało ono skalkulowane. Zdaniem odwołującego oczyszczanie ręczne jest konieczne i istotne dla zamówienia, ponieważ pozwala uporządkować miejsca, gdzie nie można zastosować maszyn i urządzeń. Takimi miejscami na drodze są wysepki rozjazdowe, korytarz ściekowy, wodościeki, torowiska tramwajowe, utwardzone wysepki rozjazdowe wystające ponad nawierzchnię jezdni i podobne elementy drogi. Prace te zdefiniowane zostały w dziale I pkt II ppkt 2.16 SOPZ (załącznik nr 2 do SIWZ) i w dziale II pkt I ppkt 1 i 2 SOPZ. Ponadto, wykonawca skalkulował pracę jedynie 4 kierowców, którzy obsługują 4 zmiatarki i ani w ofercie, ani w wyjaśnieniach, nie wykazano pracowników wykonujących usługi ręcznie przy pomocy miotły, drapaka, łopaty, etc. W ocenie odwołującego stanowi to niezgodność w zakresie sposobu realizacji zamówienia. Usługi nie można wykonać jedynie mechanicznie, bez doczyszczania ręcznego. Wykonawca ZRD Orfin nie przewidział czynności wykonywanych ręcznie, albo czynności te nie zostały wycenione. W obu przypadkach oferta wykonawcy ZRD Orfin powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Dalej odwołujący wskazał, że wykonawca ZRD Orfin nie uwzględnił pełnego zakresu prac. Jak wynika dla odwołującego z kalkulacji wykonawcy ustalił on długość ulic do oczyszczania w wymiarze 74,586 km. Miara ta jest długością drogi, a nie trasy, którą muszą pokonać zmiatarki. Na terenie miasta Bytomia występują drogi dwupasmowe, czteropasmowe, a także drogi, które oprócz pasów jazdy posiadają pasy wyłączń z ruchu (zjazdy) i inne elementy, które także podlegają oczyszczaniu. Długość trasy przejazdu

zamiatarki jest zatem zawsze większa, niż długość drogi i jest wielokrotnością długości drogi, w zależności od ilości pasów, zjazdów. ZRD Orfin nie uwzględnił także manewrów technologicznych, tj. zjazdów w celu poboru wody, koniecznej do zmiatania, czy zjazdów na składowisko odpadów w celu ich utylizacji oraz powrotów technologicznych.

Odwołujący wskazał również, że wykonawca ZRD Orfin nie uwzględnił opłat środowiskowych w związku ze zbieranymi odpadami. Informacji takiej ma w kalkulacji. Rzeczne opłaty za wprowadzenie zmian w środowisku to zobowiązanie podatkowe ustalone na podstawie ustawy z 27.04.2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz.U. z 2019 r. poz. 1396) i ustawy o odpadach z dnia 14.12.2012 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 701). Opłaty środowiskowe są ustalane na podstawie Obwieszczenia Ministra Środowiska z dnia 03.10.2018 r. w sprawie wysokości stawek opłat za korzystanie ze środowiska na rok 2019, wydanego na podstawie art. 291 ust. 2 Prawa ochrony środowiska. Cena za składowanie odpadów o kodzie 20 03 03 jest obciążana obowiązkową opłatą w wysokości 94,70 zł/Mg, ustalono to w pozycji porządkowej 1053 Obwieszczenia. Natomiast cena, którą skalkulował ZRD Orfin za odpady o kodzie 20 03 03, wynosi 80,00 zł/Mg i jest o 14,70 zł niższa, niż obowiązkowa urzędowa opłata - podatek. Zatem jest to wycenione poniżej kosztów świadczenia usługi. Śmieci w tej cenie nie mogą zostać zutylizowane, nie naliczono właściwej opłaty, co stanowi naruszenie przepisów o ochronie środowiska i opłatach z nim związanych. Oferta jest w tym zakresie niezgodna z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa.

Dodatkowo, cena w wysokości 80,00 zł/Mg nie tylko nie pokrywa urzędowych opłat, ale jest skalkulowana poniżej nich. Hipotetycznie możliwe są dwa wytłumaczenia. Można domniemywać, że albo odpady nie będą składowane na legalnych składowiskach, co może doprowadzić do degradacji środowiska, lub przedsiębiorca nie odprowadzi obowiązkowych opłat urzędowych. Oferta ZRD Orfin powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

2. Pozycja formularza ofertowego „Oczyszczanie letnie” poz. 2 „Polewanie nawierzchni jezdni ulic na wskazanie”.

Odwołujący stwierdził, że w kalkulacji wykonawcy dla tej pozycji również ustalono wadliwą długość ulic do polewania na 37,293 km, kiedy miara ta jest długością drogi, zaś długość trasy przejazdu powinna stanowić wielokrotność długości drogi, w zależności od ilości pasów, zjazdów. Wykonawca nie uwzględnił także manewrów technologicznych, tj. zjazdu w celu poboru wody, zjazdu na składowisko odpadów, powrotów technologicznych. W szczególności, iż w wycenie wykonawca ZRD Orfin założył, że do wykonania usługi niezbędne jest około 81 m³ wody, która będzie transportowana polewaczką o pojemności 6 m³. Oznacza to, że należy wykonać około 14 kursów w celu uzupełnienia napełnienia polewaczki, aby mogła ona rozlać 81 m³ wody. Wykonawca zatem nie uwzględnił kursów wymaganych do napełnienia polewaczki.

3. Pozycja formularza ofertowego „Utrzymanie zimowe” poz. 2 „Akcja zima dobowa”.

Odwołujący zauważył, że zamawiający w dziale I pkt II ppkt. 2.13 SOPZ wskazał, że środki chemiczne do usuwania śliskości zimowej mają być stosowane zgodnie z rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 27.10.2005 r. (Dz. U. nr 230 poz. 1960), co również zostało potwierdzone przez zamawiającego w dziale IV podstawowe obowiązki wykonawcy, pkt 6 SOPZ. Zgodnie z przywołanym rozporządzeniem na drogach publicznych używane są różne rodzaje środków chemicznych, w postaci stałej i zwilżonej. Wykonawca powinien uwzględnić w wycenie następujące środki chemiczne: chlorek sodu (NaCl), chlorek magnezu (MgCl₂), chlorek wapnia (CaCl₂), a także mieszanki tych środków, w różnych konfiguracjach i proporcjach. Załączony do rozporządzenia załącznik nr 1 i 2 przewiduje dawki i warianty ich zastosowania, w zależności od podejmowanych działań, stanu nawierzchni i temperatury. Rozporządzenie zawiera około 19 wariantów możliwego dawkowania środków i ich kombinacji. Wykonawca ZRD Orfin w ofercie i w złożonych wyjaśnieniach przewidział jedynie jedną dawkę i jeden rodzaj środka chemicznego. Wskazał, że będzie używał wyłącznie soli drogowej (chlorek sodu - NaCl) w dawce 25g/m², co jest niewystarczające do zapobiegania powstawaniu oblodzenia i gołoledzi w temperaturze -7°C, zapobiegania powstawaniu śliskości pośniegowej w temperaturze poniżej -10°C, likwidacji gołoledzi, oblodzeń, śliskości pośniegowej, pozostałości świeżego opadu śniegu po przejściu pługów w temperaturach poniżej -7°C. Ponadto w ocenie odwołującego sól drogowa w dawce 25g/m² w ww. warunkach przestaje być skuteczna. Oznacza to, że oferta wykonawcy jest niezgodna z wymaganiami zamawiającego, ponieważ nie przewiduje zwalczania śliskości zimowej w temperaturze poniżej -7°C, co wynika z danych zawartych w rozporządzeniu i w wyjaśnieniach ZRD Orfin.

4. Pozycje formularza ofertowego: „Utrzymanie zimowe” poz. 3 „Akcja zima przejazd jednorazowy”, poz. 4 „Przejazd interwencyjny”.

Odwołujący podniósł, iż w przedmiotowych pozycjach wykonawca ZRD Orfin będzie używał wyłącznie soli drogowej (chlorek sodu, NaCl) w dawce 10g/m², kiedy dawka ta może być zastosowana jedynie do jednego zabiegu - zapobiegania powstawaniu śliskości pośniegowej, tzw. profilaktyki, w temperaturze maksymalnie do -2°C. Ustalona dawka jest niewłaściwa dla każdego innego rodzaju działalności związanej z zapobieganiem, czy likwidacją śliskości zimowej. Rodzaj środka i dawka jest niewystarczająca do zapobiegania powstawaniu oblodzenia i gołoledzi, zapobiegania powstawaniu śliskości pośniegowej w temperaturze poniżej -3°C i dalej, likwidacji gołoledzi, oblodzeń, śliskości pośniegowej, pozostałości świeżego opadu śniegu po przejściu pługów. Sól drogowa w dawce 10g/m² jest dawką zbyt małą, aby mogła być skuteczna. Oznacza to, że oferta wykonawcy ZRD Orfin jest niezgodna z wymaganiami zamawiającego, ponieważ nie przewiduje zwalczania śliskości zimowej, a jedynie profilaktykę, związaną z powstawaniem śliskości pośniegowej.

5. Pozycja formularza ofertowego „Całoroczne utrzymanie” poz. 2 „Oczyszczanie trawników, pasów przyjezdniowych na wskazanie”.

W SOPZ w dziale II pkt VII zamawiający wskazał, że oczyszczanie pasów przyjezdniowych polega na usuwaniu wszelkich zanieczyszczeń, w tym na wygrabieniu i wywozie opadłych liści, usunięciu powalonych drzew, których średnica wynosi mniej niż 16 cm, a także innych zanieczyszczeń, wywołanych zjawiskami pogodowymi, lub działalnością człowieka, czy zdarzeniami losowymi. Czytając te obowiązki łącznie z punktem działu I pkt II ppkt 2.1 SOPZ mogą to być różne zanieczyszczenia, czyli wszelkiego rodzaju opakowania, szkło, butelki, folie, resztki pokarmów, zwłoki zwierząt, lub ich części, porzucone i zgubione ładunki, papa, styropian, azbest, wełna mineralna, elementy pojazdów, itd. Wykonawca ZRD Orfin w swojej wycenie założył, że szacunkowa ilość zebranych odpadów (urobek), przy jednokrotnym oczyszczaniu powierzchni 716 116 m² (71,61 ha), będzie wynosiła 0,03 Mg = 30 kg, o wartości 13,50 zł, czyli: 0,03 Mg x 1 000 g = 30 kg. Biorąc zatem pod uwagę doświadczenie życiowe, a także dane z poprzednich realizacji, trudno uznać za wiarygodne, że z takiej powierzchni zostanie zebrane tylko 30 kg zanieczyszczeń, czyli worek odpadów. Ilość ta jest niewiarygodna dlatego, że drzewa i krzewy zanieczyszczają oczyszczany teren odpadami biodegradowalnymi, liśćmi. Jedno przeciętne drzewo o wysokości 15 m posiada około 60 000 liści. Zamówienie przewiduje wykonanie czterokrotnego wygrabienia w okresie trwania umowy, dwukrotnie wiosną i dwukrotnie jesienią. Z wyjaśnień i z oferty ZRD Orfin nie wynika, aby wykonawca w ogóle przewidział prace polegające na wygrabieniu liści. Wniosek taki można wyciągnąć ze wskazanej liczby pracowników, czasu pracy, a także ilości odpadów. W okresie umownym wykonawca założył powierzchnię 716 116 m² x 88 krotności = 63 018 208 m², tj. 63 018,82 ha. Z takiej powierzchni założono zebranie odpadów w ilości 30 kg (jednorazowa zbiórka) x 88 krotności = 2 640 kg (około 2,5 tony). Zatem, według odwołującego, oferta ZRD Orfin jest niezgodna z przedmiotem zamówienia w tym zakresie.

II. Zarzut dotyczący wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez ZRD Orfin.

Na wstępie odwołujący przypomniał, że zamawiający w dniu 15 października 2019 r. przekazał dwa pisma, w których poinformował o unieważnieniu czynności oceny i wyboru oferty wykonawcy ZRD Orfin oraz o powtórzeniu czynności oceny oferty odwołującego i wykonawcy ZRD Orfin. Na posiedzeniu Izby pełnomocnik zamawiającego potwierdził, że w toku powtórnego badania i oceny ofert zostaną zweryfikowane wszystkie oferty, w pełnym zakresie, w tym także co do badania rażąco niskiej ceny. Skoro zamawiający „unieważnił” daną czynność, to czynność ta nie może funkcjonować w obrocie prawnym i wywoływać jakiegokolwiek skutku. W konsekwencji zamawiający musi dokonać badania i oceny oferty odwołującego, uwzględniając wszelkie istniejące okoliczności. W ocenie odwołującego zamawiający zaniechał rzetelnej oceny oferty wykonawcy ZRD Orfin, w tym rzetelnego zbadania ceny

i złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, zatem w tych okolicznościach należy powtórzyć stawiane już wcześniej (w poprzednim odwołaniu) zarzuty i argumenty.

Dalej odwołujący wskazał, że podobnie jak w poprzednim odwołaniu, przedstawione przez wykonawcę ZRD Orfin kalkulacje są niewiarygodne i nie wyjaśniają wątpliwości dotyczących przyjętych przez wykonawcę cen. Co więcej, słuszność tego zarzutu potwierdzają też dokumenty, które zostały udostępnione odwołującemu 16 października 2019 r. i później. Wykonawca ZRD Orfin zobowiązany był do udowodnienia, iż zaoferowana przez niego cena ma charakter realny, znajduje odzwierciedlenie w nakładach, które należy ponieść na zrealizowanie przedmiotu zamówienia, a także iż zachodzą po stronie wykonawcy obiektywne czynniki, które umożliwiają obniżenie ceny oferty do zaoferowanego poziomu. Wykonawca powinien był przedstawić konkretne i wyczerpujące wyjaśnienia wraz z dołączeniem adekwatnych dowodów. Natomiast wykonawca ZRD Orfin nie przedstawił żadnych konkretnych informacji, pozwalających na zbadanie zaoferowanej przez niego ceny i odniesienie skalkulowanych kosztów do wartości rynkowych. W opinii odwołującego większość ze wskazanych w wyjaśnieniach warunków cenotwórczych nie świadczy o potencjalnej przewadze konkurencyjnej (korzystniejszych warunkach w zakresie kosztów) ZRD Orfin nad odwołującym, gdyż są one wspólne dla każdego potencjalnego wykonawcy i w żaden sposób nie uzasadniają możliwości zaoferowania przez wykonawcę ceny o ponad połowę niższej od kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (różnica pomiędzy tymi wartościami wynosi ponad 4 miliony złotych) i o ponad 1,6 milionów złotych niższej, niż cena zaoferowana przez odwołującego.

Odnosząc się szczegółowo do poszczególnych czynników wskazanych przez wykonawcę ZRD Orfin w złożonych wyjaśnieniach, odwołujący podniósł co następuje.

1. W zakresie materiałów.

W wyjaśnieniach sposobu kalkulacji ceny wykonawca ZRD Orfin wskazał, że kalkulując cenę oferty uwzględnił m.in. dostępne mu rabaty i upusty, hurtowe zakupy paliw, które pozwalają na uwzględnienie ceny paliwa na poziomie netto 3,719 zł/l oraz możliwość nabywania soli drogowej na bardzo korzystnych warunkach cenowych w okresach, kiedy jej ceny są relatywnie niskie.

Wykonawca ZRD Orfin powołał się na dostępne mu rabaty i upusty, niemniej jednak nigdzie nie wskazał ich wysokości, ani nie określił dla jakich konkretnie materiałów zostały mu one udzielone. Z listy załączników do wyjaśnień wynika również, że wykonawca nie dołączył żadnych dokumentów w postaci np. oświadczeń podmiotów z którymi współpracuje, potwierdzających że takie rabaty i upusty rzeczywiście mu przysługują, a także w jakiej wysokości, zatem zdaniem odwołującego zostało to nieudowodnione.

W zakresie soli drogowej odwołujący wskazał, że o ile faktycznie na rynku występują okresy, kiedy cena soli jest relatywnie niższa - co dotyczy miesięcy letnich, lub wyprzedaży

posezonowych, gdzie ceny są niższe o około 10%, czyli 25,00 zł na tonie - to okres realizacji przedmiotu zamówienia obejmuje dwa sezony zimowe, tj. sezon 2019/2020 i 2020/2021. Łączna ilość materiałów, którą należy zabezpieczyć na jeden rok to 2 833,58 ton, a na dwa sezony 5 667,16 ton. W opinii odwołującego nie jest zatem możliwym zabezpieczenie takiej ilości w okresach wyprzedażowych na cały okres zimowy, zaś wykonawca ZRD Orfin nie udowodnił, że jest inaczej. Na rynku nie zdarza się żeby kopalnia, czy też inny dostawca soli, oferował ją, podając ceny z wyprzedzeniem na dwa sezony. Rabaty i upusty, które można uzyskać w tym zakresie nie są niczym nadzwyczajnym i wszyscy wykonawcy, którzy świadczą usługę zimowego utrzymania wykorzystują wyprzedaże sezonowe. Tym niemniej, nie są one w stanie zapewnić ceny soli o ponad 50% niższej od ceny rynkowej.

Ponadto, w ocenie odwołującego, upust na wyprzedaży przed sezonem jest pozorną oszczędnością, ponieważ wykonawca zakupioną sól musi zmagazynować, co oznacza że do ceny należy doliczyć koszty magazynowania. Gdy się je prawidłowo doliczy, to ceny zakupu soli w okresie wyprzedażowym i jej magazynowania oraz ceny zakupu soli w sezonie ulegają zrównaniu. W koszty magazynowania wchodzi podatki od gruntu, podatek od nieruchomości, koszty amortyzacji budynków magazynowych, ubezpieczenia tych budynków, przeglądu i nadzoru budynków, administracji, ochrony i wiele innych, które niwelują występujące różnice, zaś wykonawca ZRD Orfin nie wyjaśnił tych kosztów.

Dalej odwołujący argumentował, że ZRD Orfin skalkulował cenę oferty przy założeniu, że cena paliwa wynosi netto 3,719 zł/l, kiedy wykonawca nie wyjaśnił, że taka cena faktycznie będzie stosowana. W opinii odwołującego paliwa drożeją, a obniżki można traktować jako chwilowe wahnięcia cen. Jak powszechnie wiadomo rynek paliw jest rynkiem zmiennym. Cena paliwa zależy od ceny surowca, jego dostępności, zmian popytu, podatków, a także zmian cen walut, za które kupowany jest surowiec do jego produkcji. O ile w miesiącu wrześniu paliwa staniały, to nie jest możliwym zagwarantowanie stałej ceny paliwa, w wysokości 3,719 zł/l, w całym okresie obowiązywania umowy. Aktualnie, czyli na dzień złożenia odwołania, cena ta na rynkach hurtowych jest wyższa w stosunku do cen obowiązujących we wrześniu, chociażby z powodu wojny w Iranie, kryzysu w Wenezueli, czy też ataku na petrochemię w Arabii Saudyjskiej, zatem z powodu zdarzeń, które nie były możliwe do przewidzenia.

Wyjaśnienia złożone przez firmę ZRD Orfin nie zawierają żadnej gwarancji, czy dowodu, zapewnienia sobie dostaw po tak niskich cenach w perspektywie półtorej roku trwania umowy. Wskazane czynniki nie są więc czynnikami obiektywnymi, które gwarantowałyby przewagę konkurencyjną, która pozwalałaby na obniżenie ceny aż o 50% w stosunku do cen rynkowych. W praktyce, skoro wykonawca ZRD Orfin nie ma swojego dostawcy, który gwarantuje stałą cenę, to po prostu „szuka okazji” na rynku. Praktyka ta sama w sobie nie jest praktyką naganną, ale jest ona dostępna dla wszystkich przedsiębiorców i nie jest cechą wyróżniającą.

2. W zakresie sprzętu i wyposażenia technicznego.

W złożonych wyjaśnieniach wykonawca ZRD Orfin podniósł, że ma możliwość obniżenia ceny ze względu na nowoczesny sprzęt, który jest ekonomiczny i wydajny, a przy tym eliminuje to koszty pośrednie, związane z koniecznością najmu, dzierżawy, czy leasingu i umożliwia kształtowanie ceny pracy sprzętu na poziomie, który pozwala na pokrycie kosztów. Kiedy należy zauważyć, że w SIWZ zamawiający określił, jakimi narzędziami i wyposażeniem powinni dysponować wykonawcy zainteresowani ubieganiem się o udzielenie zamówienia. Zatem wszyscy wykonawcy, którzy złożyli ofertę w postępowaniu, dysponują takim samym potencjałem technicznym i wyposażeniem. Powoduje to, że wykonawca ZRD Orfin nie posiada w tym zakresie żadnej przewagi konkurencyjnej, która pozwalałaby mu na obniżenie ceny i to do wysokości 50% normalnej ceny.

Ponadto odwołujący zaznaczył, że w wyjaśnieniach wykonawca nie wykazał w jaki obiektywny sposób miałyby to wpłynąć na jego przewagę nad konkurencją. Brak jest dowodów, że czynnik ten w ogóle wpływa na możliwość obniżenia ceny i jak to się realnie przekłada na koszty realizacji przedmiotu zamówienia.

3. W zakresie doświadczenia, organizacji pracy i pracowników.

Odwołujący wskazał, że wykonawca ZRD Orfin powołał się na posiadane doświadczenie w realizacji podobnych zamówień, kiedy, jak wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie Izby, doświadczenie w realizacji usług nie stanowi obiektywnej okoliczności, właściwej tylko dla tego wykonawcy, która mogłaby stanowić uzasadnienie dla zaoferowania przez niego ceny ofertowej na poziomie niższym, niż ceny rynkowe. Jak również z wyjaśnień wykonawcy nie wynika, w jaki konkretnie sposób elementy, na które powołuje się ZRD Orfin, bezpośrednio wpływają na sposób obliczenia ceny.

Dalej odwołujący podniósł, że zaufani pracownicy, na których wskazano w wyjaśnieniach sposobu kalkulacji ceny, powinni zarabiać więcej, a nie mniej, zatem nie obniża to ceny, a ją zwiększa. Ponadto, pracownicy zatrudnieni na stanowisku kierowcy muszą spełniać te same wymogi i posiadać takie same uprawnienia. Zatrudnienie kierowców nie daje żadnej przewagi konkurencyjnej w stosunku do innych przedsiębiorców, którzy też zatrudniają kierowców, posiadających uprawnienia, wynikające z przepisów prawa.

4. W zakresie wysokości przyjętych kosztów pracy.

Odwołujący stwierdził, że w złożonych wyjaśnieniach wykonawca ZRD Orfin oświadczył, że wynagrodzenie zatrudnianych przez niego pracowników przekracza minimalny poziom, wynikający z przepisów, który w bieżącym roku wynosi 2 250,00 zł. Wykonawca wskazał również, że kalkulując cenę oferty wziął pod uwagę zapowiadaną możliwość wzrostu minimalnego poziomu wzrostu wynagrodzenia do 2 450,00 zł w roku 2020. Przy czym nie dookreślono, czy jest to wartość przed, czy po obciążeniach ustawowych, występujących po

stronie pracodawcy, takich jak składki do ZUS, podatek, itd. Wyjaśnienia nie zawierają również dowodów w postaci umów o pracę, które potwierdzałyby to oświadczenie.

Odwołujący wskazał, że w wyjaśnieniach zostały całkowicie pominięte koszty współpracy z Zakładem Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Piekarach Śląskich, pomimo tego, że wykonawca w formularzu ofertowym oświadczył, że podmiot ten będzie jego podwykonawcą.

W dalszej kolejności odwołujący podkreślił, że treść wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny wykonawcy ZRD Orfin pozwala na stwierdzenie, że przedsiębiorca nie sprostął obowiązkowi obalenia domniemania o niedoszacowaniu ceny oferty. Wykonawca nie wskazał w swoich wyjaśnieniach obiektywnych czynników, które uzasadniałyby obniżenie ceny oferty, natomiast powołał się na bardzo ogólne okoliczności, które nie mogą być uznane za wystarczające, w kontekście treści art. 90 Pzp. Brak wskazania okoliczności umożliwiających obniżenie ceny oznacza, iż cena ZRD Orfin ma charakter rażąco niski w stosunku do przedmiotu zamówienia, zatem oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu.

Odwołujący dodał, że zamawiający nie zwrócił uwagi na występującą w ofercie ZRD Orfin omyłkę rachunkową. W udostępnionej odwołującemu dokumentacji postępowania nie ma informacji o takiej omyłce. Wykonawca ZRD Orfin w formularzu ofertowym w dziale „Utrzymanie zimowe” dla czynności „Akcja zima przejazd jednorazowy”, poz. 3 popełnił omyłkę, wykonując wadliwie działanie $0,0052 \text{ zł} \times 809\,735,00 \text{ m}^2 \times 80 = 339\,009,05 \text{ zł}$, w rzeczywistości prawidłowo wykonane obliczenie daje wynik $0,0052 \text{ zł} \times 809\,735,00 \text{ m}^2 \times 80 = 336\,849,76 \text{ zł}$. Zgodnie z podaną przez ZRD Orfin ceną jednostkową, cena całej oferty powinna być niższa o ponad 2 100,00 zł, co zdaniem odwołującego świadczy o tym, iż zamawiający w ogóle nie weryfikował cen podanych w ofertach.

Odwołujący zaznaczył także, że lakoniczność złożonych wyjaśnień nie może stanowić podstawy do kierowania do wykonawcy ZRD Orfin kolejnego wezwania do udzielenia dalszych wyjaśnień, w trybie art. 90 Pzp. Skierowanie trzeciego wezwania, w sytuacji, kiedy złożono wyjaśnienia o takim stopniu ogólnikowości, stanowiłoby naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp. Przy czym treść wyjaśnień wskazuje, że oferta wykonawcy ZRD Orfin podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, jak również na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp.

5. Szczegółowe uwagi do kalkulacji cen jednostkowych w postaci kosztorysu ofertowego, załączonego do wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny.

Kalkulacja „Mechaniczne i/lub ręczne oczyszczanie nawierzchni jezdni ulic kategoria II 3 razy w tygodniu”, „Oczyszczanie letnie”, pozycja 1 o wartości 0,0150 zł/m² jeden wyjazd, łączna wartość pozycji 1 433 230,95 zł brutto.

Wykonawca ZRD Orfin zaniżył cenę za składowanie odpadów z oczyszczania ulic i placów o kodzie 20 03 03. Usługa oczyszczania ulic polega na zbieraniu odpadów i ich transporcie do miejsca składowania. Zgodnie z dokumentacją postępowania - SOPZ dział I pkt

II ppkt 2.1, wykonawcy są zobowiązani do stosowania się do ustawy z dnia 13.09.1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminie (tj. Dz.U. z 2018 r. poz. 1454 z późn. zm.), a także w ramach punktu 2.2 nałożono obowiązek, aby „Usunięte zanieczyszczenia należy wywieźć na składowisko, miejsce odzysku lub utylizacji”, jak też „usuwanie zanieczyszczeń - każde działanie mające na celu sprzątnięcie zanieczyszczeń i odpadów i ich transport na wysypisko, do miejsc odzysku lub utylizacji”.

Zaoferowana przez wykonawcę ZRD Orfin cena za wykonanie tych czynności jest zaniżona i nieuczciwa. Prawidłowo ustalona cena zagospodarowania odpadów o kodzie 20 03 03, tj. odpady z oczyszczania ulic i placów, na rynku nie jest niższa niż 200,00 zł. Cenę tą kształtują koszty związane z utylizacją odpadów, ich składowaniem, ale też obligatoryjnie ponoszone opłaty środowiskowe, jak wskazano we wcześniejszej części odwołania. Cena w wysokości 80,00 zł/Mg nie pokrywa tych kosztów i jest skalkulowana zdecydowanie poniżej nich. Przyjęcie oferty ZRD Orfin może prowadzić do degradacji środowiska poprzez to, że odpady będą deponowane na nielegalnych składowiskach, albo przedsiębiorca nie odprowadzi obligatoryjnych urzędowych opłat.

Odwołujący stwierdzi dalej, że usługa mechanicznego oczyszczania ulic powinna być uzupełniona oczyszczaniem ręcznym (SOPZ dział II pkt I ppkt 1.2), w miejscach gdzie nie można zastosować maszyn i urządzeń (SOPZ dział I pkt II ppkt. 2. 16). Wycena ZRD Orfin nie uwzględnia pracy pracowników sprzątających ręcznie za pomocą miotły, co jest niezgodne z dokumentacją postępowania, zatem oferta nie odpowiada treści SIWZ, ponieważ nie uwzględnia wszystkich wymagań i powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Pominięcie ręcznego zakresu prac, czy brak wyceny tej pracy, powoduje także zaniżenie ceny usługi o pracę zespołu pracowników od 5 do 10 osób.

Kalkulacja jest wyceniona nieprawidłowo w zakresie wartości pracy, bowiem podano tam wyłącznie wynagrodzenie pracownika w postaci stawki godzinowej dla zatrudnionych kierowców, w wysokości 16,00 zł/h. W kalkulacji nie wykazano, czy pominięto koszty pracy, które ponosi pracodawca, tzw. ZUS pracodawcy. Składki ZUS-u pracodawcy są obligatoryjne, zatem są niemożliwe do pominięcia. Wartość tej należności jest naliczana od stawki wynagrodzenia zasadniczego i wynosi ona - przy stawce 16,00 zł/h - składkę emerytalną 9,76% -1,561 zł, składkę rentową 6,5% -1,04 zł, składkę wypadkową 1,8% - 0,288 zł, fundusz pracy 2,45% - 0,392 zł i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych (FGŚP) 0,10% - 0,016 zł. Sumując poszczególne wartości, należy uznać, że każda godzina pracy została niedoszacowana w wysokości 3,297 zł. W dobie wynosi to odpowiednio 4 pracowników x 14 h x 3,297 zł = 184,63 zł, zaś w skali ogólnej, kontraktowej daje to wartość: 184,63 zł x 118 krotność (oczyszczanie ręczne) = 21 786,34 zł i o taką wartość została zaniżona wycena, z powodu pominięcia ZUS-u pracodawcy. Koszty robocizny zostały również naliczone błędnie, ponieważ nie uwzględniono obligatoryjnych dodatków do płac pracowników - nie uwzględniono

dotatków za nadgodziny, za pracę w dni wolne, nagród, premii. Nie doliczono również dodatku za pracę w godzinach nocnych. Zgodnie z SIWZ część nawierzchni powinna być oczyszczona na godzinę 10:00 rano co powoduje, że prace muszą być wykonane w godzinach nocnych. Zgodnie z art. 151⁷ §1 Kodeksu pracy pora nocna obejmuje 8 godzin i za pracę w tym czasie należy się pracownikowi dodatek, który wynosi co najmniej 20% stawki godzinowej, wynikającej z minimalnego wynagrodzenia za pracę. W roku 2019 taki dodatek wynosił 2,96 zł w listopadzie i 2,81 zł w grudniu. Średnia przeciętna wartość takiego dodatku wynosi: 2,70 zł i powinna być doliczona do części godzin pracy, które są wykonywane w godzinach nocnych. Prawidłowe wyliczenie tego dodatku oznaczałoby, że do pracy w godzinach nocnych należałoby każdemu pracownikowi doliczyć co najmniej 2,70 zł do jednej godziny nocnej. W danej dobie to wartość 4 pracowników x 10 h x 2,70 zł = 108,00 zł, a w wartości kontraktowej 108,00 zł x 118 krotność = 12 744,00 zł. Łącznie nie wliczono w cenę kosztów pracy o wartości 34 530,34 zł.

Wykonawca ZRD Orfin nie wyliczył, czy nie ujawnił, kosztów eksploatacyjnych sprzętu. W tym zakresie przedstawiono jedynie wartość szacunkową w wysokości 4 315,51 zł za zamiatarkę. Wyjaśnienia nie wyjaśniają, jakie koszty zostały w ten sposób wyliczone.

Ponadto w kalkulacji ceny wykonawca założył, że oczyszczanie dróg odbywać się będzie po trasie 2 x 74,586 km = 149,1720 km. Jak już podniesiono wcześniej jest to długość, która odpowiada długości drogi, która będzie oczyszczana (74,586 km) i jedynie dwóch jezdni, na co wskazuje przelicznik. Wykonawca dokonując takiego szacunku uwzględnił jedynie drogi dwupasmowe, zatem nie uwzględnił dróg czterojezdniowych, a także zjazdów, pasów wyłączeń i innych odcinków drogi. Co ważne, nie uwzględniono również dojazdu na składowisko odpadów, manewrów technologicznych, czy też zjazdu do miejsca poboru wody. Trasa drogi została więc źle ustalona i nie obejmuje całego zakresu prac, oznacza to także, że wartość paliwa została źle oszacowana.

Według odwołującego wykonawca ZRD Orfin zaniżył także cenę wody, którą skalkulowano na poziomie 3,46 zł/m³. Przedstawiona cena jest nierealna, na rynku nie jest możliwe nabycie 1 m³ wody w takiej cenie. W roku 2019 wodociągi działające na bytomskim rynku, lub w pobliżu siedziby wykonawcy ZRD Orfin, u których można pobrać wodę do polewania ulic, oferowały ją w następujących cenach: Bytomskie Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. 5,33 zł netto za 1 m³ (załącznik nr 3 cennik), Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z Radzionkowa 5,91 zł netto za 1 m³ (załącznik nr 4 cennik). Wykonawca ZRD Orfin zaniżył cenę wody w stosunku do cen rynkowych o wartość Bytomskie Przedsiębiorstwo Komunalne sp. z o.o. 35,08 % - 1,87 zł netto na 1 m³, Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. z Radzionkowa 41,46% - 2,45 zł netto za 1 m³.

W dalszej kolejności, w opinii odwołującego, kalkulacja jest nieprawidłowo wyceniona w zakresie wymaganych maszynogodzin pojazdów, tj. zamiatarek wykorzystywanych do

wykonania usługi. Zamiatarka to zestaw urządzeń w skład, której wchodzi nośnik samochod ciężarowy oraz urządzenia zmiatające różnych typów, zabudowane na pojeździe, lub ciągnione. Te urządzenia nie zostały objęte kalkulacją, nie wyceniono ich pracy, pomimo wysokich kosztów utrzymania. W kalkulacji nie wspomina się o kosztach pracy maszyn, czy pojazdów, a stanowią one około 60% kosztów stawki pracy sprzętu. Wykonawca ZRD Orfin nie wycenił kosztów pracy maszyn, albo pominał ten istotny koszt wykonania usługi. W kalkulacji uwzględniono jedynie koszt paliwa w ilości 1,00 dm³ za 1 km (100l/100 km) w cenie 3,719 zł/dm³, pominięto więc koszty wartości sprzętu, który będzie używany do realizacji usługi, czyli jego amortyzacji, która zgodnie z ogólnymi zasadami amortyzacji środków trwałych powinna wynosić 20% wartości początkowej w danym roku.

Pominięto także koszty napraw i obsługi technicznej, czyli koszty napraw głównych, bieżących, planowych, zapobiegawczych, awaryjnych, koszty okresowych przeglądów na stacjach diagnostycznych oraz koszty konserwacji i koszty eksploatacyjnej (np. smary, oleje). W wartość wyceny nie wliczono kosztów ubezpieczenia pojazdu, podatków od środków transportowych, wymiany opon i wielu innych kosztów, które wynikają z użycia sprzętu. Paliwo, które zostało skalkulowane to niewielka, ułamkowa część rzeczywistych kosztów wykorzystania sprzętu. Kalkulacja nie uwzględnia również planowanych i nieplanowanych przestojów maszyn, które powinny zostać uwzględnione w stawce. Przestoje takie zdarzają się zawsze i są niezależne od woli przedsiębiorcy, np. przestój związany z przeglądem technicznym, naprawami, brakiem zatrudnienia. Przeciętna cena rynkowa pracy maszynogodziny pojazdu ciężarowego bez urządzenia, tj. zmiatarki, na rynku wynosi około 90,00 zł - 41,52 zł, paliwo za 12 km/h = 48,48 zł. Taka jest też minimalna wartość niedoboru w wycenie dla jednej godziny pracy sprzętu. W zakresie jednorazowego przejazdu, prawidłowo kalkulując tą wartość, należałoby do ceny doliczyć 4 pojazdy x 14 h x 48,48 zł = 2 714,88 zł, w wartości kontraktowej dodatkowo należałoby doliczyć 2 714,88 zł (niedobór wyceny wartości sprzętu) x 118 krotność = 320 355,84 zł. Łącznie zatem nie wliczono w cenę wykonawcy kosztów sprzętu w wysokości 320 355,84 zł.

Odwołujący podkreślił, że wykonawca ZRD Orfin oparł się na danych historycznych w zakresie ceny paliwa, które to dane nie są reprezentatywnymi kosztami, a przy tym nie są wiarygodne. Kosztorys powinien być sporządzony metodą ekstrapolacji, z założeniem tendencji zmian. W przypadku paliwa założono, że jego wartość wynosi 3,719 zł netto za 1 dm³, co udokumentowano fakturą VAT wystawioną przez Eurosped Paliwa Sp. z o.o. Sp. k. Jest to jednak cena, która obowiązywała w dniu sprzedaży, a więc 18.06.2019 r. Cena ta nie jest aktualna na dzień składania wyjaśnień 03.09.2019 r. Rynek paliw jest tak skonstruowany, że cena zależy od wielu elementów makroekonomicznych, w szczególności od notowań cen paliw, a także wahań kursowych walut, za które to paliwo jest nabywane. Wahania te są znaczne i mogą powodować duże odstępstwa od ceny, zmieniają się dziennie. Nie założono

ich wzrostu, ani żadnej innej tendencji zmian. Dostawca paliw, na którego powołuje się wykonawca ZRD Orfin, w swojej ofercie rynkowej wyraźnie podkreśla, że cena jest zmienna i że jest ona każdorazowo wyliczana w oparciu o zmienną cenę PKN Orlen, publikowaną na stronie internetowej www.orken.pl (załącznik nr 5 email z ofertą). Taka deklaracja oznacza że nie ma gwarancji stałej ceny. Oferta z 18.06.2019 r. paliwa w cenie 3,719 zł nie tworzy stałej przewagi rynkowej.

Kalkulacja „Oczyszczanie letnie”, poz. 2 „Polewanie nawierzchni jezdni ulic (na wskazanie)”. Pozycja ma wartość wartości 0,0020 zł/m² jeden wyjazd, łączna wartość pozycji 32 389,40 zł brutto.

Odwołujący wskazał, że dla tej pozycji wyjaśnienia są niewiarygodne, oparte na zaniżonych cenach wody, nie zawierają wymaganych nakładów pracy sprzętu (policzono jedynie koszt paliwa), nie zawierają wszystkich kosztów pracowniczych i prawidłowej wyceny pracy sprzętu. Obliczenia są niezgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w SIWZ. Nie złożono dowodów potwierdzających wyliczenie ceny, czy ponoszonych kosztów, nie załączono w tym zakresie rachunków, faktur, umów, czy porozumień handlowych.

W ocenie odwołującego zastosowanie nakładów z katalogów branżowych, obejmujących transport wody - KNR 2-31, co do ilość transportowanej wody do polania nawierzchni w ilości 80,9735 m³, po podstawieniu do katalogu w pozycji „Nawierzchnia na drogach i ulicach”, tabela „Transport wody beczkowitzem na odległość do 10 km” (tablica 1512 oraz 1515) - pozwala na wyliczenie wartości dla jednokrotnego polania nawierzchni o powierzchni 404 867,50 m², co wynosiłyby brutto 5 585,67 zł. Przeliczając to na jednostkę rozliczeniową można wyliczyć 5 585,67 zł brutto / 404 867,50 m² = 0,0138 zł m² brutto. Pozycja ta została więc zaniżona o 0,0118 zł/m², co po pomnożeniu o powierzchnię daje 4 777,44 zł. W skali kontraktowej pozycja została niedoszacowana o 4 777,44 zł x 40 krotność = 191 097,46 zł (załącznik nr 1 kosztorys). Kosztorys został oparte na składnikach kalkulacyjnych, które zostały przedstawione przez ZRD Orfin (stawka roboczogodziny 16,00zł/h, woda w ilości 80,97350 m³ w cenie 3,46zł/m³, w średniej cenie maszynogodziny samochodu 90 m-g, koszty pośrednie 10% naliczane od kosztów bezpośrednich, zysk - 5% naliczany od kosztów bezpośrednich i pośrednich).

Zaniżono także wartości istotnego, kluczowego dla wyceny pozycji materiału, czyli wody. Jak już wcześniej wskazano na podstawie cen Bytomskiego Przedsiębiorstwa Komunalnego Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z Radzionkowa, wykonawca zaniżył cenę wody w stosunku do cen rynkowych o wartość o 35,08 % - 1,87 zł netto na 1 m³, lub 41,46% - 2,45 zł netto za 1 m³.

Ponadto wykonawca ZRD Orfin wyliczając wartość usługi nie ustalił prawidłowych nakładów pracy sprzętu i wliczył tu wyłącznie cenę paliwa w wysokości 3,719 zł/dm³. Kalkulacja jest wyceniona nieprawidłowo w zakresie wartości wymaganych maszynogodzin

pojazdów, tj. polewaczki, wykorzystywanej do wykonania usługi. Wykonawca nie wspomina o kosztach pracy maszyn, czy pojazdów, a stanowią one około 60% kosztów stawki pracy sprzętu. Wykonawca kalkulując sprzęt nie wycenił kosztów pracy maszyn w ogóle, albo pominął istotny koszt wykonania usługi. Uwzględniono jedynie koszty paliwa w ilości 0,30 dm³ za 1 km w cenie netto 3,719 zł/ dm³ i pominięto koszty amortyzacji sprzętu w wysokości 20% wartości początkowej środków trwałych w danym roku. Tak jak we wcześniejszej pozycji, pominięto koszty napraw i obsługi technicznej, koszty eksploatacyjne, ubezpieczenie, podatki od środków transportowych, wymiany opon i wiele innych kosztów, które wynikają ze zużycia sprzętu. Paliwo, które zostało skalkulowane przez wykonawcę ZRD Orfin stanowi niewielką, ułamkową część rzeczywistych kosztów wykorzystania sprzętu. Kalkulacja nie uwzględnia planowanych i nieplanowanych przestojów maszyn. Przeciętą ceną rynkową pracy maszynogodziny pojazdu ciężarowego bez urządzenia, tj. polewaczki, na rynku wynosi około 90 zł - 33,471 zł, paliwo za 30 km = 56,529 zł. Taka jest też minimalna wartość niedoboru w wycenie na jednej godzinie pracy sprzętu. W zakresie jednej doby prawidłowo kalkulując tą wartość należałoby do ceny doliczyć 1 pojazd x 4 h (4h czas przejazdu) x 56,529 zł = 226,12 zł, zatem w wartości kontraktowej należałoby doliczyć 226,12 zł (niedobór wyceny wartości sprzętu) x 40 krotność = 9 044,80 zł.

Odwołujący podkreślił, że również w tej pozycji wykonawca ZRD Orfin wadliwie skalkulował cenę za paliwo i nakłady pracy. Wykonawca założył, że do wykonania prac potrzeba 80,9735 m³ wody. W swojej wycenie wyjaśnił, że usługa będzie wykonywana samochodem polewaczką o pojemności zbiornika 6 m³. Praca polewaczki składa się z następujących czynności: dojazd do miejsca napełnienia, napełnienie polewaczki przy pomocy pompy lub wodociągu, dowiezienie wody na odległość do 10 km, wylanie wody na nawierzchnię jezdni i powrót do miejsca napełnienia lub na zaplecze. Aby dokonać wylania 81 m³ wody na nawierzchnię ulicy należy wykonać 14 kursów: 80,9735 m³/6 m³ (pojemność polewaczki) = 13,4956 kursów. Podstawiając tą ilość do założonego przez wykonawcę czasu wykonania usługi 4h, na wykonanie jednego kursu wychodzi 17 minut: 4h x 60 minut = 240 minut/ 14 kursów = 17,14 minut. W opinii odwołującego wyliczony czas dowodzi, że nie jest możliwe wykonanie usługi w takim czasie. Z wyliczenia wynika, że do przewiezienia 81 m³ wody potrzeba 14 kursów polewaczki. W kalkulacji ZRD Orfin zaplanowano trasę 2 x 37,293 km = 74,5860 km. Zatem biorąc pod uwagę, że drogi są dwu lub więcej pasmowe, a zaplanowany odcinek drogi to 37,293 km, w wycenie pominięto konieczne powroty polewaczki do miejsca napełnienia, czyli 14 kursów technologicznych, związanych z napełnieniem zbiornika. W wyliczeniu wykonawca też nie uwzględnił koniecznego czasu na napełnianie polewaczki, a także wydłużenia czasu pracy kierowcy i trasy, którą musi pokonać polewaczka, aby dojechać do miejsca napełnienia oraz kosztów paliwa, które zostały wyliczone na pokonanie trasy bez nawrotów.

Konkludując, przedstawione w kalkulacji wyliczenia są nierealne, nie uwzględniają realnych nakładów i oparte zostały na błędnych założeniach, co powoduje, że wycena została zaniżona i nie odpowiada koniecznemu zakresowi prac. Poprawne wyliczenie powoduje, że stawka za wykonanie usługi, przy założeniu 81 m³ wody, jest zdecydowanie wyższa, bowiem koszty uwzględnione przez wykonawcę ZRD Orfin to jedynie 21% realnej wartości tego zadania.

Kalkulacja „Utrzymanie zimowe”, poz. 2 „Akcja zima dobową” o wartości 0,0157 zł/m² doba utrzymania, łączna wartość pozycji 813 621,73 zł brutto.

Odwołujący zauważył, że w kalkulacji podano wyłącznie stawki godzinowe zatrudnionych kierowców i dyspozytora w wysokości 16,00 zł/h i tak jak we wcześniejszych pozycjach pominięto koszty pracy, które ponosi wykonawca w postaci ZUS-u pracodawcy. Każda godzina pracy została niedoszacowana w wysokości 3,297 zł. W dobie wynosi to odpowiednio 11 kierowców x 24 h x 3,297 zł = 870,41 zł, w skali ogólnej, kontraktowej daje to wartość 870,41 zł x 64 doby = 55 706,24 zł i o taką wartość została zaniżona wycena ZRD Orfin. Nie uwzględniono również dodatków do płac, premii, dodatków za nadgodziny, dodatku za pracę w godzinach nocnych, których prawidłowe wyliczenie oznaczałoby dodanie co najmniej 2,70 zł do jednej godziny nocnej. W danej dobie byłaby to wartość 11 pracowników x 8 h x 2,70 zł = 237,60 zł, zaś w wartości kontraktowej 237,60 zł x 64 doby = 15 206,40 zł. Łącznie nie wliczono w cenę kosztów pracy robocizny o wartości 70 912,64 zł.

W wycenie dla omawianej pozycji zaniżono koszty pracy sprzętu, pługopiaskarek wykorzystywanych do wykonania usługi. W kalkulacji nie wspomina się w ogóle o kosztach pracy maszyn, czy pojazdów, a stanowią one około 60% kosztów stawki pracy sprzętu. W kalkulacji uwzględniono jedynie koszty paliwa w ilości 0,30 dm³ za 1 km w cenie netto 3,719 zł/ dm³. Pominięto więc koszty wartości sprzętu, który będzie używany do realizacji usługi, tj. jego amortyzacji, która zgodnie z ogólnymi zasadami amortyzacji środków trwałych w uproszczeniu winna wynosić 20% wartości początkowej środków trwałych w danym roku. Pominięto koszty napraw i obsługi technicznej, etc. Paliwo, które zostało skalkulowane to niewielka część rzeczywistych kosztów wykorzystania sprzętu. Kalkulacja nie uwzględnia również planowanych i nieplanowanych przestojów maszyn, które winny być uwzględnione w stawce i znaleźć pokrycie w koszcie eksploatacji. Przeciętna cena rynkowa pracy maszynogodziny pojazdu ciężarowego bez urządzeń wynosi około 90 zł - 33,471 zł, plus paliwo za 30 km = 56,529 zł i w ocenie odwołującego taka jest minimalna wartość niedoboru w wycenie na jednej godzinie pracy sprzętu ZRD Orfin. W zakresie jednej doby prawidłowo kalkulując tą wartość należałoby do ceny doliczyć 11 pojazdów x 5 h (5h to czas przejazdu trasy 149,172 km z prędkością 30km/h) x 56,529 zł = 3 109,10 zł, a w wartości kontraktowej dodatkowo należałoby doliczyć 3 109,10 zł (niedobór wyceny wartości sprzętu w jednej dobie) x 64 doby = 198 982,40 zł.

Odwołujący podniósł, że w pozycji nie uwzględniono pracy ładowarki, która jest wymagana do załadunku materiałów sypkich na pługopiaskarki. Pominięto również pracę maszyn mieszających środki chemiczne i uszorstniające, które będą używane w akcji oraz wytwornic solanki, tj. pracę urządzenia do wytwarzania solanki, którą są zraszane materiały lub drogi. Pracę tych urządzeń należałoby wycenić na 2 000,00 zł za dobę, co w wartości kontraktowej powoduje dodanie do ceny 2 000,00 zł (niedobór wyceny wartości sprzętu w jednej dobie) x 64 doby = 128 000,00 zł. Natomiast łącznie nie wliczono w cenę kosztów sprzętu w wysokości 326 982,40 zł.

Ponadto, zdaniem odwołującego wykonawca ZRD Orfin oparł się na mało wiarygodnej cenie paliwa, wcześniejsze uwagi również w tym zakresie pozostają adekwatne. Odwołujący dodał, że w gospodarce paliwami istotny jest sposób realnego rozliczenia dostaw paliwa. Na załączonej fakturze VAT zaznaczono, że podana cena paliwa w wysokości 3,719 zł/dm³ dotyczy paliwa w temperaturze referencyjnej 15°C (60°F), a więc o odpowiedniej dla tej temperatury objętości i gęstości. Paliwo, w zależności od temperatury, zmienia swoją gęstość i objętość. W wysokich temperaturach rośnie objętość paliwa, w niskich zaś jego objętość się zmniejsza. Realna cena paliwa jest więc uzależniona od temperatury, która zwiększa, lub zmniejsza jego ilość. Aby uznać za wiarygodną cenę, która została przedstawiona w wycenie w wysokości 3,719 zł/dm³ samochody musiałyby pracować w temperaturze 15°C. W każdej innej temperaturze cena ta będzie inna, bo inna będzie ilość paliwa, którą należałoby doliczyć do ceny za usługę. Do kalkulacji ceny pracy sprzętu należy zatem przyjmować cenę paliwa w temperaturze rzeczywistej. W przypadku okresu zimowego, gdy gęstość oleju napędowego rośnie, a jego objętość maleje. Koszt paliwa rzeczywistego jest o 10-15% wyższy, niż paliwo w temperaturze referencyjnej 15°C za litr. Posługiwanie się przez wykonawcę ZRD Orfin ceną paliwa w temperaturze 15°C powoduje, że wycena wartości oleju napędowego jest niewiarygodna, ponieważ nie odpowiada rzeczywistym warunkom eksploatacyjnym dla których została ustalona wycena usługi.

Faktura wykonawcy ZRD Orfin za paliwo, wystawiona w dacie 18.06.2019 r., również nie może zostać uznana za wiarygodną, z uwagi na fakt, że w okresie zimowym dostępny jest inny rodzaj oleju napędowego - olej zimowy, który ma inne właściwości fizyczno-chemiczne, ale też wyższą cenę, z powodu wzbogacenia o środki poprawiające przepływ. Jest to inne paliwo, niż w okresie letnim, o innym składzie, zatem o innej cenie. Zgodnie z polskimi normami na terenie kraju obowiązują 3 rodzaje oleju napędowego: olej letni - który jest sprzedawany do temperatury 0°C, olej przejściowy - który jest sprzedawany do temperatury -10°C, oraz olej zimowy - który jest sprzedawany do temperatury -20°C. Zastosowana w wycenie usługi „Akcja zima doba” cena letniego oleju napędowego o wartości netto 3,719 zł/dm³ jest błędna, ponieważ odnosi się do innych warunków, niż tych w których będzie wykonywana usługa. Cena oleju napędowego jest nierzeczywista, nie odpowiada realnym kosztom.

W ocenie odwołującego niedobór występuje także dla wyceny materiału. Wykonawca ZRD Orfin w kalkulacji wyliczył, że 10 pojazdów dokona objazdu obsługiwanego terenu, co oznacza 10 kursów po pełnej trasie. Trasa przejazdu wynosi 74,586 km, przy czym obsłużyć należy wszystkie pasy ruchu - jezdnie. Na terenie gminy Bytom występują drogi o jednym pasie ruchu - jezdni, o dwóch pasach ruchu, a także o czterech pasach ruchu oraz drogi z dodatkowymi zjazdami, włączeniami. Wykonawca założył, że wszystkie drogi mają dwa pasy ruchu - jezdnie, ponieważ wskazał w kalkulacji przeliczenie $2 \times 74,586 \text{ km}$, co oznacza $2 \text{ (pasy ruchu - jezdnie)} \times 74,586 \text{ km (długość drogi)} = 149,172 \text{ km}$ (trasa każdego pojazdu). Łączna długość trasy, którą przejadą pojazdy wynosi $10 \text{ pojazdów} \times 149,172 \text{ km} = 1\,491,72 \text{ km}$ (około 1 500 km). Pojazdy wykonujące usługę są zobowiązane do usunięcia śniegu i zabezpieczenia oraz obsypania nawierzchni środkami chemicznymi. Zatem, biorąc pod uwagę zadeklarowaną przez wykonawcę ZRD Orfin liczbę pojazdów, które będą używane w dobie wraz z zaplanowaną trasą, wykonawca wskazał, że dokona 10 objazdów po pełnej trasie. Zakładamy, że połowa przejazdów będzie dotyczyła odśnieżania bez posypywania, a druga połowa zostanie wykorzystana do odśnieżania z równoczesnym posypaniem środkami chemicznymi dróg. Przy takim założeniu 5 przejazdów z zastosowaniem środków uszorstniających, w dawce 25 g/m^2 (dawka założona przez wykonawcę) oznaczałoby, że wykonawca powinien skalkulować środki chemiczne w następujący sposób: $5 \text{ kursów} \times 809\,735 \text{ m}^2 \times 25 \text{ g/m}^2$ (założona dawka posypu) / $1\,000\,000 \text{ g}$ (przelicznik miary gram na tonę) = 101,22 tony. W ofercie zaś wykonawca zaoferował jedynie jednorazowy posyp całej powierzchni w dawce 25 g , czyli $809\,735 \text{ m}^2 \times 25 \text{ g} / 1\,000\,000 = 20,24 \text{ ton}$. Ilość ta stanowi jedynie 20% potrzeb do tak zaplanowanego wykonania usługi. Oferta została więc zaniżona o 80,98 tony materiału, co przy zaoferowanej stawce $198,00 \text{ zł/Mg}$ za sól drogową, oznacza niedobór materiałów o wartości $16\,034,04 \text{ zł}$, w czasie wykonania usługi w jednej dobie. W kosztorysie ofertowym zamawiający szacunkowo założył 64 doby „Akcja zima dobową”, co łącznie w tej pozycji skutkowałoby niedoborem w wycenie o wartości $16\,034,04 \text{ zł}$ (niedobór wyceny materiału w jednej dobie) $\times 64 \text{ doby} = 1\,026\,178,56 \text{ zł}$. Łącznie nie wliczono w cenę kosztów materiałów w wysokości $1\,026\,178,56 \text{ zł}$.

Odwołujący wskazał dalej, że wykonawca ZRD Orfin, jako dowód przedstawił faktury za dostawę soli z sierpnia 2018 r. i również w tym zakresie aktualne pozostają wcześniejsze twierdzenia odwołującego, co do zaniżenia tej ceny. Dodać jedynie należy, że materiał został zakupiony w sierpniu 2018 r., co oznacza że jest już przechowywany przez okres 15 miesięcy. Koszty magazynowania soli przez ten okres należałoby oszacować i doliczyć do wartości materiału i zaniechanie takiego doliczenia powoduje sprzedawanie materiałów poniżej kosztów poniesionych przez przedsiębiorcę. Ze złożonych wyjaśnień nie wynika również czy cena soli, która została podana w kalkulacji, jest ceną za sól wraz z dostawą, transportem i załadunkiem. Wykonawca nie wyjaśnił czy korzysta z magazynu producenta, czy magazynu

kupującego. Jest to istotna różnica, bo do każdej tony należałoby doliczyć około netto 45,00 zł/tona za transport, załadunek i ubezpieczenie w trakcie transportu. Wykonawca nie wskazał punktu wydania towaru i nie wynika to również z faktury, którą przedstawił. Zamawiający również nie wyjaśnił tej wątpliwości, pomimo, że ma one istotny wpływ na cenę.

Odwołujący podkreślił, że zgodnie z dokumentacją postępowania istnieje konieczność zapewnienia środków chemicznych zgodnie z rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 27.10.2005 r. W załączniku nr 1 do rozporządzenia, w tabeli rodzajów środków wskazano, że w przypadku zapobiegania powstawaniu oblodzenia i gołoledzi, a także przy zapobieganiu powstawaniu śliskości pośniegowej oraz likwidacji gołoledzi, oblodzeń, śliskości pośniegowej i innych pozostałości opadu, przy temperaturach poniżej -10°C , środkiem wymaganym są mieszaniny w różnych proporcjach środków chemicznych: NaCl - sól drogowa - chlorek sodu, CaCl_2 - sól - chlorek wapnia, MgCl_2 - sól - chlorek magnezu. Wykonawca ZRD Orfin w przedstawionej kalkulacji wykazał i wyliczył jedynie wartość soli drogowej chlorku sodu. Nie uwzględnił natomiast chlorku wapnia i chlorku magnezu, które są wymagane do wykonania mieszanek, w przypadku gdy temperatura jest niska. Samo użycie soli drogowej, chlorku sodu, jest nieskuteczne. Brak zastosowania chlorku wapnia i chlorku magnezu powoduje, że nie jest możliwe wykonanie zimowego utrzymania dróg w niskich temperaturach, do czego wykonawca jest zobowiązany umową. Oferta wykonawcy ZRD Orfin ze względu na brak tych środków chemicznych, jest niezgodna z SIWZ, a w szczególności ww. rozporządzeniem. Chlorek wapnia i chlorek magnezu są środkami kosztownymi. Kosztują one parokrotnie więcej, niż chlorek sodu. Cena chlorku wapnia za tonę wynosi od 1250,00 zł netto, cena chlorku magnezu za tonę wynosi od 1250,00 zł netto.

Dodatkowo w tej pozycji wadliwie wyliczono koszty pośrednie. Zgodnie bowiem z przyjętym przez wykonawcę ZRD Orfin założeniem, koszty pośrednie nie wchodzi bezpośrednio w realizację usług, ale są niezbędne by usługa mogła zostać wykonana. Do takich kosztów należą koszty zaplecza technicznego wykonawcy, koszty budynków, ubezpieczeń OC, koszty funkcjonowania dyspozytorni, systemu GPS wymaganego do pługopiasek, koszty przesyłu danych GPRS, koszty łączności telekomunikacyjnych, koszty administracyjne, podatki lokalne, opłaty, koszty BHP, oświetlenie placów, koszty magazynów, zaplecze naprawcze - warsztat, operacje finansowe, koszty księgowość i wiele innych. Wykonawca w swojej wycenie do omawianej pozycji wyliczył te koszty metodą wskaźnikową na poziomie 3%. W jednej dobie świadczenia wynoszą one jedynie 332,86 zł. W zakresie wartości całego półtorarocznego kontraktu to zaledwie 21 303,24 zł. Koszty te są zaniżone i niewspółmierne do kosztów, które są ponoszone w związku z taką usługą. Wykonawca wykorzystuje 10 pojazdów, ładowarkę, magazyn, dyspozytornię, place manewrowe i samo utrzymanie takiego zaplecza kosztuje o wiele drożej. Analizując koszty wykazane przez wykonawcę ZRD Orfin, jako koszty pośrednie, można ustalić, że wartość dla doby zimowej

332,86 zł, daje około 30,00 zł za jedną sztukę pojazdu, co jest kwotą niewiarygodną nawet w zakresie miejsca postojowego dla tych pojazdów. Wszystkie inne elementy, które powinny być w kosztach pośrednich, zostały pominięte. Kiedy część tych kosztów nie jest możliwa do zlekceważenia, w szczególności dotyczy to konieczności zapewnienia odpowiednich warunków socjalnych dla załogi w postaci szatani, łaźni, ogrzewania pomieszczeń, oświetlenia, a te nie mieszczą się w kosztach pośrednich wyliczonych dla wyceny. Koszty te zostały zaniżone nawet w stosunku do średnich kosztów, jakie wykonawca wskazał w swojej ofercie. Przy czym, w ocenie odwołującego, w ogólnym kosztorysie ofertowym wykonawca ZRD Orfin wskazał na koszty pośrednie w wysokości 24,74% i nie zastosował tego wskaźnika w omawianej pozycji - wskazując, że to 3%. Gdyby zastosować współczynnik z wyjaśnień to wartość nominalna kosztów pośrednich wynosiłaby 11 095,44 zł (koszty bezpośrednie z kalkulacji) x 24,74% (wartość % kosztów pośrednich z kosztorysu ofertowego) = 2 745,01 zł. Koszty pośrednie zaniżono więc o 2 412,15 zł w wycenie pozycji i 2 412,15 zł x 64 dni = 154 377,60 zł dla wartości całego kontraktu.

W dalsze kolejności odwołujący wskazał, że zysk, naliczany zgodnie z przyjętym przez wykonawcę ZRD Orfin założeniem jest sprzeczny ze złożonymi wyjaśnieniami, w których wykonawca zadeklarował uzyskanie zysku na poziomie 11%. W tej pozycji zaniżono zysk o 8%, zatem poprawne wyliczenie, zgodne z danymi z wyjaśnień, powoduje zniżenie ceny o 1 257,11 zł, co w wartości kontraktowej wynosiłoby 80 455,04 zł, a nie jak wskazał wykonawca 21 942,40 zł. Konkludując, według odwołującego, zysk zaniżono o 58 512,64 zł.

Odwołujący podsumował, iż wycena pozycji została zaniżona o robociznę w wysokości 70 912,64 zł, sprzęt w wysokości 326 982,40 zł, materiały w wysokości 1 026 178,56 zł, koszty pośrednie w wysokości 154 377,72 zł, zysk w wysokości 58 512,64 zł, co stanowi ogółem zniżenie ceny o 1 636 963,96 zł.

Kalkulacja „Utrzymanie zimowe”, poz. 3 „Akacja zima przejazd jednorazowy”, „Utrzymanie zimowe”, pozycja 3 o wartości 0,0052 zł/m² jednorazowy przejazd, łączna wartość pozycji 336 849,76 zł brutto.

Odwołujący zauważył, że analizując przedłożoną przez wykonawcę ZRD Orfin kalkulację można wskazać następujące niedobory wyceny, dla poszczególnych składników kalkulacji. Niedobór wyceny pracy pracowników - również w tej pozycji pominięto koszty składek ZUS-u pracodawcy, jest to dla 11 kierowców x 4h x 3,297 zł = 145,07 zł, a w skali ogólnej, kontraktowej to wartość 145,07 zł x 80 krotności = 11 605,60 zł i o taką wartość została zaniżona wycena. To samo dotyczy kosztów robocizny dla pracy w godzinach nocnych, kiedy prawidłowe wyliczenie tego dodatku oznaczałoby doliczenie co najmniej 2,70 zł do jednej godziny nocnej, przy przejeździe jednorazowym stanowi to wartość 11 pracowników x 1,20 h x 2,70 zł = 35,64 zł, a w wartości kontraktowej 35,64 zł x 80 krotności = 2 851,20 zł. Zatem łącznie nie wliczono w cenę kosztów pracy robocizny o wartości 14 456,80 zł.

W zakresie sprzętu kalkulacja jest nieprawidłowo wyliczona dla wyceny maszynogodzin pojazdów, tj. pługopiaskarek, wykorzystywanych do wykonania usługi, co opisano w pozycji powyżej, dotyczącej utrzymania zimowego. Konkludując także w tej pozycji należy dodać dla 11 pojazdów x 4 h (4h to czas przejazdu trasy) x 56,529 zł = 2 487,28 zł, zaś w wartości kontraktowej dodatkowo należy doliczyć 2 487,28 zł (niedobór wyceny wartości sprzętu w jednym przejeździe) x 80 krotności = 198 982,08 zł. Wykonawca ZRD Orfin nie skalkulował również szeregu urządzeń, które są niezbędne, aby wykonać odśnieżanie dróg. Nie skalkulował pracy ładowarki, pracy maszyn mieszających środki chemiczne i uszorstniające, które będą używane w akcji, czy też wytwornic solanki, tak jak w pozycji powyżej, co łącznie daje brak 333,33 zł za dobę, a w wartości kontraktowej należy doliczyć 333,33 zł (niedobór wyceny wartości sprzętu w jednym przejeździe) x 80 krotności = 26 666,66 zł, łącznie zatem nie wliczono w cenę kosztów sprzętu w kwocie 225 648,74 zł.

Ponadto, według odwołującego, dla omawianej pozycji aktualny pozostaje wywód dotyczący wadliwych danych dla ceny paliwa. Natomiast co do materiałów to wykonawca ZRD Orfin ustalił i wycenił je niezgodnie z zapisami SIWZ, skoro w zakresie przejazdu jednorazowego zastosuje dawkę 10g/m² soli drogowej. Tak określona dawka jest nieprawidłowa dla zakresu prac ustalonych w SOPZ dział II pkt II „Standardy odśnieżania i zwalczania śliskości zimowej jezdni ulic, placów i parkingów”, ppkt 3 i niezgodna z obowiązującym wykonawców rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 27.10.2005 r. w sprawie rodzajów i warunków stosowania środków, jakie mogą być używane na drogach publicznych oraz ulicach i placach. Zgodnie z tym aktem normatywnym przewidziano 16 wariantów dawek środków chemicznych, w zależności od zamierzonego celu działania, temperatury, składu mieszanki. Zaproponowana w wycenie dawka 10g/m² NaCl - soli drogowej odpowiada jedynie jednemu wariantowi. Jest ona właściwa do wykonania zabiegu zapobiegania powstawaniu śliskości pośniegowej w temperaturach do -2°C. Zabieg „zapobieganie powstawaniu śliskości pośniegowej” to pozycja 2.1 załącznika nr 1 do ww. rozporządzenia. Dla wszystkich innych wariantów zastosowana dawka jest niewłaściwa i niewystarczająca. Dawka 10g/m² jest dawką najniższą w tabeli, która jest stosowana wyłącznie przy zapobieganiu, przy temperaturach 0°C. Zamawiający w SOPZ dział II pkt II ppkt 3 wskazał wyraźnie, że celem przejazdu jednorazowego jest „likwidacja śliskości zimowej”. Likwidacja to realne usuwanie skutków opadu, a nie jedynie zapobieganie. Zgodnie z ww. rozporządzeniem dawki dla likwidacji śliskości pośniegowej znajdują się w pozycji trzeciej i najniższą wartością tam wskazaną jest 20g/m², przy temperaturze do -2°C. Ze spadkiem temperatury dawka ta rośnie do 30g, a nawet musi być wzbogacana mieszanką z solami o silniejszym działaniu typu CaCl₂, MgCl₂. Natomiast przy temperaturach niższych niż -10°C wymagane jest zastosowanie mieszanek NaCl z CaCl₂, lub NaCl z MgCl₂, w różnych proporcjach 4:1, 3:1, a nawet 2:1. Kalkulacja wykonawcy w ogóle nie zawiera takiego wariantu

zastosowania środków chemicznych, co oznacza, że nie założył on likwidacji skutków likwidacji śliskości zimowej, do czego był zobowiązany zakresem prac z dokumentacji postępowania. Przedstawiona kalkulacja potwierdza, że oferta wykonawcy ZRD Orfin jest niezgodna z SIWZ. Nie jest możliwym zlikwidowanie śliskości pośniegowej dawką 10g/m² soli drogowej już w temperaturze poniżej -3°C. Dawka 10g/m² jest niewystarczająca również do zapobiegania powstawaniu oblodzeń, gołoledzi, lodowicy. Niewłaściwy dobór materiałów, a także zaniżenie dawek powoduje, że oferta tego wykonawcy jest również rażąco zaniżona.

Odwołując stwierdził dalej, że wykonawca ZRD Orfin w kalkulacji wyliczył, że do wykonania usługi „Akcja zima przejazd jednorazowy” użyje soli drogowej w ilości: 809 735 m² (przedmiar prac podany w kosztorysie ofertowym przez zamawiającego) x 10g/m² (dawka zużycia soli szacowane przez wykonawcę)/1 000 000 = 8,097 ton, gdy w rzeczywistości - zgodnie z tabelą środków z rozporządzenia - w celu likwidacji śliskości zimowej należy ich użyć: przy temperaturze do -2°C do 20 g/m², przy temperaturze do -3 do -6°C - 20-25 g/m², przy temperaturze do -7 do -10°C - 25-30 g/m² i przy temperaturze niższej -10°C mieszanka NaCl z CaCl₂ (lub MgCl₂) w proporcji 4:1 do 3: w ilości 20-30 g/m², lub mieszanki tych soli w proporcji 2:1 w ilości około 25g/m². W ocenie odwołującego założenia wykonawcy są zatem błędne co do ilości soli, a także rodzaju środków chemicznych, które będzie zobowiązany stosować, w zależności od panujących warunków atmosferycznych. Przy założeniu, że dawka ta wynosiłaby 30g/m² wymagana ilością byłaby ilość 809 735 m² (przedmiar prac zamawiającego) x 30g/m² (zużycie soli szacowane przez wykonawcę) /1 000 000 - 24,29 ton i dalej 24,29 ton - 8,097 ton = 16,19 ton. Ilość skalkulowana przez wykonawcę ZRD Orfin stanowi jedynie 30% potrzeb do wykonania usługi. Oferta została więc zaniżona o 16,19 tony materiału, co przy zaoferowanej stawce 198,00 zł/Mg za sól drogową oznacza niedobór materiałów w wycenie o wartości 3 205,62 zł na jednokrotnym posypie. Rodzaj materiałów i ich ilość zostały ustalone błędnie i niezgodnie z wymogami zamawiającego. Do ceny należy dodać nie mniej niż 3 205,62 zł, przy 80 krotności zgodnie z kosztorysem ofertowym, zatem wartość ta wyniosłaby kwotę w wysokości 256 449,60 zł.

W ocenie odwołującego w zakresie kosztów pośrednich, tak jak wcześniej, nie ujęto w omawianej pozycji kosztu zaplecza technicznego, kosztu budynków, ubezpieczeń OC, kosztu funkcjonowania dyspozytorni, systemu GPS wymaganego do pługopiasekarek, kosztu przesyłu danych GPRS, kosztu łączności telekomunikacyjnych, kosztów administracyjnych, podatków opłaty, BHP, etc. Wykonawca w swojej wycenie wyliczył rzeczne koszty metodą wskaźnikową na poziomie 10%. W jednorazowym przejeździe wynoszą one jedynie 337,55 zł. W zakresie wartości całego kontraktu to zaledwie 27 004,15 zł. Koszty te są zaniżone i niewspółmierne do kosztów, które są ponoszone w związku z taką usługą. Wykonawca wykorzystuje 10 pojazdów, ładowarkę, magazyn, dyspozytornię, place manewrowe. Samo utrzymanie takiego zaplecza kosztowałoby o wiele drożej. Analizując koszty wykazane przez

wykonawcę, jako koszty pośrednie, można ustalić, że wykazana wartość dla doby zimowej w wysokości 337,55 zł daje około 30,00 zł za jedną sztukę pojazdu, co jest kwotą nierealną na rynku nawet w zakresie miejsca postojowego. Ponadto przyjęta wartość nie zgadza się z wartością z kosztorysu ogólnego na poziomie 24,74%. Jakby zastosować współczynnik z wyjaśnień to wartość kosztów pośrednich wynosiłaby $3\ 375,52$ zł (koszy bezpośrednio z kalkulacji) \times 24,74% (wartość % kosztów pośrednich z kosztorysu ofertowego) = 835,10 zł. Koszty pośrednie zaniżono więc o 497,55 zł w wycenie pozycji. W wartości kontraktowej wartość ta wynosi $497,55$ zł \times 80 krotność = 39 804,00 zł.

Odwołujący dodał, że wykonawca ZRD Orfin zaniżył także zysk, kiedy jest to 5% wartości od kosztów bezpośrednich i pośrednich, co jest niezgodne ze złożonymi wyjaśnieniami, w których przedsiębiorca zadeklarował osiągnięcie zysku na poziomie 11%. Poprawnie wyliczony zysk wynosi 408,43 zł, co w wartości kontraktowej daje 32 674,40 zł, a nie 14 852,28 zł, zatem według odwołującego zysk zaniżono o 17 822,12 zł.

Podsumowując, wycena omawianej pozycji została zaniżona o robociznę w wysokości 14 456,80 zł, sprzęt w wysokości 225 648,74 zł, materiały w wysokości 256 449,60 zł, koszty pośrednie w wysokości 39 804,00 zł, zysk w wysokości 17 822,12 zł, zatem ogółem daje to niedoszacowanie na poziomie pozycji na kwotę 554 181,26 zł.

Kalkulacja „Utrzymanie zimowe”, poz. 4 „Przejazd interwencyjny” o wartości 0,0150 zł/m² jeden wyjazd, łączna wartość pozycji 96 579,90 zł brutto.

W ocenie odwołującego, tak jak wcześniej, pominięto koszty tzw. ZUS-u pracodawcy, co powoduje brak dla 11 kierowców kwoty 4 352,04 zł (11 kierowców \times 2h \times 3,297 zł = 72,534 zł, w skali ogólnej 72,534 \times 60 krotność). Dalej, tak jak we wcześniejszych pozycjach, pominięto koszty pracy w godzinach nocnych. Zakładając, że co drugi wyjazd odbędzie się w godzinach nocnych, będzie to 11 pracowników \times 1h \times 2,70 zł = 29,70 zł, co w wartości kontraktowej daje 29,70 zł \times 60 krotności = 1 782,00 zł. Łącznie nie wliczono więc w cenę kosztów robocizny o wartości 6 134,04 zł.

Omawiana pozycja jest nieprawidłowo wyceniona także w zakresie maszynogodzin pługopiasek wykorzystywanych do wykonania usługi. Przeciętna cena rynkowa maszynogodziny pojazdu ciężarowego bez urządzeń wynosi około 90 zł - 33,471 zł, paliwo za 30 km = 56,529 zł i jest to minimalna wartość niedoboru na jednej godzinie pracy sprzętu. W opinii odwołującego, prawidłowo kalkulując tą wartość, należałoby do ceny doliczyć 11 pojazdów \times 2 h (2h to czas przejazdu trasy) \times 56,529 zł = 1 243,64 zł, zaś w wartości kontraktowej należałoby dodać 1 243,64 zł (niedobór wyceny wartości sprzętu w jednym przejeździe) \times 60 krotności = 74 618,40 zł.

Odwołujący zauważył dalej, że wykonawca ZRD Orfin nie skalkulował również szeregu urządzeń, które są niezbędne, aby wykonać odśnieżanie dróg. Nie uwzględniono pracy ładowarki, która jest wymagana do załadunku materiałów sypkich na pługopiasek, pominięto

pracę maszyn mieszających środki chemiczne i uszorstniające, które będą używane w akcji, czy też wytwornice solanki, tj. pracę urządzenia do wytwarzania solanki, którą są zraszane materiały lub drogi. Pracę tych urządzeń należałoby wycenić na kwotę 166,66 zł za dobę, co powoduje, że do wartości kontraktowej należałoby dodać 166,66 zł (niedobór wyceny wartości sprzętu w jednym przejeździe) x 60 krotności = 10 000,00 zł. Łącznie zatem nie wliczono w cenę kosztów sprzętu kwoty w wysokości 84 618,40 zł.

W zakresie tej pozycji także aktualne, jak dla wszystkich pozycji dotyczących oczyszczania zimowego, zostają wcześniejsze wywołyujące dotyczące cen paliwa w zimie. Jak również i dla tej pozycji, jak i dla pozycji 3 „Akcja zima przejazd jednorazowy”, według odwołującego wykonawca ZRD Orfin - niezgodnie z treścią SIWZ - wskazał dawkę 10g/m² soli drogowej. Jak obszernie wyjaśniono we wcześniejszej części uzasadnienia jest to niedopuszczalne i powoduje stratę w kalkulacji. Przy założeniu, że dawka ta wynosiłaby 20g/m², wymagana ilością byłoby 107 311 m² (przedmiar prac podany w kosztorysie zamawiającego) x 20g/m² (zużycie soli szacowane przez wykonawcę) / 1 000 000 = 2,1462 ton i dalej 2,1462 ton - 1,0731 ton = 1,0731 ton. Zatem ilość soli skalkulowana przez wykonawcę ZRD Orfin stanowi jedynie 50% potrzeb do wykonania usługi. Oferta została więc zaniżona o 1,0731 tony materiału, co przy zaoferowanej stawce 198,00 zł/Mg za sól drogową, oznacza niedobór materiałów w wycenie o wartości 212,47 zł na jednokrotnym posypie. Rodzaj materiałów i ich ilość został ustalony błędnie, niezgodnie z wymogami zamawiającego. Założone 10g/m² jest ilością niewystarczającą do wykonania czynności likwidacji śliskości i do ceny należy doliczyć nie mniej niż kwotę 212,47 zł, a przy 60 krotności zgodnie z kosztorysem ofertowym, wartość ta wyniosłaby 12 748,20 zł. Dalsze twierdzenia odwołującego w zakresie wadliwych założeń wykonawcy ZRD Orfin w przedmiocie soli tutaj też pozostają aktualne.

Ponadto, tak jak we wcześniejszych pozycjach, zaniżono koszty pośrednie. W wyjeździe interwencyjnym wynoszą one 312,68 zł. W zakresie wartości całego kontraktu dla tej wyceny to kwota zaledwie 18 760,80 zł. Koszty te są zaniżone i niewspółmierne do kosztów, które są ponoszone w związku z usługą. Wykonawca wykorzystuje 11 pojazdów, ładowarkę, magazyn, dyspozytornię, place manewrowe. Analizując koszty wykazane przez wykonawcę daje to około 29,00 zł za jedną sztukę pojazdu, co jest kwotą niewiarygodną i nierealną. Wszystkie inne elementy, które powinny być w kosztach pośrednich zostały pominięte, tak jak we wcześniej omówionych pozycjach kalkulacji ceny. Jak również zysk wyliczono niezgodnie ze wskazaną w wyjaśnieniach stawką 11%, a na poziomie 10% wartości od kosztów bezpośrednich i pośrednich.

W konsekwencji powyższego, w ocenie odwołującego, wycena pozycji została zaniżona o robociznę w wysokości 6 134,04 zł, sprzęt w wysokości 84 618,40 zł, materiały w wysokości 12 748,20 zł, co daje ogółem stratę w kwocie 103 500,64 zł.

Kalkulacja „Utrzymanie zimowe”, poz. 5 „Oczyszczanie ulic pozimowe” (mechaniczne i/lub ręczne)” o wartości 0,0800 zł/m²za jeden wyjazd, łączna wartość pozycji 129 557,60 zł brutto.

Odwołujący stwierdził, że również w tej pozycji wykonawca ZRD Orfin zaniżył cenę za składowanie odpadów z oczyszczania ulic i placów o kodzie 20 03 03. Stanowisko o konieczności wliczenia w cenę kwoty 94,70 zł/Mg, będącej obligatoryjną opłatą, zgodnie ze wskazanymi w odwołaniu aktami prawa powszechnie obowiązującego, także dla tej pozycji pozostaje aktualne i powoduje wadę kalkulacji. Cena wykonawcy w wysokości 80,00 zł/Mg nie pokrywa wymaganych kosztów i jest skalkulowana poniżej nich. Ponadto, tak jak dla pozycji oczyszczania letniego, tutaj także według odwołującego wykonawca ZRD Orfin pominął prace wykonywane ręcznie, co powoduje zniżenie ceny usługi o pracę zespołu pracowników od 5 do 10 osób.

Odwołujący podniósł, że kalkulacja pozycji jest zaniżona także dla kosztów **Błąd! Nie zdefiniowano zakładki.** pracy, a stawki godzinowe kierowców w wysokości 16,00 zł/h, są jedynie kosztami wynagrodzenia pracownika. W kalkulacji nie wykazano, czy pominięto koszty pracy, które ponosi pracodawca, tzw. ZUS pracodawcy, który dla ceny wykonawcy powoduje niedoszacowanie w wysokości 3,297 zł za godzinę. W dobie wynosi to odpowiednio 4 pracowników x 41 h x 3,297 zł = 540,71 zł, co w skali ogólnej daje 540,71 zł x 2 krotność = 1 081,42 zł i o taką wartość została zaniżona wycena wykonawcy ZRD Orfin. Nie dodano również dodatków do płac, premii, wynagrodzenia za nadgodziny i pracę w godzinach nocnych, o czym odwołujący szeroko rozpisywał się we wcześniejszej części odwołania. Podsumowując, w ocenie odwołującego do kosztów wykonawcy ZRD Orfin należy doliczyć dla pracownika 2,70 zł do jednej godziny nocnej. W dobie to wartość 4 pracowników x 21 h x 2,70 zł = 226,80 zł, zaś w wartości kontraktowej wynosi to 226,80 zł x 2 krotność = 453,60 zł. Łącznie zatem nie wliczono w cenę kosztów pracy w wysokości 1 535,02 zł.

Dalej odwołujący zauważył, że z kalkulacji wynika, iż wykonawca ZRD Orfin nie ujawnił kosztów eksploatacyjnych sprzętu. W tym zakresie przedstawiono jedynie wartość szacunkową w wysokości 1 187,32 zł za zamiatarkę. Wyjaśnienia są ogólnikowe i nie wiemy, jakie koszty zostały w ten sposób obliczone. Ponadto wykonawca wskazał, że oczyszczanie dróg odbywać się będzie po trasie 2 x 74,586 km = 149,1720 km. Jest to długość, która odpowiada długości dwóch jezdni, na co wskazuje przelicznik i tak jak w oczyszczaniu letnim dla tej pozycji wykonawca ZRD Orfin, uwzględnił jedynie drogi dwupasmowe. Nie uwzględniono dróg czterojezdniowych, a także zjazdów, pasów wyłączzeń i innych odcinków drogi. Co ważne, nie uwzględniono także dojazdu na składowisko odpadów, manewrów technologicznych, czy zjazdu do miejsca poboru wody. Trasa drogi została więc źle ustalona i nie obejmuje całego zakresu prac. Oznacza to również, że wartość paliwa została źle oszacowana.

Zdaniem odwołującego zaniżona została cena wody. W omawianej pozycji woda jest kluczowym materiałem dla wykonania usługi, bowiem służy do zraszania nawierzchni, co ogranicza pylenie, unoszenie się kurzu. Wykonawca ZRD Orfin wskazał, że pozyskuje i kalkuluje wodę w cenie 3,46 zł/m³. Przedstawiona cena jest nierealna. Na rynku nie jest możliwe nabycie 1 m³ wody w takiej cenie. Jak wskazano we wcześniejszej części odwołania, w roku 2019 wodociągi obsługujące rynek bytomski i siedzibę ZRD Orfin, sprzedają wodę w cenie netto 5,33 zł za 1 m³, lub 5,91 zł za 1 m³, zatem wykonawca zaniżył cenę wody w stosunku do cen rynkowych.

W ocenie odwołującego, tak jak w każdej pozycji, zaniżono cenę paliwa (3,719 zł) i tutaj wcześniejsze twierdzenia także pozostają aktualne. Ponadto nieprawidłowo wyceniono wartości maszynogodzin zamiatarek, wykorzystywanych do wykonania usługi. Pominięto koszty amortyzacji sprzętu, które zgodnie z ogólnymi zasadami amortyzacji środków trwałych w uproszczeniu powinny wynosić 20% wartości początkowej sprzętu w danym roku. Pominięto koszty napraw, konserwacji, a także koszt części eksploatacyjnych (np. smarów, olejów), innych niż paliwo. W wartość wyceny nie wliczono kosztów ubezpieczenia pojazdu, podatków od środków transportowych, etc. Paliwo, które zostało skalkulowane to niewielka, wręcz ułamkowa część rzeczywistych kosztów wykorzystania sprzętu. Kalkulacja nie uwzględnia także przestojów maszyn, które należy uwzględnić w stawce. Przeciętna cena rynkowa pracy maszynogodziny pojazdu ciężarowego bez polewaczki na rynku wynosi około 90 zł - 41,52 zł, za 12 km/h = 48,48 zł. Taka jest też minimalna wartość niedoboru w wycenie na jednej godzinie pracy sprzętu. Zatem do ceny pozycji należałoby doliczyć 4 pojazdy x 41 h x 48,48 zł = 7 950,72 zł. Natomiast w wartości kontraktowej wynosi to 7 950,72 zł (niedobór wyceny wartości sprzętu) x 2 krotność = 15 901,44 zł, a więc łącznie nie wliczono w cenę kosztów sprzętu ZRD Orfin kwoty w wysokości 15 901,44 zł.

Kalkulacja „Całoroczne utrzymanie”, poz. 1 „Mechaniczne i/lub ręczne oczyszczanie nawierzchni jezdni ulic na wskazanie” o wartości 0,0050 zł/m² jeden wyjazd, łączna wartość pozycji 80 973,50 zł brutto.

Odwołujący zauważył, że także w tej pozycji kalkulacji wykonawca zaniżył cenę za składowanie odpadów z oczyszczania ulic i placów o kodzie 20 03 03. Nie uwzględniono również kosztu pracowników sprzątających ręcznie za pomocą miotły, łopaty, drapak. Zaplanowana usługa jest niezgodna z SOPZ, co oznacza, że oferta wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ, ponieważ nie uwzględnia wszystkich wymagań i powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Pominięto także koszty ZUS-u pracodawcy, co powoduje niedoszacowanie w kwocie 184,63 zł, a w skali umowy 184,63 zł x 20 krotność = 3 692,60 zł. Brak jest kosztu wykonywania pracy w godzinach nocnych, co daje stratę 75,60 zł, zaś w wartości kontraktowej 75,60 zł x 20 krotność = 1 512,00 zł. Dla robocizny zaniżono więc

cenę o wartość 5 204,60 zł. Ponadto wskazana w tej pozycji przez wykonawcę kwota 719,43 zł została niewyjaśniona, wygląda ona jak wartość doliczona.

W dalszej kolejności odwołujący argumentował, że przyjęto trasę oczyszczania dla jezdni dwupasmowych, kiedy należało uwzględnić także drogi czterojezdniowe, zjazdy, pasy wyłączeń, jak również dodać dojazd na składowisko odpadów, manewry technologiczne i zjazdy do miejsca poboru wody. Oznacza to również, że źle oszacowano wartość paliwa. Ponadto, tak jak we wcześniejszych pozycjach, zaniżono cenę wody i paliwa. Odwołujący dodał, że w tej pozycji także nieprawidłowo wyceniono pracę zamiatarek. W kalkulacji nie wspomina się o kosztach pracy maszyn, a stanowią one około 60% kosztów stawki pracy sprzętu. Uwzględniono jedynie koszty paliwa w ilości 1,00 dm³ za 1 km (100l/ 100 km), w cenie netto 3,719 zł/ dm³. Pominięto więc koszty wartości sprzętu, który będzie używany do realizacji usługi, tj. jego amortyzacji, która zgodnie z ogólnymi zasadami amortyzacji środków trwałych w uproszczeniu winna wynosić 20% wartości początkowej sprzętu w danym roku. Wykonawca ZRD Orfin nie ujął w cenie kosztów napraw i obsługi technicznej, a także innych niż paliwo kosztów eksploatacyjnych (np. smarów, olejów). W wartość wyceny nie wliczono kosztów ubezpieczenia pojazdu, podatków od środków transportowych, wymiany opon i innych kosztów, które wynikają z użycia sprzętu. Paliwo, które zostało skalkulowane to niewielka, wręcz ułamkowa część rzeczywistych kosztów wykorzystania sprzętu.

Odwołujący dodał, że pozycja ta nie uwzględnia planowanych i nieplanowanych przestoju maszyn, które winny być wyliczone w stawce i pokryte w eksploatacji. Przestoje takie wynikają niezależnie od woli przedsiębiorcy, np. przestój związany z przeglądem technicznym, naprawami, brakiem zatrudnienia. Cena rynkowa pracy maszynogodziny pojazdu ciężarowego bez zamiatarki wynosi około 90 zł - 41,52 zł, paliwo za 12 km/h = 48,48 zł. Taka jest też minimalna wartość niedoboru w wycenie na jednej godzinie pracy sprzętu. Zatem do ceny należałoby doliczyć 4 pojazdy x 14 h x 48,48 zł = 2 714,88 zł. Dla całej umowy jest to 2 714,88 zł (niedobór wyceny wartości sprzętu) x 20 krotność = 54 297,60 zł.

Kalkulacja „Całoroczne utrzymanie” poz. 2 „Oczyszczanie trawników, pasów przyjezdniowych na wskazanie” o wartości 0,0005 zł/m² jeden wyjazd, łączna wartość pozycji 31 509,10 zł brutto.

W ocenie odwołującego wyliczenia dla tej kalkulacji nie obejmuje zakresu prac, który został opisany w SIWZ dział II pkt VII oczyszczanie pasów przyjezdniowych, ppkt 1 SOPZ. Kalkulacja posiada błędy rachunkowe, które nie zostały poprawione, jest także niewiarygodna z uwagi na nieprawidłowy zakres prac, bowiem nie zawiera wymaganych nakładów pracy sprzętu (policzono jedynie koszt paliwa) i ludzi, ponieważ nie zawiera wszystkich kosztów pracowniczych, w szczególności składki ZUS-u pracodawcy.

Kalkulacja przedłożona przez wykonawcę ZRD Orfin zawiera błędy rachunkowe, które nie zostały poprawione. Pomyłono się w obliczeniu wartości zysku oraz podatku VAT, tj. zysk

(Z = 3%) zamiast 341,49 zł powinno być 10,24 zł, razem netto zamiast 331,54 zł powinno być 351,73 zł, podatek VAT 8% zamiast 26,52 zł powinno być 28,14 zł i razem brutto zamiast 358,06 zł powinno być 379,87 zł. W ocenie odwołującego świadczy to o tym, że kalkulacja wykonawcy nie była badana, przeliczana i oceniana merytorycznie przez zamawiającego.

W omawianej pozycji, według odwołującego, występuje także niedobór w zakresie wyceny kosztu pracy pracowników. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę ZRD Orfin są niezgodne z SOPZ, gdzie w dziale II pkt VII ppkt 1 zamawiający wskazał, że oczyszczanie pasów przyjezdniowych, w tym poboczy i rowów, polega na wygrabieniu liści, usuwaniu powalonych drzew, konarów, usuwaniu zwierzęcych odchodów i ich wywozie. Taki zakres nie został ujęty w wycenie wykonawcy. Zamawiający wymagał wykonania konkretnych prac ogrodniczych, polegających na wygrabianiu powierzchni trawiastych z liści, obumarłych roślin, odpadów roślinnych. Po zgrabieniu odpadów należy je zebrać w przyzmy, załadować i przekazać na kompostownik. Czynności te nie zostały objęte wyceną, pominięto je. Stanowi to o niezgodności z przedmiotem zamówienia i powoduje zaniżenie ceny, o prace które pominięto w wycenie.

W ocenie odwołującego prawidłowe ustalenie wartości prac ogrodniczych, polegających na wygrabieniu liści, które nie zostały ujęte w kalkulacji wykonawcy, według katalogów branżowych KNP 13 i KNR 2-21, powinno być następujące: dwukrotne wygrabianie trawników w okresie wiosennym, dwukrotne wygrabianie trawników w okresie jesiennym, koszty utylizacji odpadów, których ZRD Orfin przyjął 230 Mg. W obliczeniach wykonawca wskazuje stawkę roboczogodziny 16,00 zł/h, w średniej cenie maszynogodziny samochodu 67,50 m-g, koszty pośrednie 3% naliczane od kosztów bezpośrednich i zysk 3%. Zatem wycena prac powinna wynosić 356 371,96 zł i o taką wartość została zaniżona omawiana pozycja. Wycena ZRD Orfin zawiera zaniżone nakłady, nawet w zakresie zbierania zanieczyszczeń innych niż liście. W kalkulacji wykonawca ustalił, że prace będzie wykonywało dwóch pracowników przez 8h. Łączna powierzchnia do oczyszczania wynosi 716 116,00 m, trasa w takiej dniówce wynosiłaby 74,586 km x 2 (dwie strony drogi, dwa pobocza) = 149,1720 km. Każdy z zatrudnionych pracowników musiałby w ciągu swojej dniówki przejść minimum 74,586 km - jedna strona drogi. Wykonując proste działanie matematyczne uzyskujemy informacje o prędkości, z jaką musiałaby być wykonana praca 74,586 km / 7,5 h = 9,94 km w ciągu 1h. Przy czym należy pamiętać, że czynność polega na przejściu całej powierzchni poboczy, schylaniu się, podejściu do zalegających odpadów, sortowaniu odpadów, układania ich w stosy, lub na załadunku na samochód transportowy. Wykonując taką pracę pracownik porusza się w tempie wolniejszym, niż gdyby jedynie szedł, bez wykonywania żadnej pracy. Za bardzo szybki marsz człowieka uznaje się prędkość 6 km/h. Założenia poczynione przez wykonawcę ZRD Orfin, że pracownicy będą się poruszać z prędkością 9,94 km/h są nierealne, niemożliwe do wykonania. Według odwołującego, kiedy

wyliczy się $19,78 \text{ zł} + 659,20 \text{ zł} = 678,98 \text{ zł}$, podatek VAT = 8% $54,32 \text{ zł}$, razem $54,32 \text{ zł} + 678,98 \text{ zł} = 733,30 \text{ zł}$ brutto, uzyskamy wartość pracy za zbieranie zanieczyszczeń. Zatem w wycenie ZRD Orfin zostało to zaniżone przy jednokrotnym zbieraniu o $733,30 \text{ zł} - 358,06 \text{ zł} = 375,24 \text{ zł}$, natomiast cała wartość kontraktowa została pomniejszona o wartość $375,24 \text{ zł} \times 88$ krotności = $33\,021,12 \text{ zł}$.

Dalej odwołujący wskazał, że tutaj także zaniżono koszty składek ZUS-u pracodawcy, więc każda godzina pracy została niedoszacowana o $3,297 \text{ zł}$. W dobie wynosi to odpowiednio $5 \text{ pracowników} \times 8 \text{ h} \times 3,297 \text{ zł} = 131,88 \text{ zł}$ w skali ogólnej jest to wartość $131,88 \text{ zł} \times 88$ krotności = $11\,605,44 \text{ zł}$ i o taką wartość została zaniżona wycena, z powodu pominięcia składek ZUS-u właściwych dla pracodawcy, których koszt jest obligatoryjny.

Odwołujący zauważył również, że nieprawidłowo wyceniono wartość wymaganych maszynogodzin dla samochodu dostawczego o ładowności do 3,5 tony, wykorzystywanego do wykonania usługi. Tożsamo, jak podnosił odwołujący dla każdego kosztu sprzętu, tutaj także wskazano, że wykonawca ZRD Orfin nie uwzględnił kosztów amortyzacji, kosztów napraw i eksploatacji, przeglądów, ubezpieczenia, podatków, przestojów etc., a wyceniono jedynie koszt paliwa w ilości $0,15 \text{ dm}^3$ za 1 km ($15 \text{ l} / 100 \text{ km}$), w cenie netto $3,719 \text{ zł/dm}^3$.

Następnie odwołujący wskazał, że wykonawca ZRD Orfin założył, że pojazd pokona $74,586 \text{ km}$. Jest to jednorazowy przejazd trasy po jej długości. W wycenie pominięto więc trasę powrotną na zaplecze wykonawcy, a także koszt transportu odpadów na składowisko, zaniżono zatem ilość kilometrów o długość $84,586 \text{ km}$. Odwołujący podniósł dalej, że wycena pracy sprzętu wynika z wartości księgowej pojazdów i przeciętna cena rynkowa maszynogodziny pojazdu ciężarowego o ładowności do 3,5 tony bez urządzeń wynosi około $67,50 \text{ zł} - 16,74 \text{ zł}$, paliwo za $30 \text{ km} = 50,76 \text{ zł}$. Mając powyższe na uwadze, dla jednej doby, należy doliczyć $1 \text{ pojazd} \times 8 \text{ h}$ (8h to czas pracy) $\times 50,76 \text{ zł} = 406,08 \text{ zł}$, więc w wartości kontraktowej jest to $406,08 \text{ zł}$ (niedobór wyceny wartości sprzętu w jednej dobie) $\times 88$ krotności = $35\,735,04 \text{ zł}$. Odwołujący podkreślił, że tutaj też wadliwie skalkulowano cenę paliwa i wcześniejsze twierdzenia pozostają aktualne.

Ponadto w zakresie materiałów wykonawca ZRD Orfin założył w wycenie, że dokona oczyszczenia powierzchni $716\,116,00 \text{ m}^2$. Szacunkową ilość zebranych odpadów określił na $0,03 \text{ Mg}$, tj. 30 kg . Biorąc pod uwagę doświadczenie życiowe i zawodowe odwołującego ilość ta jest zaniżona. Wykonawca nie przewidział wszystkich odpadów, które należy usunąć z pasów przyjezdniowych. W dziale I pkt II ppkt 2 zamawiający wskazał co należy do obowiązków wykonawcy. Określony przez zamawiającego rodzaj i charakter odpadów powoduje, że ich ilość nie może być oszacowana na 30 kg w cenie $13,50 \text{ zł}$, bo taka ilość mieści się w jednym worku. Średni ciężar jednej opony z samochodu ciężarowego jest większy niż 30 kg . Ilość odpadów została ustalona nieprawidłowo, w skali kontraktu oznaczałoby to, że wykonawca zbierze tylko około $2,5$ tony odpadów przez półroczną obsługę

63 018 208,00 m2. Dane są więc niewiarygodne i nieprawdziwe. Jak również wykonawca ZRD Orfin swoich założeń nie poparł żadnymi dowodami, czy też indywidualną kalkulacją.

Odwołujący podniósł dalej, że koszty pośrednie, naliczane zgodnie z przyjętym przez wykonawcę ZRD Orfin założeniem, wynoszą 3%, czyli w jednej dobie jest to 9,95 zł. W zakresie wartości całego kontraktu to zaledwie 875,60 zł, zatem koszty te są zaniżone i niewspółmierne do kosztów, które są ponoszone w związku z usługą. Wykonawca do realizacji usługi wykorzystuje pojazd, magazyn, dyspozytornię, place manewrowe. Za przyjętą kwotę kosztów pośrednich nie byłoby możliwe opłacenie ubezpieczenia pojazdu, wykorzystywanego do wykonania usługi. Wszystkie elementy, które powinny być w kosztach pośrednich zostały pominięte. Część kosztów nie jest możliwa do zlekceważenia, w szczególności dotyczy to konieczności zapewnienia odpowiednich warunków socjalnych dla załogi, szatani, łaźni, ogrzewania pomieszczeń, oświetlenia. Ponadto w kosztorysie ofertowym ogólnym wykonawca wskazał na 24,74% tychże kosztów, a tutaj jest to jedynie 3%, a więc o prawie 22% mniej, niż jego średnie koszty pośrednie. Gdyby zastosować prawidłowy współczynnik to wartość nominalna kosztów pośrednich wynosiłaby 331,54 zł (koszty bezpośrednie z kalkulacji) x 24,74% (wartość % kosztów pośrednich z kosztorysu ofertowego) = 82,02 zł. Koszty pośrednie zaniżono więc o 82,02 zł w wycenie pozycji, a w wartości kontraktowej o 82,02 zł x 88 krotności = 7 217,76 zł.

Ostatnim zaniżonym elementem pozycji jest nieprawidłowo wyliczony zysk. W opinii odwołującego zysk wynosi 3% wartości, zatem jest to sprzeczne ze złożonymi wyjaśnieniami, w których wykonawca zadeklarował zysk na poziomie 11%.

Podsumowując powyższe, odwołujący stwierdził, że wycena pozycji została zaniżona o robociznę w wysokości 400 998,52 zł, sprzęt w wysokości 35 735,04 zł, koszty pośrednie w wysokości 7 217,76 zł, co daje ogółem pozycję zaniżoną o kwotę 443 951,32 zł.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie ustnej do protokołu wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości, jako nieposiadającego uzasadnionych podstaw. Wniesiono także o zasądzenie na rzecz zamawiającego od odwołującego kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożoną fakturą VAT.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 i 3 p.z.p. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Zakład Robót Drogowych ORFIN Sp. z o.o. Sp. k., ul. Sikorskiego 5a, 41-922 Radzionków (dalej zwanego jako „przystępujący”), zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego.

Przystępujący przedstawił swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem dowodowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedstawioną w postaci elektronicznej przez zamawiającego, w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu oraz treścią SIWZ, złożonymi ofertami, korespondencją prowadzoną w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pomiędzy zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, gdzie odwołujący podtrzymał stanowisko złożone pisemnie, zamawiający przedstawił ustną odpowiedź na odwołanie, zaś przystępujący poparł twierdzenia zamawiającego – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład rozpoznający spór ustalił, iż odwołanie mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p., zostało wniesione przez podmiot uprawniony, a także dotyczy materii określonej w art. 180 ust. 1 p.z.p., zatem podlega kognicji Krajowej Izby Odwoławczej.

Izba ustaliła dalej, że odwołanie podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 187 ust. 1 p.z.p. i nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 p.z.p., a których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania *meritum* sprawy. Skład orzekający stwierdził również, że odwołujący posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia, określoną w art. 179 ust. 1 p.z.p.

W oparciu o określone we wcześniejszej części uzasadnienia akta sprawy odwoławczej, Izba ustaliła następujące okoliczności w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia:

I. Zgodnie z rozdziałem III SIWZ:

1. „Przedmiotem zamówienia jest letnie i zimowe utrzymanie pasa drogowego oraz utrzymanie i konserwacja zieleni w pasie drogowym na terenie miasta Bytomia w podziale na 8 zadań (Rejonów), obejmujące następujące usługi:
 - a) letnie oczyszczanie i utrzymanie w czystości nawierzchni pasów drogowych w tym dróg krajowych wraz z węzłami, dróg oraz ulic wojewódzkich, powiatowych, gminnych i wewnętrznych, obiektów drogowych oraz ciągów pieszych i/lub rowerowych, placów miejskich, strefy płatnego parkowania, parkingów, chodników (w tym schodów terenowych, przystanków komunikacji autobusowej i tramwajowej), poboczy oraz opróżnianie koszy ulicznych;
 - b) zimowe utrzymanie i oczyszczanie pasów drogowych w tym dróg krajowych wraz z węzłami, dróg oraz ulic wojewódzkich, powiatowych, gminnych i wewnętrznych, obiektów drogowych, parkingów oraz ich

pozimowe oczyszczanie. Przedmiot obejmuje także odśnieżanie, usuwanie śliskości zimowej i oczyszczanie z chodników (w tym schodów terenowych), ciągów pieszych i/lub rowerowych, placów miejskich, strefy płatnego parkowania, przystanków komunikacji autobusowej i tramwajowej oraz opróżnianie koszy ulicznych;

- c) utrzymanie i konserwacja terenów zieleni w pasie drogowym.
2. Kompleks zadań objętych zamówieniem jest wypełnieniem obowiązków związanych z utrzymaniem czystości i porządku na pasach drogowych dróg publicznych i wewnętrznych w granicach administracyjnych miasta Bytomia, nałożonych na Zamawiającego zgodnie z przepisem art. 5 ust. 4 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (j.t. Dz. U. z 2018 r., poz. 1454 z późn. zm.), przepisami ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (j.t. Dz. U. z 2018 r., poz. 2068 z późn. zm.) oraz 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 (Dz.U. z 2005 r. Nr 230, poz.1960).
3. Wykonawca winien w oparciu o wskazany zakres, doświadczenie własne dokonać wyceny prac ujmując wszystkie koszty ich wykonania, w szczególności koszt pracy sprzętu i zakupu materiałów.
4. Przedmiot zamówienia określa Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia (SOPZ) stanowiący załącznik nr 2 do SIWZ oraz wzór umowy stanowiący załącznik nr 5 do SIWZ.
5. Wykazy terenów dla poszczególnych zadań (Rejonów) przedstawiają załączniki nr 1-8 do Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (SOPZ)".
8. „Podane w SIWZ i załącznikach do SIWZ ilości i krotności poszczególnych prac są orientacyjne (szacunkowe), wyliczone na podstawie dotychczasowych doświadczeń Zamawiającego i mają służyć jedynie do kalkulacji ceny ofertowej. Faktyczne ilości i krotności wykonywanych prac mogą się różnić od ilości zakładanych (szacowanych) w zależności od panujących warunków pogodowych w okresie trwania zamówienia. Wynagrodzenie Wykonawcy stanowić będzie iloczyn faktycznie wykonanych prac i cen jednostkowych podanych w ofercie Wykonawcy, do wysokości łącznej ceny ofertowej wskazanej w formularzu ofertowym”.

Ponadto zamawiający w rozdziale IV SIWZ określił warunki udziału w postępowaniu, w tym co do zdolności technicznej w postaci wymaganego sprzętu do realizacji zamówienia oraz legitymowania się odpowiednim doświadczeniem w zakresie letniego i zimowego utrzymania dróg, zaś w rozdziale XIII SIWZ określono sposób obliczenia ceny.

- II. Zgodnie z protokołem postępowania ppkt 2 pkt 4 druku ZP-PN zamawiający dla rejonu nr 1 (część I postępowania) oszacował wartość zamówienia na kwotę 8 263 889,44 zł, natomiast kwota, jaką zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia to 8 925 000,59 zł.
- III. Na część I postępowania złożono następujące oferty:
- 1) oferta odwołującego z ceną w wysokości 6 584 100,71 zł,
 - 2) oferta przystępującego z ceną w wysokości 4 906 042,53 zł (cena po poprawieniu omyłki rachunkowej, zgodnie z zawiadomieniem z 23.10.19 r.), co powoduje, że średnia arytmetyczna cen ofert złożonych w postępowaniu wynosi 5 747 071, 62 zł. Ponadto stosunek wartości oferty złożonej przez przystępującego do kwoty zamawiającego to około 54%.
- IV. Procedowanie w zakresie wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny przystępującego:
- 1) pismem z 28.08.2019 r. zamawiający, na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a p.z.p, wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień oraz dowodów dotyczących wyliczenia ceny dla części I postępowania,
 - 2) w odpowiedzi na wezwanie wykonawca pismem z 03.09.2019 r. przekazał zamawiającemu wyjaśnienia wraz z załącznikami w postaci kalkulacji cen jednostkowych, czterech faktur i kosztorysu ofertowego,
 - 3) po częściowym uwzględnieniu odwołania sygn. akt KIO 1975/19 pismem z 18.10.2019 r. zamawiający, na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a p.z.p, wezwał przystępującego do kolejnego złożenia wyjaśnień oraz dowodów dotyczących wyliczenia ceny dla części I postępowania,
 - 4) w odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca pismem z 22.10.2019 r. przekazał zamawiającemu wyjaśnienia wraz z załącznikami w postaci kalkulacji cen jednostkowych, czterech faktur i kosztorysu ofertowego – ponownie to samo, co zamawiający otrzymał w odpowiedzi na wcześniejsze wezwanie do wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny.
- V. W dniu 07.11.2019 r. zamawiający dokonał wyboru oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej.

Krajowa Izba Odwoławcza dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Skład orzekający – uwzględniając materiał dowodowy zgromadzony w sprawie, w szczególności po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania oraz dowodów przedłożonych przez strony, zważając na okoliczności faktyczne

podniesione w odwołaniu – stwierdził, że sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym. Natomiast twierdzenia zamawiającego, mające świadczyć o prawidłowości jego czynności w postępowaniu, Izba uznała za zmierzające wyłącznie do poprawy sytuacji procesowej strony, a przy tym nie posiadające odzwierciedlenia w dokumentacji postępowania, zatem nie mogące uchylić obiektywnej wadliwości zakwestionowanego przez odwołującego wyboru oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej.

Izba stwierdziła, że rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości, z powodu zaniechania odrzucenia oferty przystępującego, jako oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i błąd w obliczeniu ceny, co powoduje, że zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p. i art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p., a w konsekwencji naruszono również art. 7 ust. 1 p.z.p.

Skład orzekający wskazuje dalej, że Krajowa Izba Odwoławcza nie jest związana podstawą prawną podaną przez odwołującego, przy dokonywaniu kwalifikacji naruszenia prawa przez zamawiającego. Zaznaczyć należy, iż Sąd Najwyższy w swoich orzeczeniach podkreśla, iż sąd nie jest związany wskazaną przez powoda podstawą prawną roszczenia – przeciwnie, sąd jest obowiązany rozpatrzeć sprawę wszechstronnie i wziąć pod rozwagę wszystkie przepisy prawne, które powinny być zastosowane w rozważanym przypadku (por. wyroki Sądu Najwyższego: z 13.07.2005 r. sygn. akt I CK 132/05, z 02.12. 2005 r. sygn. akt II CK 277/05, z 29.10.2008 r. sygn. akt IV CSK 260/08, z 27.03.2008 r. sygn. akt II CSK 524/07, z 12.12.2008 r. sygn. akt II CSK 367/08, z 19.03.2012 r. sygn. akt II PK 175/11, z 28.03.2014 r. sygn. akt III CSK 156/13). Przenosząc ten pogląd na grunt postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, w myśl zasady *da mihi factum, dabo tibi ius*, Izba jest uprawniona do orzekania w sytuacji, gdy okoliczności faktyczne, podniesione w zarzutach odwołania, a także opis czynności lub zaniechań zamawiającego, wskazują na faktyczne naruszenie przepisów ustawy.

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza, w ramach dokonywanej subsumpcji, jest upoważniona do oceny odwołania w aspekcie przepisów prawnych, które powinny zostać zastosowane jako mające oparcie w ustalonych faktach, bowiem Izba nie jest związana podstawą prawną podaną przed odwołującego. Stanowisko to znalazło potwierdzenie w orzecznictwie sądów powszechnych, jak i Izby, gdzie trafnie podnosi się, że zakres zarzutu wyznaczają okoliczności faktyczne, w których odwołujący upatruje niezgodności z przepisami ustawy (por. wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29.06.2009 r. sygn. akt X Ga 110/09, wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z 18.04.2012 r. sygn. akt I Ca 117/12, wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 29.06.2018 r., sygn. akt XIII Ga 546/18). Argumentacja ta znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie Izby, gdzie zaznacza się, iż „za zarzuty uznaje się

przedstawione przez wykonawcę okoliczności faktyczne, mające świadczyć o naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Podkreślić także należy, że Izba nie jest związana wskazywaną przez wykonawcę podstawą prawną zarzutów” (*vide* wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30.05.2017 r. sygn. akt KIO 993/17, por. też wyroki Izby z 02.08.2017 r. sygn. akt KIO 1488/17, z 10.08.2018 r. sygn. akt KIO 1370/18, z 26.06.2018 r. sygn. akt KIO 1075/18, z 17.05.2019 r. sygn. akt KIO 805/19). Skład orzekający powyższe poglądy podziela i przyjmuje za własne.

Krajowa Izba Odwoławcza jest związana zatem zawartymi w odwołaniu zarzutami (art. 192 ust. 7 p.z.p.), ale nie jest związana przyjętą przez odwołującego kwalifikacją prawną okoliczności faktycznych, opisanych w zarzucie. Warto zauważyć, że art. 180 ust. 3 p.z.p. wymaga wskazania czynności lub zaniechania zamawiającego, które doprowadziły do naruszenia ustawy oraz zwięzłego przedstawienia zarzutów. W odwołaniu należy także określić żądanie, a także wskazać okoliczności faktyczne i prawne, uzasadniające wniesienie środka zaskarżenia. Okoliczności faktycznych i prawnych nie można jednak utożsamiać z podstawą prawną, czy kwalifikacją stanu faktycznego do przepisów prawa. Art. 192 ust. 2 p.z.p. stanowi bowiem, iż Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ, lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia – niezależnie od tego, jak to naruszenie w oparciu o przedstawione zarzuty zostanie zakwalifikowane przez odwołującego.

W świetle powyższego Izba stwierdziła, że wskazane przez odwołującego okoliczności faktyczne poddają się również kwalifikacji przez pryzmat art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p., ponieważ w ocenie składu orzekającego treść oferty przystępującego powoduje, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 poz. 1010), zwanej dalej jako „z.n.k.”, co znalazło odzwierciedlenie w tenorze sentencji wyroku.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Wypada podkreślić, że zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z 09.06.2009 r. sygn. akt II CSK 44/09, norma ta może stanowić samodzielny podstawę uznania określonego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji (por. też wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28.10.2010 r., sygn. akt II CSK 191/10). Omawiany przepis oddziela zachowania dozwolone w obrocie gospodarczym w ramach swobody konkurencji, od zachowań niedozwolonych z powodu ich sprzeczności z prawem lub dobrymi obyczajami. Zatem wytycza granice swobody prowadzenia działalności gospodarczej i konkurencji pomiędzy przedsiębiorcami. Za naruszenie prawa należy uznać czyn nieuczciwej konkurencji, jeżeli dzięki temu naruszeniu dopuszczający się go przedsiębiorca uzyskuje korzyści w sferze gospodarczej – w szczególności, jeżeli wykonawca uzyskuje przewagę nad konkurentami, w następstwie

czego zaczyna zagrażać ich interesom. Przy czym pod pojęciem „sprzeczne z prawem” należy rozumieć działanie sprzeczne nie tylko z ustawą z.n.k., ale również bezprawne na kanwie odrębnych ustaw, mające wpływ na sytuację innych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i naruszające ich uzasadnione interesy gospodarcze. Natomiast zakaz naruszania dobrych obyczajów chroni przede wszystkim uczciwość we współzawodnictwie na rynku towarów i usług, czyli rzetelność w konkurencji (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 31.03.2015 r., sygn. akt III APa 28/14). Istotnym jest również, aby działanie wykonawcy, stojące w sprzeczności z prawem lub z dobrymi obyczajami, powodowało powstanie stanu zagrożenia, albo naruszenia interesu prawnego osób trzecich – innego przedsiębiorcy, czy zamawiającego, a także winien istnieć związek pomiędzy naruszeniem (powstaniem stanu zagrożenia), a zasługującym na ochronę interesem uczestnika rynku zamówień publicznych.

Ponadto Izba zauważa, że dokonując wykładni omawianej normy nie można pominąć, że przedmiotem ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest, w najszerszym zakresie, działalność przedsiębiorcy przed zamachami przeciwko niej skierowanymi. Ustawa ta zmierza do zapewnienia prawidłowości zachowania się i działania przedsiębiorcy w warunkach wolnej konkurencji i dostępu do rynku na równych prawach (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 23.02.1995 r., sygn. akt III CZP 12/95).

Skład orzekający stwierdził, że w ustalonym stanie rzeczy przystępujący złożył ofertę sprzeczną z powszechnie obowiązującymi przepisami, w postaci rozporządzenia 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 (Dz. U. z 2005 r., nr 230, poz.1960), dalej zwanego jako „rozporządzenie ws. środków chemicznych”. Obowiązki przedmiotowego rozporządzenia, pomimo uchylenia delegacji do jego wydania, wynika z art. 55 ust. 3 ustawy z dnia 25 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy o samorządzie gminnym oraz niektórych innych ustaw (Dz. U z 2015 r. poz. 1045). Jedynie dodatkowo należy zauważyć, że w pkt 2 rozdziału III SIWZ wskazano, że przedmiot zamówienia polega na wypełnieniu obowiązków zamawiającego związanych z utrzymaniem czystości i porządku na pasach drogowych dróg publicznych i wewnętrznych miasta Bytomia, które zostały uregulowane przez ustawodawcę m.in. w rozporządzeniu ws. środków chemicznych (*vide* pkt I okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia).

Izba wskazuje dalej, że wobec brzmienia rozporządzenia ws. środków chemicznych, ani zamawiający, ani wykonawcy nie mogą w sposób dowolny dobierać środków, którymi posługują się przy realizacji przedmiotu zamówienia, czy też kształtować ilości środków, które zostaną wykorzystane, wbrew jego treści. W tym zakresie obowiązują powszechne przepisy prawa, których niezastosowanie powoduje odpowiedzialność za wykroczenie, podlegającą karze aresztu lub grzywny (art. 131 pkt 7 ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody

(Dz. U z 2018 r. poz. 1614 ze zm.)). Zatem nie ma dowolności w zakresie doboru środków, jak i ich ilości, które wprost wynikają z rozporządzenia. Załączniki do rozporządzenia określają szczegółowe warunki stosowania środków niechemicznych oraz chemicznych, gdzie w tabeli załącznika nr 1 uregulowano rodzaj działalności i stan nawierzchni, temperaturę i substancje w postaci chlorku sodu lub mieszanin chlorków, we wskazanych proporcjach, w zależności do czego mają zostać użyte. Przystępujący w wyjaśnieniach sposobu kalkulacji ceny kilkakrotnie wskazał, że zamierza wykonywać przedmiot zamówienia w zakresie oczyszczania zimowego jedynie przy pomocy soli drogowej. W cenie oferty nie skalkulowano żadnego innego środka chemicznego, wymaganego przez powszechnie obowiązujące przepisy prawa, w postaci mieszanin z chlorkiem magnezu, czy z chlorkiem wapnia, których używa się do zapobiegania powstawaniu oblodzenia i gołoledzi oraz śliskości pośniegowej w temperaturze od -10°C oraz do likwidacji gołoledzi, oblodzenia, śliskości pośniegowej i pozostałości świeżego opadu śniegu po przejściach pługów w temperaturze poniżej -10°C . Ustawodawca w tych celach nakazał używanie mieszanin chlorków w ustalonych proporcjach, zatem przystępujący określił w ofercie sposób świadczenia zamówienia, wbrew treści rozporządzenia, w sytuacji kiedy wyłączono możliwość zastosowania samej soli drogowej (chlorku sodu).

Izba nie zgadza się ze stanowiskiem zamawiającego, jakby dobór środków do realizacji umowy pozostawał w gestii wykonawcy. Po pierwsze, treść dokumentacji postępowania nie może uchylać powszechnie obowiązujących przepisów prawa. Po wtóre, zamawiający wskazał w ppkt 13 pkt 2 ustęp II pn. określenia podstawowe działu I pn. wstęp SOPZ (załącznik nr 2 do SIWZ), że przez środki do usuwania śliskości zimowej rozumie się środki zgodne z omawianym rozporządzeniem, co powtórzono w pkt 6 działu IV pn. podstawowe obowiązki wykonawcy SOPZ, gdzie wskazano na konieczność stosowania się do ww. rozporządzenia oraz zobowiązano wykonawców do dysponowania niezbędną ilością środków chemicznych i niechemicznych – co nie stanowi o swobodzie wykonawcy w tym zakresie, ale o konieczności zabezpieczenia wystarczająco dużej ilości substancji do zrealizowania zamówienia, w zgodzie z treścią rozporządzenia. W żadnym miejscu dokumentacji postępowania zamawiający nie wskazał, że usługa będzie wykonywana tylko w temperaturach umożliwiającym zastosowanie soli drogowej, przy czym wypada także podkreślić, że wskazane przez przystępującego dawki soli ($25\text{g}/\text{m}^2$ dla pozycji akcja zima dobową i $10\text{g}/\text{m}^2$ dla pozycji akcja zima przejazd jednorazowy i przejazd interwencyjny) są – w oparciu o brzmienie tabeli nr 1 do rozporządzenia – niewystarczające dla prawidłowego wykonywania usługi likwidacji śliskości zimowej, o czym szerzej w dalszej części uzasadnienia.

Złożenie oferty przez przystępującego powoduje zagrożenie interesów innych wykonawców, którzy uwzględnili treść rozporządzenia ws. środków chemicznych, kalkulując swoje oferty, bowiem znaleźli się oni w gorszej sytuacji podczas dokonywania oceny ofert z powodu zaburzenia mechanizmu uczciwej rywalizacji pomiędzy konkurentami.

Przystępujący osiągnął lepszą pozycję względem konkurencji, z powodu złożenia oferty sprzecznej z prawem, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. W szczególności, że możliwość konkurowania na równych i uczciwych zasadach z innymi uczestnikami rynku została zagwarantowana w art. 7 ust. 1 p.z.p., co powoduje dodatkowe uzasadnienie do odrzucenia oferty tego z wykonawców, który narusza przedmiotową zasadę. Obowiązkiem zamawiającego jest stworzenie na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ram dla uczciwego konkurowania podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne, a obowiązkiem wykonawców jest właściwe konkurowanie o wybór ich ofert. Zachowanie przystępującego taką konkurencję zaburzyło, jako że stanowiło odstępstwo od wymogu sporządzenia oferty z uwzględnieniem ram prawnych dotyczących przedmiotu postępowania, czego oczekiwać należy od każdego przedsiębiorcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego.

Wypada także zaznaczyć, że ujawnienie faktu, iż oferta została złożona w czynie nieuczciwej konkurencji może nastąpić po jej złożeniu i nie tkwić bezpośrednio w jej treści. Nie jest niczym niespotykanym, że dopiero w toku składanych wyjaśnień wykonawcy podają informacje o swojej ofercie, które w niej tkwiły od momentu jej złożenia, ale których podania w formularzu ofertowym zamawiający nie żądał. Wyjaśnienia dotyczące treści oferty, czy to pod względem oferowanej ceny, czy też innych elementów budzących wątpliwości, mogą prowadzić do uznania, że oferta została złożona w czynie nieuczciwej konkurencji (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 23.08.2019 r., sygn. akt KIO 1559/19).

Przechodząc do omówienia naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p., ponieważ zaniechano odrzucenia oferty przystępującego, kiedy zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, skład orzekający przypomina, że zgodnie z art. 90 ust. 3 p.z.p. „zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.”

Godzi się krótko wskazać, że na tle omawianej regulacji, powstało bardzo obszerne i ugruntowane orzecznictwo, zarówno Krajowej Izby Odwoławczej, jak i Sądów Okręgowych i jedynie dla przypomnienia należy zauważyć, że cena rażąco niska to cena nierealna, niepozwalająca na realizację zamówienia z należytą starannością, wskazująca na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, znacznie odbiegającą od cen rynkowych innych, takich samych lub podobnych rodzajów zamówień, wskazującą na możliwość wykonania zamówienia poniżej kosztów świadczenia usługi. Ponadto, podstawowym punktem odniesienia przy kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej jest z jednej strony ustalona przez zamawiającego, zgodnie z art. 32 ust. 1 p.z.p., czyli w sposób należyty, wartość zamówienia powiększona o podatek VAT, a z drugiej są ceny zaoferowane przez

innych wykonawców w danym postępowaniu (por. wyrok Sądu Okręgowego w Słupsku z dnia 23.07.2015 r., sygn. akt IV Ca 204/15).

Dalej skład orzekający zaznacza, że wyjaśnienia, o których mowa w art. 90 ust. 3 p.z.p., zostały przez ustawodawcę uregulowane w art. 90 ust. 1 p.z.p., gdzie unormowano wezwanie do złożenia wyjaśnień, określane przez pryzmat wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi wymaganiami. A także w art. 90 ust. 1a p.z.p., gdzie ustawodawca określił przesłankę *ex lege* do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 p.z.p., kwantyfikowaną procentową różnicą pomiędzy ceną oferty wykonawcy, a wartością zamówienia z doliczonym podatkiem od towarów i usług, lub średnią arytmetyczną złożonych w postępowaniu ofert – chyba, że zamawiający uzna, iż powstała rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych i różnica co najmniej 30% pomiędzy ww. wartościami nie wymaga wyjaśnienia.

Wskazana w art. 90 ust. 3 p.z.p. sankcja odrzucenia oferty jest bezpośrednio związana z procedurą wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny na wezwanie zamawiającego, uregulowaną w art. 90 ust. 1 i 1a p.z.p., a także obowiązkiem wykonawcy wynikającym z art. 90 ust. 2 p.z.p. – ”obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy”. Celem postępowania wyjaśniającego sposób kalkulacji ceny jest ustalenie faktów świadczących o tym, że zaoferowana przez wykonawcę cena jest realna, wiarygodna i zapewni prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia – procedura wyjaśniająca musi zmierzać do klarownego wyjaśnienia sposobu skalkulowania ceny oferty, a także wątpliwych jej kosztów. Zaś wyjaśnienia wykonawcy powinny zawierać jednoznaczne informacje, przekładające się na uchwytnie i wymierne wartości ekonomiczne, co powinno zostać poparte adekwatnymi i wiarygodnymi dowodami (art. 90 ust. 2 p.z.p.), ponieważ brak udowodnienia realności ceny skutkuje odrzuceniem oferty również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p.

Z uwagi zatem na treść art. 90 ust. 3 p.z.p. dopuszczalne jest odrzucenie oferty, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., który stanowi, iż „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”, a więc w wyniku negatywnej oceny przez zamawiającego wyjaśnień wykonawcy, dotyczących sposobu kalkulacji ceny oferty. Jak bowiem trafnie wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 23.05.2018 r., sygn. akt XXIII Ga 209/18 „Normy zawarte w tych przepisach dopełniają się, tzn. dopiero negatywna ocena wyjaśnień (art. 90 ust. 3 p.z.p.) skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p.”.

Zamawiający, aby poprawnie zweryfikować złożone wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny, musi poddać ich treść krytycznej analizie pod kątem wykazania prawidłowego i rynkowego charakteru zaoferowanej ceny, a także zbadać, czy zostały one poparte właściwymi i wiarygodnymi dowodami. Ustalając zatem wzorzec prawidłowego postępowania, do którego Izba w toku orzekania porówna podważane czynności i zaniechania

zamawiającego, celem oceny ich prawidłowości, należy włączyć w ten wzorzec konieczność ustalenia – czy należycie działający zamawiający w danym stanie rzeczy oceniłby wyjaśnienia jako wskazujące na cenę realną i ekwiwalentną, zgodną z wymaganiami SIWZ i przepisami prawa, czy też nie.

Natomiast odwołujący, chcąc zakwestionować ocenę zamawiającego, musi wskazać na błędy, które popełnił zamawiający. Przy czym błędy te muszą być wyraźne i możliwe do wykazania przez pryzmat zasad racjonalnej oceny. Wtedy też możliwe będzie wykazanie, że należycie działający zamawiający oceniłby wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny i złożone dowody na ich poparcie, w sposób odmienny, niż zamawiający w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Ponadto zauważyć należy, iż na podstawie art. 90 ust. 2 p.z.p. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ciężar dowodu wykazania realności ceny spoczywa na wykonawcy, który został wezwany do złożenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny. W postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą, zgodnie z art. 190 ust. 1a p.z.p., ciężar ten spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę, jeżeli jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Tym niemniej wypada zaznaczyć, iż w orzecznictwie utrwalili się zaaprobowany przez doktrynę poglądy, że oceniając działania i zaniechania zamawiającego, Izba weryfikuje prawidłowość jego czynności w oparciu o dokumentację, którą posiadał zamawiający oceniając cenę jako realną, lub rażąco niską. Zatem dodatkowe dowody, czy kalkulacje, przedłożone dopiero na rozprawie – jako niestanowiące podstawy do podejmowania czynności przez zamawiającego – nie mogą stanowić substytutu wyjaśnień o których mowa w art. 90 ust. 1 i 1a p.z.p. Postępowanie odwoławcze ma na celu kontrolę poprawności działań i ewentualnych zaniechań zamawiającego, a dowody i pisma składane w toku postępowania odwoławczego, którymi zamawiający nie dysponował przy dokonywaniu oceny prawidłowości skalkulowania ceny wykonawcy, nie wchodzi w zakres podstawy do dokonywania czynności przez zamawiającego. Stanowisko to realizuje także zasady naczelnego zamówień publicznych, uregulowane w art. 7 ust. 1 p.z.p., równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania, bowiem trudno byłoby mówić o realnej możliwości zachowania zasad generalnych, kiedy wykonawca dopiero przez Izbę, wbrew obowiązkom ustawy (art. 90 ust. 2 w zw. z art. 90 ust. 1 i 1a p.z.p.) wskazuje jak jego cena została skalkulowana i przedstawia dowody, które ma obowiązek przedstawić w postępowaniu przed zamawiającym.

Mając na uwadze powyższe Izba pominęła dowody złożone przez przystępującego na posiedzeniu i jedynie na marginesie można dodać, że faktura VAT, objęta przez przystępującego tajemnicą gospodarczą nie udowadnia, aby cena za zagospodarowanie odpadów obejmowała obowiązkową opłatę środowiskową. Natomiast złożone poświadczenia nie są przydatne do ustalenia jakichkolwiek okoliczności, istotnych dla rozstrzygnięcia sporu,

w szczególności, że z kalkulacji przystępującego wprost wynika, że jego cena została skalkulowana w sposób wadliwy, a więc niewyjaśnionym pozostało jak trzy złożone Izbie dokumenty poświadczeń i referencji miałyby konwalidować wady wyjaśnień złożonych w przetargu objętym odwołaniem, skoro nawet w sposób luźny nie są z nim związane. Co do wycinków z pierwszych stron czterech umów Izba wskazuje, że fragment dowodu nie ma żadnej mocy dowodowej.

Należy także zaznaczyć, że pomimo ustawowego przerwania ciężaru dowodu na wykonawcę, który złożył zaskarżoną ofertę, to konsekwencje uwzględnienia odwołania przez Izbę ponosi przede wszystkim zamawiający. Powyższe umknęło uwadze jednostki zamawiającej i strona ta, wbrew temu, że powinna przynajmniej podjąć próbę zweryfikowania, przez pryzmat treści i dowodów odwołania – czy w kalkulacji przystępującego zawarto wszystkie niezbędne składniki określone w przedmiocie zamówienia, czy obliczono je w sposób prawidłowy oraz ekwiwalentny i czy wyjaśnienia poparto adekwatnymi dowodami – takiej refleksji zaniechała.

Wypada także przypomnieć zamawiającemu, że postępowanie wyjaśniające sposób kalkulacji ceny, nie tylko umożliwia wykazanie przedsiębiorcy wezwanemu do złożenia wyjaśnień, że jego cena jest realna, zaś konkurencji zweryfikowanie jej podstaw, bowiem przede wszystkim jest to instrument przeznaczony dla jednostek zamawiających, które wydając środki publiczne muszą posiadać pewność, że realizacja zamówienia nie napotka przeszkód, których – w przypadku prawidłowego i pełnego badania ofert – można byłoby z łatwością uniknąć. Jeżeli postępowanie wyjaśniające cenę nie doprowadzi do potwierdzenia, że wykonawca zaoferował realną i ekwiwalentną kwotę za wykonanie zamówienia, to trudno mówić o pewności zamawiającego w zakresie należytego wykonania zamówienia, tak aby został spełniony cel udzielenia zamówienia publicznego.

Odwołujący w sposób niezwykle szczegółowy wykazał, jakie błędy popełnił zamawiający oceniając wyjaśnienia przystępującego jako wskazujące na zaoferowanie realnej ceny. Odwołujący wykazał czego konkretnie przystępujący nie ujął w cenie i jaką powoduje to stratę, dokonując wnikliwej i nad wyraz obszernej kalkulacji braków z wyceny wykonawcy. Wady kalkulacji wskazane przez odwołującego wynikają z nieuwzględnienia przez przystępującego w cenie oferty wymagań wynikających z dokumentacji postępowania, pominięcia istotnych składników cenowych, sprzeczności kalkulacji szczegółowej z wyjaśnieniami sposobu kalkulacji ceny, zaniżenia składników cenowych, bądź z powodu zaoferowania sposobu wykonywania przedmiotu w sposób sprzeczny z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa.

Zamawiający natomiast nie podjął nawet próby polemiki ze wskazanymi przez odwołującego brakami wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny, pozostając na stanowisku, że wykonawca, jako profesjonalny podmiot działający na danym rynku, który w razie

nieprawidłowego wykonywania zamówienia zostanie obciążony karami umownymi, winien mieć wiedzę co do właściwego sposobu realizacji przedmiotu zamówienia – który to przedmiot pozwala wykonawcom na znaczną dowolność w zakresie jego realizacji. Izba nie podzieliła tego stanowiska. W ocenie składu orzekającego, pomimo że opis przedmiotu zamówienia faktycznie pozwala na pewną elastyczność – np. w przyjęciu realizacji zadań zamówienia w sposób ręczny lub mechaniczny, w zależności od technologii wybranej przez wykonawcę – to jednak z dokumentacji postępowania wynika, że zamawiający w sposób sztywny określił większość jego elementów. Jak również znacząca część przedmiotu zamówienia została uregulowana przez ustawodawcę, mowa tu o kosztach pracy, środkach chemicznych, jakie mogą zostać użyte na drogach publicznych, ulicach i placach oraz o konieczności właściwej utylizacji odpadów.

Dalej skład orzekający stwierdził, że przystępujący nie wskazał żadnego obiektywnego czynnika, pozwalającego na tak znaczne obniżenie ceny w stosunku do cen konkurencji i oszacowania wartości przedmiotu zamówienia, dokonanego przez zamawiającego. Różnica ponad 4 000 000,00 zł w stosunku do kwoty zamawiającego oraz ponad 1 500 00,00 zł do ceny odwołującego, nie może być usprawiedliwiona czynnikami, na które powołał się odwołujący. Ponadto postępowanie zostało podzielone na części, w postaci ośmiu rejonów, opis przedmiotu zamówienia jest jeden dla wszystkich części, które różnią się obszarem miasta, na którym będzie świadczona usługa. Z przedłożonych przez odwołującego analiz, zawierających graficzne przedstawienia danych z ofert złożonych w postępowaniu, wynika, że jednostkowe ceny przystępującego znacząco odbiegają od cen jednostkowych innych wykonawców, składających oferty na inne części postępowania. Jest to istotne, ponieważ ceny dla każdej z części kalkulowane były w oparciu o podobne założenia, w tym samym czasie i na analogicznych zasadach, uwzględniając różnice w lokalizacji, przy jednym opisie sposobu realizacji umowy, właściwym dla wszystkich części.

Odnosząc się szczegółowo do treści wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny przystępującego skład orzekający stwierdził co następuje.

Przystępujący, na ponowne wezwanie zamawiającego w przedmiocie wykazania realności ceny, złożył te same wyjaśnienia i te same dowody, które złożono na pierwsze wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 i 1a p.z.p. Wyjaśnienia zawierają zbiór orzeczeń Izby, odwołanie do tego, co stanowi przedmiot zamówienia i ogólne oświadczenie wykonawcy, że skalkulowano cenę zgodnie ze wszystkimi wymaganiami SIWZ. Na stronie trzeciej wyjaśnień znajduje się zapewnienie o posiadaniu przez wykonawcę bliżej niesprecyzowanych rabatów i upustów. Niemniej jednak, przystępujący nie zdecydował się na ujawnienie ich wysokości ani nie określił w wyjaśnieniach sposobu kalkulacji ceny dla jakich konkretnie materiałów zostały mu one udzielone i przez kogo. Brak jest dowodów potwierdzających wysokość specjalnych warunków cenowych, które wykonawca posiadałby w terminie realizacji umowy określonym

przez zamawiającego. Zatem, o ile wskazane przez przystępującego rabaty mogłyby stanowić indywidualny dla wykonawcy czynnik obniżający ceny rynkowe, to bez skonkretyzowania w wyjaśnieniach posiadanych, korzystnych relacji handlowych, twierdzenie takie pozostało w sferze gołosłownego stanowiska strony – bez możliwości przeliczenia, czy nawet przybliżonego skwantyfikowania, ile rzeczony rabat wynosi i co istotne, jakie oszczędności powodują w stosunku do kosztów bez upustów.

Drugim czynnikiem, na który wskazał przystępujący, jest doświadczenie w realizacji zamówień danego typu. Przy czym zamawiający postawił w dokumentacji postępowania warunek udziału w postępowaniu w zakresie konieczności legitymowania się odpowiednim doświadczeniem (*vide* lit. a i b ppkt 2 pkt 3 rozdział IV SIWZ). Zatem wszyscy wykonawcy, składający oferty w postępowaniu na każdą z części, także posiadają doświadczenie w wykonywaniu robót będących przedmiotem zamówienia, w tym zarówno przystępujący, jak i odwołujący, co przyznano na rozprawie, wykonywali już daną usługę na rzecz zamawiającego. Powyższe dotyczy także potencjału w postaci sprzętu. Zamawiający ustanowił w dokumentacji postępowania warunek posiadania odpowiedniej zdolności technicznej (*vide* lit. c ppkt 2 pkt 3 rozdział IV SIWZ). Izba stwierdziła, że wskazane w wyjaśnieniach sposoby kalkulacji ceny przez przystępującego urządzenia i sprzęt stanowią dokładnie te same urządzenia, które określono w warunku w SIWZ. W swojej kalkulacji cen jednostkowych przystępujący wskazał wprost na „wymagania zamawiającego” co do sprzętu i zawarto urządzenia, które wymagane są dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zatem także w tym zakresie wszyscy wykonawcy – dokładnie takim sprzętem, jak wskazał przystępujący w swoich wyjaśnieniach kalkulacji ceny – winni dysponować, aby móc złożyć ofertę w postępowaniu. Zdolność techniczną w postaci narzędzi, urządzeń i wyposażenia zakładu, którą posiadają wykonawcy składający oferty na poszczególne części postępowania, dodatkowo potwierdziły wykazy złożone przez odwołującego. Na rozprawie przystępujący próbował wyliczać, jaki sprzęt posiada, czy wskazywać na szczegółowe cechy techniczne posiadanych urządzeń, jednakże nie ma tych twierdzeń ani w pierwszych, ani w drugich wyjaśnieniach dla zamawiającego, nie złożono również żadnych dowodów w tym zakresie.

Ponadto w wyjaśnieniach przystępujący wskazał, że nie ponosi dodatkowych kosztów, związanych z zewnętrznym serwisowaniem sprzętu, co stanowiłoby dodatkowy narzut, wliczany w koszt pracy sprzętu. Takie stwierdzenie nie zwalnia jednak przedsiębiorcy z konieczności chociażby przybliżonego wyliczenia takiego kosztu i wskazania go w wyjaśnieniach. Każdy składnik cenowy, niezbędny do realizacji zamówienia, winien być wyceniony. Zaś stwierdzenie, że naprawy sprzętu wykonywane są we własnym zakresie, bez chociażby podania rzędu wielkości kosztu, powoduje, że kalkulacja w tym zakresie jest wadliwa. W szczególności, że naprawa i konserwacja urządzeń to nie tylko czynności wykonywane przez pracowników – wymaga to także części zamiennych i materiałów

eksploatacyjnych, których koszt należy zabezpieczyć w cenie.

Dalej Izba stwierdziła, że w przedmiocie czynnika obniżającego cenę w postaci wykwalifikowanych, doświadczonych pracowników, twierdzenia przystępującego nie są wiarygodne. Z doświadczenia życiowego wynika, że pracownicy posiadający kwalifikacje i doświadczenie powinni zarabiać więcej, niż minimalne wynagrodzenie, na które wskazał przystępujący. W tym zakresie również nie przedstawiono żadnych dowodów, co powoduje wątpliwości w zakresie wiarygodności oświadczeń wykonawcy, ponieważ przystępujący – będący dysponentem umów o pracę zawartych ze swoją specjalistyczną kadrą – nie powinien mieć trudności w ich przedstawieniu.

Skład orzekający podzielił także stanowisko odwołującego w zakresie braku udowodnienia niskiej ceny paliwa na okres trwania zamówienia. Jak trafnie zauważył odwołujący dowód potwierdzający wysokość ceny paliwa to faktura z 18.06.2019 r., kiedy usługa wykonywana będzie nie tylko w lato, ale również w zimę, przez około półtora roku trwania umowy, zaś ceny paliwa – co jest okolicznością notoryjną – są wysokością zmienną, zależną od wielu czynników. Zatem wiarygodnym dowodem byłaby umowa czy porozumienie z dostawcą paliwa, a nie faktura, potwierdzająca cenę jednostkowej dostawy w okresie, kiedy paliwa są tańsze – w szczególności, że na rozprawie przystępujący wskazywał, że w sposób stały współpracuje ze swoim dostawcą, a więc nie było przeszkód, aby przedstawić dowód w tym zakresie.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że przystępujący nie zaferował nie tylko dowodów, ale nawet przekonujących twierdzeń na potwierdzenie posiadania indywidualnych czynników obniżających cenę realizacji zamówienia do poziomu zawartego w złożonej ofercie. Bierność po stronie zamawiającego i braki w wyjaśnieniach przystępującego, skutkowały ostaniem się zarzutów w tym zakresie. Skład orzekający stwierdził dalej, że z przedłożonych wraz z wyjaśnieniami kalkulacji szczegółowych wprost wynika, że cena jest rażąco niska i nie uwzględnia wymagań przedmiotu zamówienia. W świetle zgromadzonego materiału dowodowego przystępujący niewątpliwie nie osiągnąłby żadnego zysku z realizacji zamówienia, a jest bardzo prawdopodobne, iż realizowałaby je ze stratą, obliczoną przez odwołującego. Jednostkowe kalkulacje przystępującego wskazują na brak elementarnej, wymaganej w profesjonalnym obrocie, staranności po stronie przedsiębiorcy, który wyliczył cenę bez uwzględnienia elementów wymaganych przez zamawiającego, bądź ze znacznym zaniżeniem składników cenowych.

Z wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny wynika, że przystępujący nie uwzględnił w cenie swojej oferty środków chemicznych, niezbędnych do wykonywania przedmiotu zamówienia, w postaci chlorku magnezu lub chlorku wapnia, których używa się do zapobiegania powstawaniu oblodzenia i gołoledzi oraz śliskości pośniegowej w temperaturze od -10°C oraz do likwidacji gołoledzi, oblodzenia, śliskości pośniegowej i pozostałości świeżego opadu

śniegu po przejściach pługów w temperaturze poniżej -10°C . W kalkulacji uwzględniano jedynie chlorek sodu (sól drogowa), którego cena została skalkulowana przez przystępującego na poziomie 198,00 zł/Mg, jest ona zatem niższa, niż ceny chlorku wapnia i chlorku magnezu, które kosztują za tonę od 1250,00 zł netto i winny zostać wliczone w cenę. Ponadto wskazane przez przystępującego dawki soli 25g/m² dla pozycji akcja zima dobową i 10g/m² dla pozycji akcja zima przejazd jednorazowy i przejazd interwencyjny, nie pozwalają na prawidłowe wykonywanie zamówienia. Dawki te są niewystarczające dla realizacji umowy, zatem i cena w tym zakresie została zaniżona. Zgodnie z rozporządzeniem ws. środków chemicznych sól drogowa w dawce 10g/m² może być używana wyłącznie do zapobiegania powstawaniu śliskości pośniegowej w temperaturze do -2°C . Ustalona dawka jest niewłaściwa dla każdego innego rodzaju działalności związanej z zapobieganiem czy likwidacją śliskości zimowej, które należy wykonywać w ramach umowy. Zatem przystępujący określił dawkę środka chemicznego niezgodnie z wymaganiami przedmiotu zamówienia, gdzie wymaga się likwidacji śliskości zimowej, a nie jedynie działań zapobiegających powstawaniu śliskości, tj. zamawiający w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia (w ustępie II działu II pn. wykonanie i jakość prac (...) SOPZ) uregulował standardy odśnieżania i zwalczania śliskości zimowej jezdni ulic, placów i parkingów, gdzie w pkt 2, 3 i 11 określono obowiązki wykonawcy w zakresie likwidacji śliskości zimowej, którą zdefiniowano w ppkt 12 pkt 2 ustęp II pn. określenia podstawowe działu I pn. wstęp SOPZ. Należy zauważyć także, że śliskość zimowa z dokumentacji postępowania jest rozszerzeniem definicji śliskości pośniegowej z tabeli nr 1 rozporządzenia ws. środków chemicznych. Konkludując, dawka 10g/m² przyjęta przez przystępującego dla pozycji akcja zima przejazd jednorazowy i przejazd interwencyjny nie pozwala na właściwą realizację zamówienia, a także powoduje, że cena oferty jest rażąco niska. Izba wskazuje dalej, że również dawka 25g/m² dla pozycji akcja zima dobową jest niewystarczająca dla pełnego wykonywania umowy. Przystępujący nie będzie w stanie zapobiegać powstawaniu śliskości drogowej, kiedy temperatura spadnie poniżej -10°C i likwidować gołoledzi, oblodzenia, śliskości pośniegowej i pozostałości świeżego opadu śniegu po przejściach pługów w temperaturze poniżej -7°C , co wynika z tabeli rozporządzenia ws. środków chemicznych. Brak skalkulowania odpowiedniej dawki chlorku sodu powoduje wadę oferty w postaci niezgodności z treścią SIWZ i rażące zaniżenie ceny, której wysokość nie pozwala na prawidłową realizację zamówienia.

Skład orzekający wskazuje dalej, że odwołujący udowodnił, że przystępujący nie uwzględnił właściwej wysokości opłaty środowiskowej dla odpadów o kodzie 20 03 03, tj. odpady z czyszczenia ulic i placów, która wynosi 94,70 zł/Mg (zgodnie z pozycją 1053 tabeli II jednostkowe stawki opłaty za umieszczenie odpadów na składowisku na rok 2019, załącznik nr 2 do obwieszczenia Ministra Środowiska z 29.10.2018 r. (Dz. U. z 2018, poz. 1038)). Ponadto do tego kosztu należy doliczyć cenę za składowanie odpadów, kiedy przystępujący

całościowy koszt dla wszystkich pozycji, gdzie występuje oczyszczanie ulic, skalkulował na poziomie zaledwie 80,00 zł/Mg. W dokumentacji postępowania definicje dla usuwania zanieczyszczeń zamawiający określił w ppkt 3 pkt 2 ustęp II pn. określenia podstawowe działu I pn. wstęp SOPZ. Oferta przystępującego jest zatem nie tylko niedoszacowana w tym przedmiocie, ale sprzeczna z § 4 ust. 2 i 3 wzoru umowy, załącznik nr 5 do SIWZ.

Z kalkulacji wynika również, że przystępujący zaniżył cenę wody, którą wyceniono na podstawie stawek z sekocenbudu na poziomie netto 3,46 zł/m³. Na rozprawie wykonawca przyznał, że jego baza znajduje się na granicy Radzionkowa i Bytomia. Izba zatem nie znalazła podstaw do podzielenia stanowiska przystępującego, że adekwatna dla wykazania realności ceny jest cena z sekocenbudu, czyli cena uśredniona, ponieważ przystępujący winien skalkulować wodę zgodnie z miejscem jej poboru. Odwołujący przedstawił dowody w postaci taryfy zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzenia ścieków, obowiązujące na terenie gminy Bytom na okres trzech lat Bytomskiego Przedsiębiorstwa Komunalnego Sp. z o.o. z ceną netto 5,33 zł/m³ (tabela 7 grupa 3 ze str. 15 cennika) oraz taryfy stawek i opłat za wodę i ścieki Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. z Radzionkowa z ceną netto 5,91 zł/m³. Z dowodów wynika, że przystępujący zaniżył cenę wody w stosunku do cen rynkowych dla gminy Bytom o 35,08 %, czyli o 1,87 zł netto na 1 m³, dla gminy Radzionków o 41,46%, czyli o 2,45 zł netto za 1 m³.

W wyjaśnieniach sposobu kalkulacji ceny brak jest również realnej wyceny kosztów utrzymania, eksploatacji, amortyzacji i ubezpieczenia maszyn i urządzeń, a także kosztów części do napraw taboru maszynowego. Nieprawidłowo obliczono wartości prac ogrodniczych dla oczyszczania trawników i pasów przyjezdniowych. Ponadto, w związku z definicją zanieczyszczeń, określoną w ppkt 1 pkt 2 działu II załącznika nr 2 do SIWZ i wskazanym do wykonywania tej części zamówienia przez przystępującego samochodem o ładowności do 3,5 tony oraz powierzchnią do oczyszczenia na poziomie około 716 116 m², przyjęta przez przystępującego wielkość zebranych odpadów w wysokości 30 kg jest nierealna, co powoduje zaniżenie ceny także w tym zakresie. Dalej z kalkulacji wynika, że zaniżono poziom kosztów pośrednich w postaci organizacji wymaganego zaplecza technicznego, warsztatu, kosztów magazynu, funkcjonowania dyspozytorni, systemu GPS, kosztów ubezpieczeń, kosztów administracyjnych, podatków, kosztów księgowych, zapewnienia odpowiednich warunków socjalnych i spełnienia wymagań BHP. Koszty pośrednie z kalkulacji szczegółowej nie są tożsame z kosztami z kalkulacji ogólnej, występuje tu znaczna rozbieżność.

Izba wskazuje również, że w jednostkowych kalkulacjach zaniżono zysk dla poszczególnych pozycji kosztorysu, co powoduje niezgodność z wysokością zysku, wskazaną przez przystępującego w wyjaśnieniach sposobu kalkulacji ceny. Skład orzekający podzielił także twierdzenia odwołującego, iż z kalkulacji przystępującego wynika, że nie uwzględniono kosztów współpracy z podwykonawcą Zakładem Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o.

w Piekarach Śląskich (pkt VIII oferty).

Ponadto Izba zauważa, że zgodnie z opisem sposobu obliczenia ceny (rozdział XIII SIWZ pkt 1 i 7) cena powinna obejmować wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, a przy tym wynagrodzenie wykonawcy będzie przysługiwało mu za faktycznie wykonany zakres prac, jako iloczyn zaoferowanych cen jednostkowych i ilości (obmiaru) oraz krotności wykonanych prac. Zatem każda z cen, zawartych w formularzu ofertowym, który wykonawcy składali wraz z ofertą, jest ceną odrębną i samodzielną. Zamawiający przewidział rozliczenie miesięczne za faktycznie wykonane prace, w oparciu o ceny z formularza oferty (§ 7 ust. 2 i 5 wzoru umowy, załącznik nr 5 do SIWZ), z czego niektóre ceny płacone są stale, a niektóre według potrzeb zamawiającego, za faktycznie wykonaną usługę. Wobec takiego ukształtowania warunków realizacji umowy w każdej z poszczególnych cen wykonawcy powinni zawrzeć wszystkie koszty związane z realizacją danej usługi i nie ma możliwości „przerzucania” danego kosztu pomiędzy usługami, bowiem są to samodzielne ceny, w oparciu o które będzie rozliczane wynagrodzenie wykonawcy.

W ocenie Izby czynność zamawiającego, polegająca na ocenie złożonych przez przystępującego wyjaśnień – w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia i podnoszonych przez odwołującego okoliczności odwołania – została dokonana w sposób nieprawidłowy, ponieważ w oparciu o treść wyjaśnień oferta przystępującego powinna zostać odrzucona, zaś zamawiający nie wykazał okoliczności przeciwnej. Działanie zamawiającego jednoznacznie wskazuje, że zaniechał on dochowania staranności przy dokonywaniu oceny wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny przystępującego. Ilość wad kalkulacji, przy jednoczesnym braku wykazania czynników, które uzasadniałyby tak niski poziom ceny, jaki zaoferował przystępujący, czy choćby próby wyjaśnienia oczywistych sprzeczności w przedstawionej dokumentacji, powoduje, że jego oferta, jako zawierająca rażąco niską cenę, powinna zostać odrzucona. Przy czym Izba nie podzieliła wszystkich nieprawidłowości kalkulacji ceny przystępującego, które podnosił odwołujący, co jednak nie powoduje, że oferta jest prawidłowa, albo że cena ma charakter rynkowy.

Skład orzekający stwierdził, że w SIWZ nie ma nakazu zapewnienia ręcznego sposobu wykonywania oczyszczania. W dokumentacji postępowania zamawiający posłużył się wymogiem w postaci „mechaniczne i/lub ręczne oczyszczanie”. Użyty przez zamawiającego spójnik występuje tu jako funktor alternatywy łącznej, czyli możliwe jest współwystępowanie sytuacji komunikowanych przez wyrażenia łączone spójnikami. Spełnienie wymagania będzie polegało na wykorzystaniu jednego lub drugiego, a także wszystkich sposobów oczyszczania, co oznacza dowolność wykonawcy w przyjętym sposobie wykonywania przedmiotu zamówienia. Na kanwie opisu przedmiotu zamówienia wykonawcy mogą wykonywać go za pomocą maszyn, czyli mechanicznie, mogą także delegować do tego personel z odpowiednim sprzętem, czyli ręcznie albo mogą korzystać ze sprzętu wraz z oczyszczaniem ręcznym, wybór

należy do wykonawcy i zależny jest od potencjału technicznego, jaki dany przedsiębiorca posiada dla wykonywania danej czynności. W szczególności, że zamawiający wskazał, iż oczyszczanie ręczne stosuje się tam, gdzie nie można zastosować maszyn (ppkt 16 pkt 2 działu II SOPZ). Przykładowo – jeden z wykonawców może delegować do odśnieżania przejścia dla pieszych zespół pracowników z miotłami i łopatami, zaś inny wykonawca może wykonać odśnieżanie za pomocą mini koparko-ładowarki. Natomiast w odwołaniu odwołujący opisał sposób wykonywania zamówienia właściwy dla swojego potencjału i na tej podstawie próbował wywodzić błędy w ofercie innego przedsiębiorcy.

Izba wskazuje dalej, że długość ulic przyjęta przez przystępującego do kalkulacji wynika z danych przekazanych przez zamawiającego, zaś odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej, jak również nie podano innej długości, która w ocenie odwołującego miałyby być prawidłowa. Odwołujący ograniczył się do stwierdzenia, że długość ulic do oczyszczania wskazana przez przystępującego jest wadliwa i nie zdecydowano się na podanie ile taka trasa miałyby wynosić, czy nawet na przybliżenie takich danych, np. na podstawie mapy miasta. Treść zarzutu wskazuje, że twierdzenie te są raczej spóźnioną polemiką z treścią SIWZ, niż z kalkulacją przystępującego. Przystępujący przyjął dane z dokumentacji postępowania, uszczegółowione przez zamawiającego w dniu 02.08.2019 r., kiedy udzielano wyjaśnień w zakresie długości drogi, co w odpowiednim terminie nie zostało zaskarżone przez żadnego z wykonawców. To samo dotyczy ilości soli, czy innych materiałów, bowiem zamawiający nie uszczegółowił niezbędnej ilości produktu w dokumentacji postępowania, zaś odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej, co powoduje, że nie było podstaw do podzielenia założeń odwołującego o wymaganej ilości poszczególnych materiałów do realizacji zamówienia, co stanowi raczej spóźnioną polemikę z treścią dokumentacji postępowania, opartą na założeniach tego konkretnego wykonawcy.

Natomiast w zakresie zaniżenia ustawowych kosztów występujących po stronie pracodawcy, Izba stwierdziła, tak jak przyznał sam odwołujący na str. 16 odwołania, że przystępujący w wyjaśnieniach nie dookreślił, czy podana stawka zawiera rzeczony koszt, czy też nie. Stąd nie ma jednoznacznych podstaw do podzielenia stanowiska odwołującego w zakresie wyliczonej straty. To samo dotyczy podnoszonego braku kosztów pracy w godzinach nocnych, kosztów nadgodzin i zastępstw. W ocenie składu orzekającego jest to wada kalkulacji, tym niemniej trudno przyjąć zaniżenie ceny na poziomie wyliczonym przez odwołującego. Przystępujący został dwukrotnie wezwany do złożenia wyjaśnień (*vide* pkt IV okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia), kolejne wezwanie stanowiłoby naruszenie zasad naczelných p.z.p. – w szczególności, że na drugie wezwanie złożono te same wyjaśnienia i dokumenty, które złożono w wykonaniu pierwszego wezwania. Przystępujący nie skorzystał z ponownej szansy, jaką otrzymał od zamawiającego, aby właściwie wykazać realność poziomu zaoferowanej ceny, pomimo, że drugie wezwanie nastąpiło w wyniku częściowego

uwzględnienia odwołania obecnego odwołującego i zamawiający oświadczył, że dokona ponownego badania i oceny oferty w tym zakresie.

Ze złożonych wyjaśnień wynika również, że zaoferowana przez przystępującego cena wynika z błędu w obliczeniu ceny (art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p.), ponieważ wykonawca nie uwzględnił całego zakresu zamówienia, a także nie wziął pod uwagę wymagań zamawiającego w zakresie sposobu realizacji umowy, co powoduje, że zarzut został przez Krajową Izbę Odwoławczą uwzględniony. Pominęto ustawowy wymóg oczyszczania zimowego za pomocą mieszanin środków chemicznych w temperaturze poniżej -10°C , uregulowany w tabeli nr 1 rozporządzenia ws. środków chemicznych. Tożsamy błąd dotyczy skalkulowania przez przystępującego dawki soli 25g/m² dla pozycji akcja zima dobową i 10g/m² dla pozycji akcja zima przejazd jednorazowy i przejazd interwencyjny, które są w oparciu o brzmienie tabeli przedmiotowego rozporządzenia są niewystarczające dla prawidłowego wykonywania usługi, zgodnie z wywodem Izby zawartym we wcześniejszej części uzasadnienia, dotyczącym naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p.

Powyższe powoduje również, że zobowiązanie, które w swojej ofercie zawarł przystępujący i przez jej złożenie na siebie przyjął, nie odpowiada zakresowi zobowiązania, którego przyjęcia oczekiwał zamawiający i które opisał w treści SIWZ. Oferta przystępującego jest niezgodna z brzmieniem SIWZ – pkt 6 działu IV w zw. z ppkt 13 pkt 2 ustęp II działu I SOPZ – i jako taka powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.

Skład orzekający nie podzielił stanowiska przystępującego, że w tym zakresie SIWZ jest niejasna czy nieprecyzyjna z perspektywy wykonawcy, który mógł ją interpretować w różny sposób, co mogłoby powodować, że przystępującego chroniłaby zasada, zgodnie z którą nie może rodzić negatywnych następstw dla wykonawcy niejednoznaczność treści SIWZ autorstwa zamawiającego (za linią orzeczniczą nakazującą interpretację oświadczeń woli na korzyść podmiotu, który jest tego oświadczenia adresatem). W ocenie Izby nie ma tu wyrażeń, które można rozumieć w sposób różny, nie ma tu konstrukcji „otwartych” i wieloznacznych, nie można mieć wątpliwości co jest wymagane treścią rozporządzenia ws. środków chemicznych – w szczególności, że oferty składały podmioty działające na rynku utrzymania czystości i porządku na drogach publicznych, co było wymagane w warunkach udziału w postępowaniu, aby przystąpić do przetargu, jak też przystępujący podkreślał w treści wyjaśnień sposób kalkulacji ceny oraz na rozprawie, że działa w branży od lat.

Izba zauważa również, że nie zaoferowano składowi orzekającemu żadnej przekonującej argumentacji, że po pierwsze są to niezamierzone błędy wykonawcy, które można objąć postępowaniem wyjaśniającym na kanwie art. 87 ust. 1 p.z.p., tj. dotyczą części oferty, która jest nieprecyzyjna, niejasna, dwuznaczna, budząca wątpliwości interpretacyjne, jest niedopatrzaniem lub niezamierzonym opuszczeniem. Po wtóre, przystępujący ograniczył

się do wskazania konieczności wezwania go do złożenia wyjaśnień, przy całkowitym pominięciu, że już dwukrotnie szczegółowo wyjaśnił co zawarł w swojej ofercie. Izba stwierdziła, że w ustalonym stanie rzeczy prowadzenie postępowania wyjaśniającego w zakresie treści oferty przystępującego, na podstawie art. 87 ust. 1 p.z.p., byłoby niedopuszczalne, bowiem prowadziłoby do obejścia prawa, poprzez ingerencję w jej treść – wprost niezgodną z merytorycznymi wymaganiami dokumentacji postępowania.

Wady oferty nie da się również poprawić jako innej omyłki, uregulowanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. Jak trafnie wskazał Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 01.03.2010 r., sygn. akt XIX Ga 18/10 „*Lege non distinguente* art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. nie wskazuje o jakie może chodzić tutaj omyłki, a więc mogą wchodzić tutaj w grę wszelkie niezamierzone błahie pomyłki, niedopatrzienia, błędy niezamierzone, opuszczenia, drobne różnice nie będące świadomym pominięciem określonych przez SIWZ wymogów”. Podobnie zatem jak w przypadku omyłek rachunkowych i pisarskich, inne omyłki muszą mieć charakter przypadkowych, niezamierzonych błędów. Przystępujący nie udowodnił, że taki charakter mają wady jego oferty, nic takiego nie wynika również z materiału procesowego, który prowadzi do wprost odmiennych wniosków. Izba stwierdziła, że w ustalonym stanie rzeczy działanie wykonawcy, polegające na doborze do wykonania umowy środków chemicznych, wyspecyfikowanych w wyjaśnieniach sposobu kalkulacji ceny, było świadomym i celowym działaniem wykonawcy. Skład orzekający zauważa także, iż wykonawcy składający oferty w postępowaniu są to podmioty profesjonalne, zawodowo działające na rynku zamówień publicznych i od takich podmiotów wymaga się należytej staranności z uwzględnieniem zawodowego jej charakteru (art. 355 § 2 k.c.), w szczególności przy czynności określenia sposobu realizacji przedmiotu zamówienia, który został także uregulowany, do tego dość kazuistycznie i szczegółowo, w powszechnie obowiązujących przepisach prawa.

Mając na uwadze indywidualne okoliczności rozpoznawanego sporu i zgromadzony materiał procesowy Izba stwierdziła, że nie ma podstaw do przyjęcia, aby uprawnionym była próba sanowania wady oferty przystępującego, byłoby to bowiem sprzeczne z istotą komentowanej regulacji i godziło w jej utrwalone i szeroko poparte orzecznictwem brzmienie.

Skład orzekający stwierdził, że treść oferty przystępującego jest bezsprzecznie, w sposób oczywisty i widoczny „na pierwszy rzut oka” niezgodna z treścią SIWZ, bowiem w warstwie merytorycznej nie odpowiada oczekiwaniom zamawiającego, wyrażonym w dokumentacji postępowania i nie ma możliwości poprawy tej treści jako omyłki, zaś zamawiający i przystępujący nie wykazali okoliczności przeciwnej. W konsekwencji powyższego zamawiający, w sposób sprzeczny z prawem, zaniechał odrzucenia oferty tego wykonawcy, czym naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., co powoduje, że zarzut został przez Krajową Izbę Odwoławczą uwzględniony.

Izba zaznacza także, iż wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają prawo oczekiwać, że złożone w postępowaniu oferty zostaną ocenione zgodnie z wymaganiami zamawiającego wyartykułowanymi w dokumentacji postępowania, z poszanowaniem wymogów stawianych przez powszechnie obowiązujące przepisy prawa, zaś zamawiający wykona ciążące na nim ustawowe obowiązki rzetelnego zbadania złożonych ofert, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. Należy przypomnieć, że zasada równego traktowania wykonawców wskazuje na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców, bez ulg i przywilejów, zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami, jakie ustawodawca nakłada na zamawiającego, w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, w tym dokonania starannej oceny złożonych ofert. Zamawiający, w postępowaniu rozpoznawanym sporem, nie dochował należytej staranności i nie podołał ciążącym na nim obowiązkom, czym naruszył również zasady naczelne, wskazane w art. 7 ust. 1 p.z.p.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby wykazano, że odwołanie posiada uzasadnione podstawy, bowiem zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p., art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p. i art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p. oraz art. 7 ust. 1 p.z.p.

Ponadto, Krajowa Izba Odwoławcza włączyła w poczet materiału dowodowego złożone przez odwołującego cztery oferty przystępującego z innych postępowań, tym niemniej dowody te nie były przydatne do ustalenia okoliczności, które byłyby istotne dla rozpoznawanego sporu. Nie wykazano przedmiotu, zakresu i sposobu rozliczania oraz innych istotnych warunków, będących podstawą do poziomu cen rzeczonych ofert, zatem nie ma możliwości porównania ich z przedmiotem postępowania, którego dotyczy odwołanie. To samo dotyczy formularzy cenowych, ogłoszeń o wynikach przetargów i informacji z otwarcia ofert w przedmiocie dostaw soli. Izba wskazuje dalej, że złożone przez odwołującego dowody w postaci ofert i propozycji handlowych w zakresie cen soli są nieprzydatne do wykazania tezy, na którą zostały powołane. Okolicznością powszechnie znaną jest fakt, że w zbiorze podmiotów oferujących dostawę danego produktu zawsze znajdzie się spektrum dostawców, którzy oferują produkty w wysokiej cenie. Należy również zauważyć, że ceny w ofertach i propozycjach handlowych skierowane są do odwołującego. Natomiast informacje w zakresie złożonych w rozpoznawanym postępowaniu ofert i kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia już się *ex lege* w aktach sprawy znajdowały (§ 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 poz. 1092 ze zm.) i zostały ocenione we wcześniejszej części uzasadnienia.

Zauważyć także wypada, że nie ma żadnych podstaw w oparciu o przepisy ustawy p.z.p., aby podzielić stanowisko przystępującego i uznać dowody złożone za odwołującego za

spóźnione, czy aby je pominąć, gdyż rzekomo stanowią „niedopuszczalne rozwinięcie twierdzeń zawartych w odwołaniu”. Tak jak trafnie wskazano w wyroku KIO 1170/16, na który powołał się przystępujący, na mocy art. 190 ust. 1 p.z.p. strony i uczestnicy postępowania odwoławczego aż do zamknięcia rozprawy mogą przedstawiać dowody na poparcie swoich twierdzeń. Jak argumentowano w ww. orzeczeniu istotnym jest, aby okoliczności faktyczne konstruujące zarzut, związane z przedkładanymi na rozprawie dowodami, posiadały odzwierciedlenie w treści wniesionego środka zaskarżenia. Umknęło uwadze przystępującego, iż na posiedzeniu odwołujący przedłożył dowody wskazujące na brak ekwiwalentności ceny i niedoszacowanie oferty, dotyczące okoliczności faktycznych w postaci zaniżonych lub pominiętych składników cenowych kalkulacji przystępującego, dla każdego z dowodów wprost wskazane odwołaniu. Nie wystarczy także podnieść, że odwołujący mógł to uczynić wcześniej – brak w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą odpowiednika – *nota bene* uchylonego już – artykułu 207 k.p.c. oraz zawartej tam normy dotyczącej prekluzji dowodowej. W postępowaniu przed Izbą ustawodawca nie zdecydował się na ograniczenie prawa strony do przedstawienia środków dowodowych do momentu wniesienia odwołania i skoro można przedstawiać dowody do zamknięcia rozprawy, trudno uznać twierdzenia przystępującego za uzasadnione.

Skład orzekający wskazuje, że potwierdzenie zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p., ponieważ zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał wyboru, jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego, kiedy oferta ta powinna zostać przez zamawiającego odrzucona.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), obciążając zamawiającego, jako stronę przegrywającą, kosztami postępowania odwoławczego – w postaci wpisu od odwołania i kosztami wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, zgodnie ze złożoną fakturą VAT, w kwocie maksymalnej wynikającej z ww. rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....