

Sygn. akt: KIO 1665/18

KIO 1675/18

WYROK

z dnia 14 września 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Aleksandra Patyk

Irmina Pawlik

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie **29 i 30 sierpnia oraz 5 i 12 września 2018 r.** w Warszawie odwołań wniesionych **13 i 17 sierpnia 2018 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawcę: **AVR S.A. z siedzibą w Krakowie**

w postępowaniu pn. *Całoroczne kompleksowe utrzymanie autostrady A4, drogi ekspresowej S19 i dróg krajowych nr 97, nr 9 i nr 94 z podziałem na dwa zadania* (nr postępowania O.RZ.D-3.2413.6.2018)

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

przy udziale wykonawcy: **Firma Usługowo-Handlowo-Produkcyjna L. K., Raniżów** – zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołania.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego AVR S.A. z siedzibą w Krakowie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego AVR S.A. z siedzibą w Krakowie** tytułem wpisów od odwołań,

Sygn. akt: KIO 1665/18

KIO 1675/18

2.2. zasądza od **odwołującego AVR S.A. z siedzibą w Krakowie** na rzecz **zamawiającego Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddziału w Rzeszowie** kwotę **7200 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 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 Rzeszowie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie {dalej również: „GDDKiA”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „ppzp”) w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Całoroczne kompleksowe utrzymanie autostrady A4, drogi ekspresowej S19 i dróg krajowych nr 97, nr 9 i nr 94 z podziałem na dwa zadania* (nr postępowania O.RZ.D-3.2413.6.2018).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 16 lutego 2018 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2018/S_033 pod poz. 071951.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

Pismami z 7 sierpnia 2018 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego AVR S.A. z siedzibą w Krakowie {dalej również: „AVR”} o: po pierwsze – odtajnieniu pisemnych wyjaśnień wraz z dowodami z 8 czerwca 2018 r. dotyczących ceny oferty, po drugie – odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp w zw. z art. 90 ust. 3 pzp oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

17 sierpnia 2018 r. Odwołujący wniósł od powyższych czynności do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odrębne odwołania, pierwsze – w formie pisemnej, drugie – w formie elektronicznej za pośrednictwem ePUAP, dochowując w obu przypadkach obowiązku doręczenia kopii odwołania Zamawiającemu.

W pierwszym odwołaniu (sygn. akt KIO 1665/18) Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia ustawy pzp:

1. Art. 8 ust 1 i 3 w zw. z art. 11 ust 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – przez przyjęcie, że Odwołujący w sposób nieskuteczny zastrzegł informacje w złożonych wyjaśnieniach odnośnie ceny, w konsekwencji czego Zamawiający odtajnił wyjaśnienia, informacje i dowody tam zawarte wszystkim zainteresowanym podmiotom, w tym konkurentom Odwołującego, w sytuacji gdy doszło do skutecznego i zasadnego zastrzeżenia oraz wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa.
2. Art. 7 ust 1 i 3 – przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

Sygn. akt: KIO 1665/18

KIO 1675/18

Odwołujący wniósł o uwzględnienie tego odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia odtajnienia prawidłowo zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień Odwołującego.

Jako okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie pierwszego odwołania wskazano w szczególności, co następuje.

Odwołujący podniósł w pierwszej kolejności, że analiza pisma Zamawiającego z 7 sierpnia 2018 r. potwierdza, że Zamawiający w ogóle nie dokonał badania skuteczności zastrzeżenia dokonanego przez AVR, co oznacza, że jego decyzja o odtajnieniu wyjaśnień i dowodów jest niezasadna.

Po pierwsze, dlatego że pismo to stanowi powtórzenie treści pisma wystosowanego do AVR 3 lipca 2018 r., które dotyczyło zadania 1., pomimo że przedmiotem badania miało być zastrzeżenie dotyczące zadania 2.

Po drugie, gdyż Zamawiający oparł swoją decyzję o treść orzeczenia Izby w sprawie o sygn. akt KIO 1662/17, które odnosiło się do zupełnie innego stanu faktycznego i prawnego. W tamtym postępowaniu odwoławczym, w którym zapadł wyrok korzystny dla AVR, chodziło co do zasady o to, czy Zamawiający może i powinien udostępnić zastrzeżone dokumenty wyjaśnień dotyczących ceny oferty przed momentem określonym w art. 96 ust. 3 pzp tj. przed wyborem najkorzystniejszej oferty. Ponadto zastrzeżenie wyjaśnień AVR w amtej sprawie nie poparto żadnymi dowodami, odmiennie niż to miało miejsce w tym przypadku.

Po trzecie, bo z pisma tego nie wynika, aby Zamawiający dokonał oceny dokumentów złożonych przez AVR 8 czerwca 2018 r. Zamawiający nie odniósł się konkretnie do elementów uzasadnienia zastrzeżenia, zwłaszcza dowodów załączonych do tego pisma, a także do wyjaśnień dotyczących ceny i załączonych do nich dowodów.

Zdaniem Odwołującego wykazał łączne ziszczenie się wszystkich trzech przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 4 uzkn (kolejno w pkt 2.1, 2.2, 2.3, 2.4 i 2.5 m.in. na str. 6-16 wyjaśnień) oraz złożył stosowne dowody uwiarygodniające wskazane w piśmie okoliczności.

Odwołujący podniósł, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego ze str. 7 pisma, wskazał wprost rodzaj informacji, które w jego ocenie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a to m. in. „sposób kalkulacji oferty”, „sposób budowania strategii cenowej w ofercie i elementy składowe tej strategii”, „informacje dotyczące struktury organizacyjnej”, „zasady finansowania działalności”, „wysokość wynagrodzeń pracowników”, „sieć partnerów Wykonawcy (dostawców, usługodawców), „informacje o źródłach zaopatrzenia”, „listę

dostawców, klientów”, „procedury wewnętrzne”, „zasady organizacji i zarządzania”. A o tym, że informacje te mają charakter „techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiadają wartość gospodarczą”, przesądza przywołane w pierw (str. 3-6 wyjaśnień) orzecznictwo.

Zdaniem Odwołującego w dalszej części swego uzasadnienia (rozdział 2.5, str. 16-19 wyjaśnień) wskazał szeroko, że informacje zawarte w wyjaśnieniach posiadają dla niego „konkretną wartość gospodarczą”, a ich ujawnienie może spowodować po jego stronie szkodę, zarówno w obszarze tego konkretnego postępowania, jak i innych podobnych postępowań, a także w zakresie relacji z partnerami biznesowymi i w obszarze działania całej grupy kapitałowej, do której należy AVR.

Odwołujący zakwestionował również ocenę Zamawiającego, że nie wykazał podjęcie działań mających na celu zachowanie poufności informacji zastrzeganych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący wskazał, że aż dwa rozdziały jego uzasadnienia odnoszą się do tej kwestii: 2.3 „Działania mające na celu zachowanie poufności informacji – stanowisko doktryny i orzecznictwa” (str. 9-11) oraz „Działania mające na celu zachowanie poufności informacji (nieujawnienie ich do wiadomości publicznej), stanowiących „*tajemnicę przedsiębiorstwa* podjęte przez A VR S.A.” (str. 11-16). W szczególności w obszarze tego drugiego z rozdziałów wskazano szereg podjętych przez spółkę środków o charakterze fizycznym i prawnym, a także dla uwiarygodnienia stanowiska przedstawiono stosowne dowody (załącznik nr 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7).

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający bezpodstawnie uznał, że dostęp do faktur AVR jest niemal nieograniczony i każdy może je pozyskać choćby w drodze ustawy o dostępie do informacji publicznej, gdyż zgodnie ze stanowiskiem doktryny {które zostało w odwołaniu zacytowane} ustawa ta nie obejmuje swoim zakresem Odwołującego. Faktury AVR, jako dokumenty potwierdzające transakcje pomiędzy podmiotami niepodlegającymi tej ustawie, nie mogą być udostępniane w jej trybie osobom trzecim. Wyjątkiem są faktury wystawiane w relacjach z podmiotami publicznymi, ale takie nie zostały załączone do wyjaśnień.

Odwołujący zakwestionował również twierdzenie Zamawiającego, że dostęp do wszystkich faktur, zwłaszcza tych złożonych z wyjaśnieniami, ma dostęp „nieograniczona ilość osób”, cytując fragment uzasadnienia zastrzeżenia ze str. 13 o obowiązujących w AVR procedurach postępowania z dokumentacją dotyczącą przedsięwzięć gospodarczych.

W drugim odwołaniu (sygn. akt KIO 1675/18) Odwołujący zarzucił Zamawiającemu

następujące naruszenia ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust 1 – przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający przepisy ustawy pzp, zasady równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji, a w konsekwencji niezasadne odrzucenie oferty AVR.
2. Art. 90 ust. 3 – przez uznanie złożonych przez AVR odnośnie ceny oferty wyjaśnień za niewystarczające, a w konsekwencji uznanie, że oferta AVR winna podlegać odrzuceniu z uwagi na jej rażąco niską cenę w sytuacji, gdy Wykonawca złożył wyczerpujące, obszerne i zgodne z wezwaniem Zamawiającego wyjaśnienia, które poparł szeregiem niezakwestionowanych przez Zamawiającego dowodów, natomiast Zamawiający zakwestionował pojedyncze ceny jednostkowe, a nie całkowitą cenę oferty.
3. Art. 90 ust. 3 w zw. z art. 7 ust 1 i 3 oraz art. 89 ust 1 pkt 4 – polegające na subiektywnej i wybiórczej ocenie złożonych przez AVR odnośnie ceny oferty wyjaśnień, naruszającej zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, co doprowadziło do odrzucenia oferty Odwołującego.
4. Art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 92 ust 1 pkt 2 – polegające na jego zastosowaniu i odrzuceniu oferty AVR jako zawierającej rażąco niską cenę w sytuacji, gdy w uzasadnieniu swej decyzji Zamawiający okoliczności tej nie wykazał.
5. Art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 – polegające na sporządzeniu uzasadnienia faktycznego decyzji o odrzuceniu oferty AVR w sposób wybiórczy, pomijający kluczowe elementy wyjaśnień i w rezultacie utrudniający Odwołującemu poznanie wszystkich czynników, które wpłynęły na decyzję Zamawiającego, a w konsekwencji odniesienie się do nich w odwołaniu, co skutkuje naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji.
6. Art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust 1 i 3 – przez jego zastosowanie i odrzucenie oferty AVR, pomimo że nie była ona niezgodna z postanowieniami SIWZ, co skutkuje naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
7. Art. 87 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 – polegające na zaniechaniu wezwania Wykonawcy AVR do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty w zakresie wątpliwości i rozbieżności, które zadecydowały o tym, że Zamawiający odrzucił ją jako niezgodną z SIWZ.
8. Art. 87 ust 2 pkt 3 w zw. z art. 89 ust 1 pkt 2 – polegający na zaniechaniu przez Zamawiającego obligatoryjnego ustalenia przed odrzuceniem oferty AVR, czy nie zawiera ona omyłki podlegającej poprawie.
9. Art. 46 ust. 4a w zw. z art. 26 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 oraz w zw. z art. 22 ust. 1a i 1b ppkt 1 – polegający na zaniechaniu zatrzymania wadium wykonawcy Zakład Transportu

i Budowy Dróg Białowąg sp. z o.o. z siedzibą w Jarosławiu, pomimo że w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego nie potwierdził on spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji finansowej lub ekonomicznej.

10. Art. 90 ust. 1 – polegające na zaniechaniu zbadania cen ofert Firmy Usługowo-Handlowo-Produkcyjnej L. K. {dalej w uzasadnieniu również: „K.”} oraz Zakładu Transportu i Budowy Dróg Białowąg sp. z o.o. {dalej w uzasadnieniu również: „Białowąg”}, w sytuacji gdy wydają się one rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wątpliwości Zamawiającego – w kontekście możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez niego samego w dokumentach postępowania – winna była budzić m.in. rozbieżność cen usługi widniejąca pomiędzy cenami ofert tych Wykonawców a kosztorysem inwestorskim Zamawiającego, zarówno w zakresie cen jednostkowych, jak i ceny sumarycznej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie również tego odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia odrzucenia oferty AVR.
2. Wezwania AVR do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie wątpliwości Zamawiającego, które skutkowały uznaniem oferty za jest niezgodną z SIWZ.
3. Dalszego badania i oceny oferty wykonawców z uwzględnieniem okoliczności podniesionych w odwołaniu i na rozprawie, w szczególności AVR.
4. Wezwania AVR do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz wykazujących brak podstaw do wykluczenia.

Jako okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie drugiego odwołania wskazano w szczególności, co następuje.

{ad pkt 1. listy zarzutów}

Odwołujący stwierdził, że przedmiotowy zarzut, oparty o naczelne zasady postępowania o udzielenie publicznego (tj. zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę legalizmu) ma charakter wynikowy, czyli jego zasadność wynika z bezpodstawnego odrzucenia oferty AVR, co jest przedmiotem dalszych zarzutów.

{ad pkt 2. i 3. listy zarzutów}

W ocenie Odwołującego w złożonych 8 czerwca 2018 r. wyjaśnieniach potwierdził, że brał pod uwagę cały zakres zamówienia i dokonał rzetelnej kalkulacji ceny, co poparł stosownymi dowodami.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że nie poddał tych wyjaśnień wystarczającej merytorycznej analizie i bezpodstawnie odrzucił ofertę AVR.

Odwołujący podniósł, że z uwagi na treść normy z art. 90 ust. 1 pzp punktem odniesienia do oceny jego wyjaśnień przez Zamawiającego winna być przede wszystkim treść wezwania wystosowana 25 maja 2018 r., w myśl wyprowadzonej w doktrynie reguły, którą można sprowadzić do stwierdzenia „jakie wezwanie, takie wyjaśnienia”, gdyż „ocena udzielonych wyjaśnień zawsze następuje w granicach zakreślonych treścią wezwania i wykonawca może odnieść się tylko do wskazanych przez zamawiającego w wezwaniu elementów” [I. S., E. W., „Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany”, LEX].

Odwołujący zrelacjonował, że Zamawiający wskazał w wezwaniu elementy, w odniesieniu do których oczekuje dostatecznie szczegółowych wyjaśnień lub kalkulacji (Grupa nr 2.04 Odwodnienie, poz.: 4.1, 4.2, 7.1, 7.2, 8.1, 8.2, 9.1, Grupa nr 2.06 Oznakowanie, poz.: 5.1, 5.2, 8.1, 8.2, 11.1, 11.2, Grupa nr 2.07 Bezpieczeństwo, poz.: 3.1., 3.2, 9.1, 9.2, Grupa nr 2.08 Estetyka, poz.: 3, 4, 6, 7, 8, 10, 13.1, 13.2, 18, 29, Grupa nr 2.13 Pozostałe wydatki związane z utrzymaniem sieci dróg krajowych, poz.: 3), jak również okoliczności które Zamawiający będzie badał (tożsame z wyliczeniem zawartym w art. 90 ust. 2 pzp) oraz konieczność przedstawienia stosownych dowodów.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z poleceniem Zamawiającego skupił się na wyjaśnianiu cen jednostkowych pozycji formularza cenowego, które były zaniżone w stosunku do jego oszacowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że na etapie oceny złożonych wyjaśnień wykroczył poza granice wyznaczone wezwaniem, gdyż w uzasadnieniu odrzucenia oferty skupił się na innych pozycjach kosztorysowych niż te, które uprzednio wskazał jako budzące jego szczególne wątpliwości (z wyjątkiem nasadzeń).

Odwołujący zrelacjonował, że w wezwaniu Zamawiający powołał się na istnienie jednej z wskazanych w art. 90 ust. 1a pkt 1 pzp przesłanek – przekroczenie progu 30% w stosunku do wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług.

Zdaniem Odwołującego z uwagi na powyższe za chybiony należy uznać zabieg Zamawiającego polegający na porównywaniu ceny oferty AVR do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że jako podstawy odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę wskazał także czynniki prawnie irrelewantne, takie jak: analizę

porównawczą wybranych cen jednostkowych AVR wyodrębnionych z ofert złożonych w różnych postępowaniach (str.4), niemerytoryczne uwagi dotyczące domniemanej strategii Odwołującego się w „realizacji usługi koszeń” (str.5), czy też dygresje na temat umów na roboty budowlane zerwanych przez GDDKiA O/Rzeszów z uwagi na upadłość bądź problemy finansowe wykonawców (str. 10). Odwołujący wywiódł, że ocena złożonych wyjaśnień nie powinna być dokonywana przez Zamawiającego przez pryzmat np.: innego postępowania, innych zadań tego samego postępowania, relacji ceny oferty AVR do wartości zamówienia czy ceny ofert innych wykonawców, niedoszacowań jedynie w obrębie cen jednostkowych, ale w odniesieniu do przedmiotu zamówienia w zakresie ceny oferty.

Odwołujący podkreślił, że zgodnie z pkt 15 SIWZ „Cena oferty stanowić będzie sumę wartości brutto wyliczoną w Formularzu cenowym – zestawienie zbiorcze (Formularz 2.1, 2.2)”.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że wbrew wezwaniu w uzasadnieniu odrzucenia, poddaje ocenie tylko i wyłącznie ceny jednostkowe i w oparciu o niedoszacowania kosztów co do konkretnych pozycji kosztorysu ofertowego stwierdza, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę, ale nie wskazuje na wpływ tych pojedynczych cen jednostkowych na zniżenie ceny całej oferty. Zdaniem Odwołującego jest to tym bardziej istotne, że wynagrodzenie wykonawcy (przynajmniej w odniesieniu do kwestionowanej przez Zamawiającego części zamówienia) według wzoru umowy (§ 4 „Wynagrodzenie”) ma charakter ryczałtowy.

Odwołujący podkreślił, że ceny jednostkowe pozycji kosztorysu AVR zakwestionowane przez Zamawiającego nie odbiegają znacząco od cen z ofert wykonawców K. i Białowas, a częstokroć są od nich znacząco wyższe {co zobrazował tabelą zamieszczoną na str. 25 odwołania}.

Odwołujący zrelacjonował, że według wezwania „Zamawiający będzie brał pod uwagę *obiektywne czynniki*, a w szczególności te wskazane w ustawie pzp”.

Odwołujący zarzucił, że w uzasadnieniu odrzucenia Zamawiający zawarł ocenę jedynie dwóch obiektywnych czynników spośród wskazanych w wyjaśnieniach – dysponowania własnym rozbudowanym zapleczem technicznym i technologicznym (opisanym w pkt 2.1.1. ppkt 2) – str. 36-37 wyjaśnień) oraz wykorzystania własnych pracowników wykonujących usługę ZUD do wykonywania zamówienia w okresie letnim (pkt 2.1.4. ppkt 2) lit. b) – str. 51 wyjaśnień). Przy czym w odniesieniu do pierwszego z tych zakresów Zamawiający ograniczył się do niepopartego żadnymi argumentami stwierdzenia, że zaplecze techniczne i technologiczne AVR jest niewystarczające z uwagi na ilość

kontraktów, które równolegle realizuje wykonawca, a wykorzystanie pracowników wykonujących usługę w okresie zimowym „jest rozwiązaniem, które wedle Zamawiającego stosują wszyscy wykonawcy, którzy złożyli ofertę w niniejszym postępowaniu i którzy składają oferty na analogiczne zamówienia udzielane przez Zamawiającego”.

W szczególności Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że celowo pominął unikatowe doświadczenie i wiedzę AVR zdobytą podczas utrzymywania odcinka autostrady A4 od węzła Jarosław Zachód do Korczowej w latach 2012-2018, które umożliwiły rzetelną i pełną kalkulację kosztów, a co za tym idzie cen jednostkowych oraz łącznej ceny oferty. AVR zgromadził bowiem w tym okresie pełne spectrum informacji na temat takich czynników kosztotwórczych przy wykonywaniu przedmiotowej usługi, jak realna ilość zdarzeń drogowych, natężenie ruchu, ryzyka, dane dotyczące faktycznego zużycia soli i innych materiałów.

Według Odwołującego nie bez znaczenia jest również w tym kontekście okoliczność, że w ramach konsorcjum na podstawie umowy z 9 marca 2015 r. realizuje również na rzecz Zamawiającego do 2020 utrzymanie autostrady A4 na odcinku od węzła Tarnów Północ do węzła Sędziszów.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie odniósł się również do zaprezentowanych w wyjaśnieniach AVR wybranych rozwiązań technicznych i technologicznych, takich jak dostosowanie posiadanego sprzętu sezonowego w celu jego maksymalnego wykorzystania zarówno w sezonie letnim, jak i zimowym, zastosowanie konkretnych rozwiązań technicznych mających na celu redukcję soli drogowej (której koszt jest jednym z najbardziej istotnych czynników kosztotwórczych dla usług związanych z zimowym utrzymaniem dróg).

Odwołujący wywiódł, że ustawodawca w art. 90 ust. 1 pkt 1-5 pzp zobligował do oceny wskazanych tam czynników, stąd zaniechanie Zamawiającego w tym zakresie uniemożliwiło kompleksową ocenę całości wyjaśnień, gdyż wszelkie domniemane niedoszacowania w obrębie poszczególnych pozycji kosztorysowych powinien ocenić przez pryzmat obiektywnych czynników, które Wykonawca opisał na wstępie.

Odwołujący zrelacjonował, że w wezwaniu z 25 maja 2018 r. Zamawiający nie tylko zwrócił się „o udzielenie wyczerpujących wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny”, ale również wskazał na możliwość uwzględnienia w wyjaśnieniach „wszystkich informacji i dowodów, które Wykonawca uzna za istotne”, kilkakrotnie wskazując na potrzebę przedstawienia stosowanych dowodów przez Wykonawcę.

Według relacji Odwołującego w ramach uzasadnienia odrzucenia Zamawiający przeprowadził wywód o „dokumentach urzędowych sporządzonych w przepisanej formie”,

które zestawiał z „oświadczeniami podmiotu prywatnego/dokumentem prywatnym”, który w jego ocenie nie jest „dowodem”, o którym mowa w art. 90 ust. 1 pzp, stąd stanął na stanowisku, że „dowody przedstawione przez Wykonawcę w formie ofert, zamówień itp. nie stanowią rzetelnego poparcia/udowodnienia złożonych wyjaśnień”.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że pomimo tego przy dokonywaniu oceny wyjaśnień pominął dołączone do nich dowody (z wyjątkiem ofert podwykonawców, które próbował zdyskredytować jako materiał dowodowy), a zacytowane powyżej stanowisko jest sprzeczne z literalnym brzmieniem art. 90 ust. 1 pzp, treścią wezwania oraz stanowiskiem orzecznictwa i doktryny, że nie istnieje ściśle określony katalog dowodów, którymi wykonawca może się posłużyć dla udowodnienia realności ceny oferty.

{ad pkt 4. i 5. listy zarzutów}

Odwołujący oświadczył, że z uwagi na zastrzeżenie złożonych wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa, stosownie do normy wyrażonej w art. 190 ust. 1 pzp przedstawi odpowiednie dowody w trakcie trwania rozprawy, odnosząc się w odwołaniu jedynie do kwestii ogólnych nieobjętych tą tajemnicą.

W pierwszej kolejności Odwołujący zwrócił uwagę na wyraźne podobieństwo pomiędzy uzasadnieniami odrzuceń jego oferty w zadaniach nr 1 (z 29 czerwca 2018 r.) i 2 (z 7 sierpnia 2018 r.) co do argumentacji w odniesieniu do identycznych zarzutów, sposobu prowadzenia wyводу, konstruowania wypowiedzi w niemal identycznej formie, wręcz kopiowania fragmentów wcześniejszego pisma do późniejszego.

Według Odwołującego może to świadczyć o braku indywidualnego podejścia Zamawiającego do oceny wyjaśnień złożonych przez AVR, a postępowania takiego nie można tłumaczyć jedynie istnieniem pewnych podobieństw pomiędzy wyjaśnieniami dotyczącymi tych części zamówienia, gdyż ich przedmiot zamówienia nie jest tożsamy, a okoliczności, wartości i wyliczenia z obu wyjaśnień są zupełnie inne. O ile zadanie nr 2 odnosi się do tylko i wyłącznie do utrzymania odcinka autostrady A4, o tyle zadanie nr 1 dotyczy utrzymania autostrady A4, drogi ekspresowej S19 oraz znajdujących się różnych lokalizacjach dróg krajowych nr 97, 9 i 94, co determinuje argumentację przedstawianą przez AVR w wyjaśnieniach odnoszących się do poszczególnych zadań.

Jako szczegółową analizę argumentacji Zamawiającego odwołanie zawiera następującą treść {str. 28-38 odwołania}:

„Odnosząc się do treści uzasadnienia Zamawiającego z dnia 07 sierpnia 2018 r., należy wskazać, iż w pkt. 1 (podobnie jak w piśmie z dnia 29 czerwca 2018 r.) Zamawiający

podejmuje próbę swoistej analizy porównawczej ceny oferty AVR najpierw w stosunku do „SKWZ” (wartości szacunkowej zamówienia powiększona o należy podatek VAT), następnie w stosunku do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w postępowaniu. W ocenie Odwołującego się zabieg ten jest o tyle chybiony, że zgodnie z poglądem dominującym w literaturze przedmiotu, zaistnienie jednej z przesłanek wskazanych w art. 90 ust. 1 a pkt. 1) pzp stanowi jedynie podstawę do wszczęcia postępowania wyjaśniającego, a nie dokonania oceny oferowanej ceny pod kątem *ceny rażąco niskiej*.

Co istotne, samo zaistnienie przesłanki z art. 90 ust. 1a pkt 1) pzp nie może stanowić podstawy do uznania, że oferta danego Wykonawcy zawiera cenę rażąco niską. Nie można wysnuwać także takiego wniosku z badania cen jednostkowych. Decyzja w przedmiocie odrzucenia danej oferty i wyeliminowania danego wykonawcy może nastąpić dopiero po przeanalizowaniu wyjaśnień wraz z dowodami przedłożonymi przez Wykonawcę. Z uwagi na fakt, iż analiza ta była przedmiotem wyводу w pkt. 2 Odwołania, Odwołujący ograniczyć się w tym miejscu do odesłania do tego jego fragmentu. Również w zakresie możliwości odrzucenia oferty wykonawcy tylko i wyłącznie w oparciu o niedoszacowania w zakresie cen jednostkowych należy tutaj odwołać się do argumentacji już poruszonej w Odwołaniu powyżej.

Na marginesie należy jedynie wskazać - odnosząc się do treści załącznika nr 1 – przygotowanej przez Zamawiającego tabeli – *Zestawienie zależności kwotowych cen zaoferowanych przez Wykonawców* – iż biorąc pod uwagę, iż wszyscy wykonawcy którzy zmieścili się w 30 % progu ustanowionym przez ustawodawcę w art. 90 ust. 1 a pkt 1) pzp, zaoferowali cenę o co najmniej 25,25 % niższą od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT wskazanej przez Zamawiającego (Zakład Transportu i Budowy Dróg Białowąg Sp. z o.o. z siedzibą w Jarosławiu – 29,39 %, natomiast Firma Usługowo-Handlowo - Produkcyjna L. K. – 25,25 %), co świadczy o swoistym zawyżeniu kosztorysu Zamawiającego na co zwracał uwagę już Wykonawca w składanych wyjaśnieniach (str. 27 - 30).

Co istotne, z analizy przeprowadzonej przez Odwołującego się wynika, iż Zamawiający na przestrzeni ostatnich lat (2017-2015) wielokrotnie wybierał jako najkorzystniejsze oferty Wykonawców, których cena była częstokroć niższa od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT o 40-50 %. Dla przykładu można wskazać postępowanie pn.: *Wykonanie kompleksowego utrzymania dróg krajowych administrowanych przez Oddział w Rzeszowie Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad* (znak: O/RZ.D-3.2413.23.2015) gdzie w zakresie zadania nr 4 zostali wybrani wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – FBSerwis S.A. z siedzibą

Sygn. akt: KIO 1665/18

KIO 1675/18

w Warszawie (Lider) oraz Ferroser Infraestructuras S.A. z siedzibą w Madrycie (Partner), których oferta była niższa o 51 % od powyżej wskazanej wartości, czy choćby postępowanie pn. *„Całoroczne kompleksowe utrzymanie autostrady A4 na odcinku Rzeszów Wschód (bez węzła) do Jarosław Zachód (z węzłem) wraz ze wszystkimi elementami administrowanej przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie (znak: O.RZ.D-3.2413.44.2016)*, gdzie wybrany został wykonawca – Firma Usługowo-Handlowo-Produkcyjna L. K., którego oferta była o 43 % niższa od wartości brutto przedmiotu zamówienia, wskazanej przez Zamawiającego. Kompleksową analizę powyżej opisanej praktyki zawiera tabela stanowiąca załącznik do Odwołania. Dowód: - tabela *Zestawienie wybranych przetargów udzielonych przez GDDKiA Oddział w Rzeszowie w latach 2015 - 2017*.

Ponadto, jak wskazuje w swym komentarzu P. G. : *W praktyce często okazuje się; że szacunkowa wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego na etapie przygotowania postępowania>, nie znajduje faktycznego odzwierciedlenia w cenach rynkowych* (P. G., *Prawo zamówień publicznych, Komentarz*, Wyd. 5, 2016). Ponadto w tym miejscu należy podkreślić, iż sam fakt przekroczenia progu z art. 90 ust. 1a pkt 1) pzp nie przesądza kwestii, iż oferta danego wykonawcy faktycznie zawiera *cenę rażąco niską*, na co wielokrotnie Odwołujący wskazywał w treści odwołania.

Na marginesie, Wykonawca AVR pragnie zwrócić uwagę Izby na pewną prawidłowość wykazaną w omawianym dowodzie. Analiza danych historycznych przedstawionych w tabelce, pokazuje iż niektórzy z wykonawców biorących udział w niniejszym postępowaniu – w tym np. uznany za Wykonawcę z najwiarygodniejszą ceną – Zakład Transportu i Budowy Dróg Białowas Sp. z o.o. – nigdy nie przekraczają ustawowego progu 30 % (po wystąpieniu którego materializuje się obowiązek wzywania do składania wyjaśnień w trybie art. 90 ust 1a ustawy pzp). Podobnie sytuacja wygląda w aktualnym postępowaniu gdzie ten *wycenił* swoją ofertę na poziomie o 29,49 % niższym od szacunkowej wartości brutto zamówienia. W ocenie Odwołującego się jest to prawidłowość wręcz unikatowa, gdyż AVR S.A. bazując na swoim doświadczeniu zdobytym w ciągu ostatnich 7 lat na rynku usług związanych z utrzymaniem dróg i autostrad nigdy nie osiągnęło takiej powtarzalności i precyzji. Co szczególnie interesujące, Zamawiający w pkt. 11 pisma z dnia 07 sierpnia 2018 r., porównując ceny oferty AVR oraz powyżej opisanego wykonawcy, wskazuje iż cena drugiej oferty w rankingu została *przyjęta przez Zamawiającego za prawidłową w przedmiotowym postępowaniu* i de facto stanowi swoisty punkt odniesienia w stosunku do ceny Odwołującego się. Dowód: - *Informacja z otwarcia ofert z dnia 18 maja 2018 r. dotycząca Zadania nr 2* (w aktach sprawy).

Idąc dalej za przyjętym tokiem rozumowania, należy wskazać iż zabieg arytmetycznego uśredniania cen wszystkich ofert winien być dokonywany w doniesieniu tylko i wyłącznie do ceny globalnej oferty, a nie do cen jednostkowych. Uwzględniając okoliczność, iż do obliczenia średniej wartości wszystkich ofert uwzględnia się również ceny jednostkowe wykonawców, którzy przekroczyli kwotę jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (tj. 92.616.511,11 zł brutto), zabieg ten należy uznać za chybiony. Biorąc pod uwagę przedmiotowe zestawienie, nie ulega bowiem wątpliwości iż zamawiający zmierza do wyboru oferty która jest co najmniej o 25,25 % niższa od jego wyliczeń. Zabieg uśredniania niweluje również różnice w cenach jednostkowych pomiędzy poszczególnymi wykonawcami, które mogą być wynikiem obiektywnych czynników dotyczących wyłącznie danego podmiotu. Nie ulega bowiem wątpliwości, iż z uwagi na charakter kontraktu typu „Utrzymaj Standard” (zmodyfikowany) oraz wynagrodzenie ryczałtowe (w odniesieniu do prac strukturalnych), każdy z wykonawców biorących udział w przetargu może opracować własną strategię cenową bazując na obiektywnych czynnikach, które są właściwe jedynie temu podmiotowi. Bardziej stosownym zabiegiem byłby zestawienie zaniżonych w ocenie Zamawiającego pozycji z kosztorysu AVR z cenami jednostkowymi wykonawców których oferta, faktycznie może zostać wybrana, którego to zabiegu Zamawiający wolał jednak zaniechać z powodów na które Odwołujący się zwróci uwagę.

Odnosząc się do załącznika nr 2 – Porównanie ofert do wartości średniej i SKWZ – utrzymanie rutynowe (BUD, ZUD i BUM) – zniżenia 80% do 99% oraz załącznika nr 3 – Załącznik nr 3 – Porównanie ofert do wartości średniej i SKWZ – utrzymanie rutynowe (BUD, ZUD i BUM) – zniżenia 30% do 99% – Odwołujący pragnie raz jeszcze podkreślić, iż tabele przedstawiają tylko i wyłącznie przyczynę dla której Zamawiający wystąpił z wezwaniem o wyjaśnienie ceny ofertowej w dniu 25 maja 2018 r. i nie przesądzają kwestii dotyczącej uznania ceny oferty AVR za cenę rażąco niską.

W tym miejscu należy podkreślić, iż pozycje zaznaczone kolorem czerwonym co do zasady pokrywają się przedmiotowo z pozycjami, w stosunku do których Zamawiający wnosił w wezwaniu z dnia 25 maja 2018 r. o szczegółowe wyjaśnienie przez AVR jakie koszty – robocizny, sprzętu materiałów itd. zakresy oraz działania założył w ramach realizacji (str. 2 wezwania z dnia 25 maja 2018r). Tym samym należałoby uznać, iż przedmiotowe pozycje na etapie wstępnej oceny oferty, jeszcze przed złożeniem wyjaśnień przez AVR, budziły największe zastrzeżenia Zamawiającego. Z uwagi na powyższe, przedmiotowe pozycje kosztorysowe zostały poddane przez AVR szczegółowej analizie w wyjaśnieniach złożonych GDDKiA O/Rzeszów w dniu 08 czerwca 2018 r.

Zamawiający, nie odnosząc się w zasadzie do argumentacji przedstawionej w wyjaśnieniach, porzucił na sporządzeniu przedmiotowego zestawienia w formie tabeli, pomimo iż podstawą do odrzucenia jest ocena wyjaśnień i dowodów, a nie samo istnienie jakiegokolwiek różnicy procentowej w zakresie poszczególnych cen jednostkowych. Z treści uzasadnienia odrzucenie nie wynika w żaden sposób dlaczego Zamawiający uznał wyjaśnienia AVR w tej materii za niewystarczające. Jak już powyżej zostało wskazane, Zamawiający ani nie odniósł się w tej materii wprost do treści wyjaśnień wykonawcy (tj. do treści Rozdziału III. Wyjaśnienia kosztorysu ofertowego AVR S.A. w kontekście treści zapytania Zamawiającego z dnia 25 maja 2018 r.), ani dowodów załączonych do wyjaśnień, ani nie przedstawił klarownego wyводу z jakich powodów były one niewystarczające, co de facto uniemożliwia podjęcie jakiegokolwiek polemiki w tym zakresie.

Odnosząc się natomiast do próby porównywania cen jednostkowych z kosztorysu AVR przedłożonego do Części nr 2 z kosztorysami przedłożonymi dla Części 1, czy też kosztorysem przedłożonym na inny odcinek autostrady A4 w postępowaniu prowadzonym w 2017 r. należy uznać za bezprzedmiotowe, gdyż kosztorysy te zostały opracowane w odniesieniu do zupełnie innych przedmiotów zamówienia.

Co istotne, Zamawiający w treści uzasadnienia wprost wskazał, iż: *Zgodnie z orzecznictwem okoliczności te same w sobie nie przesądzają o RNC [przyp. Odwołującego się – cenie rażąco niskiej] oferty Wykonawcy niemniej w powiązaniu z treścią wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę, przyjąć należy, że Wykonawca podlega odrzuceniu na podstawie art. 89. Ust. 1 pkt. 4 pzp w zw. z art. 90 ust 3 ustawy pzp.* Skoro więc okoliczności podnoszone przez Zamawiającego nie decydują o uznaniu ceny oferty za *rażąco niską* powstaje pytanie w jakim celu Zamawiający dokonywał tych wyliczeń. Co więcej Zamawiający w omawianym zakresie zaniechał wskazania na czym polega owo *powiązanie z treścią wyjaśnień*, czy też choćby lakonicznego przedstawienia argumentów z powodu których uznał wyjaśnienia Wykonawcy za niewystarczające w tej materii.

Odnosząc się z kolei do oceny Zamawiającego zaprezentowanych przez AVR oszczędności metod wykonania zamówienia, przedstawionej w pkt. 2 pisma z dnia 07 sierpnia 2018 r. (str. 4), należy wskazać, iż jest ona co najmniej niekompletna i jako taka nie może służyć do konstruowania w oparciu o nią jakichkolwiek wniosków przesądzających o „*rażąco niskiej cenie oferty*”. Jak już Odwołujący się wskazywał w pkt. 2 Odwołania, Zamawiający ograniczył się tylko do oceny części obiektywnych czynników kształtujących ceną ofertową AVR S.A., znakomitą ich większość pomijając milczeniem. Zamawiający nie obniósł się w uzasadnieniu w ogóle do następującej części wyjaśnień Wykonawcy AVR

dotyczących obiektywnych czynników kształtujących cenę ofertową AVR (str. 33-53 wyjaśnień AVR) :

- w zakresie pkt. 2.1.1. Oszczędności Metody Wykonania Zamówienia: pkt. 1), 3), 4),
- w zakresie pkt. 2.1.2. Wybrane rozwiązania techniczne i technologiczne: pkt. 1), 2), 3), 4),
- w zakresie pkt. 2.1.3. Wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy AVR S.A.: pkt. 1), 2), 3), 4), 5), 6), 7), 8),
- w zakresie 2.1.4. Koszty pracy: pkt. 1), 2),

Pominięte został również wszystkie dowody załączone do wyjaśnień, dla wykazania argumentacji podnoszonej w powyżej wskazanym rozdziale.

A contrario należałoby przyjąć, iż skoro Zamawiający nie wdał się w polemikę z Wykonawcą to argumentację przedstawioną w wyjaśnieniach w tym zakresie uznał za wystarczającą. Uwzględniając ilość powołanych przez AVR w rozdziale II tzw. *obiektywnych czynników* należałoby przyjąć, iż albo obniżenie w oparciu o nie jest możliwe (jak twierdził Odwołujący się w wyjaśnieniach), a zatem wyjaśnienia w tym zakresie są wystarczające, albo że Zamawiający nie pochylił się nad tą kwestią w swej analizie, a więc de facto nie uwzględnił podstawy, przez pryzmat której winna być dokonywana ocena dalszych części wyjaśnień. Ponieważ w obu przypadkach okoliczność powyższa ma kluczowe znaczenie dla Wykonawcy AVR już tylko na tym przykładzie można dostrzec naruszenia przepisów pzp.

Kwestią najbardziej doniosłą w tej materii, jest jednakże całkowity brak odniesienia się przez Zamawiającego do największej przewagi, którą dysponuje AVR w stosunku do pozostałych wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu – a mianowicie okoliczności, iż Odwołujący się od marca 2013 r. utrzymuje przedmiotowy odcinek autostrady A4. W konsekwencji więc jako jedyny z wykonawców którzy złożyli oferty posiada bogate doświadczenie w otrzymywaniu odcinka autostrady A4 tożsamego z przedmiotem zamówienia, a w konsekwencji posiada największą wiedzę w zakresie zdarzeń i sytuacji tam występujących i ich wpływu na koszt usługi.

Odnosząc się z kolei do kwestii, które Zamawiający poddał ocenie w pkt. 2 pisma z dnia 07 sierpnia 2018 r., należy wskazać w pierwszej kolejności, iż Zamawiający bezpodstawnie wysuwa błędne wnioski, wskazując iż: *oszczędności metod wykonania zamówienia w pkt 2.1.1. wyjaśnień nie są metodami, które są stosowane wyłącznie przez Wykonawcę – nie są właściwe, a ich stosowanie cechuje w znacznej części wszystkich wykonawców.* Jak wynika bowiem z aktualnych czynności Zamawiającego przeprowadzonych w postępowaniu nie może mieć on innych – poza tymi pochodzącymi z wyjaśnień AVR S.A. – informacji dotyczących sposobu realizacji usługi, pochodzących od pozostałych Wykonawców,. Odwołujący pragnie w kontekście tak formułowanego zdania

jak to przywołane wcześniej ustalić, na jakiej podstawie Zamawiający tak twierdzi, przesądzając również że rozwiązanie polegające na wykorzystaniu pracowników wykonujących usługę w okresie zimowym (ZUD) do wykonywania zamówienia w okresie letnim „to rozwiązanie, wedle wiedzy Zamawiającego stosują wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu” Kontynuując, w oparciu o jakie informacje i kiedy pozyskane Zamawiający stwierdził, iż biorąc pod uwagę zaplecze sprzętowe, sytuacja AVR nie jest *wyjątkowo korzystna względem innych wykonawców*, podczas gdy Odwołujący dysponuje jednym z najbardziej nowoczesnych zapleczy sprzętowych na rynku, a przykładowo wykonawca F.U.H.P. L. K. – zgodnie z dokumentacją załączoną do oferty – zmuszony był w tym zakresie sprzętu korzystać ze zobowiązania podmiotu trzeciego – Marzeny Węklar (stosowanie do oświadczenia której wykonawca *będzie dysponował*, a nie dysponuje).

Biorąc pod uwagę powyższe należy stwierdzić, iż ocena obiektywnych czynników wskazanych przez Wykonawcę w rozdziale II wyjaśnień (str. 33-53) została dokonana w całkowitym oderwaniu od treści tego rozdziału oraz dowodów przedstawianych dla udowodnienia okoliczności tam opisywanych. Jest to o tyle istotne, że Zamawiający jest zobligowany każdorazowo przez brzmienie art. 90 ust. 1 pzp do badania i weryfikacji czynników wskazanych przez danego wykonawcę w jego wyjaśnieniach ceny ofertowej. Nie ulega wątpliwości bowiem, iż obiektywne czynniki stanowią ważny punkt w każdym wyjaśnieniu ceny rażąco niskiej, gdyż analiza argumentacji danego wykonawcy odnoszącej się zarówno do konkretnych pozycji kosztorysowych (cen jednostkowych), jak i globalnej ceny oferty, winna zawsze odbywać się z ich uwzględnieniem. Obiektywne czynniki z art. 90 ust. 1 PZP mogą bowiem stanowić wytłumaczenie pozornych „niedoszacowań” w obrębie poszczególnych pozycjach, jak również skutecznie eliminować domniemanie występowania „ceny rażąco niskiej” w odniesieniu do całej oferty. Z drugiej strony pominięcie tych czynników przy w ocenie całych wyjaśnień może skutkować wyprowadzeniem błędnych wniosków, czego przykładem jest analizowane postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Odnosząc się do domniemanego niedoszacowania kosztów wykonywanych robót, poprzez brak ujęcia w nich nakładów na czasową organizację ruchu i oznakowanie ruchu podczas ich prowadzenia (pkt. 3), należy wskazać iż Wykonawca biorąc pod uwagę odpowiednie zapisy OPZ dot. kadry Wykonawcy oraz na podstawie swojego własnego wieloletniego doświadczenia, zdobytego podczas wykonywania zadań w szczególności na rzecz GDDKiA w Rzeszowie, przyjął odpowiednią ilość pracowników, pojazdów, sprzętu

i materiałów zapewniających codzienne całodobowe utrzymanie drogi w tym organizację ruchu.

Odnosząc się do domniemanego niedoszacowanie kosztów koszenia powierzchni zielonych (pkt. 4), Odwołujący pragnie wskazać, iż kwestia ta będzie przedmiotem dalszego wyводу (pkt 4 Odwołania). W tym miejscu należy jedynie wskazać, iż Wykonawca AVR bazując na sześcioletnim doświadczeniu i danych liczbowych, zdobytych w ramach utrzymania odcinka autostrady A4 tożsamego z tym, który jest przedmiotem zamówienia, uwzględniając treść odpowiednich zapisów OPZ (str. 113-115) dokonał prawidłowej kalkulacji ceny w zakresie koszenia powierzchni zielonych. Swoistym dowodem na potwierdzenie powyższej tezy jest tabela zamieszczona na str. 25 niniejszego Odwołania, obrazująca, iż w stosunku do innych wykonawców (w szczególności F.U.H.P. L. K.), którzy wciąż mogą zostać wybrani w przedmiotowym przetargu, cena oferowana przez AVR za te prace nie jest wcale niska.

Idąc dalej, zarzut niedoszacowania kosztów utrzymania nasadzeń z uwagi na znaczne zaniżenie w szczególności kosztów materiałów tj. sadzonek (drzewa krzewy pnącza), paliki kora, środki chemiczne, woda (podlewanie), materiały ogrodnicze do cięć i pielęgnacji siatki ochronne itp. (pkt. 5) należy uznać również za bezpodstawny. W pierwszej kolejności należy podkreślić, iż OPZ nie konkretyzuje w żadnym punkcie pozwalających na choćby oszacowanie tych danych. Zamawiający pomimo deklaracji, iż opiera go o doświadczenia wynikające z obecnie prowadzonych kontraktów, podstawa swoich obliczeń czyni sytuację zupełnie atypową. W tym miejscu należy bowiem wskazać, iż Wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlano-Drogowe FACHMAN T. Z., który został wybrany przez GDDKiA O/Rzeszowie jako wykonawca zamówienia: „*Utrzymanie zieleni w pasie drogowym autostrady A-4* (znak: O.RZ.D-3.2413.33.2016) Zadanie nr 2 – Koszenie traw w pasie drogowym autostrady A-4 odc. Jarosław Zachód (z węzłem) – Korczowa (z węzłem), podczas nieprawidłowego wykonywania prac polegających na koszeniu, dokonał zniszczenia ponad 30 % wszystkich nasadzeń – drzew, krzewów, iglaków i pnączy (tj. 12.092 szt. z 30.050 zł). Biorąc pod uwagę doświadczenie w utrzymywaniu dróg i autostrad, zarówno Zamawiającego, jak również wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu, zniszczeń na takim poziomie nie można traktować za skutek normalnego, prawidłowego wykonywania tego typu usługi. Co za tym, idzie przedstawienie protokołu z przeglądu nasadzeń w dniach 18.10.2017 r. - 07.11.2017 r. nie może służyć do ustalenia realnego poziomu nasadzeń, do których Wykonawca zobowiązany jest w ramach wykonywania usługi. Ponadto trudno uznać by zniszczenie nasadzeń przez Wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlano-Drogowe FACHMAN T. Z., a nie złożone przez AVR S.A. wyjaśnienia

decydowało o prawidłowości lub nie zaoferowanej ceny oferty i ceny jednostkowej usługi. Dowód: Załącznik nr 8 do pisma GDDKiA O/Rzeszów z dnia 07 sierpnia 2018 r. – *Protokół z przeglądu nasadzeń w dniach 18.10.2017 r. - 07.11.2017 r.* (w aktach sprawy),

Przechodząc do zarzutów podnoszonych w stosunku wyceny usług związanych z oznakowaniem poziomym (pkt. 6 i 7), Odwołujący pragnie wskazać, iż również w tej materii zarzuty wysuwane przez Zamawiającego nie znajdują poparcia w rzeczywistości i oparte są o wątpliwej jakości wyliczeniach. W pierwszej kolejności należy wskazać, iż w oparciu o odpowiednie zapisy OPZ (str. 98 pkt. 2.1-3.2) w ramach przedmiotowego zadania, stanowią, że wykonawca zobowiązany jest do wykonania jedynie *doraźnej* odnowy oznakowania poziomego grubowarstwowego, a nie jak próbuje to przedstawić w swych wyliczeniach Zamawiający – kompleksowej odnowy oznakowania grubowarstwowego, co bezpośrednio przekłada się na przyjęte na potrzeby obliczenia założenia dotyczące zakresu koniecznych do wykonania prac. Natomiast w zakresie oznakowania cienkowarstwowego, Zamawiający dokonuje szacunku w oparciu o założenia właściwe dla wykonania nowego oznakowania poziomego cienkowarstwowego, a nie do jego „odnowy”. Co za tym idzie, zakładane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 07 sierpnia 2018 r. ilości zużywanych materiałów (w tym farb) kształtują się na odpowiednio na innym poziomie.

Na marginesie, Odwołujący pragnie zwrócić uwagę Izby, iż zgodnie z danymi zaprezentowanymi w tabeli na str.25 Odwołania przykładowo wykonawca Firma Usługowo-Handlowo-Produkcyjna L. K. (którego oferta prawdopodobnie zostanie wybrana jako najkorzystniejsza) wycenił te prace na kwotę ponad trzykrotnie niższa niż AVR S.A. – 72.630,14 zł (!) dla oznakowania cienkowarstwowego oraz ponad ośmiokrotnie niższa niż Odwołujący – 48.194,78 zł (!) dla oznakowania grubowarstwowego, jednakże nie wzbudziło to żadnych wątpliwości po stronie Zamawiającego w tej materii, który nie skorzystał chociażby z uprawnienia wyjaśnienia ceny jednostkowej w oparciu o treść art. 90 ust 1 ustawy pzp (*Jeżeli zaoferowana cena lub koszt lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień*).

Odnosząc się natomiast do kwestii związanej z podwykonawcami (pkt. 8), w ocenie Odwołującego się fakt korzystania z pomocy podwykonawców w zakresie prac specjalistycznych co do których wykonawca nie posiada stosownych zasobów lub okresowo z uwagi na zaangażowanie własnych zasobów na innych kontraktach, nie pozostaje w sprzeczności (jak to próbuje ukazać Zamawiający) ze stwierdzeniem, iż AVR będzie

wykonywało większość robót i usług siłami własnymi. Odwołujący raz jeszcze podkreśla że w rozdziale II wyjaśnień, w którym szczegółowo opisał swoje zaplecze kadrowe, podkreślał, iż w przeciwieństwie do pozostałych wykonawców, pracownicy AVR posiadają realne doświadczenie w utrzymywaniu odcinka autostrady A4 tożsamego z przedmiotem zamówienia, gdyż AVR S.A. jest pierwszym i jedynym podmiotem utrzymującym ten odcinek autostrady.

Odnosząc się zaś do pierwszych zdań z pkt. 8 Zamawiającego, stwierdzając – *pozorną* zdaniem Odwołującego – *niespójność* i *brak logiki wyjaśnień*, zapomina, że sam pisze, że Wykonawca wykona *większość*, ale nie *całość* prac z uwzględnieniem podwykonawców, co zresztą Wykonawca sygnalizował w pkt 7 Formularza *Oferta* (str. 3). Po drugie pomija, iż pewne prace korzystniej jest by wykonali podwykonawcy, a inne by wykonał sam wykonawca. Ponieważ wywód Zamawiającego nie jest pogłębiony i rozwinięty trudno z nim polemizować, albowiem Odwołujący nie wie co dokładnie autor uzasadnienia chciał wykazać. Natomiast można stwierdzić, iż lakoniczność tego fragmentu uzasadnienia dowodzi o celowej próbie *splycenia* zagadnienia, tak by w końcowej fazie wywodu uznać, że wyjaśnienia AVR S.A. są niespójne i nielogiczne.

Kwestia związana z wartością dowodową ofert podwykonawców załączonych przez Odwołującego się do wyjaśnień była już przedmiotem wywodu. W tym miejscu w ramach uzupełnienia należy tylko dodać, iż Zamawiający w trybie art. 90 ust 1 ustawy pzp nie bada założeń, które do wyciszenia swych ofert przyjęli podwykonawcy, ale globalną cenę oferty AVR S.A., albowiem to Odwołujący zobowiązany jest wyjaśnić dlaczego i w jaki sposób skalkulował cenę swej oferty. W doktrynie dopuszcza się możliwość zwrócenia się do wykonawcy o wyjaśnienia kosztów wykonania poszczególnych usług przez podwykonawców, jednakże w analizowanym stanie faktycznym GDDKiA z tego uprawnienia nie skorzystała. Nie można również zapominać o kwestii oczywistej – oferty składane przez podwykonawców formułowane były na etapie poprzedzającym złożenie oferty, w sposób który jest powszechnie przyjęty (wypełnienie pozycji kosztorysu udostępnionego przez głównego inwestora). Nic więc dziwnego, iż nie zawierają elementów oczekiwanych przez Zamawiającego.

Dlatego też *zastrzeżenia* Zamawiającego, iż oferty podwykonawców są *na fragmentach formularzy/kosztorysów załączonych do SIWZ* oraz, że z *kosztorysów tych nie wynika tym samym jakie założenia do kalkulacji ceny przyjęli podwykonawcy (no. co do ilości i rodzaju sprzętu, co do ilości robocizny / czasu pracy ludzi, co do rodzaju i ilości zużytych materiałów itd.). jakie czynniki cenotwórcze (koszty) i w jakiej wysokości przyjęli*, nie są poparte żadnymi konkretnymi regulacjami, które takich działań zabraniałyby.

Co więcej, fragment wezwania do którego odwołuje się Zamawiający – wg. którego wynikała konieczność (przekładająca się na podwykonawców) szczegółowego wyjaśnienia poszczególnych pozycji z uwzględnieniem kosztów (ludzi, sprzętu, materiałów itd.) – odnosi się tylko i wyłącznie do Wykonawcy AVR, a nie jego podwykonawców, bo po pierwsze co jest kwestią bezsporną wezwanie kierowane jest do Wykonawcy, a po drugie podwykonawca składając ofertę nie jest zobowiązany do *wylistowania* wszystkich czynników o których wspomina Zamawiający i jest to okoliczność powszechna w praktyce. Wykonawcę bowiem interesuje, za ile podwykonawca wykona dane prace, tak by mógł on je uwzględnić – jak uczynił to AVR S.A. – w swej ofercie, nakładając na prace podwykonawcy odpowiednią marżę.

Odnosząc się natomiast do zarzutu związanego z wykorzystaniem do wykonywania zamówienia pojazdów o niedozwolonym wieku (pkt. 9) oraz niedoszacowaniach oraz błędnych założeniach odnoszących się do pracowników (pkt. 10), należy wskazać, iż kwestia ta będzie przedmiotem wyводу Odwołującego się w rozdziale dotyczącym niezgodności z SIWZ.

W ocenie Odwołującego się, w każdym z przypadków tj. od pkt 2-10 Zamawiający wykazuje się stosowaniem uproszczeń, przyjmuje dla oceny wyjaśnień parametry nie wynikające ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, miast tego opiera się na własnych *szacunkach, założeniach*. Poruszone powyżej kwestie dotyczące domniemyanych *niedoszacowań* w obrębie cen jednostkowych zostaną rozwinięte na odpowiednim poziomie szczegółowości, podczas rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą. W tym miejscu Odwołujący poprzestał na zasygnalizowaniu problemów”.

{ad pkt 6. listy zarzutów}

Odwołujący zrelacjonował, że Zamawiający w piśmie z 7 sierpnia 2018 r. powołał się na istnienie niezgodności oferty AVR z treścią SIWZ w trzech aspektach:

- 1) przyjęcia w złożonych wyjaśnieniach – wbrew wymogom OPZ – jedynie 4-krotnego koszenia całego areálu powierzchni koszenia,
- 2) zaoferowanie – wbrew wymogom OPZ – wykonania przedmiotu zamówienia starszymi pojazdami niż było to dopuszczalne przez Zamawiającego,
- 3) przyjęcia przez AVR zatrudnienia kadry 29-30 osób do wykonania kontraktu, miast oczekiwanych przez Zamawiającego 55 etatowych pracowników.

Odwołujący zarzucił, że w każdym z powyższych przypadków Zamawiający nie wskazał konkretnego postanowienia SIWZ, z którego niezgodność jest wywodzona, a

Zamawiający próbuje wyprowadzić powyższe dane liczbowe (odnośnie liczby koszeń czy też liczby pracowników z nieistniejących lub nieprecyzyjnych postanowień SIWZ.

Odnośnie niezgodności w zakresie liczby koszeń terenów zielonych odwołanie zawiera następującą treść {str. 43-43 odwołania}:

„Odnosząc się do kwestii niedoszacowania kosztów koszenia powierzchni zielonych, która stanowiła podstawę do stwierdzenia, iż Odwołujący: *wbrew wymogom OPZ* założył *jedynie 4 krotnie koszenie całego arealu powierzchni do koszenia, co przy założonych standardach wysokości trawy (30 cm – cała powierzchnia i 15 cm – pasy rozdziału, OUA i MOP-y) i przy zmiennej szybkości wzrostu trawy ze względu na jego wegetację zależna od czynników atmosferycznych, czyni jego ofertę nie tylko niedoszacowana ale również niezgodną z SIWZ*, należy wskazać, iż OPZ we fragmencie dotyczącym koszenia terenów powierzchni zielonych (str. 113-115 OPZ) nie precyzuje krotności korzeń. Zamawiający w tej materii posłużył się jedynie określeniem wartości minimalnej: *Koszenie powinno być wykonywane w miarę potrzeb i nie mniej niż czterokrotnie w ciągu roku*, co oznacza że wartość 4 jako minimalna jest dopuszczalna.

W ocenie Odwołującego się wywodzenie z ogólnego zapisu o konieczności dochowania standardu wysokości trawy, jakiegokolwiek konkretnej ilości koszeń jest niedopuszczalne w analizowanym stanie faktycznym. Dopuszczenie takiej ewentualności, oznaczałoby de facto przyznanie Zamawiającemu kompetencji do *doprecyzowywania* postanowień SIWZ na etapie badania i oceny ofert poszczególnych wykonawców, co niewątpliwie stanowi swoistą możliwość zmiany podstawowych reguł postępowania w trakcie jego trwania i niewątpliwie rodziłoby stan niepewności prawnej po stronie wszystkich wykonawców. Nie można bowiem wykluczyć sytuacji, w której Zamawiający, pomimo wskazania przez danego wykonawcę minimalnej wartości w ofercie, twierdziłby następnie, że wykonawca winien wskazać, iż kosić przedmiotowy areal sześciokrotnie, siedmiokrotnie, czy dziesięciokrotnie z uwagi właśnie na konieczność dochowania standardu.

Odnosząc się pokrótce do materiału dowodowego załączonego do pisma z dnia 07 sierpnia 2018 r. w postaci faktur VAT za koszenie w ramach kontraktu A4 Jarosław-Korczoła, mających obrazować faktyczne ceny i koszty, jakie ponosi AVR S.A., należy wskazać, iż dokumenty te nie mogą być oceniane w oderwaniu od realiów konkretnej sprawy. Faktem jest, iż Wykonawca AVR miał naliczane kary umowne za opóźnienia w realizacji tej usługi na przedmiotowym kontrakcie, a więc cena usługi podyktowana była potrzebą szybkiej jej realizacji w celu uniknięcia dalszych sankcji. Faktem jest również jednak okoliczność, iż Zamawiający jest doskonale świadomy okoliczności, iż nieprawidłowości oraz kary umowne w powyżej wskazanym zakresie były m.in. wynikiem naliczania przez

Zamawiającego kar za niedotrzymanie standardu w zakresie utrzymania zieleni drogowej na obszarze którego powierzchnia koszenia była większa, niż ta, wskazana pierwotnie w OPZ. Resumując, uwzględniając wyjątkowe okoliczności realizowania przedmiotowej usługi, ceny wskazane w przedmiotowych fakturach nie odzwierciedlają faktycznego rynkowego poziomu.

Abstrahując od powyższego, trzeba zauważyć, iż Zamawiający w analogicznych postępowaniach, przy identycznych zapisach OPZ, dopuszczał jako prawidłowe przyjęcie przez wykonawcę czterokrotnego koszenia obszarów zielonych. Tym większe zastrzeżenia Odwołującego się budzą zarzuty wysuwane pod adresem jego oferty w przedmiotowym postępowaniu jako rzekomo niezgodnej z SIWZ.

Odnosnie niezgodności dotyczącej liczby pracowników odwołanie zawiera następującą treść {str. 43-43 odwołania}:

„Zamawiający odnosząc się do liczby pracowników jaką zadeklarował Odwołujący się w wyjaśnieniach stwierdza natomiast: *Ogólnie kwestia liczby pracowników zaangażowanych w realizację zamówienia została przez Wykonawcę niedoszacowana w całych wyjaśnieniach w stosunku do wymagań OPZ i realnie potrzebnej min ilości pracowników* (str. 8 pisma z dnia 07 sierpnia 2018 r.). Zamawiający nie przesądza w kategorię, iż w tym aspekcie również stwierdził niezgodność z SIWZ (jak to czyni odnośnie wieku pojazdów i ilości wymaganych koszeń), jednakże z ostrożności procesowej w ocenie Odwołującego się zasadnym jest wdanie się w polemikę ze stanowiskiem Zamawiającego na obecnym etapie postępowania odwoławczego.

Odwołujący pragnie zwrócić uwagę, iż kwestię ilości pracowników Zamawiający uregulował precyzyjnie na str. 34 OPZ pkt. 2.7 *Kadra Wykonawcy* nie wskazując w żadnym miejscu na str. 34-40, że pracowników ma być 55. Tam też na str. 38 (*Personel Wykonawcy*) w sposób nie budzący wątpliwości Zamawiający wskazał, że do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia Wykonawca musi zapewnić niezbędną liczbę pracowników, w tym: a) Kierownika utrzymania (koordynator) w liczbie 1 osoby, b) Dyżurnych OUA w liczbie 4 osoby, c) Pracowników brygad patrolowych w liczbie nie mniejszej niż 2 osoby, d) Operatorów nośników ZUD – w ilości gwarantującej jednoczesną pracę wszystkich nośników plus operatorów rezerwowych.

Wartym podkreślenia jest fakt, iż również w omawianym fragmencie – tyczącym się domniemanej liczby pracowników niezbędnych do wykonania zamówienia – Zamawiający opiera swą argumentację na zapisie SIWZ, który ma również charakter ogólny i niedoprecyzowany, wedle którego: *Wykonawca oddeleguje do wykonywania czynności określonych przez OPZ taką liczbę pracowników by proces zimowego utrzymania mógł być*

Sygn. akt: KIO 1665/18

KIO 1675/18

realizowany w systemie ciągłym 24 godz/h we wszystkie dni tygodnia, przy uwzględnieniu ograniczeń czasu pracy pracowników zgodnie z kodeksem pracy, (str. 153 – pkt. 7 ppkt. 6 OPZ).

Tym samym należy uznać, iż Zamawiający nie wskazał w przywołanym fragmencie OPZ żadnej konkretnej liczby pracowników, którą musi się wykazać Wykonawca, a jedynie użył terminu *taka liczba pracowników*, czyli jak wynika z literalnego brzmienia tego zapisu *wystarczająca, dostateczna*, do tego by *proces zimowego utrzymania mógł być realizowany w systemie ciągłym 24 godz/h we wszystkie dni tygodnia*.

Co istotne, powyżej wskazaną tezę potwierdził sam Zamawiający wskazując w piśmie z dnia 24 lipca 2018 r., zatytułowanym *Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie* w sprawie dotyczącej Zadania 1 toczącej się obecnie przez KIO (sygn. akt: KIO 1357/18; KIO 1387/18): *„Z kompleksowej analizy pkt 2.7 SIWZ - OPZ [a nie szczegółowej i konkretnej – przyp. Odwołującego się] jasno wynika ilu minimalnie pracowników będzie potrzebował Wykonawca do prawidłowej realizacji umowy. Zamawiający świadomie nie wskazuje konkretnej liczby pracowników, a jedynie wymogi minimalne wraz z obowiązkami, które zostaną na nich nałożone* (str. 5 pisma z dnia 24 lipca 2018 r.). Dowody: - wyciąg z pisma Zamawiającego *Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie* z dnia 24 lipca 2018 r. w spr. KIO 1357/18; KIO 1387/18 (str. 5),

Zamawiający ponadto wskazuje w treści przedmiotowego pisma, iż z uwagi na specyfikę modelu *Utrzymaj Standard* w którym: *„każdy z wykonawców może realizować przedmiotowe wymagania w sposób dla siebie odpowiedni, angażując mniejszą lub większą liczbę pracowników poprzez zastosowanie przyjętej przez siebie technologii wykonania robót – przykładowo może je wykonać ręcznie lub przy użyciu specjalistycznego sprzętu oraz okoliczność, iż wykonawcy – minimalizując koszty – próbowali angażować mniejsze zasoby niż wymagane w SIWZ przez Zamawiającego, Zamawiający zdecydował się na określenie minimalnych zasobów, czy to kadrowych, materiałowych czy sprzętowych, które wykonawcy powinni posiadać i / lub wymagań, jakie muszą spełniać te zasoby.* (str. 6) Dowody: - wyciąg z pisma Zamawiającego *Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie* z dnia 24 lipca 2018 r. w spr. KIO 1357/18; KIO 1387/18 (str. 6)

Tym samym, Zamawiający wskazał wprost, iż nie określił w SIWZ konkretnych wartości, nawet poprzez wskazanie jakiegoś przedziału, pozostawiając go niedoprecyzowanym (nie wskazał bowiem żadnej wartości maksymalnej, ograniczając się tylko do określenia minimum), nie mówiąc już o wskazaniu konkretnych wartości. Zaniechanie konkretnego określenia zasad w tej materii – w ocenie Odwołującego – nie może być sanowane poprzez zabiegi interpretacyjne mające na celu *dostosowanie*

istniejących zapisów SIWZ do realiów postępowania (cyt. „*Należy go czytać całościowo* [tzn. SIWZ - przypis Odwołującego się], *biorąc pod uwagę zarówno wymaganą minimalną liczbę pracowników, jak i obowiązki które mają wykonywać*). Dopuszczenie odmiennego stanowiska, oznaczałoby de facto wyrażenie zgody na ustalenie bardzo istotnego czynnika kosztotwórczego – liczby pracowników w oparciu nie o konkretny zapis SIWZ, a całokształt postanowień OPZ, co niewątpliwie rodzi pole do nadużyć. Dowody: - wyciąg z pisma Zamawiającego „Odpowiedz Zamawiającego na odwołanie” z dnia 24 lipca 2018 r. w spr. KIO 1357/18; KIO 1387/18 (str. 6),

Reasumując, w ocenie Odwołującego się wyciąganie innych wniosków z przywoływanego zapisu SIWZ ponad te wynikające z jego brzmienia są tym, o czym wspominała Izba w przywoływanych powyżej orzeczeniach tj. niczym nieuzasadnioną próbą ich *interpretacji* (dopasowania do zaistniałych warunków) przez Zamawiającego, która nie jest osadzona w konkretnych postanowieniach SIWZ. Aprobowanie takiej praktyki – polegającej na bezrefleksyjnym i arbitralnym przyjmowaniu każdorazowo *założeń* Zamawiających nie wskazanych w SIWZ jako *jedynie słusznych* – może skutkować tym, iż każda oferta – w zależności od złej lub dobrej woli Zamawiającego – mogłaby być uznana za podlegającą odrzuceniu w oparciu o treść art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy pzp lub *niedoszacowaną*.

W tym miejscu należy podkreślić, iż zgodnie z dominującą i utrwaloną linią orzeczniczą *Niejednoznaczne postanowienia SIWZ nie mogą działać na niekorzyść wykonawców uczestniczących w postępowaniu* (tak m.in.: wyrok KIO z dnia 1 października 2013 r. sygn. akt KIO 2195/13). Tym bardziej zatem, w kontekście analizowanego stanu faktycznego, za chybionym należy uznać zabieg polegający na próbie oparcia niezgodności oferty z treścią SIWZ na postanowieniach o charakterze ogólnym, nieprecyzyjnym i niejasnym.

Zamawiający całkowicie bagatelizuje również fakt, iż Wykonawca dla samej GDDKiA realizuje kilka podobnych kontraktów (na autostradach A1, A4 oraz drodze szybkiego ruchu S 17), tylko w oparciu o *własne obliczenia, własne szacunki, własne dane* przesądza, że Wykonawca *błędnie zakłada, myli się* lub nawet – jak stwierdza na stronie 11 – *nie doczytał, nie zrozumiał warunków* i w konsekwencji stwierdza niezgodność treści oferty z SIWZ. Biorąc pod uwagę powyższe, potwierdzenie znajduje tutaj zarzut wysuwany w pkt. 2 Odwołania, dotyczący pominięcia przy dokonywaniu oceny wyjaśnień przez Zamawiającego kwestii poruszonej w rozdziale II Obiektywne Czynniki kształtującej cenę ofertową AVR S.A., a w szczególności okoliczności, iż AVR jest nie tylko pierwszym, ale również jedynym wykonawcą który utrzymywał odcinek autostrady A4 stanowiący przedmiot tego

postępowania. Co za tym idzie, posiada doskonałą wiedzę na temat zasobów kadrowych niezbędnych do prawidłowego, terminowego i zgodnego z ustalonymi przez Zamawiającego standardami, realizacji przedmiotowej usługi.

Również pozostałe założenia Zamawiającego (w szczególność dotyczące przeprowadzonych kalkulacji) wskazane w tym fragmencie pisma dla poparcia też w nim wskazanych, mają li tylko charakter jego *spekulacji* i nie są wykazane albo poprzez konkretne odniesienie się do zapisów SIWZ, czy nawet konkretnych dokumentów postępowania ani poprzez wskazanie przez Zamawiającego na jakich dokumentach oparł swe *wyliczenia*".

Odnosnie niezgodności dotyczącej wieku pojazdów odwołanie zawiera następującą treść {str. 48-49 odwołania}:

„Innym przykładem potwierdzającym okoliczności o których wspomina się powyżej (wadliwe procedowanie i uzasadnienie) jest niezasadne uznanie przez Zamawiającego w pkt 9 (str. 8 pisma z dnia 07 sierpnia 2018 r.), iż AVR – wbrew wymogom OPZ – zaoferowała wykonanie zamówienia przez pojazdy, których wiek jest starszy od dopuszczalnego przedziału określonego w OPZ. Zamawiający uznał bowiem, iż wskazanie przez Odwołującego się w tabeli na str. 146 wyjaśnień wieku pojazdów AVR S.A. w przedziale czasowym 2012 – 2018 w sytuacji, gdy Zamawiający wymagał, by nie były one starsze niż 5 lat w dacie podpisania umowy, skutkuje automatycznie zaistnieniem niezgodności oferty AVR z SIWZ w tym zakresie.

Odwołujący się pragnie zauważyć, że użyty dla pozycji 7-9 w przywołanej tabeli zwrot *od 2012 do 2018* odnosił się do *zakresu roczników pojazdów*. Tym samym z uwagi na znaczenie słowa *zakres* tj. *przedział, okres* Zamawiający nie mógł wiedzieć – bo oświadczenia takiego nie ma w tabeli – czy pojazdy używane dla realizacji kontraktu będą jak chciał z roku 2012 czy też roku 2013, 2014, 2015, 2016, 2017 czy 2018. Ponieważ w oparciu o tak skonstruowaną tabelę nie można wyciągać przesądzających – zwłaszcza odrzucenie oferty Wykonawcy AVR S.A. – wniosków wydaje się zasadne i konieczne skorzystanie z instrumentów wyjaśniających o których mowa w art. 87 ust 1 ustawy pzp lub innych, o czym będzie mowa poniżej.

Co za tym idzie, przyjęcie natomiast a priori, iż Wykonawca zadeklarował pojazdy *starsze niż 5 lat* w sytuacji, gdy on sam takiego oświadczenia nie złożył narusza przepisy art. 7 ust. 1 i 3 ustawy PZP i skutkuje niezasadnym i przedwczesnym uznaniem oferty Wykonawcy jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Co istotne, brak kategoriycznego przesądzenia wieku pojazdów przez Wykonawcę AVR dostrzega również Zamawiający. Warto tutaj wskazać, iż w piśmie z dnia 24 lipca

2018 r., złożonym w toku postępowania odwoławczego toczącego się przez KIO w spr. KIO 1357/18, KIO 1387/18 wskazuje, że: *Odnosząc zaś pojazdów zaoferowanych przez Wykonawcę, to początkowe widełki ich wieku (tj. rok 2012 oraz – z dużym prawdopodobieństwem – także rok 2013) już w momencie złożenia oferty pozostawały poza 5-letnim okresem przewidzianym przez Zamawiającego, co dobitnie wskazuje na brak pewności po stronie Zamawiającego, co do faktycznego wieku pojazdów, którymi posłużyć miał się Wykonawca AVR. Cytując dalej przedmiotowe pismo, w ocenie Zamawiającego: Bez znaczenia pozostaje przy tym fakt, że Zamawiając nie mógł przewidzieć, jakie konkretne roczniki pojazdów z przedziału lat 2012-2018 zostaną użyte przez Wykonawcę. Dla kontrastu, w ocenie Odwołującego się ma to pierwszorzędne znaczenie – skoro bowiem Zamawiający nie był w stanie tego przesądzić kategorycznie, to winien skorzystać z możliwości skierowania zapytania do wykonawcy o doprecyzowanie tej kwestii w trybie art. 87 ust. 1 ustawy pzp.*

Konkludując jednak, najistotniejsze w omawianym fragmencie pisma Zamawiającego z dnia 07 sierpnia 2018 r. jest to, że pomimo, nie złożenia wyraźnego oświadczenia o zamiarze wykorzystania pojazdów *starszych* – to jest z roku 2012, Zamawiający – przekraczając swoje uprawnienia – w sposób nie wynikający z dokumentów postępowania założenie takie przyjął i uznał w oparciu o nie, iż AVR S.A złożyło ofertę niezgodną z SIWZ i OPZ”.

{ad pkt 7. i 8. listy zarzutów}

Odwołujący zrelacjonował, że Zamawiający nie skierował do niego wezwania do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 pzp

Odwołujący wywiódł z zacytowanych w odwołaniu wypowiedzi doktryny i orzecznictwa, że choć nie wskazuje na to wprost literalne brzmienie art. 87 ust. 1 pzp, wykładania celowościowa i funkcjonalna tego przepisu prowadzi do wniosku, że ma on charakter obligatoryjny.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że pomimo zidentyfikowania ewentualnej przesłanki do odrzucenia oferty, nie uczynił zadość ciążącemu na nim obowiązкови, gdyż nie wezwał AVR do wyjaśnień, co było niezbędne i konieczne dla ustalenia, czy istnieje podstawa odrzucenia oferty i czy ma ona charakter zasadniczy i nieusuwalny.

Odwołujący sprecyzował, że Zamawiający winien zapytać (bo nie posiadał takiej wiedzy wprost z wyjaśnień), czy AVR zamierza wykorzystać pojazdy starsze niż 5 lat tzn. z roku 2012, czy też wręcz przeciwnie z lat kolejnych. Zamawiający winien wziąć pod uwagę,

że w wyjaśnieniach Odwołujący wielokrotnie podkreślał, że posiada nowoczesny sprzęt, który jest w stanie wykorzystać do wykonywania zadania nr 2.

Według Odwołującego nawet gdyby przyjąć, że okoliczność podnoszona w pkt 9 pisma z 7 sierpnia 2018 r. – a z ostrożności procesowej, pozostałe dwie okoliczności również – stanowią niezgodność z postanowieniami SIWZ, ustawowym obowiązkiem Zamawiającego przed odrzuceniem oferty było ustalenie, czy stwierdzona niezgodność nie kwalifikuje się do zastosowania procedury przewidzianej w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Odwołujący wywiódł, po obszernym przytoczeniu wielu wypowiedzi, w tym orzecznictwa Izby i opinii Urzędu Zamówień Publicznych, co do stosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, przepis ten mógłby znaleźć zastosowanie w tej sprawie, gdyż żaden ze wskazanych przez Zamawiającego elementów w sposób istotny nie zmieniał treści złożonej oferty w znaczeniu treści oświadczenia woli wykonawcy (co do wieku pojazdu czy zakładanej liczby pracowników).

{ad pkt 9. listy zarzutów}

Zarzut został wycofany po tym, jak Zamawiający wskazał w odpowiedzi na odwołanie, że zatrzymał wadium wniesione przez Wykonawcę Białowąsa.

{ad pkt 10. listy zarzutów}

Odwołujący wywiódł, po pierwsze, że zgodnie z art. 90 ust. 1 pzp obowiązek zbadania realności ceny wskazanej przez wykonawcę w ofercie aktualizuje się w sytuacji, gdy cena lub koszt wydają się Zamawiającemu rażąco niskie i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia. Zwrot „wydaje się” skierowany jest do zamawiającego jako podmiotu, którego obowiązkiem jest badanie i ocena ofert, i wbrew językowej definicji nie odnosi się do sfery odczuć („wydawać się” to „wywołać jakieś wrażenie”), lecz do sfery wiedzy. Zamawiający, dokonując oceny ofert, musi odnieść ją do realiów rynkowych i na ich podstawie ocenić, czy wrażenie rażąco niskiego poziomu ceny lub kosztu jest trafne i zobowiązuje do wyjaśnienia. Po drugie, że zgodnie z poglądem ugruntowanym w literaturze przedmiotu badaniu pod kątem realności ceny winna podlegać nie tylko oferta, której cena całkowita budzi wątpliwości zamawiającego, lecz także oferta, której istotna część składowa została wyceniona w sposób powodujący powstanie tych wątpliwości. Ustawodawca nie wyjaśnia co prawda pojęcia „istotnej części składowej”, jednakże posługiwanie się tym pojęciem w kontekście ceny wskazuje na to, iż za części istotne winny być uznawane te,

których wartość znacząco wpływa na cenę. Nie chodzi więc o rozróżnienie na podstawie istotności rzeczowej, a jedynie wartościowej. Chodzi zatem o część, która w znacznym stopniu, bardziej niż pozostałe składniki przyczynia się do powstawania kosztów po stronie wykonawcy (*Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, W. D., J. J., M. S., wyd. VII, WKP 2018).

Analiza porównawcza cen jednostkowych w pozycjach kosztorysowych zakwestionowanych przez Zamawiającego w uzasadnieniu pisma z 7 sierpnia 2018 r. jako niedoszacowane w kosztorysie ofertowym AVR (Grupa 2.12 ZUD, Grupa 2.13 poz. 2, Grupa 2.08 poz.11, Grupa 2.06 poz. 1.1 i 1.2, Grupa 2.06. poz. 2.1 i 2.2, Grupa 2.08 poz. 12.1 i 12.2, Grupa 2.08 poz. 13.1 i 13.2) z odpowiednimi cenami jednostkowymi Wykonawcy K.a i Wykonawcy Białowąsa (tabela na str. 25 odwołania) doprowadziła Odwołującego do następujących wniosków.

Suma tych cen jednostkowych w ofercie Wykonawcy K.a jest niższa o 34,01% w stosunku do oferty Odwołującego (tj. o 7.905.195,02 zł netto), a w ofercie Wykonawcy Białowąsa wyższa niż w ofercie Odwołującego zaledwie o 1,56% (363.552,88 zł netto), w tym największe dysproporcje widoczne są:

- a) w Grupie 2.12 (zimowe utrzymaniu dróg), K. – 8.252.674,11 zł, AVR – 13.403.142,72 zł (o 5.150.468,61 zł więcej), a Białowąs – 10.813.693,10 zł o 2.589.449,62 zł więcej);
- b) w Grupie 2.13 poz. 2 (rutynowy objazd w ramach patrolu drogi), K. – 336.283,06 zł, AVR 2.888.568,00 zł, a Białowąs 2.835.868,43 zł;
- c) w Grupie 2.06 poz. 1.1 i 1.2 (oznakowanie cienkowsarstwowe), K. – 72.630,14 zł, AVR 243.907,20 zł, a Białowąs – 527.923,58 zł);
- d) w Grupie 2.06 poz. 2.1 i 2.2 (oznakowanie grubowsarstwowe), K. – 48.194,78 zł, AVR 405.473,47 zł (ośmiokrotnie więcej), a Białowąs – 1.107.285,12 zł (ponad dwudziestokrotnie więcej);

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że w przypadku tych wykonawców ograniczył się jedynie do pobieżnego sprawdzenia, czy ich ceny ofertowe nie przekraczają progu procentowego wskazanego w art. 90 ust. 1a pkt 1 pzp. Odwołujący podkreślił, że obowiązek badania, czy cena lub koszt nie zostały zaniżone, powstaje zawsze, gdy zamawiający nabierze wobec ich wysokości uzasadnionych wątpliwości. W ocenie Odwołującego takich wątpliwości powinien nabrać Zamawiający w odniesieniu do ofert tych wykonawców, skoro w zakresie poddanym przez niego analizie ceny AVR były porównywalne (w stosunku do wykonawcy Białowąsa) lub ewidentnie wyższe (w stosunku do wykonawcy K.a).

Do postępowania odwoławczego w obu sprawach przystąpiła po stronie

Zamawiającego Firma Usługowo-Handlowo-Produkcyjna L. K. z Raniżowa.

Ponieważ powyższe przystąpienia zostały zgłoszone w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu (od przekazania kopii odwołania przez Zamawiającego) i wymogu przekazania jego kopii, a także nie zgłoszono co do nich opozycji, Izba nie miała podstaw do stwierdzenia jego nieskuteczności.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołań.

Zamawiający złożył odpowiedzi na odwołanie, w których wniósł o ich oddalenie w całości, przedstawiając uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Ponieważ odwołania nie zawierały braków formalnych, a wpis od nich został uiszczony – podlegały rozpoznaniu przez Izbę.

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

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołań lub umorzenia postępowania odwoławczego, Izba skierowała odwołania do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Uczestników (Stron i Przystępującego) postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia, dalszych pismach procesowych., a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

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

W ocenie Izby Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia skoro złożył ofertę, która, co było niesporne, gdyby nie została odrzucona, według obowiązujących kryteriów oceny ofert zostałaaby oceniona najwyżej. Wobec tego Odwołujący, który kwestionuje odrzucenie jego oferty, wykazał, że może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż pozbawiony

został w ten sposób możliwości uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć. W przypadku drugiego odwołania nieuprawnione ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa może również narazić Odwołującego na szkodę.

Natomiast Odwołujący nie wykazał w odwołaniu, jaką szkodę może ponieść w związku z zaniechaniem wezwania przez Zamawiającego do wyjaśnień odnośnie ceny oferty Przystępującego K.a i wykonawcy Białowąsa, skoro, jak sam podniósł, uchylene decyzji o odrzuceniu jego oferty jest konieczne, ale i wystarczające dla uzyskania przez niego przedmiotowego zamówienia.

zarzuty dotyczące odrzucenia oferty AVR z powodu rażąco niskiej ceny

1. Art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust 1 – przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający przepisy ustawy pzp, zasady równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji, a w konsekwencji niezasadne odrzucenie oferty AVR.
2. Art. 90 ust. 3 – przez jego zastosowanie i uznanie złożonych przez AVR odnośnie ceny oferty wyjaśnień za niewystarczające, a w konsekwencji uznanie, że oferta AVR winna podlegać odrzuceniu z uwagi na jej rażąco niską cenę w sytuacji, gdy Wykonawca złożył wyczerpujące, obszerne i zgodne z wezwaniem Zamawiającego wyjaśnienia, które poparł szeregiem niezakwestionowanych przez Zamawiającego dowodów, natomiast Zamawiający zakwestionował pojedyncze ceny jednostkowe, a nie całkowitą cenę oferty.
3. Art. 90 ust. 3 w zw. z art. 7 ust 1 i 3 oraz art. 89 ust 1 pkt 4 – polegające na subiektywnej i wybiórczej ocenie złożonych przez AVR odnośnie ceny oferty wyjaśnień, naruszającej zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, co doprowadziło do odrzucenia oferty Odwołującego.
4. Art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 92 ust 1 pkt 2 – polegające na jego zastosowaniu i odrzuceniu oferty AVR jako zawierającej rażąco niską cenę w sytuacji, gdy w uzasadnieniu swej decyzji Zamawiający okoliczności tej nie wykazał.
5. Art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 – polegające na sporządzeniu uzasadnienia faktycznego decyzji o odrzuceniu oferty AVR w sposób wybiórczy, pomijający kluczowe elementy wyjaśnień i w rezultacie utrudniający Odwołującemu poznanie wszystkich czynników, które wpłynęły na decyzję Zamawiającego, a w konsekwencji odniesienie się do nich w odwołaniu, co skutkuje naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla rozstrzygnięcia:

Wezwanie z 25 maja 2018 r. zostało wystosowane na podstawie art. 90 ust.1a pkt 1 w zw. z art. 90 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 pzp, przy czym w odniesieniu do pierwszego z tych przepisów Zamawiający sprecyzował, że chodzi o odbieganie ceny oferty AVR, wynoszącej 55.923.271,52 zł o 39,62% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 pzp.

W celu udowodnienia realności ceny oferty Zamawiający oczekiwał wyjaśnienia ujęcia w niej wszystkich kosztów towarzyszących wykonywaniu przedmiotu zamówienia w rozbiciu na poszczególne pozycje formularzy cenowych 2.2.a {utrzymanie rutynowe BUD (bieżące utrzymanie dróg), ZUD (zimowe utrzymanie dróg) i BUM (bieżące utrzymanie mostów)} 2.2.b {utrzymanie strukturalne BUD} i 2.2.c (utrzymanie strukturalne BUM), z wyszczególnieniem kosztów robocizny, sprzętu i materiałów oraz kosztów pośrednich i zysku oraz opisaniem, jakie zakresy i jakie działania zostały założone w ramach realizacji poszczególnych pozycji tych formularzy ofertowych.

Zawiadomienie o odrzuceniu oferty z 7 sierpnia 2018 r. zawiera w szczególności następujące uzasadnienie faktyczne:

(...)

„Na wstępie należy zaznaczyć, że wyjaśnienia (...) wpłynęły w terminie i zawierały obszerny materiał, który miał wyjaśnić stanowisko Wykonawcy w zakresie możliwości wstąpienia w jego ofercie rażąco niskiej ceny. Jednakże treść złożonych wyjaśnień, potwierdzająca wysokość ceny ofertowej jak również poszczególnych cen jednostkowych, jednoznacznie wskazuje, że cena ofertowa skalkulowana jest nieprawidłowo, niezgodnie z wymaganiami SIWZ, jest nierealna i rażąco niska.

Odnosząc się do przedstawionych przez Wykonawcę wyjaśnienie, dowodów i przywołanych argumentów oraz ceny ofertowej Zamawiający informuje, że stwierdzono w szczególności następujące kwestie potwierdzające wystąpienie rażąco niskiej ceny oraz potwierdzających niezgodność oferty z SIWZ”.

(...)

[2.]

„Wskazane przez Wykonawcę oszczędności metod wykonania zamówienia w wyjaśnieniach nie są metodami, które są stosowane wyłącznie przez Wykonawcę – nie są dla niego właściwe, a ich stosowanie cechuje w znacznej części wszystkich wykonawców, którzy wzięli udział w postępowaniu. Okoliczności te nie mogą więc decydować o obniżeniu kosztów wykonania

zamówienia względem innych wykonawców i to w takim stopniu, by uzasadniało to wysokość zaoferowanej ceny:

- dysponowanie własnym rozbudowanym zapleczem technicznym i technologicznym – wskazane przez Wykonawcę zaplecze sprzętowe, biorąc pod uwagę ilość kontraktów realizowanych obecnie przez Wykonawcę (pkt. 2.1.1 ppkt 2 wyjaśnień) i stawiane w nich wymagania sprzętowe, jest małe. Np. Wykonawca utrzymuje obecnie w sposób kompleksowy trzy różne odcinki autostrad oraz dodatkowo w okresie zimowym utrzymuje jeden odcinek dróg ekspresowych, jednocześnie Wykonawca deklaruje posiadanie zaledwie 2 zamiatarek autostradowych, 2 szczotek do mycia znaków, 1 szczotki do zmiatania ulic, 4 koparki i ładowarki (które wykorzystywane są w sezonie zimowym do załadunku soli). Bardziej prawdopodobne wydaje się więc, że Wykonawca dla potrzeb realizacji zamówienia będzie musiał zakupić/najmować dodatkowy sprzęt, na co Wykonawca pośrednio wskazuje na str. 145 wyjaśnień. Sytuacja nie jest więc wyjątkowo korzystna względem innych wykonawców. Zamawiający zwraca uwagę, że o kosztach wykonania zamówienia decyduje ilość jednostek sprzętowych, które Wykonawca rzeczywiście zamierza wykorzystać do realizacji zamówienia, a te jednostki zostały wskazane przede wszystkim w tabeli na str. 146 wyjaśnień. Zamawiający zwraca przy tym uwagę, że Wykonawca zadeklarował wykorzystanie do realizacji zamówienia jedynie minimalnych ilości sprzętów określonych w załączniku nr 14.2 do OPZ.

- Wykorzystanie własnych pracowników wykonujących usługę w okresie zimowym (ZUD) do wykonywania zamówienia w okresie letnim również to rozwiązanie, wedle wiedzy Zamawiającego stosują wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu, i którzy składają oferty na analogiczne zamówienia udzielane przez Zamawiającego”.

[3.]

„Niedoszacowanie kosztów wykonywanych robót w poszczególnych pozycjach poprzez brak ujęcia w nich nakładów na czasową organizację ruchu i oznakowanie ruchu podczas ich prowadzenia. W wyjaśnieniach poza kilkoma ogólnymi punktami w których zawarto wzmiankę o zapewnieniu oznakowaniu robót, brak jest konkretnych informacji o ujęciu tych kosztów, co powinno być wyszczególnione w każdej pozycji zgodnie z zapytaniem Zamawiającego. Nadmieniamy, że tak ważny dla bezpieczeństwa ruchu drogowego i samych pracowników Wykonawcy, jak również bardzo cenotwórczy czynnik, nie powinien być tak potraktowany [.]

Szacunkowy koszt zabezpieczenia, które należało ująć z uwagi, że jest ono potrzebne niemal codziennie, przy założonych w OPZ robotach i usługach, wynosi: 2 osoby x 4 godzin

Sygn. akt: KIO 1665/18

KIO 1675/18

x 16 zł x 30dni x 72 m-ce 276 480,00 zł, dodać do tego koszt jedynie paliwa pojazdu dostawczego 4 godzin x 4 litry x 3,53zł 56,48zł x 30dni x 72 m-ce - 121 996,80 zł, w sumie 276 480,00 + 121 996,80 398 476,80zł

Z powyższych wyliczeń wynika, że jest to 4 godziny x 30 dni x 12 miesięcy 1440 godzin rocznie na brygadę realizującą zabezpieczenie robót czy zdarzeń. Po analizie dzienników dyżurów (nr 16 do nr 20) oraz dzienników pracy brygady roboczej (nr 3 i nr 4) z 2017 roku z OUA Przemyśl wyliczono czas na 1 rok w wymiarze 1538 godzin na brygadę, co daje średnio 4,2 godziny na każdy dzień w roku.

Na potwierdzenie przedmiotowej analizy Zamawiający przedstawia załącznik nr 6 Zestawienie godzin zabezpieczenia robót i zdarzeń w roku 2017 na terenie OUA Przemyśl”.

[4.]

„Niedoszacowanie kosztów koszenia powierzchni zielonych (przy uwzględnieniu przez Wykonawcę jedynie minimalnej ilości koszenia, tj. 4 razy w roku, bez uwzględnienia zależnej od warunków wegetacji konieczności częstszego koszenia, która w horyzoncie 6 lat trwania kontraktu jest bardzo prawdopodobna) na co wskazują nierealnie niska wartość danej pozycji tj. 5 970 427,20 zł, która jest 0 4 742 989,72 zł (co stanowi zniżenie 0 44%) niższa od wartości wyliczonej w SKWZ oraz 3 713 276,32 zł (co stanowi zniżenie 0 38%) niższa od średniej z ofert. Ponadto w zasobach sprzętowych wykazano bardzo małą liczbę maszyn i urządzeń koszących w stosunku do liczby prowadzonych kontraktów. Niedoszacowanie to w konsekwencji prowadzi do sytuacji, w której Wykonawca nie będzie w stanie prawidłowo realizować koszenia i tak np. nie dotrzymuje standardów koszenia wynikających z umowy za co rok w rok jest karany na odcinku autostrady A4 Jarosław Korczowa. Zamawiający podczas dotychczasowej współpracy z Wykonawcą poznał jego strategię w realizacji usługi koszenia, polegającą na odwlekaniu i przeciąganiu koszenia, skutkujące niedotrzymywaniem standardu i zastrzeżeniami do Zamawiającego o jakoby nadmiernym jego egzekwowaniu i zna jego możliwości w tym zakresie. W związku z czym nie uznaje za prawdziwe opisanych szeroko w wyjaśnianych możliwości i kompetencji Wykonawcy wpływających na możliwość zaoferowania tej usługi w tak niskiej cenie, a mówimy tu o zniżeniu rzędu prawie 4 mln złotych .

Powyższa kwota przyjęta przez Wykonawcę tj. 5 970 427,20 zł w odniesieniu do powierzchni koszenia 571,88 ha daje cenę 435 zł/ha, a przy uwzględnieniu średnich cen wykonawców realizujących usługi koszenia na terenie działania Zamawiającego kształtujących się na poziomie 800 zł do 1200 zł przyjęto do wyliczeń 1000 zł/ha, mowa jest o niedoszacowaniu 7 754 692,80 zł na kontrakt (1000 zł - 435 zł = 565 zł x 571,88 ha x 24 krotności na kontrakt), nawet zakładając, jak to zrobił Wykonawca, minimalne wyżej opisane standardy tj. koszenie

4 razy w roku. Biorąc pod uwagę dotychczas stosowaną na kontraktach Jarosław - Korczowa i Tarnów - Dębica, Wykonawca część zakresu robót związanych z koszeniem powierza podwykonawcom. Wykonawca nie udowodnił, że jest w stanie poczynić tak duże oszczędności ujmując koszty pracowników tj. na cały kontrakt 4 639 680 zł w kosztach ZUD. Pracownicy ci mają wykonywać prace przez 6 m-cy w roku w zakresie ZUD, a poza zimą koszenie j wiele innych robót. Ponadto, założenie minimalnej liczby koszeń tj. 4x w roku, nie jest właściwym także z tego powodu, iż pas rozdziału, MOP-y i OUA należało kosić 5 lub 6 krotnie z uwagi na standard wysokości trawy, który w tych miejscach wynosi max. 15 cm, a na pozostałej części 30cm, jak również ze względu na zależną od warunków wegetacji konieczności częstszego koszenia, która w horyzoncie 6 lat trwania kontraktu jest bardzo prawdopodobna. Potencjał kadrowy przyjęty z okresu ZUD nie jest w stanie wykonywać dodatkowych czynności tym bardziej, że pracownicy ci zostaną wykorzystani do wykonywania prac z innych pozycji. Przykładowo Wykonawca wyszczególnił w wyjaśnieniach, że pracownicy ZUD w okresie letnim będą wykonywali m.in.:

- uzupełnienia uszkodzeń i deformacji poboczy – str. 57;
- naprawy udrażnianie rowów otwartych umocnionych i nieumocnionych – str. 59;
- mycie znaków i elementów bezpieczeństwa ruchu – str. 101;
- koszenie – str. 104;
- utrzymanie nasadzeń (drzewa krzewy i pnącza) – str. 106;
- utrzymanie czystości chodników – str. 108;
- utrzymanie czystości i estetyki w miejscach postojowych – str. 109;
- utrzymanie czystości różnych nawierzchni elementów wchodzących w skład drogi – str. 111;
- utrzymanie czystości nawierzchni dróg dojazdowych i technologicznych – str. 112;
- uzupełnienia brakujących karp kłód i kamieni – str. 114;
- kontrole w zakresie szczelności i kompletności wygradzeń herpeologicznych – str. 116;
- utrzymanie drożności sieci drenarskiej – str. 117.

Na potwierdzenie przedmiotowej analizy, Zamawiający przedstawia faktury złożone przez Wykonawcę w ramach innego realizowanego dla Zamawiającego kontraktu A4 Jarosław Korczowa, który obejmuje analogiczny odcinek autostrady A4 jak dla zadania nr 2 procedowanego w ramach naszego postępowania. Obrazują one faktyczne ceny i koszty, jakie ponosi Wykonawca na realizowanych dla Zamawiającego kontraktach (załącznik nr 7 Faktury VAT AVR z kontraktu A4 Jarosław - Korczowa), wynika z nich, że prawdziwe koszty ponoszone przez Wykonawcę kształtują się na poziomie od 950 zł do 2600 zł za ha (średnia to około 1500 zł) i są znacznie większe niż przedstawia to Wykonawca w ofercie i

wyjaśnianych. Jednocześnie brak jest jakichkolwiek okoliczności, które udowodniłyby Zamawiającemu, że nagle w tym kontrakcie ceny będą stanowić 30% cen po jakich Wykonawca zleca i zlecał dotychczas koszenie podwykonawcom.

Ponadto z wyjaśnień Wykonawcy jasno wynika, że wbrew wymogom OPZ, założył on jedynie 4 krotne koszenie całego areálu powierzchni do koszenia, co przy założonych standardach wysokości trawy (30 cm – cała powierzchnia i 15 cm – pasy rozdziału, OUA i MOP-y) i przy zmiennej szybkości wzrostu trawy ze względu na jej wegetację zależną od czynników atmosferycznych, czyni jego ofertę nie tylko niedoszacowaną ale również niezgodną z SIWZ”.

[5.]

„Niedoszacowanie kosztów utrzymania nasadzeń, z uwagi na znaczne zniżenie w szczególności kosztów materiałów tj. sadzonek (drzewa krzewy pnącza), paliki, kora, środki chemiczne, woda (podlewanie), materiały ogrodnicze do cięć i pielęgnacji siatki ochronne, itp., które Wykonawca przyjął na poziomie 15 tys. zł na rok. Zakładana kwota jest niewystarczająca biorąc pod uwagę zniszczenia spowodowane przez chociażby dziką zwierzynę i sprzęt koszący.

Doświadczenia Zamawiającego wynikają z obecnie prowadzonych kontraktów, czego dowodem jest sytuacja, mająca miejsce w ramach odcinka A4 Jarosław - Korczowa, gdzie po 3 koszeniach wykonanych na części przedmiotowego odcinka drogi przez wykonawcę PBD Fachman, Zamawiający stwierdził 12 tysięcy zniszczonych nasadzeń (załącznik nr 8 Protokół z przeglądu nasadzeń w dniach 18.10.2017 r. - 07.11.2017r.) Ponadto Wykonawca zakłada nierealny czas na pielęgnację nasadzeń (pnącza, rośliny wodne) – ogółem nasadzeń jest 187 884 szt., a założono pielęgnacji na 6 lat, co po przeliczeniu daje średnio 48 sekund na pielęgnację nasadzenia w roku. Dodatkowo wspomnieć należy, że na zadaniu nr 1 Wykonawca przyjął taką samą pulę tj. 15 tys zł/rok na materiał nasadzeń, materiały ogrodnicze, środki ochronne przy ilości nasadzeń 139 892 szt. (drzewa, krzewy pnącza i rośliny wodne), czyli o 25% mniejszej”.

[6.]

„Wykonawca nie doszacował również kosztów w zakresie oznakowania grubowarstwowego. Zgodnie z OPZ wykonawcy mają utrzymać 55 320m² przedmiotowego oznakowania Wykonawca założył, że w okresie 72 miesięcy wykonywania usługi odnowi 7766m², a więc zostanie odnowione zaledwie około 14% oznakowania grubowarstwowego. Wskazać należy, że Zamawiający nie określał krotności odnowy ponieważ to zależy od technologii jaka przyjmie Wykonawca jedynie dopuścił odpowiedzią na pytania 54, 69 do SWIZ możliwość odnowy oznakowania grubowarstwowego technologią cienkowarstwową, zaznaczając

jednak, że wykonawca musi dochować wymaganych parametrów z uwagi na cieńszą warstwę farby oznacza to konieczność częstszych odnow/napraw lub ułożenia kilku warstw. W celu dotrzymania parametrów odbłaskowości w ciągu 72 miesięcy tj. 6 lat, należy przyjąć minimum 3-krotną odnowę oznakowania grubowarstwowego technologią cienkowarstwową – wariant I lub 1-krotną odnowę technologią usunięcia istniejącego oznakowania i wykonanie nowego grubowarstwowego. Koszt wariantu I to: $55\,320\text{ m}^2 \times 3 \times 5,8\text{ zł} = 962\,568\text{ zł}$, natomiast koszt wariantu II wynosi: $55\,320\text{ m}^2 \times 1 \times 28,50\text{ zł} = 1\,576\,620\text{ zł}$; (ceny przyjęto z wyjaśnień wykonawcy - oferta firmy (...)).

Omawiane oznakowanie, jak wykazują doświadczenia Zmawiającego po okresie gwarancji, należy odnawiać jak wskazano powyżej. Wynika to również z rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 3 lipca 2003 r. w sprawie szczegółowych warunków technicznych dla znaków i sygnałów drogowych oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego i warunków ich umieszczania na drogach (Dz.U. z 2003 r. Nr 220, poz. 2181), gdzie w załączniku nr 2 <<Szczegółowe warunki techniczne dla znaków drogowych poziomych i warunki ich umieszczania na drogach>> w tabeli 1.3 – <<Grubość warstwy i okres trwałości materiałów do oznakowania poziomego>> wyszczególniono następujące okresy trwałości: farba rozpuszczalnikowa 1-2 lata, farba chemoutwardzalna 3 lata. Wspomniana tabela stanowi Załącznik nr 9 Tabela 1.3 <<Grubość warstwy i okres trwałości materiałów do oznakowania poziomego>>

[7.]

Zgodnie z OPZ str. 97 pkt 2.06 ppkt 1.2 należy co roku wykonać odnowę oznakowania poziomego cienkowarstwowego. Ilość w przedmiarze 7528m^2 przez 6 łał daje $45\,168\text{m}^2$.

Wykonawca, jak wynika z dowodu załączonego do wyjaśnień – faktura (...) – używa farby (...). Zgodnie z informacją zawartą w Karcie produktu, farbę, o której mowa nakłada się $600\text{g}/\text{m}^2$ (w najczęściej spotykanych warunkach zalecany nakład to $600\text{g}/\text{m}^2$ - $800\text{g}/\text{m}^2$). Z wyliczeń wynika więc, że $0,6\text{kg}/\text{m}^2 \times 45\,168\text{ m}^2 = 27\,100\text{ kg}$. Z wyjaśnień Wykonawcy wynika, że założył zużycie $18\,135\text{ kg}$. A więc niedoszacowanie wynosi: $8\,965\text{kg} \times 8,50\text{ zł} = 76\,202,5\text{ zł}$. Do tego niedoszacowania należy dodać brak kosztów zapewnienia dodatkowego sprzętu do transportu pracowników, materiałów i sprzętu. Dodatkowo należy dodać koszt mikrokulek, który kształtuje się na poziomie $0,25\text{kg}/\text{m}^2 \times 45\,168\text{m}^2 = 11\,292\text{kg} \times 2,8\text{zł} = 31\,617,6\text{zł}$; Wykonawca przyjmuje w wyjaśnieniach $15\,615,60\text{zł}$, a więc niedoszacowanie wynosi $16\,002,00\text{zł}$.

Zamawiający przedkłada materiały, które służyły do przeprowadzenia przedmiotowej analizy, tj. karty techniczne producentów farb do poziomego oznakowania – załącznik nr 10 – Karty techniczne producentów farb do poziomego oznakowania.

[8.]

„Wyjaśnienia są niespójne i sprzeczne m.in. z uwagi na argumenty Wykonawcy, że większość robót i usług wykona siłami własnymi przez co osiągnie oszczędność w stosunku do podwykonawstwa, w sytuacji gdzie w dalszej części wyjaśnień powołuje się na znaczne oszczędności poprzez podzlecenie robót usług np. całej grupy nawierzchnie, robót elektrycznych i niektórych robót sanitarnych podwykonawcom. Wykonawca na str. 50 wyjaśnień opisał, że będzie miał oszczędności ponieważ ma ludzi przeszkolonych i z uprawnieniami m.in. elektrycznymi, kanalizacyjnymi itp., a w wyjaśnieniach przedstawia ofertę podwykonawcy na te zakresy. Jest to nielogiczne, ponadto praktycznie każdy Wykonawca dysponuje własną przeszkoloną kadrą, może też korzystać z podwykonawców. Ponadto należy wskazać, że w zasadzie wszystkie przedstawione przez Wykonawcę oferty podwykonawców zostały skonstruowane w taki sam sposób – podwykonawcy wypełnili odpowiednie fragmenty formularzy/kosztorysów załączonych do SIWZ, podając swoje własne ceny. Z kosztorysów tych nie wynika tym samym, jakie założenia do kalkulacji ceny przyjęli podwykonawcy (np. co do ilości i rodzaju sprzętu, co do ilości robocizny i czasu pracy ludzi, co do rodzaju i ilości zużytych materiałów itd.), jakie czynniki cenotwórcze (koszty) i w jakiej wysokości przyjęli.

Zamawiający w wezwaniu wprost wskazał, że oczekuje dla wszystkich pozycji formularzy cenowych przedstawienia kosztów ich wykonania z podziałem na koszty robocizny, sprzętu i materiałów oraz kosztów pośrednich i zysku oraz opisu, jakie zakresy i jakie działania założył w ramach realizacji poszczególnych pozycji wykonawca. Przedstawienie w odpowiedzi na tak skonstruowane wezwanie kalkulacji uproszczonych podwykonawcy, nie stanowi realizacji treści wezwania.

Ważnym aspektem wpływającym na ocenę Zamawiającego przedstawionych ofert od podwykonawców jest kwestia czy oświadczenie podmiotu prywatnego można potwierdzić faktów mających istotne znaczenie dla oceny realności ceny? Zdaniem Zamawiającego nie ponieważ, dokumenty urzędowe, sporządzone w przepisanej formie przez powołane do tego organy władzy publicznej i inne organy państwowe działania, stanowią dowód tego, co zostało w nich urzędowo zaświadczone. W przeciwieństwie do dokumentów urzędowych, oświadczenie podmiotu prywatnego / dokument prywatny (sporządzone w formie pisemnej albo elektronicznej) stanowi dowód tego, że osoba, która go podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie. Jeżeli więc wykonawca ma przedstawić dowody na okoliczność, że usługa, maszyna czy materiał kosztują 1zł, to oświadczenie współpracującego podmiotu prywatnego powiązanego wspólnym interesem z Wykonawcą, potwierdzające, że zasoby te kosztują 1zł, nie stanowi dowodu potwierdzającego, iż faktycznie koszt wynoszą 1zł, Jest to

jedynie dowód na okoliczność, że oferent/podwykonawca tak twierdzi (zgodnie z prawdą lub też się z nią mijając).

W związku z powyższym Zamawiający stoi na stanowisku, że „dowody” przedstawione przez Wykonawcę w formie ofert, zamówień itp. nie stanowią rzetelnego poparcia / udowodnienia złożonych wyjaśnień”.

[9.]

(...)

[10.]

„Błędne założenie wykonywania wielu robót i usług siłami patrolu, co jest niemożliwe z uwagi na minimalne wymagania co do objazdów ciągu głównego i dróg dojazdowych. Wykonawca zakłada wykonanie szeregu prac wynikających z bieżących potrzeb pracownikami wykonującymi patrol, którzy nie będą w stanie ich wykonać nawet w sytuacji braku zdarzeń, kolizji i wypadków na drodze, a co dopiero w sytuacji gdy będą musieli interweniować na drodze. W takich sytuacjach do realizacji patrolu wymagany być może dodatkowy patrol lub niezwłoczne przejęcie zdarzenia przez innych pracowników Wykonawcy, czego nie da się wykonać przy zatrudnieniu jakie zakłada Wykonawca.

Przykładowo Wykonawca wyszczególnił w wyjaśnieniach, że patrol oprócz swoich obowiązków wynikający z OPZ będzie wykonywał m.in.:

- uzupełnianie uszkodzeń pobocza (str. 56 wyjaśnień);
- udrażnianie ścieków przykrawędziowych i skarpowych (str. 62 wyjaśnień);
- miejscowe udrażnianie ścieków korytkowych (str. 63 wyjaśnień);
- czyszczenie wpustów (str. 67 wyjaśnień); utrzymanie oznakowania pionowego – (str. 79 wyjaśnień);
- uzupełnianie punktowych elem. Odblaskowych na jezdni oraz barierach (str. 80 wyjaśnienia);
- utrzymywanie słupków hektometrowych (str. 81 wyjaśnień);
- utrzymywanie osłon przeciwolśnieniowych (str. 90 wyjaśnień);
- przeglądy ogrodzeń (str. 93 wyjaśnień);
- przeglądy bram (str. 93 wyjaśnień);
- przeglądy furtek (str.95 wyjaśnień);
- przeglądy, monitorowanie uzupełnienie separatorów ruchu (str. 95 wyjaśnień);
- utrzymanie fal świetlnych (lampy, tablice, akumulatory) (str. 97 wyjaśnień);
- monitoring stanu czystości oznakowania, działania interwencyjne w tym czystość elementów, graffiti, reklamy (str. 99 wyjaśnień);
- monitoring stanu czystości bariery, osłony energochłonne, ekrany, działania interwencyjne

w tym czystość elementów, graffiti, reklamy (str. 100 wyjaśnień);

- utrzymanie chodników (str. 108 wyjaśnień);

- przeglądy szczelności wygradzeń herpetologicznych (str. 116 wyjaśnień);

- przeglądy sieci drenarskiej (str. 117 wyjaśnień);

Jest to nierealne ponieważ liczba 8 osób w patrolu nawet nie jest w stanie zapewnić wymaganych objazdów – 7 krotne działanie ciągu głównego i 1 krotnego objazdu pozostałych dróg co dopiero wykonywać inne prace. Brakuje również dodatkowych osób do interwencji – zmieniania patrolu podczas dłuższych postoi związanych z niebezpiecznymi awariami użytkowników oraz wypadkami. Jest to konieczne ponieważ patrol przy dłuższym postoju nie jest w stanie wykonać 7 krotnego objazdu w ciągu głównego.

Ogólnie kwestia liczby pracowników zaangażowanych w realizację zamówienia została przez Wykonawcę niedoszacowana w całości wyjaśnieniach w stosunku do wymagań OPZ i realnie potrzebnej min ilości pracowników. Wykonawca wskazał w wyjaśnieniach, że ma stałych pracowników (około 16 operatorów ZUD strona 101, w tabeli na str. 104 jest 19 operatorów?, natomiast w tabeli na str. 125 pracowników ZUD jest 16 i 1 kierownik utrzymania – zakładamy 2 osoby zmieniające się z uwagi na przyjęty budżet str. 125 i 152, 4 dyżurnych na OUA na str. 132, 8 osób na patrolowanie na str. 129), kolejnych pracowników zatrudnionych okresowo, większy budżet przy odchwaszczaniu i zimie, łącznie 990 720 zł (tabela na str. 152).

Wykaz osób niezbędnych (minimalna ilość, w przypadkach gdy zajdzie konieczność zwiększenia ilości personelu Wykonawca jest do tego zobowiązany w celu dotrzymania standardu) do realizacji zamówienia.

ZUD:

W OPZ str. 153 liczba pracowników pkt 7 ppkt. b Wykonawca oddeleguje liczbę pracowników by mógł realizować w sposób ciągły 24godz/dobę we wszystkie dni tygodnia przy uwzględnieniu dwuzmianowego cyklu pracy.

W czasie opadów wszystkie pojazdy ZUD tj. pługi i pługosolarki tj. 12 szt. do tego ładowarka i wytwornica solarki: 13 osób x 2 zmiany-26 osób

Ww. osoby poza sezonem ZUD są wykorzystywane do innych czynności np. koszenia czyli tę ilość należy przyjąć na cały rok.

Ponadto wymagane jest 3 dyżurnych + 1 osoba na zastępstwa urlopy chorobowe i itp. w sumie 4 osoby.

Wymagane jest 12 osób do obsady patroli ciągu głównego i pozostałych dróg (wyliczenia poniżej).

Według wiedzy Zamawiającego potrzebny czas na sam objazd pozostałych dróg wynosi min.

Sygn. akt: KIO 1665/18

KIO 1675/18

6 godzin, a przy uwzględnieniu, że będą dokonywać drobnych napraw utrzymywać częściowo czystość, monitorować ogrodzenia i bramy potrzebny czas 8-10 godzin (powyższe dane znajdują odzwierciedlenie w dziennikach brygady roboczej wykonawcy utrzymującego obecnie odcinek autostrady, tj. AVR).

W celu zachowania wymaganych czasów zabezpieczenia zdarzeń na drodze oprócz patrolu potrzebna jest grupa interwencyjna, która w przypadku potrzeby dłuższego zabezpieczenia zdarzenia przejmie czynności wykonywane doraźnie przez patrol, który musi przecież na bieżąco patrolować, żeby spełnić wymagania zakładane w harmonogramie objazdów, i nie może zabezpieczać i obsługiwać zdarzenia/wypadku przez kilka godzin. Potrzeba min 2 osoby, czyli:

$30\text{dni} \times 24\text{ godz.} \times 2\text{ osoby} = 1440\text{ godz.} / 180\text{ godzin (1 etat)}$ daje 8 osób + 1 osoba na zastępstwa urlopy chorobowe i itp. w sumie 9 osób. Dodatkowo min 2 etaty sprzątaczkę na MOP-y i OUA.

Następnie Kierownik Utrzymania i zastępca ponieważ jest konieczna dyspozycyjność 24h/dobę – kolejne 2 osoby.

Sumarycznie daje to liczbę 55 etatowych pracowników, a AVR założył 29-30 osób co jest prawie 2 razy za mało licząc tylko minimalne liczby etatów.

Należy zwrócić szczególną uwagę na fakt, z którego wynika znaczne niedoszacowanie i niezgodność z wymaganiami SIWZ, że Wykonawca błędnie założył, iż pracownicy patrolu będą wykorzystywani 18 (14 godz. ciąg główny i 4 godz. pozostałe drogi - strona 129) godzin na dobę do patrolowania, a pozostały czas do innych prac chociażby do mycia elementów infrastruktury lub sprzątnięcia. Błąd wynika z założenia, że jeden objazd ciągu głównego Wykonawca wykona w 2 godziny, gdzie z prędkością średnią około 40 km/h zajmuje to około 3,5 godziny. Co daje 7 objazdów x 3,5 godz. 24,5 godzin na dobę (jest to czas samego przejazdu). Zwiększając średnią prędkość jazdy do 50-60 km/h czas ten można skrócić do około 3 godzin na jeden objazd co i tak daje 7 objazdów x 3,5 godz. = 21 godzin na dobę. Do tego należałoby przyjąć jakiś czas na zatrzymanie, interwencję, który jest potrzebny na usunięcie zagrażających bezpieczeństwu przedmiotów z jezdni, zamknięcie bramy/furtki, zabezpieczenie/oznakowanie unieruchomionych na drodze pojazdów plus czas na interwencje przerwy itp. Czyli 2 osoby z patrolu są wykorzystane 24 godziny na dobę. Jak widać patrol ma mało czasu na zatankowanie, zmianę obsady, przerwę czy posiłek, a Wykonawca wyjaśnił, że będą dodatkowo wykorzystywani do wielu innych prac, i to ma przynieść dodatkowe oszczędności. Analogicznie jest z błędnie przyjętym czasem objazdu dróg pozostałych tj. Wykonawca przyjął 2-4 godziny (strona 129), gdzie aby przejechać wszystkie pozostałe drogi bez czasu zatrzymania (a taki czas należy przewidzieć ponieważ

Sygn. akt: KIO 1665/18

KIO 1675/18

prawie codziennie są jakieś interwencje) tak naprawdę min. 7 godzin plus dodatkowy czas jw. daje w sumie 8-10 go przyjmując wartość min. wychodzi:

$365\text{dni} \times 2 \text{ osoby} \times 24 \text{ godz.} = 17520\text{godz}$ na rok – ciąg główny;

$365\text{dni} \times 2 \text{ osoby} \times 8 \text{ godz.} = 5840\text{godz}$ na rok – drogi pozostałe (a w okresie zimowym czas może się wydłużyć z uwagi na brak ciągłości i standard ZUD – czyli problemy z przejazdem).

Sumarycznie daje to 23360 godz. w roku dzieląc to przez 2000godz przepracować pracownik z nadgodzinami, po odjęciu urlopów, w ciągu roku osoby. Biorąc pod uwagę zastępstwa trzeba przyjąć min. 12 osób. Jak wynika (str. 129 wyjaśnień) Wykonawca przyjął do patrolowania 8 osób czyli o min. 4 mało. Ponadto Wykonawca opisał, że jeszcze z tej pozycji zostanie sporo wykorzystania pracowników do innych prac (około 10 godzin na dobę z związku z tym że jest duże niedoszacowanie roboczogodzin na patrolowanie jest tak też z kosztem za paliwo wyliczonym jako pochodna czasu potrzebnego na wykonanie prac. Należy więc również doliczyć do kosztów wydatki na paliwo spalane przez drugi pojazd 4-5 litrów na godzinę (str. 37 wyjaśnień) w cenie 3,53zł za litr.

Wyliczona kwota niedoszacowania:

Liczone oszczędności z 8 osób - $6 \text{ godz.} \times 2 \text{ osoby na dobę} \times 16 \text{ zł za godz.} \times 192 \text{ zł} \times 30\text{dni} \times 72 \text{ m-ce} = 414\,720\text{zł}$; brakujące 4 osoby $\times 3200\text{zł}$ (str. 129 wyjaśnień) $\times 72 \text{ miesiące} = 921\,600\text{zł}$; brakujące paliwo: przyjęto 18 godz. patrolowania, a przy min założeniach powinno być co najmniej 21 godz. ciąg główny + 7 godz. pozostałe drogi = 28 godz. - 18godz różnica 10 godz. pracy samochodu na dobę;

$10 \text{ godz.} \times 4 \text{ litry} \times 3,53 \text{ zł} \times 30\text{dni} \times 72 \text{ m-ce} = 304\,992\text{zł}$ [koszty paliwa przyjęto na podstawie faktur załączonych przez wykonawcę do wyjaśnień, tj.: faktur VAT (...) z 13.12.2017 r. (3,57 zł/litr) oraz (...) z dnia 27.12.2017 zł/litr) i faktur VAT (...) z dnia 20.10.2017r. (3,44 zł/litr) oraz (...) z dnia 24.11.2017r (3,53 zł/litr), średnia z ww. cen to 3,53 zł/ litr. Ponadto w wyjaśnieniach dla zadania 1 Wykonawca przyjął cenę paliwa 4 zł/litr).

Sumarycznie daje to kwotę 1 641 312zł.

Potwierdzeniem przedmiotowego błędu, w przyjętych czasach objazdów, są m.in. przeprowadzone przez Zamawiającego analizy czasów objazdów zarówno ciągu głównego, jak i dróg pozostałych, co przedstawiają raporty GPS (załącznik nr 11 Raport GPS z objazdu ciągu głównego SATIS i załącznik nr 12 Raport GPS z objazdu dróg pozostałych SATIS).

Reasumując Wykonawca założył za duże oszczędności wynikające z wykorzystania pracowników patrolu do innych zadań. Następstwem tych błędnych założeń było błędne wyliczenie/zaniżenie kosztów paliwa, co stanowi potwierdzenie wystąpienia rażąco niskiej ceny.

Ponadto przyjęcie przez Wykonawcę liczby pracowników patrolu oraz czasów na objazdy

Sygn. akt: KIO 1665/18

KIO 1675/18

ciągu głównego i dróg pozostałych świadczy jednoznacznie o niemożliwości spełnienia wymagań OPZ, a co za tym idzie do niegodności oferty z SIWZ.

W związku z powyższym Zamawiający stoi na stanowisku, że Wykonawca zaoferował cenę nierealną, a jego oferta w związku z błędnymi założeniami jest niezgodna z SIWZ i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Reasumując powyższe, Zamawiający mając na uwadze bezpieczeństwo ruchu drogowego i ciągłość prawidłowego utrzymania dróg co leży w interesie państwa, nie może dopuścić do nieuczciwej walki wykonawców polegającej na zaniżaniu cen w celu wyeliminowania rzetelnie wyceniających roboty i usługi wykonawców, Wykonawca AVR co zresztą opisuje w swoich wyjaśnieniach dąży do zdobycia jak największej liczby kontraktów na podkarpaciu oferujący ich wykonanie za nierealne ceny, czego przykładem jest przedmiotowe postępowanie oraz ubiegłoroczne postępowanie na utrzymanie A4 odcinek Rzeszów - Jarosław. Analogiczna sytuacja miała miejsce w minionych latach na dużych kontraktach budowlanych robót drogowych”.

(...)

W tak ustalonych okolicznościach, Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący bezpodstawnie zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 92 pkt 3 {w odwołaniu omyłkowo wskazano na pkt 2} pzp, z którego wynika obowiązek poinformowania wykonawcy o powodach odrzucenia oferty z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego.

Zawiadomienie z 7 sierpnia 2018 r. o odrzuceniu oferty zawiera bardzo obszerne uzasadnienie, obejmujące zarówno wskazanie podstawy faktycznej, jak i prawnej, składające się ze wstępu, rozwinięcia w 10 pkt i podsumowania powodów podjęcia przez Zamawiającego takiej decyzji. Odwołujący miał zatem w pełni możliwość zakwestionowania jej zasadności we wniesionym odwołaniu.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia Z art. 90 ust. 3 pzp wynika ponadto, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy jeżeli dokonana przez niego ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Skoro w aktualnym stanie prawnym podstawą wezwania do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 pzp może być również sytuacja, w której istotne części składowe ceny oferty wydają

się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie budzi wątpliwości, że jeżeli wykonawca nie sprostą w tym zakresie nałożonemu na niego w art. 90 ust. 2 pzp obowiązku wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, będzie to podstawą do odrzucenia oferty na podstawie przywołanych powyżej przepisów.

W okolicznościach rozpoznawanej sprawy podstawą wezwania było odbieganie ceny oferty AVR o więcej niż 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania przez Zamawiającego i nie wynikało to z okoliczności oczywistych, które nie wymagały wyjaśnienia, a przedmiotem wezwania było wyjaśnienie wszystkich składowych całkowitej wyceny ujętych w każdym z trzech formularzy cenowych.

Wbrew temu, co twierdzi Odwołujący, bez znaczenia jest okoliczność, że wynagrodzenie w odniesieniu do zakresu rzeczowego zamówienia, którego wycenę Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia za zaniżoną, ma charakter ryczałtowy. Niezależnie od charakteru wynagrodzenia wykonawcy za wykonanie zamówienia znaczenie ma, czy stwierdzone zniżenie dotyczy istotnych części składowych ceny oferty. W sytuacji, gdy zsumowanie kwot zniżeń wyliczonych w poszczególnych pkt uzasadnienia odrzucenia opiewa na blisko 10 mln zł, za bezprzedmiotowy należy uznać zarzut niewykazania, że ma to istotne znaczenie w kontekście ceny łącznej oferty, która opiewa w zaokrągleniu na 56 mln zł.

Dla rozstrzygnięcia sprawy kluczowe znaczenie miało, że Izba w postępowaniu odwoławczym związana jest regulacjami zawartymi w art. 190 ust. 1 i 1a oraz art. 192 ust. 7 pzp.

Według art. 190 ust. 1 pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, przy czym dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej można przedstawiać do zamknięcia rozprawy. Jednakże zgodnie z art. 190 ust. 1a pkt 1 pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Natomiast zgodnie z art. art. 192 ust. 7 pzp. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z kolei art. 180 ust. 3 pzp stanowi, że odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Stąd, jak trafnie ujął to Sąd Okręgowy w Gdańsku w uzasadnieniu wyroku z 25

maja 2012 r. (sygn. akt KIO XII Ga 92/12), stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy. Takie rozumienie tego przepisu jest powszechne zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie. Innymi słowy niezależnie od wskazanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych, które mają decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu.

W konsekwencji o ile dowody na mocy art. 190 ust. 1 pzp odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 192 ust. 7 pzp. Należy bowiem rozgraniczyć okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie.

Ma to takie znaczenie, że terminy na wniesienie odwołania zawierającego zarzuty w powyżej przedstawionym rozumieniu uregulowane w art. 182 ust. 1 i 3 pzp mają charakter zawity, liczony od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia albo od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Wprowadzenie w art. 190 ust. 1a pzp w odniesieniu do rażąco niskiej ceny oferty szczególny rozkład ciężaru dowodu, nie zmienia reguły, że wpieryw muszą zaistnieć w postępowaniu odwoławczym fakty, z których wywodzone są skutki prawne. Stąd odwołanie, które inicjuje takie postępowanie odwoławcze, musi zawierać okoliczności uzasadniające zarzucenie zamawiającemu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 lub art. 90 ust. 3 ustawy pzp. Nie może się to sprowadzać do ogólnych stwierdzeń, że cena oferty jest albo nie jest rażąco niska, czy też, że ocena wyjaśnień powinna albo nie powinna prowadzić do takiej konkluzji, gdyż należy skonkretyzować okoliczności faktyczne, które w danej sprawie pozwalają na wyprowadzenie takiego wniosku. W przypadku kwestionowania odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w związku z negatywną oceną złożonych wyjaśnień oznacza to konieczność zawarcia w odwołaniu okoliczności podważających uzasadnienie tej decyzji na adekwatnym do jego szczegółowości poziomie konkretyzacji zarzutów.

Izba stwierdziła, że pomimo objętościowej obszerności uzasadnienia odwołania sformułowane w nim zarzuty nie stanowią skutecznego zakwestionowania decyzji Zamawiającego. Zamawiający dokonując odrzucenia oferty Odwołującego podał obszerne uzasadnienie faktyczne, w którym sprecyzował w 9 pkt dlaczego ocenił, że złożone wyjaśnienia i dowody potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W szczególności w pkt 3-7 i 10 Zamawiający sprecyzował, jakie istotne części składowe ceny oferty uznał za rażąco zaniżone. Każdy z tych pkt zawiera również szczegółowe objaśnienie rozumowania Zamawiającego, w tym sposób wyliczenia konkretnych kwot zniżenia. W tych okolicznościach Odwołujący, aby skutecznie zakwestionować podjętą w taki sposób przez Zamawiającego czynność, powinien w odwołaniu przedstawić równie szczegółowo okoliczności faktyczne, które podważałyby rozumowanie i wyliczenia Zamawiającego. Tymczasem odwołanie w odniesieniu do pkt 3-7 zawiera ogólnikowe zakwestionowanie tych faktycznych podstaw odrzucenia, w większości przypadków sprowadzające się do twierdzenia, że Odwołujący dokonał prawidłowej kalkulacji. Natomiast do podstawy odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę z pkt 10 Odwołujący w ogóle się nie odniósł, gdyż skupił się wyłącznie na podważaniu również wskazanej w tym pkt podstawy odrzucenia oferty jako sprzecznej z treścią SIWZ.

W aspekcie nieuwzględnienia nakładów na czasową organizację ruchu i oznakowanie podczas wykonywania robót (pkt 3 uzasadnienia odrzucenia) odwołanie ogranicza się do deklaracji, że w oparciu wieloletnie doświadczenie AVR przyjęto odpowiednie zasoby kadrowe, sprzętowe i materiałowe dla utrzymania drogi, uwzględniające organizację ruchu. Dopiero na rozprawie Odwołujący zgłosił jako dowód opracowane przez siebie „Zestawienie dodatkowych kosztów pracy sprzętu i materiałów w ramach poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego m.in. wykorzystywanego do czasowej organizacji ruchu w trakcie wykonywanych prac”. W istocie jest to uzupełnienie treści odwołania o nowe okoliczności faktyczne, co jest niedopuszczalne na tym etapie postępowania odwoławczego.

Odnosnie niedoszacowania kosztów koszenia powierzchni zielonych (pkt 4 uzasadnienia odrzucenia) odwołanie również zawiera zadeklarowanie dokonania właściwej kalkulacji dzięki posiadanemu doświadczeniu. Ponadto w dalszej części odwołania zakwestionowano adekwatność przyjęcia kosztów koszenia w oparciu o faktury podwykonawców AVR z 2018 r., wystawionych w sytuacji pilnej konieczności realizacji tych usług dla uniknięcia kolejnych kar umownych, których naliczanie wynikało ze zwiększenia powierzchni w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby takie enigmatyczne wyjaśnienie jest zupełnie nieprzekonujące, zwłaszcza że na rozprawie okazało się, że jeszcze w 2017 r. koszenie na spornych pomiędzy AVR a Zamawiającym obszarach

zostało wyłączone do odrębnych zamówień, które wykonywali inni wykonawcy. Wobec tego należy uznać, że Odwołujący nie wyjaśnił, a tym bardziej nie udowodnił, w jaki sposób możliwe jest trzykrotne obniżenie ostatnio ponoszonych przez niego kosztów koszenia.

W odniesieniu do niedoszacowanie kosztów nasadzeń (pkt 5 uzasadnienia odrzucenia) w odwołaniu zarzucono, że opis przedmiotu zamówienia nie był w tym zakresie dostatecznie konkretny, a przy odrzuceniu Zamawiający bezpodstawnie przyjął założenie, że podczas koszenia może ulec zniszczeniu ponad 30% drzew, krzewów, iglaków i pnączy. Odwołujący powołał się na swoje doświadczenie, jednak nie wskazał konkretnie, co z niego wynika. Tym samym nie wykazał, że nie należało zabezpieczyć pewnej kwoty na pokrycie ryzyka zniszczeń, którego istnienie Zamawiający wykazał przez odwołanie się do protokołów odbioru w historycznych postępowaniach (por. protokół z przeglądu nasadzeń z firmą PBD Fachman w dniach 18.10.2017-7.11.2017 r. – załącznik do zawiadomienia o odrzuceniu). Ponadto w odwołaniu w ogóle nie zakwestionowano ustalenia przez Zamawiającego, że AVR założył nierealnie krótki czas na pielęgnację nasadzeń, co było elementem stwierdzonego przez Zamawiającego zaniżenia. Odwołanie nie zawiera również żadnych wyliczeń, które podważyłyby obliczenia dokonane przez Zamawiającego. Natomiast wanie się w tym zakresie w spór przez Odwołującego dopiero na rozprawie należało uznać za spóźnione.

Stwierdzone przez Zamawiającego niedoszacowanie kosztów utrzymania oznakowania grubowarstwowego i cienkowarstwowego (pkt 6 i 7 uzasadnienia odrzucenia) zostało w odwołaniu zakwestionowane jako wyliczone dla kompleksowej odnowy oznakowania grubowarstwowego lub wykonania nowego oznakowania cienkowarstwowego, choć przedmiotem zamówienia objęta jest jedynie ich doraźna odnowa. Dodatkowo na rozprawie Odwołujący złożył wyciągi z s.i.w.z. dotyczących trzech innych postępowań prowadzonych przez oddziały GDDKiA, w tym Zamawiającego, w których przedmiot zamówienia obejmował oprócz doraźnego remontu również kompleksowy remont oznakowania. W ocenie Izby nie jest to wystarczające dla podważenia adekwatności wyliczeń Zamawiającego, które zostały dokonane z uwzględnieniem okresów trwałości farb stosowanych do oznakowania poziomego określonych w przywołanym w ramach uzasadnienia rozporządzeniu, do czego w odwołaniu w ogóle się nie odniesiono.

W odniesieniu do najobszerniej opisanego przez Zamawiającego niedoszacowania kosztów personelu (pkt 10 uzasadnienia odrzucenia) w odwołaniu nie skonkretyzowano zarzutu, gdyż poprzestano na odesłaniu do części odwołania, która w całości została poświęcona zarzutowi bezpodstawnego stwierdzenia niezgodności treści wyjaśnień z treścią s.i.w.z. co do wymaganej liczby pracowników. Odwołujący błędnie uznał, że może dopiero na

rozprawie zacząć polemizować ze szczegółowym wyliczeniem otrzymanym od Zamawiającego. Zgłoszone jako dowody rozbitcie na 50 wierszy pkt 10 uzasadnienia odrzucenia i „Zestawienie kosztów i założeń dot. kosztów pracy wskazanych w Wyjaśnieniach Wykonawcy” stanowią w istocie spóźnioną próbę sprecyzowania zarzutu za pomocą okoliczności, które mógł i powinien podnieść przed upływem zawitego terminu na wniesienie odwołania.

Niezależnie od powyższego Izba stwierdziła, że w zakresie pkt 8 uzasadnienia odrzucenia Odwołujący w istocie kwestionuje zasadność wezwania go przez Zamawiającego do przedstawienia szczegółowej kalkulacji (w rozbitciu na koszty robocizny, sprzętu, materiałów oraz koszty pośrednie i zysk) oraz opisu (założonych zakresów i działań) dla tych pozycji formularza ofertowego, dla których przedstawił oferty podwykonawców. Skoro Odwołujący nie zakwestionował czynności wezwania w drodze środków ochrony prawnej, zobowiązany był w pełni zastosować do wezwania zamawiającego. Tymczasem AVR poprzestał jedynie na złożeniu ofert podwykonawców, które są na takim samym stopniu ogólności jak formularze cenowe w ofercie, co oznacza, że spośród oczekiwanych informacji Zamawiający mógł poznać ewentualnie marżę AVR. W rezultacie Odwołujący uniemożliwił Zamawiającemu zweryfikowanie prawidłowości kalkulacji tych pozycji ofertowych. Wbrew odmiennemu zapatrywaniu Odwołującego w tych okolicznościach nie może on się domagać ponownego wezwania, tym razem wyłącznie w odniesieniu do podwykonawców. Konieczność przedstawienia elementów cenotwórczych również w stosunku do tych części przedmiotu zamówienia, które mają być powierzone podwykonawcom, nie budzi wątpliwości w orzecznictwie zarówno Izby, jak i sądów okręgowych (por. wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 7 lutego 2017 r. sygn. akt X Ga 535/16/za, w którym podtrzymano rozstrzygnięcie wynikające z wyroku Izby z 9 listopada 2016 r. sygn. akt KIO 2036/16).

Odnosnie pkt 2 uzasadnienia odrzucenia Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że nie uwzględnił wykazanych obiektywnych czynników umożliwiających obniżenie ceny związanych z posiadaniem przez AVR doświadczenia, zaplecza sprzętowego, ludzkiego oraz infrastruktury, które są niedostępne innym wykonawcom.

Zarzut jest niezasadny, gdyż w ramach dowodzenia, że cena nie jest rażąco niska, niewystarczające jest wskazanie określonego czynnika, który wykonawca uważa za umożliwiający mu obniżenie ceny, gdyż wyjaśnienia powinny być konkretne. Obszerność wyjaśnień nie zmienia tego, że jest to stosowana powszechnie w dokumentach tego typu beletrystyka polegająca na mnożeniu ogólników o wielkim doświadczeniu wykonawcy, jego znakomitej organizacji, optymalizacji kosztów, wdrożeniu niezwykle nowoczesnych i generujących oszczędności technologii, posiadaniu wykwalifikowanej acz taniej kadry,

korzystnym położeniu jego bazy czy siedziby itp. przeważnie nic wnoszą do sprawy i nie niesie informacji o żadnych możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych. Stąd może być to traktowane jedynie jako dopełnienie i tło dla bardziej konkretnych i wymiernych danych podawanych w ramach wyjaśnień, a nie ich podstawa czy zasadniczą treścią. Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być więc na tyle konkretne, aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności. Innymi słowy koniecznym jest udowodnienie w jaki sposób zidentyfikowany czynnik umożliwił obniżenie ceny. Tymczasem Odwołujący w odwołaniu i w toku postępowania dowodowego położył nacisk wyłącznie na próbę wykazania, że jakieś czynniki wyłącznie jemu dostępne istnieją, abstrahując od sfery ekonomicznej zagadnienia.

W odwołaniu bardzo dużo miejsca poświęcono również na polemikę z analizami porównawczymi zamieszczonymi w pkt 1 uzasadnienia odrzucenia. Tymczasem sam Zamawiający wyraźnie zastrzegł, że okoliczności tam przywołane same w sobie nie przesądzają jeszcze o zaoferowaniu przez AVR ceny rażąco niskiej wykonawcy, a dopiero w powiązaniu z innymi podstawami odrzucenia oferty pozwalają wysnuć taką tezę. Okoliczność, że kwestie te same przez się nie mogą świadczyć o zaoferowaniu ceny rażąco niskiej okazała się zatem niesporna między stronami. Skoro nie było to samoistną podstawą do odrzucenia oferty, zbędna była polemika i dowody zgłaszane dla wykazania, że należy brać pod uwagę inne niż wskazał Zamawiający dane porównawcze.

zarzut dotyczący zaniechania do wezwania wyjaśnienia ceny innych wykonawców

Abstrahując od braku wykazania przez Odwołującego legitymacji do podniesienia tego zarzutu, jest on również niezasadny.

Jak już powyżej ustalono podstawą wezwania, które skierowane zostało do Odwołującego odnośnie ceny oferty był art. 90 ust.1a pkt 1 w zw. z art. 90 ust. 1, przy czym w do pierwszego z tych przepisów Zamawiający sprecyzował, że chodzi o odbieganie ceny oferty AVR, wynoszącej 55.923.271,52 zł o 39,62% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 pzp. Natomiast w odniesieniu do cen ofert Przystępującego (69.235.435,35 zł) i wykonawcy Białowąs (69.235.435, 35) nie zachodzi przesłanka odbiegania o co najmniej 30% od wartości zamówienia brutto ani przesłanka odbiegania o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Natomiast Odwołujący nie wykazał, że podstawą wezwania mógł być w tym

przypadku sam art. 90 ust. 1 pzp gdyż nie wystąpiła również sytuacja, że zaoferowana przez tych wykonawców cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, mogły wydawać się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Wręcz przeciwnie, Odwołujący sam podniósł na rozprawie, że w przypadku ofert Przystępującego K. zachodzi subsydiowanie skrośne, czyli zaniżeniu analogicznych pozycji jak w ofercie AVR towarzyszy zawyżenie wyceny innych pozycji, łącznie na ponad 14 mln zł, co z nadwyżką rekompensuje kwoty zaniżeń w pozycjach wskazywanych w odwołaniu.

Dodatkowo skoro wykonawca Białowąg został wykluczony z postępowania, od czego się nie odwołał, bezcelowe byłoby wzywianie go do wyjaśniania ceny oferty, która i tak nie może być wybrana.

zarzuty dotyczące odrzucenia z powodu niezgodności z treścią SIWZ

6. Art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust 1 i 3 – przez jego zastosowanie i odrzucenie oferty AVR, pomimo że nie była ona niezgodna z postanowieniami SIWZ, co skutkuje naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
7. Art. 87 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 – polegające na zaniechaniu wezwania Wykonawcy AVR do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty w zakresie wątpliwości i rozbieżności, które zadecydowały o tym, że Zamawiający odrzucił ją jako niezgodną z SIWZ.
8. Art. 87 ust 2 pkt 3 w zw. z art. 89 ust 1 pkt 2 – polegający na zaniechaniu przez Zamawiającego obligatoryjnego ustalenia przed odrzuceniem oferty AVR, czy nie zawiera ona omyłki podlegającej poprawie.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu

zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna.

Aby zapewnić możliwość sprawdzenia zgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., ustawa pzp z jednej strony obliguje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej (art. 9 ust. 1 pzp), w tym przekazał i udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia (art. 37 ust. 1 i 2 pzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 16 i 10 pzp). Z drugiej strony przepisy zastrzegają dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę pisemną pod rygorem nieważności (art. 18 pkt 4 z przepisów przejściowych ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy pzp), a treść takiej oferty musi odpowiadać treści specyfikacji (art. 82 ust. 3 pzp). Ponadto skoro zasadą jest prowadzenie postępowanie o udzielenie zamówienia z zachowaniem formy pisemnej (art. 8 ust. 1 pzp), obejmuje to zarówno wezwania kierowane przez zamawiającego w związku z wątpliwościami odnośnie oferty, jak i wyjaśnienia wykonawcy odnośnie złożonej oferty.

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się również, że rozumienie terminu *oferta* należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. Poza tym zamawiający ma uprawnienie do wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści złożonej oferty (art. 87 ust. 1 zd. 1 pzp), w tym jej ceny (w trybie art. 90 ust. 1 pzp). Ponieważ złożone przez wykonawcę wyjaśnienia należy traktować jako wykładnię autentyczną złożonej oferty, również ich treść może być podstawą do stwierdzenia, że treść oferty nie odpowiada treści s.i.w.z.

Dla zastosowania podstawy odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp konieczne jest również uchwycenie, na czym konkretnie polega niezgodność pomiędzy ofertą wykonawcy a specyfikacją zamawiającego, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i jednoznacznie ustalonymi postanowieniami s.i.w.z.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest

prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z zastrzeżeniem ust. 1a i 2 pzp, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Z wyjątkiem trybu dialogu konkurencyjnego zmiany te sprowadzają się *de facto* do uregulowanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, do którego wprost odesłano również w art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, instytucji poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją, co nie może jednak powodować istotnej zmiany treści oferty.

W rezultacie odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią s.i.w.z. w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z s.i.w.z. niemających istotnego charakteru. Poprawienie jest zatem dopuszczalne w takim zakresie, w jakim nie stanowi naruszenia zasad prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

Niesporne było, że Zamawiający w s.i.w.z. określił maksymalny wiek pojazdów użytych do wykonania zamówienia, w szczególności, aby pojazd patrolowy, pojazd patrolowo-kontrolny oraz pojazdy dostawcze były nie starsze niż 5 lat w dacie podpisania umowy (pkt 2.8 OPZ).

Zamawiający na podstawie informacji zawartych na str. 146 wyjaśnień, gdzie w tabeli dla samochodów osobowo-towarowych i dostawczych wskazano zakres roczników 2012-2018, stwierdził niezgodność treści oferty AVR z powyższym wymaganiem.

Izba ustaliła, że na str. 37 wyjaśnień AVR oświadczył, że pojazdy, które będą przez niego stosowane przy realizacji tego zamówienia to – co podkreślił – nowe jednostki wyprodukowane w latach 2013-2018, charakteryzujące się m.in. niskim zużyciem paliwa oraz normami emisji spalin (Euro V, Euro VI) oraz bardzo niskim zużyciem paliwa oraz normami emisji spalin (Euro V, Euro VI) oraz bardzo niskimi kosztami napraw i serwisu oraz opłat viaTOLL.

Izba zważyła, że w tych okolicznościach Zamawiający nie miał podstaw, aby stwierdzić wystąpienie jednoznacznej i nieusuwalnej sprzeczności treści oferty z treścią s.i.w.z. Skoro w dwóch miejscach wyjaśnień w odmienny sposób określono granicę początkową przedziału wieku pojazdów, zamawiający nie mógł arbitralnie przesądzić tej wątpliwości na niekorzyść wykonawcy bez uprzedniego skorzystania z instytucji wyjaśnień, o której mowa w art. 87 ust. 1 pzp.

Izba ustaliła, że pkt 2.7 ppkt 2 OPZ zawiera następujące postanowienia odnośnie personelu wykonawcy:

„Do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia Wykonawca musi zapewnić niezbędną liczbę pracowników, w tym:

a) Kierownika Utrzymania (koordynator kontraktu) w liczbie 1 osoba sprawująca nadzór nad wszystkim pracami wykonywanymi w ramach umowy posiadająca uprawnienia budowlane w specjalności drogowej i mostowej lub posiadająca wśród personelu pracowników ze stosownymi uprawnieniami.

• Kierownik Utrzymania zobowiązany jest oprócz koordynacji i nadzoru nad pracami realizowanymi przez pracowników Wykonawcy, do ścisłej współpracy ze służbami Zamawiającego w szczególności z:

- Kierownikiem Rejonu (lub upoważnionym jego przedstawicielem),
- Terenowym Inspektorem Mostowym (TIM),
- Kierownikiem Służby Liniowej (KSL),
- Drogomistrzem.

• Każdorazowo przed przystąpieniem do wykonywania prac Kierownik Utrzymania zobowiązany jest zwrócić się do KSL lub Drogomistrza (w przypadku robót drogowych) oraz bezwarunkowo TIM-a (w przypadku robót mostowych) o zamiarze rozpoczęcia wykonywania prac z podaniem ich rodzaju i lokalizacji.

• Kierownik Utrzymania musi być wyposażony w telefon komórkowy i być dostępny dla służb Zamawiającego w systemie ciągłym niezależnie od pory dnia i nocy oraz w dni świąteczne i wolne od pracy.

W przypadku, gdy warunek ten nie będzie mógł być spełniony [np. z powodu urlopu, choroby itp.] Wykonawca wskaże Zamawiającemu osobę zastępującą Kierownika Utrzymania.

• Podczas nieobecności Kierownika Utrzymania jego obowiązki będzie przejmowała osoba wyznaczona przez Wykonawcę, posiadająca kwalifikacje i doświadczenie wymagane dla funkcji Kierownika Utrzymania.

b) Dyżurnych OUA/ZUD w liczbie gwarantującej pełnienie dyżurów 24 godzinnych, jednak nie mniej niż 4 osoby.

c) Pracowników brygad patrolowych gotowych do wykonywanych zadań zgodnie z OPZ z uwzględnieniem podziału na:

- Lidera brygady patrolowej – Majstra
- Członka Brygady Patrolowej w składzie dostosowanym do zakresu wykonywanych prac, jednak nie mniejszym niż 2-osobowy (lider + członek brygady patrolowej).

Wykonawca wyznaczy Majstra, który musi być wyposażony w telefon komórkowy.

d) Operatorów nośników ZUD – w ilości gwarantującej jednoczesną pracę wszystkich

nośników plus operatorów rezerwowych”.

Ponadto w odwołaniu adekwatnie zacytowano postanowienie zawarte w pkt 7 ppkt 6 OPZ, z którego wynika, że wykonawca ma oddelegować do wykonania czynności określonych w OPZ taką liczbę pracowników, aby proces zimowego utrzymania mógł być realizowany w systemie ciągłym 24 h we wszystkie dni tygodnia, przy uwzględnieniu ograniczeń czasu pracy pracowników wynikających z Kodeksu pracy.

Izba zważyła, że z powyższych postanowień, na które powołał się Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pkt 2.7 ppkt2 OPZ) lub w uzasadnieniu odrzucenia (pkt 7 ppkt 6 OPZ), nie wynika wprost określenie, że minimalna liczba pracowników (etatów) do wykonania przedmiotowego zamówienia wynosi 55. Tylko dla niektórych stanowisk określono wprost minimalną obsadę osobową, natomiast co do zasady posłużono klauzulami generalnymi, że wykonawca ma zapewnić niezbędną dla wykonania zamówienia czy poszczególnych czynności liczbę pracowników.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie zajął wewnątrznie sprzeczne stanowisko, gdyż twierdzi, że „z kompleksowej analizy pkt. 2.7 jasno wynika, ilu minimalnie pracowników będzie potrzebował Wykonawca do prawidłowej realizacji umowy, a jednocześnie, że „świadomie nie wskazuje konkretnej liczby pracowników, a jedynie wymogi minimalne wraz z obowiązkami, które zostaną na nich nałożone (...), co wiąże z konstrukcją kontraktów w modelu „utrzymaj standard”, która przede wszystkim polega na określeniu wymaganych standardów utrzymania elementów infrastruktury, „a nie liczby potrzebnych do tego celu pracowników”, gdyż „każdy z wykonawców może realizować przedmiotowe wymagania w sposób dla siebie odpowiedni, angażując mniejszą lub większą liczbę pracowników poprzez zastosowanie przyjętej przez siebie technologii wykonania robót – przykładowo może wykonywać je ręcznie lub przy użyciu specjalistycznego sprzętu”.

Oczywiście Zamawiający nie był w stanie przedstawić kompleksowej analizy przywołanych powyżej postanowień OPZ, która pozwalałaby wyprowadzić z nich liczbę 55 pracowników, gdyż analiza, którą przeprowadził w pkt 10 uzasadnienia odrzucenia oraz w odpowiedzi na odwołanie, uwikłana jest w sposób wykonania zamówienia wynikający z wyjaśnień złożonych przez AVR, w szczególności oparty na założeniu wykonania szeregu prac wynikających z bieżących potrzeb przez pracowników wykonujących patrol. Innymi słowy skoro ustalenie niezbędnej liczby pracowników zależy od koncepcji realizacji zamówienia danego wykonawcy, a w konsekwencji w przypadku każdego wykonawcy może być ona inna, nie sposób twierdzić, że postanowienia specyfikacji konkretnie ją określają.

Natomiast przeprowadzenie takiej analizy przez Zamawiającego było niezbędne dla ustalenia, czy zaprezentowana przez AVR koncepcja pozwala na prawidłową realizację

zamówienia w ramach oceny wyjaśnień jako potwierdzających rażąco zaniżenie ceny oferty.

Izba ustaliła, że na str. 114 OPZ w pkt 11 zawarto w szczególności następujące postanowienia: „Roślinność niska (trawa) nie może być wyższa niż 30 cm na całej powierzchni objętej utrzymaniem za wyjątkiem pasa rozdziału, Miejsc Obsługi Podróżnych, OUA, gdzie roślinność niska (trawa) nie może być wyższa niż 15 cm. Wysokość trawy po koszeniu 5 cm od powierzchni gruntu. Koszenie powinno być wykonywane w miarę potrzeb i nie mniej niż czterokrotnie w ciągu roku, przy czym zakłada się, że pierwsze koszenie zostanie wykonane w okresie wiosennym (i nie później niż do końca maja), natomiast ostatnie – w okresie jesiennym (i nie później niż do końca października)”.

Ponadto Izba ustaliła, że odnośnie powyższego pkt OPZ AVR oświadczył (str. 102 wyjaśnień), że: „W wyniku przeprowadzonej analizy powierzchni terenów zielonych oddanych Wykonawcy do utrzymania, o których mowa w OPZ oraz zdobytego doświadczenia, ustalono ilość niezbędnych koszeń (4 koszenia) w każdym roku kontraktu koniecznych dla utrzymania standardów wymaganych przez Zamawiającego”.

Izba zważyła, że w tych okolicznościach Zamawiający miał podstawy stwierdzić, że oferta AVR jest wprost niezgodna z przywołanymi powyżej wymogami s.i.w.z. dotyczącymi koszenia. Wbrew stanowisku Odwołującego z przywołanych powyżej postanowień nie wynika, że koszenie ma być wykonane jedynie 4 razy w roku, gdyż podstawowym wymogiem była konieczność zapewnienia jednoznacznie opisanego standardu. W konsekwencji należało uwzględnić, że może zająć potrzeba częstszego koszenia, zwłaszcza na obszarze, gdzie obowiązuje standard utrzymania wysokości trawy do 15 cm. Natomiast AVR w wyjaśnieniach wprost wskazał, że przewiduje dokładnie 4 koszenia w roku dla utrzymania standardów wymaganych przez Zamawiającego, a tym samym w ogóle nie przewidział możliwości koszenia, gdyby zaszła taka potrzeba.

zarzuty związane z tajemnicą przedsiębiorstwa

Izba ustaliła na wstępie jako istotną okoliczność dla zakresu kognicji Izby, że Zamawiający 7 sierpnia 2018 r. postanowił odtajnić pismo AVR z 8 czerwca 2018 r., zawierające wyjaśnienia wraz z dowodami złożone w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia zaoferowanej ceny z 25 maja 2018 r., z wyłączeniem wskazanych tam nazw kontrahentów.

Przypomnienia wymaga, że jawność postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, jest zasada jawności postępowania, wyrażona w art. 8 ust. 1 pzp, a ograniczenie dostępu do

informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 pzp. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 8 ust. 3 pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Dostrzec należy, że w poprzednim stanie prawnym ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, nr druku 1653) wskazano, m.in.: *Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust. 3). Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.*

Stąd w znowelizowanym art. 8 ust. 3 pzp na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert lub wniosków jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał, udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przy czym użyte przez ustawodawcę sformułowanie, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania”, oznacza coś więcej aniżeli samo wyjaśnienie (uzasadnienie) powodów objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Z pewnością za takie „wykazanie” nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się *de facto* do przytoczenia elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z art. 11

ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.). Ponadto według znowelizowanego przepisu wykonawcy mają obowiązek wykazania zasadności zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków.

W odniesieniu do informacji, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy, a zawartych w dokumentach składanych zamawiającemu w toku postępowania należy stosować *per analogiam* omówione powyżej reguły postępowania wyrażone w art. 8 ust. 3 pzp, czyli wraz z ich złożeniem należy dokonać zarówno stosowanego zastrzeżenia, jak i wykazać jego zasadność. W konsekwencji zamawiający winien ustalić, czy wykazanie nastąpiło w momencie składania zastrzeżonej informacji.

Już w uchwale Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05 przesądzono, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji.

Wykonawca, który chce skutecznie utajnić informacje przedstawiane zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia zobowiązany jest wykazać łączne wystąpienie przesłanek wynikających z definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w art. 11 ust. 4 uzk, czyli że zastrzeżone informacje: po pierwsze – mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, (2) po drugie – nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, (3) po trzecie – podjęto niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności.

Należy podkreślić, że nie budzi wątpliwości w doktrynie i orzecznictwie, że warunkiem *sine qua non* w ramach pierwszej przesłanki jest posiadanie przez daną informację wartości gospodarczej. Innymi słowy nie każda informacja o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym lub innym dla przedsiębiorstwa może być przedmiotem tajemnicy, ale wyłącznie taka, która ma pewną wartość gospodarczą (jest źródłem zysku lub pozwala na zaoszczędzenie kosztów) dla przedsiębiorcy dzięki temu, że pozostanie poufna.

Tymczasem z przedstawionego Zamawiającemu uzasadnienia wynika, że AVR mógł nie być tego świadomy, gdyż zarówno we wstępie, jak i w rozwinięciu dotyczącym spełnienia tej przesłanki opisał ją w następujący sposób: „informacja musi mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiadać wartość gospodarczą” (pkt 1.1 str. 1), „...informacje te mają charakter *techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiadają wartość gospodarczą*...”.

Izba ustaliła, że w pkt 2.1 ogólnikowo stwierdzono, że wyjaśnienia zawierają szereg informacji, które „bez wątplenia wpisują się w definicję z art. 11 ust. 4 uznk i stanowią *tajemnicę informacji*”, po czym wymieniono w szczególności takie hasła, jak: „sposób kalkulacji ceny oferty”, „sposób budowania strategii cenowej w ofercie i elementy składowe tej strategii”, „informacje dotyczące struktury organizacyjnej, „zasad finansowania działalności”, „wysokość wynagrodzeń pracowników”, „procedury wewnętrzne”, „zasady organizacji i zarządzania”, Z kolei pkt 2.5 pn. „Skutki ujawnienia prawidłowo zastrzeżonych przez Wykonawcę informacji zawiera w szczególności następującą treść:

Konieczność zastrzeżenia jako *tajemnicy przedsiębiorstwa*” informacji zawartych w niniejszych wyjaśnieniach (...) wynika m.in. z tego, iż przedstawione informacje dotyczą bezpośredni m.in. partnerów handlowych i biznesowych Wykonawcy, treści ofert podwykonawców, zawierają oferty przedłożone na potrzeby AVR S.A. z zawartymi w nich rabatami dedykowanymi tylko składającemu wyjaśnienia, szczegółowych metod kalkulacji ceny oferty, wewnętrznych procedur i strategii firmy związanych z udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, opisu sposobu funkcjonowania spółki na rynku.

Wykonawca w sposób precyzyjny, prezentuje w formie tabel i konkretnych wyliczeń metodologię kalkulowania ceny oferty dla postępowania (...) – Zadanie nr 2, a tym samym odsłania sposób budowania strategii cenowej spółki oraz zastosowaną inżynierię cenową. Co istotne zaprezentowany w wyjaśnieniach model, stosowany jest z powodzeniem przez spółkę przy kalkulacji ceny ofert w innych postępowaniach tego typu i jego odtajnienie spowodować mogłoby straty Wykonawcy, poznanie jego know-how oraz metod wyliczeń, co wpływa na potencjalnie osłabienie pozycji spółki na rynku lub też jej całkowite zmarginalizowanie.

Również ujawnione w toku wywodu szczegółowe dane, takie jak przewidywany przez AVR S.A. zysk z kontraktu, koszty pracownicze, sprzętowe, przyjęte koszty zużywanego paliwa, dokumenty wewnętrzne spółki, umowy zawarte z dostawcami i usługodawcami, mają niewątpliwie wartość gospodarczą, o której mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Upublicznienie tych danych skutkować może utratą wiarygodności u wymienionych partnerów handlowych, wzrostem cen proponowanych przez podwykonawców i dostawców spółce AVR S.A. kar umownych lub dochodzeniem od spółki odszkodowań z tytułu naruszenia *klauzul poufności* zawartych w poszczególnych umowach z kontrahentami AVR S.A.”

Ponadto AVR uznał za równie istotne, że informacje zawarte w wyjaśnieniach mają kluczowe znaczenie dla udzielenia mu zamówienia bądź odrzucenia jego oferty jako zawierającej rażąco niską cenę. Stąd według AVR odtajnienie ich przez Zamawiającego

może przyczynić się do nieudzielenia zamówienia AVR.

Wreszcie AVR uznał za szczególnie istotne, że ujawnienie tych informacji mogłoby wpłynąć na utratę w przyszłości zamówień publicznych, w tym zadania 1 w tym samym postępowaniu.

Izba zważyła, że AVR nie wykazał Zamawiającemu wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, co jest wystarczające dla stwierdzenia, że odwołanie podlega oddaleniu. Odwołujący powinien udowodnić, w jaki sposób odtajnienie konkretnych informacji osłabiłoby jego pozycję rynkową, czemu nie sprostał.

Przy czym należy zastrzec, że ewentualna wartość gospodarcza kryjąca się za wymienionymi również w pkt 2.1 hasłami: „sieć partnerów Wykonawcy (dostawców, usługodawców)”, „informacje o źródłach zaopatrzenia”, „listę dostawców, klientów” czy podobnymi sformułowaniami z pkt 2.5 nie mogła doznać uszczerbku na skutek decyzji Zamawiającego, który utrzymał tajemnicę w odniesieniu do nazw kontrahentów wskazanych w wyjaśnieniach lub załączonych do nich dowodach.

Wymienienie nazw kategorii rodzajów informacji mogących mieć wartość gospodarczą według wypowiedzi orzecznictwa i doktryny, w oderwaniu od kontekstu stanu faktycznego i bez jakiegokolwiek przełożenia na treść złożonych w tym postępowaniu wyjaśnień i załączonych do nich dokumentów, nie wykazuje, że zawierają one informacje posiadające dla AVR wartość gospodarczą. Ponieważ AVR jedynie ogólnikowo powołuje się na metody kalkulacji, bliżej niesprecyzowane procedury i strategie wyceny, inżynierię cenową itp., nie wiadomo, jakie istotne novum niedostępne i nieznanne innym wykonawcom kryje się za tymi hasłami, że zasługuje na ochronę przed ujawnieniem. W odniesieniu do rabatów nie zostało udowodnione, że mają one charakter unikalny i są dostępne jedynie AVR. Ponadto nie wiadomo, jak ujawnienie informacji na temat samych wysokości cen uzyskanych przez AVR u podwykonawców i dostawców miałyby godzić w sytuację ekonomiczną Odwołującego w sytuacji, gdy nazwy jego kontrahentów zgodnie z decyzją Zamawiającego pozostaną nieujawnione.

O wartości gospodarczej informacji zawartych w wyjaśnieniach dotyczących ceny oferty nie świadczy oczywista zależność, że ocena tych wyjaśnień przez zamawiającego decyduje o odrzuceniu lub wyborze oferty. Takie rozumowanie prowadziłoby do wniosku, że dla skutecznego utajnienia wyjaśnień wystarczające jest zadeklarowanie przez wykonawcę, że zawierają one tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie stanowi również wartości gospodarczej obawa, że ujawnienie wyjaśnień innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu umożliwi im zweryfikowanie, czy decyzja zamawiającego była prawidłowa.

Ponieważ postępowanie prowadzone przez Zamawiającego nie ma charakteru

unikalnego, a usługi objęte przedmiotem zamówienia nie są już nowością na rynku zamówień publicznych, jak to było jeszcze kilka lat temu, nie jest wystarczające zapewnienie, że wyjaśnienia zawierają informacje, które mają dla wykonawcy wartość gospodarczą. Nie bez znaczenia jest w tym kontekście bezsporna okoliczność, że wyjaśnienia odnośnie ceny złożone przez AVR w innym postępowaniu tego rodzaju prowadzonym przez Zamawiającego zostały odtajnione.

AVR nie sprostął także obowiązkowi udowodnienia, że zastrzegane informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej i zostały podjęte niezbędne działania celem zachowania, skoro na dokumentach, które pochodzą od innych podmiotów nie wynika, aby uważały one przekazywane informacje (w tym udzielane rabaty) za stanowiące ich tajemnicę przedsiębiorstwa lub zostały zobowiązane do zachowania tych informacji w poufności. Tym bardziej nie wykazano także, że podmioty te podjęły jakiegokolwiek działania w celu ochrony tych informacji przed ujawnieniem. Nie jest wystraszające samo zapewnienie o tym, że umowy z kontrahentami zawierają klauzule poufności czy załączenie przykładowego wyciągu z umowy zawierającej taką klauzulę.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono w pkt 2 sentencji stosownie do wyniku spraw, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 pzp.

W pierwszej kolejności zaliczono do tych kosztów uiszczone przez Odwołującego wpisy – zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 272).

Ponadto stosownie do § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia zasądzono na rzecz Zamawiającego poniesione przez niego koszty z tytułu uzasadnionych kosztów w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy.

Sygn. akt: KIO 1665/18
KIO 1675/18

Przewodniczący:

.....

.....