

Sygn. akt: KIO 700/21  
Sygn. akt: KIO 736/21  
Sygn. akt: KIO 771/21  
Sygn. akt: KIO 778/21  
Sygn. akt: KIO 780/21  
Sygn. akt: KIO 781/21  
Sygn. akt: KIO 784/21  
Sygn. akt: KIO 836/21

## WYROK

z dnia 1 czerwca 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Magdalena Rams  
**Członkowie:** Ewa Sikorska  
Robert Skrzyszewski  
  
**Protokolant:** Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 maja 2021 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu:

- 1) w dniu 5 marca 2021 r. przez wykonawcę **Eurovia Polska S.A. z siedzibą w Kobierzycach;**
- 2) w dniu 8 marca 2021 r. przez wykonawcę **FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie;**
- 3) w dniu 10 marca 2021 r. przez wykonawcę **ReDrog S.C. B. K. & W. K., Porąbka Iwkowska;**
- 4) w dniu 11 marca 2021 r. przez wykonawcę **Eurovia Polska S.A. z siedzibą w Kobierzycach;**
- 5) w dniu 11 marca 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Konsorcjum Autostrada Mazowiecka Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie oraz Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A. z siedzibą w Warszawie;**

- 6) w dniu 11 marca 2021 r. przez wykonawcę **AVR S.A. z siedzibą w Krakowie;**
- 7) w dniu 11 marca 2021 r. przez wykonawcę **FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie;**
- 8) w dniu 15 marca 2021 r. przez wykonawcę **FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie.**

w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad - Oddział w Rzeszowie,**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Konsorcjum Autostrada Mazowiecka Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie oraz Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 700/21, KIO 771/21, KIO 778/21, KIO 781/21, KIO 784/21 po stronie zamawiającego;
- B. wykonawcy **L. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą L. K. Firma Usługowo – Handlowo – Produkcyjna z siedzibą w Raniżowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 700/21, KIO 736/21, KIO 771/21, KIO 778/21, KIO 780/21, KIO 781/21, KIO 784/21, KIO 836/21 po stronie zamawiającego;
- C. wykonawcy **Eurovia Polska S.A. z siedzibą w Kobierzycach** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 736/21, KIO 771/21, KIO 784/21 po stronie zamawiającego;
- D. wykonawcy **ReDrog S.C. B. K. & W. K., Porąbka Iwkowska** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 778/21, KIO 780/21, KIO 781/21, KIO 784/21 po stronie odwołującego,

**orzeka:**

1. **Oddala odwołania o sygn. akt: KIO 700/21, KIO 736/21, KIO 771/21, KIO 784/21, oraz KIO 836/21.**
2. **Uwzględnia w całości odwołanie o sygn. akt: KIO 780/21 oraz uwzględnia odwołania o sygn. akt: KIO 778/21 oraz KIO 781/21 w zakresie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp i nakazuje zamawiającemu: (i) unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 1; (2) wezwać wykonawcę L. K., prowadzącego**

**działalność gospodarczą pod firmą L. K. Firma Usługowo – Handlowo – Produkcyjna z siedzibą w Raniszowie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.**

3. **W pozostałym zakresie oddała odwołania o sygn. akt: KIO 778/21 oraz KIO 781/21.**
4. **Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt: KIO 700/21 obciąża wykonawcę Eurovia Polska S.A., z siedzibą w Kobierzycach i:**
  - a. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Eurovia Polska S.A., z siedzibą w Kobierzycach tytułem wpisu od odwołania;**
  - b. **zasądza od wykonawcy Eurovia Polska S.A., z siedzibą w Kobierzycach na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów poniesionych przez pełnomocnika zamawiającego.**
5. **Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt: KIO 736/21 obciąża wykonawcę FBSerwis S.A., z siedzibą w Warszawie i:**
  - a. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę FBSerwis S.A., z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;**
  - b. **zasądza od wykonawcy FBSerwis S.A., z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów poniesionych przez pełnomocnika zamawiającego.**
6. **Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt: KIO 771/21 obciąża wykonawcę ReDrog S.C. B. K. & W. K., Porąbka Iwkowska i:**

- a. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ReDrog S.C. B. K. & W. K., Porąbka Iwkowska** tytułem wpisu od odwołania;
  - b. zasądza od wykonawcy **ReDrog S.C. B. K. & W. K., Porąbka Iwkowa** na rzecz zamawiającego kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów poniesionych przez pełnomocnika zamawiającego.
7. Kosztami postępowania w sprawie o **sygn. akt: KIO 778/21** obciąża zamawiającego w części 1/3 i wykonawcę **Eurovia Polska S.A., z siedzibą w Kobierzycach w części 2/3** i:
- 1.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Eurovia Polska S.A., z siedzibą w Kobierzycach** tytułem wpisu od odwołania;
  - 1.2. zasądza od zamawiającego na rzecz wykonawcy **Eurovia Polska S.A. z siedzibą w Kobierzycach** kwotę **3 800 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące osiemset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania;
8. Kosztami postępowania w sprawie o **sygn. akt: KIO 780/21** obciąża zamawiającego i:
- a. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Konsorcjum Autostrada Mazowiecka Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie oraz Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;
  - b. zasądza od zamawiającego na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Konsorcjum Autostrada Mazowiecka Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie oraz Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A. z siedzibą w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania oraz kosztów poniesionych przez pełnomocnika zamawiającego.

9. Kosztami postępowania w sprawie o **sygn. akt: KIO 781/21** obciąża **zamawiającego w części 1/3 i wykonawcę AVR S.A., z siedzibą w Krakowie w części 2/3** i:

- a. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **AVR S.A., z siedzibą w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania;
- b. zasądza od zamawiającego na rzecz wykonawcy **AVR S.A., z siedzibą w Krakowie** kwotę **3 800 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące osiemset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania;

10. Kosztami postępowania w sprawie o **sygn. akt: KIO 784/21** obciąża wykonawcę **FBSerwis S.A., z siedzibą w Warszawie** i:

- a. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **FBSerwis S.A., z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;
- b. zasądza od wykonawcy **FBSerwis S.A., z siedzibą w Warszawie** na rzecz zamawiającego kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów poniesionych przez pełnomocnika zamawiającego.

11. Kosztami postępowania w sprawie o **sygn. akt: KIO 836/21** obciąża wykonawcę **FBSerwis S.A., z siedzibą w Warszawie** i:

- a. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **FBSerwis S.A., z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;
- b. zasądza od wykonawcy **FBSerwis S.A., z siedzibą w Warszawie** na rzecz zamawiającego kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów poniesionych przez pełnomocnika zamawiającego.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

**Sygn. akt: KIO 700/21**

**Sygn. akt: KIO 736/21**

**Sygn. akt: KIO 771/21**

**Sygn. akt: KIO 778/21**

**Sygn. akt: KIO 780/21**

**Sygn. akt: KIO 781/21**

**Sygn. akt: KIO 784/21**

**Sygn. akt: KIO 836/21**

## **UZASADNIENIE**

**Sygn. akt: KIO 700/21**

W dniu 8 marca 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Eurovia Polska S.A. (dalej „**Odwołujący 1**”) zarzucając zamawiającemu Skarbowi Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad - jednostka prowadząca postępowanie Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad o/w Rzeszowie (dalej „**Zamawiający**”) dokonanie w postępowaniu pn. „Całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez generalną dyrekcję dróg krajowych i autostrad oddział w Rzeszowie wraz ze wszystkimi elementami z podziałem na dwie części zamówienia: część nr 1 rejon w Rzeszowie OUA Dębica, część nr 2 rejon w Krośnie” (dalej „**Postępowanie**”) niezgodnego z Pzp odtajnienia informacji znajdujących się w piśmie z dnia 16.10.2020 r. (wyjaśnienia złożone w trybie art. 90 pzp Ustawy z 2004r.) oraz w dołączonych do niego załącznikach, zastrzeżonych przez Odwołującego 1 jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący 1 zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 8 ust. 3 pzp w zw. z art. 11 ust. 2 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 7 pzp poprzez niezgodne z prawem uznanie, iż informacje znajdujące się w piśmie z dnia 16.10.2020r. oraz w dołączonych do niego załącznikach, zastrzeżone przez Odwołującego 1 jako tajemnica przedsiębiorstwa, nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa i podlegają ujawnieniu.

Odwołujący 1 wniósł o: unieważnienie czynności polegającej na uznaniu zastrzeżonych przez Odwołującego 1 informacji jako nie stanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa; unieważnienie czynności ujawnienia zastrzeżonych przez Odwołującego 1 informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, uznanie, że informacje zastrzeżone przez Odwołującego 1 stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i nie podlegają ujawnieniu, wyłączenie - w oparciu o art. 545 ust. 2 pzp - jawności rozprawy wobec faktu, iż przedmiotowa sprawa dotyczy informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, uznanie odwołania za zasadne i orzeczenie zgodnie z wnioskami Odwołującego 1, zasądzenie kosztów postępowania zgodnie z normą prawem przepisana.

W uzasadnianiu podniesionych zarzutów Odwołujący 1 wskazał, że jako uczestnik postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego na usługi, prowadzonego Postępowania dnia 30.07.2020 r., został wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez siebie ceny ofertowej. Odwołujący 1 dnia 16.10.2020 r. przedłożył Zamawiającemu stosowny dokument, wraz z załącznikami na potwierdzenie swojego stanowiska. Odwołujący 1 w zakresie wyjaśnień zamieścił szereg informacji o szeroko rozumianym charakterze gospodarczym, nieujawnianych dotychczas i niezbędnych dla sporządzania własnych kalkulacji. Wykonawca skorzystał w tym wypadku z dobrodziejstwa art. 8 ust. 3 pzp i zastrzegł szereg pojedynczych informacji, jako mających przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przedkładając odpowiednie uzasadnienie,

Z argumentacją dotyczącą tajemnicy przedsiębiorstwa nie zgodził się Zamawiający, przesyłając Odwołującemu 1 pismo z dnia 25.02.2021 r., w którym wskazał na odtajnienie praktycznie całego zakresu zastrzeżonych informacji.

W ocenie Odwołującego 1, Zamawiający wielokrotnie autorytatywnie i bezpodstawnie używa pewnych stwierdzeń, nie odnosząc się do treści przekazanych dokumentów lub czyniąc to lakonicznie, co utrudnia Odwołującemu odparcie przedstawionych „zarzutów”. Dodatkowo Odwołujący 1 zwrócił uwagę na błąd merytoryczny Zamawiającego, występujący już na samym początku jego pisma, który to może być jedną z przyczyn niewłaściwej oceny uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Na str. 2 pisma z dnia 25.02.2021r., Zamawiający napisał:

Natomiast Wykonawca musi wykazać, że zastrzeżone informacje i dokumenty zawierają ww. tajemnicę oraz być przygotowany na uzasadnienie wartości tych informacji, a przede wszystkim ich wyjątkowego charakteru, jaki uzasadnia konieczność ich utajnienia.



Jak wynika z powyższego, Zamawiający upatruje jako przesłanki zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, konieczność wykazania „wyjątkowego charakteru informacji”. Zdaniem Odwołującego 1 wskazane pojęcie nie jest pojęciem ustawowym, a co więcej stanowi pojęcie nieostre, z którym ciężko korespondować. Zamawiający w żadnym z fragmentów pisma nie definiuje zakreślonego pojęcia, jak też nie przekłada go na standardy lub co w tym przypadku najistotniejsze - wymogi określone ustawami.

Dalej, w ocenie Odwołującego 1, kolejna niespójność powstaje w następnym akapicie, gdzie Zamawiający wskazał: Wykonawca zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa treść pisma z dnia 16.10.2020 r oraz wszystkich dokumentów stanowiących załączniki do tego pisma. Z treści uzasadnienia wynika, jakby Wykonawca zastrzegł całą treść (wielostronicowego), pisma nie zważając, czy treści jakie się w nim znalazły, faktycznie można utajnić.

Tymczasem w swoim piśmie z dnia 16.10.2020r., Wykonawca podkreślił, iż zastrzega treść pisma „w zakresie”, po czym wskazuje na konkretne załączniki oraz wybrane i wyselekcjonowane fragmenty pisma. Co za tym idzie, zdaniem Odwołującego 1, stanowisko Zamawiającego jest całkowicie błędne i stanowi nadinterpretację, która ma na celu zdeprecjonowanie wartości merytorycznej uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający w tym przypadku, co najmniej błędnie odczytał treść przekazanego pisma. Podobna sytuacja ma miejsce w odniesieniu do argumentacji odnoszącej się do utajnionych załączników. Odwołujący 1 wskazał, że zastrzeżone zostały wyłącznie załączniki o nr. od 1-7 oraz 10-11 i to również w sposób selektywny.

Uzasadnienie w zakresie Załącznika nr 1.

Odwołujący 1 wskazał, iż w przedmiotowym załączniku zastrzeżeniu uległy wyłącznie informacje stanowiące autorskie wyliczenia Odwołującego. Wskazane dane obrazują przyjęte wydajności, jak również założone przez wykonawcę nakłady rzeczowe. Wpisane wartości są efektem kalkulacji, które wykonawca był w stanie poczynić przy wykorzystaniu własnych dotychczasowych doświadczeń, jak też know-how swojego i swoich pracowników. O ile pewne dane tabelaryczne, w zakresie konkretnych pozycji są stałe, to już podejście do ich wykonania, będzie znacząco różnić się pomiędzy ofertującymi. Każdy z wykonawców przyjmuje dla danej pozycji odmienne założenia, chociażby w zakresie wydajności czy cen materiału, co wydaje się logiczne, albowiem dysponują oni różnym sprzętem i różnym kręgiem dostawców czy usługodawców. Co za tym idzie, pomimo pewnych stałych narzuconych przez Zamawiającego, dobranie pozostałych parametrów (pozycji w tabeli) nie musi być identyczne dla wszystkich ofertujących.

Zdaniem Odwołującego 1 nie można zgodzić się z twierdzeniem, że dane wskazane przez wykonawcę mogą zostać ujawnione ponieważ ilość sprzętu i personelu została określone na minimalnym poziomie, a teren realizacji jest charakterystyczny wyłącznie dla niniejszej realizacji. Po pierwsze ilość sprzętu została oznaczona, przede wszystkim dla czynności rutynowego utrzymania. Po drugie poziom ten został wskazany co do minimum. Po trzecie wymagania ilościowe sprzętu nie zostały wskazane w zakresie części strukturalnej zamówienia. Co ważne, pomimo istnienia minimum sprzętowego, dokumentacja nie narzuca zasad jego wykorzystania, a co za tym idzie, to od wykonawcy zależy jakie jednostki skieruje do realizacji i w jaki sposób będzie je wykorzystywał. Nawet jeżeli przyjąć „wyjątkowość” niniejszego zamówienia, to nie można stracić z pola widzenia, iż sprzęt określonego typu (np. do robót bitumicznych) jest wykorzystywany również na typowych inwestycjach budowlanych, o które niewątpliwie będzie ubiegał się tak Odwołujący 1, jak i jego konkurenci, zyskując w niniejszym postępowaniu cenne dane.

Odwołujący 1 wskazał również na skutek odtajnienia danych wpisanych w tabeli, zmniejszą się szanse Odwołującego 1 na złożenie najkorzystniejszej oferty w postępowaniach dotyczących chociażby sąsiadujących odcinków autostrady A4, jak i w postępowaniu dotyczącym przedmiotowego odcinka, powtórzonym po zakończeniu obecnej Umowy. Odwołujący 1 podkreślił, że w przypadku oceny wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 pzp, dotyczących różnych odcinków utrzymaniowych autostrady A4 sam Zamawiający wielokrotnie posługuje się odniesieniem/analogią do pozostałych części wskazanej drogi. Odniesienia dotyczą zarówno wykorzystanego personelu, sprzętu oraz ludzi, co potwierdza, iż metodologia wyliczenia ceny w danym postępowaniu nie pozostanie bez znaczenia w zakresie możliwości konkurencji w przyszłości.

Odwołujący 1 wskazał, że konkurenci startujący do zamówień typowo utrzymaniowych, będą w stanie zweryfikować pozycje cenowe Odwołującego 1 i zoptymalizować swoje kosztorysy, wiedząc które pozycje są dla wykonawcy kosztotwórcze, gdzie osiąga maksymalny zysk, a gdzie jego marże są na niskim poziomie. Konkurenci Odwołującego 1 w oparciu o powyższe dane doprowadzą do optymalizacji swoich ofert, które nawet jeżeli nie zwiększą ich szans na wygraną, to na pewno zapewnią dodatkowe środki na przyszłe inwestycje wpływające na atrakcyjność ich ofert.

W ocenie Odwołującego 1, Zamawiający w swoim uzasadnieniu do odtajnienia Załącznika nr 1, popełnia kolejny błąd w zakresie w jakim wskazuje, iż skoro cena jest elementem jawnym, to jej składowe i dane potrzebne do jej wyliczenia również. O ile ujawnienie ceny końcowej

jest działaniem koniecznym dla umożliwienia porównywalności ofert, to jednak sposób dochodzenia do niej przez poszczególnych wykonawców i jej szczegółowe składowe już nie. Są elementami charakterystycznymi dla danego podmiotu, a co ważniejsze, są elementami bez których postępowanie może zostać rozstrzygnięte. Odwołujący 1 powołał się na wyrok Izby z dnia 13 maja 2013r. sygn. akt KIO 960/13.

Na skutek nieuprawnionego działania Zamawiającego, wykonawcy konkurujący z Odwołującym otrzymają w zakresie konkretnych pozycji kosztorysowych m.in. takie dane jak:

- Koszty robocizny;
- Koszty materiałów,
- Zakładane koszty pośrednie,
- Koszty sprzętu,
- Zysk.

W podsumowaniu Odwołujący 1 wskazał, że w zakresie załącznika nr 1:

- Kalkulacja jest stworzona na potrzeby niniejszego zamówienia ale wydajności i koszty pracy mogą zostać wykorzystane przeciwko Odwołującemu 1 w postępowaniach ogłaszanych w przyszłości;
- Konkurujący wykonawcy otrzymują zestaw gotowych danych i wyliczeń, będących podstawą dla konstrukcji oferty cenowej Odwołującego 1;
- Przewidywany zysk stanowi indywidualną strategię Odwołującego 1;
- Elementy składowe ceny nie są jawne na równi z ceną końcową oferty.

Uzasadnienie w zakresie Załącznika nr 2 i 3

Odwołujący 1 wskazał, że Zamawiający we wskazanym zakresie stwierdza, że: Wykonawca zastrzegając powyższe informacje nie wykazał, a jedynie stwierdził, że zastrzegane informacje są informacjami o charakterze organizacyjnym oraz stanowią inne informacje posiadające wartość gospodarczą.

Z powyższego fragmentu pisma z dnia 25.02.2020r., wynika, że Zamawiający przeanalizował treść uzasadnienia wykonawcy w sposób pobieżny, skupiając się na zapisach określonych na str. 3 pisma z dnia 16.10.2010r., przy jednoczesnym pominięciu, bądź zminimalizowaniu znaczenia opisu wartości gospodarczej opisanej na str. 12.

Odwołujący 1 wyjaśnił, że wskazane rozbicie argumentacji wynika z określonej systematyki pisma, gdzie najpierw wskazano przesłanki z art. 8 ust. 3 pzp, a kolejno przypisywano je do

konkretnych informacji, wskazując na fakt ich spełnienia. Zamawiający jedynie w sposób lakoniczny odnosi się do wartości zastrzeżonych informacji, gdzie skupia się na załączniku nr 3 - tj. informacji w zakresie wynagrodzenia, zupełnie nie odnosząc się do przydatności informacji z załącznika nr 2, a załącznik ten zawiera zestawienie ogólnej liczby pracowników wykonawcy, bezpośrednio wskazując dostępne zasoby własne. Wskazane dane będą przydatne konkurentom tak w skali niniejszego postępowania, jak i przyszłych realizacji inwestycyjnych, gdzie szczególnie zagrożone będą starty w dużych zamówieniach infrastrukturalnych. Na skutek odtajnienia informacji przedsiębiorcy z branży budowlanej, będą w stanie określić, jakie zasoby Odwołujący 1 potencjalnie mogłyby skierować do realizacji, a w którym momencie będzie musiał liczyć na wsparcie podwykonawców. Odwołujący 1 uznaje, iż w przypadku załącznika nr 2 zachodzą tak przesłanki merytoryczne, jak i formalne uniemożliwiające jego odtajnienie.

Uzasadnienie w zakresie Załącznika nr 4.

Uzasadniając odtajnienie załącznika nr 4 Zamawiający napisał: W zakresie Specjalistycznej opinii Bankowej wskazać również należy, że niniejszy dokument jest przedkładany przez wykonawcę w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, przy czym nie jest on przez Wykonawcę zastrzegany jako tajemnica przedsiębiorstwa, w związku z czym nie posiada przymiotu tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący 1 wskazał, że nie kwestionuje treści Rozporządzenia w sprawie dokumentów jakich może żądać Zamawiający, jednak w niniejszym przypadku należy odnieść się nie do zasady ogólnej, ale do konkretnego postępowania i konkretnego dokumentu. Należy podkreślić, Zamawiający w dokumentacji przetargowej nie przewidywał okoliczności, które uzasadniałyby zwrócenie się do wykonawców o przekazanie specjalistycznej opinii bankowej, a tym samym żaden z uczestników nie został zobligowany do jej przedłożenia. Dokument opinii bankowej został wygenerowany na dany dzień i na potrzeby konkretnego postępowania w przedmiocie zamówienia publicznego. Jest to informacja skierowana wyłącznie do Zamawiającego, niemożliwa do pozyskania w żaden inny sposób. Opinia bezpośrednio wskazuje na kondycję finansową wykonawcy, a tym samym na jego możliwości kredytowe czy inwestycyjne. Wskazane informacje mogą odgrywać znaczącą rolę nie tylko w niniejszym postępowaniu ale i przyszłych zadaniach inwestycyjnych wymagających zaangażowania większych nakładów finansowych.

Uzasadnienie w zakresie Załącznika nr 5.1, 5.2, 5.3.

Twierdzenia Zamawiającego w zakresie ofert podwykonawczych są zupełnie niezrozumiałe i sprzeczne z dotychczasowym stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący 1 powołał się na wyrok z dnia 20 lutego 2020r. sygn. akt KIO 322/20, wyrok z dnia 31 stycznia 2020r., sygn. akt KIO 69/20, wyrok z dnia 20 stycznia 2020r. sygn. akt KIO 13/20.

W ocenie Odwołującego 1, indywidualne ustalenia z kontrahentami mogą i stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a Izba zgadzała się na zachowaniem ich poufności.

Z uzasadnienia Zamawiającego w zakresie odtajnienia Załącznika nr 5, celem zachowania systematyki, należy wyszczególnić następujące zarzuty:

- a) brak danych, które uzasadniałyby, iż informacje z Załącznika nr 5 ujawniają „istotny obszar działalności gospodarczej” Wykonawcy;
- b) co do zasady nie ma wartości gospodarczej wybranie jednego spośród podwykonawców funkcjonujących na danym rynku;
- c) nie można uzasadniać zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa obawą o polepszenie pozycji negocjacyjnej pozostałych oferentów;
- d) w związku z faktem, że oferty zostały dedykowane dla konkretnego postępowania przetargowego, nie stanowią one stałej wartości gospodarczej;
- e) brak dowodów na szczególnie niski charakter ofert podwykonawców;
- f) brak dowodów na szczególne zasoby lub umiejętności podwykonawców;
- g) brak dowodów, na okoliczność, że tylko Odwołujący 1 może współpracować z konkretnymi podwykonawcami;
- h) „nie udowodniono agresywnej sytuacji negocjacji cen oferowanych przez podwykonawców na rynku”;
- i) nie udowodniono, że odtajnienie cen pozwoli nawiązać konkurentom współpracę z podwykonawcami Odwołującego 1;
- j) nie wykazano, że konkurenci nie mogą się zwrócić o sporządzenie na ich rzecz oferty przez podwykonawców Odwołującego 1.

Odwołujący wskazał, że argument widniejący pod literą „a”, nie tylko nie stanowi przesłanki ustawowej zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, ale też stanowi pojęcie nieostre, którego definicja znana jest wyłącznie autorowi pisma. W tym miejscu nie znajdujemy odniesienia do literatury przedmiotu lub stanowiska organów ochrony prawnej, co sprawia, iż sensu samego sformułowania możemy wyłącznie domniemywać. Odwołujący 1 wskazał, że dana informacja, aby została utajniona, nie musi odnosić się do „istotnego obszaru działalności gospodarczej”, a jedynie stanowić wartość gospodarczą, tj. stanowić informację przydatną w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej. Odwołujący 1 podniósł, że oferty

podwykonawców częstokroć są kluczowe dla określonych zadań inwestycyjnych, zwłaszcza dla zakresów których wykonawcy, co do zasady nie realizują (np. podwykonawca dokonujący nasadzenia kwiatów/krzewów, przy inwestycji drogowej). Mając na względzie treść uzasadnienia pisma z dnia 25.02.2021r., Zamawiający winien wyjaśnić które obszary działalności Odwołującego 1 zasługują na przymiot „istotnych”, lub też wskazać klucz dla dokonania klasyfikacji we własnym zakresie, co pozwoliłoby na merytoryczną weryfikację takiego sformułowania.

Pobocznie Odwołujący 1 wskazał, że Zamawiający nie nadaje przymiotu „istotności” ofercie podwykonawcy w zakresie sprzątnięcia i utrzymania MOPów, jednocześnie czyniąc z tego zakresu świadczonych usług podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy, po analizie wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust 1 i 1a pzp. Odwołujący 1 zwrócił uwagę, że dwie pozostałe oferty odnoszą do kluczowych elementów przedmiotowego zamówienia, co czyni decyzję Zamawiającego tym bardziej niezrozumiałą i bezpodstawną.

Argument określony literą „b”, analogicznie do tego określonego literą a, nie stanowi przesłanki ustawowej, jak też nie został poparty żadnym stanowiskiem przedstawicieli doktryny lub orzecnictwem.

Odwołujący 1 wskazał, że sama oddzielona od pozostałych okoliczności współtowarzyszących, czynność wyboru danego podwykonawcy, nie jest zdarzeniem nadzwyczajnym w zakresie funkcjonowania przedsiębiorstwa wykonawcy, jednak należy też zwrócić uwagę, że to nie czynność wyboru została zastrzeżona, ale informacje handlowe, które stały się podstawą wyboru określonego podmiotu. Zamawiający ewidentnie bagatelizuje w tym miejscu udział podwykonawców w realizacji poszczególnych zadań, co jest działaniem nieuprawnionym.

Jeżeli chodzi o literę „c”, to Odwołujący 1 wyjaśnił, że nie chodzi tutaj tyle o polepszenie sytuacji innych wykonawców, co będące jego skutkiem pogorszenie konkurencyjności jego propozycji cenowych. Oczywistym wydaje się, że poprawa możliwości negocjacyjnych pozostałych przedsiębiorców działających na rynku utrzymaniowym, znacząco utrudni sporządzenie przez Odwołującego 1 oferty zakwalifikowanej jako najkorzystniejsza.

W zakresie litery „d”, należy podnieść, że przekazane w ofertach dane, oprócz samych wartości ekonomicznych pokazują: po pierwsze możliwości negocjacyjne Odwołującego 1 tj. jakie ceny na danym terenie jest w stanie uzyskać, a po drugie które podmioty w tej cenie są w stanie wykonać zakres określonego rozmiaru. Pomimo, że cena jest zindywidualizowana,

to jednak w przyszłości Odwołujący 1 może nie mieć możliwości pozyskania tak atrakcyjnej oferty lub też nawiązania jakiegokolwiek współpracy z podwykonawcą, ze względu na ingerencję podmiotów trzecich. Jednocześnie twierdzenie o niemożności wykorzystania poszczególnych danych z bieżącego postępowania w zakresie innych realizacji utrzymaniowych jest nie do końca trafiony. Zdaje sobie sprawę z tego sam Zamawiający, który przygotowując uzasadnienie do odrzucenia ofert z tytułu rażąco niskiej ceny, wielokrotnie sięga po uśrednione dane z innych odcinków, zestawiając je z ofertami na odcinek aktualnie „procedowany”. Wskazana metoda porównawcza, nie była co do zasady kwestionowana, co oznacza, że przy wystąpieniu podobieństw pomiędzy obszarami realizacyjnymi, oferty danego podwykonawcy, złożone na różne odcinki, nie będą się zasadniczo różnić co do cen jednostkowych, a najwyżej co do ceny końcowej, uzależnionej o ilości danego elementu będącego w utrzymaniu.

Określony w literze „e” zarzut braku dowodów na niski charakter ofert podwykonawców, w naszej ocenie jest chybiony. W ocenie Odwołującego 1 nie wiemy w oparciu o jakie zestawienie Zamawiający dokonał oceny atrakcyjności ofert otrzymanych od podwykonawców Odwołującego 1. Do momentu otrzymania takiego zestawienia nie sposób się do niego odnieść. Jednocześnie Odwołujący 1 zwrócił uwagę, że propozycja uzyskana przez Odwołującego 1 w zakresie zimowego utrzymania dróg, sprawia, że generalnie jego oferta w tym zakresie jest o kilka milionów tańsza od oferty wybranej, co też stanowi wystarczający dowód na potwierdzenie atrakcyjnego ekonomicznie charakteru propozycji podwykonawców.

W zakresie zarzutu widniejącego pod literą „f”, celem jego odparcia Odwołujący 1 może wyłącznie odwołać do przedstawionej już argumentacji w zakresie korzyści ekonomicznych jakie niesie ze sobą współpraca z podmiotami, co do których oferty zostały przedłożone wraz z wyjaśnieniami wykonawcy.

Mając na względzie zarzut widniejący pod literą „g” i „j”, potwierdzamy, że nie tylko Odwołujący 1 może współpracować z podwykonawcami których oferty przedłożono, jednak wyłącznie Odwołujący 1 otrzymał ofertę cenową o parametrach jak w załączeniu. W ocenie Odwołującego 1 wydaje się oczywistym, iż dany podmiot działający na rynku określonym terytorialnie, posiada więcej niż jednego kontrahenta, któremu proponuje swoje szeroko rozumiane usługi. Powyższe nie wyłącza jednak możliwości uzyskania od danego podwykonawcy oferty zindywidualizowanej, na korzystnych warunkach, co też potwierdza treść oświadczeń stanowiących Załączniki 15.1,15.2,15.3 od wyjaśnień.

W zakresie treści litery „h” oraz „i”, Odwołujący podniósł, że dotychczas wskazane informacje, w sposób jasny i klarowny wskazują na wartość gospodarczą przekazanych Zamawiającemu ofert podwykonawców. Wykonawca nie jest w stanie udowodnić „agresywnej sytuacji negocjacyjnej”, jak również zweryfikować możliwości nawiązania współpracy z podwykonawcami przez jego konkurentów. Co jednak umyka Zamawiającemu, to fakt, iż Odwołujący 1 ma obowiązek wykazania poszczególnych okoliczności, a nie ich udowodnienia.

Oczywiście miejscami kwestia wykazania będzie zbliżała się do zakresu pojęciowego udowodnienia, to jednak nie będzie można postawić pomiędzy nimi znaku równości. Dodatkowo, fakt, że Odwołujący 1 nie jest w stanie udowodnić „przesłanek” jakie w swoim piśmie wykreował Zamawiający, nie przekreśla możliwości przyznania zastrzeżonym informacjom przymiotu tajemnicy przedsiębiorstwa, o wskazanej powyżej wartości gospodarczej.

Jednocześnie, pobocznie, Odwołujący 1 zwrócił uwagę, iż nie wiadomo w jaki sposób Odwołujący 1 miałby wykazać okoliczności o których mowa w literze „h” oraz „i”. Jedynym źródłem wydaje się oświadczenie podwykonawcy, (który nie ma obowiązku „tłumaczyć się” Odwołującemu 1 ze swoich transakcji) lub oświadczenie pozostałych uczestników postępowania, które to z przyczyn oczywistych nie zostanie wystawione.

W podsumowaniu w zakresie Załącznika nr 5, Odwołujący 1 wskazał:

- oferty kontrahentów/podwykonawców zgodnie ze stanowiskiem orzecznictwa stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa;
- Zamawiający deprecjonuje rolę ofert podwykonawczych przedstawionych przez Odwołującego, pomimo, że tożsamym zakresom przypisuje priorytetowe znaczenie w toku wyjaśnień ceny ofertowej w trybie art. 90 ust 1, 1a pzp;
- Zamawiający w toku uzasadnienia kreuje nowe „przesłanki” jakie musi spełniać określona informacja aby uzyskała status tajemnicy przedsiębiorstwa, co stanowi działanie niepożądane;
- Oferty podwykonawców stanowią wielokrotnie kluczowy element tworzenia oferty końcowej, zwłaszcza gdy ich usługi dotyczą zakresu który zazwyczaj nie jest realizowany w toku działalności głównego wykonawcy.

Uzasadnienie w zakresie Załącznika nr 6.

W ocenie Odwołującego 1 twierdzenie Zamawiającego, iż informacje zawarte w Załączniku nr 6 nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa albowiem wynikają z OPZ jest dużym



uproszczeniem. W Załączniku nr 6, wykonawca przedstawił szczegółowy harmonogram prac utrzymaniowych z podziałem na poszczególne asortymenty i oczywiście przyznaje, że poszczególne grupy robót widnieją w OPZ. Natomiast to czego nie można wyczytać z OPZ, to wskazana w załączniku ogólna ilość brygad roboczych skierowanych do realizacji zamówienia publicznego, jak też ich przydział do poszczególnych zadań, według pomysłu Odwołującego 1.

Poza wskazaniem wymogów kadrowych dla kilku pozycji (np. w stosunku do patrolu), Zamawiający nie narzuca wykonawcy ilości ludzi, ani podziału na poszczególne grupy. Organizacja pracy w tym zakresie stanowi autorski pomysł danego podmiotu i opiera się głównie o jego dotychczasowe doświadczenia na realizacjach utrzymaniowych. W sytuacji, w której Zamawiający twierdzi, że faktycznie dane te da się wydedukować z OPZ, winien w uzasadnieniu wskazać, które konkretnie zapisy przedmiotowego dokumentu pozwalają na odtworzenie danych umieszczonych w załączniku nr 6 do wyjaśnień Odwołującego 1. W przypadku gdyby twierdzenie Zamawiającego było prawdziwe, to każdy z wykonawców, każdorazowo kierowałby do realizacji zamówienia identyczną liczbę ludzi, podzielonych na identyczne brygady, co jednak nigdy nie ma miejsca.

Odwołujący 1 zwrócił uwagę, iż w uzasadnieniu do odtajnienia Załącznika nr 6, Zamawiający popełnia kilka błędów natury formalnej.

Po pierwsze w uzasadnieniu Zamawiający stwierdza, że wykonawca „[...] nie wykazał o jedynie stwierdził, że zastrzeżone informacje są informacjami o charakterze organizacyjnym, technicznym – technologicznym. Odwołujący 1 podniósł, że charakteru informacji nie da się wykazać, a można jedynie dokonać próby jego określenia, czy też kwalifikacji. W sytuacji, w której Zamawiający miałby odmienne zdanie co do przypisanych cech zastrzeżonych informacji, winien opisać na swoje wątpliwości i dokonać własnej kwalifikacji charakteru informacji czego jednak w ogóle nie uczynił. Jednocześnie Odwołujący 1 wskazał, że wartość gospodarcza Załącznika nr 6, została wykazana na str. 13 uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (pismo z dnia 16.10.2020r.), której Odwołujący 1 nie będzie powielał.

Zdaniem Odwołującego 1 pewne okoliczności w ramach uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, należy wyłącznie wykazać. Orzecznictwo w tym zakresie dopuszcza różnicowanie podejścia do poszczególnych elementów tajemnicy przedsiębiorstwa, wskazując, że „wykazanie” czasami wiąże się z udowodnieniem, jednak, co do zasady, jest znaczeniowo pojęciem słabszym od „udowodnienia”, a co za tym idzie

wielokrotnie sama argumentacja wykonawcy będzie wystarczająca dla spełniania wymogów ustawy. Odwołujący 1 powołał się na wyrok z dnia 20 czerwca 2018r. sygn. akt KIO 1132/18, wyrok z dnia 09 października 2017r. sygn. akt KIO 2028/17,

Uzasadnienie w zakresie Załącznika nr 7.1, 7.2, 7.3, 7.4.

Odwołujący 1 wskazał, że ciężko odnieść się do uzasadnienia Zamawiającego, albowiem to zostało połączone z uzasadnieniem do załączników nr 6,10 i 11. Jedyne zdanie jakie potencjalnie powinno pozostać zbieżne z omawianym fragmentem to poniższy fragment: Wykonawca nie wykazał w jaki sposób zastrzeżone informacje z zakresie innowacyjnych technologii oddziałują na wycenę sporządzoną przez Wykonawcę i jego pozycję rynkową.

Odwołujący 1 w żaden sposób nie może zgodzić się z powyższą - lakoniczną wypowiedzią. Odwołujący 1 wskazał, iż na str. 5 i 6 uzasadnienia do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał: „Załącznik nr 7 zawiera dowód na zastosowanie innowacyjnych technologii w zakresie inwentaryzacji, które Wykonawca pozyskał przy wykorzystaniu własnego sprzętu, jak też wiedzy pracowników Eurovia Polska S.A. Zastosowana technologia stanowi zbiór informacji pomocnych w zakresie organizacyjnym, doboru metody realizacji, zaangażowania zasobów ludzkich. Wskazane informacje pozwalają w sposób niezwykle szczegółowy panować nad obszarem realizacji, co przekłada się ułatwienia samego startu kontraktu, jak i późniejszej realizacji”.

Natomiast na str. 13 i 14: „[...] Wykonawca podkreśla szczególną rolę niniejszego załącznika, jak też zwraca uwagę, fakt, że został pozyskany wyłącznie przez Wykonawcę, jako wypadkowa posiadanych przez niego kadr i sprzętu. Wykonawca podkreśla, że opracowanie zostało wykonane przy użyciu profesjonalnego i zaawansowanego technologicznie sprzętu, do którego obsługi i analizy danych został wykorzystany przeszkolony w tym zakresie personel Eurovia Polska S.A. Wykonawca wskazuje, że pozyskane dane, ze względu chociażby na swoją precyzję, dają daleko idącą przewagę w zakresie wyceny. Informacje wskazane powyżej stanowią same w sobie podstawę prawidłowej wyceny zamówienia publicznego [...]”.

Odwołujący 1 podkreślił, że nie mógł posłużyć się bardziej szczegółowym opisem zawartości załącznika, albowiem doprowadziłoby to do ujawnienia przyjętej przez niego metodologii działania, tj. wykorzystanej technologii, pozyskanych danych i ich opracowania. Natomiast, co nie może pozostać niezauważone, Zamawiający poza przedmiotowym zastrzeżeniem, dysponuje wyjaśnieniami złożonymi w trybie art. 90 ust. 1, 1a pzp. Zamawiający nie może

„oderwać” tekstu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa od treści informacji, których ono dotyczy. Jeżeli Zamawiający przyjrzy się i zestawি ze sobą wskazane dokumenty, to zobaczy, że argumentacja Odwołującego 1 koresponduje ze szczegółowym i utajnionym wyjaśnieniem na str. 27 - 28, jak też z fragmentami widniejącymi na str. 37-39, 47, 55-58, 61-62, 64, 66-67 oraz 71-88, gdzie dokładnie pokazano jaką rolę w procesie tworzenia oferty odegrały „nowinki” technologiczne.

Wobec powyższego, w ocenie Odwołującego 1, nie ma podstaw do powątpiewania, tak w charakter przedstawionych informacji, jak też w ich walor gospodarczy.

Odwołujący 1 dodatkowo zwrócił uwagę na dwa istotne aspekty. Po pierwsze, informacje określone w Załączniku nr 7 nie przekazują pełnego zasobu danych którymi dysponuje wykonawca, a wskazują i potwierdzają wyłącznie metodę, którą wykorzystał do optymalizacji swojej oferty. W ocenie Odwołującego 1 już sam pomysł na wykorzystanie odpowiednich osiągnięć technologii i ich zestawienia z danymi uzyskanymi od Zamawiającego, daje daleko idącą przewagę na poziomie wyceny. Nieprzypadkowo w wyjaśnieniach znalazł się artykuł z prasy branżowej, mający w sposób obiektywny potwierdzać stanowisko Odwołującego 1.

Po drugie, Odwołujący 1 zwrócił uwagę, że dane pozyskane w ramach Załącznika nr 7, są danymi cyfrowymi o rozmiarze liczonym w dziesiątkach gigabajtów, a co za tym idzie jego przekazanie w całości, choćby z powodu ograniczeń technicznych jest niemożliwe.

Uzasadnienie w zakresie Załącznika nr 10.

Odwołujący 1 wskazał, że argumentacja w zakresie Załącznika nr 10 w znacznej mierze pokrywa się z tą przedstawioną przy okazji omawiania Załącznika nr 6. Podobnie w tym przypadku Zamawiający nie przedstawił w piśmie z dnia 25.02.2021r. szczegółowej argumentacji, która mogłaby zostać bezpośrednio odniesiona do przedmiotowego dokumentu.

Podobnie jak w przypadku harmonogramu, Zamawiający ogranicza się do stwierdzenia, iż wszystkie dane określone w schemacie wynikają z OPZ, z czym nie można się zgodzić. W ocenie Odwołującego 1 nawet jeżeli określone stanowiska zostały przewidziane w dokumentach otrzymanych na etapie przygotowania ofert, to jednak rozłożenie i zadysponowanie zasobami ludzkimi stanowi rozwiązanie opracowane przez Odwołującego 1. Podział znajdzie zastosowanie, tak do niniejszego zamówienia publicznego, jak i do analogicznych rozwiązań dla kontraktów utrzymaniowych na terenie Województwa Podkarpackiego, albowiem pewne role, czy też zasady realizacyjne wynikają ze stałego wzorca sporządzonego na potrzeby GDDKiA jako całej instytucji. Ponadto, powołujemy się

analogiczne na argumentację wykorzystaną w odwołaniu, na potrzeby omówienia wartości Załącznika nr 6.

Uzasadnienie w zakresie Załącznika nr 11.

Odwołujący 1 wskazał, że w zakresie Załącznika nr 11 podobnie, jak w przypadku Załączników nr 6, 7 oraz 10, Zamawiający nie sporządził precyzyjnej argumentacji, która odnosiłaby się bezpośrednio do przedmiotowego dokumentu. Mając to na względzie Odwołujący 1 ponownie nie może zlokalizować treści uzasadnienia Zamawiającego, z którą mógłby wejść w polemikę. Można co najwyżej przypuszczać, że również w niniejszym przypadku, Zamawiający kwestionuje faktyczne możliwości uzyskania przewagi technologicznej przez wykonawcę. Odwołujący 1 wskazał, iż przypadku Załącznika nr 11, chciał uniknąć szerszej argumentacji zamieszczonej w dokumentacji jawnej (uzasadnieniu do tajemnicy przedsiębiorstwa), albowiem ta, mogłaby stanowić oczywiste wskazówki co do faktycznie wykorzystywanych przez niego narzędzi, gdzie kluczowa wydaje się już sama jego nazwa. Konkurenci celem uzyskania analogicznych „atutów” co Odwołujący 1, mogą próbować wejść w jego posiadanie, co będzie oznaczało utratę jego dotychczasowej przewagi, a co więcej, da możliwość przetwarzania danych pochodzących z ofert wykonawcy, pozwalając uzyskać ich szczegółowe składowe. Jednocześnie, w ocenie Odwołującego 1, przydatność i wartość omawianego instrumentu, potwierdza w sposób bezpośredni opis widniejący na str. 24, 53 oraz 68 wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust 1 i 1a pzp, jak też na stronach 37, 47, 55-58, 61-62, 64, 66-67 oraz 71-88 tegoż samego dokumentu.

Uzasadnienie w zakresie zastrzeżonych fragmentów wyjaśnień (zaznaczonych kolorem żółtym).

Odwołujący 1 wskazał, że nie znalazł w treści pisma z dnia 25.02.2021r. fragmentu który wprost negowałby prawidłowość zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, co do informacji znajdujących się w treści pisma i oznaczonych kolorem żółtym, co skłania go do uznania tej części zastrzeżenia za dokonany prawidłowo. Z daleko idącej ostrożności Odwołujący 1 zwrócił uwagę na poniższy fragment pisma z dnia 25.02.2021r., które chociaż w sposób pośredni koresponduje z uzasadnieniem z pisma z dnia 16.10.2020r.

Zamawiający wskazuje również, że w treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy nie odniesiono się do poszczególnych cen, nie wykazano zastrzeżenia co do każdej z podawanych informacji. Trudno zatem uznać, także w świetle powyższego, że przyjmowane

poszczególne dane dla realizacji niniejszego kontraktu stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wskazywanie cen za poszczególne elementy także nie stanowi tajemnicy. Jak wskazano wyżej, kalkulacja została sporządzona na potrzeby niniejszego zamówienia i jako taka nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wobec tak ogólnego charakteru uzasadnienia Zamawiającego, Odwołujący 1 nie jest w stanie z nim polemizować, ograniczając się do przedstawionej już argumentacji w zakresie rozróżnienia pomiędzy statusem finalnej ceny oferty, a jej poszczególnych składowych. Odwołujący 1 podkreślił, że po pierwsze, zastrzeżenie pewnych danych w treści samych wyjaśnień było oczywistą konsekwencją wykorzystania informacji pochodzących z zastrzeżonych załączników. Po drugie, Odwołujący 1 szczegółowo wskazał na charakter informacji (oznaczonych kolorem żółtym), na str. 4 wyjaśnień, żeby opisać ich wartość gospodarczą na str. 14 tego samego dokumentu. Po trzecie, Odwołujący 1 zwrócił uwagę, że w omawianym zakresie zostały zastrzeżone (poza danymi wynikającymi z załączników) informacje wyselekcjonowane i cenne dla Odwołującego 1. Pokazują one w sposób precyzyjny metodykę wykonania zamówienia, jaki i wykorzystane w tym wypadku zasoby i sprzęt.

Odwołujący 1 wskazał, że rodzaj informacji które podlegały utajnieniu w treści samych wyjaśnień. Były to informacje:

- organizacyjne w zakresie ilości i sposobu wykorzystania i podziału brygad roboczych,
- cenowe i ilościowe w zakresie materiałów/sprzętu/robocizny, w tym koszty zakupu i eksploatacji sprzętu w szczególności koszty paliwa;
- technologiczne (w zakresie wykorzystanych narzędzi);
- wyliczenia w zakresie zdarzeń losowych na odcinku
- o metodach podziału poszczególnych asortymentów pomiędzy siły własne, a zewnętrzne;
- w zakresie autorskich wyliczeń i zestawień na potrzeby niniejszych wyjaśnień;
- w zakresie wykorzystania nowoczesnych metod pomiarowych;
- w zakresie kosztów pośrednich.

Odwołujący 1 wskazał, że w jego ocenie uzasadnienie odtajnienia informacji niejawnych z dnia 25.02.2021r. zostało sporządzone w sposób lakoniczny i wielu aspektach celowo pomija argumentację przedstawioną przez wykonawcę, odnosząc się do ogólników. Zamawiający w

swoich twierdzeniach nie przywołuje bezpośrednio tekstu ustawy, ale tworzy własne pojęcia i wymagania dla uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa (podkreślamy przy tym, iż stworzył je dopiero na potrzeby „odtajnienia” tajemnicy Odwołującego 1, nie wspominając o nich - choćby i bez podstawy ustawowej - na etapie SIWZ). Zamawiający dokonuje pewnych stwierdzeń w sposób autorytatywny, nie odnosząc się do treści argumentacji przedstawionej przez Odwołującego 1, zupełnie pomijając też stanowiska doktryny lub orzecznictwa. Pomimo, iż Zamawiający zamierza odtajnić cały zakres informacji zastrzeżonych przez Odwołującego, to jednak w piśmie z dnia 25.02.2021r. nie odnosi się do każdego z argumentów przedstawionych w uzasadnieniu Odwołującego 1.

### **Sygn. akt: KIO 736/21**

W dniu 8 marca 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wypłynęło odwołanie wykonawcy FBSerwis S.A. (dalej „**Odwołujący 2**”) zarzucając Zamawiającemu naruszenie w Postępowaniu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913; dalej: ustawa ZNK” poprzez niezasadne uznanie za nieskuteczne zastrzeżenia poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego 2 tj. wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oraz dowodów przedstawionych na ich poparcie i przyjęcie, że: (i) informacje te nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa; (ii) Odwołujący 2 rzekomo nie wykazał, aby ww. informacje stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego 2, podczas gdy zastrzeżone informacje są informacjami technicznymi, organizacyjnymi oraz innymi posiadającymi wartość gospodarczą, które jako całość, w tym szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane ani łatwo dostępne osobom zajmującym się tym rodzajem informacji (w szczególności konkurentom Odwołującego 2), a Odwołujący 2 podjął przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu zachowania ich w poufności, a nadto jednocześnie z przekazaniem tych informacji wykazał ww. okoliczności, a tym samym Zamawiający zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy PZP nie powinien ww. informacji ujawniać konkurentom Odwołującego 2.

Odwołujący 2 wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji o ujawnieniu informacji zastrzeżonych przez Odwołującego 2 jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa, względnie, na wypadek nieuwzględnienia żądania podniesionego w pkt 2. Powyżej nakazanie Zamawiającemu ograniczenia zakresu odtajnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego 2, zasądzenie na rzecz Odwołującego 2 kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa według spisu (faktury), który przedłożony zostanie na rozprawie.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący 2 wskazał, że w zakresie części 1 Postępowaniu swoje oferty złożyło: sześciu wykonawców w zakresie części 1 zamówienia (Rejon w Rzeszowie OUA Dębica) oraz czterech wykonawców w zakresie części II zamówienia. Odwołujący swoją ofertę złożył w zakresie obu części zamówienia. W dniu 30 lipca 2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego 2 (oraz trzech innych wykonawców) do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny w ramach Części 1 zamówienia. Kolejnymi pismami Zamawiający wydłużał termin złożenia wyjaśnień (w związku z odwołaniem, które wniósł jeden z wykonawców na czynność wezwania do złożenia oferty), ostatecznie ustalając ten termin na dzień 16 października 2020 r. W dniu 16 października 2020 Odwołujący 2 przekazał Zamawiającemu wyjaśnienia (dalej: **„Wyjaśnienia I”**), zastrzegając jednocześnie, że ich treść oraz treść załączonych do nich dokumentów stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego 2. Odwołujący 2 przedstawił jednocześnie uzasadnienie objęcia przedmiotowych informacji zastrzeżeniem poufności oraz załączył dowody potwierdzające podjęcie działań zapobiegających ujawnieniu zastrzeganych informacji. W dniu 18 grudnia 2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego 2 do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny w ramach Części II zamówienia. W dniu 8 stycznia 2021 roku Odwołujący 2 takie wyjaśnienia przekazał Zamawiającemu (dalej: **„Wyjaśnienia II”**), ponownie zastrzegając ich treść jako tajemnicę swojego przedsiębiorstwa oraz załączając dowody na podjęcie działań zapobiegających ich niepowołanemu ujawnieniu.

W dniu 25 lutego 2021 r. Zamawiający poinformował Odwołującego 2, że odtajnia Wyjaśnienia I, tj. całości wyjaśnień i załączonych do nich dowodów, z wyłączeniem nazw (firm) kontrahentów i dostawców, które w ww. dokumentach zostały wskazane. W dniu 4 marca 2021 r. Zamawiający poinformował natomiast o odtajnieniu Wyjaśnień II w analogicznym zakresie. W obu tych pismach Zamawiający wskazał tożsame powody odtajnienia zastrzeżonych informacji.

Zdaniem Zamawiającego:

- A. Informacje takie jak know-how wykonawcy czy strategia cenowa w ogóle nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, skoro cena była indywidualnie kalkulowana na potrzeby Postępowania,
- B. nie mogły uzasadniać zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa stosowane zabezpieczenia w postaci umów z pracownikami, zabezpieczenia komputerowe czy wyposażenie siedziby spółki, bowiem nie są one „niczym nadzwyczajnym”,
- C. zastrzeżenie informacji nie mogło mieć charakteru zbiorczego, gdyż zdaniem Zamawiającego Odwołujący 2 winien był odrębnie dla każdej poszczegółnej zastrzeganej

informacji (np. konkretnej ceny) wykazać przesłanki pozwalające uznać ją za tajemnicę przedsiębiorstwa oraz podjęte środki ochrony przed ujawnieniem, które indywidualnie zostały zastosowane do zabezpieczenia tej konkretnej informacji, nie zaś ogólnie obowiązujące u Odwołującego 2 mechanizmy czy procedury zabezpieczenia zastrzeganych informacji.

Zdaniem Odwołującego 2, powyższe stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe z przyczyn opisanych poniżej.

#### Związanie zamawiającego treścią zawiadomienia o wykluczeniu Odwołującego

Odwołujący 2 wskazał, że podstawą faktyczną odtajnienia Wyjaśnień I i Wyjaśnień II były okoliczności wskazane w lit. A. - C. powyżej, tj. okoliczności wskazane w treści informacji o odtajnieniu wyjaśnień Odwołującego 2. Zamawiający nie wskazywał, aby jakiegokolwiek inne przesłanki przemawiały za zasadnością odtajnienia tych wyjaśnień, co oznacza, że w istocie nie były one faktycznym powodem odtajnienia informacji. Takie zakreślenie przez Zamawiającego podstawy faktycznej odtajnienia Wyjaśnień Odwołującego 2, ujawnione w informacji przekazanej odpowiednio w dniu 25 lutego 2021 r. i 4 marca br., wyznaczają granice rozpoznania sprawy niniejszej. Jak bowiem słusznie zauważył Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z dnia 15 lipca 2011 r. sygn. akt XXIII Ga 416/11: „z punktu widzenia zamawiającego oznacza to, że nie może on zmieniać ani rozszerzać podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania do wniesieniu przez takiego drugiego odwołania. W świetle związania KIO, Sądu Okręgowego i odwołującego zarzutami podniesionymi w odwołaniu, sprzeczne z naczelną zasadą postępowania cywilnego, jaką jest zasada równouprawnienia stron, byłoby dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu odwołującego. Wobec związania swoimi zarzutami, odwołujący nie mógłby bowiem odnieść się do nowych okoliczności przedstawionych przez zamawiającego po wniesieniu odwołania. Z tych względów postępowania zamawiającego, polegającego na przedstawieniu nowych dowodów w odpowiedzi na odwołanie i skardze, nie można traktować jedynie jako rozszerzenia argumentacji zawartej w decyzji o wykluczeniu. Powyższej wykładni nie podważa zasada ekonomiki procesowej ani zasada dyspozycyjności formalnej, czyli rozporządzania przez stronę czynnościami procesowymi. Zasady te, aczkolwiek ważne, nie mogą mieć charakteru dominującego. Z punktu widzenia naczelnych zasad postępowania cywilnego z pewnością ważniejszą rolę odgrywa zasada równouprawnienia stron a dokładniej zasada równości środków procesowych. Podsumowując, skoro odwołujący – wykonawca był związany swoimi zarzutami zawartymi w odwołaniu to również zamawiający był związany podstawą faktyczną



decyzji od której to odwołanie wniesiono. Dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji przez zamawiającego uniemożliwiłoby jednocześnie odwołującemu - wykonawcy przedstawienie zarzutów fart. 192 ust. 7 i art. 198f ust. 4 p.z.p. co do tych nowych okoliczności."

Mając powyższe na uwadze, zdaniem Odwołującego 2, ocena zasadności zarzutów podniesionych w odwołaniu winna być dokonana wyłącznie w odniesieniu do okoliczności, na które Zamawiający powołał się w decyzji o odtajnieniu wyjaśnień - które to okoliczności jako jedyne zostały Odwołującemu 2 zakomunikowane przez wniesieniem przez niego odwołania.

Z ostrożności Odwołujący 2 wskazał, że wszelkie ewentualne próby rozszerzenia przez Zamawiającego podstawy faktycznej odtajnienia informacji zastrzeżonych, które w ww. pismach Zamawiającego ujęte nie zostały, należy z góry odrzucić jako będące na gruncie niniejszej sprawy niedopuszczalne.

Odnosząc się do faktycznych podstaw ujawnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego 2 (wymienionych w lit. A. – C) wykonawca wskazał, co następuje:

Ad. A.

Nie jest prawdą, jakoby informacje dotyczące stosowanych przez wykonawcę metod szacowania ceny ofertowej, przyjmowanych założeń czy strategii cenowych nie mogły stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. W istocie każde wyjaśnienia składane na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy PZP są składane w celu wyjaśnienia ceny oferty w danym (jednostkowym) postępowaniu. Jednakże powyższa okoliczność w żaden sposób nie wyłącza możliwości uznania a priori tego rodzaju informacji za stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Jest wręcz przeciwnie - w orzecznictwie z zakresu zamówień publicznych nie budzi wątpliwości, że informacje zawarte w wyjaśnieniach mogą być zakwalifikowane jako tajemnica przedsiębiorstwa (por. uzasadnienia wyroków Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 8 maja 2007r., sygn. akt XIX Ga 167/07, Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 14 maja 2013 r. sygn. akt KIO 908/13, z dnia 7 maja 2018 r. sygn. akt KIO 749/18, z dnia 11 kwietnia 2016 r. sygn. akt KIO 456/16 i cały szereg innych).

W ocenie Odwołującego 2, wartość informacji zawartych w wyjaśnieniach nie jest ograniczona do jednostkowego postępowania przetargowego. Jest rzeczą oczywistą, że ujawnienie wiedzy odnośnie do sposobu kalkulowania przez danego wykonawcę ceny ofertowej, przyjmowanych założeń, ocenianych ryzyk, warunków współpracy z

poszczególnymi kontrahentami i wszystkich innych zawartych w wyjaśnieniach Informacji prowadziłyby do uzyskania przez konkurentów znaczącej i przy tym nieuzasadnionej przewagi w całym obszarze prowadzonej przez wykonawcę działalności gospodarczej. Tego rodzaju dane stanowią bowiem podstawę kalkulowania cen również w innych postępowaniach, w szczególności (choć niewyłącznie) w postępowaniach dotyczących zamówień na usługi tożsame z tymi, które są udzielane w niniejszym postępowaniu. Wymaga bowiem zaznaczenia, że Wykonawca w analogiczny sposób, biorąc pod uwagę tożsame czynniki generujące koszty, kalkuluje ceny ofertowe dla wszystkich (bądź zdecydowanej większości) zamówień o zbliżonym przedmiocie. Ponadto, w przypadku zamówień realizowanych w tym samym regionie geograficznym Wykonawca korzysta wielokrotnie ze współpracy z tymi samymi podwykonawcami i dostawcami, oferującymi co do zasady swe usługi i dostawy na podobnym poziomie cenowym - przy czym z uwagi na długotrwałą współpracę warunki te są w większości znacznie bardziej atrakcyjne, niż proponowane konkurentom wykonawcy. Konkurenci Odwołującego 2 posiadając wiedzę, jakie okoliczności Odwołujący 2 bierze pod uwagę przy kalkulacji ceny ofertowej oraz w których z nich upatruje on możliwości obniżenia ceny ofertowej niewątpliwie będą w stanie przewidzieć, że w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, gdzie analogiczne okoliczności również występują, Odwołujący 2 również będzie mógł zaoferować nieco niższą cenę (względnie, tam gdzie ww. okoliczności nie będą mogły być zastosowane - że cena oferowana przez Odwołującego 2 będzie wyższa). W świetle powyższego, zdaniem Odwołującego 2 wykazana powyżej wartość gospodarcza zastrzeganych informacji nie jest ograniczona ramami Postępowania. Informacje te mają istotną wartość w kontekście całej działalności wykonawcy, zarówno w branży utrzymania dróg, jak i we wszelkich innych przejawach działalności gospodarczej prowadzonej przez Wykonawcę.

Ad. 2.

Niezrozumiałym jest dla Odwołującego 2, z jakiego powodu Zamawiający uznaje fakt stosowania przez niego „zwykłych zabezpieczeń” przed ujawnieniem informacji miałyby wykluczać możliwość uznania tajemnicy przedsiębiorstwa. Powyższe zdaje się wskazywać, że Zamawiający za dostateczne wykazanie zasadności zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa uznałaby jedynie wykazanie (wręcz udowodnienie) podjęcia przez Odwołującego 2 tylko takich czynności zapobiegających ujawnieniu informacji, które są „niezwykłe” w tym sensie, że w praktyce nie są przez innych przedsiębiorców w normalnym toku działalności stosowane, w tym sensie są „unikatowe”. Zdaniem Odwołującego 2, teza ta jest absurdalna, bowiem sprowadzałaby się ona do przyjęcia, że tylko informacje podlegające nadzwyczajnej ochronie (takiej, według której chronione są np. ściśle tajne informacje, związane z bezpieczeństwem państwa czy ochroną kontrwywiadowczą), nie zaś

informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstw prowadzących „zwykłą” działalność gospodarczą, niezwiązaną w żaden sposób z bezpieczeństwem narodowym. Odwołujący 2 wskazał, że przepis art. 11 ust. 2 ustawy ZNK nie wymaga, aby przedsiębiorcy dla zabezpieczenia informacji stanowiących ich tajemnicę podejmowali jakiegokolwiek „nadzwyczajne”, „ponadstandardowe”, czy „unikatowe” lub „niespotykane” działania mające na celu zachowanie informacji w poufności. Wręcz przeciwnie, przywołana regulacja wskazuje jedynie, że działania takie powinny być podjęte

(1) przy zachowaniu należytej staranności (a więc staranności, która generalnie powinna cechować wszystkie działania przedsiębiorcy) oraz

(2) w celu utrzymania informacji w poufności.

Odwołujący 2 powołał się na wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 11 maja 2018 r. sygn. akt II SA/Wa 1526/17: „Nie ulega zatem wątpliwości, że informacja staje się „tajemnicą ” kiedy przedsiębiorca przejawia wolę zachowania jej, jako niepoznawalnej dla osób trzecich. Nie traci natomiast swojego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób zobowiązanych do dyskrecji (np. pracownicy przedsiębiorstwa). Utrzymanie danych informacji, jako tajemnicy wymaga więc podjęcia przez przedsiębiorcę działań zmierzających do wyeliminowania możliwości dotarcia do nich przez osoby trzecie w normalnym toku zdarzeń, bez konieczności podejmowania szczególnych starań. Ustawodawca nie przesądził przy tym, jakie to mają być działania. Istotne jest w każdym razie to, aby działania te były podejmowane z uwagi na charakter danych informacji, a nie dopiero w wyniku otrzymania przez przedsiębiorcę wniosku o ich ujawnienie.” Ponadto Odwołujący 2 powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23 marca 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 2237/17, w którym sąd wskazał z jednej strony, że działania takie jak kontrola dostępu, właściwy obieg informacji czy technologie bezpieczeństwa sieci informatycznych (a więc dokładnie tego rodzaju działania, jakie wykazał w Wyjaśnieniach I i Wyjaśnieniach II Odwołujący 2) są odpowiednie do zabezpieczenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, z drugiej zaś podkreślił, że tego rodzaju informacje są rutynowo stosowane przez dużych przedsiębiorców czy międzynarodowe korporacje - do których należy Odwołujący 2 (co zostało wykazane w Wyjaśnieniach I i II), a to samo w sobie świadczy o dostatecznym wykazaniu przesłanki zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Ad. 3.

Zdaniem Odwołującego 2, błędne jest również twierdzenie Zamawiającego, jakoby z samego faktu zastrzeżenia całości Wyjaśnień wynikał obowiązek uznania zastrzeżenia za nieskuteczne. Stanowisko dotyczące niemożności zastrzeżenia Wyjaśnień jako zbioru

informacji mogłoby być bronione w stanie prawnym obowiązującym przed dniem 27 sierpnia 2018 r., tj. przed dniem wejścia w życie ustawy z dnia 5 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1637). Przedmiotowa ustawa zmieniła definicję tajemnicy przedsiębiorstwa - zastąpiła funkcjonującą wcześniej definicję zapisaną w art. 11 ust. 4 ustawy ZNK nową definicją - która obecnie jest określona przepisem art. 11 ust. 2 ustawy ZNK o następującym brzmieniu: „Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności”. Przepisowi art. 11 ust. 4 ustawy ZNK zostało zaś nadane nowe brzmienie: „Wykorzystanie lub ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności gdy następuje bez zgody uprawnionego do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi i narusza obowiązek ograniczenia ich wykorzystywania lub ujawniania wynikający z ustawy, czynności prawnej lub z innego aktu albo gdy zostało dokonane przez osobę, która pozyskała te informacje, dokonując czynu nieuczciwej konkurencji”.

Zdaniem Odwołującego 2, w kontekście zupełnie bez znaczenia jest okoliczność, że część informacji zawartych w Wyjaśnieniach I oraz Wyjaśnieniach II jest łatwo dostępna czy powszechnie znana podmiotom prowadzącym działalność w zakresie objętym przedmiotem zamówienia. Informacje zawarte w ww. wyjaśnieniach stanowią komplementarny zbiór - określają bowiem całokształt okoliczności faktycznych i prawnych, których zaistnienie pozwoliło zaproponować wykonawcy cenę korzystniejszą niż jego konkurencji. Podlegają one tym samym ochronie właśnie jako taki zbiór przedmiotowych informacji - jako wyjaśnienie w jaki sposób wykonawca swoje oferty kalkuluje, jakie czynniki bierze pod uwagę i jak je ocenia, a także jakie działania optymalizacyjne, organizacyjne czy handlowe Wykonawca podejmuje w celu zredukowania kosztów realizacji zamówień publicznych i jakie efekty dzięki temu osiąga. Odwołujący 2 powołał się na orzeczenie KIO z dnia 3 marca 2020 r. sygn. akt: 330/20 oraz wyrok z dnia 13 września 2019 r. sygn. akt KIO 1692/19. Irrelevantne dla oceny zasadności zastrzeżenia poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy pozostaje również to, czy ww. informacje cechują się jakąś wyjątkową unikalnością. (tak m.in. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 13 lutego 2014 r. sygn. akt V CSK176/13.

Zdaniem Odwołującego 2, podobnie należy ocenić proces kalkulowania ceny ofertowej przez każdego funkcjonującego na rynku przedsiębiorcę. Proces ten polega na analizie całego szeregu czynników istniejących w chwili składania oferty i przewidywanych dla całego okresu realizacji zamówienia, które wpływają lub potencjalnie mogą wpłynąć na koszty realizacji zamówienia. Każda kalkulacja ceny ofertowej cechuje się w tym zakresie pewną odmiennością i unikalnym podejściem osoby, która ją wykonuje - wynikającą nie tylko z okoliczności dotyczących dostępności dla danego wykonawcy upustów czy rabatów, materiałów, sprzętu albo ludzi, ale również i czynników powszechnie każdemu znanych. W tym ujęciu wartość zaprezentowanych w Wyjaśnieniach I i II informacji nie wynika z charakteru samych tych informacji (np. tego, że Wykonawca zakończył realizację określonego kontraktu czy przedsięwzięcia), ale tego, że okoliczności tego rodzaju są przez wykonawcę brane pod uwagę przy kalkulowaniu ceny ofertowej i przekładają się na możliwość lei obniżenia.

Wartość tych wyjaśnień obejmuje również to, że inne okoliczności - które nie zostały w piśmie przedstawione - nie są brane pod uwagę przy kalkulowaniu ceny ofertowej - a taka okoliczność również ma istotne znaczenie. Ujawnienie tego rodzaju informacji pozwoliłoby konkurentom wykonawcy w dużym stopniu przewidywać poziomy cen oferowanych w innych, przyszłych postępowaniach - przy zastosowaniu analizy okoliczności faktycznych zaprezentowanych w piśmie wykonawcy dokonanej według tego samego schematu, w którym okoliczności te w ww. piśmie zostały. W warunkach ścisłej konkurencji, która panuje na rynku robót budowlanych i usług stanowiących przedmiot udzielanego przez Państwa zamówienia (co potwierdza chociażby liczba złożonych w Postępowaniu ofert oraz szeroki udział wykonawców w procedurach odwoławczych przed Krajową Izbą Odwoławczą), ujawnienie konkurentom wykonawcy przedmiotowych informacji może zaburzyć prawidłową konkurencję, dając innym przedsiębiorcom istotną przewagę. Będzie tak w sytuacji, w której owi konkurenci będą w stanie w pewnym przybliżeniu przewidzieć minimalny poziom ceny, jaką Wykonawca w kolejnych Postępowaniach będzie w stanie zaoferować - i tym samym odpowiednio dostosować swoją taktykę składania postąpień w toku aukcji elektronicznych, co będzie się wiązało z oczywistą szkodą wykonawcy. W tych okolicznościach ponownie stwierdzić należy, że wartość wyjaśnień wykonawcy odnoszących się do sposobu kalkulowania ceny ofertowej oraz czynników branych pod uwagę przy jej kalkulowaniu - jako zbioru danych (zestawienia informacji zarówno publicznie dostępnych, jak i ściśle chronionych) jest oczywista i nie może być kwestionowana. W świetle definicji zawartej w obowiązującym art. 11 ust 2 ustawy ZNK całość tychże informacji musi być uznana za prawnie chronioną tajemnicę przedsiębiorstwa i tym samym - wobec jej skutecznego zastrzeżenia przez wykonawcę i wykazania takiego charakteru w odpowiednim czasie - nie

może być ujawniana innym podmiotom na zasadzie art. 8 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

W ocenie Odwołującego 2, nie do przyjęcia jest w tym zakresie stanowisko Zamawiającego, jakoby wykazanie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do zastrzeganych informacji byłoby możliwe wyłącznie w przypadku odrębnego ich opisanie w przypadku każdej, pojedynczej informacji. Jak zostało wskazane powyżej, ochronie w ramach przewidzianej w art. 8 ust. 3 ustawy PZP instytucji zastrzeżenia informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa podlegają wyjaśnienia jako komplementarne zestawienie czynników mających znaczenie dla oszacowania ceny ofertowej. Co więcej, oczekiwanie Zamawiającego dotyczące odrębnego „uzasadniania” wartości gospodarczej każdej poszczególnej informacji prowadziłoby do absurdu - powodowałoby bowiem, że uzasadnienie objęcia wyjaśnień zastrzeżeniem poufności byłoby wielokrotnie bardziej obszerne, aniżeli merytoryczna treść samych wyjaśnień. Oznaczałoby to bowiem, że np. wykonawca musiałby odrębnie wykazywać:

- jaką wartość gospodarczą ma dla niego określona informacja, np. jedna cena czy jeden konkretny poziom kosztów;
- jakie konkretne działania zostały podjęte zostały zastosowane do ochrony tej jednej konkretnej informacji;
- co świadczy o tym, że ta dana informacja nie była wcześniej ujawniana.

Konieczności takiego odrębnego wykazywania przesłanek uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa nie przewidują przepisy ustawy PZP, ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czy też jakiegokolwiek inne przepisy prawne. Takiej konieczności nie przewidział również sam Zamawiający, czy to w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czy też w wezwaniu do złożenia wyjaśnień. Nie sposób również przyjąć, aby obowiązek takiego zaprezentowania okoliczności świadczących o zasadności zastrzeżenia poufności wynikał z charakteru informacji poufnych. Jest wręcz przeciwnie - charakter prezentowanych informacji przemawia za możliwością i zasadnością zbiorczego omówienia występowania wobec nich przesłanek warunkujących uznanie za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zdaniem Odwołującego 2, informacje prezentowane w wyjaśnieniach mają co do zasady bardzo podobny charakter, dotyczą one mianowicie:

- sposobu kalkulacji ceny ofertowej;
- czynników stanowiących podstawę kalkulacji i kosztów ponoszonych przy wykonywaniu usług utrzymaniowych;

- warunków i relacji handlowych z innymi przedsiębiorcami.

Wszystkie te informacje mają analogiczną wartość gospodarczą dla każdego przedsiębiorcy, bowiem decydują o możliwości zaoferowania ceny ofertowej na określonym poziomie, a wejście w ich posiadanie przez konkurentów wykonawcy mogłoby się wiązać z określonymi negatywnymi konsekwencjami - takimi właśnie, jak możliwość oszacowania poziomu cen oferowanych w innych postępowaniach, a także możliwość kopiowania wypracowanych przez Wykonawcę rozwiązań organizacyjnych i metod optymalizacji kosztów bądź przejęcia wykwalifikowanych pracowników czy nawiązania realizacji z określonymi partnerami handlowymi lub wynegocjowania równie atrakcyjnych warunków handlowych. Wszystkie te okoliczności zostały przez wykonawcę szczegółowo opisane w pkt 1 Wyjaśnień I i Wyjaśnień II. Podobnie nieuzasadnione byłoby opisywanie odrębnie dla każdej informacji działań podjętych w celu zapobieganiu jej ujawnienia. Podkreślenia w tym zakresie wymaga bowiem, że Odwołujący 2, zresztą jak każdy przedsiębiorca działający na rynku, nie określa dla każdej indywidualnej informacji szczególnych metod jej zabezpieczenia (odrębnego miejsca przechowywania, odrębnej procedury, odrębnego zobowiązania pracowników do ochrony tej konkretnej informacji poufnej), lecz swoje procedury zabezpieczenia informacji ustala na poziomie ogólnym. Podejmowanie ww. czynności odrębnie i indywidualnie dla każdej informacji byłoby absurdalne - powodowałoby to, że większość działań spółki musiałaby być nakierowana na zarządzenie procesem ochrony informacji, nie zaś na wykonywanie działalności gospodarczej (co przecież jest istotą funkcjonowania każdego przedsiębiorcy działającego na rynku).

Odwołujący 2 zaznaczył, że niemal wszystkie informacje klasyfikowane jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa są przez wykonawcę zabezpieczane w jednakowy sposób, w ramach wypracowanych w spółce wykonawcy procedur ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa i w oparciu o podobne rozwiązania - które to rozwiązania, wraz odpowiednimi dowodami, zostały szczegółowo opisane w pkt 1 Wyjaśnień I i Wyjaśnień II.

Odwołujący 2 wskazał, że w Wyjaśnieniach I i Wyjaśnieniach II w dostateczny sposób wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Mianowicie wykazał on:

- wartość gospodarczą zastrzeganych informacji (która to wartość - wbrew założeniom Zamawiającego - nie musi mieć charakteru unikatowego, szczególnie nowatorskiego - wystarczające w tym zakresie jest wykazanie, że taka wartość rzeczywiście istnieje,

choćby nawet nie były to wartości znacznego rozmiaru) - w tym zakresie Odwołujący 2 wskazał w Wyjaśnieniach, jakie korzyści mogą osiągnąć konkurenci Odwołującego 2 w przypadku pozyskania przedmiotowych informacji i jakie potencjalne szkody ujawnienie tych informacji po stronie Odwołującego 2 może spowodować;

- że zarówno jako całość, jak i w tym szczególnym (konkretnym) zestawieniu i zbiorze elementów informacje te nie są i nie były powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tego rodzaju informacjami ani nie są łatwo dla takich osób dostępne, przy czym Odwołujący 2 wyjaśnił, że znaczna część informacji była upubliczniana indywidualnie, a pozostałe nie były ujawniane jako element wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny ofertowej,
- że podjął i podejmuje w stosunku do tych informacji niezbędne działania w celu zachowania ich poufności - przy czym konkretne rozwiązania w tym zakresie zostały przez Odwołującego 2 nie tylko opisane, ale również udowodnione stosownymi dowodami.

W ocenie Odwołującego 2, w świetle powyższego nie można zgodzić się z Zamawiającym, iż uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa jest gołosłowne i lakoniczne czy też zbyt ogólne. Odwołujący 2 złożył szczegółowe wyjaśnienia uzasadniające utrzymanie informacji dotyczących sposobu kalkulacji ceny jako tajemnicę. W ocenie Odwołującego 2 składając wyjaśnienia wraz z dowodami wykazano tj. udowodniono, iż wskazane przez Odwołującego 2 informacje i dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zdaniem Odwołującego 2, „pod pojęciem "wykazania", o którym mowa w art. 8 ust. 3 Pzp, rozumieć należy nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie. Oczywiście nie można w tym upatrywać bezwzględnego obowiązku dowiedzenia zaistnienia każdej z przesłanek wymienionych w art. 11 ust. 4 Znk. Przykładowo poszukiwanie dowodów potwierdzających okoliczność negatywną, tj. nieujawnienia informacji do publicznej wiadomości, wydaje się problematyczne. Inaczej oceniać należy jednak chociażby kwestię wykazania, że podjęte zostały niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, które przybierają najczęściej materialną postać (wprowadzanie polityk bezpieczeństwa informacji, zawieranie odpowiednich klauzul w umowach z pracownikami lub kontrahentami wykonawcy, etc.)" ( vide: wyrok KIO z 14 sierpnia 2018 r, sygn. akt KIO 1491/18).

W ocenie Odwołującego 2, w świetle powyższego decyzja Zamawiającego o odtajnieniu praktycznie całości wyjaśnień (z wyłączeniem nazw (firm) kontrahentów) jako nieprawidłowa



winna zostać unieważniona. Z uwagi na fakt, że informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego 2 zostały zastrzeżone jak zbiór i zestawienie informacji o różnorodnym charakterze, a nadto z uwagi na to, że Zamawiający nie dokonywał przy podejmowaniu decyzji szczegółowej analizy, które z zastrzeżonych informacji stanowiły jego zdaniem tajemnicę przedsiębiorstwa, a które takiej cechy mogły nie posiadać, konieczne jest nakazanie Zamawiającemu unieważnienie decyzji o odtajnieniu Wyjaśnień I i II w całości.

Odwołujący 2 wskazał, że z daleko posuniętej ostrożności wskazuję, że nawet gdyby przyjąć stanowisko przeciwne do zaprezentowanego powyżej, tj. gdyby uznać dopuszczalność orzekania przez Izbę w zakresie wykraczającym poza granice podstawy faktycznej decyzji zamawiającego, to wskazać należy, że zakres odtajnienia przez Zamawiającego informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego 2 był zbyt szeroki. Jak bowiem wynika z przekazanych przez Zamawiającego informacji - planuje on ujawnić konkurentom Odwołującego 2 informacje takie, jak m.in.:

- Ryzyko brane pod uwagę przy kalkulacji ceny ofertowej oraz sposób jego oszacowania przez wykonawcę na potrzeby kalkulowania cen za usługi kompleksowego utrzymania dróg i autostrad (pkt III.1 - III.4 Wyjaśnień, str. 11-12 Wyjaśnień - ryzyko wypadków i zdarzeń losowych, ryzyko związane z warunkami pogodowymi, ryzyko wzrostu cen materiałów, ryzyko wzrostu wynagrodzeń);
- Certyfikaty szkoleń konkretnych pracowników Wykonawcy (str. 14 wyjaśnień oraz Załącznik nr 4 do wyjaśnień);
- Sposób kalkulowania ceny ofertowej (kompleksowe podejście do realizacji usług - str. 17 Wyjaśnień);
- Poziom oszczędności uzyskiwanych przez Wykonawcę w ramach zakupów w ramach grupy Budimex (siła zakupowa Grupy Budimex - str. 18 wyjaśnień);
- Szczegółowe założenia kalkulacyjne, według których kalkulowana była oferta Wykonawcy złożona w tym Postępowaniu (pkt V Wyjaśnień, str. 19-20 Wyjaśnień);
- Szczegółowe koszty kalkulowane przez wykonawcę na potrzeby ceny ofertowej, szacowane na podstawie indywidualnych czynników i okoliczności odnoszących się wyłącznie do Wykonawcy, w tym w szczególności: o organizacji pracy i liczby pracowników oraz wysokości wypłacanego im wynagrodzenia (stawki za 1 roboczogodzinę - str. 21 Wyjaśnień), posiadanego sprzętu oraz kosztów pozyskania sprzętu, w tym w szczególności ceny sprzętu indywidualnie zaoferowanej Wykonawcy (wykaz sprzętu załączony na str. 23-25 Wyjaśnień wraz z załączonymi do Wyjaśnień dokumentami potwierdzającymi posiadanie tego sprzętu, oferty zakupu sprzętu załączone do Wyjaśnień); Koszty wynajmu sprzętu (oferta wynajmu

załączona do Wyjaśnień), o Koszty zakupu paliwa na atrakcyjnych warunkach, w tym również wysokość uzyskanego przez Wykonawcę rabatu u dostawcy paliwa (str. 23 Pisma Wykonawcy - informacja o pomniejszeniu ceny m3 oleju napędowego o 115 zł / ceny litra benzyny obniżonej o 13/8 groszy netto, załączone do Wyjaśnień umowy zawierające szczegółowe postanowienia handlowe i poziomy rabatów); o warunki zakupu znaków drogowych (załączona do Pisma Wykonawcy oferta handlowa), ilość posiadanej przez Wykonawcę soli drogowej (str. 29 Wyjaśnień) oraz ceny zakupu soli na atrakcyjnych warunkach (załączniki nr 24 i 25 do Wyjaśnień); o warunki współpracy z podwykonawcami (załączniki nr 26 i 27 do Wyjaśnień); o wynik wykonawcy wynikający z realizacji innego zamówienia publicznego (str. 33 Wyjaśnień i załącznik nr 28 do Wyjaśnień); szczegółowe rozbiecie cen jednostkowych, określające dokładnie poziom kosztów materiałów, sprzętu i robocizny, pozostałych kosztów, kosztów pośrednich ponoszonych przez Wykonawcę oraz zakładany poziom zysku z realizacji przedsięwzięcia.

Zdaniem Odwołującego 2, informacje te - nawet w ujęciu jednostkowym, w oderwaniu od całokształtu wyjaśnień Odwołującego 2 i pełnego ich zbioru - posiadają bardzo istotną wartość gospodarczą, zatem ich ujawnienie, nawet przy akceptacji argumentacji Zamawiającego (wadliwej zdaniem Odwołującego 2) o niemożności objęcia zastrzeżeniem poufności zbioru informacji - musi być uznane za nieprawidłowe. Oczywistym jest, że nie tylko dane dotyczące nazw (firm) kontrahentów Odwołującego 2 stanowią ścisłą tajemnicę przedsiębiorstwa - równie istotne z punktu widzenia ubiegania się o zamówienia publiczne przez Odwołującego 2 i możliwości oferowania poszczególnym zamawiającym atrakcyjnych cen ofertowych są informacje dotyczące warunków handlowych oferowanych przez ww. podmioty oraz kosztów, które przez Odwołującego 2 są ponoszone w związku z wykonywaniem poszczególnych kategorii prac.

Mając na uwadze powyższe zdaniem Odwołującego 2 całość Wyjaśnień I i II stanowi tajemnicę jego przedsiębiorstwa i jako taka nie może zostać ujawniona. Z daleko posuniętej ostrożności, nawet gdyby uznać, że tajemnicą objęta może być tylko część wyjaśnień, przyjęty przez Zamawiającego zakres odtajnienia (całość wyjaśnień z wyjątkiem danych kontrahentów Odwołującego 2) jest zbyt szeroki i dalece wykracza poza cel, który jak wynika z pisma Zamawiającego w sprawie odtajnienia, chciał on osiągnąć. Na marginesie Odwołujący 2 wskazał, że pozostawienie utajnionych nazw (firm) kontrahentów Wykonawcy pozostaje w sprzeczności z zaprezentowanym przez Zamawiającego uzasadnieniem decyzji o odtajnieniu. Argumenty, które Zamawiający zaprezentował jako mające rzekomo przemawiać za odtajnieniem zastrzeżonych informacji w równym stopniu odnoszą się do

wszystkich informacji zawartych w Wyjaśnieniach. Odwołujący 2 wskazał, że nie uzasadniał odrębnie potrzeby ochrony nazw konkretnych kontrahentów (nie wskazywał, dlaczego dana, konkretna firma nie może być ujawniona), a jedynie zbiorczo wskazała na potrzebę ich ochrony. Nie jest zatem jasne, dlaczego Zamawiający zdecydował się akurat te dane pozostawić utajnione, a inne ujawnić (motywow swój decyzji w ogóle nie uzasadnił).

### **Sygn. akt: KIO 771/21**

W dniu 10 marca 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy B. K. i W. K. zam. 32-862 wspólnicy spółki cywilnej ReDrog S.C. B. K. & W. K. (dalej „**Odwołujący 3**”) zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 1 i 3 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 90 Przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 2020) poprzez zaniechanie wezwania Odwołujących 3 do udzielenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty oraz dalszych wyjaśnień dotyczących oferowanej ceny w sytuacji, kiedy na skutek złożenia przez nich obszernych wyjaśnień, Zamawiający powziął wątpliwości co do zgodności oferty z ustawą, SIWZ i prawidłowości skalkulowania cen wybranych pozycji oferowanej usługi;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy w zw. z ustawą z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207 ze zm.) i rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r. (Dz.U. poz.1778) oraz w zw. z art. 90 Przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz.2020) poprzez błędne zastosowanie ww. przepisów, w szczególności przepisów Rozporządzenia, a także niewłaściwą ocenę wyjaśnień złożonych przez Odwołujących 3 i uznanie, że złożyli oni ofertę zawierającą rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, oraz poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego 3;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z art. 90 Przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych poprzez bezpodstawne uznanie, że treść oferty odwołujących jest niezgodna z SIWZ, w sytuacji braku ku temu podstaw, oraz poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego 3;

- 4) art. 89 ust. 1 pkt 4 i 90 ust. 3 ustawy w zw. z. z art. 90 Przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 2020) poprzez niewłaściwą ocenę wyjaśnień złożonych przez Odwołującego 3 w zakresie wysokości ceny ofertowej jak również poszczególnych cen jednostkowych i uznanie, że złożyli oni ofertę, której cena skalkulowana zostały nieprawidłowo, niezgodnie z wymaganiami SIWZ, nierealnie i rażąco nisko w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego 3, w sytuacji braku podstaw do odrzucenia, a złożone rzetelne wyjaśnienia potwierdzają że cena nie jest rażąco niska, skalkulowana prawidłowo i zgodnie z SIWZ;
- 5) art. 26 ust. 1 ustawy w zw. z. z art. 90 Przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 2020) poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego 3 do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, pomimo że oferta Odwołującego 3 nie podlegała odrzuceniu i była najkorzystniejsza;
- 6) art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z. z art. 90 Przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 2020) poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez L. K. FIRMA USŁUGOWO-HANDLOWO-PRODUKCYJNA, 36-130 Raniżów, Zielonka 64, w sytuacji gdy najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu złożyli Odwołujący 3 oraz poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz poprzez wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu obowiązujących przepisów.

Odwołujący 3 wniósł o: unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego 3, unieważnienie czynności badania i oceny ofert; unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez L. K. FIRMA USŁUGOWO-HANDLOWO-PRODUKCYJNA, 36-130 Raniżów, Zielonka 64, nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wezwania Odwołującego 3 do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty; nakazanie Zamawiającemu zwrotu Odwołującemu 3 poniesionych przez nich kosztów postępowania, według rachunków przedłożonych na rozprawie, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów i materiałów wymienionych w treści uzasadnienia.

*Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i 90 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 1 ustawy w zw. z art. 90 Przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych*

Odwołujący 3 wskazał, że Zamawiający pismem z dnia 30 lipca 2020 r. wezwał do wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny. Wątpliwości Zamawiającego, sądząc po treści pisma, nie dotyczyły konkretnych pozycji, a całości ceny, bowiem zestawia ją z wartością zamówienia. Zamawiający, poza wskazaną wątpliwością, nie wskazał żadnej precyzyjnej informacji, która nakazywałaby skupić się na poszczególnych częściach zamówienia. Takie wezwanie i to w istocie opierające się na zacytowaniu przepisu nie jest prawidłowe, bowiem jest po prostu zbyt ogólne. Nie pozwala wykonawcy wyjaśnić faktycznych wątpliwości Zamawiającego (jeśli takie są), a wymaga odniesienia się wykonawcy do każdej z licznych pozycji składających się na złożone zamówienie. To, przy wiedzy o konieczności przedstawienia szczegółowych kalkulacji, narzuca Wykonawcy jednak pewną ogólność, choć oczywiście wyjaśnienia winny być jak najbardziej konkretne.

Odwołujący 3 wskazał, że złożył szerokie, konkretne i merytoryczne wyjaśnienia, co w zasadzie potwierdza Zamawiający pisząc, że wyjaśnienia wykonawcy „wplynęły w terminie i zawierały obszerny materiał. Dopiero po złożeniu tych wyjaśnień, a warto wskazać, że Zamawiający badał je 4,5 miesiąca (od 15 października 2020 r.), Zamawiający musiał powziąć wątpliwości wskazane precyzyjnie w „Informacji o Wykonawcach, których oferty zostały odrzucone” dot. Odwołującego 3. Świadczy o tym treść tegoż pisma Zamawiającego, który skupia się na pewnych szczegółach, których nie wyjaśnił i które ocenił dowolnie. Dotyczy to wszystkich pozycji wskazanych przez Zamawiającego, bowiem większość stwierdzeń Zamawiającego jest jego interpretacją oferty i wyjaśnień, niejednokrotnie abstrahującą od faktów. Stąd argumenty podane w kolejnych częściach odwołania, niejednokrotnie muszą wyjaśniać kwestie dotąd nieporuszone, bowiem Wykonawca nie wiedział i nie mógł wiedzieć, że przykładowo Zamawiający uważa, że transport tony soli kosztuje 100 zł, a nie 50 zł jak wskazał Wykonawca. Przy czym kwestia ta była dla Wykonawcy tak oczywista, iż nie przypuszczał, że musi przedstawić dowody na to, ile faktycznie kosztuje taki transport. To są kwestie, które winny być przedmiotem konkretnych pytań Zamawiającego, bowiem są na takim poziomie szczegółowości, że nie ma możliwości przedstawienia wyjaśnień dotyczącej całej oferty w taki sposób. Odwołujący 3 powołał się na wyrok z dnia 8 września 2020 r. KIO 1881/20

W ocenie Odwołującego 3, jeżeli Zamawiający powziął nowe wątpliwości odnośnie poszczególnych pozycji, to winien ponownie wezwać do złożenia wyjaśnień, w tym konkretnym zakresie. Odwołujący 3 powołał się na wyrok z dnia 26 czerwca 2020 r. KIO 758/20, wyrok KIO z dnia 13 października 2020 r. KIO 1976/20.

Odwołujący 3 wskazał, że złożył rzetelne i wyczerpujące wyjaśnienia, ale przy takich zarzutach jak pojawiły się ze strony Zamawiającego (co ważne dowolnych, a przez to niesłusznych), należało wezwać do doprecyzowania wyjaśnień w tym zakresie. Wówczas Wykonawca przedstawiłby dowody, jakie załączono do niniejszego odwołania oraz wyjaśniłby te wątpliwości na odpowiednim poziomie szczegółowości. Już tylko z tej przyczyny odwołanie jest słuszne i winno zostać uwzględnione.

W ocenie Odwołującego 3, nawet gdyby Zamawiający uznał, że wyjaśnienia są zbyt mało szczegółowe to i tak winien zażądać dodatkowych wyjaśnień. Odwołujący 3 powołał się na wyrok KIO z dnia 27 listopada 2020 r. KIO 2757/20.

*Zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 1 ustawy w zw. z ustawą z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207 ze zm.) i rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r. (Dz.U. poz.1778) oraz w zw. z art. 90 Przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych*

Odwołujący 3 wskazał, że w uzasadnieniu pisma: „Informacja o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone”, Zamawiający kilkakrotnie odwołuje się do przepisów dotyczących minimalnego wynagrodzenia i dokonuje wyliczeń mających wskazywać na rzekome zaniżenie ceny. Zaniżenie ma wynikać z faktu skalkulowania wynagrodzenia poniżej minimalnego, w szczególności bez pełnego kosztu pracodawcy. Zarzut ten pojawia się w kilku miejscach, a więc o ile nie wskażemy inaczej, to wywód poniższy dotyczy każdego z tych miejsc. Już na 6 stronie Zamawiający wskazuje, że ponieważ wykonawca założył koszt robocizny na poziomie 19-20 zł, to ma to jednoznacznie potwierdzać niespełnienie warunku wymogu SIWZ. Następnie podobny zarzut jest podnoszony w zakresie: „Utrzymanie miejsc obsługi podróży” (IV poz. 10)”, „Rutynowe objazdy dróg w ramach patroli (IV poz. 12)”, „Zimowe Utrzymanie Dróg (X poz. 2)”.

Zdaniem Odwołującego 3, Zamawiający zarzuca naruszenie przepisów, ale albo ich nie zna albo błędnie interpretuje. Otóż zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r. (dalej „Rozporządzenie”) wynika, że minimalnym wynagrodzeniem jest kwota 2600 zł, a minimalna stawka godzinowa wynosi 17 zł. Oczywistym jest, że są to kwoty brutto. Wykonawca naruszyłby ustawę o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, gdyby przyjął w swych wyliczeniach stawki niższe od wskazanych powyżej, a oczywistym jest, że stawka 19-20 zł za godzinę jest stawką wyższą, także jeśli pracownicy będą świadczyć pracę na podstawie umowy o pracę na pełny etat. Tym samym jest to stwierdzenie całkowicie bezpodstawne i abstrahujące od faktycznego brzmienia przepisów, na które Zamawiający się powołał.

Odwołujący 3 podkreślił również, że podstawą odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp nie może być niezgodność z jakąkolwiek ustawą, a tym bardziej z jakimkolwiek rozporządzeniem (niewydanym na podstawie ustawy Pzp), ale niezgodność z ustawą Prawo zamówień publicznych [tak słusznie w: „Prawo zamówień publicznych. Komentarz” red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkówiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, wydanie 12 za Legalis]. Odwołujący powołał się na orzeczenie KIO z dnia 17 grudnia 2019 r. KIO 2435/19.

W ocenie Odwołującego 3, ta podstawa sama w sobie nie może stanowić powodu odrzucenia oferty, a jedynie może to być argument dotyczący rażąco niskiej ceny. W zasadzie na tym można by zakończyć, tak oczywiście błędna jest wskazana przez Zamawiającego podstawa, tym niemniej z ostrożności konieczne jest przedstawienie dalszych argumentów. Odwołujący 3 wskazał, że absolutnie błędnym jest założenie, że koszt pracodawcy w każdym wypadku ma wynosić 20,93 złote i swoją drogą wykonawca nie wie na jakiej podstawie wyliczono tę kwotę. Otóż biorąc pod uwagę minimalną stawkę godzinową to koszt pracodawcy może się wahać od 17 złotych do 20,49 złotych. Przykładowo koszt pracodawcy wyniesie 17 złotych, jeśli pracę świadczy pracownik innej firmy, który otrzymuje wynagrodzenie większe bądź równe płacy minimalnej (u Wykonawcy takie sytuacje mają miejsce, bowiem prowadzi on również jednoosobową działalność gospodarczą oraz jest właścicielem spółki Przedsiębiorstwa Drogowo - Mostowego w Brzesku Sp. z o.o.) lub przy umowie z uczniem lub studentem do 26 roku życia. Natomiast w wypadku umowy z emerytem lub rencistą koszt pracodawcy wyniesie 20,05 zł. Zatem stawka 19-20 zł bierze pod uwagę te różnice i nie powoduje „naciągania” ceny robocizny, skoro Wykonawca wie, że posiłkuje się pracownikami z innych swych działalności oraz zatrudnia emerytów ze służb mundurowych.

W ocenie Odwołującego 3 absolutnie błędnym jest wyliczanie stawki godzinowej na podstawie umowy o pracę, bo po pierwsze tu koszt pracodawcy również różni się w zależności od sytuacji osoby zatrudnionej, ale przede wszystkim inny będzie „koszt godziny” w lutym, gdzie będzie 20 dni pracy (160 h), a inny w miesiącu 31-dniowym gdzie zdarzają się 23 dni pracy (184 h). Takie wyliczenie powoduje, że godzina tego samego pracownika (koszt pracodawcy 3.132,48 zł) kosztuje od 19,57 zł (3.132,48/160) do 17,02 zł (3.132,48/184). Zatem tam, gdzie Zamawiający z jednej strony powołuje się na konieczność zatrudnienia na umowę o pracę, a z drugiej dokonuje kalkulacji godzinowej, wprowadza po prostu w błąd.

Odwołujący 3 wskazał również, że jeśli Zamawiający odwołuje się do ustawy o minimalnym wynagrodzeniu to zgodnie z § 6 ust. 5 przy obliczaniu wysokości wynagrodzenia pracownika nie uwzględnia się m.in. wynagrodzenia za pracę w godzinach nadliczbowych, dodatku do wynagrodzenia za pracę w porze nocnej itd. Na stronie 8-9 „Informacji o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone” Zamawiający napisał: „Podobnie jest z zapewnieniem personelu — Wykonawca w wyjaśnieniach zakłada koszt robocizny - roboczogodziny na poziomie 19 - 20 zł., co jednoznacznie potwierdza niespełnienie warunku wymogu SIWZ (tj. zatrudnienia części pracowników na podstawie umowy o pracę (...) w pełnym wymiarze etatu) z jednoczesnym uwzględnieniem pełnego kosztu pracodawcy. Natomiast w punkcie 15.3. SIWZ wskazano: „Wykonawca w cenie oferty winien uwzględnić koszty pracy, których wartość nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej ustalonych na podstawie przepisów ustawy o minimalnych wynagrodzeniu za pracę z dnia 10 października 2002 r. z późniejszymi zmianami. Koszty te winny być uwzględnione niezależnie od tego, czy Wykonawca lub podmiot, który udostępnia Wykonawcy potencjał kadrowy, zatrudnia osoby skierowane do wykonania zamówienia na podstawie umowy o pracę czy umów cywilnoprawnych.”. Zatem SIWZ wcale nie precyzuje, iż należy podać pełny koszt pracodawcy, a odsyła jedynie do konkretnych przepisów, z których tenże koszt nie wynika. Już chociażby ten brak precyzji nie pozwala odrzucić oferty z tego tytułu.

Zdaniem Odwołującego 3 stawki 19-20 zł są prawidłowe i przyjęcie ich nie jest sprzeczne z prawem, a także nie potwierdza niespełnienia warunku wymogu SIWZ. Dowód: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, Oferta Odwołującego 3, Wyjaśnienia Odwołującego 3.

*Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z art. 90 Przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych.*



Odwołujący 3 wskazał, że Zamawiający wezwał do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, ale w żaden sposób nie uzewnętrznił swych wątpliwości dotyczącej rzekomej niezgodności oferty z SIWZ. Natomiast, a wynika to z przepisów ustawy Pzp (art. 26 ust. 3 i art. 87 ust. 1) w takim przypadku Zamawiający ma obowiązek zażądać wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Odwołujący 3 powołał się na wyrok KIO z dnia 10 grudnia 2019 r. KIO 2395/19:

Ad. 1 a) Informacji o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone

Remont oznakowania cienkowarstwowego (II poz. 1)

Odwołujący 3 wskazał, że wykonawca, składając wyjaśnienia dotyczące sposobu skalkulowania ceny za remont malowania cienkowarstwowego, w związku z wyjaśnieniem do SIWZ nr 72, założył zgodnie z danymi podanymi przez Zamawiającego, że całkowita powierzchnia oznakowania poziomego cienkowarstwowego wynosi 11 589,00 m<sup>2</sup> z czego 3 623,00 m<sup>2</sup> położonych jest w odcinku km 502+626 - 537+050 zaś 7 966,00 m<sup>2</sup> w odcinku km 537+050 - 552+229. Z danych zawartych w OPZ i wyjaśnieniach wynika, że odcinek w km 502+626 — 537+050 objęty jest gwarancją (wykonawcy autostrady) do 30.10.2024 r. zaś odcinek km 537+050 - 552+229 jest już poza okresem gwarancji. W związku z tym założył konieczność dokonania malowania cienkowarstwowego na odcinku 502+626 - 537+050 dwukrotnie (w związku z obowiązywaniem okresu gwarancji jeszcze przez 4 lata ) zaś na odcinku 537+050 - 552+229 sześciokrotnie. Powierzchnię malowania dla odcinka km 537+050 — 552+229 w całym okresie obowiązywania kontraktu ustalono w następujący sposób: 7 966,00 m<sup>2</sup> x 6 malowań = 47 796,00 m<sup>2</sup> zaś dla odcinka 502+626 - 537+050: 3 623,00 m<sup>2</sup> x 2 malowania = 7 246,00 m<sup>2</sup>. Łączna powierzchnia malowania przyjęta do wyceny to rzeczywiście 55 042,00 m<sup>2</sup> co o przemnożeniu przez stawkę jednostkową zaoferowaną przez podwykonawcę daje kwotę 429 327,60 zł. Cena za w/w pozycję została skalkulowana na podstawie oferty podwykonawcy zgodnie z SIWZ i OPZ i zawiera wszystkie koszty dotyczące danej pozycji, co w sposób jasny zadeklarowali Odwołujący 3 w złożonych wyjaśnieniach. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący 3 nie przewidzieli w wycenie kosztów doraźnego całorocznego utrzymania oznakowania cienkowarstwowego poziomego. Zamawiający przyznaje jednak, że Wykonawca zaoferował zgodnie z wymaganiami OPZ 6 malowań w trakcie trwania kontraktu do 15 czerwca. Przyznał również, że w okresie gwarancji Wykonawca nie odpowiada za zobowiązania gwaranta spowodowane ukrytą wadą robót i nie musi on ( Wykonawca) również cyklicznie odnawiać całości oznakowania. Ponadto, zdaniem Zamawiającego zgodnie z pkt 2.1.2. (cz. III OPZ) Wykonawca powinien

uwzględnić wykonanie zmian w oznakowaniu poziomym w ilości ok. 5% całkowitej powierzchni malowania uwzględnionej w wykazie, związaną z możliwą korektą organizacji ruchu, którą Zamawiający ma prawo wprowadzić w zależności od potrzeb." Jego zdaniem Odwołujący 3 pominął w wycenie ewentualną konieczność wykonania 579,45m<sup>2</sup> oznakowania cienkowarstwowego.

W ocenie Odwołującego 3, stanowisko Zamawiającego jest pozbawione podstaw i nielogiczne. W formularzu oferty przygotowanym przez Zamawiającego w GR II poz. I podaje on ilość malowania cienkowarstwowego jako 11 589 m<sup>2</sup>. Odwołujący 3 wskazał, że składając ofertę w niniejszym postępowaniu wykonawca nie był uprawniony do dokonywania zmian w ilościach oferowanych robót/usług wskazanych z formularzu cenowym, gdyż uniemożliwiło by to Zamawiającemu porównanie ofert. Wykonawca kalkulując cenę oferty winien uwzględnić niezbędne koszty wskazane w SIWZ. Sformułowanie pkt 2.1.2. (cz. III OPZ) wskazuje, że koszt wykonania zmian w oznakowaniu poziomym w ilości ok. 5% całkowitej powierzchni malowania uwzględnionej w wykazie, związany jest z możliwą korektą organizacji ruchu, którą Zamawiający ma prawo wprowadzić w zależności od potrzeb, a więc okoliczność ta wystąpić może, ale nie musi. Analogicznie rzecz przedstawia się z zakresem doraźnego całorocznego utrzymania oznakowania cienkowarstwowego poziomego którego zakres nie został i nie może być z góry precyzyjnie określony, a wynikał będzie z ujawnionych w trakcie potrzeb wykonania tego typu robót. Z uwagi na ich doraźny charakter, ich zakres będzie niewielki. Z zakresu utrzymania wykonywanego przez Wykonawcę wyłączone zostały prace/roboty związane z usuwaniem wad i usterek w elementach objętych gwarancją Wykonawców robót budowlanych (na czas trwania gwarancji). Zestawienie obowiązujących gwarancji na drogach zarządzanych przez GDDKiA Oddział w Rzeszowie Rejon Rzeszów stanowi Załącznik nr 19 do OPZ.

W ocenie Odwołującego 3, okoliczność wystąpienia konieczności wykonania zmian oznakowania ocenić należy jako ryzyko związane z realizacją kontraktu. Składając swoje wyjaśnienia Odwołujący 3 załączył do nich nie tylko część opisową ale również „Formularz cenowy- zestawienie zbiorcze - kalkulację szczegółową” w której wyodrębnił poszczególne kwoty przypadające na składowe stawki jednostkowej za malowanie cienkowarstwowe, w tym koszt robocizny na poziomie 0,04 zł, koszt materiałów 0,22 zł, koszt sprzętu na poziomie 0,06 zł, zaś „Inne koszty związane z wykonaniem robót” na poziomie 0,0351 zł. Tak więc pozycja inne koszty stanowi 6,62% łącznej stawki jednostkowej oraz ok. 11 % sumy kosztów robocizny, materiału i sprzętu. Pozycja ta zabezpiecza nie tylko ryzyka związane z koniecznością wykonania zmian oznakowania poziomego, ale również koszty niezbędne do wykonania zakresu doraźnego utrzymania oznakowania. Dodatkowo w związku ze zmianą nr

20 SIWZ dopuszczającą wykonanie oznakowania poziomego w technologii cienkowarstwowej na istniejącym oznakowaniu poziomym grubowarstwowym (GR II poz.2 formularza cenowego), pozwoliło to obniżyć cenę jednostkową malowania grubowarstwowego z 10,80zł/m<sup>2</sup> na 7,80 zł/m<sup>2</sup>. Zmiana ta pozwoliła uzyskać rezerwę finansową w pozycji malowanie grubowarstwowe na pokrycie innych ryzyk na łączną kwotę 412 908,00 zł netto, w tym na ryzyka związane z wykonaniem malowania cienkowarstwowego. Wartość pominiętych w wycenie zdaniem Zamawiającego robót w zakresie zmian oznakowania poziomego to kwota 4519,71zł (579,45m<sup>2</sup>x 7,80 zł/m<sup>2</sup>), a więc kwota znikoma w stosunku do wartości pozycji jak i założonej rezerwy. Dowód: OPZ str. 23, Wyjaśnienie nr 72 do SIWZ, zmiana SIWZ 20, zestawienie obowiązujących gwarancji na drogach zarządzanych przez GDDKiA Oddział w Rzeszowie Rejon Rzeszów stanowi Załącznik nr 19 do OPZ, Wyjaśnienia Odwołującego 3.

Ad 1. b) Informacji o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone.

Kompleksowe ręczne i mechaniczne koszenie traw i chwastów wraz z usuwaniem odrostów i samosiewów z pasa drogowego (VIII poz. 1).

W ocenie Odwołującego 3, zarzut dotyczący koszenia jest kompletnie niezrozumiały, bowiem jak wskazał Zamawiający w OPZ założono, że: „koszenie powinno być wykonywane w miarę potrzeb nie mniej niż czterokrotnie w ciągu roku czyli dokładnie tak jak założył Wykonawca. Dokładnie relewantny fragment OPZ brzmi: 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). (...) Pomiędzy koszeniami 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. Zamawiający dopuszcza możliwość zmniejszenia zakresu koszeń pośrednich II i III ale przy założeniu, że trawa musi w tym okresie odpowiadać wymaganiom co do wysokości podanym powyżej.

W ocenie Odwołującego 3, nie tylko nie ma mowy o 5 koszeniach, ale jeszcze zakłada się w OPZ możliwość zmniejszenia zakresu koszeń drugiego i trzeciego, jest to dość istotna okoliczność, bo Odwołujący 3 założył 4 pełne koszenia. Jeśli zatem Zamawiający uważa, że do spełnienia standardu wymagane jest pięć koszeń, to winien tak sporządzić OPZ. W przeciwnym razie wprowadził wykonawców w błąd. W ocenie Odwołującego 3, zarzut ten jest również dlatego niezrozumiały, że akurat w zakresie koszenia Odwołujący 3 ma

najwyższą cenę spośród wszystkich oferentów, a w szczególności wyższą od oferty wybranej. Otóż cena jednostkowa Odwołującego 3 to 3 złote, a oferenta L. K. Firma Usługowo-Handlowo-Produkcyjna to 0,6 zł, a więc 5 razy mniej. Aby oddać pełen absurd tej sytuacji należy wskazać, że Odwołujący 3 zarzucano, iż nie doszacowali tej pozycji o 541.098 złotych, choć ich cena za pozycję „Zieleń” wynosi 11.769.946,27 zł. Natomiast w wybranej ofercie jest to kwota 2.784.253,72 złotych i kwota ta nie wydała się Zamawiającemu rażąco niska!

Ponadto Odwołujący 3 wskazał, że podobnie tę pozycję opisał choćby Wykonawca AVR S.A., a więc założył 4 koszenia w roku, a odnośnie jego oferty Zamawiający nie zgłosił takiego zarzutu, a odrzucił ją z innych powodów. Dowód: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, OPZ s. 151, Oferta Odwołujących, Wyjaśnienia Odwołujących z 15.10.2020 r. z załącznikami, Oferta L. K. FIRMA USŁUGOWO-HANDLOWO-PRODUKCYJNA w Zielonce.

Ad. 1 c) Informacji o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone

Rutynowe objazdy dróg w ramach patroli

Odwołujący 3 wskazał, że zarówno w treści oferty jak i udzielonych wyjaśnień Odwołujący 3 nie zawarli twierdzeń, które wskazywałyby na to, że zamierzają wykonywać usługę przy użyciu tylko jednego pojazdu patrolowego i nie ujęli w ofercie wymaganej liczby pojazdów patrolowych, co wynika chociażby z kwoty założonej amortyzacji. Brak jest więc podstaw do formułowania twierdzeń o niezgodności oferty z SIWZ. Wywód Zamawiającego w tym zakresie stanowi daleko idącą nadinterpretację udzielonych wyjaśnień. Do przedmiotowej kwestii odniesiono się szczegółowo w treści Ad 2 b) do Informacji o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone.

Ad 1. d) Informacji o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone

Odwołujący 3 wskazał, że Zamawiający zarzuca, że stosowanie urządzenia Thermologic jest niezgodne z SIWZ. Urządzenie to faktycznie pozwala sypać mniejszą ilość soli, ale ma też ręczne ustawienie i przy działaniach profilaktycznych sól miała być sypana w ilości zgodnej z OPZ. Gdyby Wykonawca postąpił inaczej to naraziłby się na kary umowne, tym niemniej założenie Zamawiającego jest absolutnie dowolne. Natomiast przy działaniach doraźnych dotyczących fragmentów dróg i obiektów urządzenie to pozwala sypać więcej soli tam, gdzie jest to potrzebne, a oszczędniej tam, gdzie nie ma zagrożenia dla bezpieczeństwa ruchu. Korzystanie z nowinek technicznych, które pozwalają na oszczędność i są proekologiczne

jest działaniem słusznym i odrzucanie na tej podstawie jest nieprawidłowe. Co do zarzutu dotyczącym rzekomego braku ujęcia w ofercie wymaganej liczby personelu do ZUD to wyjaśnienie znajduje się poniżej, bowiem zarzut ten powtarza się.

*Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i 90 ust. 3 ustawy w zw. z. z art. 90 Przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych*

Odwołujący 3 wskazał, że w niniejszej części uzasadnienie odniesiono się również do kwestii zarzucanej niezgodności z SIWZ, tak więc uzasadnienie dotyczy częściowo zarzutu nr 3, co jest wynikiem sposobu w jaki Zamawiający sformułował uzasadnienie Informacji o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone. Zdaniem Zamawiającego obszernie wyjaśnienia złożone przez Odwołującego 3 wskazuje, że cena ofertowa skalkulowana jest nieprawidłowo, niezgodnie z wymaganiami SIWZ, jest nierealna i rażąco niska. W uzasadnieniu czynności odrzucenie oferty Odwołującego 3 Zamawiający stwierdza, że te obszernie wyjaśnienia są nieprzydatne do dokonania oceny możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny. Stanowisko Zamawiającego jest błędne.

W ocenie Odwołującego 3, złożone przez niego wyjaśnienia sporządzone zostały w szczególności określonej w wezwaniu przez Zamawiającego. Sam Zamawiający określa je mianem obszernych. Wykonawca przy cenach jednostkowych, stosownie do oczekiwań Zamawiającego przedstawił rozbięcie tych cen na: robociznę, materiał, sprzęt, kp, zysk. Rozbięcie cen jednostkowych zostało wykonane w oparciu o powszechnie dostępne katalogi nakładów rzeczowych (KNR) bez potrzeby przyjmowania odmiennych założeń. W treści złożonych wyjaśnień w części opisowej do pozycji ryczałtowych wskazano założenia do kalkulacji cen np. powierzchnia tablic typu F w pozycji II. poz. 5 „Utrzymanie oznakowania pionowego - tablice.”. Dodatkowo na podstawie udzielonych wyjaśnień Zamawiający formułuje twierdzenia, że wycena niektórych pozycji nie pokrywa kosztów wykonania poszczególnych czynności, o niezgodności części skalkulowanych cen z SIWZ ew. z ustawą i popiera to argumentacją częściowo przynajmniej zaczerpniętą z wyjaśnień Odwołującego 3. Przeczy to w sposób jednoznaczny twierdzeniom Zamawiającego jakoby wyjaśnienia nie zawierały danych pozwalających na weryfikację złożonych wyjaśnień i dokonanie oceny w zakresie rażąco niskiej ceny.

W związku z wątpliwościami co do szczególności oczekiwanych przez Zamawiającego wyjaśnień, Odwołujący 3 pismem z dnia 08.10.2020 r. zwrócił się o doprecyzowanie jaka ma być szczególność opisu zakresów i działań założonych przez wykonawcę w ramach realizacji danej pozycji, w związku z tym, że wyjaśnienia/opis działań i innych okoliczności

związanych z realizacją miały być zwarte i konkretne. W odpowiedzi na wystąpienie Odwołującego 3 zawierające uszczegółowienie ich wątpliwości, Zamawiający odpowiedział, że nie narzuca wykonawcy w jakiej formie powinien opracować część opisową wyjaśnień i wymaga jedynie, aby spełniały wymagania zawarte w ww. pismach, a w szczególności aby przedstawione, odnośnie do każdej pozycji załączonych formularzy 2.1.1, 2.1.1.a, 2.1.1.b opisy, obejmowały cały zakres i wszystkie działania jakie założył wykonawca w ramach realizacji danej pozycji, powtarzając tym samym treść wezwania z dnia 30.07.2020 r. Nie rozstrzygnął on wątpliwości co do szczegółowości udzielonych wyjaśnień. Tym samym nie może on powoływać się na brak odpowiedniego ich uszczegółowienia.

W ocenie Odwołującego 3 wezwanie o udzielenie wyjaśnień nie zostało odpowiednio skonkretyzowane, nie zostały wskazane istotne części składowe oferty, których wycena budzi wątpliwości Zamawiającego. Argumentację Odwołującego 3 w kwestiach związanych z zarzucanymi przez Zamawiającego niezgodnościami oferty z SIWZ i ustawą, nieujęcia wszystkich kosztów realizacji zadania zawarte zostały w uzasadnieniu do zarzutów nr 2 i 3. W ocenie Odwołującego 3, złożone wyjaśnienia są wystarczające od uznania, iż doszło do obalenia domniemania rażąco niskiej ceny.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego w kwestii niedoszacowania ceny oferty Odwołujący 3 wskazał, że zaoferowana cena za wykonanie zamówień była tylko o 3,3 % niższa od kolejnej oferty z najniższą ceną. Oceniając złożone oferty nie sposób przeoczyć, że zaoferowane ceny nie różnią się znacząco pomiędzy sobą, z wyjątkiem ceny oferty nr 4 która jest o ok. 26 mln złotych wyższa od oferty z przedostatnią ceną. Cena oferty Odwołującego 3 była tylko o 8,2% niższa od średniej arytmetycznej cen ofert nr 1, 2, 3, 5 i 6 (a więc z pominięciem ceny oferty złożonej przez konsorcjum, które złożyło ofertę nr 4). Zaoferowana cena nie odbiegała w sposób znaczący od poziomu cen zaoferowanych przez czterech z pięciu pozostałych wykonawców. Złożone wyjaśnienia są wystarczające od uznania, iż doszło do obalenia domniemania rażąco niskiej ceny. Dowód: Wyjaśnienie Odwołującego 3, pismo Odwołującego 3 z dnia 08.10.2020 r., pismo Zamawiającego z dnia 13.10.2020 r. znak O.Rz.D-3.2413.10.2020, Informacja z otwarcia ofert. Dokonana przez Zamawiającego ocena złożonych wyjaśnień była wadliwa z przyczyn wskazanych powyższej oraz w dalszej treści odwołania, czego następstwem jest brak podstaw do odrzucenia oferty w powołaniu na złożenie oferty z rażąco niską ceną, a tym samym doszło do zarzucanego naruszenia przepisów ustawy.

Ad 2. a) Informacji o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone „Utrzymanie miejsc obsługi podróżnych” (IV poz. 10)

Odwołujący 3 wskazał, że Zamawiający zarzuca, że pozycję „Utrzymanie miejsc obsługi podróży” (IV poz. 10) skalkulowaną przez Odwołującego 3 zgodnie z ofertą podwykonawcy, której szczegółowa analiza jego zdaniem wskazuje, że firma „zaniżyła koszty robocizny dla tej pozycji, ustalając je na kwotę 1 850 zł/miesiąc. OPZ wymaga (pkt 4.10 cz. III OPZ), poza zapewnieniem bieżącej konserwacji urządzeń i budynków MPO i utrzymania czystości całego terenu MOP, również prowadzenia (cyt.:) „24 godzinnego nadzoru sprząającego zapewniającego czystość toalet jak również ich zapotrzebowania w środki czystości”. Zdaniem Zamawiającego oznacza to w praktyce konieczność zapewnienia na MOP-ie co najmniej jednej osoby sprząającej (nadzorującej czystość) przez całą dobę. Uwzględniając stawki minimalnego wynagrodzenia za pracę, koszt ten przekracza kwotę 1 850 zł/miesiąc. Zamawiający podniósł również, że w formularzu cenowym Odwołujący 3 założył na robociznę w ciągu miesiąca na MOP-a 1850 PLN/netto, co na 3 MOP-y w skali kontraktu daje łącznie sumę 399 600,00 PLN/netto. Minimalna wartość wynagrodzenia zgodnie z OPZ (Ilość MOP-ów - 3 x liczba r-g dziennie - 24 x dni w roku - 365 x lat kontraktu - 6 x 22,33 PLN/netto (minimalny koszt robocizny - roboczogodziny obliczony przez Zamawiającego z uwzględnieniem pracy w godzinach nocnych)) daje jego zdaniem kwotę 3 520 994,40 PLN/netto, co skutkuje niedoszacowaniem pozycji w samej robociznie na poziomie 3 121 394,40 PLN/netto. Z kalkulacji wykonawcy i założonej kwoty na robociznę jednoznacznie wynika, że Wykonawca nie przewidział zapewnienia całodobowego nadzoru sprząającego wymaganego przez OPZ (strona 134), co czyni jego ofertę niezgodną ze SIWZ.”

Odwołujący 3 wskazał, że Zamawiający określając wymagania dla utrzymania czystości na MOP określił wymóg „24 godzinnego nadzoru sprząającego zapewniającego czystość toalet jak również ich zapotrzebowania w środki czystości”. W ocenie Odwołującego 3 należy to rozumieć jako wymóg takiego zorganizowania pracy, aby czynności związane z utrzymaniem w czystości toalet mogły być wykonywane w przeciągu całej doby, w zależności od potrzeb, nie zaś jako wysprzątanie ich jeden czy dwa razy w ciągu dnia w określonej porze. To Wykonawca winien dokonać oceny zaistnienia potrzeby posprzątania, tak aby osiągnąć zamierzony standard. Potrzeby w zakresie utrzymania czystości MOP zależne są od natężenia ruchu na autostradzie związanego z porą dnia, dniem tygodnia, występowaniem wzmożonych wyjazdów świątecznych, weekendowych czy urlopowych. Dodatkowo zauważyć należy, że na MOP-ach przewidzianych do utrzymania brak jest stacji paliw, barów które to, jak wskazuje doświadczenie życiowe przyciągają znacząco większą liczbę podróżujących. Cieszą się one znacząco mniejszym zainteresowaniem, niż MOP-y wyposażone w tego rodzaju dodatkową infrastrukturę, stąd zapotrzebowanie na obsługę w

zakresie utrzymania czystości jest na nich odpowiednio mniejsze niż w przypadku MOP-ów wyposażonych w stacje paliw i bary. Wykonawca składając ofertę założył, że to jego podwykonawca dokonywał będzie w przeciągu całej doby sprawdzeń stanu porządku toalet i MOP oraz reagował bezpośrednio na miejscu adekwatnie do potrzeb, nie czekając na wydanie poleceń w tym zakresie np. przez grupę patrolową, czy dokonując ustaleń na podstawie danych z monitoringu w przypadku jego udostępnienia.

Odwołujący 3 wskazał, że w treści wymagań utrzymania miejsc obsługi podróżnych zawartych w OPZ, Zamawiający odmiennie niż np. w przypadku ZUD nie zawarł warunku zaangażowania „dyżurujących” odpowiadających za wykonanie tych czynności. Brak też w opisie wymagań sformułowań typu „stały nadzór” wskazujący na wymóg całodobowej obecności osób odpowiedzialnych za utrzymanie czystości na każdym z MOP. Wymagania sformułowane w takim stopniu ogólności, iż na ich podstawie wywieść można jedynie, że wykonawca odpowiada za zapewnienie czystości toalet w przeciągu całej doby, ale nie wskazano dokładnie jak ten efekt ma osiągnąć, pozostawiając wykonawcy dobór sił i środków zapewniający osiągnięcie zamierzonego przez Zamawiającego efektu. W ocenie Odwołującego 3 wymóg stałej obecności osoby odpowiedzialnej na każdym z MOP został przez Zamawiającego wywiedziony z treści OPZ dopiero na potrzeby uzasadnienia czynności odrzucenia ofert w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący 3 wskazał, że zapewnienie na każdym z MOP stałego dyżurowania osób odpowiedzialnych za ich utrzymanie, w szczególności w okresie jesienno - zimowo - wiosennym skutkowało by koniecznością spełnienia wymagań określonych załączniku nr 3 w rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 26 września 1997 r. w sprawie ogólnych przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy „Wymagania dla pomieszczeń i urządzeń higieniczno - sanitarnych Pomieszczenia do ogrzewania się pracowników” w którym w §44 postanowiono, że: 1. „Przy pracach wykonywanych (przyp. aut. a takimi są czynności polegające na utrzymaniu porządku na terenie zewnętrznym MOP i opróżnieniu koszy) na otwartej przestrzeni lub w nieogrzewanych pomieszczeniach należy zapewnić pracownikom w pobliżu miejsc pracy pomieszczenia umożliwiające im schronienie się przed opadami atmosferycznymi, ogrzanie się oraz zmianę odzieży. Pomieszczenia te powinny być zaopatrzone w urządzenia do podgrzewania posiłków. 2. W pomieszczeniach do ogrzewania się pracowników powinna być zapewniona temperatura co najmniej 16 °C (289 K), a na każdego pracownika najliczniejszej zmiany powinno przypadać co najmniej 0,1 m<sup>2</sup> powierzchni, przy czym całkowita powierzchnia pomieszczenia nie może być mniejsza niż 8 m<sup>2</sup>.”.



Odwołujący 3 wskazał, że na terenie MOP brak jest pomieszczeń mogących pełnić taką funkcję. MOP-y nie zostały przewidziane i przystosowane do takiego trybu realizacji czynności utrzymania czystości, jak wskazany przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty. W załączniku nr 23 do OPZ brak jest również wskazań, aby Zamawiający przekazywał Wykonawcy do dyspozycji zaplecze socjalno-bytowe na MOP. W treści SIWZ i OPZ także brak jest danych wskazujących na obecność pomieszczeń socjalnobytowych na MOP. Zauważyć należy, że Zamawiający w sytuacji nakładania na wykonawcę obowiązku organizacji zaplecza, rozstrzyga o tym wprost w OPZ np. na str. 63, 174 i 176. W odniesieniu do MOP obowiązku takiego nie nałożył.

W ocenie Odwołującego 3, powyższe przesądza o dopuszczalności realizacji utrzymania MOP w trybie objazdowym. Podwykonawca jest przedsiębiorcą jednoosobowym, który polega w głównej mierze na pracy osobistej jak i współpracujących przy wykonywaniu działalności członków najbliższej rodziny tj. żony i córki. Ma możliwość wykonywania pracy osobiście w porze nocnej bez ponoszenia dodatkowych kosztów pracowniczych. Podwykonawca składając ofertę założył obsługę trzech MOP-ów stąd kwota jaką przeznacza na wynagrodzenia pracownicze to łącznie 5550 zł miesięcznie, co łącznie, z kosztami pośrednimi w wysokości łącznie 5040 zł, przy założeniu wykonywania usługi również osobiście przez podwykonawcę i współdziałające przy wykonywaniu działalności osoby z najbliższej rodziny, winno w zupełności wystarczyć na pokrycie kosztów osobowych sprzątnięcia na MOP.

Odwołujący 3 wskazał, że zaoferował wykonanie usługi utrzymania jednego miejsca obsługi podróżnych za wynagrodzeniem 5666 zł miesięcznie, przy szacunku Zamawiającego wynoszącym 3294,93 zł za miesiąc. Zakładać należy, że sam Zamawiający oszacował wartość usługi w sposób przewidziany w ustawie tj. z należytą starannością. Z faktu tego wywieść należy, że sam Zamawiający nie przewidywał stałej obecności co najmniej jednego zatrudnionego przez całą dobę na każdym z MOP, a kosztów wynikających z takiego sposobu świadczenia usługi nie ujął w szacowaniu wartości usługi zawartym w „Zestawieniu zbiorczym całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKIA O. w Rzeszowie wraz ze wszystkimi elementami z podziałem na dwie części zamówienia: część nr 1 Rejon w Rzeszowie OUA Dębica”. Ponadto, Odwołujący 3 wskazał, że wykonawca którego oferta została wybrana zaoferował wykonanie tej usługi za wynagrodzeniem wynoszącym 3000,00 zł miesięcznie, a wysokość tego wynagrodzenia nie wzbudziła żadnych wątpliwości Zamawiającego, co do zgodności jego oferty z SIWZ oraz ustawą. Wynagrodzenie oferowane przez Odwołującego 3 za przedmiotowy element jest wyższe od szacunku Zamawiającego o ok. 72 %, zaś od wynagrodzenia zaoferowanego przez

Wykonawcę, którego oferta została wybrana o ok. 89 %. Zdaniem Odwołującego 3 w pełni zabezpiecza ono wykonanie usługi zgodnie z wymogami Zamawiającego, pokrycie wszelkich niezbędnych kosztów. Oferta jest, wobec tego zgodna z SIWZ. W ocenie Odwołującego 3, powołane wyżej okoliczności również dowodzą nierównego traktowania wykonawców przez Zamawiającego i wybiórczego jego podejścia do kwestii badania zgodności treści oferty z SIWZ i ustawą. Dowód: Oferta Odwołującego 3, Zestawienie zbiorcze - Całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKIA O. w Rzeszowie wraz ze wszystkimi elementami z podziałem na dwie części zamówienia: część nr 1 Rejon w Rzeszowie OUA Dębica", oferta L. K. FIRMA USŁUGOWO-HANDLOWO-PRODUKCYJNA w Zielonce.

Ad. 2 b) Informacji o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone  
Rutynowe objazdy dróg w ramach patroli (IV poz. 12):

Odwołujący 3 wskazał, że Zamawiający zarzucił wykonawcy, iż niedoszacował kosztów tej pozycji o kwotę 1 181 072,26 zł. Wywody Zamawiającego w tym zakresie oparte są na błędnych założeniach, które nie wynikają z treści OPZ, jak i wyjaśnień złożonych przez Odwołującego 3. Zamawiający dokonuje wyliczeń opierając się na założeniu, że długość objazdu odcinka autostradowego to łącznie 140 km, zaś długość objazdu dróg serwisowych to 213 km. Założenia takie nie tylko nie mają oparcia w treści OPZ, ale stoją z nimi w rażącej sprzeczności. W „formularzach cenowych część 1 Rzeszów” w grupie IV poz. 12 i 13 Zamawiający podał (jako podstawę do wyceny) że „Rutynowe objazdy w ramach patroli (ciągu głównego wraz z drogami dojazdowymi) to długość 49,603 km (dwukrotność tej wartości to 99,206 km) zaś w pozycji 13. „Utrzymanie dróg dojazdowych” podaje ich długość jako 93,93 km. Łączna długość dróg dojazdowych jest zgodna z sumą długości odcinków wymienionych w załączniku nr 3 do OPZ „Wykaz dróg dojazdowych” i danymi zawartymi na str. 166 OPZ.

Wartości długości wskazane w formularzach cenowych zostały przez Odwołującego 3 przyjęte do wyceny pozycji. Nie znajduje więc uzasadnienia stanowisko Zamawiającego, jakoby Odwołujący 3 zaniżył koszty zakupu paliw do wykonania objazdów łącznie o kwotę 239 643,60 zł. Uzasadnienie stanowiska Zamawiającego w tej części opiera się na błędnych danych dotyczących długości objazdów, a przynajmniej są to dane inne niż podane przez niego na potrzeby OPZ („WYKAZ DRÓG DOJAZDOWYCH”) i kalkulacji ceny (formularz cenowy). Dowód: Opis Przedmiotu Zamówienia - załącznik do SIWZ, Formularze cenowe -

załącznik do SIWZ, „Wykaz dróg dojazdowych”- załącznik nr 3 do OPZ, Oferta Odwołującego 3.

Zamawiający zarzucił, iż Wykonawca przyjął stawkę 19 zł za godzinę pracy pracownika, przy równoczesnym założeniu pracy w systemie 24h/dobę, co jego zdaniem stanowi dowód zaferowania ceny, która nie pokrywa wszystkich kosztów związanych z zatrudnieniem pracowników. Dalej Zamawiający wywodzi, że z zapisów OPZ wynika, że osoby wykonujące patrol muszą zostać zatrudnione na podstawie umowy o pracę (pkt 2.7 Cz. I OPZ), a do obowiązków członków grup patrolowych nie należy jedynie wykonanie objazdu. Zarzut ten pozbawiony jest podstaw. Sam Zamawiający przyznaje w treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołujących, że; „ Patrolowanie drogi nie polega wyłącznie na dokonaniu jej objazdu. W czasie patrolu brygada patrolowa zajmuje się drobnymi czynnościami utrzymaniowymi, co przyznaje sam Wykonawca stwierdzając w wyjaśnieniach, że brygada patrolowa będzie wykonywała określone czynności utrzymaniowe (np. będzie zajmowała się utrzymaniem znaków drogowych)”. Tak więc wynagrodzenie członków grup patrolowych to nie tylko wynagrodzenie za wykonanie objazdu, ale także za wykonanie czynności utrzymaniowych, co jak przyznaje Zamawiający było podnoszone w złożonych wyjaśnieniach. Część tego wynagrodzenia została przez Odwołującego 3 uwzględniona właśnie w kalkulacji wynagrodzenia za dokonywanie owych drobnych czynności utrzymaniowych. Koszty wynagrodzeń i pochodnych brygad patrolowych uwzględnione zostały w pozycjach wymienionych w formularzu cenowym w pozycjach remonty nawierzchni dróg, pozycjach utrzymaniowych urządzeń bezpieczeństwa ruchu, elementów korpusu drogi, innych oraz usuwanie skutków zdarzeń losowych. Miesięczną wartość robocizny przypadającej na czynności przypisane do wykonania przez brygady patrolowe prezentowana jest w tabeli załącznika do niniejszego odwołania „Formularz cenowy - utrzymanie rutynowe (BUD,ZUD,BUM) - wybrane pozycje”. Czynności te rozliczne są w ramach utrzymania rutynowego tj. w stałej miesięcznej kwocie zryczałtowanego wynagrodzenia przysługującego wykonawcy niezależnie od tego czy w danym okresie rozliczeniowym czynności te były w ogóle wykonywane i jak była ich ilość. Pomiędzy patrolami pracownicy brygad wykonywać będą też czynności utrzymaniowe UOA wraz z wyposażeniem. Łączna miesięczna wysokość kosztów robocizny przypadających na brygady patrolowe za wykonanie czynności rutynowych to kwota 4977,90 zł.

Odwołujący 3 wskazał, że skalkulowali koszty robocizny w pozycji „Rutynowe objazdy ...” na kwotę 27 816 zł miesięcznie. Łącznie z kwotą wynagrodzeń za wykonywanie czynności rutynowych kwota przewidziana na wynagrodzenia brygad patrolowych to 32 813,90 zł. Przy założeniu, że średnia ilość roboczogodzin brygady patrolowej w miesiącu wynosi 1464, to

stawka jednostkowa roboczogodziny dla tej brygady wynosi 22,41 zł. Suma środków przewidzianych miesięcznie na wynagrodzenie w zupełności wystarcza na pokrycie wynagrodzenia za pracę z pochodnymi, w tym za pracę w porze nocnej. Odwołujący 3 podtrzymują przy tym stanowisko zawarte w uzasadnieniu do zarzutu nr 2. Dowód: Wyjaśnienia Odwołującego, „Formularz cenowy - utrzymanie rutynowe (BUD,ZUD,BUM) - wybrane pozycje”.

W ocenie Odwołującego 3, z uwagi na fakt, że Zamawiający w uzasadnieniu swojego stanowiska posługuje się niewłaściwymi danymi w zakresie długości odcinków, zawiąza on tym samym również czas potrzebny na dokonanie objazdów. Na bazie doświadczeń zdobytych w trakcie realizacji kontraktu na obsługę odcinka autostrady A4 i dróg krajowych Rejonu Tarnów Odwołujący 3 założył, że czas potrzebny na wykonanie jednego objazdu autostrady to średnio 2 godz. (poza wyjątkowymi sytuacjami), zaś dróg serwisowych czas o ok. połowę dłuższy tj. w tym przypadku ok. 3 godzin. Odcinek węzeł Tarnów-Krzyż - węzeł Targowisko ma długość 57 km. Średni czas objazdu takiego odcinka autostrady to ok. 2 godz. Odcinek autostrady A4 stanowiący przedmiot niniejszego postępowania jest o 8 km krótszy od odcinka autostrady Tarnów — Targowisko. Założenie czasów objazdu równych lub zbliżonych do obowiązujących na sąsiednim, dłuższym odcinku autostrady, nie może być uznane za zaniżenie tego czasu, jak też nie może stanowić podstawy do formułowania twierdzeń o niedoszacowaniu kosztów wykonania usługi. Poniżej Odwołujący 3 przedstawił czasy przejazdu patroli na autostradzie A4 na odcinku węzeł Tarnów-Krzyż - węzeł Targowisko. Dowód:

- Wydruk wyjazdu pojazdu patrolowego 25.01.2020 r. godz. 15.03
- Wydruk powrotu pojazdu patrolowego 25.01.2020 r. godz. 17.21
- Wydruk wyjazdu pojazdu patrolowego 26.01.2020 r. godz. 00.14
- Wydruk powrotu pojazdu patrolowego 26.01.2020 r. godz. 02.09
- Wydruk wyjazdu pojazdu patrolowego 26.01.2020 r. godz. 15.09
- Wydruk powrotu pojazdu patrolowego 26.01.2020 r. godz. 16.54
- Wydruk wyjazdu pojazdu patrolowego 05.03.2020 r. godz. 15.11
- Wydruk powrotu pojazdu patrolowego 05.03.2020 r. godz. 17.15
- Wydruk wyjazdu pojazdu patrolowego 16.05.2020 r. godz. 00.06
- Wydruk powrotu pojazdu patrolowego 16.05.2020 r. godz. 02.02
- Wydruk wyjazdu pojazdu patrolowego 16.07.2020 r. godz. 15.06
- Wydruk powrotu pojazdu patrolowego 16.07.2020 r. godz. 17.13
- Wydruk wyjazdu pojazdu patrolowego 01.09.2020 r. godz. 00.07
- Wydruk powrotu pojazdu patrolowego 01.09.2020 r. godz. 01.59

- Wydruk wyjazdu pojazdu patrolowego 20.11.2020 r. godz. 23.52
- Wydruk powrotu pojazdu patrolowego 21.12.2020 r. godz. 01.47
- Wydruk wyjazdu pojazdu patrolowego 31.01.2021 r. godz. 15.04
- Wydruk powrotu pojazdu patrolowego 31.01.2021 r. godz. 17.08
- Wydruk wyjazdu pojazdu patrolowego 02.02.2021 r. godz. 15.19
- Wydruk powrotu pojazdu patrolowego 02.02.2021 r. godz. 17.08/

Odwołujący 3 wskazał, że Zamawiający w OPZ i treści formularzy nie wskazywał jaką ilość czasu należy przewidzieć na wykonanie objazdu autostrady i dróg serwisowych oraz do wyceny tej pozycji. Jego stanowisko jakoby Odwołujący 3 założył zbyt krótki czas na dokonanie przejazdu nie ma uzasadnienia. Obowiązkiem Zamawiającego było bowiem opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wyczerpujący i dokładny. Jeśli nie określił czasu jaki należy uwzględnić w kalkulacji wynagrodzenia za objazdy, to nie może czynić zarzutu Odwołującym 3, że bazując na własnych doświadczeniach z sąsiedniego odcinka autostradowego dokonali oszacowania tej ilości na potrzeby niniejszego postępowania. Zakładać również należy, że podane przez Zamawiającego w formularzach cenowych i OPZ długości odcinków odpowiadają wymaganiom dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób wyczerpujący i dokładny. Wskazane w formularzach cenowych ilości służą zapewnieniu porównywalności ofert złożonych przez wykonawców, stąd posiłkowanie się długościami nie mającymi źródła w OPZ nie znajduje uzasadnienia, a tym samym nie może być podstawą formułowania zarzutów przez Zamawiającego co do przyjęcia niewłaściwych wartości. Konsekwencją zawyżenia przez Zamawiającego długości odcinków dróg poddanych patrolowaniu i czasów objazdu jest formułowanie przez niego twierdzeń o niedoszacowaniu kosztów pracy przy wykonaniu objazdów. Odwołujący 3 stoi na stanowisku, że patrol 49 km autostrady i dróg serwisowych (poza wyjątkowymi sytuacjami) będzie wynosił średnio 17 godzin (7 patroli x 2 godz. = 14 godz. + 1 patrol dróg serwisowych ok. 3 godz., razem: 17 godz. patrolu). Zamawiający w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 3 zakłada, że czas jednego objazdu patrolowego autostrady to 3,25 godz. (zawyżenie o 1,25 godz.) oraz 5,83 godz. w przypadku dróg serwisowych (zawyżenie o 2,83 godz.). Ilość roboczogodzin potrzebnych do wykonania objazdów autostrad została przez niego zawyżona w stosunku do faktycznych potrzeb o ok. 38 325 r/godz. ( 1,25 godz. x 365 dni x 6 lat x 7 objazdów x 2 os.), w zakresie objazdów dróg serwisowych o 12 395,40 r/godz. ( 2,83 godz. x 365 dni x 6 lat x 1 objazd x 2 os.) tj. łącznie o 50 720,40 r/g (ok. 68 % zawyżenia).

Odwołujący 3 wskazał, że zaoferował wykonanie usługi rutynowych objazdów dróg w ramach patroli za wynagrodzeniem wynoszącym 812 zł/km. Zamawiający wartość tej usługi

oszacował na kwotę 435,47 zł/km. Zakładać należy, że oszacowania stawki jednostkowej wynagrodzenia za tę usługę Zamawiający również dokonał z należytą starannością. Z faktu tego wywieść należy, że przewidywał on, iż stawka niższa o ok. połowę od zaoferowanej przez Odwołującego 3 wystarcza na pokrycie całość kosztów wykonania usługi. Dowód: Oferta Odwołującego 3, Zestawienie zbiorcze - Całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKIA O. w Rzeszowie wraz ze wszystkimi elementami z podziałem na dwie części zamówienia: część nr 1 Rejon w Rzeszowie OUA Dębica".

Odnosząc się do twierdzeń Zamawiającego jakoby Odwołujący 3 nie przewidział amortyzacji wystarczającej ilości samochodów patrolowych, wyjaśniają oni, że w treści złożonych wyjaśnień w Części opisowej kalkulacji poz. IV poz. 12 „Rutynowe objazdy dróg w ramach patroli (ciąg główny wraz z drogami dojazdowymi)” użyto w sposób nieprecyzyjny sformułowania „amortyzacja pojazdu patrolowego”. Pojęcie to należy rozumieć jedynie jako opis pozycji szacowania. Zawiera ona koszty amortyzacji od dwóch do trzech pojazdów patrolowych. Łączna kwota amortyzacji w całym okresie realizacji kontraktu to 180 000 zł (2500 zł x 12 miesięcy x 6 lat), kwota ta wystarcza na dokonanie zakupu od dwóch do trzech nowych samochodów patrolowych marki Peugeot Partner (lub podobnych) oraz ich odpowiednie wyposażenie. Przewidziano więc środki na odtworzenie tej części majątku Odwołującego 3. Cena zakupu nowego pojazdu Peugeot Partner to wydatek rzędu od 44 715,44 zł do 68.211,38 zł w zależności od wersji wyposażenia, a koszty wyposażenia takiego pojazdu to kwota ok. 10.000,00 zł. Kierując się względami troski o racjonalne korzystanie z zasobów środowiska naturalnego, w przypadku wycofywania z eksploatacji lub przeznaczania do sprzedaży pojazdów o znacznym stopniu zużycia, część ich specjalistycznego wyposażenia cechującego się niskim stopniem zużycia, wykorzystywana jest do wyposażania nowo zakupionych pojazdów, co dodatkowo pozwala na wygenerowanie pewnych oszczędności. Aktualnie Odwołujący 3 jest właścicielami trzech pojazdów marki Peugeot Partner oraz jednego marki Ford Transit pozwalających na pełne zabezpieczenie potrzeb obsługi przedmiotowego kontraktu. Fakt dysponowania tymi pojazdami przez odwołującego wynika chociażby z załączonej do wyjaśnień prezentacji przedsiębiorstwa Odwołującego 3 (str. 4 część graficzna i opisowa ). W kosztach kontraktu uwzględniono również koszty utrzymania posiadanego taboru używanego do wykonania usługi w pozycjach robót wykonywanych przez grupy patrolowe m.in. w grupie robót nr II Utrzymanie i remont urządzeń bezpieczeństwa ruchu, z poz. 3. Utrzymanie PE04; Utrzymanie oznakowania pionowego - znaki, 5. Utrzymanie oznakowania pionowego - tablice; 6. Utrzymanie oznakowania prowadzącego U- 1 a,U1 b; 7. Utrzymanie barier energochłonnych; 8. Utrzymanie osłon energochłonnych; 9. Utrzymanie urządzeń zabezpieczających ruch pieszych; 10. Utrzymanie osłon przeciwoślnieńowych; 12. Utrzymanie ekranów

akustycznych; 13. Utrzymanie osłon przeciwchlapaniowych; 14. Utrzymanie wygradzeń i ogrodzeń. Dowód:

- Faktura VAT nr FS/163/2018
- Faktura VAT nr 7/MM/2018/02 wraz ze zdjęciem samochodu patrolowego
- Faktura VAT nr 58/MM/2020/10 wraz ze zdjęciem samochodu patrolowego
- Faktura VAT nr FS/714/2020
- Faktura VAT nr 233/MS/2018/08 wraz ze zdjęciem samochodu patrolowego
- Faktura VAT nr FS/719/2018
- Faktura VAT nr FS-816/18/NS wraz ze zdjęciem samochodu patrolowego
- Faktura VAT nr FAN/0000420TL wraz ze zdjęciem samochodu dostawczego
- Faktura VAT nr SSN/1/R/00049/21 wraz ze zdjęciem samochodu dostawczego
- Faktura VAT 4030056956
- Faktura VAT nr FS/435/2018 wraz ze zdjęciem samochodu dostawczego
- Faktura VAT nr 1000533/FVS/20
- Faktura VAT nr FS/947/2020 wraz ze zdjęciem samochodu dostawczego
- Prezentacja przedsiębiorstwa Odwołującego 3.

Ad 2. c) Informacji o wykonawcach których oferty zostały odrzucone  
Zimowe Utrzymanie Dróg (X poz. 2)

Zdaniem Odwołującego 3, zarzuty dotyczące ZUD są również bezpodstawne. W pierwszej kolejności nie można się zgodzić z twierdzeniami i założeniami Zamawiającego dotyczącego zakupu soli drogowej. Nie ma podmiotu, który byłby w stanie zagwarantować sobie cenę soli (czy innego materiału) na 6 lat do przodu. Czynienie z tego zarzutu świadczyć może jedynie o złej woli Zamawiającego. Wykonawca wskazał i wykazał, że obecna cena, za którą zakupuje sól to 190 zł za tonę, a i tak dokonał kalkulacji w oparciu o cenę na poziomie 205 zł za tonę. Wszystkie elementy, w tym wynagrodzenie jest kalkulowane po obecnych, a nie przyszłych cenach. Praktyka taka wynika z przyczyn oczywistych, a więc nikt nie jest w stanie przewidzieć poziomu cen za kilka lat, choć należy wskazać, że wahania cen soli nie są duże i jej poziom od lat kształtuje się na podobnym poziomie. Co więcej Zamawiający z niezrozumiałych przyczyn pominął okoliczność, iż wykonawca dysponuje zapasami soli drogowej w ilości około 3.000 ton, co w zależności od sytuacji pogodowej może wystarczyć na 2, a nawet 3 zimy! Sól ta była zakupiona jeszcze za cenę 150 zł za tonę, a więc kalkulacja wykonawcy była nadzwyczaj bezpieczna.

Co do zarzucanego kosztu transportu soli z Polkowic w kwocie 100 zł, to w ogóle nie wiadomo skąd Zamawiający ma takie informacje, ale nie są one prawdziwe. W 2020 r.

Wykonawca korzystał zarówno z transportu własnego, jak i z transportu obcego i nigdy nie płacił takiej kwoty, co obrazują załączone dowody w postaci faktur VAT i zleceń transportowych. Koszt ten wynosi właśnie skalkulowane w ofercie między 50 a 60 złotych, a więc nie sposób uznać czynności Zamawiającego za prawidłowe. Odwołujący 3 wskazał, że Zamawiający zażądał wyjaśnień co do całości kalkulacji, a więc wykonawca nie wiedział, który element może budzić wątpliwości i w związku z tym nie był w stanie przedstawiać dowodów na każdą drobną okoliczność, jak np. koszt transportu soli. Jeśli Zamawiający miał konkretne zastrzeżenia, to winien zwrócić się do wykonawcy z zapytaniem i wówczas dopiero wykonawca miałby szansę wyjaśnić te drobne, a nadzwyczaj szczegółowe okoliczności. Także z tej przyczyny postępowanie Zamawiającego nie jest prawidłowe, aczkolwiek to jest przedmiotem wcześniejszego zarzutu. Jeśli chodzi o ilość założonej soli to założenie to wynika nie tylko z własnego doświadczenia (przypominam, że wykonawca utrzymuje odcinek sąsiedni!), ale przede wszystkim z danych historycznych uzyskanych od Zamawiającego. Otóż w wyjaśnieniu do pytania 31 Zamawiający przedstawił tabelę przedstawiającą zużycie soli od zimy 2015/2016 do zimy 2019/2020. Nikt nie twierdzi przy tym, że sytuacja będzie się idealnie powtarzać, ale oparcie się na takich danych jest zasadne metodologicznie i pozwala przedstawić obiektywne wyliczenie. Średnio przez ten okres użyto 1288,3 ton soli, a tylko raz było to powyżej 2000 ton (przypominam, że wykonawca ma zapas 3000 ton, a więc w najgorszym razie jest to zapas na 1,5 zimy). Zatem przyjęcie zużycia soli na poziomie 1300 ton na sezon jest założeniem prawidłowym, biorąc pod uwagę rzeczony dane od Zamawiającego. Nie jest dla wykonawcy zrozumiałym, dlaczego miałyby zakładać zużycie większej ilości soli niż zużywano dotychczas. W tej pozycji nie ma zatem żadnego niedoszacowania, a wręcz przeciwnie jest to pozycja wyliczona rzetelnie.

Natomiast Zamawiający w piśmie z dnia 1 marca 2021 przyjął założenie, że średnie zużycie soli na 1 km wynosi:  $47 \text{ Mg} \times 49,603 \text{ km} = 2331,34 \text{ Mg}$ . Jest to sprzeczne z wyjaśnieniem nr 31 z którego wynika zużycie soli na poziomie 1288 Mg/sezon. Jeśli takie dane Zamawiający faktycznie posiada i pomimo wyraźnego zapytania w tym zakresie zataił je przez Wykonawcami, to nie sposób czynić z tego zarzutu Odwołującemu 3, bowiem zostali oni wprowadzeni w błąd.

Kolejny zarzut dotyczący ilości osób niezbędnych do realizacji prac wchodzących w zakres ZUD jest, zdaniem Odwołującego 3, całkowitym nieporozumieniem. Zamawiający przy tym „miesza” różnych pracowników, finansowanych z różnych źródeł (np. dyżurnych z operatorami nośników), wobec czego trzeba to wyjaśnić, aby nie pozostało fałszywe wrażenie. Odwołujący 3 zaznaczył, że czym innym jest kierownik utrzymania i dyżurni, czym



innym pracownicy brygad patrolowych, a czym innym operatorzy nośników ZUD. Odwołujący 3 wskazał, że zarówno „koszty” związane z osobami kierowników utrzymania, jak i dyżurnych zimowego utrzymania nie są kalkulowane w kosztach robocizny, ale w kosztach pośrednich. Na stronie 2 załącznika do wyjaśnień wykonawcy z dnia 15 października 2020 r. pn.: „Część opisowa kalkulacji” wskazano, że „koszty pośrednie, obejmują w szczególności: (...) koszty zarządzania i koordynowania procesem utrzymania”. Zarządzaniem i koordynowaniem procesem utrzymania zajmują się właśnie kierownicy i dyżurni.

Na stronie 183 OPZ zaznaczono, że „W sytuacjach nadzwyczaj korzystnych warunków pogodowych Zamawiający nie wymaga konieczności pełnienia dyżurów całodobowych na stanowisku dyżurnego ZUD w Obwodzie Drogowym. Decyzja o odstąpieniu od pełnienia dyżurów w Obwodzie leży w gestii Wykonawcy”. (podkreślenie własne). Wykonawca przy tym ponosi pełną odpowiedzialność za prawidłowe wykonywanie działań ZUD. Ma przy tym obowiązek monitorować pogodę, a w OPZ wskazano również w jakich warunkach pogodowych dyżury są obowiązkowe (m.in. temp. poniżej +5°C itp.), a więc założenie Zamawiającego jest sprzeczne z treścią OPZ. Natomiast niedoszacowanie to wyliczono błędnie na kwotę 1.028.966,40 złotych.

Jak wskazał Odwołujący 3 pozycja ta jest rozliczna z kosztów pośrednich i z Formularza cenowego dotyczącego ZUD wynika, że koszty pośrednie są skalkulowane na kwotę 2.091.194,31 zł, a więc dwukrotnie przewyższają rzekome niedoszacowanie. Oczywiście aktualne są tu również zarzuty dotyczące minimalnego wynagrodzenia, ale biorąc pod uwagę powyższe, jest to okoliczność wtórna. Na marginesie Odwołujący 3 wskazał, że używanie przez Zamawiającego słów: „Poważne wątpliwości budzi tu (...)” (str. 13) dodatkowo wzmacnia argumentację, iż Zamawiający powziął pewne wątpliwości, ale zamiast zażądać wyjaśnienia to przyjął założenia pozwalające odrzucić ofertę. Wątpliwości Zamawiającego budzi również to czy Wykonawca może zatrudnić dyżurnych po minimalnej stawce, ale również tego nie wyjaśnia. Trudno przy tym oczekiwać, że Wykonawca będzie do wyjaśnień przedkładał umowy o pracę itd. Podobnie błędnie wskazuje się na pracowników brygad patrolowych, skoro jest to koszt, który nie jest rozliczany z ZUD, ale pozycji „Rutynowe objazdy dróg w ramach patroli (IV poz. 12)”, a więc w istocie taki argument wprowadza w błąd. Brak taki, gdyby nawet występował, nie dotyczy zakresu zimowego utrzymania i jest to wyjaśnione w odpowiedniej części odwołania.

Co do operatorów nośników to jest to również, zdaniem Odwołującego 3, argument nieprawidłowy, bowiem żaden z dokumentów nie zakłada, że konieczna jest pełna obsada, a więc 32 pracowników przez cały okres wykonywania tego zakresu umowy. Pełna obsada

wymagana jest tylko przy intensywnych opadach śniegu i wynika to z OPZ. Oczywistym wręcz jest, że nie można zakładać tak niekorzystnych warunków przez całe pół roku, które obejmuje jesień i wiosnę, a trzeba przypomnieć, że obecnie w miejscu wykonywania usługi śnieg pojawia się zwykle dopiero w styczniu i jedynie epizodycznie pojawiają się opady w marcu. Tym samym założenie o konieczności utrzymywania pełnej obsady operatorów jest sprzeczne nie tylko z OPZ, ale i ze zdrowym rozsądkiem. Odwołujący 3 wskazał, że do odwołania załączono tabelę zestawienia dni występowania zjawisk pogodowych na sąsiednim odcinku autostrady i jak widać np. w październiku i kwietniu przez 2 sezony nie było ani jednego wyjazdu do zapobiegania lub usuwania śliskości. Także w innych miesiącach tych wyjazdów nie ma wielu.

Na stronie 186 OPZ wskazano: „W trakcie występowania zjawiska, w tym w szczególności opadów śniegu Wykonawca ma obowiązek realizowania prac ZUD z jednoczesnym zaangażowaniem co najmniej takiej ilości jednostek, jak określona dla rezerwy sprzętowej. Oznacza to, że do akcji MUSZĄ zostać skierowane jednocześnie co najmniej wszystkie pojazdy z tej rezerwy.”. Z tego wynika jednoznacznie, że pełna obsada jest konieczna jedynie w sytuacji występowania niekorzystnych zjawisk pogodowych, a nie przez cały czas. Wykonawca na podstawie swoich wieloletnich doświadczeń założył następujący miesięczny rozkład „dyżurów” operatorów nośników:

- 15.10-31.10: 2 osoby x 15 dni x 24 h = 720 h.
- 01.11 - 30.11: 4 osoby x 30 dni x 24 h = 2890 h.
- 01.12-31.12: 5 osób x 31 dni x 24 h = 3720 h.
- 31.01: 8 osób x 31 dni x 24 h = 5952 h.
- 28.02: 8 osób x 28 x dni x 24 h = 5376 h.
- 31.03: 4 osoby x 31 dni x 24 h = 2976 h.
- 15.04: 2 osoby x 15 dni x 24 h = 720 h.

Co razem daje 22.354 godziny i daje wskazaną średnią 5 operatorów na dobę, a nie jak błędnie założył Zamawiający wraz z dyżurnymi! Odwołujący 3 wskazał, że sądząc po argumentach Zamawiającego jego wątpliwości budzi ta liczba ze względu na wliczenie do tego pracy dyżurnych ZUD, natomiast akceptuje on liczbę godzin, a więc 22.354, bowiem dokonuje na jej podstawie dalszych wyliczeń i wskazuje na niedoszacowanie 310.803,36 zł ze względu na rzekomo błędną stawkę godzinową. Jest to założenie błędne i opisano to w części dotyczącej wynagrodzenia minimalnego i stawki minimalnej.

Zamawiający zarzuca również niedoszacowanie odnoszące się do sprzętu, ale wynika to z błędnego założenia, że wykonawca musi kupić lub leasingować cały sprzęt. Wykonawca

natomiast, wobec zakończenia innego kontraktu ZUD, posiada cały sprzęt niezbędny do obsługi ZUD, w tym 16 nośników ZUD, które spełniają wymagania SIWZ co do wieku, wyposażenia i norm technicznych. Odwołujący 3 przedstawił koszty zestawienie pt. „Koszt sprzętu zatrudnionego przy ZUD” z którego wynika, że Wykonawcy dysponuje 16 nośnikami, z których najstarszy jest z 2016 r., a większość jest z 2018 r., z czego 9 jest już własnością Wykonawcy, a 7 jest w leasingu, z których większość kończy się w 2021 r. Wykonawca nie ma, wobec tego potrzeby zakupu 16 nośników i jego kalkulacja jest prawidłowa. Z zestawienia wynika również jak skalkulowano koszty sprzęty ZUD i jak widać wartość z wyjaśnień nie jest przypadkowa, ale wynika z bardzo konkretnych założeń. Odwołujący 3 wskazał również, że koszt ten nie może w 100% obciążać pozycji ZUD, bowiem w lecie te pojazdy są wykorzystywane przez Wykonawcę do pracy przy budowach i remontach dróg. Wykonawca posiada też inny sprzęt konieczny do wykonywania ZUD, a więc m.in. 11 piaskarek i 9 pługów odśnieżnych. W ocenie Odwołującego 3, całkowicie bezpodstawnie Zamawiający uznał, że koszt zakupu takich pojazdów to około 1 milion złotych, a średnia cena wynikająca z dotychczasowych zakupów Wykonawcy (wyliczonej na podstawie faktur) wynosi około 440.000 złotych.

Odwołujący 3 podkreślił, że jeśli Zamawiający powziął wątpliwości odnoszące się szczegółowej pozycji, to winien skorzystać z uprawnienia do zażądania wyjaśnień, a nie bezpodstawnie zakładać, że Wykonawca musi zakupić 16 nośników ZUD. Zwłaszcza, że załączniku nr 8 do wyjaśnień wykonawcy przedstawiono dokumentację fotograficzną części sprzętu, w tym piaskarek, którymi dysponuje Odwołujący 3.

Zdaniem Odwołującego 3, również bezpodstawnie jest wyliczenie dotyczące opłat Viatoll, które inny wykonawca miał wyliczyć na 22.000 zł. Otóż na sąsiednim, dłuższym odcinku, jest to kwota około 7.000 złotych, na dowód czego przedstawiam wydruk ze strony viatoll.pl dotyczący pojazdów Odwołującego 3, wykorzystywanych na ZUD na sąsiednim odcinku autostrady. Z analizy ofert wykonawców biorących udział w postępowaniu wynika, że zaoferowane ceny za zimowe utrzymanie dróg są cenami podobnymi, a jedynie wybrana oferta (w tym zakresie 27.528.348,96 zł) jest kilkakrotnie zawyżona. Warto wskazać, że do wyjaśnień wykonawca dołączył m.in. zestawienie wraz z tabelami elementów rozliczeniowych dotyczących sąsiedniego odcinka autostrady, którym wykazał jakie są faktyczne, a nie zakładane koszty ZUD. Z doświadczenia Wykonawcy wynika, że koszt utrzymania sąsiedniego odcinka wynosi około 1,54 mln zł/sezon, co daje około 9,24 mln zł za cały kontrakt.

Dowód: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, oferta Odwołującego 3, wyjaśnienia Odwołującego z 15.10.2020 r. z załącznikami, tabela koszt sprzętu zatrudnionego przy ZUD,

kalkulacja kosztów paliwa pojazdów zatrudnionych przy ZUD, zestawienie dni z występowaniem zjawisk pogodowych na podstawie danych historycznych z sąsiedniego odcinka A-4, zestawienie faktur na zakup piaskarko - solarek, pługów oraz nośników sprzętu (fv nr 68051099, 000094/19, 68050295, 68046064, 68047446, 000205/18, 68051812, umowa sprzedaży nr 34/a/TW/2018 wraz z przeliczeniem kursu Euro, fv 21/2020, 606046471, FW10/P/18/10/088), przykładowe ubezpieczenie pojazdu zatrudnionego przy ZUD, przykładowa faktura za serwis pojazdu ciężarowego, deklaracja podatku zapłaconego od piaskarki, polisa ubezpieczeniowa na Unimoga, umowa leasingu Unimoga, wydruk ze strony viatoll.pl dotyczący pojazdów Odwołującego 3, wykorzystywanych na ZUD na sąsiednim odcinku autostrady, zestawienie kosztów pośrednich dla pozycji nr X Zimowe Utrzymanie Dróg (wyciąg z Formularza Cenowego), zestawienie faktur wraz z zleceniami dot. kosztów transportu soli (fv 176/01/2019/T, FA/30/01/2019, FA/29/01/2019, 285/02/2021/T, 46/2021)/

*Zarzut naruszenia art. 26 ust. 1 ustawy naruszenie art. 26 ust. 1 ustawy w zw. z. z art. 90 Przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych*

W ocenie Odwołującego 3, z uwagi na brak podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy, brak było podstaw, do zaniechania wezwania ich do złożenia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy. Art. 26 ust. 1 ustawy stanowił, że: „Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się do udzielania zamówień w przypadkach, o których mowa w art. 10la ust. 1 pkt 1 lub pkt 2 lit. a.”. Przepis ten obligował więc Zamawiającego do dokonania wezwania Odwołującego 3 do złożenia wspomnianych oświadczeń i dokumentów, a wymienionych w treści ust. 9.7 SIWZ. Zaniechanie wezwania dokonane z naruszeniem art. 26 ust. 1 uniemożliwiło dokonanie badania i oceny ofert, a w konsekwencji uniemożliwiło dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego 3. Dopuszczenie się przez Zamawiającego wskazanego zaniechania uzasadnia unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz nakazanie ich powtórzenia.

*Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 90 Przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych*

Odwołujący 3 wskazał, że przedmiotowy zarzut jest następstwem wyżej podniesionych zarzutów. Wobec braku podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego 3, brak było przesłanek, aby dokonać jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez L. K. FIRMA USŁUGOWO-HANDLOWO-PRODUKCYJNA, 36-130 Raniżów, Zielonka 64. Złożona przez niego oferta przedstawia mniej korzystny bilans ceny i pozacenowych kryteriów oceny ofert niż oferta Odwołującego 3. W zakresie pozacenowych kryteriów oceny ofert zarówno Odwołujący 3 jak i L. K. zaoferowali takie same warunki, oferty różnią się jedynie oferowaną ceną. Niższą cenę zaoferowali Odwołujący 3, stąd też to jego oferta winna zostać oceniona jako najkorzystniejsza.

**Sygn. akt: KIO 778/21**

W dniu 11 marca 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Eurovia Polska S.A. (dalej „**Odwołujący 4**”) zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie i uznanie, że oferta Odwołującego 4 jest niezgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „**SIWZ**”), podczas, gdy prawidłowa ocena złożonej oferty musi prowadzić do wniosku, że jest ona zgodna z SIWZ, a tym samym nie podlega odrzuceniu;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp, poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie polegające na uznaniu, że Odwołujący 4 w toku wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie wykazał, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, podczas, gdy prawidłowa ocena złożonych wyjaśnień i załączonych dowodów prowadzi do wniosku, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a tym samym oferta Odwołującego 4 nie podlega wykluczeniu;
- 3) art. 87 ust. 1 i art. 90 ust. 1 Pzp poprzez ich nie zastosowanie i zaniechanie wezwania Odwołującego 4 do złożenia wyjaśnień w sytuacji, gdy wyjaśnienia rażąco niskiej ceny budziły wątpliwości Zamawiającego zarówno co zgodności treści oferty z SIWZ, jak i czy zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską;
- 4) art. 90 ust. 1 i art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez ich nie zastosowanie i zaniechanie wezwania do wyjaśnień treści oferty i rażąco niskiej ceny wobec

wykonawcy L. K. Firma Usługowo-Handlowo-Produkcyjna podczas, gdy już z samego uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego wynika, że Zamawiający musiał mieć obiektywne wątpliwości, co do tego, czy zaoferowana przez tego wykonawcę cena, nie jest ceną rażąco niską i czy oferta uwzględnia pełen zakres usługi, zgodnej z wymaganiami SIWZ, w konsekwencji naruszenia powyższych zarzutów, Odwołujący 4 zarzuca również naruszenie;

- 5) art. 91 ust. 1 Pzp poprzez nieprawidłowe dokonanie wyboru oferty wykonawcy L. K. Firma Usługowo-Handlowo-Produkcyjna, jako najkorzystniejszej podczas, gdy prawidłowa ocena złożonych wyjaśnień Odwołującego, winna prowadzić do wniosku, że nie zachodzą przesłanki do jej odrzucenia, a tym samym, oferta ta - zgodnie z ustanowionymi kryteriami ocen - powinna zostać wybrana, jako najkorzystniejsza.

Wobec powyższego Odwołujący 4 wniósł o nakazanie Zamawiającemu: (i) unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego 4 i wyboru oferty wykonawcy L. K. Firma Usługowo-Handlowo-Produkcyjna jako najkorzystniejszej; (ii) dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem nakazu wezwania wykonawcy L. K. Firma Usługowo-Handlowo-Produkcyjna do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny; (iii) dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnego z prawidłową, ponowną oceną ofert. Jednocześnie Odwołujący 4 wniósł o wyłączenie - w oparciu o art. 545 ust. 2 Npzp - jawności rozprawy w zakresie rozpoznawania zarzutów dot. złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny i niezgodności treści oferty z SIWZ wobec faktu, iż zakres ten dotyczy informacji stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący 4 wskazał, że w dniu 01.03.2021 r., Zamawiający poinformował uczestników postępowania o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o ofertach odrzuconych. Jak wynika z treści decyzji Zamawiającego, oferta Odwołującego 4 została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W uzasadnieniu swojej decyzji, Zamawiający wskazał na następujące zarzuty względem oferty Odwołującego 4:

- 1) zbyt mała, niezgodna z treścią SIWZ, ilość pracowników przewidzianych w do pełnienia dyżurów ramach Zimowego Utrzymania Dróg (dalej: „ZUD”);
- 2) zbyt mała, niezgodna z treścią SIWZ ilość sprzętu przewidziana w ramach ZUD;
- 3) zbyt mała, niezgodna z treścią SIWZ ilość soli przewidziana do użycia w ramach zamówienia;

- 4) zbyt mała, niezgodna z treścią SIWZ ilość czasu przewidziana na utrzymanie MOP;
- 5) zbyt mała, niezgodna z treścią SIWZ ilość kilometrów do przejechania przez patrole w ramach rutynowego objazdu dróg.

Ponadto Zamawiający wskazał w uzasadnieniu: [tajemnica przedsiębiorstwa]

Ponadto Zamawiający wskazał, że niezależnie od powyższego wskazać należy, że Wykonawca nie udźwignął ciężącego na nim, na zasadzie art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, ciężaru dowodowego. Wykonawca przedstawił w wyjaśnieniach oferty podwykonawców na zakres: ZUD, utrzymanie MOP, utrzymanie zieleni. Pozostały zakres prac Wykonawca zamierza realizować własnymi siłami i dla tego zakresu przedstawił ogólną kalkulację własną. Kalkulacja ta została, według zapewnień Wykonawcy, wykonana w oparciu o własne doświadczenie Wykonawcy i stosowany przez niego system komputerowy. Jednakże w istocie dla tego zakresu prac brak jakichkolwiek dowodów na poprawność przyjętych przez wykonawcę kosztów i założeń. Wykonawca, dla przykładu, wskazuje na koszt zapewnienie sprzętu niezbędnego do realizacji zamówienia, jednak - poza podaniem wartości liczbowych, nie wskazuje na jakiegokolwiek dowody, które potwierdzałyby, że przyjęte przez niego wartości liczbowe są poprawne, tj., że za podane kwoty Wykonawca jest w stanie zakupić sprzęt. Podobnie Wykonawca podchodzi do pozostałych kosztów własnych. W związku z powyższym Wykonawca nie sprostał Wymaganiom Zamawiającego określonym w wezwaniu tj. nie opisał i nie udowodnił jakie zakresy i jakie działania założył w ramach realizacji poszczególnych pozycji w/w formularzy cenowych.

W konsekwencji podniesionych przez Zamawiającego zarzutów, odrzucił on ofertę Odwołującego 4.

W ocenie Odwołującego 4, przedmiotowa decyzja Zamawiającego jest nieprawidłowa, niezgodna z przepisami ustawy, a tym samym winna zostać uchylona. Przed szczegółowym odniesieniem się do poszczególnych zarzutów Zamawiającego. Odwołujący 4 wskazał, że sama decyzja Zamawiającego jest wewnętrznie sprzeczna. Podnieść bowiem należy, że jeżeli Zamawiający stwierdza, że oferta w jakimkolwiek miejscu jest niezgodna z SIWZ, brak jest możliwości uznania, że zawiera ona rażąco niską cenę, która może być oceniana tylko w kontekście oferty zgodnej z SIWZ. Wskazywanie zatem, że oferta zawiera rażąco niską cenę nakazuje uznanie, że jest ona zgodna z SIWZ, bowiem tylko oferta obejmująca pełen zakres usługi określonej przez Zamawiającego może zawierać cenę podlegającą badaniu.

Odnosząc się natomiast do poszczególnych zarzutów Zamawiającego, Odwołujący 4 wskazał, że z uwagi na objęcie informacji stanowiących podstawę decyzji Zamawiającego tajemnicą przedsiębiorstwa, co również znajduje odzwierciedlenie w uzasadnieniu decyzji Zamawiającego, skierowanej do wszystkich wykonawców, szczegółowe uzasadnienie zarzutów ad. 1 i 2 znajduje się w Załączniku nr 1 do odwołania, objętym tajemnicą przedsiębiorstwa.

Ad. zarzutu nr 1 i 2

Odwołujący 4 wskazał, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego zawartym w uzasadnieniu, Odwołujący 4 zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ, a zaoferowana cena została prawidłowo wyjaśniona i nie nosi znamion ceny rażąco niskiej. Z uwagi na fakt, że zarzuty Zamawiającego w zakresie niezgodności treści oferty z SIWZ i zaoferowania rażąco niskiej ceny odnoszą się do wyjaśnień, których treść - w kontekście zarzutów - została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa - uzasadnienie zarzutów znajduje się w Załączniku nr 1 do odwołania, który objęty jest tajemnicą przedsiębiorstwa.

Niezależnie od powyższego Odwołujący 4 wskazał, w odniesieniu do zarzutu dot. ilości pracowników dyżurujących, że w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, na str. 64, wskazano w dwóch miejscach personel skierowany do dyżurów, a Zamawiający skoncentrował się tylko na jednym fragmencie wyjaśnień. Brak kompleksowej oceny Zamawiającego złożonych wyjaśnień spowodował błędy w ustaleniach faktycznych u Zamawiającego, a co za tym idzie błędną decyzję w zakresie odrzucenia oferty.

Odnosząc się do kwestii operatorów, Odwołujący 4 wskazał, że Zamawiający również w tym przypadku całkowicie błędnie zrozumiał wyjaśnienia Odwołującego 4. Odwołujący 4 przewidział wystarczającą ilość operatorów wszystkich nośników, co wynika z oferty podwykonawcy zapewniającego operatorów do swoich nośników (zarówno podstawowych, jak i rezerwowych), natomiast w zakresie pozostałych dwóch nośników, operatorzy będą zapewnieni przez wykonawcę. Jak wskazano również w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, nośniki będą zakupione i cena zakupu tych nośników została uwzględniona w cenie oferty.

Odwołujący 4 wskazał również, że Zamawiający całkowicie błędnie prezentuje wyliczenia dot. zużycia paliwa dla owych dwóch nośników uniwersalnych, usiłując wywołać wrażenie niedoszacowania oferty. Z uwagi na dotychczasowe doświadczenia wykonawcy i wykorzystywanie nośników uniwersalnych w ZUD, należy przyjąć, że wskazywana przez Zamawiającego ilość paliwa dziennie jest znacznie zawyżona i nie znajduje odzwierciedlenia w faktycznej ilości godzin pracy tych nośników w ZUD, a tym samym również wskazywane



koszty paliwa są kompletnie oderwane od rzeczywistości. Wykonawca zapewnił paliwo do tych nośników; co znajduje odzwierciedlenie w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny. Tym samym; uznać należy, że oferta Odwołującego 4 we wskazanych powyżej zakresach, po pierwsze jest zgodna z treścią SIWZ, a po drugie nie zawiera ceny rażąco niskiej.

Odnosząc się do kwestii zużycia soli, Odwołujący 4 wskazał, że prawidłowo skalkulował swoją ofertę w tym zakresie. W pierwszej kolejności Odwołujący 4 podkreślił, że Zamawiający w odpowiedzi na pyt. nr 31 z dn. 03.06.2020r. do SIWZ, przedstawił pewne dane historyczne, jeżeli chodzi o zużycie soli w okresie zimowym, zastrzegając jednocześnie, że nie gwarantuje, że sytuacja taka będzie analogiczna w latach następnych.

Wykonawca, przed złożeniem oferty, dokonał bardzo szczegółowej analizy zarówno danych GDDKiA, jak i informacji z Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej i z szacunków ilości dni zimowych, w których niezbędne jest użycie soli, wynikało, że nawet wskazana w wyjaśnieniach ilość soli na sezon jest znacznie zawyżona, przy czym wykonawca mając na uwadze, że Zamawiający, co do zasady uniknął wiążącej odpowiedzi w zakresie ilości soli i przerzucił w tym zakresie całkowite ryzyko na wykonawców, przyjął dla bezpieczeństwa większą, niż faktycznie potrzebna ilość soli. Zdaniem Odwołującego 4, nie bez znaczenia przy tym jest fakt, że wynagrodzenie wykonawcy w zakresie ZUD zostało określone ryczałtowo, co oznacza, że Wykonawca był uprawniony do przyjęcia własnych kalkulacji w tym zakresie, mając pełną świadomość, że w razie mniejszego zużycia soli będzie miał dodatkowy zysk na tej pozycji, ale może okazać się, że w niektórych sezonach ilość ta będzie niewystarczająca. Dlatego do szacunków została przyjęta uśredniona wartość zużycia soli w oparciu o dostępne dane, co odpowiada ryczałtowemu charakterowi wynagrodzenia.

Odnosząc się do zarzutu dot. niedoszacowania kosztów utrzymania MOP, Odwołujący 4 wskazał, że również ten zarzut jest bezzasadny i nie znajduje odzwierciedlenia w wyjaśnieniach wykonawcy. Po pierwsze, Zamawiający próbuje narzucić narrację, z której wynikałoby, że obowiązkiem wykonawcy jest zapewnienie nie nadzoru, ale 24-godzinnego dyżuru osoby sprzątającej na każdym MOP-ie. Gdyby tak w istocie miało być, to Zamawiający winien w OPZ wskazać na taką konieczność poprzez jednoznaczny opis przedmiotu zamówienia. Tymczasem Zamawiający wprost wskazał w OPZ, że wymaga zapewnienia czystości toalet przez cały czas, a stan czystości winien być weryfikowany poprzez sprawowanie odpowiedniego nadzoru. W ocenie Odwołującego 4, oczywistym jest przy tym, że pojęcie nadzoru absolutnie nie wpisuje się pojęcie dyżuru osoby sprzątającej 24 godziny na dobę w jednym miejscu. Jak wskazano przy tym w ofercie podwykonawczej, oferta dotyczy

wynagrodzenia za efektywny czas sprzątnia MOP. Po drugie, Zamawiający całkowicie pominął fakt, że wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny - zgodnie zresztą z wymaganiami OPZ pkt 4.10 - wykonawca wskazał, jak dodatkowo oprócz podwykonawcy, będzie j sprawowany monitoring czystości.

Zdaniem Odwołującego 4, z powyższego jednoznacznie wynika, że wykonawca wycenił swoją ofertę zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia, któremu obecnie Zamawiający stara się nadać inne brzmienie i wymagania, niż wynika to z i treści tego dokumentu.

Tym samym zarzut Zamawiającego w tym zakresie należy uznać za całkowicie bezpodstawny.

Odnosząc się do kwestii zarzutu dot. rutynowego objazdu dróg, to Odwołujący 4 wskazał, że Zamawiający w żaden sposób nie wyjaśnił w jaki sposób wyliczył prezentowane w odrzuceniu ilości kilometrów. Zdaniem Odwołującego 4 dane przedstawiane przez Zamawiającego nie odpowiadają stanowi faktycznemu, w przeciwieństwie do danych przedstawionych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny. Stąd poczyniona przez Odwołującego 4 kalkulacja jest jak najbardziej prawidłowa, a tym samym wszystkie , wyliczenia Zamawiającego odnoszące się do zwiększonej ilości paliwa, zakupu dodatkowych pojazdów czy godzin pracy patrolu są po prostu chybione i nie znajdują uzasadnienia.

Odnosząc się do zbiorczego zarzutu „nie udźwignięcia ciężaru dowodowego” w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny, to zarzut ten jest całkowicie niezrozumiały i zbyt ogólny. Odwołujący 4 wskazał, że prawidłowo skalkulował swoją ofertę i przedstawił w tym zakresie wyliczenia. Zamawiający nie wskazał, czy ceny te budzą jego wątpliwości i w jakim zakresie. Należy przy tym pamiętać, że w odniesieniu do sprzętu, czy osób zarzut taki mógłby być zasadny, ale tylko w sytuacji, gdy przedstawione kalkulacje wskazywałyby na zaniżone koszty w danej pozycji cenowej. Natomiast w sytuacji, gdy wskazywana cena jest ceną normalną, rynkową to nie zachodzą wobec takiej ceny przesłanki do wykazywania jej „specjalnego” charakteru. Znamiennym jest przy tym, że Zamawiający nie pokusił się, chociażby o wskazanie jednego takiego przypadku posługując się ogólną tezą, że wykonawca nie wykazał, iż jest w stanie wykonać dane elementy za określoną cenę, a ponadto we wcześniejszych, sprecyzowanych zarzutach, do których można się w ogóle odnieść, w żadnym miejscu nie wskazał, że stawka wynagrodzenia, koszt materiału, czy sprzętu jest nieprawidłowa. Jego zarzuty w tym zakresie sprowadzały się jedynie do kwestii przyjętych godzin pracy, ilości osób, materiałów czy sprzętu.

W ocenie Odwołującego 4 żaden z zarzutów Zamawiającego odnoszący się czy to do niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, czy to do rażąco niskiej ceny nie znajduje potwierdzenia. W związku z powyższym odwołanie w tym zakresie winno zostać uwzględnione.

Ad. zarzutu nr 3

Odwołujący 4 wskazał, że w sytuacji, gdy wyjaśnienia rażąco niskiej ceny budziły jakiegokolwiek wątpliwości Zamawiającego, był on zobligowany do wezwania wykonawcy do złożenia stosownych wyjaśnień. Wskazać przy tym należy, że procedura taka, nie jest niezgodna z przepisami ustawy oraz dorobkiem orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej. Należy tutaj wyraźnie odróżnić uzupełnianie wyjaśnień rażąco niskiej ceny, wielokrotne wzywianie do wyjaśnień ceny od wyjaśnienia już złożonych informacji, które mogły wzbudzić wątpliwości Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego 4, jak wynika z uzasadnienia zarzutów odwołania znajdujących się w Załączniku nr 1, wyjaśnienie wątpliwości Zamawiającego, nie prowadziło do nieuprawnionego uzupełniania wyjaśnień rażąco niskiej ceny, lecz pozwoliło na wykazanie, że w żadnym przypadku nie zachodzi przesłanka pozwalająca na stwierdzenie, że oferta jest niezgodna z treścią SIWZ, czy, że oferta zawiera rażąco niską cenę.

Abstrahując już nawet od samego faktu dot. zarzutów rażąco niskiej ceny, art. 87 ust. 1 Pzp, nakłada na Zamawiającego obowiązek wyjaśnienia treści oferty w razie powzięcia wątpliwości, co do jej zgodności z treścią SIWZ. Natomiast w przedmiotowej sprawie, Zamawiający - dokonując w sposób oczywisty błędnej

**Sygn. akt: KIO 780/21**

W dniu 11 marca do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców Autostrada Mazowiecka Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - Lider konsorcjum, Przedsiębiorstwo Drogowo - Mostowe S.A. z siedzibą w Dębicy - Partner konsorcjum (łącznie „**Odwołujący 5**”) zarzucając Zamawiającemu nieprawidłowego badania i oceny oferty złożonej przez L. K. Firma Usługowo - Handlowo Produkcyjna z siedzibą w Raniżowie („**K. FUHP**”) polegających na niezasadnym uznaniu, że oferta tego wykonawcy nie powinna zostać zweryfikowana w kontekście rażąco niskiej ceny zarówno przez pryzmat ceny końcowej, jak i rażąco niskich istotnych części składowych oferty (a tym samym zaniechania wezwania K. FUHP do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny), dokonania wyboru oferty K. FUHP jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Odwołujący 5 zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia procedury wyjaśniającej w zakresie rażąco niskiej ceny oferty K. FUHP, w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy, co doprowadziło do wyboru oferty K. FUHP jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, mimo iż oferta ta podlega odrzuceniu z uwagi na rażąco niską cenę; a wskutek powyższego, naruszenie:
- 2) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a) oraz b) nowego Pzp Odwołujący 5 wniósł o: rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności badania i oceny ofert; powtórzenie czynności badania i oceny ofert; wezwania wykonawcy K. FUHP do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty.

Na podstawie art. 534 ust. 1 w zw. z art. 535 nowego Pzp Odwołujący 5 wniósł o: dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym.

Na podstawie art. 573 nowego Pzp Odwołujący 5 wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego 5 kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący 5 wskazał, że odwołanie dotyczy rozstrzygnięcia w zakresie części 1. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 czerwca 2020 r. pod numerem 2020/S 107-260164.

W toku Postępowania złożonych zostało 6 ofert. Pismem z dnia 1 marca 2021 r. Zamawiający poinformował wykonawców o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, za którą uznana została oferta złożona przez K. FUHP.

W ocenie Odwołującego 5, Zamawiający powinien przeprowadzić w stosunku do oferty K. FUHP badanie pod kątem rażąco niskiej ceny (niezależnie od tego, że w stosunku do oferty tego wykonawcy nie ziściły się ustawowe, określone w art. 90 ust. 1a Pzp, przesłanki obligatoryjnego wszczęcia procedury wyjaśniającej). Zasadności wszczęcia procedury wyjaśniającej Odwołujący 5 dopatruje się w dwóch zasadniczych podstawach: (a) nieuzasadnionym zniżeniu ceny końcowej w ofercie K. FUHP, oraz, niezależnie od tego; (b) nieuzasadnionym zniżeniu istotnych części składowych oferty tego wykonawcy.

Odwołujący 5 wskazał, że oba powyższe aspekty pozostają w ścisłym związku (zniżenie elementów składowych skutkowało rażąco niską ceną końcową), to wskazanie na powyższe, niezależne podstawy zarzutu odwołania ma na celu wykazanie, że nawet gdyby wskutek zniżenia elementów składowych cena końcowa nie była rażąco niska, to i tak odwołanie powinno zostać za uwzględnione (co zostanie wykazane w dalszej części odwołania).

Zdaniem Odwołującego 5 zasadne jest przywołanie cech Postępowania, które w istotny sposób wpływają na trafność postawionego zarzutu. Bez wątplenia za okoliczność o kluczowym charakterze uznać należy tę, iż wynagrodzenie, które ujęte jest w ofercie każdego wykonawcy złożonej w Postępowaniu ma charakter kosztorysowy. Należy mieć na uwadze, że cena ofertowa składa się z dwóch składników:

- (a) wynagrodzenia za utrzymanie rutynowe (i) bieżące utrzymanie dróg (BUD), (ii) zimowe utrzymanie dróg (BUD), (iii) bieżące utrzymanie mostów (BUM) oraz
- (b) wynagrodzenie za utrzymanie strukturalne (i) bieżące utrzymanie dróg (BUD) i bieżące utrzymanie mostów (BUM).

Odpowiednio wysokość cyklicznego wynagrodzenia zostanie ustalona na podstawie:

- (a) iloczynu ilości utrzymywanych elementów w danym okresie oraz ceny jednostkowej za utrzymanie danego elementu i
- (b) iloczynu wykonanych robót strukturalnych (na podstawie obmiarów powykonawczych i tylko w ilościach wynikających z odrębnego zlecenia wykonawcy wykonania robót) oraz przewidzianej ceny jednostkowej.

Jak z kolei wynika z § 4 ust. 4 Wzoru umowy „wynagrodzenie, o którym mowa w ust 1 pkt 2, będzie ustalone na podstawie obmiaru rzeczywiście zleconych, wykonanych i odebranych Robót lub Usług oraz Robót lub Usług związanych z naprawą/wymianą uszkodzonych elementów Drogi, z zaplecza technicznego przekazanych w utrzymanie, których uszkodzenie, zniszczenie lub utrata powstały w związku z zaistnieniem zdarzeń losowych, wypadków komunikacyjnych, kradzieży i aktów wandalizmu do wysokości rocznego limitu na

szkody, z uwzględnieniem ich zakresu oraz cen jednostkowych podanych w Ofercie Wykonawcy.

Konsekwencją kosztorysowego charakteru wynagrodzenia są ściśle obostrzenia w zakresie sposobu wyliczania ceny określone w SIWZ. Otóż charakter wynagrodzenia wskazanego w SIWZ nakłada na wykonawców obowiązek rzetelnego kalkulowania kosztów wykonania poszczególnych prac wskazanych w przedmiarze robót. W rozdziale B.I pkt 5 OPZ (str. 59) Zamawiający w sposób precyzyjny i nie budzący wątpliwości wskazał, że każdy element związany z wykonywaniem robót o charakterze rutynowym oraz każda cena jednostkowa związana z wykonywaniem robót o charakterze strukturalnym, „musi uwzględniać wszystkie koszty związane z wykonaniem poszczególnych rodzajów robót, w zakresie określonym w niniejszym OPZ, w specyfikacjach technicznych oraz wszelkie koszty pośrednie [...]”.

Zamawiający zastrzegł również, że ceny określone przez wykonawcę w formularzach cenowych nie będą zmieniane w toku realizacji zamówienia (pkt 15.6 SIWZ).

W ocenie Odwołującego 5, kolejnym ze skutków kosztorysowego charakteru wynagrodzenia jest jednoznaczne wskazanie przez Zamawiającego w pkt. 14.5 SIWZ, że ofertę stanowią formularze cenowe: Formularz 2.1 Formularz cenowy - zestawienie zbiorcze, Formularz 2.1 a Formularz cenowy - zestawienie zbiorcze - utrzymanie rutynowe (BUD, ZUD i BUM), Formularz 2.1b Formularz cenowy - utrzymanie strukturalne (BUD i BUM).

W przypadku ukształtowania przez Zamawiającego wynagrodzenia ww. formie kosztorysowo-obmiarowej, niedopuszczalnym jest stosowanie mechanizmu „przerzucania” kosztów między poszczególnymi pozycjami. Przyjęcie koncepcji przeciwnej prowadziłoby do zakwestionowania potrzeby i sensu wprowadzania formularza cenowego oraz istnienia obowiązku jego przedkładania wraz z ofertą przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, a co najmniej prowadziłoby do wniosku, że formularz cenowy nie ma mocy wiążącej. Takie podejście nie znajduje żadnego uzasadnienia. Wręcz przeciwnie, formularz cenowy jest na tyle istotnym dokumentem, że pozwala on określić nie tylko wartość całej oferty, ale też służy ustaleniu wysokości cyklicznego wynagrodzenia płatnego w danym miesiącu wykonawcy za utrzymanie poszczególnych elementów. Tym samym kosztorys (formularz cenowy) i zawarte w nim dane nie mają wyłącznie pomocniczego charakteru, ale determinują *de facto* wartość wynagrodzenia które przez kolejne lata (72 miesiące) będzie otrzymywał wykonawca..

Zdaniem Odwołującego 5, z powyższego wynika, że:

- a) Zamawiający przewidział w Postępowaniu kosztorysowo - obmiarowy model wynagrodzenia;
- b) podstawą służącą wyliczeniu wynagrodzenia wykonawcy będą wskazane w formularzach cenowych ceny jednostkowe;
- c) ceny jednostkowe muszą zawierać realną i rzetelną wycenę zakresu prac;
- d) niedopuszczalne jest „przerzucanie” kosztów pomiędzy pozycjami.

#### ZARZUT DOTYCZĄCY RAŻĄCO NISKIEJ CENY W OFERCIE K. FUHP

Odwołujący 5 podkreślił, że już chociażby w oparciu o analizę ceny końcowej oferty K. FUHP Zamawiający powinien zainicjować procedurę wyjaśniającą w zakresie rażąco niskiej ceny (nawet pomimo braku ziszczenia się przesłanki z art. 90 ust. 1a Pzp). Wykonawcy zaproponowali następujące ceny:

Lp.	Wykonawca	Cena oferty:
1.	B. K., W. K. ReDrog S.C.	- 68 365 346,18 zł
2.	FBSerwis S.A.	- 70 724 615, 33 zł
3.	Eurovia Polska S.A.	- 75 998 710, 62 zł
4.	AVR S.A.	- 77 335 534, 09 zł
5.	K. FUHP	- 79 948 465, 91 zł
6.	Odwołujący	- 105 896 037, 49 zł

Średnia arytmetyczna złożonych ofert wynosiła zatem 79 711 451, 60 zł. Kwota, jaką Zamawiający przewidział na realizację zamówienia wynosiła 113 598 486, 16 zł. Zamawiający wezwał wykonawców z miejsc 1 - 4 do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. K. FUHP nie został wezwany do złożenia wyjaśnień, oferta tego wykonawcy jest niższa od szacunkowej wartości zamówienia o 29,6 %.

Odwołujący 5 wskazał, że na skutek przeprowadzonej analizy złożonych przez wykonawców wyjaśnień wszystkie cztery oferty badanych wykonawców zostały odrzucone. Już w tym miejscu wskazać należy, że nieprzeprowadzenie względem K. FUHP procedury wyjaśniającej jest pochodną jedynie nadmiernie formalistycznego spojrzenia na zagadnienie rażąco niskiej ceny. Zdaniem Odwołującego 5 Zamawiający zdaje się pomijać, że wymieniony w Pzp próg 30% nie oznacza, że procedura wyjaśniająca nie powinna zostać przeprowadzona względem wykonawcy, którego oferta jest tańsza o kwotę nie przekraczającą tego progu. W zaistniałej sytuacji mamy do czynienia z przypadkiem, w

którym od progu 30% ofertę K. FUHP dzieli niecałe 0,5%, co powinno skłonić Zamawiającego do rozważenia, czy również ta oferta nie powinna podlegać badaniu.

W ocenie Odwołującego 5 za powyższym przemawia również podnoszona powyżej specyfika Postępowania, a w szczególności kosztorysowy charakter wynagrodzenia. W odróżnieniu bowiem od wynagrodzenia o charakterze ryczałtowym, w tym przypadku Zamawiający ma możliwość, w toku procedury wyjaśniającej, precyzyjnego prześledzenia elementów składowych ceny (ta jest bowiem szczegółowo rozbita). Jest to tym bardziej zasadne, że wykonawcy nie mogą (w odróżnieniu od ryczału) przerzucać pomiędzy pozycjami poszczególnych kosztów, ewentualna wadliwość w kalkulacji oferty może więc rodzić daleko idące problemy na etapie realizacji inwestycji (związane z możliwością wykonania zamówieni za zaoferowaną cenę oraz z jej rozliczeniem).

Odwołujący 5 również podkreślił, że nawet, jeśli na etapie pierwotnego badania oferty Zamawiający nie nabrał wątpliwości co do ceny końcowej oferty K. FUHP, to takowych nabrać powinien już po złożeniu wyjaśnień przez tych wykonawców, względem których procedurę wyjaśniającą zastosowano. Otóż wszystkie cztery oferty zostały odrzucone właśnie z uwagi na rażąco niską cenę. Zamawiający powinien zatem nabrać wątpliwości co do możliwości realizacji zamówienia również za cenę oferowaną K. FUHP - skoro bowiem żaden z czterech wykonawców nie dowiódł możliwości wywiązania się z wykonania zamówienia za proponowaną cenę, to niewątpliwie zasadne jest pytanie o taką możliwość w przypadku oferty K. FUHP. Tym bardziej, że różnice pomiędzy czterema pierwszymi ofertami, a wyceną K. FUHP są nieznaczne. Otóż:

- a) cena oferty K. FUHP jest o jedynie 9% wyższa niż średnia arytmetyczna odrzuconych ofert;
- b) natomiast najdroższa z odrzuconych ofert (wykonawcy AVR S.A.) jest raptem o 3% tańsza.

Odwołujący 5 powołał się na wyrok KIO z dnia 28 sierpnia 2015 r. Sygn. KIO 1781/15: „Zdaniem Izby różnica pomiędzy cenami firmy B. SA a cenami kolejnych ofert jest na tyle duża, że powinna stanowić dla zamawiającego wyraźny znak, że należy jej się przyjrzeć dokładniej. Pomiedzy cenami tymi jest bowiem tak wyraźny dysonans, że zamawiający nie może przejść nad nim do porządku dziennego bez żadnych wątpliwości i wyjaśnień. Zaś to, że różnica pomiędzy ceną oferty B. S.A. a średnią cen pozostałych ofert czy pomiędzy tą ceną a wartością zamówienia nie przekracza 30%, o których mowa w przepisie, nie stanowi usprawiedliwienia dla braku działania ze strony zamawiającego. W każdym bowiem



okolicznościach jest on zobowiązany do staranności w działaniu, a zwłaszcza wyborze oferty najkorzystniejszej. Owszem, ustawodawca wskazał 30%, bo jakąś wartość progową musiał przyjąć jako obowiązkową (przy tym 30% to bardzo duża różnica), jednak nie oznacza to, że poniżej tej wartości zamawiający jest zwolniony od samodzielnej analizy ofert”.

Zdaniem Odwołującego 5, jak wynika z powyższego Zamawiający powinien przeprowadzić procedurę wyjaśniającą już w oparciu o zestawienie cen końcowych złożonych ofert.

*Rażąco niskie istotne części składowe oferty K. FUHP. Zasadność wszczęcia procedury wyjaśniającej - analiza prawna*

Zdaniem Odwołującego 5 również istotne części składowe w ofercie tego wykonawcy są rażąco niskie. Zamawiający powinien wszcząć względem wykonawcy K. FUHP procedurę wyjaśniającą z uwagi na rażąco niską wycenę istotnych części składowych ofert, pomimo bowiem braku przekroczenia limitu 30%, oferta K. FUHP jest niewiarygodna i budzi daleko idące wątpliwości co do prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej.

Odwołujący 5 wskazał, że stosownie do art. 90 ust. 1 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, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Zdaniem Odwołującego 5 z analizowanego przepisu jednoznacznie wynika, że obowiązkiem zamawiającego badającego poziom cenowy ofert wykonawców jest nie tylko matematyczne zestawienie ceny końcowej z referencyjnymi wartościami, o których mowa w art. 90 ust. 1a Pzp (średnia arytmetyczna ofert, szacunkowa wartość zamówienia), ale również zbadanie ich istotnych elementów składowych. Tym samym fakt braku zmaterializowania się przesłanek wszczęcia obligatoryjnej procedury wyjaśniania poziomu cenowego nie zwalnia Zamawiającego z jej przeprowadzenia, o ile cena lub jej istotne części składowe budzą obiektywne wątpliwości. Zdaniem Odwołującego 5 treść art. 90 ust. 1 Pzp nie pozostawia wątpliwości, że zaistnienie obiektywnie rozumianego podejrzenia występowania rażąco niskiej ceny, kosztu lub istotnych części składowych generuje obowiązek („zamawiający zwraca się”) przeprowadzenia przez zamawiającego procedury wyjaśniającej. Odwołujący 5 powołał się na wyrok o sygn. KIO 2258/17, o sygn. KIO 2483/15, o sygn. KIO 858/15.

Odwołujący 5 wskazał, że w swoich orzeczeniach Izba zwraca uwagę na konieczność dokonywania oceny różnic cenowych pomiędzy ofertami poszczególnych wykonawców w sposób zobiektywizowany. Odwołujący 5 powołał się na wyrok KIO z dnia 24 lipca 2020 r., sygn. KIO 1289/20 oraz o sygn. KIO 2734/14.

Zdaniem Odwołującego 5 przesłanką zastosowania procedury, o której mowa w art. 90 ust. 1 Pzp jest wystąpienie wątpliwości w odniesieniu do części składowych, które mają charakter istotny. Kluczowe znaczenie w kontekście dokonywania oceny poziomu cenowego oferty pod kątem cen jednostkowych przypisać należy wpływowi składnika cenotwórczego na należne wykonawcy wynagrodzenie. Odwołujący 5 powołał się na wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2015 r. o sygn. akt: 7/13, wyrok z dnia 2 listopada 2017 r., sygn. KIO 2155/17, orzeczenie TS o sygn. C-599/19, wyrok z dnia 27 listopada 2001 r. w sprawach połączonych C-285/99 i C-286/99 L. i M., Rec. s. i-9233, pkt 46-49, wyrok KIO o sygn. KIO 1650/18.

Zdaniem Odwołującego 5 za niczym nieuzasadnione uznać należy zaakceptowanie przez Zamawiającego oferty, której istotne części składowe mają rażąco niski charakter. Bez znaczenia jest, że cena końcowa tej oferty nie wygenerowała konieczności wszczęcia obligatoryjnego postępowania wyjaśniającego. Jak zostanie dowiedzione w dalszej części odwołania - wykonawca K. FUHP zbudował swoją ofertę w oparciu o rażąco zaniżone, nierynkowe i nierealne do uzyskania wartości poszczególnych pozycji (składających się na kluczowe części zakresu przedmiotowego), co powinno zostać zweryfikowane przez Zamawiającego w ramach procedury wyjaśniającej.

#### Rażąco niskie istotne części składowe

Odwołujący 5 wskazał zaniżone elementy składowe w ofercie K. FUHP w odniesieniu do formularza cenowego dla utrzymania rutynowego:

FORMULARZ CENOWY - utrzymanie rutynowe (BUD, ZUD, BUM) „CAŁOROCZNE UTRZYMANIE DRÓG KRAJOWYCH ZARZĄDZANYCH PRZEZ GENERALNĄ DYREKCJĘ DRÓG KRAJOWYCH 1 AUTOSTRAD ODDZIAŁ W RZESZOWIE WRAZ ZE WSZYSTKIMI ELEMENTAMI Z PODZIAŁEM NA DWIE CZĘŚCI ZAMÓWIENIA: CZĘŚĆ NR 1 REJON W RZESZOWIE OUA DĘBICA”
---

NR pozycji	Nazwa pozycji	Cena K. FUHP - wartość jednostkowa	Cena K. FUHP - wartość całkowita	średnia z innych ofert wartość jednostkowa	Średnia z innych ofert - wartość całkowita	Różnica w % K. FUHP do średniej ceny jednostkowej	Różnica w % K. FUHP do średniej ceny całkowitej
	I. REMONTY NAWIERZCHNI DRÓG						
10	Remont nawierzchni dróg (dotyczy pkt od 1.1 do 1.9) - Remont doraźny	25,00	89 285,40	54,94	196213,60	<b>54,00%</b>	<b>54,00%</b>
	II. UTRZYMANIE I REMONT URZĄDZEŃ BEZPIECZEŃSTWA RUCHU						
	(oznakowanie bezpieczeństwa)						
13	Utrzymanie osłon przeciwwchłapaniowych i przeciwporażeniowych	0,13	40 978,08	0,68	214346,88	<b>81,00%</b>	<b>81,00%</b>
	III. UTRZYMANIE ELEMENTÓW KORPUSU DROGI (pobocza, skarpy, odwodnienie, rowy)						
1	Utrzymanie odwodnienia liniowego (w tym ścieków drogowych prefabrykowanych, ścieków drogowych przy krawężnikowych oraz ścieków skarpowych) oraz krawężników naprawa i wymiana uszkodzonych elementów	0,01	59 405,76	0,06	356434,56	<b>83,00%</b>	<b>83,00%</b>
	IV. INNE						
10	Utrzymanie Miejsc Obsługi Podróżnych wraz z wyposażeniem	3 000,00	648000,00	9 361,18	2022014,88	<b>68,00%</b>	<b>68,00%</b>
	V. UTRZYMANIE ZNAKÓW I ELEMENTÓW BEZPIECZEŃSTWA RUCHU.						

5	Mycie ekranów akustycznych, osłon przeciwlapaniowych i osłon energochłonnych	0,01	164 485,44	0,05	822427,20	80,00%	80,00%
VI. ODWODNIENIE.							
7	Utrzymanie przepompowni	68,00	44 064,00	346,87	224771,76	80,00%	80,00%
8	Utrzymanie zbiorników retencyjnych	21,00	176904,00	68,45	576622,80	69,00%	69,00%
9	Utrzymanie rowów umocnionych i nieumocnionych	11,00	153307,44	27,50	383268,60	60,00%	60,00%
VIII. ZIELEN.							
1	Kompleksowe: ręczne i mechaniczne koszenie traw i chwastów, wraz z usuwaniem odrostów i samosiewów z pasa drogowego	0,60	2 258 496,00	2,24	8431718,40	73,00%	73,00%
X. ZIMOWE UTRZYMANIE DRÓG.							
4	Zimowe Utrzymanie Dróg - odśnieżanie i zwalczanie śliskości chodników i ścieżek rowerowych wraz z koordynacją działań	0,01	44 033,76	0,13	572438,88	92,00%	92,00%
Roboty konserwacyjne							
	Zabezpieczenie elementów systemu odwodnienia obiektów inżynierskich (przepustów - 410 szt., mostów - 77 szt.)	2,60	91 166,40	9,97	349588,08	74,00%	74,00%
	Konserwacja umocnień skarp i stożków obiektów inżynierskich (przepustów - 410 szt., mostów - 77 szt.)	3,40	119217,60	11,21	393067,44	70,00%	70,00%

Analogicznie Odwołujący 5 prezentuje zestawienie dla utrzymania strukturalnego:

FORMULARZ CENOWY - utrzymanie strukturalne bieżące utrzymanie dróg (BUD) i bieżące utrzymanie mostów (BUM) „CAŁOROCZNE UTRZYMANIE DRÓG KRAJOWYCH ZARZĄDZANYCH PRZEZ GENERALNĄ DYREKCJĘ DRÓG KRAJOWYCH I AUTOSTRAD ODDZIAŁ W RZESZOWIE WRAZ ZE WSZYSTKIMI ELEMENTAMI Z PODZIAŁEM NA DWIE CZĘŚCI ZAMÓWIENIA: CZĘŚĆ NR 1 REJON W RZESZOWIE OUA DĘBICA”

NR pozycji	Nazwa pozycji	Cena K. FUHP - wartość jednostkowa	Cena K. FUHP - wartość całkowita	Średnia z innych ofert wartość jednostkowa	Średnia z innych ofert wartość całkowita	Różnica w % K. FUHP do średniej ceny jednostkowej	Różnica w % K. FUHP do średniej ceny całkowitej
19	Wykonanie umocnienia skarp materacami siatkowo-kamiennym na płask grub. 0,5 m ułożonymi na geowłókninie.	80,00	240000,00	166,05	498150,00	52,00%	52,00%
20	Zamontowanie w istniejącej konstrukcji jezdni odwodnień liniowych (maksymalna klasa obciążenia E600 wg PN-EN 1433:2005) szerokości 40 cm i głębokości min 30 cm typu ciężkiego z rusztem n żeliwnym wraz ze wszystkimi robotami towarzyszącymi (rozbiórka nawierzchni, montaż odwodnienia, uszczelenie styków z nawierzchnią).	100,00	30 000,00	667,09	200127,00	85,00%	85,00%
26	Wykonanie umocnienia skarp materacami siatkowo-kamiennymi na płask grub. 0,5 m ułożonymi na geowłókninie.	600,00	60 000,00	1 648,08	164808,00	64,00%	64,00%
35	Wykonanie nowych nasadzeń drzew przydrożnych wraz z pielęgnacją poza okresem gwarancji	15,00	300 000,00	76,98	1539 600,00	81,00%	81,00%

W ocenie Odwołującego 5, jak wynika z powyższych zestawień procentowe różnice

pomiędzy wycenami przyjętymi przez K. FUHP a średnią pozostałych ofert (gdzie cztery spośród sześciu ofert zostały odrzucone z uwagi na rażąco niską cenę) wynoszą od 52% do 92% (!). Przy czym nie mówimy tu o jednej czy dwóch pozycjach, ale aż o 16 pozycjach z formularzy złożonych przez tego wykonawcę.

Odwołujący 5 podkreślił, że wybrane powyżej elementy składowe oferty bez wątplenia mają charakter istotny, zarówno w kontekście przedmiotowym, jak i biorąc pod uwagę ich wartości. Wartość omawianych pozycji w ofercie K. FUHP w porównaniu do oferty Odwołującego prezentuje się następująco:

	Oferta K. FUHP	Oferta Odwołującego
Suma wartości kwestionowanych pozycji	4 669 343, 88 zł	24 991 028, 56 zł

Jak zatem widać zaniżenie przez K. FUHP analizowanych elementów składowych skutkuje obniżeniem ceny ofertowej w stosunku do oferty Odwołującego 5 o ponad 20 mln zł. Kwota ta konsumuje prawie całą różnicę pomiędzy wartościami obu zestawionych ofert.

Odwołujący 5 wskazał również, że analiza wyceny z oferty K. FUHP rodzi już na obecnym etapie (tj. jeszcze przed przeprowadzeniem procedury wyjaśniającej) daleko idące wątpliwości co do zgodności oferty z SIWZ. Wskazać należy, że przeprowadzona w stosunku do pierwszych czterech ofert analiza cen, skłoniła Zamawiającego do odrzucenia tych ofert nie tylko z uwagi na rażąco niską cenę, ale i z uwagi na niezgodność oferty z SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp). Tę podstawę prawną Zamawiający zastosował w stosunku do wszystkich czterech odrzuconych ofert. Jakkolwiek Odwołującemu 5 nie jest znane szczegółowe uzasadnienie odrzucenia tych ofert (a jedynie informacja o ich odrzuceniu oraz podstawa prawna), to wyprowadzić z tego należy kluczowy wniosek. Otóż odrzucenie czterech ofert nie nastąpiło z tego jedynie powodu, że wykonawcy nie byli w stanie sprostać ciężarowi wykazania, że ich ceny zostały skalkulowane poprawnie. Zamawiający uznał, że wyjaśnienia złożone przez każdego z czterech profesjonalnych wykonawców wskazują również, że zakres oferty jest niezgodny z oczekiwaniami Zamawiającego nakreślonymi w dokumentacji Postępowania. A zatem nie tylko (ewentualna) słabość wyjaśnień doprowadziła do odrzucenia ofert, ale i stwierdzona przez Zamawiającego niemożność ujęcia zakresu przedmiotowego zamówienia w ofertach badanych wykonawców.

W opinii Odwołującego 5 zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że analogiczny wniosek wysnuć należy w stosunku do oferty K. FUHP. Stwierdzenie tego w sposób jednoznaczny byłoby możliwe dopiero w przypadku zestawienia szczegółowych podstaw odrzucenia poszczególnych ofert z cenami jednostkowymi oferty K. FUHP. Dlatego też na tym etapie sformułowanie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jest przedwczesne. Niemniej jednak będzie to możliwe do oceny na etapie postępowania odwoławczego. Jeśli zatem okaże się, że, uzasadniając odrzucenie poszczególnych ofert, Zamawiający posługuje się wycenami w pozycjach, w których oferta K. FUHP jest niższa (od wyceny w odrzuconych ofertach), stanowić to będzie jednoznaczny dowód na wadliwość działań Zamawiającego i nierówne traktowanie wykonawców.

Z daleko idącej ostrożności Odwołujący 5 już w tym miejscu wskazuje, że oferta K. FUHP zawiera szereg pozycji, w których wycena budzi daleko idące wątpliwości w kontekście zgodności oferty z SIWZ. Tytułem przykładu wskazujemy na:

- a) wycenę pozycji „Kompleksowe: ręczne i mechaniczne koszenie traw i chwastów, wraz z usuwaniem odrostów i samosiewów z pasa drogowego” (pkt VIII Zieleń, poz. 1 utrzymanie rutynowe) - K. FUHP wycenia tę pozycję na kwotę 0,60 zł, gdy tymczasem wyceny pozostałych pięciu wykonawców wahają się pomiędzy 2,42 zł a 3 zł;
- b) wycenę pozycji „Utrzymanie Miejsc Obsługi Podróżnych wraz z wyposażeniem” (pkt IV Inne, poz. 10 utrzymanie rutynowe) - K. FUHP wycenia tę pozycję na kwotę 3000 zł, co stanowi cenę drastycznie zaniżoną względem faktycznych kosztów.

Uwzględniając przywołane powyżej okoliczności Odwołujący 5 stoi na stanowisku, że Zamawiający powinien wezwać wykonawcę K. FUHP do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

**Sygn. akt: KIO 781/21**

W dniu 11 marca 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy AVR S.A. (dalej „**Odwołujący 6**” lub „**AVR**”) zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) Art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp w zw. z art. 90 ust. 2 ustawy pzp i art. 90 ust. 3 ustawy pzp poprzez uznanie, iż oferta Odwołującego 6 zawiera „rażąco niską ceną” pomimo,

iż wykonawca przedłożył Zamawiającemu wyczerpujące wyjaśnienia wraz z obszernymi dowodami'

- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp polegające na jego zastosowaniu i odrzuceniu oferty Odwołującego 6 jako zawierającej „rażąco niską cenę” w sytuacji, gdy z przedstawionych argumentów zawartych w uzasadnieniu do swej decyzji Zamawiający okoliczności tej nie wykazał;
- 3) art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy pzp poprzez uznanie, iż cena oferty Odwołującego 6 nosi przymiot „rażąco niskiej” w oparciu o wybiórczą i subiektywną analizę wyjaśnień, błędne założenia kalkulacyjne, ustalanie okoliczności w oparciu o informacje nie „wyartykułowane” przez wykonawcę wprost w wyjaśnieniach i przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania, posługiwanie się przy ocenie wyjaśnień „projekcją” Zamawiającego;
- 4) art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1a pkt 1 i 2 ustawy pzp poprzez zaniechanie powtórnego wezwania Wykonawcy do dopuszczalnego prawem wyjaśnienia „wątpliwości” Zamawiającego, a zamiast tego posługiwanie się przy ocenie wyjaśnień danymi i okolicznościami nie wykazanymi przez Wykonawcę wprost w wyjaśnieniach;
- 5) art. 89 ust. 1 tiret 2 ustawy pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy pzp, przez jego zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego 6, pomimo, iż nie była ona niezgodna z postanowieniami SIWZ, co skutkuje naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 6) art. 87 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp i w zw. z art. 7 ust 1 i 3 ustawy pzp polegające na zaniechaniu wezwania Odwołującego 6 do złożenia wyjaśnień w zakresie treści przedłożonej oferty, w sytuacji gdy Zamawiający uznał, iż jest ona niezgodna z SIWZ, co skutkować mogło i skutkowało odrzuceniem oferty Odwołującego 6;
- 7) art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp polegające na zaniechaniu przez Zamawiającego obligatoryjnego ustalenia przed odrzuceniem oferty Odwołującego 6 z uwagi na jej rzekomą niezgodność z SIWZ - czy nie stanowi ona „omyłki” podlegającej poprawie w sytuacji, gdy okoliczność taka wynika z art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy pzp;
- 8) art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy pzp w związku z treścią § 1 i 2 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości stawki godzinowej w 2020 r. (dalej jako „rozporządzenie”) poprzez 1) błędne uznanie, iż Wykonawca naruszył treść przedmiotowego rozporządzenia, a także 2) poprzez uznanie, iż norma art. 89 ust 1 pkt 1 ustawy pzp znajduje zastosowanie do aktów prawnych niższego rzędu niż



ustawa oraz 3) innych niż ustawa pzp, co skutkowało odrzuceniem oferty Odwołującego 6;

- 9) art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp w zw. z art. 7 ust 1 i 3 ustawy pzp polegające na uzasadnieniu faktycznym podjętej decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 6, w sposób utrudniający Odwołującemu 6 poznanie wszystkich czynników, które wpłynęły na decyzję Zamawiającego, a w konsekwencji odniesienia się do nich w niniejszym odwołaniu, co w konsekwencji powoduje naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji.

Odwołujący 6 wniósł o: nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy K. jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu jako wybranej z naruszeniem przepisów ustawy pzp, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty AVR z uwagi na jej rzekomą niezgodność ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty AVR z uwagi na rzekomo „rażąco niski” charakter jej ceny, wezwanie Wykonawcy AVR do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie wątpliwości Zamawiającego, które skutkowały uznaniem, iż oferta jest niezgodna z SIWZ postępowania, nakazanie Zamawiającemu dalszego badania i oceny oferty wykonawcy AVR z uwzględnieniem okoliczności podniesionych w niniejszym odwołaniu i na rozprawie.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący 6 wskazał, co następuje:

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust 1 ustawy Pzp

Odwołujący 6 wskazał, że oprócz naruszeń względem wykonawcy AVR, o których szeroko będzie poniżej, należy wskazać, iż Zamawiający zdecydował się wybrać ofertę wykonawcy K., który w wielu pozycjach rażąco niedoszacował swoją wycenę. Co najistotniejsze jak np. w zakresie pozycji „Utrzymanie Miejsc Obsługi Podróżnych”, która jako pkt 4 uzasadnienia z dnia 1 marca 2021 r. stanowi o odrzuceniu oferty AVR (z uwagi na zastosowaną przez wykonawcę stawkę (19,00 złotych) i „niedoszacowanie” oferty w w/w zakresie na poziomie „3.399.612,03 złotych”) wykonawca K. z wyceną tej samej pozycji niższą od AVR o ok. 1,25 mln złotych, ze stawką (ustaloną przez Odwołującego wg tych samych zasad jak czynił to Zamawiający) na poziomie 4,11 złotych zostaje wybrany w postępowaniu, który nie czyni w tym przypadku zarzutów „niedoszacowania” lub „niezgodności z SIWZ” oraz przepisami dotyczącymi minimalnego wynagrodzenia.

W ocenie Odwołującego 6 przykład ten pokazuje w sposób nie budzący wątpliwości nierówne traktowanie wykonawców, wybór wykonawcy z naruszeniem przepisów ustawy pzp, ale co równie ważne, iż Zamawiający nie poświęcił wystarczającej uwagi ofertom innych Wykonawców niż Ci znajdujący się poniżej bariery 30%, która nakładała na niego obowiązek wezwania do złożenia wyjaśnień. Co więcej sugerowana od początku przez Odwołującego 6 (m.in. w pismach i odwołaniu zakończonym wyrokiem KIO 1881/20) możliwość stosowania „inżynierii cenowej” i przesuwania (zakazanego SIWZ) kosztów pomiędzy pozycjami jest widoczna bez specjalnej analizy i składania wyjaśnień.

Odwołujący 6 wskazał, że nie budzi np. zainteresowania Zamawiającego wycena pozycji dla ZUD w ofercie wykonawcy K. na poziomie 27.528.348,96 złotych netto przy „szacunku” Zamawiającego „19.140.751,44 złotych netto”, przy jednoczesnym rażącym zaniżeniu kilkunastu pozycji „Utrzymania rutynowego” np. :

- II.7 (Utrzymanie rutynowe) - zaniżenie pozycji o 7.508.849,76 zł tzn. dla tej pozycji cena wg „SKWZ” jest droższa od Wykonawcy K. o 620%,
- 11.13 (Utrzymanie rutynowe) - zaniżenie pozycji o 649.344,96 złotych tzn. dla tej pozycji cena wg „SKWZ” jest droższa od Wykonawcy K. o 1585%,
- IV.11 (Utrzymanie rutynowe) zaniżenie pozycji o 1.980.350,17 złotych tzn. dla tej pozycji cena wg „SKWZ” jest droższa od Wykonawcy K. o 10 269%,
- V.4. i V.5 (Utrzymanie rutynowe), zaniżenie pozycji o odpowiednio 2.906.651,52 złotych i 2.302.796,16 a więc dla tych pozycji cena wg „SKWZ” jest droższa od Wykonawcy K. odpowiednio o 2400% i o 1400%;
- VIII. 1 (Utrzymanie rutynowe), zaniżenie pozycji o 9.749.174,40 złotych tzn. dla tej pozycji cena wg „SKWZ” jest droższa od Wykonawcy K. o 432%;
- Cała pozycja XI (Utrzymanie rutynowe), zaniżenie pozycji o 4.981.870,43 złotych tzn. dla tej pozycji cena wg „SKWZ” jest droższa od Wykonawcy K. o 1357%,"

Pełne zestawienie zaniżeń Odwołujący 6 załącza do niniejszego odwołania jako dowód.

Tym samym Odwołujący 6 podkreśla, iż procedowanie w sposób o którym mowa powyżej tj. z pominięciem istotnych okoliczności świadczących o „niedoszacowaniu” pozycji oferty, zakazanej „inżynierii cenowej”, oczywistych niezgodnościach z SIWZ i wybór takie wykonawcy świadczy, iż postępowanie prowadzone jest z naruszeniem fundamentalnych zasad i przepisów ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp

Zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp

W ocenie Odwołującego 6 czynność odrzucenia oferty z powodu „rażąco niskiej cen” w stosunku do przedmiotu zamówienia musi być poprzedzona wszczęciem procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy pzp. Tym samym dopiero po otrzymaniu żądanych wyjaśnień Wykonawcy w przedmiocie wyceny jego oferty i po ich ocenie, Zamawiający może zdecydować o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp.

Odwołujący 6 wskazał, że nie jest sporne pomiędzy stronami, iż zastosowanie przez Zamawiającego omawianego trybu i wystosowanie wezwania do wykonawcy AVR było zasadne, albowiem obowiązek taki nakładał na GDDKIA O/Rzeszów art. 90 ust 1a pkt 1 i 2 ustawy pzp. Samo wezwanie jednak nie przesadza o tym iż cena oferty ma przymiot „rażąco niskiej”. Podobnie o tym, że cena oferty jest „rażąco niska”, wbrew temu co sugeruje uzasadnienie z dnia 1 marca 2021 r. - nie decydują :

- a) relacja ceny oferty do wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów usług (bez względu na to czy jest ona ustalona przed wszczęciem postępowania, czy zaktualizowana w trakcie jego trwania),
- b) „niedoszacowanie ceny ofert AVR w ujęciu całkowitym w stosunku do SKWZ”- str. 32 uzasadnienia odrzucenia,
- c) „niedoszacowanie ceny oferty AVR w stosunku do średniej wszystkich ofert”- str. 32 uzasadnienia odrzucenia,
- d) Niedoszacowanie ceny oferty AVR w stosunku do „SKWZ” „średniej ze wszystkich ofert biorąc pod uwagę wartość utrzymywania rutynowego” oraz „średniej wszystkich ofert biorąc pod uwagę wartość utrzymania strukturalnego” - str. 32 i 33 uzasadnienia odrzucenia oferty AVR.

Okoliczności te znane są w momencie kierowania wezwania do Wykonawcy i gdyby przyjąć, iż mają istotne znaczenie przy ocenie czy cena oferty ma charakter „rażąco niski”, kierowanie wezwania i wnoszenie o przedłożenie wyjaśnień wraz z dowodami pozbawione byłoby logiki, zwłaszcza, że celem złożenia wyjaśnień jest ułatwienie Zamawiającemu dokonania oceny czy „cena skalkulowana była rzetelnie i czy w związku z tym Wykonawca będzie w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie” (str. 2/2 wezwania z dnia 30 lipca 2020 r.).

W ocenie Odwołującego skierowanie więc wezwania w dniu 30 lipca 2020 r. przesadza, iż intencja Zamawiającego w kontekście zagadnienia tzw. „rażąco niskiej ceny oferty” powinno być badanie złożonych wyjaśnień i dowodów, a nie materiałów którymi albo dysponuje Zamawiający przed wystosowaniem wezwania, albo też nie są one w ogóle związane ze sposobem kalkulacji ceny oferty przez wykonawcę czy sposobem świadczenia przez niego usługi.

#### Ceny zawarte w kosztorysie A VR S.A.. a ceny innych wykonawców

Odwołujący 6 wskazał, że idąc jednak tokiem rozumowania Zamawiającego, AVR składając swe wyjaśnienia w zakresie „rażąco niskiej ceny ofert” załączyło dokument - Załącznik nr 1 pn. „Zestawienie cen ofertowych elementów danej grupy zaoferowanych przez Wykonawców z wyróżnieniem pozycji znacząco zaniżonych, których wartość wynosi poniżej 60% ceny zaoferowanej przez AVR (dowód w aktach postępowania), celem wskazania po pierwsze, iż oferta AVR jest zbalansowana w stosunku do innych złożonych w niniejszym postępowaniu, po drugie nie zawiera rażących zaniżeń w jednych pozycjach i zawyżeń w innych jak ma to miejsce u innych wykonawców (inżynieria cenowa zakazana w przedmiotowym postępowaniu co potwierdza pośrednio m.in. wyrok zapadły w sprawie o sygn. akt KIO 1881/20).

Jak pokazuje jednak wybór Zamawiającego o ile jedne elementy wycen budziły jego zasadnicze wątpliwości, inne i w ofertach innych wykonawców już były bagatelizowane, pomimo, iż zawierały rażące zaniżenia.

Zdaniem Odwołującego 6 się najjaskrawszym przykładem naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, ale i podstawowych zasad logiki - przy ocenie wyjaśnień AVR SA - jest ocena jej wyjaśnień dla pozycji IV.10 „Utrzymanie Miejsc Obsługi Podróżnych”(str. 39 uzasadnienia odrzucenia) dla której to pozycji Odwołujący przewidział 1.908.576,00 złotych netto, co według Zamawiającego spowodowało „niedoszacowanie” w/w pozycji aż o 3.399.612.03 złotych.

Tymczasem pozycja ta w kosztorysie Zamawiającego wyniosła 711,704,88 złotych. Formułowanie twierdzeń i wywodów jak te ze strony 39 - 40 odrzucenia oferty AVR S.A. jest tym bardziej zaskakujące, iż Zamawiający, zgodnie z przywołanym „szacunkiem” przewidział koszt „Utrzymania Miejsc Obsługi Podróżnych” w skali miesiąca (DOZ. 3 szacunku w obszarze tej pozycji na 3.294.93 złote netto podczas gdy AVR na 8.836,00 złote netto. I wreszcie co Odwołującego 6 najbardziej zaskakuje zwycięzca postępowania - Wykonawca L.

K. Firma Usługowo -Handlowo - Produkcyjna wycenił wskazana pożycie (za 72 miesiące) na 648,000.00 złotych netto ze stawka miesięczna 3.000,00 złotych netto za utrzymanie 1 - ego MOP - u. Zdaniem Odwołującego 6, w kontekście powyższego powstają dwa zasadnicze pytania na które odpowiedzieć winien Zamawiający, ale ważne również by dostrzegła to Izba:

- a) dlaczego oferta AVR w obszarze tej pozycji choć wyższa m.in. od „szacunku” Zamawiającego o ponad milion złotych jest „niedoszacowana” oraz,
- b) dlaczego oferta innego Wykonawcy-niższa od oferty AVR dla tej samej pozycji o ok. 1,25 mln złotych (w skali kontraktu), ale i drastycznie niższa w obszarze wynagrodzenia miesięcznego jest zgodna z SIWZ i „doszacowana”

Ponadto, Odwołujący 6 wskazał, że:

- a. gdyby wykorzystując algorytm Zamawiającego założyć, że cała kwota wskazana dla tej pozycji kosztorysu w „SKWZ” i ofercie Wykonawcy K. zostanie spożytkowana tylko na koszty pracy - co jest niezgodne z OPZ - bowiem koszty utrzymania MOP zawierają szereg innych wymagań i kosztów zupełnie nie związanych z kosztem pracy - otrzymujemy „stawkę za roboczogodzinę” (Odwołujący celowo posługuje się terminologią Zamawiającego) w wysokości: Dla „SKWZ” w kwocie (711 704,88 zł /na 3 szt. MOP / 24 godziny / 365 dni w roku / 6 lat kontraktu) = 4,51 zł roboczogodzina tytułem przypomnienia zakwestionowana wartość AVR to 19 złotych, a „właściwa” wg. Zamawiającego to 22,30 zł.
- b. Oferta Wykonawcy K. (pozycja dla utrzymania MOP) (648 000 zł/ na 3 szt. MOP/24 godziny/365 dni w roku/6 lat kontraktu) = 4,10 zł roboczogodzina (tytułem przypomnienia zakwestionowana wartość AVR to 19 złotych, a „właściwa” wg. Zamawiającego to 22,30 zł).

Zdaniem Odwołującego 6 powyższe wskazuje, iż gdyby przyjąć założenia (metodologię kalkulacji) Zamawiającego, obie powyższe wyceny nie tylko byłyby znacząco niższe od tej AVR, ale co kluczowe niewątpliwie niezgodne z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za prace oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r. i ustawa o której mowa w pkt 15.3 SIWZ. Okoliczność powyższą Odwołujący 6 wskazał w tym miejscu, aby pokazać, iż Zamawiający próbując podważyć wyjaśnienia wykonawcy AVR - w tym m.in. poprzez zestawienie ceny oferty Odwołującego się z „SKWZ”, „cenami innych ofert”, „średnią ze wszystkich ofert biorąc pod uwagę wartość utrzymania rutynowego” oraz „średnią wszystkich ofert biorąc pod uwagę wartość utrzymania strukturalnego” tracił z pola widzenia zasadnicze kwestie - w tym te - iż kwestionowane przez niego pozycje w ofercie AVR (np. „IV. 10 „Utrzymanie Miejsc

Obsługi Podróżnych" czy „IV. 12 Rutynowe objazdy dróg w ramach patroli (ciąg główny wraz z drogami dojazdowymi) są zdecydowanie lepiej wycenione niż w „SKWZ" Zamawiającego, ale i w ofercie Wykonawcy K. (pozycja IV.10.) Po wtóre Zamawiający przemilczał okoliczność, iż w ofercie tego ostatniego wykonawcy jest szereg niedoszacowanych pozycji, co pokazują dowody załączone do wyjaśnień, ale i tabele przedkładane jako dowód wraz z odwołaniem niniejszym.

Skoro więc Zamawiający porównuje badane oferty z własnym „szacunkiem" - m.in. z uwagi na zasadę wyrażoną w art. 7 ust. 3 ustawy pzp nie zwalnia go to od stosowania zasady legalizmu, stosownie do której „Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy" a jak pokazują przykłady powyższe niekoniecznie tak jest w tymże postępowaniu.

*Pominiecie przez Zamawiającego przv ocenie wyjaśnień Wykonawcy AVR elementów zaprezentowanych przez Odwołującego 6 się w Rozdziale II wyjaśnień, a które wpływała na „oszczędność metody wykonania zamówienia", „wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych Wykonawcy"*

Odwołujący 6 wskazał, że W Rozdziale II złożonych Zamawiającemu wyjaśnień, wykonawca AVR zaprezentował „obiektywne czynniki" kształtujące cenę oferty złożonej w aktualnie trwającym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Co kluczowe - dla prawidłowości wyceny oferty AVR - wykonawca ten w okresie od 3 kwietnia 2015 do 30 sierpnia 2020 (tj. przeszło 5 lat), zgodnie z umową nr 2413.13.2015 z dnia 9 marca 2015 r. realizował zamówienie pn. „Kompleksowe - całoroczne - utrzymanie w systemie "Utrzymaj Standard" autostrady A-4 na odcinku od węzła Tarnów Północ do węzła Sędziszów w latach 2014 - 2020" i czyni to nadal na podstawie kolejnej umowy zawartej z GDDKIA O/Rzeszów tj. Aneksu Nr 2 z dnia 20.08.2020 r. do ww. umowy z uwagi na trwające postępowanie.

Odwołujący 6 podkreślił, że jako jedyny z wykonawców, dysponuje szczegółowa i precyzyjna wiedza dot. utrzymania autostrady A4 na odcinku objętym częścią 1 aktualnie prowadzonego postępowania. Wiedza powyższa dotyczy m.in. stanu drogi, ilości zdarzeń, skali zniszczeń i dewastacji, nakładów na poszczególne elementy infrastruktury drogowej oraz ich rodzaje. Pełna znajomość odcinka autostrady objętego aktualnym zamówieniem, wypracowane przez lata rozwiązania techniczne i organizacyjne stricte dedykowane dla konkretnego odcinka, konkretnej drogi oraz zgromadzone w tym czasie zasoby sprzętowe, materiałowe, ludzkie były istotnym, by nie powiedzieć kluczowym czynnikiem w

kształtowaniu przez wykonawcę ceny ofertowej. Żaden z pozostałych Wykonawców, którzy złożyli ofertę w części I postępowania nie realizował w sposób tak kompleksowy i przez tak długi okres usługi utrzymania autostrady A4 na opisywanym odcinku drogi, co zdaniem Odwołującego było kluczowe dla poprawności przyjętych założeń w kalkulacji ceny, a w konsekwencji przedkładanych przez AVR wyjaśnień (m.in. w obszarze tzw. „obiektywnych czynników” dostępnych tylko konkretnemu Wykonawcy). Dodatkowo, co równie istotne Odwołujący 6 utrzymywał przedmiotowy odcinek autostrady w sposób prawidłowy - bez jakiegokolwiek kary umownej – co wykazał załączając do wyjaśnień poświadczenie z dnia 24 czerwca 2020 r. wystawione przez rzeszowski Oddział GDDKIA. Wykonawca przedstawił do tej części wyjaśnień szereg dowodów i zestawień, które należy czytać łącznie z pozostałymi wyjaśnieniami Odwołującego 6, a czego nie uczynił Zamawiający, który skupił się li tylko „wycinku” wyjaśnień, co wykazuje uzasadnienie do odrzucenia oferty AVR.

Odwołujący 6 podkreślił, iż w Rozdziale II wyjaśnień wskazano w formie tabelarycznej, iż łączną oszczędność wykonawcy AVR wyniesie 2 540 409,97 zł., co w sytuacji konieczności „uwzględnienia” tej kwoty w cenie oferty spowodowałoby, iż po pierwsze Odwołujący 6 nie spełniłby obligatoryjnych przesłanek do wystosowania do niego wezwania do badania ceny jego oferty, a po drugie oferta AVR z uwzględnieniem wykazanych oszczędności byłaby „droższa” niż ta wykonawcy K..

Rodzaj oszczędność	Oszczędność w skali kontraktu
Sól drogowa	224 030,00 zł
Paliwo	21462,00 zł
Chlorek wapnia	100 000,00 zł
Zasoby biurowe, koszty organizacji/ doposażenia zaplecza	46 187,01 zł
Elementy oznakowania	45 105,60 zł
Bariery	51 519,74 zł
Sprzęt do koszenia i utrzymania zieleni	805 606,04 zł
Sprzęt ciężki ZUD	713 295,50 zł
Pojazdy	303 858,74 zł
Maszyny 1 urządzenia wspomagające utrzymanie drogi	209 345,34 zł
Posiadanie systemu kamer do monitoringu wizyjnego na terenie Miejsc Obsługi Podróżnych objętych kontraktem	20 000,00 zł
RAZEM:	2 540 409,97 zł

I tak w samym tylko obszarze ZUP do którego referuje w pkt 2 uzasadnienia z dnia 1 marca 2021 r. Zamawiający, Odwołujący 6 wskazał:

- a) Niezakwestionowana przez Zamawiającego „Tabele sprzętu”, który zgodnie z SIWZ może być wykorzystywany na kontrakcie objętym przedmiotowym zamówieniem

wskazując w obszarze sprzętu oszczędność na poziomie 713 295.50 zł netto (Zamawiający w uzasadnieniu praktycznie nie odniósł się do kwestii tej kwoty, pomimo, iż wykonawca stwierdził „Do oferty w punkcie „X. ZIMOWE UTRZYMANIE DRÓG" została uwzględniona niższa wartość oszczędności związana z brakiem konieczności zakupu sprzętu w kwocie 713295,50 zł netto).

- b) Niezakwestionowana oszczędność związana z brakiem konieczności zakupu „chlorku wapnia" („Wartość oszczędności Wykonawcy związanych z brakiem konieczności ponownego zakupu/nabycia ww. środków w ramach kontynuacji nowego zamówienia na podstawie danych ewidencji stanu materiałów na OUA oraz realnych kosztów zakupu/nabycia wynosi: 100 000,00 zł netto).
- c) Niezakwestionowana oszczędność z tytułu posiadania soli drogowej o wartości 224 030,00 złotych netto.

Zdaniem Odwołującego 6 okoliczności te nie zostały uwzględnione przez Zamawiającego, który na str. 34 - 36 (pkt 2 uzasadnienia) skupił się głównie na 1). Kwocie wynikającej z tabeli figurującej na str. 124 wyjaśnień i 2) koszcie sprzętu do ZUD. Co więcej Zamawiający w dalszej części analizy sprzętu ZUD zamiast właściwie uwzględnić udokumentowane oszczędności o których Oddział GDDKiA doskonale wie (z uwagi na prowadzenie akcji zima także w sezonie 2020/2021) skupił się na własnej projekcji kosztów sprzętu i wizji realizacji kontraktu, „wkładając" w treść wyjaśnień wykonawcy treści i wartości, które tam nie pojawiły się, co jest okolicznością niedopuszczalną, a występującą także w innych punktach tego uzasadnienia odrzucenia oferty AVR S.A. (pkt 1, 2, 4).

*Pominiecie przez Zamawiającego w badanych kosztach oferty AVR S.A. (pkt 2, 3, 4 uzasadnienia odrzucenia oferty AVR) pozycji określonych jako „Koszty pośrednie", „Inne koszty", „Zysk"*

Odwołujący 6 wskazał, że odpowiadając na treść wezwania Zamawiającego w pierwszej części Rozdziału III poczynił uwagę natury ogólnej, dotyczącej pozycji „Innych kosztów" (str. 5 - 7), „Kosztów pośrednich" (str. 7) oraz „Zysku" (str. 7), prezentując co te pozycje w każdej w zawartych w dalszej części wyjaśnień tabel zawierają. Tym samym wykonawca zwrócił uwagę, iż na każda pozycje kosztorysu składa się szereg kosztów, które natęży czytać łącznie. Zamawiający zarówno argumentując do pkt 2, 3 i 4 uzasadnienia - pominał okoliczności wskazane wcześniej, ale i w dalszej części tego odwołania - nie uwzględnił w swej analizie dla danej pozycji „Innych kosztów" „Kosztów pośrednich" oraz „Zysku", co znacząco zniekształca badany obraz, czyniąc ocenę wadliwą.



Dla przykładu w tabeli na str. 81 (Utrzymanie Miejsc Obsługi Podróżnych) pominięta przez Zamawiającego POZ. 4 (Inne Koszty1) wyceniona została na 1.102,653.83 złotych, DOZ. 5 (Koszty pośrednie) to koleinę 229.029.12 złotych, a poz. 6 Zyski to 95.428,80 złotych.

Z kolei przywoływana w pkt 2 uzasadnienia o odrzuceniu oferty tabela ze strony 124 to jak wskazuje się tylko „Koszt robocizny” bez wskazania konkretnej ilości osób co ma fundamentalne znaczenie w kontekście wniosków Zamawiającego, których ten nie wyprowadza z jasnego, nie budzącego oświadczenia Wykonawcy, ale z własnych wyliczeń i kalkulacji. Wyliczenia Zamawiającego pomijają jednak zawartość tabel ze str. 127, 129, 130 i 131 wyjaśniających de facto poszczególne ceny ofertowe składające się na zimowe utrzymanie drogi (ZUP1) oraz pomijają zawarte w tych tabelach wskazane koszty w obszarach dotyczących „Innych kosztów”, „Kosztów pośrednich” oraz „Zysku”, a wartość o która „uszczerpił Zamawiający” wyjaśnienia AVR stanowi tabelaryczny załącznik do niniejszego fragmentu odwołania (pominięte kwoty to 6.020.49 złotych. 738.338.86 złotych 18.731,70 złotych oraz 41.165,51 złotych).

Wreszcie w zakresie pkt 3 uzasadnienia o odrzuceniu oferty AVR - Rutynowe objazdy dróg w ramach patroli (str. 37 i 38 uzasadnienia,) brak uwzględnienia pozycji „Inne koszty”, „Koszty pośrednie” i „Zysk” skutkuje pominięciem przez Zamawiającego dodatkowych 9.611.58 złotych.

W ocenie Odwołującego 6 pominięcie wspomnianych elementów nie tylko wypacza analizę dokonaną przez Zamawiającego, ale co istotne czyni ją „wybiórczą”, albowiem Zamawiający nie dostrzega pewnych kosztów które są wskazane - jak np. w przypadku części do sprzętu ZUD w pozycji „Inne koszty”. W kontekście powyższego oraz kwestii pozostałych podnoszonych w niniejszym odwołaniu trudno uznać, by Zamawiający dokonał rzetelnej oceny złożonych wyjaśnień, co w konsekwencji przenosi się na wadliwość podjętej przez niego decyzji.

*Przyjęcie przez Zamawiającego założenia, iż wskazana przez AVR w wyjaśnieniach stawka wynagrodzenia (roboczegodzina) jest niezgodna z treścią rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości stawki godzinowej w 2020 r.*

Stosownie do treści § 1 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości stawki godzinowej

w 2020 r. (dalej jako „rozporządzenie”) od dnia 1 stycznia 2020 r, ustalono, iż minimalne wynagrodzenie za pracę wynosić będzie 2600 zł brutto. To samo rozporządzenie ustaliło w § 2, że z tą samą datą tj. 1 stycznia 2020 r, minimalna stawka godzinową wynosić będzie 17 zł brutto. Kwota minimalnego wynagrodzenia powiększona o „koszty pracodawcy” wynosi 3.156.66 złotych brutto, a stawka minimalna za godzinę pracy wyniesie wówczas 18,79 złotych brutto. Stawki wykazane przez Odwołującego się to odpowiednio 19 i 20,30 złotych za 1 godzinę pracy, co czyni je zgodnymi z przepisami powyższymi.

Zdaniem Odwołującego 6, kluczowy dla błędnej oceny wyjaśnień AVR jest błąd popełniany przez Zamawiającego niemal w każdym punkcie uzasadnienia o odrzuceniu oferty AVR (pkt 2, 3 i 4) w którym:

- 1) Identyfikuje on „roboczogodzinę” z minimalną stawką godzinową próbując wykazać, iż „stawka za roboczogodzinę w wysokości 19 zł (względnie 20,30 złotych - przyp. Odwołujący) jest stawką niższą niż stawka za roboczogodzinę ustalona w oparciu o wynagrodzenie minimalne i koszty pracodawcy, co stanowi kolejną niezgodność oferty z SIWZ, które przy najniższym krajowym wynagrodzeniu na rok 2020 kształtuje się na poziomie 22,33 PLN/netto (minimalny koszt robocizny - roboczogodziny obliczony przez Zamawiającego na podstawie obowiązujących przepisów z uwzględnieniem pracy w godzinach nocnych”);
- 2) Zamawiający nie wskazuje w dokumentacji postępowania jednej metodologii wyliczania roboczogodziny i przepisów kwestię tą regulujących, a także elementów składowych koniecznych dla prawidłowego wyliczenia takiej stawki, posługując się w wezwaniu terminem potocznym „koszty robocizny”, a w uzasadnieniu „roboczogodzina”;
- 3) Własne wyliczenia opiera na formule z nieznanymi założeniami do niej (części saldowe owej „roboczogodziny”), nie przywołując przepisów do których odwołuje się co uniemożliwia szerszą polemikę z nim.

O czym mowa była wcześniej w kontekście „Utrzymania Miejsc Obsługi Podróżnych”, - gdyby jednak nałożyć na algorytm Zamawiającego pewne dane i założyć, że cała kwota wskazana dla tej pozycji kosztorysu „SKWZ” i ofercie Wykonawcy K. zostanie spożytkowana tylko na koszty pracy - co jest jak już podnoszono niezgodne z OPZ - otrzymujemy „stawkę za roboczogodzinę” (Odwołujący celowo posługuje się terminologią Zamawiającego) w wysokości:

- Dla „SKWZ” w kwocie (711 704,88 zł /na 3 szt. MOP / 24 godziny / 365 dni w roku / 6 lat kontraktu) = 4.51 zł roboczogodzina tytułem przypomnienia zakwestionowana wartość AVR to 19 złotych, a „właściwa” wg Zamawiającego to 22,30 zł);
- Oferta Wykonawcy K. (pożycia dla utrzymania MOP) - f648 000 zł/ na 3 szt. MOP /24 godziny /365 dni w roku /6 lat kontraktu) = 4,10 zł roboczogodzina (tytułem przypomnienia zakwestionowana wartość AVR to 19 złotych, a „właściwa” wg Zamawiającego to 22.30 zł).

Z kolei, gdyby dokonać podobnych wyliczeń dla pozycji „Rutynowe objazdy dróg w ramach patroli” w oparciu o kwotę, która Zamawiający przewidział dla tej pozycji w „szacunku” (przy założeniu czasu przejazdu ustalonego przez Zamawiającego w styczniu 2021 r.) wówczas tzw. „roboczogodzina” dla pozycji tej wyniosłaby 12,42 złotych, a więc 6,58 złotych mniej niż zaproponował wykonawca AVR. Kwestią niewyjaśnioną pozostaje dlaczego Zamawiający dla swych szacunków przyjmował wartość niższą niż aktualnie próbuje forsować w całych wyjaśnieniach.

Z uwagi na powyższe zastrzeżenia Zamawiającego do kwot zaproponowanych przez wykonawcę AVR, Odwołujący 6 wskazał po pierwsze, że są one niezasadne, gdyż wartości te są zgodne z przywołanymi przepisami oraz SIWZ, po drugie zupełnie niezrozumiałe jest kwestionowanie przez Zamawiającego w każdym z pkt 2, 3 i 4 stawek Odwołującego 6 podczas gdy jak wynika z „SKWZ” Zamawiającego przewidywał on wartości na poziomie 4.51 złotych poniżej kwoty podanej przez AVR minimalnej z rozporządzenia) i 12.42 złotych (poniżej wartości podanej przez AVR). W świetle wykazanych obliczeń zupełnie niezrozumiałe jest natomiast wybór najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu, albowiem Wykonawca K. dla pozycji „Utrzymanie Miejsc Obsługi Podróżnych” zaproponował rażąco niską cenę ogólną i kwotę wynagrodzenia za godzinę pracy tj. 4,10 złotych, a ustalona w sposób analogiczny jak czynił to względem oferty AVR Zamawiający. Wreszcie brak odwołań w SIWZ i OPZ, co do sposobu kalkulowania „roboczogodziny” (w wezwaniu nazywaną „kosztem robocizny”) i brak definicji tego pojęcia umożliwia w aktualnej sytuacji tak „kreatywne” podejście do badania oferty jak czyni się to obecnie.

Tym samym wyliczenia i kalkulacje Zamawiającego obarczone są błędem również i w tym zakresie wpływając na wadliwość oceny złożonych wyjaśnień.

*Ustalanie „wiążącego” czasu objazdu dróg objętych postępowaniem w styczniu 2021 r.*

Odwołujący 6 wskazał, że w zakresie pkt 3 uzasadnienia o odrzuceniu oferty AVR (str. 37 - 39), a dotyczącym „Rutynowych objazdów dróg w ramach patroli” Zamawiający wskazuje, iż

„na podstawie raportu GPS z dnia 18.01.2021 r. objazd (ciągu głównego - przyp. Odwołujący) zajmuje 3 godziny i 15 minut (3,25)" powtarzając tą argumentację na str. 37, 38 uzasadnienia o odrzuceniu oferty AVR. Dodatkowo, na str. 38, 39 Zamawiający wskazuje - odnosząc uwagę tą do „dróg serwisowych", iż „zgodnie z raportem z dnia 12 stycznia 2021 r." objazd tych dróg obejmuje „5 godzin i 50 minut (5,83)".

W tym miejscu wskazać należy, iż Dział II Rozdział 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych zatytułowany był „Przygotowanie postępowania". W ramach tego rozdziału art. 29 ust 1 i 2 ustawy pzp na Zamawiającego został nałożony obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, ale i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Dodatkowo ustawodawca zastrzegł, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Zdaniem Odwołującego 6, powyższe ma kluczowe znaczenie dla działania, które podjął Zamawiający w dniach 12 i 18 stycznia 2021 r. Nie jest dopuszczalne bowiem „uszczegółowianie" opisu przedmiotu zamówienia (o konkretny czas objazdu, zmiana długości dróg), jego „modyfikacja" czy „rozbudowywanie" po otwarciu złożonych ofert, zwłaszcza w sytuacji, gdy znany jest ranking ofert złożonych przez wykonawców. Postępowanie takie narusza nie tylko treść art. 29 ust 1 ustawy pzp, ale - co nader istotne - art. 7 ust 1 i 3 ustawy pzp. Tym samym, skoro Zamawiający nie określił w SIWZ i OPZ „minimalnych" lub „maksymalnych" czasów przejazdu patroli (nie wskazał ich wprost - przyp. Odwołujący 6), nie może na aktualnym etapie postępowania kształtować nowych, nie wyartykułowanych nigdzie reguł związanych z realizacją zadania.

Co więcej, przejazd dokonany przez Zamawiającego został wykonany w nieznanym warunkach atmosferycznych, nieznanym pojazdem, przy nieznanym natężeniu ruchu i nieznanym są założenia, które przeświecały osobom biorącym w tym swoistym „eksperymentem". Na uwagę również zasługuje to, iż objazd został wykonany po przedłożeniu wyjaśnień przez wykonawców, a w trakcie ich oceny, co budzi tym większe obiektywne, co do jego obiektywnego i bezstronnego charakteru. Tym samym uwzględnienie przez Zamawiającego w swych kalkulacjach przedstawionych czasów przejazdów jest naruszeniem wskazanych wyżej przepisów, a w konsekwencji poddaje w wątpliwość poczynione w oparciu o dane te ustalenia. Dlatego, zdaniem Odwołującego 6 też i ten element uzasadnienia przesądza o tym, iż Zamawiający do badania wyjaśnień wykorzystał dane nieznanie wcześniej Wykonawcom, ustalone w nieznanym sposób i w nieznanym

warunkach. Konsekwencją tego jest więc to, iż kalkulacje Zamawiającego są i w tym obszarze wadliwe, a ocena wyjaśnień oparta na takich kalkulacjach błędna.

### Podwykonawcy

W ocenie Odwołującego 6, zarzut sformułowany przez Zamawiającego w zakresie pkt 1 uzasadnienia o odrzuceniu oferty trudno zdekodować. Fakt bowiem, iż wykonawca zadeklarował wykonanie „większości” robót i usług „siłami własnymi” nie wyklucza możliwości posłużenia się w pewnym zakresie podwykonawcami. „Większość” bowiem według słownika języka polskiego oznacza „większą rozmiarami część czegoś”. Trudno w ocenie Odwołującego VI robić zarzut z tego, iż wykonawca AVR zamierza zlecić Podwykonawcom 2 (słownie : dwie) pozycje z ogółu 94 pozycji dotyczących formularza „Utrzymanie rutynowe”. Wartość pozycji wykonywanych przez podwykonawców wynosiłaby 2.489.432,40 zł netto, co stanowi zaledwie 5% wartości kosztorysu z zakresu „Utrzymania rutynowego”. Tym samym wydaje się, że „większość” prac AVR S.A. wykona „siłami własnymi” i zdanie to jest prawdziwe.

Jak wynika z kolei z treści przedłożonych wyjaśnień Odwołujący 6 zamierza „podzlecić” wykonanie prac związanych z 5 pozycjami działu „Utrzymanie strukturalne”. Wartość tych pozycji wynosi 521.000,00 zł netto, co stanowi ok. 5% wartości kosztorysu ofertowego dla tego typu prac i w tym kontekście stwierdzić trzeba, że również i w tym miejscu twierdzenie, iż AVR S.A. wykona „większość” prac jest prawdziwe.

Zdaniem Odwołującego 6 niezasadne jest uznanie, iż o nielogiczności lub niespójności wyjaśnień świadczy fakt, iż pewne rodzaje prac są „mniej kosztowne” („znaczące oszczędności”) w sytuacji korzystania z podwykonawców, o czym Zamawiający pisze na początku pkt 1 ze str. 33. Co kluczowe omawiany fragment uzasadnienia nie ma jednak żadnej wartości merytorycznej, która pozwalałaby na podjęcie rzeczowej polemiki, a jak odnosi wrażenie Odwołujący się, stanowi nieudaną próbę zdyskredytowania wyjaśnień, które łącznie miały kilkaset stron. Jeśli więc jest to jedna niespójność na którą natrafił Zamawiający, analizując wyjaśnienia wykonawcy AVR świadczy to tylko o tym, iż „zdecydowana większość” przekazanych dokumentów jest spójna i logiczna przez co trudno uznać by ten fragment - nawet jeśli przyjąć, że „niespójny” dla Zamawiającego - mógł niweczyć trud podjęty przez wykonawcę i wartość merytoryczną wyjaśnień.

### ZUD

Odnosząc się do kwestii poruszanych w pkt 2 uzasadnienia odrzucenia oferty AVR S.A. (str. 33 - 37), a dotyczących „Zimowego Utrzymywania Dróg”, Odwołujący 6 wskazał co następuje:

Wykonawca w żadnym miejscu na str. 124 nie wskazał wprost, iż zatrudni mniej niż 4 osoby zarówno na stanowisku „Dyżurnego ZUP na Obwodzie Utrzymania” jak i na stanowisku „Dyżurnego ZUP w Rejonie”. Brak jest na przywołanej stronie twierdzenia np. iż „Wykonawca zatrudni 3 osoby na stanowisku Dyżurnego ZUD w Rejonie”. Kwestia powyższa jest fundamentalna dla ustalenia o zgodności lub niezgodności oferty Odwołującego 6 z SIWZ (w jedynym z resztą przywołanym w uzasadnieniu przez Zamawiającego dla „rzekomych niezgodności z SIWZ” fragmentem OPZ tj. pkt 2.7. cz I OPZ str. 36).

Zdaniem Odwołującego 6 skoro bowiem wykonawca nie zadeklarował, iż świadczyć będzie usługę w określony sposób, Zamawiający nie może wniosków dla Odwołującego 6 niekorzystnych wyprowadzać z danych, które ocenia fragmentarycznie.

Odwołujący 6 wskazał, że tabela ze str. 124 to – jak wskazuje jej opis „Koszt robocizny” w zakresie ZUD, a nie „Liczba dyżurnych ZUD w Rejonie” lub „Liczba dyżurnych ZUD na Obwodzie Utrzymania”. Na co zwrócono uwagę, wartości wskazane w tej tabeli to zaledwie suma pozycji 1 z tabel zawartych na str. 127,129,130 i 131. Jednakże prócz pozycji 1 z tychże tabel zwrócić należy uwagę, iż wykonawca AVR w poz. 4,5,6 przewidział dodatkowe środki dla usługi związanej z ZUD, a których Zamawiający nie uwzględnił w dokonywanych wyliczeniach. Zakładając, iż Zamawiający wnikliwie przeanalizował wyjaśnienia, nie mógł on nie dostrzec, iż na wspomnianych str. 5, 6 i 7 Rozdziału II uwzględniono np. płace i narzuty stałego personelu budowy, koszty zatrudnienia pracowników zamiejscowych czy inne koszty (poz. Koszty pośrednie) oraz spodziewany „Zysk”.

Kwestią kolejną, którą zdaje się pomijać Zamawiający jest fakt, iż przywołany przez niego fragment OPZ tj. pkt 2.7. cz. I OPZ str. 36 stanowi:

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

b) Dyżurnych Zimowego Utrzymania Dróg na Obwodzie Utrzymania i w Rejonie

- w liczbie gwarantującej w sytuacjach tego wymagających pełnienie w okresie zimowym dyżurów 24 godzinnych na każdym OU, jednak nie mniej niż 4 osoby na jeden OU w okresie

od 15 października do 15 kwietnia każdego roku w którym wykonywane jest Zimowe Utrzymywanie Dróg;

- w liczbie gwarantującej pełnienie w okresie zimowym dyżurów poza godzinami pracy Rejonu dyżurów dyżurnego ZUP Rejonu, jednak nie mniej niż 4 osoby;"

Odwołujący VI wskazał, że w przypadku Dyżurnych Zimowego Utrzymania Dróg, Zamawiający wprowadził niezdefiniowany w słowniku postępowania (str. 10 -16 OPZ) termin „w sytuacjach tego wymagających”, co nakazuje przypuszczać, iż znajdują się także „sytuacje tego nie wymagające”, Pomijając okoliczność, iż nie wiemy o jakie „sytuacje” chodzi, należy przyjąć, iż tylko w przypadku tych „niezidentyfikowanych” przez Zamawiającego „sytuacji” konieczne jest pełnienie dyżuru 24 godzinnego na każdym OU, przez nie mniej niż 4 osoby w okresie „od 15 października do 15 kwietnia każdego roku. A contrario brak „sytuacji tego wymagających” znosi wspomniany obowiązek, albowiem nie można z innych zapisów SIWZ lub OPZ wyprowadzić wniosku przeciwnego.

Odwołujący 6 wskazał, że powszechną regułą obowiązującą w prawie zamówień publicznych, którą ilustrują poniższe orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej: „Jeżeli SIWZ zawiera jakiegokolwiek niejednoznaczności nieściśłości, te należy tłumaczyć je na korzyść wykonawcy, a więc z uwzględnieniem interesów wykonawcy” (wyrok z dnia 18 kwietnia 2017 r. KIO 653/17).

Odwołujący 6 powołał się na wyrok z dnia 25 lutego 2015 r. sygn. akt KIO 280/15; KIO 297/15, wyrok z dnia 3 września 2013 r. sygn. akt KIO 2005/13, wyrok z dnia 15 października 2014 r. sygn. akt KIO 2013/14, wyrok z dnia 21 sierpnia 2017 r. sygn. akt KIO 1658/17, wyrok z dnia 13 września 2017 r. sygn. akt KIO 1782/17.

Zdaniem Odwołującego 6 drugi z przypadków wskazuje tylko moment w którym w Rejonie ma trwać dyżur „poza godzinami pracy Rejonu dyżurów dyżurnego ZUP Rejonu” bez wskazania jednak DO pierwsze jakie to są konkretnie godziny i wreszcie ile taki dyżur ma trwać. W ocenie Odwołującego 6, brak wskazania na etapie przygotowania postępowania 1) godzin w których ma trwać dyżur pracownika Wykonawcy w Rejonie (tzn. godzin które nie są godzinami pracy Rejonu) oraz 2) czasu (długości) tego dyżuru obciąża Zamawiającego i w chwili aktualnej nie może być „wyinterpretowany” z innych zapisów lub „rozbudowywany”. Okoliczność powyższa jest istotna - i jak się wydaje nie dostrzega jej Zamawiający.

Zdaniem Odwołującego 6 racjonalny Zamawiający w sytuacji jak ta oceniana, nie powinien „wyinterpretować” przy pomocy własnych założeń liczby dyżurnych z tabeli podsumowującej „Koszty robocizny”, ale winien skorzystać np. z przysługującego mu uprawnienia do

„dopytania” Wykonawcy w trybie art. 90 ust 1 ustawy Pzp. Zamawiający w postępowaniu niniejszym z prerogatywy tej nie skorzystał i podjął zdaniem Odwołującego VI ryzykowną, ale przede wszystkim „subiektywną” i wadliwą próbę dedukcji, która jest zupełnie nietrafiona, albowiem nie znajduje potwierdzenia w jasnym stanowisku wykonawcy zawartym w złożonych wyjaśnieniach.

Dalej Odwołujący 6 wskazał, że aa str. 35 - 36 uzasadnienia Zamawiający zakwestionował wyliczenia wykonawcy AVR w obszarze dotyczącym „pojazdów” i sprzętu świadczącego usługę ZUD. Kwestia zasadnicza, na którą Odwołujący się zwrócił uwagę w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach jest fakt, iż aktualnie realizuje usługę utrzymania autostrady A4 na przedmiotowym odcinku. Jak wskazano w Rozdziale II wyjaśnień Wykonawca może do świadczenia usługi przeznaczyć część sprzętu wyspecyfikowanego w tabeli:

Sprzęt			Własność	Okras użytkowo nie na kontrakcie zgodnie z wym.QBnl.mi OPZ	2020	2021	2022 (i<T)	2023	2024	2025	2026
Maik. 1 model	Kr rejestracyjny	Rok produkcji									
Nośnik											
MERCEDES AROCS	PNT43725	2015	Koniec okresu spłaty leasingu przypada na 11.2020.- później własność AVR SA	Do końca 2025r. nośnik spełnia wymagania UFO	X	X	X	X	X	X	
(VECO MAGJUS	ET92CWP	2014	Własność AUR SA	Do końca 2024r. nośnik spełnia wymagania ZLFO	X	X	X	X	X		
MERCEDES ACTROS	KR4X313	2013	Własno* i AVR SA	Do końca 2023/. nośnik spełnia wymagania ZUD	X	X	X	X			
IVECO STRAUS	ES370LM	2013	Własność AUR SA	Do końca 2023/. nośnik spełnia wymagania ZUD	X	X	X	X			
JUECO TRAK ER	E3377LM	2013	Własność AUR SA	Do końca 2023/. nośnik spełnia wymagania ZUP	X	X	X	X			
Solarka											
SCHMIDT GAUEOX B80G-42 OC KN490	G2B10485	2015	Własność AUR SA	Do końca 2022r. nośnik spełnia wymagania ZL>D	X	X	X				
SCHMIDT GALLEOX B80G-42DCXN490	G2B10486	2015	Własno* Ć AUR SA	Do końca 2022r. nośnik spełnia wymagania ZUD	X	X	X				
SCHMIDT STRATOS B90- 42 DCLN-700	G2B10487	2015	Własność AUR SA	Do końca 2022r. nośnik spełnia wymagania ZUD	X	X	X				
SCHMIDT STRATOS B90- 42 DESEN-490	S3B1-107	2015	Własność AUR SA	Do końca 2022r. nośnik spełnia wymagania ZUD	X	X	X				
Pług											
SCHMIDT MLS1-A- + CP55.3	ML51-A1-G9-1-028	2015	Własność AUR SA	Do końca 2022/. nośnik spełnia wymagania ZUD do końca 2031 r. nośnik spełnia wymagania ZUD	X	X	X				
SCHMIDT PV 34-1	PV 3+07-1-006	2014	Własność AUR SA	Do końca 2021r. nośnik spełnia wymagania ZUD	X	X					
SCHMS3T PV 344	PV34*7-1-007	2014	Własność AUR SA	Do końca 2021r. nośnik spełnia wymagania ZUD	X	X					
GŁĘTTA MN45 + AG*B	MN6C6DL	2014	Własność AUR SA	Do końca 2021r. nośnik spełnia wymagania ZUD	X	X					
GŁĘTTA MM42	MNS96DL31R	2014	Własność AVR SA	Do końca 2021r. nośnik spełnia wymagania ZUD	X	X					

Jak wynika z tabeli powyższej (przedstawionej również w treści wyjaśnień) Odwołujący 6 dysponuje na aktualną chwilę 5 z 16 nośników, które przynajmniej do roku 2023 będą zgodne z zapisami OPZ. Podobnie Odwołujący 6 wykazał, iż aktualnie posiada 5 z 14 wymaganych pługów, które będą zgodne z OPZ do roku 2022 i 2023. Wreszcie wykonawca wskazał, iż dysponuje 4 solarkami z 8 wymaganych, które - zgodnie z OPZ - będzie można wykorzystywać na kontrakcie do roku 2023. Jednocześnie wykonawca wskazał Zamawiającemu jaką oszczędność w stosunku do konieczności zakupu sprzętu generują w/w okoliczności (713.295,50 zł netto).



Zamawiający zwrócił także uwagę, iż wykonawca nie uwzględnił w swoich wyjaśnieniach kosztów wymiany części pojazdów do ZUD. Tymczasem w każdej pozycji „Inne Koszty” odnoszącej się także do ZUD zawarte są koszty wynikające z zapewnienia i eksploatacji pojazdów, sprzętu (str. 5 wyjaśnień Wykonawcy).

W przypadku więc i kosztów ZUD Wykonawca określił „Koszty Inne” w tabelach ze stron 126-131 wyjaśnień. Suma tych kosztów w pozycji „Inne koszty” wynosi:

- w rozdziale IV.X.1. Koszty inne - 3.347,49 zł (tabela str. 127),
- w rozdziale IV.X.2 Koszt inne - 385.699,27 zł (tabela str. 129),
- w rozdziale IV.X.3 Koszt inne - 2.931,78 zł (tabela str. 130),
- w rozdziale IV.X.3 Koszt inne -20.029,31 zł (tabela str. 131).

W sumie więc koszty pozwalające na zabezpieczenie m.in. części do sprzętu ZUD (wynikające z pozycji „Koszty Inne” tj. m.in. zapewnienie eksploatacji pojazdów i sprzętu) zostały przez wykonawcę w ofercie i wyjaśnieniach uwzględnione i wyniosły łącznie 412.007,85 zł netto. Koszt ten w analizie wyjaśnień wykonawcy został zupełnie pominięty przez Zamawiającego, o czym świadczy zastrzeżenie zawarte w uzasadnieniu z dnia 1 marca 2021 r.

Odwołujący 6 wskazał również, że całościowa sumaryczna kwota kosztów z Grupy „Koszty Inne”, która zgodnie z OPZ miała być wyszczególniona - wyniosła w ofercie wykonawcy AVR (str. 7 wyjaśnień) 8 835 130,48 zł netto (dla utrzymania rutynowego) i 526 064,30 zł netto (dla utrzymania strukturalnego). Podobnie jak wcześniej i te kwoty zostały całkowicie pominięte przez Zamawiającego przy ocenie oferty wykonawcy.

Odnosząc się do kwestii podnoszonej w piśmie z dnia 1 marca 2020 r., a dotyczącej kosztów „paliwa” Odwołujący pragnie stwierdzić, iż zgodnie z treścią wezwania z dnia 30 lipca 2020 r. sygn. (O.RZ.D-3.2413.10.2020) Wykonawca w wyjaśnieniach wskazał koszt sprzętu i każdorazowo w kosztach sprzętu ujął też szacowane zużycie paliwa. Odwołujący 6 wskazał, że w Rozdziale II pkt. II. 1.2. wskazał na jakim poziomie kształtuje się roczne zużycie paliwa podając jego roczną ilość - 87 893.32 litry paliwa, co po przeliczeniu przez wskazany średni koszt 1 litra paliwa podany w wyjaśnieniach tj. 3.03 zł netto/litr daje roczną kwotę 266 316.75 zł netto, a w skali 6 lat kwotę 1.597,900,5 zł netto. Niejasne dla wykonawcy pozostaje dlaczego Zamawiający w swym uzasadnieniu zakłada niedoszacowanie oferty AVR w tym zakresie przyjmując za poprawną wartość z wyjaśnień innych wykonawców (1.600.000,00) jako poprawny koszt paliwa tylko dla Zimowego Utrzymania Dróg, skoro Odwołujący 6

wskazał w swych wyjaśnieniach, że uśredniony koszt paliwa obejmujący cały okres kontraktu tj. w okresie 6 lat wynosi ok. 1 597 900,5 zł netto.

Odwołujący 6 dodał również odnosząc się do kwestii „Pojazdów ZUD”, iż w rozdziale II pkt 1.8. swych wyjaśnień wykonawca przedstawił obrazową analizę obiektywnych oszczędności jakie posiada w związku z tym, że jest właścicielem pojazdów ZUD. Pojazdy wraz z osprzętem zostały wykazane w tabelach wraz z modelami i rocznikami o czym mowa była wyżej. Wykonawca nadmienił, że pojazdy są własnością wykonawcy i nie ponosi kosztów ich najmu/zakupu. Wykonawca w sposób jednoznaczny stwierdził, że „zaplanował i przewidział wykorzystanie pojazdów spełniających wymagania SIWZ, korzystając ze sprzętu będącego własnością Wykonawcy, a więc sprzętu, dla którego nie będzie ponosił on kosztów najmu/leasingu”. Aby zgodnie z zasadami wykazać faktyczne i obiektywne oszczędności Wykonawca przedstawił tylko oszczędności wynikające z obecnej realizacji kontraktu na przedmiotowym odcinku i posiadania pojazdów wraz z osprzętem w ramach tylko aktualnie realizowanego kontraktu na odcinku autostrady A4, który jest przedmiotem postępowania. Chcąc uwiarygodnić swoje kalkulacje Odwołujący 6 przedstawił dokładne dane: modele, roczniki, typ i rodzaj osprzętu. W celu zobrazowania oszczędności na bazie wyszczególnionych pojazdów wykonawca przedstawił m.in. alternatywne koszty w sytuacji, gdyby tylko ten posiadany ( i wykazany w tabel) na kontrakcie sprzęt musiał zakupić albo wynająć: „Wykonawca przedstawia analizę zakupu sprzętu, aby zobrazować faktyczną oszczędność związaną z faktem posiadania przez cały sezon sprzętu na OUA Dębica, co ma wpływ na wycenę wszystkich prac utrzymaniowych do wykonania których jest wymagany. W celu uwiarygodnienia obliczeń Wykonawca przedstawił również kalkulację oszczędności w przypadku wynajmu sprzętu od podmiotów zewnętrznych do celów ZUD.” Wykonawca przedstawił także w jaki sposób obliczył średnie oszczędności i przy jakich założeniach to uczynił, tak aby uwiarygodnić faktyczną oszczędność kwotowo. I tak w przypadku konieczności zakupu sprzętu oszczędności wynosiły 713 295,50 zł netto natomiast w przypadku konieczności najmu sprzętu do ZUD oszczędności byłyby jeszcze większe i wyniosłyby 1 337 500,00 zł netto. Wszystkie dane Wykonawca przedstawił bardzo szczegółowo. Tymczasem przywołany fragment Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty skwitował na stronie 35, stwierdzeniem, iż „Z wyjaśnień tych wynika, że rozwiązaniem korzystniejszym kosztowo dla Wykonawcy jest zakup sprzętu” co stanowi kolejną już „autorska” interpretację tego co faktycznie wykonawca napisał w wyjaśnieniach.

Analizując więc informacje jakie w wyjaśnieniach przedstawił wykonawca nie można było jak to uczynił Zamawiający założyć, że koszty korzystania i eksploatacji sprzętu ZUD wykazane w tabeli na stronie 125 były liczone przy założeniu konieczności zakupu przez wykonawcę

nowego sprzętu. Potencjał sprzętu, z którego wykonawca ma możliwość skorzystać podczas realizacji kontraktu poza sprzętem posiadanym na analizowanym odcinku A4 Wykonawca AVR przedstawił obszernie w rozdziale 11.2.2. swoich wyjaśnień.

Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego 6 wyliczył „niedoszacowanie” i przyjął - wbrew twierdzeniom wykonawcy - koszty zakupu nowego sprzętu wykorzystując przedstawione w wyjaśnieniach informacje dot. oszczędności Wykonawcy. Kwestia budząca wątpliwości jest natomiast to dlaczego Zamawiający zdecydował się wyliczyć „niedoszacowanie” przyjmując, iż wykonawca zdecyduje się na zakup sprzętu nowego, skoro sam w OPZ - oczekiwał sprzętu nie starszego niż 10 lat w przypadku nośnika ZUP oraz 7 lat w przypadku solarki i pługa.

W celu spełniania wymagań OPZ każdy wykonawca każdego roku mógł założyć tymczasem, że sprzęt do ZUP będzie kilkuletni (np. 7, 8, 9 letni), a osprzęt (pług, solarka) 4,5 lub 6 letni, co w sposób kluczowy wpłynie na koszt sprzętu. Dlatego przyjmowanie przez Zamawiającego do kalkulacji „rzekomego” niedoszacowania w obszarze sprzętu ZUP kosztu zakupu nowych jednostek i osprzętu - podczas gdy OPZ dopuszcza sprzęt kilkuletni - jest błędem prowadzącym do wadliwych ustaleń kwot koniecznych dla zakupu lub wynajmu sprzętu. Pominąwszy, że Zamawiający samodzielnie założył pewne okoliczności i „przypisał” je wykonawcy (konieczność zakupu nowego sprzętu) to dodatkowo jeszcze przyjął koszty amortyzacji sprzętu w okresie trwania całego kontraktu, a więc w okresie 72 miesięcy (6 lat) sztucznie zwiększając tym samym miesięczne koszty każdego z pojazdów i osprzętu ZUP. Odwołujący 6 zauważył, iż różnice w miesięcznych kosztach posiadania sprzętu nowego i np. sprzętu 5,6,7,8 czy 9-letniego mogą sięgać np. 90%, co jest związane z okresem amortyzacji pojazdu (sprzętu) oraz jego wartością początkową oraz rezydualną po okresie amortyzacji czy po okresie spłaty rat leasingu. Odwołujący 6 podkreślił po raz kolejny więc, że w tabeli dotyczącej sprzętu - na stronie 125 wyjaśnień - szacując wykazane oszczędności z posiadanego sprzętu własnego związanego z przedmiotowym kontraktem, założył właściwe miesięczne budżety związane z posiadaniem i eksploatującą sprzętu ZUD będącego jego własnością.

### Patrowanie

Odwołujący 6 wskazał, że Zamawiający poza kwestiami związanymi z przedmiotową pozycją kosztorysu, które Odwołujący 6 już albo omawiał lub uczyni to w dalszej części odwołania, przy okazji uzasadniania pozostałych zarzutów (np. czas objazdów, pominięcie w analizie wyjaśnień kosztów „pośrednich”, „innych” oraz „zysku”) pominął także:

- 1) kwotę wskazaną na stronie 119 wyjaśnień Odwołującego 6 w wysokości 274.537.60 zł przeznaczoną na pojazd patrolowo-kontrolny do wykorzystania przez Zamawiającego z tym zastrzeżeniem, że zgodnie z treścią wyjaśnień do SIWZ pyt. 104 pojazd ten może zostać wykorzystany przez wykonawcę do m.in. objazdu (patrolowania dróg serwisowych) co również potwierdza treść OPZ pkt. 2.8 Pojazdy i sprzęt Wykonawcy ppkt 2 („... poza okresem wykorzystywania pojazdu przez Zamawiającego Wykonawca może po uzyskaniu zgody KSL dysponować nim we własnym zakresie np. realizować patrole dróg serwisowych i dojazdowych o utrudnionym dojeździe”);
- 2) Zamawiający pominął także analizując omawianą pozycję kwotę wskazaną na stronie 125 wyjaśnień Odwołującego 6 tj. 161.895,75 zł netto, przeznaczoną na dodatkowy sprzęt do patrolowania (zgodnie z OPZ) w okresie zimy. Na stronie 129 wyjaśnień Odwołujący 6 zarówno w treści jak i w tabeli wskazał dodatkowy koszt sprzętu do patrolowania. (Dowód; wyciąg z wyjaśnień strona 125,129, wyciąg z OPZ dot. zimowych patroli ZUD);
- 3) Nie zostały uwzględnione także w kalkulacjach Zamawiającego kwoty oszczędności wskazane w Rozdziale II.1.9 „Posiadane zamortyzowane i stacjonujące na Obwodzie Utrzymania Autostrady Dębica" (w ramach realizacji poprzedniego kontraktu w latach 2015-2020 r.) w postaci pojazdów osobowych, patrolowych, interwencyjnych, przyczep sygnalizacyjnych itp. gdzie w tabeli wskazane zostały m.in. sprzęt i pojazdy spełniające wymagania OPZ i używane przez wykonawcę na łączną kwotę 194.273,50 zł netto (Dowód: wyciąg z Wyjaśnień tabela Rozdział II.1.9).

<b>Rodzaj sprzętu</b>	<b>Nr rej.</b>	<b>Kwota oszczędności</b>
<b>Fiat Ducato</b>	<b>KR9GV12</b>	<b>50 455,00</b>
<b>Fiat Ducato</b>	<b>KR8MV14</b>	<b>9 049,24</b>
<b>Fiat Fiorino</b>	<b>KR1F576</b>	<b>42 501,40</b>
<b>U-26 A</b>	<b>KR1P645</b>	<b>18 870,00</b>
<b>U-27</b>	<b>KR1P646</b>	<b>12 930,00</b>
<b>U-26A</b>	<b>KR1P643</b>	<b>18 870,00</b>
<b>U-27</b>	<b>KR1P644</b>	<b>12 930,00</b>
<b>U-26A</b>	<b>KR1P642</b>	<b>18 870,00</b>
<b>U-26A</b>	<b>RZ6182P</b>	<b>9 797,86</b>
	<b>RAZEM:</b>	<b>194 273,50</b>

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Odwołującego 6 należy uznać, że Zamawiający, analizując pozycję opisywana nie uwzględnił kwoty 515,506,85 zł netto jaką bezpośrednio wynikała ze złożonych przez AVR wyjaśnień.

Powyższe oraz okoliczności podnoszone w innych miejscach odwołania przesądzają, iż ocena wyjaśnień została dokonana wadliwie, wybiórczo, z pominięciem istotnych fragmentów wyjaśnień, co w konsekwencji prowadzi do wniosku, iż kalkulacje i wyliczenia Zamawiającego są obarczone błędem i nie mogą stanowić punktu odniesienia przy ocenie wyjaśnień złożonych przez AVR.

### Utrzymanie Miejsc Obsługi Podróżnych

Pomijając zastrzeżenia Odwołującego się do uzasadnienia przez Zamawiającego dla pkt 4 (str.39-40) pisma z dnia 1 marca 2021 roku, które wyartykułowano wcześniej, Odwołujący 6 zauważył jeszcze na kilka istotnych kwestii.

Opis Przedmiotu Zamówienia w sposób lakoniczny odnosi się do czynności związanych z pozycją IV. 10 „Utrzymanie Miejsc Obsługi Podróżnych” (str. 133 -134 OPZ). W zakresie budzącym wątpliwości (str. 134) Zamawiający wskazał, iż obowiązkiem wykonawcy jest „prowadzenie 24 godzinnego nadzoru sprzątającego zapewniającego czystość toalet jak również ich zaopatrzenia w środki higieniczne. Przedmiot nadzoru prowadzony będzie bezpośrednio na terenie MOP”. Przywołany zapis wskazuje, że obowiązkiem wykonawcy jest prowadzenie „nadzoru”. Wedle definicji słownika PWN „nadzór” oznacza «kontrolowanie lub pilnowanie kogoś lub czegoś». Z kolei wedle słownika synonimów, synonimami dla wyrazu „nadzór” są m.in. „dozór, lustrowanie, pielęgnacja, ochrona, podgląd, śledzenie, czuwanie, nadzorowanie, piecza, czaty, dbanie, strzeżenie, czata, protektorat, kontrolowanie, sprawdzanie, obserwacja, opieka, kontrola, dogłębienie, monitoring, kuratela, pilnowanie, dbałość, czujka, dozorowanie, opiekuńcze skrzydła, patronat, straż, troszczenie się”, co przesądza o czasowym charakterze czynności nadzoru.

W ocenie Odwołującego 6, nadzór nie jest więc 24 godzinnym „dyżurem” na MOP jak chce Zamawiający, ale „dozorem, lustrowaniem, piecza, sprawdzaniem”. Zresztą rozumienie, które próbuję przeforsować Zamawiający nie wynika zarówno z OPZ, ale co równie istotne z „szacunku” dla tej pozycji wynoszącego 711.704.88 zł przez cały czas trwania kontraktu (wg. przekazanego AVR „SKWZ”). Z ostrożności Odwołujący 6 wskazał, iż sformułowanie „przedmiotowy nadzór prowadzony będzie bezpośrednio na terenie MOP” nie odnosi się do długości świadczenia „nadzoru” ale faktu, iż nie może być on świadczony zdalnie np. poprzez monitoring. Gdyby Zamawiający chciał „osobistej obecności” przedstawiciela wykonawcy na MOP wskazałby np. iż „pełniony będzie 24 godzinny dyżur osoby sprzątającej

bezpośrednio na terenie MOP" a nie „prowadzenie 24 godzinnego nadzoru sprząającego zapewniającego czystość toalet jak również ich zaopatrzenia w środki higieniczne”. Dodać trzeba także iż nielogiczne i nieekonomiczne byłoby „stacjonowanie" przez 24 godziny osoby, która ma „zapewnić czystość toalet" i zaopatrzyć sanitariaty „w środki higieniczne".

W ocenie Odwołującego 6 innym błędem Zamawiającego w ocenie tej pozycji jest przyjęcie stawki 22,30 złotego/godzinę jako jedynie dopuszczanie, pominięcie innych pozycji kosztowych z tabeli zawartej na str. 80 wyjaśnień Odwołującego 6, a to: „Kosztów pośrednich", „Innych kosztów", „Zysku", które łącznie dają dodatkowo 1.427.111.75 złotych netto, niedostrzeżenie okoliczności, iż pozycja ta wyceniona jest wyżej o ok 1,2 miliona zł netto od „szacunku" Zamawiającego oraz Wykonawcy K., co w kontekście stwierdzenia, iż wykonawca AVR nie „doszacował pozycji" przez co jest ona „niezgodna z SIWZ", budzi poważną wątpliwość co do dokonanego wyboru oferty najkorzystniejszej, która również „musi być niedoszacowana" i „niezgodna z SIWZ".

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp

Odwołujący 6 wskazał, że brak wiec konkretnego i przesadzającego zapisu w treści SIWZ, którego naruszenie przez wykonawcę stanowiłoby podstawę odrzucenia jego oferty, niweczy możliwość zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP, a w przypadku jego zastosowania decyduje o naruszeniu przepisów Pzp. Tym samym uznanie oferty za niezgodna z SIWZ, winno wskazywać z którymi konkretnie zapisami SIWZ jest ona niezgodna, czego w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego 6 przedstawionym przez Zamawiającego w piśmie z dnia 18 lutego 2021 r. próżno szukać. Co istotne jednak decyzje Zamawiający podejmuje po wykluczeniu możliwości konwalidowania oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP i wyjaśnieniu jej treści w trybie art. 87 ust. 1 ustawy pzp, co w sytuacji niniejszej również nie wystąpiło.

Odwołujący 6 wskazał, że analizując treść uzasadnienia odrzucenia oferty wykonawcy AVR Zamawiający - podobnie jak w latach ubiegłych - stosuje niedopuszczalny zabieg polegający na pominięciu praktycznie wszelkich odwołań do konkretnych zapisów SIWZ, które jego zdaniem naruszała oferta wykonawcy, poprzestając tylko na poruszaniu się na wysokim poziomie abstrakcji i ogółu. Celem wskazania wadliwego sposobu uzasadnienia rzekomej „niezgodności z SIWZ" oferty AVR, Odwołujący 6 pragnie odnieść się do zapisów przekazanego mu przez GDDKIA o/Rzeszów pisma. W uzasadnieniu Zamawiającego dla zastosowania art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy pzp, stwierdza się w nim m.in.:

- „...treść złożonych wyjaśnień, w zakresie wysokości ceny ofertowej jak i również poszczególnych cen jednostkowych, jednoznacznie wskazuje, że cena ofertowa skalkulowana jest nieprawidłowo, niezgodnie z wymaganiami SIWZ, jest nierealna i rażąco niską' (str. 32 uzasadnienia - brak wskazania konkretnych, skwantyfikowanych i jednoznacznych zapisów SIWZ z którymi oferta jest niezgodna);
- „Zaznaczyć przy tym należy, że stawka za roboczogodzinę w wysokości 20,30 zł jest stawką niższą niż stawka za roboczogodzinę ustaloną w oparciu o wynagrodzenie minimalne i koszty pracodawcy, co stanowi kolejną niezgodność oferty z SIWZ (str. 34 - brak wskazania konkretnych, skwantyfikowanych i jednoznacznych zapisów SIWZ świadczących o niezgodności oferty z SIWZ oraz o tym, iż „stawka za roboczogodzinę w wysokości 20,30 zł jest stawką niższą niż stawka za roboczogodzinę ustalona w oparciu o wynagrodzenie minimalne i koszty pracodawcy");
- „stawka za roboczogodzinę w wysokości 19 zł jest stawką niższą niż stawka za roboczogodzinę ustalona w oparciu o wynagrodzenie minimalne i koszty pracodawcy, co stanowi kolejną niezgodność oferty z SIWZ, które przy najniższym krajowym wynagrodzeniu na rok 2020 kształtuje się na poziomie 22,33 PLN/netto (minimalny koszt robocizny....") (str. 38 - brak wskazania konkretnych, skwantyfikowanych i jednoznacznych zapisów SIWZ świadczących o niezgodności z SIWZ oraz o tym, iż „stawka za roboczogodzinę w wysokości 19 zł jest stawką niższą niż stawka za roboczogodzinę ustalona w oparciu o wynagrodzenie minimalne i koszty pracodawcy", a także wskazania w którym miejscu w SIWZ określono albo wysokość minimalnej stawki za roboczogodzinę albo przepisy sztywno taką stawkę regulującą - przyp. Odwołujący);
- stawka za roboczogodzinę w wysokości 19 zł jest stawką niższą niż stawka za roboczogodzinę ustalona w oparciu o wynagrodzenie minimalne i koszty pracodawcy, co stanowi kolejną niezgodność oferty z SIWZ, które przy najniższym krajowym wynagrodzeniu na rok 2020 kształtuje się na poziomie 22,33 PLN/netto (minimalny koszt robocizny.../) (str. 38 - brak wskazania konkretnych, skwantyfikowanych i jednoznacznych zapisów SIWZ świadczących o niezgodności z SIWZ oraz o tym, iż „stawka za roboczogodzinę w wysokości 19 zł jest stawką niższą niż stawka za roboczogodzinę ustalona w oparciu o wynagrodzenie minimalne i koszty pracodawcy", a także wskazania w którym miejscu w SIWZ określono albo wysokość minimalnej stawki za roboczogodzinę albo przepisy sztywno taką stawkę regulującą - przyp. Odwołujący);
- „Z powyższych wyliczeń jednoznacznie wynika, że Wykonawca pomimo deklaracji w wyjaśnieniach nie przewidział całodobowego nadzoru sprząającego na MOP-ach, co

dotatkowo oprócz niedoszacowania oferty, jednoznacznie stanowi o niezgodności z SIWZ (str. 40 - to nie „wyliczenia”, ale ..konkretne zapisy SIWZ” mogą zdecydować o zastosowaniu art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy PZP „Jak wskazuje się w orzecznictwie i piśmiennictwie, odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, może nastąpić wyłącznie wtedy, gdy zostanie stwierdzona niezgodność "treści" oferty z "treścią" SIWZ" - wyrok KIO z dnia 17 maja 2017 r. sygn. akt KIO 864/17; KIO 872/17,;

- „Podsumowując powyższą analizę wyjaśnień Wykonawcy stwierdzono liczne niezgodności oferty z SIWZ...”(str. 40 - po raz kolejny brak konkretnych zapisów, odwołań do treści SIWZ).

Odwołujący 6 wskazał w kontekście działań Zamawiającego, iż odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp może nastąpić, gdy nie ma wątpliwości co do niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zob. wyrok KIO z dnia 24 lutego 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 158/09, LEX nr 488370 173; wyrok KIO z dnia 22 października 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 1104/08, LEX nr 466680 174 ). W celu ustalenia niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia - w toku badania i oceny ofert Zamawiający może, a w niektórych sytuacjach jest zobowiązany, do zażądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert (art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp.).

Powyższe ma znaczenie w kontekście fragmentu uzasadnienia odrzucenia oferty AVR z uwagi na okoliczność rzekomej niezgodności oferty Odwołującego 6 się z treścią SIWZ w obszarze dotyczącym „zatrudnienia Dyżurnych Zimowego Utrzymania Dróg w Rejonie” w liczbie „nie mniej niż 4” (str. 34 uzasadnienia). Po pierwsze wykonawca w żadnym miejscu swoich wyjaśnień złożonych Zamawiającemu (a w szczególności na str. 124 wyjaśnień) nie wskazał, że zatrudni mniejszą liczbę „Dyżurnych Zimowego Utrzymania Dróg w Rejonie” niż przewidziano w SIWZ. Skoro więc żadna deklaracja ze strony AVR nie padła powstaje zasadnicze dla rozstrzygnięcia sprawy niniejszej pytanie - czy Zamawiający wyposażony w odpowiednie instrumenty jak np. art. 87 ust 1 ustawy pzp lub ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust 1a pkt 1 i 2 ustawy pzp w zw. z art. 90 ust 1 ustawy pzp, uprawniony jest do działania w sposób jaki to uczynił tzn. w drodze wyłącznie dedukcji, przypuszczeń, dochodząc do wniosków niekorzystnych dla wykonawcy.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt teorii wskazać trzeba, iż niewyartykułowana nigdzie w przedłożonych wyjaśnieniach ilość „Dyżurnych” Zamawiający uznaje za niezgodna



z SIWZ. Co jeszcze istotniejsze, swoje działanie próbuje uzasadnić zawierającymi fundamentalne błędy działaniami matematycznymi, a nie zestawioną z konkretnym zapisem SIWZ, wadliwą deklaracją wykonawcy AVR.

Działanie powyższe - w świetle przywołanego orzecznictwa - jest również niezgodne z fundamentalnym założeniem zamówień publicznych w których zmierza się do wyboru oferty, a nie jej eliminacji. Z uwagi na powyższe, zdaniem Odwołującego 6, obowiązkiem Zamawiającego w opisywanym stanie faktycznym w pierwszej kolejności było wyjaśnienie treści oferty (o czym będzie mowa dalej), a nie jej eliminowanie. Zauważyć trzeba bowiem, za ugruntowaną linią orzeczniczą Izby, że „Zamawiający jest zobligowany do prowadzenia postępowania z należytą starannością i dlatego nie może pozostawić żadnych elementów treści oferty niewyjaśnionych”{wyrok KIO z dnia 14 czerwca 2016 r. sygn. akt KIO 923/16), a tego dopuścił się Zamawiający w tym konkretnym przypadku (str. 34 pkt 2 uzasadnienia). Co więcej, w ocenie Odwołującego 6, rzekome niezgodności, o których Zamawiający po raz kolejny pisze w uzasadnieniu swojej decyzji, są wynikiem jego „projekcji” czy założeń jakie on sam przyjął w odniesieniu do wykonywania usługi, a nie sposobu wykonywania usługi w sposób przewidziany przez Wykonawcę - w tym AVR.

Zdaniem Odwołującego 6, powyższe potwierdza użyta przez Zamawiającego narracja uzasadnienia: „Z wyjaśnień Wykonawcy nie wynika by przewidział on w swojej ofercie zatrudnienie Dyżurnych Zimowego Utrzymania Dróg, a przyjął jedynie jednego dyżurnego ZUD w obwodzie co jednoznacznie stanowi o niezgodności oferty z SIWZ”(nie wynika, iż nie przyjął 4, nie wskazał np. cyfry 3 - przyp. Odwołującego 6).

W ocenie Odwołującego 6, Zamawiający - wskazując na niezgodność oferty z SIWZ - w jednym tylko miejscu przywołuje konkretne postanowienie SIWZ (str. 34 - pkt 2.7 cz. I OPZ str. 36) - którego podstawienia oferta AVR miałyby naruszać. Co kluczowe jednak, wyjaśnienia AVR nie zawierają fragmentu, w którym wprost wskazywano by na taką niezgodność, którą Zamawiający - co już podkreślono - sam „wyinterpretuje” ze złożonych wyjaśnień z pominięciem art. 87 ust. 1 ustawy pzp, ewentualnie art. 90 ust 1a pkt 1 i 2 ustawy pzp w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy pzp.

Zarzut naruszenia: art. 87 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp i w z w. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy pzp oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp

W ocenie Odwołującego 6 Zamawiający nieprawidłowo nie skierował do wykonawcy wezwania do wyjaśnień w w/w trybie i na zasadzie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy, a sam podjął się działań opartych na dedukcji, co wprost wynika z uzasadnienia do odrzucenia oferty.

I tak:

- 1) Zamawiający w zakresie pkt 2 uzasadnienia (str. 34) przyjął - na podstawie własnych wyliczeń, a nie oświadczenia wykonawcy, iż ten po pierwsze nie może „zatrudnić nawet jednego dyżurnego” oraz, że „z wyjaśnień Wykonawcy nie wynika by przewidział on w swej ofercie zatrudnienie Dyżurnych Zimowego Utrzymania Dróg w Rejonie”. Skoro jest więc tak, iż z „wyjaśnień nie wynika” pewna okoliczność to zasadnym wydaje się - w przypadku podania kwot przeznaczonych na takie osoby - skierowanie do Wykonawcy wniosku o wyjaśnienie okoliczności niniejszej w trybie art. 87 ust 1 ustawy pzp albo „doprecyzowanie wyjaśnień” w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1 i 2 ustawy pzp w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy pzp, co jest działaniem dozwolonym. Żadnych z czynności powyższych Zamawiający nie podjął i choć nie posiadał informacji wprost od Wykonawcy, zdecydował się na proces spekulacji i dedukcji, co w ocenie Odwołującego 6 się jest sprzeczne z głównymi zasadami prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
- 2) Zamawiający na str. 34, 37, 38, 39 i 40 uzasadnienia przyjmuje a priori - bez jakiegokolwiek próby wyjaśnienia wątpliwości - iż wykonawca AVR nie uwzględnił wypłaty dodatków za pracę w dni świąteczne. Tymczasem - wykonawca stosuje na kontraktach takich jak ten poddany ocenie Izby - równoważny system czasu pracy, który dodatków takich nie przewiduje. Jeżeli więc pracownik Odwołującego 6 jest zatrudniony w systemie równoważnym, to może on wykonywać pracę we wszystkich dniach tygodnia. Wymagane jest jednak zachowanie zasady przeciętnie pięciodniowego tygodnia pracy. Oznacza to, że np. w jednym tygodniu pracownik może wykonywać pracę przez 6 dni, a w innym przez 4. Przyjęcie więc przez Zamawiającego, iż wykonawca zobligowany jest dodawać do wynagrodzenia „dodatek za prace w dni świąteczne” pokazuje, iż Zamawiający ocenia wyjaśnienia Wykonawcy tylko w wąskim - sobie znanym zakresie - pomijając inne możliwości dozwolone prawem. Wspomniane naruszenie bez wątpienia miało istotny wpływ na wynik postępowania, ponieważ doprowadziło do odrzucenia oferty Konsorcjum jako niezgodnej z SIWZ.

Zdaniem Odwołującego 6, nawet gdyby - z ostrożności procesowej - przyjąć, iż okoliczności podnoszone w piśmie z 1 marca 2021 roku świadczą o niezgodności z postanowieniami

SIWZ oferty Odwołującego 6 - z czym zasadniczo nie zgadza się wykonawca AVR - ustawowym obowiązkiem Zamawiającego przed odrzuceniem oferty było ustalenie czy owa „niezgodność” nie kwalifikuje się do zastosowania procedury przewidzianej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący 6 wskazał, że u podstaw wprowadzenia do ustawy pzp art. 87 w tym ust. 2 pkt 3 leżała idea redukcji liczby odrzucanych ofert właśnie z uwagi na „bagatelne” i nieistotne „omyłki”. Odwołujący 6 powołała się na opinię Biura Analiz Sejmowych z dnia 11 czerwca 2008 r.

Zdaniem Odwołującego 6 Zamawiający ma fiest zobligowany! poprawić omyłkę wymieniona w pkt 3 art. 87 ust. 2 ustawy pzp, a określona przez ustawodawcę jako tzw. „inna omyłka”, o ile korekta taka nie spowoduje istotnych zmian w treści złożonej wcześniej oferty. Analiza przywołanej normy wskazuje, iż aby znalazła ona zastosowanie muszą zaistnieć łącznie następujące przesłanki :

- 1) musi wystąpić „inna omyłka” powodująca niezgodność treści oferty z SIWZ,
- 2) korekta „innych omyłek” nie spowoduje istotnych zmian w treści złożonej oferty.

Odwołujący 6 przywołał orzecznictwie Izby (wyrok KIO o sygn. akt: KIO 1443/09, KIO 1327/09, KIO 992/09, KIO 614/17, KIO 556/12, KIO 2810/11, KIO 354/13, oraz stanowisko doktryny w zakresie interpretacji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Dlatego konsekwencją postawienia Zamawiającemu zarzutu zaniechania zastosowania art. 87 ust 1 ustawy Pzp, w sytuacji gdy norma ta nabrała charakteru imperatywnego (gdyż ofercie groziło odrzucenie), jest również postawienie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego, który zaniechał zastosowania przed odrzuceniem oferty sekwencji norm wyjaśniających i konwalidujących ewentualne błędy jak ta z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z treścią rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę praż wysokości stawki godzinowej w 2020 r.

Na wstępie Odwołujący 6 powołał się na wyrok KIO z 7 października 2020 r. sygn. akt KIO 1975/20 - iż ..nawet ewentualne stosowanie przez wykonawcę wynagrodzenia niższego od przewidzianego w ustawie o minimalnym wynagrodzeniu za prace, nie może stać się podstawą odrzucenia jego oferty w oparciu o art. 89 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp. Oczywiście nie

oznacza to, że dozwolone jest stosowanie niższych stawek wynagrodzenia niż określone ustawą o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, ale takie działanie może być przyczyną odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, a nie pkt 1 tego przepisu (por.m.in. wyroki KIO z dnia 17 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2435/19, z dnia 21 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2535/18).

W ocenie Odwołującego 6, Zamawiający referując w swym uzasadnieniu do art. 89 ust 1 pkt 1 ustawy pzp w zw. z art. 90 ust 1 ustawy pzp i odrzucając ofertę AVR w związku z „przepisami rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości stawki godzinowej w2020 r.” po pierwsze nie odniósł się do ustawy Pzp, ale do rozporządzenia, który to akt - jak wskazała w cytowanych powyżej orzeczeniach Izba - nie jest związany z zastosowaną normą. Po wtóre - nawet gdyby przyjąć, iż Zamawiający mógł zastosować przywołaną normę ustawy PZP - to nie wskazał która z regulacji przywołanego „rozporządzenia” została przez wykonawcę naruszona. Po trzecie, gdyby założyć, iż faktycznie wspomniane rozporządzenie może stanowić podstawę odrzucenia oferty w związku z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp, zauważyć trzeba, iż Zamawiający w całym uzasadnieniu odrzucenia oferty AVR mylił pojęcia wynagrodzenia minimalnego, które w roku 2020 wyniosło odpowiednio 2600 złotych brutto miesięcznie i 17 złotych brutto/h, a po uwzględnieniu kosztów pracodawcy w wysokości 532,48 złotych brutto wyniosło 3.132,48 złotych brutto (tj. 18,79 złotych brutto/h) z roboczogodziną.

Zdaniem Odwołującego 6, wartości 19 - 20.30 złotych wskazane przez wykonawcę AVR w wyjaśnieniach nie są wartościami naruszającymi postanowienia rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości stawki godzinowej w 2020 r. Tym samym wykonawca nie dopuścił się naruszenia przepisów wspomnianego rozporządzenia zarówno w kontekście powołanego w uzasadnieniu art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, ale i właściwego dla takiego przypadku art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp, a także wskazywanej wielokroć przez Zamawiającego „niezgodności z SIWZ postępowania”.

W ocenie Odwołującego 6, ta ostatnia z podstaw nie może ostać się, albowiem Zamawiający nie wskazał w żadnym miejscu SIWZ zapisu, który konkretnie wskazywałby sposób obliczania roboczogodziny. Sam zresztą Zamawiający w uzasadnieniu do odrzucenia oferty AVR nie wskazuje metodologii wyliczenia przez siebie wartości 22.30 złotych netto, podstaw prawnych którymi przy wyliczeniu tym kierował się i wreszcie założeń które dla wyliczenia przyjął, które - co jest kluczowe – są założeniami Zamawiającego, a nie wykonawcy.

Każdorazowe stwierdzenie przez Zamawiającego, że przyjęta przez AVR „stawka za roboczogodziny w wysokości 19 zł jest stawka niższa niż stawka za roboczogodzina ustalona w oparciu o wynagrodzenie minimalne i koszty pracodawcy, co stanowi kolejną niezgodność oferty z SIWZ, które przy najniższym krajowym wynagrodzeniu na rok 2020 kształtuje się na poziomie 22,33PLN/netto (minimalny koszt robocizny - roboczogodziny obliczony przez Zamawiającego na podstawie obowiązujących przepisów z uwzględnieniem pracy w godzinach nocnych”), nie jest wykazane, udowodnione przez Zamawiającego, a nade wszystko nie rozwija on czym jest „stawka za roboczogodzinę ustalona w oparciu o wynagrodzenie minimalne i koszty pracodawcy”, albowiem termin ten nie pojawia się w SIWZ ani w wezwaniu z dnia 30 lipca 2020 r. Tym samym taka stawka nie może być „niezgodna z SIWZ” albowiem Specyfikacja wprost wskazuje sposób obliczania ceny w Rozdziale 15 (str. 21 - 22) w szczególności zaś wskazując w pkt 15.3, że „cena oferty” (całej oferty) „winna uwzględniać koszty pracy, których wartość nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za prace lub wysokości minimalnej stawki godzinowej ustalonych na podstawie przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę z dnia 10 października 2002 r. z późniejszymi zmianami”. Tym samym naruszenie tych elementów tj. minimalnego wynagrodzenia za pracę lub wysokości minimalnej stawki godzinowej skutkować mogłoby złożeniem oferty niezgodnej z SIWZ. Brak jest natomiast w SIWZ - jako elementu decydującego o obliczeniu ceny - terminu, na który powołuje się w całym uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu AVR tj. stawki za roboczogodzinę ustalonej w oparciu o wynagrodzenie minimalne i koszty pracodawcy.

Zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp

Jak wskazano w wyroku Izby z dnia 18 września 2017 r., sygn. akt KIO 1858/17, „Zamawiający jest zobowiązany podać uzasadnienie podejmowanych czynności, tak aby zagwarantować wykonawcom możliwość ich weryfikacji w toku procedury odwoławczej. W szczególności uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty - powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela - mógł do wskazanych przez zamawiającego okoliczności w pełni ustosunkować się wnosząc odwołanie” Niedopuszczalne jest zatem, aby odwołujący się wykonawca samodzielnie identyfikował przyczyny odrzucenia jego oferty i w oparciu o te założenia zmuszony był przedstawiać argumenty przemawiające za nietrafnością domniemanych przyczyn decyzji zamawiającego (podobnie Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 18 września 2017 r. w sprawie KIO 1857/17 oraz Sąd Okręgowy w Poznaniu z 31.10.2019 r., w wyroku X Ga 757/19).

Zdaniem Odwołującego 6, o ile w sprawie niniejszej Zamawiający przedstawił uzasadnienie swojej decyzji o odrzuceniu oferty AVR, to jednak szereg fragmentów tego uzasadnienia jest niejasnych, nie zawiera odwołań do konkretnych zapisów SIWZ, przepisów prawa, pomijając również szereg okoliczności przedstawionych w złożonych przez Odwołującego 6 się wyjaśnieniach. Zamawiający - co jak wynika z treści uzasadnienia jest dla niego kwestią kluczową - nie wyjaśnia w jaki sposób dokonał wyliczenia stawki za roboczogodzinę pomimo, iż jak twierdzi, uczynił to na podstawie „obowiązujących przepisów”. Brak metodologii wyliczeń, przyjętych założeń do tej kalkulacji, wskazania przywoływanych przepisów uniemożliwia polemikę w tej niezwykle istotnej kwestii, czyniąc jednocześnie wywód Zamawiającego „gołosłownym” bo nie umocowanym w sposób konkretny. Zdaniem Odwołującego 6, nie wyjaśnia także Zamawiający - o czym mowa jest w innym miejscu niniejszego odwołania - dlaczego podstawą do wyliczeń czasu objazdów „patroli” miałyby być objazdy z dnia 18 stycznia 2021 r. Skoro Zamawiający nie wskazał „akceptowalnego” tj. minimalnego czasu objazdu autostrady i dróg serwisowych w momencie wszczęcia postępowania i udostępnienia OPZ, nie może tego czynić aktualnie tj. kilka miesięcy po złożeniu i otwarciu ofert. Zgoda na taką praktykę pozwala wręcz na „manipulowanie” wynikami postępowania, albowiem wspomniany przejazd może być (w sytuacji gdy znany jest ranking wykonawców realizowany w określony sposób.

Odwołujący 6 wskazał, że Zamawiający wzywając w trybie art. 90 ust 1a pkt 1 i 2 ustawy pzp w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wnosil o wyjaśnienie ceny złożonej oferty, złożonej i obliczonej na podstawie dokumentów dostępnych dla wykonawców przed złożeniem ofert, a nie na podstawie analiz dokonywanych post factum. Odwołującego 6 również, że niejasne i enigmatyczne jest stwierdzenie, „Biorąc pod uwagę ilość przejazdów patrolowych (8 przejazdów - 7 na ciągu głównym, 1 drogi serwisowe, ilość kilometrów do przejechania, ograniczenia związane z dopuszczalną prędkością jazdy i zakresem zadań (brak jest ograniczeń w zakresie prędkości), jakie patrole mają do wykonania, założony czas patrolowania jest zdecydowanie za niski” (str. 37 uzasadnienia). Tu również Zamawiający nie wskazał np. ilości kilometrów do przejechania czy dokumentu i zapisu, który ogranicza „dopuszczalną prędkość jazdy” podczas patrolu. W ww. uzasadnieniu również Zamawiający, pomijając cały szereg niezwykle istotnych okoliczności, pokazuje pewien wycinek zaproponowanych mu „wyjaśnień”, wycinek jak najbardziej niekorzystny dla wykonawcy.

Odwołujący 6 wskazał, że w każdej tabeli, które przywołuje, pomija - z przyczyn sobie tylko znanych - pozycje „Inne Koszty” oraz „Koszty pośrednie”, które wielokrotnie są znaczące. O tym co zawierają te pozycje i jak są istotne, dostrzec można na str. 5, 6, 7 wyjaśnień, gdzie można wyczytać co stanowi ich części składowe.

## Sygn. akt: KIO 784/21

Dotyczy części 1 Postępowania

W dniu 11 marca 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy FBSerwis S.A. (dalej „**Odwołujący 7**”) zarzucając Zamawiającemu naruszenie w części 1 Postępowania:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych („Stare PZP”) w związku z art. 90 ust. 2 Starego PZP i art. 90 ust. 3 Starego PZP w zw. z art. 7 ust. 1 Starego PZP poprzez przyjęcie, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę, a także, że Odwołujący 7 nie udzielił wyjaśnień lub dokonana przez Zamawiającego ocena złożonych wyjaśnień wraz z dowodami potwierdza, że oferta Odwołującego 7 zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas gdy Odwołujący 7 udzielił Zamawiającemu wyjaśnień, które jednoznacznie potwierdzają, że jego cena zaoferowana w części 1 Postępowania ma charakter rynkowy i jako taka nie stanowi ceny rażąco niskiej, a Zamawiający pominął lub wybiórczo ocenił okoliczności, które przemawiały za uznaniem, że zaoferowana przez Odwołującego 7 cena nie jest rażąco niska;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 Starego PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez przyjęcie, że oferta Odwołującego 2 nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia obowiązującej w Postępowaniu („SIWZ”), podczas gdy oferta Odwołującego 7 spełnia wszelkie wyartykułowane w dokumentacji Postępowania wymagania i jako taka pozostaje z nimi w pełni zgodna, a już na pewno niezgodność ta nie została przez Zamawiającego w żaden sposób wykazana;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 1 Starego PZP w zw. z art. 90 ust. 1 Starego PZP w zw. z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz minimalnej stawki godzinowej w 2020 r. („Rozporządzenie w sprawie minimalnego wynagrodzenia za rok 2020”) poprzez przyjęcie, że oferta Odwołującego 7 pozostaje niezgodna z ustawą, podczas gdy oferta Odwołującego 7 pozostaje zgodna zarówno z przepisami Starego PZP, jak i ze wszelkimi znajdującymi zastosowanie przepisami prawa, a już na pewno niezgodność ta nie została przez Zamawiającego wykazana;
- 4) z daleko posuniętej ostrożności procesowej, na wypadek uznania przez Izbę, że wskutek udzielonych przez Odwołującego 7 wyjaśnień co do zaoferowanej ceny

mogły po stronie Zamawiającego istnieć dodatkowe wątpliwości co do ceny oferty Odwołującego 2 (z czym Odwołujący<sup>72</sup> się nie zgadza), zarzucam naruszenie art. 90 ust. 1 Starego PZP poprzez zaniechanie kolejnego wezwania Odwołującego 7 do przedstawienia dodatkowych wyjaśnień uszczegółowiających przedstawione Zamawiającemu informacje, podczas gdy Zamawiający nie miał pewności (na co wskazuje treść decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego 7) co do przyjętego przez Odwołującego 7 sposobu wyceny swojego świadczenia; a w konsekwencji powyższych zarzucam naruszenie:

- 5) art. 92 ust. 1 pkt 1 PZP Starego PZP w zw. z art. 7 ust. 1 Starego PZP poprzez wybór jako najkorzystniejszej w części 1 Postępowania oferty złożonej przez L. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą L. K. FIRMA USŁUGOWO-HANDLOWO-PRODUKCYJNA (adres: Zielonka 64, 36-130 Raniżów) („Wykonawca K."), podczas gdy Zamawiający powinien jako najkorzystniejszą w części 1 uznać ofertę złożoną przez Odwołującego 7.

Odwołujący 7 wniósł o merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą („KIO") odwołania i jego uwzględnienie w całości, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej w części 1 Postępowania oferty złożonej przez Wykonawcę K. oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego 7, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego 7 na rozprawie.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący 7 wskazał, że zamówienie, dla którego prowadzone jest Postępowanie, zostało podzielone na 2 części. Niniejsze odwołanie dotyczy części 1. Przedmiotem zamówienia w zakresie części I jest wykonanie w latach 2020-2026 całorocznego utrzymania na odcinku autostrady A4 od km 502 + 626 do km 552 + 229 o łącznej długości 49,603 km administrowanym przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie - Rejon w Rzeszowie Obwód Utrzymania Autostrady Dębica. W zakres robót i usług przewidywanych do wykonania w ramach całorocznego bieżącego (letniego i zimowego) utrzymania dróg krajowych wchodzi następujące asortymenty: (i) bieżące utrzymanie dróg („BUD"), (ii) bieżące utrzymanie obiektów inżynierskich („BUM"), (iii) zimowe utrzymanie dróg („ZUD"). Przedmiot zamówienia został szczegółowo opisany w SIWZ Tom III Opis Przedmiotu Zamówienia. Dowód: Ogłoszenie o zamówieniu (w aktach



Postępowania). SIWZ - Tom I Instrukcja dla Wykonawców (w aktach Postępowania). SIWZ-Tom III Opis przedmiotu zamówienia w aktach Postępowania).

Zgodnie ze znajdującymi zastosowanie postanowieniami SIWZ wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia zobowiązany był złożyć dla części 1 Postępowania trzy formularze cenowe, tj.:

Formularz 2.1 - Formularz cenowy - zestawienie zbiorcze;

Formularz 2.1.a - Formularz cenowy - utrzymanie rutynowe (BUD, ZUD i BUM), oraz

Formularz 2.1,b - utrzymanie strukturalne (BUM, BUD).

Odwołujący 7 wskazał, że przyszłe wynagrodzenie wykonawcy składało się z dwóch elementów. Po pierwsze, wynagrodzenie to było oparte o miesięczne płatności (wynagrodzenie ryczałtowe), a podstawą dla ustalenia tego wynagrodzenia był formularz 2.1.a dotyczący utrzymania rutynowego. Tytułem wyjaśnienia warto w tym miejscu wskazać, że usługi objęte utrzymaniem rutynowym stanowiły:

- czynności powtarzające się, które w toku realizacji umowy wykonawca zobowiązany był wykonywać cyklicznie z uwagi na powtarzającą się potrzebę ich realizacji, np. remonty nawierzchni dróg, zieleń, utrzymanie czystości, bieżące utrzymanie czystości obiektów mostowych, roboty konserwacyjne, oraz
- czynności wynikające ze zdarzeń, których intensywność czy natężenie wystąpienia wynika z okoliczności przyszłych i niepewnych, np. zimowe utrzymanie dróg, skutki zdarzeń drogowych (wypadków) - naprawa barier czy znaków po wypadkach, likwidacja skutków wichur, likwidacja skutków wandalizmu.

Drugim elementem wynagrodzenia wykonawcy były płatności za wykonanie usług objętych utrzymaniem strukturalnym. W tym przypadku wynagrodzenie miało charakter kosztorysowy (ustalone na podstawie obmiaru zleconych, wykonanych i odebranych robót lub usług). Utrzymanie strukturalne obejmowało czynności, których potrzeba realizacji może zaistnieć w toku realizacji umowy, najczęściej w związku z pogorszeniem się parametrów utrzymywanych dróg, np. remonty cząstkowe, wykonanie umocnienia skarp, likwidacja spękań, uzupełnianie poboczy kruszywem, wyrównanie uskoków, naprawa uszkodzonych elementów systemu odwodnienia. Dowód: Formularze cenowe (w aktach Postępowania). SIWZ-Tom II Istotne postanowienia umowy (w aktach Postępowania).

Ostatecznie termin składania ofert dla części 1 Postępowania upływał w dniu 8 lipca 2020 r. Odwołujący 7 wskazał, że we wskazanym terminie swoje oferty w Postępowaniu dla części 1 złożyło 6 wykonawców. Zestawienie złożonych ofert w kolejności od najniższej zaoferowanej ceny do najwyższej (wraz z informacją na temat kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia oraz średnią arytmetyczną złożonych ofert) obrazuje poniższa tabela:

L.p.	Wykonawca	Zaoferowana cena brutto
1.	1. B. K. wspólnik ReDrog S.C. B. K. & W. K. 2. W. K. wspólnik ReDrog S.C. B. K. & W. K.	68.365.346,18 PLN
2.	Odwołujący	70.724.615,33 PLN
3.	Eurovia Polska S.A.	75.998.710,62 PLN
4.	AVR S.A.	77.335,534,09 PLN
5.	Wykonawca K.	79.948.465,91 PLN
6.	1. Autostrada Mazowiecka Sp. z o.o. 2. Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A.	105.896.037,49 PLN
	Kwota jaką Zamawiający zamierzają przeznaczyć na realizację zamówienia ' ° '	113.598.486,16 PLN
	Średnia arytmetyczna złożonych ofert	79.711.451,60 PLN

Dowód: Informacja z otwarcia ofert z 8 lipca 2020 r. (w aktach Postępowania).

Odwołujący 7 wskazał, że w dniu 30 lipca 2020 r. w toku badania i oceny ofert Zamawiający działając w trybie art. 87 ust. 1 Starego PZP oraz art. 90 ust. 1a pkt 1 i pkt 2 Starego PZP w zw. z art. 90 ust. 1 Starego PZP wezwał wykonawców, w tym Odwołującego 7, do przedstawienia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny („**Wezwanie**”). W treści Wezwania Zamawiający przytoczył wyliczenia matematyczne obrazujące różnicę pomiędzy ceną zaoferowaną przez Odwołującego 7, a kwotą, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia oraz wartością zamówienia. W zakresie zaś samej treści Wezwania przytoczył art. 90 ust. 1 oraz wymienione w nim elementy. Oprócz tego Zamawiający wskazał, że jego intencją jest uzyskanie informacji w zakresie wszystkich kosztów

towarzyszących wykonaniu przedmiotu zamówienia, wraz z podaniem ich wartości, a także prosi o przedstawienie do każdej z pozycji kosztów dla danej pozycji z uwzględnieniem obiektywnych czynników, które spowodowały możliwość obniżenia ceny.

Na potrzeby powyższego Zamawiający przekazał w załączeniu do Wezwania formularz do wypełnienia przez wykonawców (w pliku .xls) wyszczególniający dla poszczególnych zakresów zaoferowanych usług (utrzymanie rutynowe, utrzymanie strukturalne) szczegółowe koszty w zakresie robocizny, materiałów, sprzętu, inne koszty, zysk. Zamawiający prosił też o przesłanie jednoznacznych i precyzyjnych dowodów, co najmniej w kwestiach wskazanych w treści Wezwania, ale też innych, które Odwołujący 7 uzna za istotne.

Pierwotny termin na przedstawienie wyjaśnień został wskazany na dzień 7 sierpnia 2020 r.  
Dowód: Wezwanie (Załącznik nr 8 do niniejszego odwołania).

Co ważne, analogiczne Wezwanie zostało przesłane także do pozostałych wykonawców i od razu wzbudziło ono szereg wątpliwości po ich stronie, czego wyrazem były sygnalizowane Zamawiającemu zastrzeżenia co do oczekiwanego przez Zamawiającego sposobu przedstawienia wyjaśnień, tj. poprzez wypełnienie załącznika do Wezwania. Ostatecznie termin na składanie wyjaśnień został przedłużony (w wyniku kolejnych, licznych pism Zamawiającego) do 16 października 2020 r.

We wskazanym dniu Odwołujący 7 przedłożył swoje wyjaśnienia („**Wyjaśnienia Odwołującego 2**”). Co ważne, przedmiotowe wyjaśnienia zostały w całości zastrzeżone przez Odwołującego 7 jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Dowód: Wyjaśnienia Odwołującego 7 bez załączników (Załącznik nr 9 do niniejszego odwołania) - dokument w całości zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

W dniu 1 marca 2021 r. (a zatem przeszło 136 dni po przedstawieniu przez Odwołującego 7 wyjaśnień) Zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego 7 („Decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego 7”).

W Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 7 Zamawiający jako podstawę prawną wskazał:

- art. 89 ust. 1 pkt 4 Starego PZP w związku z art. 90 ust. 2 Starego PZP i art. 90 ust. 3 Starego PZP, ponieważ uznał, że oferta Odwołującego 7 zawiera rażąco niską cenę, a także że Odwołujący 7 nie udzielił wyjaśnień lub dokonana przez Zamawiającego

ocena złożonych wyjaśnień wraz z dowodami potwierdza, że oferta Odwołującego 7 zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

- art. 89 ust. 1 pkt 2 Starego PZP, ponieważ Zamawiający uznał, że oferta Odwołującego 7 nie odpowiada treści SIWZ;
- art. 89 ust. 1 pkt 1 Starego PZP w zw. z art. 90 ust. 1 Starego PZP w zw. z Rozporządzeniem w sprawie minimalnego wynagrodzenia za rok 2020, ponieważ Zamawiający uznał, że oferta Odwołującego 2 pozostaje niezgodna z przywołanym aktem prawnym.

W konsekwencji odrzucenia oferty Odwołującego 7 za najkorzystniejszą w Postępowaniu Zamawiający uznał ofertę złożoną przez Wykonawcę K..

Odwołujący 7 wskazał, że dla lepszej czytelności prezentowanego stanowiska w sprawie uzasadnienie faktyczne decyzji Zamawiającego zostanie przedstawione jako wprowadzenie do kolejnych, omawianych elementów uzasadnienia niniejszego odwołania w punkcie 4 poniżej. Dowód: Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z 1 marca 2020 r. (Załącznik nr 10 do niniejszego odwołania). Decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego 7 (Załącznik nr 11 do niniejszego odwołania) - dokument zawiera informacje stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa. Dla pełnego obrazu zaistniałej w Postępowaniu sytuacji warto dodać, że Zamawiający powołując się na tożsame podstawy prawne odrzucił także oferty 3 innych wykonawców, a zatem w konsekwencji aż 4 oferty z 6 złożonych w Postępowaniu zostało uznanych za nierynkowe, nierealne, poniżej kosztów własnych wykonawcy.

W ocenie Odwołującego 7, decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego 7 na podstawie trzech przesłanek wskazanych w decyzji z 1 marca 2021 r. pozostaje niezgodna z przepisami Starego PZP. Zdaniem Odwołującego 7 twierdzenia przywołane w ramach uzasadnienia faktycznego Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 7, które miałyby przemawiać za uznaniem, że oferta Odwołującego 7 podlega odrzuceniu, nie potwierdziły się w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym, a Zamawiający dysponował wszelkimi informacjami pozwalającymi mu na uznanie oferty Odwołującego 7 za zawierającą cenę rynkową, w pełni zgodną z wymaganiami SIWZ, a także z innymi znajdującymi zastosowanie przepisami prawa.

Tym bardziej Odwołujący 7 nie zamierza z uwagi na powyższe przedstawiać jakichkolwiek nowych wyjaśnień co do zaoferowanej ceny na etapie postępowania odwoławczego, ponieważ w jego ocenie te udzielone w Postępowaniu były prawidłowe. Co również ważne, ocenie prawnej w ramach niniejszego postępowania odwoławczego będzie podlegała

czynność Zamawiającego podjęta w dniu 1 marca 2021 r. Nie jest zatem możliwe, aby w toku postępowania toczącego się przed Izbą Zamawiający przedstawił dodatkowe dowody potwierdzające prawidłowość jego czynności. W tym przypadku obowiązuje bowiem (także zresztą Odwołującego 7) zasada prekluzji. Zamawiający pozostaje związany podstawą faktyczną Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 7. Powyższe jest o tyle istotne, że w dalszej części uzasadnienia niniejszego odwołania wszelkie twierdzenia Zamawiającego mające na celu wykazanie zasadności odrzucenia oferty Odwołującego 7 zostaną skutecznie podważone, z przywołaniem konkretnych treści dokumentów, w posiadaniu których był Zamawiający w dniu 1 marca 2021 r.

Odwołujący 7 zwrócił uwagę na trzy wspólne elementy potwierdzające wadliwość czynności Zamawiającego, które będą się powtarzały w prezentowanej przez Odwołującego 7 argumentacji. Po pierwsze, dokonana przez Zamawiającego ocena przedstawionych mu w dniu 16 października 2020 r. wyjaśnień była dowolna, wybiórcza i niejednokrotnie zupełnie pomijała literalną treść twierdzeń Odwołującego 7. Ocena ta nierzadko pozbawiona była jakichkolwiek cech obiektywizmu i ukierunkowana była na usilne zakwestionowanie (często za wszelką cenę) wiarygodnych, konkretnych i udokumentowanych twierdzeń Odwołującego 7. Na przykład, na potrzeby prezentowanych obliczeń Zamawiający usilnie pomijał przy analizie wyjaśnień w zakresie kosztów zatrudnienia pracowników fakt, że średnia stawka godzinowa została wskazana przez Odwołującego 7 dla wartości netto, podczas gdy w swoich obliczeniach (mających na celu zakwestionowania oferty Odwołującego 7) Zamawiający (wbrew treści Wyjaśnień Odwołującego 7) przyjmował ją jako stawkę brutto.

Po drugie i w związku z powyższym, dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień Odwołującego 7 niejednokrotnie zawierała w sobie szereg dodatkowych założeń przeciwnych do tych przyjętych przez Odwołującego 7. W tym sensie Zamawiający zamiast pełnić rolę gospodarza Postępowania i kierować się zasadą równego traktowania wykonawców (mówiąc obrazowo), przyjmował rolę konkurenta Odwołującego 7 i prowadził (w żaden sposób niepopartą dowodami) polemikę z twierdzeniami Odwołującego 7. Przykładowo, mając do dyspozycji trzy przedłożone przez Odwołującego 7 dokumenty (w tym dwa o charakterze historycznym - faktury z lat ubiegłych i jeden aktualny - oferta sprzedaży soli uzyskana na potrzeby udziału w Postępowaniu) ilustrujące możliwości Odwołującego 7 w zakresie nabycia soli drogowej (potrzebnej do zimowego utrzymania dróg), Zamawiający przyjął umyślnie najwyższą (a w dodatku historyczną) wartość z trzech możliwych, wyłącznie po to, aby wykazać niedoszacowanie ceny ofertowej Odwołującego 7.

Wreszcie, po trzecie, szereg twierdzeń Zamawiającego mających na celu wykazanie podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego 7 było sprzecznych z ustalonymi w Postępowaniu zasadami (np. zapisami SIWZ, odpowiedziami na pytania wykonawców odnoszących się do treści SIWZ) lub niezgodnych ze znajdującym zastosowanie orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej.

Z najdalej posuniętej ostrożności procesowej, Odwołujący 7 wskazał, że nawet jeżeli Wyjaśnienia Odwołującego 7 rzeczywiście budziły wątpliwości Zamawiającego (z czym Odwołujący 7 się oczywiście nie zgadza i co wykaże w dalszej części uzasadnienia treści niniejszego odwołania), to powyższe nie stanowiło (jeszcze) wystarczającej podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego 7. Jeżeli bowiem Zamawiający oczekiwał bardziej szczegółowych informacji (a jednocześnie nie zakwestionował skutecznie tych, które zostały mu już przedłożone), to przedwczesnym wydaje się arbitralne i bezpodstawne przyjęcie, że oferta Odwołującego 7 podlega odrzuceniu. W tym kontekście należy postawić tezę, że Decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego 7, na co wskazuje jej treść, została podjęta przez Zamawiającego wyłącznie w oparciu o bardzo wybiórczą i tendencyjną ocenę przedstawionych dowodów, które nie dają Zamawiającemu pewności w wielu miejscach co do występowania realnej wadliwości przyjętej oceny. Przykładem powyższego są następujące stwierdzenia: poziom ogólności tej części wyjaśnień nie pozwala na ustalenie (str. 5 Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 7), nie sposób ustalić, czy przy takiej stawce koszty pracy ujęte w cenie ofertowej są wyliczone prawidłowo (str. 9 Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego), same wyjaśnienia nie pozwalają na ocenę, jaki jest koszt paliwa przyjęty przez wykonawcę do wyliczenia ceny ofertowej (str. 9 Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 7). W tym sensie, skoro Odwołujący 7 przedstawił Zamawiającemu swoje wyjaśnienia, a Zamawiający mimo to oczekiwał bardziej szczegółowych informacji dla konkretnych, bardzo szczegółowych zagadnień, nic nie stało na przeszkodzie, aby Zamawiający ponowił wezwania skierowane do Odwołującego 7. W takiej bowiem sytuacji Zamawiający miał nie tylko prawo, ale i obowiązek wezwać Odwołującego 7 do złożenia dodatkowych wyjaśnień.

Odwołujący 7 wskazał, że na gruncie przepisów PZP prawo zamawiającego do wzywania wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty lub ceny oferty nie doznaje żadnych ograniczeń, a zamawiający ma obowiązek, przed rozstrzygnięciem postępowania, usunąć wszelkie wątpliwości, jakie mogą dotyczyć ceny oferty wykonawcy. Odwołujący 7 powołał się na wyrok KIO o sygn. akt: KIO 1121/14 oraz na przepisy dyrektywy 2014/24/UE, jak i z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej („TSUE”), z których wprost wynika, że zamawiający powinien dokonać oceny złożonych wyjaśnień w drodze konsultacji

z wykonawcą. Z uwagi na charakter komunikacji pomiędzy wykonawcą i zamawiającym, która ma formę konsultacji, uznaje się, że zamawiający ma prawo i obowiązek do wielokrotnego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, w celu uzyskania odpowiedzi co do elementów oferty, które budzą wątpliwości zamawiającego. Tryb konsultacji ma bowiem na celu zapewnienie, że ustalenia, czy oferta jest faktycznie rażąco niska, a w efekcie nie pozwala na prawidłowe wykonanie zamówienia, zostaną dokonane w sposób wyczerpujący i kompleksowy. Dodatkowo w orzecznictwie TSUE podkreśla się, że procedura wyjaśnienia oferty musi mieć charakter kontradyktoryjny, a instytucja zamawiająca powinna precyzyjnie określić, które części oferty budzą wątpliwości, a w konsekwencji rodzą podejrzenie, że oferta jest rażąco niska, tak aby zagwarantować, że wyjaśnienia będą kompletne .

Przechodząc do uzasadnienia poszczególnych zarzutów odwołania Odwołujący 7 zwrócił uwagę, że w Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 7, Zamawiający wyraźnie wyróżnia uzasadnienie prawne dla trzech zastosowanych podstaw odrzucenia (str. 1-2 Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 7) ograniczające się do przywołania przepisów prawa. Natomiast uzasadnienie faktyczne dla tej decyzji stawia za punkt odniesienia nie tyle konkretne podstawy prawne odrzucenia, co elementy treści oferty Odwołującego 7 oraz przedstawionych wyjaśnień budzących wątpliwości Zamawiającego (str. 2-18 Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 7). Z uwagi na powyższe, w celu bardziej czytelnego przedstawienia swojej argumentacji, Odwołujący 7 przyjmuje tę systematykę w treści uzasadnienia dla zarzutów niniejszego odwołania.

#### Charakter przedstawionych Wyjaśnień Odwołującego 7

W pierwszej kolejności Odwołujący 7 wskazał, że uzasadnienie faktyczne dla Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 7 Zamawiający zaczyna od próby usilnego przekonania o ogólnym charakterze przedstawionych mu przez Odwołującego 7 wyjaśnień, które rzekomo w żaden sposób nie odnoszą się do kosztów wykonania zamówienia. Dość wspomnieć, że aż w 9 miejscach Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 7 (w myśl zasady, że kłamstwo przywoływane wiele razy staje się prawdą) pojawia się stwierdzenie o ogólności udzielonych wyjaśnień, np. wyjaśnienia wykonawcy mają charakter ogólny (str. 5 decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 7). Wykonawca przy wyjaśnianiu poszczególnych pozycji formularza poprzestał na ogólnym potwierdzeniu zgodności wyceny z wymaganiami SIWZ (str. 5 decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 7), opisy pozycji zawartych w zestawieniu są hasłowe, ogólne (str. 10 decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 7). Jednocześnie Zamawiający w wielu miejscach w ogóle nie uzasadnia tego, jakich szczegółowych wyjaśnień oczekiwał od

Odwołującego 7 i dlatego te przedstawione mu w dniu 16 października 2020 r. przez Odwołującego 7 okazały się niewystarczające.

Odwołujący 7 wskazał, że zdaje sobie sprawę, że nie same liczby świadczą o szczegółowości przedstawionych wyjaśnień (o tym w dalszej części), ale odnosząc się do powyższego warto podkreślić, że same wyjaśnienia Odwołującego 7 zawierały 35 stron oraz zawierały szereg potwierdzających w sposób obiektywny załączników. W szczególności wyjaśnienia te opisywały ryzyka kontraktowe przyjęte przez Odwołującego 7 przy wycenie usługi dla Zamawiającego (punkt III Wyjaśnień Odwołującego 7), takie jak ryzyko wypadków i zdarzeń losowych, ryzyko związane z warunkami pogodowymi (łącznie z analizą historycznych danych), ryzyko wzrostu cen materiałów, ryzyko wzrostu wynagrodzeń. W dalszej części (punkt IV Wyjaśnień Odwołującego 7) opisane zostały szczegółowo czynniki mające wpływ na wysokość całkowitej ceny ofertowej - doświadczenie w ramach grupy kapitałowej Odwołującego 7, doświadczenie własne Odwołującego 7, kompleksowe podejście do realizacji usługi, siła zakupowa grupy kapitałowej Odwołującego 7, synergia operacyjna. W punkcie V Wyjaśnień Odwołującego 7 opisano założenia kalkulacyjne dla całkowitej ceny ofertowej, wskazując w szczególności okoliczności, jakie były brane pod uwagę (np. stan techniczny drogi, warunki jej gwarancji, położenie geograficzne, odległość miejsca świadczenia usługi od miejsc działalności prowadzonej przez Odwołującego 7 i podmioty z nim powiązane). W treści Wyjaśnień Odwołującego 7 (punkt VI tychże) zaprezentowano koszty wykonania usługi w rozbiciu na koszty zatrudnienia pracowników, koszty sprzętu, koszty materiałów, koszty podwykonawstwa. W kolejnym punkcie (punkt VII Wyjaśnień Odwołującego 7) przedstawiono założenia dot. sposobu kalkulacji ceny dla prac o charakterze rutynowym (w szczególności poddano analizie czynniki mające wpływ na wycenę zamówienia z uwzględnieniem wpływu ryczałtowego charakteru zamówienia), zaś założenia odnoszące się do prac o charakterze strukturalnym przedstawiono w punkcie VIII Wyjaśnień Odwołującego 7.

Do treści Wyjaśnień Odwołującego 7 załączono 29 załączników, w tym m. in. analizę cen wybranych materiałów budowlanych (załącznik nr 3), informacje potwierdzające posiadane przez Odwołującego 7 doświadczenie w wycenie analogicznych zamówień (załączniki 5-11). dokumenty wykazujące możliwości Odwołującego 7 wynikające z jego struktury kapitałowej mające wpływ na cenę ofertową (załączniki 12-14), ofertę zatrudnienia pracowników fizycznych (załącznik 16). oferty odnoszące się do sprzętu (załączniki 17-19). przykładowe umowy na zakup paliwa (załączniki 20-21), przykładowe oferty na zakup materiałów i innych elementów niezbędnych do realizacji zamówienia (załączniki 23-25), oferty podwykonawcze (załączniki 26- 27) i wiele innych. Dowód: Wyjaśnienia Odwołującego 7 bez załączników



(Załącznik nr 9 do niniejszego odwołania) - dokument w całości zawiera informacje stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa. Załączniki 1-29 do treści Wyjaśnień Odwołującego 7 (w aktach Postępowania) - dokumenty w całości zawierają informacje stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa.

W świetle powyższego Odwołujący 7 udzielił stosownych wyjaśnień, przedstawiając okoliczności oraz czynniki oraz kalkulacje dotyczące elementów oferty, które miały wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Wyjaśnienia Odwołującego 7 miały charakter wyczerpujący i poparte zostały dodatkowo wyliczeniami oraz dowodami, które potwierdzały jednoznacznie poprawność kalkulacji ceny ofertowej. Powyższe wyjaśnienia stanowiły zatem wystarczającą podstawą do uznania przez Zamawiającego, iż cena zaoferowana przez Odwołującego 7 nie jest rażąco niska, a wyceniony zakres świadczenia odpowiada wymaganiom SIWZ.

Odnosząc powyższe do twierdzenia Zamawiającego o rzekomo ogólnym (czyli mówiąc wprost: nie wchodzącym w szczegóły) charakterze przedstawionych wyjaśnień należy stwierdzić, że oczywistym jest, że o każdym wyjaśnieniu zaoferowanej ceny można powiedzieć, że są zbyt mało szczegółowe. Powyższe stanowi bowiem wyraz subiektywnej oceny podmiotu oceniającego (w tym przypadku: Zamawiającego). W tym przypadku nie sposób jednak odmówić Odwołującemu 7, że przedstawiając swoje wyjaśnienia wykazał się daleko idącą chęcią bardzo konkretnego i opartego dowodami wykazania, że jego cena jest rynkowa oraz przedstawił szereg twierdzeń, wyliczeń i dowodów, zarówno ogólnych jak i szczegółowych. Nie można w tym przypadku mówić o jakiegokolwiek (niejednokrotnie spotykanej w podobnych sprawach) "beletryście", gdzie wykonawcy starając się wykazać rynkowy charakter zaoferowanej ceny mnożą różnego rodzaju ogólne informacje niemające znaczenia dla sprawy. Wyjaśnienia Odwołującego 7 były najbardziej rzetelne, wyczerpujące i w ich świetle nie można zarzucać Odwołującemu 7 ich zbyt ogólnego charakteru.

Powiązanie wyjaśnień dla Części 1 z wyjaśnieniami dla Części 2 Postępowania

Podważając wiarygodność przedstawionych przez Odwołującego 7 wyjaśnień (co w konsekwencji miałyby doprowadzić do potwierdzenia podstaw dla odrzucenia oferty), Zamawiający zwrócił uwagę, że wyjaśnienia Odwołującego 7 dla części 1 i części 2 Postępowania powołują się na te same okoliczności, np. zapasy soli, sprzęty, kadrę do wykonania zamówienia. W ocenie Zamawiającego przedmiotowe zasoby nie będą mogły być wykorzystane na obu kontraktach w razie wygrania obu postępowań przez Odwołującego 7. Wniosek Odwołującego 7 wynika wyłącznie z jego dowolnej oceny przedstawionych mu wyjaśnień.

Odwołujący 7 wskazał, że dla każdego z przywołanych zasobów (zapasy soli, sprzęt niezbędny do wykonania zamówienia, kadra) wykazał w treści swoich wyjaśnień, że jest należycie przygotowany do rozpoczęcia świadczenia usług na rzecz Zamawiającego, niejako „z dnia na dzień”. W tym sensie Odwołujący 7 wykazał, że już na dzień złożenia oferty w Postępowaniu dysponował określonymi zasobami soli w magazynach (str. 28 Wyjaśnień Odwołującego 7) sprzętem (str. 23 - 27 Wyjaśnień Odwołującego 7) oraz ludźmi. Jednocześnie w treści wyjaśnień Odwołujący 7 wyraźnie uwiarygodnił, że posiada możliwości szybkiego uzupełnienia wspomnianych powyżej zasobów (np. nabycie dodatkowej ilości soli - Załącznik nr 25 zatrudnienia nowych pracowników - Załącznik nr 16). w sytuacji kiedy zaszłaby nagle potrzeba świadczenia usług w pełnym zakresie, nawet dla obydwu części Postępowania.

Powyższe okoliczności powinny mieć istotne znaczenie dla oceny oferty Odwołującego 7 (a już na pewno nie powinny stanowić przedmiotu zarzutu wobec oferty Odwołującego 7), ponieważ wyraźnie uwydatniają rzetelne przygotowanie wykonawcy do natychmiastowego rozpoczęcia świadczenia usług dla Zamawiającego (Odwołujący 7 nie startuje z tzw. punktu 0, a jest już odpowiednio przygotowany) i kontynuacji tych usług, nawet w sytuacji wystąpienia konieczności uzupełnienia posiadanych zasobów.

W świetle powyższego fakt złożenia przez Odwołującego 7 oferty zarówno na Część 1, jak i Część 2 prowadzonego Postępowania, nie ma żadnego znaczenia, ponieważ Wyjaśnienia Odwołującego 7 jednoznacznie pokazują, że Odwołujący 7 (już na dzień złożenia oferty w Postępowaniu) był gotowy rozpocząć świadczenia usług na rzecz Zamawiającego. Gotowość tę Odwołujący 7 cały czas podtrzymuje, o czym poniekąd świadczy fakt wniesienia niniejszego odwołania.

Doświadczenia Odwołującego 7 uzyskane przy realizacji analogicznych umów

W ocenie Odwołującego 7, Zamawiający w sposób bardzo wybiórczy i tendencyjny dokonuje oceny Wyjaśnień Odwołującego 7 w szczególności odnosząc się do doświadczenia Odwołującego 7 uzyskanego przy realizacji analogicznych umów: okoliczność wyboru oferty wykonawcy w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jako najkorzystniejszej nie świadczy o tym, że cena ofertowa zaoferowana przez wykonawcę w tym postępowaniu jest rynkowa. Z przywołaną tezą Zamawiającego nie sposób się oczywiście nie zgodzić. Problem polega na tym, że doświadczenie Odwołującego 7 zostało przywołane w celu wykazania, że sposób wyceny, metody kalkulacji, przyjęta metodologia,

potwierdziły się już w rzeczywistości. Te okoliczności nie odnoszą się wprost do ceny ofertowej Odwołującego 7 w Postępowaniu, ale do sposobu jej ustalenia.

W kontekście powyższego zupełnie niezasadnym wydaje się (jak czyni to Zamawiający) deprecjonowanie elementu doświadczenia wykonawcy przy potwierdzonej już w praktyce wycenie usług z powołaniem na inne kontrakty realizowane dotychczas przez Odwołującego 7. W tym sensie przecież istotną pozycję kosztową w tego rodzaju kontraktach stanowi praca osób realizujących usługi. Powyższe oznacza, że wykonawca kalkulując cenę za usługi bierze pod uwagę koszty pracy osób je realizujących. Tego typu kosztów nie da się w sposób jednoznaczny "zweryfikować" - poza kosztami minimalnego wynagrodzenia za pracę. Wykonawca opiera kalkulację i wycenę kosztów realizacji zamówienia w takim przypadku o swoje doświadczenia, zdobyte w wycenie innych, podobnych kontraktów na rzecz innych jednostek tożsamego Zamawiającego i takie podejście należy uznać jak najbardziej za prawidłowe.

Zdaniem Odwołującego 7, zupełnie nietrafionymi argumentami Zamawiającego są też przykłady doświadczeń Odwołującego 7, w których rzekomo wykonawca zaoferował dużo wyższe ceny. Kalkulacje zawarte na str. 7 decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 7 obarczone są poważnymi błędami, które w konsekwencji skutkują tym, że wskazane wartości nie znajdują jakiegokolwiek przełożenia na Postępowanie, a przywołane przez Zamawiającego wartości mogą wprowadzać w błąd.

W celu wyjaśnienia powyższego, Odwołujący 7 zwrócił uwagę, że Zamawiający podaje przykład dwóch kontraktów utrzymaniowych realizowanych przez Odwołującego 7 tj. całorocznego, kompleksowego utrzymania autostrady A1 na odcinku od węzła Gliwice Sośnica (bez węzła) do granicy państwa w Gorzyczkach oraz całorocznego, kompleksowego utrzymania autostrady A1 na odcinku od węzła Pyrzowice (z węzłem) do węzła Gliwice Sośnica (z węzłem). Na podstawie tylko samej długości wskazanych powyżej dróg Zamawiający przyjmuje, że w przeliczeniu na kilometr autostrady za pierwszy ze wskazanych kontraktów Odwołujący 2 otrzymuje wynagrodzenie w wysokości 297.922,06 zł brutto za kilometr autostrady w ciągu roku, a za drugi z przywołanych powyżej kontraktów wynagrodzenie rzekomo wynosi 351.949,82 zł brutto za kilometr autostrady w ciągu roku. Następnie Zamawiający zestawia te kwoty z wynagrodzeniem w niniejszym Postępowaniu (237.635,54 zł brutto za kilometr autostrady w ciągu roku) i dochodzi do wniosku, że cena ofertowa Odwołującego 7 jest niedoszacowana.

Zdaniem Odwołującego 7, wada obliczeń Zamawiającego polega na tym, że Zamawiający porównuje zupełnie różne odcinki autostrad i nie uwzględnia faktu, że dwa przywołane kontrakty dotyczą utrzymania autostrady, która w wielu miejscach jest trzypasmowa, co zasadniczo odróżnia ją od drogi będącej przedmiotem zamówienia w ramach Postępowania. Gdyby Zamawiający porównał te kontrakty biorąc za punkt odniesienia nie cenę za 1 kilometr (która nie stanowi o wiarygodnym porównaniu tych 3 różnych odcinków autostrad) a cenę za 1 metr kwadratowy nawierzchni do utrzymania, to okazałoby się, że na pierwszym z przywołanych kontraktów cena utrzymania wynosi 54,86 zł brutto / 1 m<sup>2</sup>, a na drugim 34,36 zł brutto / 1 m<sup>2</sup>. Przy odniesieniu powyższych wartości do ceny z Postępowania (56,32 zł brutto / 1 m<sup>2</sup>) okazałoby się, że cena zaoferowana w Postępowaniu jest wyższa niż cena za analogiczną usługę na przywołanych kontraktach. Tym samym argumentacja Zamawiającego jest błędna. Co więcej, Odwołujący 7 wskazał, że przecież kontrakty, o których mowa powyżej, zostały już zrealizowane w sposób należyty i zgodnie ze wymaganiami, z czego Zamawiający przecież doskonale zdaje sobie sprawę, ponieważ były one realizowane na rzecz powiązanych jednostek organizacyjnych.

#### Wartość grupy kapitałowej Odwołującego 7

Zdaniem Odwołującego 7, podobnie jak powyżej, Zamawiający zupełnie bezpodstawnie deprecjonuje wartość, jaką jest przynależność Odwołującego 7 do jednej z największych grup kapitałowych w branży budowlanej w Polsce. Zamawiający ponownie dokonuje bardzo wybiórczej oceny przedstawionych mu argumentów, odnosząc się do wyciągu z centralnych baz dostawców i usługodawców (Załącznik nr 12 do Wyjaśnień Odwołującego 7) i twierdząc, że dokument ten mimo swojej obszerności, nie świadczy o rynkowym charakterze zaoferowanej przez wykonawcę ceny, bowiem z faktu, iż wykonawca ma szeroką bazę usługodawców i dostawców, nie wynika jeszcze, jakie konkretnie ceny (upusty) za wykonanie usług składających się na przedmiot niniejszego zamówienia, czy za dostawę materiałów na potrzeby niniejszego zamówienia uzyskał wykonawca / czy koszty te zostały prawidłowo ujęte w cenie ofertowej.

W ocenie Odwołującego 7, gdyby Zamawiający dokonał prawidłowej analizy treści Wyjaśnień Odwołującego 7, to zorientowałby się, że okoliczność powyższa została przywołana (str. 17 Wyjaśnień Odwołującego 7) jako potwierdzająca przewagę Odwołującego 7 w stosunku do innych wykonawców. Dzięki bowiem możliwości wynegocjowania określonych warunków umownych (efekt tzw. skali) Odwołujący 7 może liczyć na korzystniejsze ceny usług i materiałów, z których będzie korzystał przy realizacji zamówienia. Tymczasem wydaje się, że Zamawiający oczekiwał, aby Odwołujący 7 przedstawił mu (najlepiej aktualne na dzień

złożenia oferty w Postępowaniu) uzgodnione warunki wszystkich usług i dostaw, które Odwołujący 7 będzie nabywał na potrzeby 6-letniego kontraktu dla Zamawiającego. Takie podejście Zamawiającego byłoby zupełnie nieproporcjonalne i nieuzasadnione biznesowo. Intencją Odwołującego 7 było w tym przypadku zasygnalizowanie istotnej, wyróżniającej tego wykonawcę okoliczności pozwalającej mu przyjąć korzystniejsze założenia co do wyceny usług dla Zamawiającego. Dyskusja na temat konkretnych cen czy upustów z grupą wyselekcjonowanych podwykonawców i dostawców możliwa będzie dopiero po zawarciu umowy z Zamawiającym. Zamawiający w dalszej części uzasadnienia swojej decyzji nie odnosi się do konkretnych wyjaśnień Odwołującego 7 (np. tezy o możliwości osiągnięcia oszczędności rzędu 10-20% w stosunku do cen rynkowych za materiały), ale w sposób bardzo punktowy przywołuje jedynie fakt, że Odwołujący 7 załączył do swoich wyjaśnień ofertę na zakup sprzętu (Załącznik nr 14) z lipca 2015 r., co rzekomo miałyby obniżyć wiarygodność tego dowodu, a w konsekwencji całego fragmentu odnoszącego się do wartości grupy kapitałowej Odwołującego 7. Wybiórcza i dowolna ocena Zamawiającego tego dowodu zupełnie pomija fakt, że przedstawiona oferta obrazuje (i) możliwość pozyskania w szybkim terminie sprzętu przez Odwołującego 7 oraz (ii) fakt długoletniej współpracy (bo utrzymującej się co najmniej od 2015 roku) pomiędzy Odwołującym 7 a Ferrovial Servicios 5.A. z siedzibą w Madrycie. Zarówno jedna, jak i druga okoliczność, wynika z przedstawionego dowodu - współpraca wymienionych podmiotów trwa i będzie stanowiła istotną okoliczność wpływającą na możliwość realizacji umowy dla Zamawiającego. Co ważne, Zamawiający w żaden sposób nie podważa powyższego, a jedynie deprecjonuje załączony dokument z uwagi na datę jego wystawienia.

#### Koszty zatrudnienia pracowników

Odwołujący 7 wskazał, że w przypadku kosztów zatrudnienia pracowników Zamawiający w pierwszej kolejności dokonuje zupełnie wybiórczej i dowolnej oceny dowodów załączonych do Wyjaśnień Odwołującego 7. Jak wynika bowiem z treści Wyjaśnień Odwołującego 7 (str. 21 tychże), załącznik nr 15 obrazujący wysokość wynagrodzenia wypłacanego pracownikom miał uwiarygodnić tezę, że przyjęta przez Odwołującego 7 średnia stawka za jedną roboczogodzinę wynagrodzenia wypłacanego jest prawidłowa, tj. znajduje potwierdzenie w rzeczywistości.

W ocenie Odwołującego 7, tym przypadku ujawnia się intencja Zamawiającego do kwestionowania (za wszelką cenę) założeń przyjętych przez Odwołującego 7, ponieważ Zamawiający dokonując oceny tego dowodu wywodzi (zupełnie niezgodnie z intencją Odwołującego 7, który przedłożył ten dowód w celu uwiarygodnienia wysokości uśrednionej

stawki), że trudno przyjąć taki dokument za wystarczający dowód na okoliczność możliwości zatrudnienia przez wykonawcę ok 35 pracowników fizycznych za stawkę 20,50 zł netto za roboczogodzinę (...) Ww. stawka stanowi średnią stawkę wynagrodzenia wypłacanego przez Wykonawcę pracownikom fizycznym zatrudnionym przy wykonywaniu innych realizowanych zamówień w zakresie kompleksowego utrzymania dróg i autostrad, (str. 8 Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 7).

Wskazana przez Odwołującego 7 średnia stawka netto (co zresztą wprost wskazano w Wyjaśnieniach Odwołującego 7 - str. 21) jest wyższa od minimalnej stawki netto ustalonej w oparciu o wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę wynikającą z treści Rozporządzenia w sprawie minimalnego wynagrodzenia za rok 2020.

Tytułem wyjaśnienia: w roku 2020 r. minimalna stawka godzinowa brutto wynosiła 17 zł (co wynika wprost z treści §2 przywołanego powyżej rozporządzenia, co daje stawkę netto za roboczogodzinę w wysokości 11,43 zł. Tym samym średnia stawka godzinowa netto zaoferowana przez Odwołującego 7 (20,50 zł) jest prawie dwukrotnie wyższa od tej minimalnej. W tym kontekście całe wyliczenia Zamawiającego zawarte na str. 8 Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 7 są nieprawidłowe, ponieważ Zamawiający jako podstawę dla tych obliczeń przyjmuje kwotę całkowitego wynagrodzenia miesięcznego brutto (a nie netto), czyli 2.737,45 zł. Gdyby prawidłowo przyjął stawkę netto (tj. 1.970,58 zł), doliczył sumę składek ZUS (569,67), a następnie podzielił przez liczbę godzin dostępnych średnio w miesiącu (168), to uzyskałby wynik 15,12 zł netto jako stawkę godzinową przewidzianą dla analizowanego pracownika.

Nawet dalsze negatywne założenia (oparte jednak na błędnym działaniu matematycznym Zamawiającego), tj. uwzględnienie dodatkowo rzekomych dodatków za pracę w nocy lub dni świąteczne nie powodują, że uśredniona stawka przez Odwołującego 7 wskazana w jego wyjaśnieniach będzie przekroczone, a tym samym, że jego oferta jest niedoszacowana. W szczególności przyjęte przez Zamawiającego założenie o konieczności uwzględnienia pracy w święta wydaje się chybione. Zgodnie z przepisami kodeksu pracy pracownikowi wykonującemu pracę w niedziele i święta pracodawca jest obowiązany zapewnić inny dzień wolny od pracy. Tym samym nawet zakładając (jak czyni to Zamawiający), że pracownik Odwołującego 7 będzie wykonywał pracę w święta, to powyższe, co do zasady, nie będzie skutkowało wzrostem przysługującego mu wynagrodzenia, a zatem nie stanowi o wadliwości przyjętej przez Odwołującego 7 uśrednionej stawki godzinowej w wysokości 20,50 zł netto.

Również, zdaniem Odwołującego 7, próba dalszego wywodzenia nieprawidłowości wyliczeń Odwołującego 7 za pomocą zestawienia załączników nr 14 i 15 do Wyjaśnień Odwołującego 7 jest obarczona błędem. Wprawdzie prawidłowo Zamawiający wskazuje, że w załączniku nr 15, z którego wynika, że oczekiwania pracowników chętnych do podjęcia pracy w rejonie Krosna wahają się w przedziale 3 000 - 4 000 zł brutto (str. 8 Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 7), ale dalej ponownie popełnia błąd, myląc stawki brutto (którymi posługuje się przywołany przez Zamawiającego załącznik nr 15) ze stawką o charakterze netto, którą Zamawiający stara się usilnie i za wszelką cenę zakwestionować.

Dla jasności, kwoty wskazane w załączniku nr 15 (3.000 zł brutto - 4.000 zł brutto) po doliczeniu kosztów pracodawcy obowiązujących w 2020 r. (614,40 - 819,20 zł) i podzieleniu przez liczbę średnio dostępnych w miesiącu godzin (168) dają ostatecznie stawkę godzinową 21,51 zł - 28,69 zł brutto (pod kr. Odwołującego 7). Gdyby jednak Zamawiający dokonał wskazanych obliczeń w sposób prawidłowy i rozpoczął od stawki netto (2.202,72 zł - 2.907,96 zł), i podzielił tę wartość przez liczbę średnio dostępnych w miesiącu godzin (168), to uzyskałby wynik 13,11 zł netto - 17,31 zł netto. W świetle powyższego gdyby Zamawiający (ponownie) nie pomylił stawki netto ze stawką brutto, to okazałoby się, że nie posiada on żadnych argumentów w jakikolwiek sposób podważających twierdzenia i dowody przedstawione przez Odwołującego 7. W tej sytuacji całe dalsze rozważania Zamawiającego, że dowody przedstawione przez wykonawcę nie potwierdzają rynkowego charakteru przyjętej przez niego ceny ofertowej, jako że oparte na wadliwych obliczeniach, są błędne.

Kolejny zarzut formułowany przez Zamawiającego w kontekście kosztów zatrudnienia pracowników w Wyjaśnieniach Odwołującego 7 to brak podania, jaka jest globalna liczba roboczogodzin (z podziałem dla pracowników fizycznych i kierowniczych) - str. 8 Informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego 7. Co oczywiste, informacji w tym zakresie Zamawiający wprost nie zażądał w treści Wezwania. Tym bardziej może dziwić próba kwestionowania Wyjaśnień Odwołującego 7, który przecież na str. 21-22 Wyjaśnień szczegółowo opisał, jakie okoliczności przyjął dla ustalenia kosztów pracowniczych. Fakt, że działanie to przeprowadził w inny sposób, aniżeli uwzględniając globalną liczbę roboczogodzin, w żaden sposób nie pozbawia dokonanych założeń wiarygodności, zwłaszcza w kontekście specyfiki tego kontraktu, o czym Odwołujący 7 wspomina w swoich wyjaśnieniach (elastyczne alokowanie potencjału ludzkiego, brak konieczności kalkulacji kosztu oddzielnie dla każdej, nawet najmniejszej czynności, rezerwa na ewentualne zwiększenie zasobów ludzkich).

Odwołujący 7 wskazał, że dalej Zamawiający zupełnie arbitralnie kwestionuje opisany szczegółowo przez Odwołującego 7 w Wyjaśnieniach tzw. efekt synergii twierdząc, że efekt ten nie wystąpi (nie będzie można wykorzystać tych samych pracowników do prac w okresie letnim i zimowym, bo do określonych prac Odwołujący 2 zamierza zatrudnić podwykonawców - str. 9 Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 7).

W ocenie Odwołującego 7, w świetle powyższego ponownie ocena Zamawiającego wydaje się być jaskrawym przykładem najdalej posuniętego subiektywizmu. Zamawiający w żaden sposób nie wykazuje, dlaczego powierzenie części prac podwykonawcy (co zresztą każdorazowo pozostaje uprawnieniem wykonawcy, a nie jego powinnością) pozostaje w sprzeczności z możliwością wykonania innej części prac (albo nawet tych samych w razie rezygnacji z usług podwykonawcy) siłami własnymi. Wniosek Zamawiającego (str. 9 Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 7), że Wyjaśnienia Odwołującego 7 są na tej podstawie wewnętrznie sprzeczne, jest pozbawiony jakiegokolwiek sensu i opiera się wyłącznie na skrajnej i dowolnej ocenie przedstawionych Zamawiającemu informacji. Poza tym Zamawiający zupełnie pominął przy tym okoliczność, że przedstawienie przez Odwołującego 7 konkretnych ofert podwykonawczych (Załącznik nr 26 oraz Załącznik nr 27 do Wyjaśnień Odwołującego 7) świadczy bardziej o tym, że Odwołujący 7 zweryfikował również możliwości uwzględnienia podwykonawców na potrzeby realizacji zamówienia. Stanowi to kolejny argument potwierdzający rzetelność przy dokonanej wycenie świadczenia dla Zamawiającego, a nie zanegowanie efektu synergii, o którym pisał Odwołujący 7 (str. 17 Wyjaśnień Odwołującego 7).

#### Koszty sprzętu i materiałów

W ocenie Odwołującego 7, także dokonując oceny dalszych dowodów przedstawionych przez Odwołującego 7 (umowy odnoszące się do zakupu paliwa) Zamawiający przyjmuje bardzo subiektywne i negatywne dla Odwołującego 7 założenia. Jak twierdzi Zamawiający (str. 9 Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 7): informacja o koszcie zakupu paliwa, bez wskazania założeń i wysokości przyjętych kosztów paliwa dla całego kontraktu czy dla danego elementu rozliczeniowego, nie ma więc żadnej wartości dowodowej. W swoich wyjaśnieniach Odwołujący 7 (str. 23 Wyjaśnień Odwołującego 7) dążył do uwiarygodnienia Zamawiającemu, że dzięki przynależności do dużej grupy kapitałowej pozostaje on stroną umów z dostawcami paliw, na podstawie których cena każdego m<sup>3</sup> oleju napędowego nabywanego przez Odwołującego 7 jest mniejsza aż o 115 zł netto w porównaniu do cen rynkowych, zaś cena benzyny jest niższa od ceny rynkowej o 8-13 gr netto/l. Powyższe miały dokumentować załączone do wyjaśnień dowody (Załącznik nr 20 i 21). Skoro Odwołujący 7



przedstawia Zamawiającemu (i odpowiednio to dokumentuje) daną okoliczność wyróżniającą ją spośród innych wykonawców, to samo jej zanegowanie poprzez domaganie się bardziej szczegółowych danych wydaje się niezasadne. Jeżeli intencją Zamawiającego było rzeczywiście poznanie szczegółowych danych w zakresie założonych kosztów zużycia paliwa w okresie 6 lat realizacji kontraktu, to powinien on tę kwestię wprost wyartykułować w treści Wezwania.

W ocenie Odwołującego 7, podobnie w sposób zupełnie arbitralny Zamawiający deprecjonuje załączniki nr 19 i 22 odnoszące się do posiadania przez Odwołującego 7 sprzętu lub możliwości jego wynajęcia. Podobnie jak w przypadku dowodów obrazujących sprzyjające Odwołującemu 7 warunki w zakresie możliwości zakupu paliwa, Zamawiający ocenia je jako posiadające niską wartość dowodową i kwestionuje je z uwagi na brak przedstawienia bardziej szczegółowych założeń. Skoro jednak rzeczywiście jest tak jak twierdzi Zamawiający (z czym Odwołujący 7 się nie zgadza), tzn. że przedstawione w tym zakresie wyjaśnienia Odwołującego 7 nie pozwalają na ocenę, czy koszt zapewnienia sprzętu został przez wykonawcę uwzględniony w cenie ofertowej na właściwym, rynkowym poziomie, to Zamawiający był w takiej sytuacji zobowiązany wezwać wykonawcę do dalszych wyjaśnień. Tymczasem, Zamawiający nie mając pewności co do zasadności przedstawionych wyjaśnień (wyjaśnienia nie pozwalają na ocenę - przyp. Odwołującego 7) nie powinien przyjmować automatycznie, że zaoferowana w tym zakresie cena ma charakter nierynkowy.

W ocenie Odwołującego 7, wyrazem skrajnie subiektywnej oceny przedstawionych Zamawiającemu dowodów jest także jego wniosek z analizy załącznika nr 25 do Wyjaśnień Odwołującego 7 (oferta zakupu soli drogowej). Zgodnie z literalną treścią przedstawionych wyjaśnień (str. 29 Wyjaśnień Odwołującego 7) intencją Odwołującego 7 było w tym przypadku wyłącznie udokumentowanie faktu, że pozostaje on w stałym kontakcie z kontrahentami i jest w stanie uzyskać korzystne oferty zakupu soli drogowej do wykonania usługi zimowego utrzymania dróg. Pozostałe okoliczności wpływające na możliwość obniżenia kosztów zimowego utrzymania, w tym konkretnym przypadku kosztu zakupu soli, Odwołujący 7 wyjaśnił szczegółowo na stronach 28-29 swoich wyjaśnień. Tymczasem Zamawiający zupełnie dowolnie przyjął na podstawie przywołanego powyżej dowodu (tj. załącznika nr 25). że (i) cena zakupu odbiega od cen rynkowych (co w sumie potwierdza twierdzenia Odwołującego 7, skoro wskazuje on w swoich wyjaśnieniach, że jest w stanie pozyskać korzystniejsze niż rynkowe oferty na zakup soli), (ii) z przedstawionej oferty nie wynika jakiej ilości soli oferta ta dotyczy, a co za tym idzie, czy wykonawca będzie mógł za tę cenę (...) zakupić całą sól wymaganą do realizacji zamówienia, w tym, czy po tej cenie

będzie mógł uzupełnić braki magazynowe w kolejnych 6 latach zamówienia (str. 9 Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 7). Doprowadzając twierdzenia Zamawiającego do absurdu należy przyjąć, że w ocenie Zamawiającego cena ofertowa powinna być wyższa i dodatkowo powinna w zasadzie już potwierdzać zakup niezbędnej ilości soli na całe 6 lat realizacji kontraktu, nawet pomimo tego, że przecież zamówienie nie zostało jeszcze Odwołującemu 7 udzielone.

W dalszej kolejności Zamawiający dysponując różnymi dokumentami od Odwołującego 7 (tj. historycznymi fakturami dokumentującymi zakup soli w przeszłości oraz ofertą na zakup soli pozyskaną na potrzeby realizacji umowy z Zamawiającym) wykazującymi możliwości nabycia soli drogowej po różnych cenach (Załącznik nr 25 - oferta z ceną 170 zł netto / 1 tonę, załącznik nr 24 - str. 7 tego załącznika: faktura VAT z 13 września 2019 r. z ceną 204 zł netto / 1 tonę, załącznik nr 24-str. 15 tego załącznika: faktura VAT z 31 stycznia 2019 r. z ceną 192 zł netto / 1 tonę) przyjmuje na potrzeby obliczeń najwyższą z możliwych (a jednocześnie mającą charakter historyczny, bo odnoszącą się do zakupów realizowanych w 2019 r.), w żaden sposób tego szerzej nie argumentując: jest to cena [204 zł - przyp. Odwołującego 7] wynikająca z dowodów Wykonawcy, tj. FVAT z roku 2019, które są bardziej wiarygodne niż stawka 170 przedstawiona w ofercie. Trudno byłoby nawet wyobrazić sobie bardziej skrajny przykład subiektywnej oceny Wyjaśnień Odwołującego 2. Powyższe jest tym bardziej uzasadnione, jeżeli zwrócimy uwagę, że oferta, na której oparł się Zamawiający (z ceną 204 zł netto), pochodzi od Kopalni Soli „KŁODAWA” S.A. z siedzibą w Kłodawie. Spółka ta posiada kopalnię soli w Kłodawie (zgodnie ze wskazaniem z Google Maps: 376 km do Dębicy). Z kolei pominięta (jako niewiarygodna) oferta ze stawką 170 zł netto pochodzi od BSM Salt Sp. z o.o. Spółka ta posiada składowisko soli w Woli Baranowskiej (zgodnie ze wskazaniem z Google Maps: 55,9 km do Dębicy). Biorąc pod uwagę fakt, że jedna i druga cena zawiera w sobie koszty transportu, łatwo się domyślić, dlaczego ta sama sól drogowa może mieć różną cenę w zależności od odległości, na jaką będzie transportowana.

W ocenie Odwołującego 7, gdyby Zamawiający dokonał obiektywnej oceny omawianego dowodu, to stwierdziłby, że Odwołujący 7 rzeczywiście wykazał możliwość nabycia (w razie takiej potrzeby) soli drogowej niezbędnej do zimowego utrzymania dróg po znacznie korzystniejszej cenie niż cena rynkowa. Wszelkie dodatkowe wnioski Zamawiającego z przeprowadzonej analizy oparte są o skrajnie niekorzystne dla Odwołującego 7 założenia i jako takie w ogóle nie powinny stanowić podstawy dla odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Odnosząc się do twierdzeń Zamawiającego dotyczących Załącznika nr 28, Odwołujący 7 wskazał, że nie sposób nie odnieść wrażenia, że Zamawiający bardzo wybiórczo

przeanalizował przedłożone mu wyjaśnienia. Załącznik nr 28 obrazujący przykładowe zestawienie kosztów i zapisów księgowych na innym (choć zbliżonym) kontrakcie - utrzymanie odcinka autostrady A1 - miał potwierdzić fakt, że Odwołujący 7 na bieżąco w cyklach miesięcznych analizuje koszty utrzymania obsługiwanych przez siebie dróg i ma dzięki temu możliwość oszacowania jednostkowych kosztów (str. 33 Wyjaśnień Odwołującego 7). Z uwagi na powyższe Odwołujący 7 przedstawił zestawienie dla jednego konkretnego miesiąca obrazujące, na jakiej podstawie dokonuje się comiesięczna analiza kosztów utrzymania danego odcinka drogi.

Tymczasem Zamawiający dokonując oceny Załącznika nr 28 uznał go za mało wiarygodny, ponieważ dokument ten nie obrazuje więc, jak koszty te kształtują się w poszczególnych miesiącach roku. Na tym przykładzie wyraźnie widać, że dany dokument (dowód) przedkładany jest przez Odwołującego 7 w celu wykazania jednej okoliczności, a Zamawiający dokonując jego oceny wywodzi zupełnie inną (sprzeczną z intencjami Odwołującego 7) okoliczność i ocenia na podstawie sobie tylko znanych reguł.

#### Cena za utrzymanie strukturalne

Odwołujący 7 wskazał, że odnosząc się już do konkretnych kwot wskazanych przez wykonawcę w załącznikach do jego wyjaśnień, Zamawiający zarzuca mu, że nie przedstawił przy tym w zasadzie żadnych dowodów mających wskazywać na rynkowy charakter ceny za utrzymanie strukturalne (cena za ten zakres prac to 14 944 341,80 zł netto! - str. 10 Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 7. W ocenie wykonawcy, gdyby Zamawiający dokonał całościowej oceny wyjaśnień Odwołującego 7 w zakresie ceny za utrzymanie strukturalne (punkt VIII Wyjaśnień Odwołującego) i zestawił je z zawartym w Załączniku nr 29 (formularzem 2.1.1.b) rozbiciem poszczególnych cen jednostkowych, a także innymi dokumentami załączonymi do wyjaśnień Odwołującego 7, to uznałby, że Odwołujący 7 jak najbardziej sprostał ciężącemu na nim obowiązkowi dowodowemu.

Odwołujący 7 wskazał, że wypełniony przez Odwołującego 7 załącznik nr 29 do wyjaśnień (stanowiący formularz 2.1.1.b) zawierał 70 pozycji i żadna z nich nie została w żaden sposób zakwestionowana przez Zamawiającego w treści Decyzji o Odrzuceniu oferty Odwołującego 7. Wątpliwości Zamawiającego dotyczą (zgodnie z fragmentem przywołanym powyżej) jedynie tego, że Odwołujący 7 nie przedstawił dowodów potwierdzających rynkowy charakter wskazanych cen za utrzymanie strukturalne. Brak jednak wskazania przez Zamawiającego, która konkretnie z 70 pozycji w jego ocenie miała charakter nierynkowy, uniemożliwia Odwołującemu odniesienie się do twierdzeń Zamawiającego.

## Cena za zimowe utrzymanie dróg

Odnosząc się do tego elementu ceny ofertowej Zamawiający łączy stwierdzone przez siebie (rzekome) uchybienia zarówno z podstawą odrzucenia dot. nieprawidłowych, niewystarczających wyjaśnień / rażąco niską ceną, jak i z niezgodnością treści ofert z SIWZ. Przywołując punkt 2.7 cz. I OPZ (str. 36) Zamawiający stara się wykazać, że do prawidłowego wykonania zamówienia wykonawca w okresie zimowym powinien zatrudnić co najmniej 40 osób - str. 11 Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 7.

W ocenie Odwołującego 7, już na tym etapie Zamawiający przyjmuje niekorzystne dla Odwołującego założenie, sztucznie zawyżając niezbędną liczbę do zimowego utrzymania drogi, co wyraźnie widać zestawiając powyższe z odpowiedzią Zamawiającego na pytanie nr 138 do SIWZ. W przywołanym pytaniu jeden z wykonawców poprosił o doprecyzowanie szeregu zapisów OPZ, w tym wymogu dotyczącego skierowania do zimowego utrzymania dróg niezbędnej liczby pracowników. W odpowiedzi na to pytanie Zamawiający wskazał, że to wykonawca decyduje, jaka ilość pracowników jest niezbędna, by proces zimowego utrzymania dróg był realizowany w systemie ciągłym 24 godziny na dobę we wszystkie dni tygodnia, przy zachowaniu wymagań odnośnie czasu pracy pracowników, które wynikają z przepisów prawa. Tym samym przyjęte przez Zamawiającego założenie o minimalnej liczbie 40 pracowników jest zupełnie bezpodstawne i stanowi nieumiejętną próbę narzucenia Odwołującemu 7 założeń co do przyjętej kalkulacji, w sytuacji kiedy w toku Postępowania Zamawiający pozostawił tę kwestię wykonawcom. Dowód: Odpowiedź na pytanie nr 138 do SIWZ obowiązującej w Postępowaniu (Załącznik nr 12 do niniejszego odwołania).

Co równie ważne, Zamawiający w żadnym miejscu nie wskazuje, na jakiej podstawie przyjął, że treść oferty Odwołującego 7 jest niezgodna z przywołanym powyżej zapisem OPZ. Warto przypomnieć: w treści Wyjaśnień Odwołującego 7 (str. 21 Wyjaśnień Odwołującego 7) wskazano, że do wykonywania przedmiotu umowy oddelegowanych zostanie ok. 35 operacyjnych pracowników fizycznych. Dwa zdania dalej Odwołujący 7 wprost wskazuje, że do tego należy doliczyć jeszcze pełną kadrę zarządzającą. W tym sensie, zdaniem Odwołującego 7, trzeba by naprawdę dużo złej woli, aby stwierdzić, że w każdym przypadku [40 osób] nie będzie zgodne z [ok. 35 operacyjnych pracowników fizycznych + pełna kadra zarządzająca + inni nieoperacyjni pracownicy].

W dalszej kolejności Zamawiający dokonuje obliczeń, które pozostają bez związku z wyceną przedstawioną przez Odwołującego 7. Zamawiający też kwestionuje wykazane przez

Odwołującego 7 w treści wyjaśnień istotne zapasy soli drogowej zgromadzone w magazynach twierdząc, że trudno założyć, że wspomniane zapasy soli posłużą wyłącznie realizacji niniejszego zamówienia i przez kolejne sezony będą magazynowane na potrzeby tego zamówienia - str. 11 Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 7. Zdaniem Odwołującego 7 trudno ustalić, na jakiej podstawie Zamawiający przyjmuje takie twierdzenie, wydaje się, że ponownie jest to wyraz jego dowolnej i skrajnie negatywnej dla Odwołującego 7 oceny.

W tym kontekście zupełnie bez znaczenia jest powoływanie się przez Zamawiającego na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 4 września 2020 r. wydany w sprawach połączonych KIO 1502/20, KIO 1514/20, KIO 1534/20, z którego rzekomo wynika, że Odwołujący 7 już kiedyś (i w innym postępowaniu) powoływał się na duże ilości soli drogowej. Wydawałoby się, że powyższe powinno raczej potwierdzać wiarygodność Odwołującego 7 (jest on konsekwentny w wykazywaniu swojej przewagi w stosunku do konkurentów), tymczasem Zamawiający przyjmuje na tej podstawie założenie, że na pewno zgromadzona sól nie zostanie wykorzystana na kontrakcie realizowanym dla niego, co z oczywistych względów stanowi okoliczność przyszłą, niepewną i niekorzystną dla oceny wyjaśnień Odwołującego 7.

Odwołujący 7 wskazał, że nie jest prawdą też, na co wskazuje Zamawiający na str. 12 Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 7, że ten nie uwzględnił w cenie kosztów transportu soli na teren realizacji umowy dla Zamawiającego. W żadnym miejscu przedstawionych wyjaśnień taka informacja nie pojawiła się. To co wprost wskazał Odwołujący 7 w treści swoich wyjaśnień (str. 29 tychże), to fakt że z uwagi na duże ilości zgromadzonej soli nie będzie konieczności poniesienia przez wykonawcę jakichkolwiek dodatkowych kosztów zakupu soli. Innymi słowy, Odwołujący 7 w swoich wyjaśnieniach stwierdził, że nie będzie ponosił kosztów zakupu soli, a nie że nie poniesie kosztów jej transportu, jak chciałby to odczytywać Zamawiający.

W ocenie Odwołującego 7, jeszcze bardziej dziwi założenie przyjęte przez Zamawiającego w Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 7 (str. 12 tejże), że Odwołujący 7 winien uwzględnić konieczność zakupu co najmniej 13.988 ton soli na cały kontrakt. Dalej, w oparciu o tę (w żaden sposób niewynikającą z treści dokumentacji Postępowania) rzekomo niezbędną ilość soli, Zamawiający prowadzi dalsze, bezpodstawne wyliczenia, żeby ostatecznie dojść do kwoty rzekomo potwierdzającej niedoszacowanie oferty Odwołującego 7.

Zdaniem Odwołującego 7, błąd pierwotny Zamawiającego w tym przypadku polega jednak na tym, że stanowiąca podstawę dla tych obliczeń ilość soli (13.988 ton) jest istotnie zawyżona w stosunku do tego, co Zamawiający ujawnił w odpowiedzi na pytanie nr 31 z 3 czerwca 2020 r., gdzie podał dane historyczne zużycia soli na administrowanych przez siebie drogach będących przedmiotem Postępowania. Co ważne, to na podstawie właśnie tych danych Odwołujący 7 szacował niezbędną ilość soli na potrzeby realizacji zamówienia. Dane wskazane w przywołanej odpowiedzi na pytanie wskazywały, że w ciągu 5 ostatnich sezonów zimowych (od 2015/16 do 2019/20) średnia ilość zużytej soli wynosiła 1.288 ton /1 sezon zimowy. Z kolei w swoich wyliczeniach (w których na cały kontrakt Zamawiający przeznaczą 13.988 ton) Zamawiający przyjął 2.331 ton / 1 sezon zimowy, a zatem prawie dwukrotnie więcej. Gdyby Zamawiający przyjął dane historyczne (które sam przedstawił wykonawcom w toku Postępowania) w zakresie zużycia soli, a dodatkowo do obliczeń przyjął nie stawkę 204 PLN, tylko stawkę 170 PLN wynikającą z załącznika nr 25 tj. oferty na zakup soli drogowej), to okazałoby się, że założenia Odwołującego 7 są prawidłowe, a oferta jest w pełni doszacowana.

Dowód: Odpowiedź na pytanie nr 31 do SIWZ obowiązującej w Postępowaniu z 3 czerwca 2020 r. (Załącznik nr 13 do niniejszego odwołania).

W ocenie Odwołującego 7, także kolejne kalkulacje (str. 13 Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego) mające rzekomo potwierdzić niedoszacowanie kosztów w zakresie sprzętu wykorzystywanego do realizacji zamówienia oparte są na błędnych przesłankach. Po pierwsze, Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do obszernych wyjaśnień Odwołującego 7 w tym zakresie (str. 23 - 27 Wyjaśnień Odwołującego 7), a zamiast tego punktem odniesienia do wykazania rzekomego niedoszacowania Zamawiający uczynił wyjaśnienia składane przez innych wykonawców: z wyjaśnień składanych w toku przedmiotowego przetargu przez innych Wykonawców średni koszt 2 nośników uniwersalnych kształtuje się na poziomie (...). Z wyjaśnień składanych w toku przedmiotowego przetargu przez innych Wykonawców średni koszt równiarki kształtuje się na poziomie (...). Z wyjaśnień składanych w toku przedmiotowego przetargu przez innego Wykonawcę koszt paliwa dla samych pługów i solarek kształtuje się na poziomie (...) – str. 13 Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 7. Zachowanie Zamawiającego w tej sytuacji pozbawione zostało jakichkolwiek cech obiektywizmu, ponieważ jednoznacznie pokazuje realną intencję Zamawiającego co do zakwestionowania wyceny Odwołującego 7, nawet z powołaniem się na rzekomo bardziej realne ceny innych wykonawców.

Odwołujący 7 wskazał, że Zamawiający wskazując jako punkt odniesienia oferty innych wykonawców (bez uwzględnienia, jakie założenia przyjęli ci wykonawcy, jakie posiadają

zasoby sprzętowe, jakie posiadają możliwości ich pozyskania) nie dał możliwości nawet realnej polemiki z tezami Zamawiającego. Jednocześnie kwestionowanie załączonych do wyjaśnień Odwołującego 7 ofert tylko dlatego, że dotyczą one sprzętów wyprodukowanych w latach 2009 - 2015 jest o tyle nieadekwatne, że przecież dokumenty te nie miały na celu pokazać Zamawiającemu, że te konkretne sprzęty będą wykorzystane do świadczenia usług dla Zamawiającego. Tak jak Odwołujący 7 wskazywał na wcześniejszym etapie treści niniejszego uzasadnienia, dowody te miały na celu wykazać jedynie możliwość sprawnego pozyskania sprzętu przez Odwołującego 7, a także fakt długoletniej współpracy ze swoimi kontrahentami. Tym samym wybiórcza i dowolna ocena tych dowodów przez Zamawiającego doprowadziła go do wniosków zupełnie sprzecznych z intencjami, dla których omawiane dowody były mu przedstawiane.

Wyliczenia mające na celu wykazanie niedoszacowania kosztów robocizny również opierają się na pewnych uproszczeniach, niekorzystnych dla Odwołującego 7. W tym bowiem przypadku Zamawiający już przyjmuje nie tyle konieczność zatrudnienia 40 osób (do czego Odwołujący 7 już odniósł się na wcześniejszym etapie treści niniejszego uzasadnienia), czyli zarówno pracowników fizycznych jak i innych, ale wprost 40 pracowników fizycznych i przyjmuje, że będą oni pracowali co najmniej przez każdą z godzin dostępnych w ciągu 6 miesięcy okresu zimowego utrzymania dróg po średniej stawce wskazanej przez Odwołującego 7 dla operacyjnych pracowników fizycznych, czyli tych zatrudnionych przez Odwołującego na podstawie umowy o pracę. Z kolei przy obliczeniach w zakresie kosztów paliwa (str. 13 Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 7) Zamawiający przyjmuje zupełnie oderwane od rzeczywistości założenia, rzekomo powołując się na wyjaśnienia Odwołującego 7: z wyjaśnień składanych w toku przedmiotowego przetargu przez innego Wykonawcę koszt paliwa dla samych pługów i solarek kształtuje się na poziomie 1 600 000,00 PLN/netto na kontrakt. W celu zobrazowania absurdalności tego założenia warto wskazać, że Zamawiający przyjmuje dla samych pługów i solarek zużycie paliwa (po cenie 4 zł) na poziomie 400.000 litrów na cały kontrakt, czyli 66.000 litrów na jeden sezon zimowy. W konsekwencji Zamawiający uznaje, że same pługi i solarki (bez względu na to jakie będą występowały warunki atmosferyczne) w ciągu miesiąca „wyjeżdżą” 11.000 litrów paliwa. W świetle powyższego, zdaniem Odwołującego 7, założenia przyjmowane przez Zamawiającego mają charakter bardzo tendencyjny i zmierzają usilnie do zakwestionowania założeń Odwołującego 7 w zakresie dokonanej wyceny.

Koszty robocizny

Odwołujący 7 wskazał, że w dalszej części uzasadniania konieczności odrzucenia oferty Odwołującego 7 Zamawiający przywołuje zapisy SIWZ, które dla rutynowych objazdów w ramach patrolu drogi wymagały zatrudniania osób na podstawie umowy o pracę (str. 14 Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 7). Następnie, zupełnie niezgodnie ze znajdującymi zastosowanie przepisami prawa, Zamawiający wskazuje, że średnia stawka za godzinę dla pracownika fizycznego operacyjnego wskazana w Wyjaśnieniach Odwołującego 7 (tj. 20,50 zł) jest stawką niższą niż stawka za roboczogodzinę ustalona w oparciu o wynagrodzenie minimalne i koszty pracodawcy, co stanowi kolejną niezgodność oferty z SIWZ, które przy najniższym krajowym wynagrodzeniu na rok 2020 kształtuje się na poziomie 22,33 PLN/netto (minimalny koszt robocizny - roboczogodziny obliczony przez Zamawiającego na podstawie obowiązujących przepisów z uwzględnieniem pracy w godzinach nocnych) oraz 20,93 PLN/netto (bez pracy w godzinach nocnych).

W tym miejscu ponownie należy wskazać na wadliwość stanowiska Zamawiającego. Tak jak wskazywano to już powyżej: w 2020 r. (w roku, kiedy składano oferty w Postępowaniu) minimalna wartość wynagrodzenia brutto wynosiła 2.600 zł. Z tego wynika, że najniższe możliwe wynagrodzenie w kwocie netto wynosiło 1920,62, a tym samym minimalna stawka godzinowa netto wynosiła (1920,62 / 168 średnio godzin w miesiącu) 11,43 zł. Uśredniona stawka za godzinę dla pracownika fizycznego operacyjnego wskazana w Wyjaśnieniach Odwołującego 7 (tj. 20,50 zł) jest stawką prawie dwukrotnie przewyższającą stawkę minimalną.

W ocenie Odwołującego 7, w związku z powyższym już na pierwszym elemencie działania matematycznego (str. 14 Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 7) mającego rzekomo wykazać kolejne niedoszacowanie oferty Odwołującego 7 Zamawiający uwzględnia nieprawidłowy czynnik iloczynu (zamiast 20,50 podstawia 22,33).

Zdaniem Odwołującego 7, nie jest to jednak jedyny nieprawidłowo podstawiony element działania. Wskazane bowiem przez Zamawiającego czasy niezbędne do wykonania pełnego objazdu dróg serwisowych (5:83 h) oraz autostrady (3,25 h) są zdecydowanie nieadekwatne do rzeczywistych ilości czasu potrzebnego do wykonania pełnego objazdu. Dla zobrazowania powyższego warto wskazać, że utrzymywany odcinek autostrady mierzy dokładnie 49,6 km. Tym samym wskazany przez Zamawiającego czas na objechanie całej autostrady (3:25) w jedną i w drugą stronę (49,6 km x 2 - 99,2 km) / 3,25 h. oznacza, że średnia prędkość, z jaką poruszał się patrol, wyniosła 30,5 km/h. Powyższe jednoznacznie podważa wiarygodność obliczeń Zamawiającego.



Odwołujący 7 wskazał, że może się tylko domyślać, że wskazane powyżej zawyżenie najprawdopodobniej wynika z tego, iż brygada patrolowa zatrzymywała się po drodze i wykonywała zadania, które skalkulowane zostały w innych pozycjach rutynowego utrzymania drogi, np. sprzątnięcie opony, umycie znaku drogowego, sprostowanie przekrzywionego znaku, umycie zabrudzonych odblasków itp.

Wątpliwości budzi też fakt, że w omawianym działaniu matematycznym Zamawiający uwzględnił akurat (zupełnie przypadkiem) przykładowy raport GPS z 12 oraz 18 stycznia 2021 r. (pierwszy dzień po zakończeniu ferii zimowych w całej Polsce, kiedy ruch na drogach był jeszcze stosunkowo wysoki z uwagi na późniejsze powroty do domów). Co więcej, Zamawiający w żaden sposób nie wyjaśnia w Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 7, z jakiego urzędnika pochodzą przywoływane przez niego dane, kto dokonywał tego przejazdu, jakie czynności zostały wykonane w toku przejazdu, czy pojazd zatrzymywał się, z jaką średnią prędkością się poruszał, nie wiadomo też jakie panowały wtedy warunki na drodze. Reasumując, dane te nie są wiarygodne i nie mogą stanowić podstaw wyliczeń, w szczególności takich, które miałyby rzekomo potwierdzać niedoszacowanie oferty Odwołującego 7.

Odwołujący 7 wskazał, że założył niezbędne ilości godzin i przejechanych w ramach objazdów kilometrów. Przyjęta przez niego metodologia obliczenia cen polegała na globalnym zliczeniu kosztów wykonania zamówienia i alokowania ich w poszczególnych pozycjach z prawdopodobieństwem i ryzykiem ich wystąpienia, co wskazuje jedynie na to, iż Odwołujący 7 przewidując wykonywanie prac rutynowych w trakcie trwania objazdu, dodatkowe godziny i ewentualnie dodatkowo przejechane kilometry wliczył w poszczególne pozycje z tabeli robót rutynowych. Wykazał się tym samym niezbędną starannością w przygotowaniu oferty. Podsumowując należy dodać, iż każda z pozycji zawiera wszystkie niezbędne koszty do wykonania danej pozycji prac rutynowych zgodnie z SIWZ.

W ocenie Odwołującego 7 w swoich obliczeniach Zamawiający, zupełnie pomijając powyższe przyjmuje np., że objazd drogi będzie stanowił pojedynczą (niejako samodzielną) usługę wykonaną przez wykonawcę (koszt paliwa). Jeżeli w wyniku wykonanego objazdu patrol stwierdzi uszkodzenie znaku drogowego, to nie dokona jego naprawy, tylko wróci do bazy i wyśle kolejny pojazd (dodatkowe koszty paliwa) wyłącznie do naprawy uszkodzonego znaku. Koncepcja Odwołującego 7 zakłada, że objazd drogi będzie wykonywany przez zespół przygotowany do wykonania ewentualnych napraw, które zostaną zidentyfikowane w toku realizowanego patrolu.

Inny przykład obrazujący absurdalność założeń przyjętych przez Zamawiającego dotyczy zdarzenia drogowego w postaci wypadku. W jego wyniku może np. dojść bowiem do uszkodzenia barierki i znaku. Założenia Zamawiającego sprowadzają się do wysłania w tym przypadku dwóch niezależnych ekip (znowu dodatkowe koszty paliwa), podczas gdy bardziej racjonalnym byłoby wysłanie jednego zespołu, który dokona naprawy obydwu urządzeń (założenie Odwołującego 7).

#### Koszty sprzętu

W ocenie Odwołującego 7, nie sposób nie odnieść wrażenia, że także kalkulacja zawarta na str. 15 Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 7 przygotowana jest tak, ażeby uwiarygodnić z góry narzuconą tezę o rzekomym niedoszacowaniu oferty Odwołującego 7 w zakresie kosztów przeznaczonych na niezbędny do realizacji umowy sprzęt. Nie sposób ustalić, jak Zamawiający ustalił średnie spalanie paliwa czy koszt samochodów patrolowych, wzięte rzekomo z innych wyjaśnień. Trudno też zgodzić się z Zamawiającym, jakoby ryczałtowy charakter wynagrodzenia za wykonanie prac wchodzących w skład utrzymania rutynowego nie miał znaczenia dla kosztów poszczególnych pozycji rozliczeniowych. Jest wręcz przeciwnie: w tym przypadku Zamawiający w żaden sposób nie zakwestionował skutecznie wyjaśnień Odwołującego 7 zawartych na str. 29-33.

Odwołujący 7 zaznaczył, że prace składające się na utrzymanie rutynowe nie zostały zdefiniowane pod względem konkretnego zakresu ilości prac do wykonania. Tymczasem z Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 7 wynika, że Zamawiający oczekiwał kalkulacji cenowej dla tych prac ustalonych właśnie metodą kosztorysową. Rację ma w tym przypadku Odwołujący 7, wskazując w treści swoich wyjaśnień, że sposób alokowania poszczególnych kosztów realizacji utrzymania rutynowego Zamawiający pozostawił w gestii wykonawców.

Odwołujący 7 wskazał, że powołując się na własne doświadczenie przy realizacji analogicznych zamówień, wskazywał (str. 32 Wyjaśnień Odwołującego 7), że przecież kontrola stanu elementu odbywa się np. przy okazji objazdu patrolu, bądź też przy okazji objazdu drogi przez Kierownika Utrzymania. Przy czym w trakcie takiego objazdu np. patrolu kontrolowane jest równoległe stan wielu elementów jak np. nawierzchni, barier, poboczy, skarp czy czystości pasa drogowego, obiektów inżynierskich, ekranów akustycznych itp. Zamawiający w żaden sposób nie zakwestionował skutecznie takiego podejścia wykonawcy do szacowania kosztów utrzymania rutynowego.

#### Minimalne wynagrodzenie za pracę

Odwołujący 7 wskazał, że w końcowym fragmencie Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 7 (str. 16 tejże) Zamawiający na podstawie wcześniej ustalonych wadliwie wniosków stara się doszukać jeszcze jednej podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego 7 i wykazuje rzekomą niezgodność treści oferty z Rozporządzeniem w sprawie minimalnego wynagrodzenia za rok 2020. Wywody Zamawiającego w tym zakresie oparte są w pierwszej kolejności o nieprawidłową podstawę prawną, ponieważ sankcji odrzucenia oferty Zamawiający dopatruje się w art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Przywołany przez Zamawiającego przepis prawa nakazuje odrzucenie oferty wykonawcy w razie jej niezgodności z treścią ustawy. W tym miejscu warto powtórzyć za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 7 października 2020 r., sygn. KIO 1975/20, że odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp następuje w przypadku niezgodności oferty z wymaganiami określonymi w ustawie z 2004 r - Prawo zamówień publicznych i aktach wykonawczych do tej ustawy, a nie jakichkolwiek innych ustaw. Tym samym nawet ewentualne stosowanie przez wykonawcę wynagrodzenia niższego od przewidzianego w ustawie o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, nie może stać się podstawą odrzucenia jego oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego 7, niezależnie nawet od powyższego należy jeszcze raz powtórzyć za wcześniej prezentowaną argumentacją niniejszego odwołania, że w roku 2020 r. minimalna stawka godzinowa netto wynosiła 11,43 zł, a zatem średnia stawka zaoferowana przez Odwołującego (20,50 zł) jest prawie dwukrotnie wyższa od tej minimalnej. Tym samym w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym nie występuje jakakolwiek niezgodność w powyższym zakresie.

#### **Sygn. akt: KIO 836/21**

W dniu 15 marca do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy FB Serwis spółka akcyjna (dalej „**Odwołujący 8**”) zarzucając Zamawiającemu naruszenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na Całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych 1 Autostrad, oddział w Rzeszowie wraz ze wszystkimi elementami z podziałem na dwie części zamówienia naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych („Stare PZP”) w związku z art. 90 ust. 2 Starego PZP i art. 90 ust. 3 Starego PZP w zw. z art. 7 ust. 1

Starego PZP poprzez przyjęcie, że oferta Odwołującego 8 zawiera rażąco niską cenę, a także że Odwołujący 8 nie udzielił wyjaśnień lub dokonana przez Zamawiającego ocena złożonych wyjaśnień wraz z dowodami potwierdza, że oferta Odwołującego 8 zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Odwołujący 8 udzielił Zamawiającemu wyjaśnień, które jednoznacznie potwierdzają, że jego cena zaoferowana w części 2 Postępowania ma charakter rynkowy i jako taka nie stanowi ceny rażąco niskiej, a Zamawiający pominął lub wybiórczo ocenił okoliczności, które przemawiały za uznaniem, że zaoferowana przez Odwołującego 8 cena nie jest rażąco niska;

- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 Starego PZP w zw. z art. 7 ust. 1 Starego PZP że oferta Odwołującego 8 nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia obowiązującej w Postępowaniu („SIWZ”), podczas gdy oferta Odwołującego 8 spełnia wszelkie wyartykułowane w dokumentacji Postępowania wymagania i jako taka pozostaje z nimi w pełni zgodna, a już na pewno niezgodność ta nie została przez Zamawiającego w żaden sposób wykazana, a pozostaje jedynie okolicznością przez niego bezpodstawnie domniemywaną;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 1 Starego PZP w zw. z art. 90 ust. 1 Starego PZP w zw. z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz minimalnej stawki godzinowej w 2020 r. („Rozporządzenie w sprawie minimalnego wynagrodzenia za rok 2020”) poprzez przyjęcie, że oferta Odwołującego 8 pozostaje niezgodna z ustawą, podczas gdy oferta Odwołującego 8 pozostaje zgodna zarówno z przepisami Starego PZP, jak i ze wszelkimi znajdującymi zastosowanie przepisami prawa, a już na pewno niezgodność ta nie została przez Zamawiającego wykazana;
- 4) daleko posuniętej na wypadek uznania przez Izbę, że wskutek udzielonych przez Odwołującego 8 wyjaśnień co do zaoferowanej ceny mogły po stronie Zamawiającego istnieć dodatkowe wątpliwości co do ceny oferty Odwołującego 8 (z czym Odwołujący 8 się nie zgadza), zarzucam naruszenie art. 90 ust. 1 Starego PZP poprzez zaniechanie kolejnego wezwania Odwołującego 8 do przedstawienia dodatkowych wyjaśnień uszczegółowiających przedstawione Zamawiającemu informacje, podczas gdy Zamawiający nie miał pewności (na co wskazuje treść decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego 8) co

do przyjętego przez Odwołującego 8 sposobu wyceny jego świadczenia w konkretnych elementach ceny ofertowej Odwołującego 8.

Odwołujący 8 wniósł o merytoryczne rozpatrzenie odwołania i jego uwzględnienie w całości, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego 8 oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego 8, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego 8 kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego 8 na rozprawie.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący 8 wskazał, że Zamawiający wszczął Postępowanie w dniu 5 maja 2020 r. Zamówienie, dla którego prowadzone jest Postępowanie, zostało podzielone na 2 części. Niniejsze odwołanie dotyczy części 2 — rejon w Krośnie. Przedmiotem zamówienia w zakresie części 2 jest wykonanie w latach 2020 — 2026 całorocznego utrzymania na drogach zarządzanych przez rejon w Krośnie, tj. na odc. DK nr 19 Kuźnica— Barwinek od km 200+952 do km 285+633 0 długości 84,681 km, na odc. DK nr 28, 28c Zator— Medyka od km 191+649 do km 259+833 0 długości 56,302 km, na odc. nr 73, 73a, 73b Wiśniówka—Jasło od km 133+518 do km 168+420 0 długości 35,941 km, o łącznej długości 176,924 km.

W zakres robót i usług przewidywanych do wykonania w ramach całorocznego bieżącego (letniego i zimowego) utrzymania dróg krajowych wchodzi następujące asortymenty: (i) bieżące utrzymanie dróg („BUD”), (ii) bieżące utrzymanie obiektów inżynierskich („BUM”), (iii) zimowe utrzymanie dróg („ZUD”).

Przedmiot zamówienia został szczegółowo opisany w SIWZ Tom III Opis Przedmiotu Zamówienia Dowód: Ogłoszenie o zamówieniu (w aktach Postępowania), SIWZ — Tom I Instrukcja dla Wykonawców (w aktach Postępowania), SIWZ — Tom III Opis przedmiotu zamówienia (w aktach Postępowania).

Zgodnie ze znajdującymi zastosowanie postanowieniami SIWZ wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia zobowiązany był złożyć dla części 2 Postępowania trzy formularze cenowe, tj.:

2.6.1 Formularz 2.1 — Formularz cenowy — zestawienie zbiorcze,

2.6.2 Formularz 2.1.a — Formularz cenowy — utrzymanie rutynowe (BUD, ZUD i BUM), oraz

2.6.3 Formularz 2.1.b — utrzymanie strukturalne (BUM, BUD).

W tym miejscu warto wskazać, że przyszłe wynagrodzenie wykonawcy będzie składało się z dwóch elementów. Po pierwsze, wynagrodzenie to będzie oparte o miesięczne płatności (wynagrodzenie ryczałtowe), a podstawą dla ustalenia tego wynagrodzenia będzie formularz 2.1.a dotyczący utrzymania rutynowego. Tytułem wyjaśnienia warto w tym miejscu wskazać, że usługi objęte utrzymaniem rutynowym stanowiły: czynności powtarzające się, które w toku realizacji umowy wykonawca zobowiązany był wykonywać cyklicznie z uwagi na powtarzającą się potrzebę ich realizacji, np.: remonty nawierzchni dróg, zieleni, utrzymanie czystości, bieżące utrzymanie czystości obiektów mostowych, roboty konserwacyjne, oraz czynności wynikające ze zdarzeń, których intensywność czy natężenie wystąpienia wynika z okoliczności przyszłych i niepewnych, np. zimowe utrzymanie dróg, skutki zdarzeń drogowych (wypadków) naprawa barier czy znaków po wypadkach, likwidacja skutków wichur, likwidacja skutków wandalizmu.

Drugim elementem wynagrodzenia wykonawcy będą płatności za wykonanie usług objętych utrzymaniem strukturalnym. W tym przypadku wynagrodzenie będzie miało charakter kosztorysowy (będzie ustalone na podstawie obmiaru zleconych, wykonanych i odebranych robót lub usług). Utrzymanie strukturalne dotyczy czynności, których potrzeba realizacji może zaistnieć w toku realizacji umowy, najczęściej w związku z pogorszeniem się parametrów utrzymywanych dróg, np. remonty cząstkowe, wykonanie umocnienia skarp, likwidacja spękań, uzupełnianie poboczy kruszywem, wyrównanie uskoków, naprawa uszkodzonych elementów systemu odwodnienia. Dowód: Formularze cenowe (w aktach Postępowania), SIWZ — Tom II Istotne postanowienia umowy (w aktach Postępowania).

Odwołujący 8 wskazał, że ostatecznie termin składania ofert dla części 2 Postępowania upływał w dniu 8 lipca 2020 r. We wskazanym terminie swoje oferty w Postępowaniu dla części 2 złożyło 4 wykonawców. Zestawienie złożonych ofert w kolejności od najniższej zaoferowanej ceny do najwyższej (wraz z informacją na temat kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia oraz średnią arytmetyczną złożonych ofert):

1) Odwołujący 8 - cena: 100.724.213,19 zł

2) L. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą FIRMA  
USŁUGOWOHANDLOWO-PRODUKCYJNA - cena: 104.750.600,75 zł

3) 3) TURBO sp. z o.o. - cena: 112.437.562,86 zł

4) 4) Autostrada Mazowiecka Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A.  
cena - 133.603.890,34 zł

Kwota jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia to kwota 126.059.420,45 zł

Średnia arytmetyczna złożonych ofert to 112 879 066,79 zł

Dowód: Informacja z otwarcia ofert z 8 lipca 2020 r. (w aktach Postępowania).

W dniu 18 grudnia 2020 r. w toku badania i oceny ofert Zamawiający działając w trybie art. 87 ust. 1 Starego PZP oraz art. 90 ust. 1 Starego PZP wezwał Odwołującego 8 do przedstawienia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny („Wezwanie”). Co ważne, Zamawiający wprost wskazał, że powziął wątpliwości co zaoferowanej przez Odwołującego ceny, choć ta nie wykazywała odstępstw od wartości zamówienia czy średniej arytmetycznej złożonych ofert, które wymuszałyby obligatoryjne wezwania w trybie art. 90 ust. 1a Starego PZP. Odwołujący 8 wskazał, że w treści Wezwania Zamawiający przytoczył wyliczenia matematyczne obrazujące m. in. różnicę pomiędzy ceną zaoferowaną przez Odwołującego 8 a średnią arytmetyczną złożonych ofert (tj. 12,73%). W zakresie zaś samej treści Wezwania wskazał, że jego wątpliwości zaistniały w zakresie zarówno zaoferowanej ceny, jak i istotnych części składowych, w tym w szczególności:

2.13.1 poz. 2 „Zimowe Utrzymanie Dróg - odśnieżanie i zwalczanie śliskości jezdni, utwardzonych poboczy i parkingów wraz z koordynacją działań (jezdnie zasadnicze + pasy awaryjne + łącznice + pasy łączeń i wyłączeń + przejazdy awaryjne + jezdnie na OUA, MOP, SPO+ drogi poprzeczne)",

2.13.2 poz. 1 - „Utrzymanie czystości oraz estetyki na odcinkach dróg przebiegających przez miasta i tereny o miejskim charakterze zabudowy",

2.13.3 poz. 2 „Utrzymanie stałej czystości pasa drogowego na odcinku drogi objętym zakresem terenu przejścia granicznego",

2.13.4 poz. 3 „Utrzymanie czystości oraz estetyki na pozostałych odcinkach dróg w szczególności zbieranie zanieczyszczeń organicznych i nieorganicznych z pasa drogowego drogi krajowej wraz z utylizacją".

Wskazane powyżej pozycje były, w ocenie Zamawiającego, wycenione na poziomie istotnie niższym niż ustalone przez Zamawiającego w szacunkowych kalkulacjach wartości

zamówienia i w ofertach pozostałych wykonawców. Następnie w treści wezwania Zamawiający przytoczył art. 90 ust. 1 Starego PZP oraz wymienione w nim elementy. Oprócz tego Zamawiający wskazał, że jego intencją jest w szczególności uzyskanie wyjaśnień w zakresie pozycji odnoszącej się do zimowego utrzymania dróg ze względu na konieczność zapewnienia bezpieczeństwa użytkownikom drogi. W treści wezwania pojawił się też dodatkowy fragment najwyraźniej mający stanowić wytyczną dla Odwołującego 8 w zakresie udzielanych wyjaśnień, choć w zasadzie bardziej właściwym miejscem na jego uzewnętrznienie byłaby SIWZ: Podejmując działania związane z ZUD na ciągach dróg krajowych objętych przedmiotem zamówienia uwzględnić należy m.in. warunki ukształtowanie terenu, zróżnicowania występujących warunków atmosferycznych na całej sieci dróg, obfite i intensywne opady śniegu, a ostatnimi czasy częste występowanie marznących opadów deszczu, nanoszenie śniegu przez wiatr i zawiewanie odcinków dróg, długi okres występowania dni zimowych w roku kalendarzowym. Czynniki te wymagają zaangażowania od Wykonawcy maksymalnej ilości sprzętu, często w celu dotrzymania wymaganego standardu sprzętu w ilości większej od minimalnej ilości określonej w pkt. B. III. OPZ Staraniem Wykonawcy ma być również zapewnienie właściwej ilości materiałów (piasku i soli) w celu dotrzymania wymaganego standardu. Zapewnienie minimalnej ilości materiałów w okresie zimowym, jak i w ciągu roku, wynikających z zapisów OPZ (str. 3 Wezwania). W treści Wezwania Zamawiający wskazał także wolę uzyskania informacji w zakresie wszystkich kosztów towarzyszących wykonaniu przedmiotu zamówienia, wraz z podaniem ich wartości, a także prosił o przedstawienie do każdej z pozycji kosztów dla danej pozycji z uwzględnieniem obiektywnych czynników, które spowodowały możliwość obniżenia ceny.

Na potrzeby powyższego Zamawiający przekazał w załączeniu do Wezwania formularz do wypełnienia przez Odwołującego (w pliku xls) wyszczególniający dla poszczególnych zakresów zaoferowanych usług (utrzymanie rutynowe, utrzymanie strukturalne) szczegółowe koszty w zakresie robocizny, materiałów, sprzętu, inne koszty, zysk. Plik ten nie był wymagany na etapie Postępowania, a konieczność jego wypełnienia pojawiła się dopiero na etapie badania i oceny ofert. Zamawiający prosił też o przesłanie jednoznacznych i precyzyjnych dowodów, co najmniej w kwestiach wskazanych w treści Wezwania, ale też innych, które Odwołujący 8 uzna za istotne. Pierwotny termin na przedstawienie wyjaśnień został wskazany na dzień 31 grudnia 2020 r. Ostatecznie termin na składanie wyjaśnień został ustalony na 8 stycznia 2021 r. Dowód: Wezwanie (Załącznik nr 8 do niniejszego odwołania).

We wskazanym powyżej terminie Odwołujący 8 przedłożył swoje wyjaśnienia („Wyjaśnienia Odwołującego 8”). Co ważne, przedmiotowe wyjaśnienia zostały w całości zastrzeżone przez



Odwołującego 8 jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Dowód: Wyjaśnienia Odwołującego bez załączników (Załącznik nr 9 do niniejszego odwołania) — dokument w całości zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

W dniu 4 marca 2021 r. Zamawiający poinformował Odwołującego 8 o odrzuceniu jego oferty („Decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego 8”). W Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 8 Zamawiający jako podstawę prawną wskazał: art. 89 ust. 1 pkt 4 Starego PZP w związku z art. 90 ust. 2 Starego PZP i art. 90 ust. 3 Starego PZP, ponieważ uznał, że oferta Odwołującego 8 zawiera rażąco niską cenę, a także że Odwołujący 8 nie udzielił wyjaśnień lub dokonana przez Zamawiającego ocena złożonych wyjaśnień wraz z dowodami potwierdza, że oferta Odwołującego 8 zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, art. 89 ust. 1 pkt 2 Starego PZP, ponieważ Zamawiający uznał, że oferta Odwołującego 8 nie odpowiada treści SIWZ, art. 89 ust. 1 pkt 1 Starego PZP w zw. z art. 90 ust. 1 Starego PZP w zw. z Rozporządzeniem w sprawie minimalnego wynagrodzenia za rok 2020, ponieważ Zamawiający uznał, że oferta Odwołującego pozostaje niezgodna z przywołanym aktem prawnym. Dowód: Decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego (Załącznik nr 10 do niniejszego odwołania) dokument zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwołującego 8, Decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego 8 na podstawie trzech podstaw odrzucenia wskazanych w decyzji z 4 marca 2021 r. pozostaje niezgodna z przepisami Starego PZP. W ocenie Odwołującego 8 twierdzenia przywołane w ramach uzasadnienia faktycznego Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 8, które miałyby przemawiać za uznaniem, że oferta Odwołującego 8 podlega odrzuceniu, nie potwierdziły się w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym, a Zamawiający dysponował wszelkimi informacjami pozwalającymi mu na uznanie oferty Odwołującego 8 za zawierającą cenę rynkową, w pełni zgodną z wymaganiami SIWZ, a także z wszelkimi znajdującymi zastosowanie przepisami prawa. Tym bardziej Odwołujący 8 nie zamierza z uwagi na powyższe przedstawiać na etapie postępowania odwoławczego jakichkolwiek nowych wyjaśnień co do zaoferowanej ceny, ponieważ w jego ocenie te udzielone w Postępowaniu były prawidłowe. Co również ważne, ocenie prawnej w ramach niniejszego postępowania odwoławczego będzie podlegała czynność Zamawiającego podjęta w dniu 4 marca 2021 r. Nie jest zatem możliwe, aby w toku postępowania toczącego się przed Izbą Zamawiający przedstawił dodatkowe dowody potwierdzające prawidłowość jego czynności. W tym przypadku obowiązuje bowiem (także zresztą Odwołującego 8) zasada prekluzji. Zamawiający pozostaje związany podstawą faktyczną Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 8. Powyższe jest o tyle istotne, że w dalszej części uzasadnienia niniejszego

odwołania wszelkie twierdzenia Zamawiającego mające na celu wykazanie zasadności odrzucenia oferty Odwołującego zostaną skutecznie podważone, z przywołaniem konkretnych treści dokumentów, w posiadaniu których był Zamawiający w dniu 4 marca 2021 r., a przedstawione przez Zamawiającego wyliczenia zostaną jednoznacznie zakwestionowane.

Odwołując8 zwrócił uwagę na trzy wspólne elementy potwierdzające wadliwość czynności Zamawiającego, które będą się powtarzały w prezentowanej przez Odwołującego 8 argumentacji.

Po pierwsze, dokonana przez Zamawiającego ocena przedstawionych mu w dniu 8 stycznia 2021 r. wyjaśnień była dowolna, wybiórcza i niejednokrotnie zupełnie pomijała literalną treść twierdzeń Odwołującego 8. Ocena ta nierzadko pozbawiona była jakichkolwiek cech obiektywizmu i ukierunkowana była na usilne zakwestionowanie (często za wszelką cenę) wiarygodnych, konkretnych i udokumentowanych twierdzeń Odwołującego 8. Na przykład na potrzeby prezentowanych obliczeń (mających rzekomo wykazać niedoszacowanie poszczególnych elementów oferty Odwołującego 8 lub niezgodność z Rozporządzeniem w sprawie minimalnego wynagrodzenia za rok 2020) Zamawiający usilnie pomijał przy analizie wyjaśnień w zakresie kosztów zatrudnienia pracowników fakt, że średnia stawka godzinowa została wskazana przez Odwołującego 8 jako uśredniona dla całego roku i zakładana wartość była wartością netto (a nie brutto, jak niejednokrotnie wskazuje na to Zamawiający).

Po drugie i w związku z powyższym, dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień Odwołującego 8 częstokroć zawierała w sobie szereg dodatkowych założeń przeciwnych do tych przyjętych przez Odwołującego 8. W tym sensie Zamawiający zamiast pełnić rolę gospodarza Postępowania i kierować się zasadą równego traktowania wykonawców (mówiąc obrazowo), przyjmował rolę konkurenta Odwołującego 8 i prowadził (w żaden sposób niepopartą dowodami) polemikę z twierdzeniami Odwołującego 8. Najbardziej jaskrawym przykładem powyższego jest czynienie zarzutu Odwołującemu 8, że przy analizie czynników atmosferycznych nie przyjął możliwie najgorszych zakładanych warunków atmosferycznych, jakie chociażby wystąpiły w sezonie zimowym 2020/21, co, zważywszy że termin składania ofert w Postępowaniu upływał w dniu 8 lipca 2020 r., byłoby zadaniem dość wymagającym.

Wreszcie, po trzecie, szereg twierdzeń Zamawiającego mających na celu wykazanie podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego było sprzecznych z ustalonymi w Postępowaniu zasadami (np. zapisami SIWZ, odpowiedziami na pytania wykonawców odnoszących się do

treści SIWZ) lub niezgodnych ze znajdującym zastosowanie orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej jako dotyczące okoliczności związanych z rozszerzoną podstawą faktyczną decyzji o wykluczeniu, nie mogły zostać uwzględnione (...).

Z najdalej posuniętej ostrożności procesowej Odwołujący wskazał, że jeżeli Wyjaśnienia Odwołującego 8 rzeczywiście budziły wątpliwości Zamawiającego w bardzo konkretnych częściach udzielonych wyjaśnień (z czym Odwołujący 8 się oczywiście nie zgadza i co wykaże w dalszej części uzasadnienia treści niniejszego odwołania), to powyższe nie stanowiło (jeszcze) wystarczającej podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego 8. Jeżeli bowiem Zamawiający oczekiwał bardziej szczegółowych informacji (a jednocześnie nie zakwestionował skutecznie tych, które zostały mu już przedłożone), to przedwczesnym wydaje się arbitralne i bezpodstawne przyjęcie, że oferta Odwołującego 8 podlega odrzuceniu. W tym kontekście należy postawić tezę, że Decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego 8, na co wskazuje jej treść, została podjęta przez Zamawiającego wyłącznie w oparciu o bardzo wybiórczą i tendencyjną ocenę przedstawionych dowodów, która nie dawała Zamawiającemu pewności w wielu miejscach co do występowania realnej wadliwości przyjętej oceny. Przykładem powyższego są następujące stwierdzenia: poziom ogólności tej części wyjaśnień nie pozwala na ustalenie (str. 6 Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 8), nie sposób ustalić, czy przy takiej stawce koszty pracy ujęte w cenie ofertowej są wyliczone prawidłowo (str. 9 Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 8), same wyjaśnienia nie pozwalają na ocenę, jaki jest koszt paliwa przyjęty przez wykonawcę do wyliczenia ceny ofertowej (str. 9 Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 8), przedstawione dowody, bez równoczesnego wskazania założeń co do wykorzystania sprzętu przy realizacji zamówienia, nie pozwalają na ocenę, czy koszt zapewnienia sprzętu został przez wykonawcę uwzględniony w cenie ofertowej na właściwym, rynkowym poziomie (str. 9 Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 8).

Zdaniem Odwołującego 8, skoro wykonawca przedstawił Zamawiającemu swoje wyjaśnienia, poparł je dowodami, a Zamawiający mimo to oczekiwał jeszcze dodatkowych informacji dla konkretnych, bardzo szczegółowych zagadnień (o które wcześniej wprost nie zapytał w Wezwaniu), nic nie stało na przeszkodzie, aby Zamawiający ponowił wezwania skierowane do Odwołującego 8. W takiej bowiem sytuacji Zamawiający miał nie tylko prawo, ale i obowiązek wezwać Odwołującego 8 do złożenia dodatkowych wyjaśnień. Przykładowo, jeżeli rzeczywiście wątpliwości Zamawiającego budziła oferta podwykonawcza w zakresie kosztów związanych z remontem oznakowania poziomego (Załącznik nr 26 do Wyjaśnień Odwołującego 8), bo Zamawiający nie wiedział, czy zawiera ona także koszty niezbędnych materiałów (str. 19 Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 8), to należało o tę kwestię

dopytać, a nie dowolnie pozbawiać tej oferty atrybutu wiarygodności. Gdyby Zamawiający zrobił tak jak powinien zgodnie z przepisami PZP, to uzyskałby jednoznacznie twierdzącą odpowiedź (zob. punkt 4.100—4.101 treści uzasadnienia niniejszego odwołania). Tymczasem Zamawiający, zamiast dopytać, przyjął po prostu daną okoliczność na niekorzyść Odwołującego 8 — niedoszacowanie oferty podwykonawcy.

Zdaniem Odwołującego 8 na gruncie przepisów PZP prawo zamawiającego do wzywania wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty lub ceny oferty nie doznaje żadnych ograniczeń, a zamawiający ma obowiązek, przed rozstrzygnięciem postępowania, usunąć wszelkie wątpliwości, jakie mogą dotyczyć ceny oferty wykonawcy. Odwołujący 8 powołał się na wyrok z 18 czerwca 2014 roku o sygn. KIO 1121/14. Zdaniem Odwołującego 8 zarówno z przepisów dyrektywy klasycznej 2014/24/UE, jak i z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej<sup>8</sup> („TSUE”), wprost wynika, że zamawiający powinien dokonać oceny złożonych wyjaśnień w drodze konsultacji z wykonawcą. Z uwagi na charakter komunikacji pomiędzy wykonawcą i zamawiającym, która ma formę konsultacji, uznaje się, że zamawiający ma prawo i obowiązek do wielokrotnego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w celu uzyskania odpowiedzi co do elementów oferty, które budzą wątpliwości zamawiającego. Tryb konsultacji ma bowiem na celu zapewnienie, że ustalenia, czy oferta jest faktycznie rażąco niska, a w efekcie nie pozwala na prawidłowe wykonanie zamówienia, zostaną dokonane w sposób wyczerpujący i kompleksowy. Dodatkowo w orzecznictwie TSUE podkreśla się, że procedura wyjaśnienia oferty musi mieć charakter kontradyktoryjny, a instytucja zamawiająca powinna precyzyjnie określić, które części oferty budzą wątpliwości, a w konsekwencji rodzą podejrzenie, że oferta jest rażąco niska, tak aby zagwarantować, że wyjaśnienia będą kompletne.

W ocenie Odwołującego 8, w przypadku, gdy po stronie Zamawiającego istniały dodatkowe wątpliwości co do poszczególnych elementów ceny oferty Odwołującego 8 (z czym Odwołujący 8 się nie zgadza), to dążąc do pełnego wyjaśnienia powstałych wątpliwości winien był wezwać wykonawcę do złożenia dodatkowych wyjaśnień, czego Zamawiający nie uczynił, a tym samym naruszył art. 90 ust. 1 Starego PZP.

Z uwagi na powyższe, w ocenie Odwołującego 8, zupełnie niezrozumiała pozostaje argumentacja Zamawiającego (str. 11 Decyzji o Odrzuceniu oferty Odwołującego 8), która sprowadza się do nieznajdującego oparcia w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym twierdzenia, że (ewentualne) ponowienie wezwania o bardziej szczegółowe informacje umożliwiłoby Odwołującemu 8 zastąpienie pierwotnych wyjaśnień nowymi (ponownie dziwić może pierwotne założenie Zamawiającego w zakresie intencji Odwołującego 8 do

zastępowania wcześniej udzielonych wyjaśnień). Sam Zamawiający wskazuje przecież, że jego trudności w ocenie wyjaśnień Odwołującego 8 wynikały z braku bardziej szczegółowych informacji, a nie braku informacji jako takich (bo te przecież, poparte zresztą dowodami, zostały Zamawiającemu przedstawione). W tym sensie ewentualne uzupełnienie wyjaśnień Odwołującego 8 (w świetle twierdzeń samego Zamawiającego) nie wychodziłoby poza zakres argumentacji zawartej w Wyjaśnieniach Odwołującego, a jedynie bardziej by je uszczegółowiło pod kątem ewentualnych (wprost wskazanych w wezwaniu) wątpliwości Zamawiającego. W takim przypadku nie można mówić o jakimkolwiek naruszeniu przepisów Starego PZP, a w szczególności naczelných zasad, na których opiera się ten akt prawny, tj. zasadach równego i uczciwego traktowania wykonawców z art. 7 ust. 1 Starego PZP.

Przechodząc do uzasadnienia poszczególnych zarzutów odwołania Odwołujący 8 zwrócił wagę, że w Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 8 Zamawiający wyraźnie wyróżnia uzasadnienie prawne dla trzech zastosowanych podstaw odrzucenia (str. 1-2 Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 8) ograniczające się do przywołania przepisów prawa. Natomiast uzasadnienie faktyczne dla tej decyzji stawia za punkt odniesienia nie tyle konkretne podstawy prawne odrzucenia, co elementy treści oferty Odwołującego 8 oraz przedstawionych wyjaśnień budzących wątpliwości Zamawiającego (str. 2-21 Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 8). Jednocześnie Zamawiający w pierwszej kolejności kwestionuje twierdzenia i dowody Odwołującego 8 w odniesieniu do wybranych zagadnień (str. 2 — 11 Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 8), żeby potem na ich podstawie (odnosząc się do nich ponownie) wykazać rzekome ich niedoszacowanie (str. 11-21 Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 8).

#### Istota wynagrodzenia wykonawcy

Odwołujący 8 zwrócił uwagę na charakter wynagrodzenia wykonawcy za realizację zamówienia (zob. punkt 2.8 — 2.9 treści uzasadnienia niniejszego odwołania). Trudno bowiem zgodzić się Zamawiającym, jakoby ryczałtowy charakter wynagrodzenia za wykonanie prac wchodzących w skład utrzymania rutynowego (str. 17 Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 8) nie miał znaczenia dla kosztów poszczególnych pozycji rozliczeniowych. Jest wręcz przeciwnie i należy to wskazać na samym początku prezentowanej argumentacji. Okoliczność ta powinna mieć wręcz kolosalne znaczenie dla oceny wyjaśnień Odwołującego 8. W tym zakresie Zamawiający w żaden sposób nie zakwestionował skutecznie wyjaśnień Odwołującego 8 zawartych na str. 32-36.

Odwołujący 8 wskazał, że większość prac składających się na utrzymanie rutynowe nie zostało zdefiniowanych pod względem konkretnego zakresu ilości prac do wykonania. Wszystkie elementy składowe (grupy robót) wycenione w formularzu ofertowym dotyczącym utrzymania rutynowego dawały określoną wartość tego zakresu prac. Zgodnie z umową wykonawca nie będzie miał wypłacanego innego ryczałtu za okres zimowy, a innego za okres letni, tylko jedną stałą wartość tego wynagrodzenia przez cały okres trwania umowy (czyli przez 72 miesiące) niezależnie od występujących warunków atmosferycznych i faktycznie realizowanych prac (okoliczność ta ma szczególne znaczenie w kontekście utrzymania zimowego dróg). Przyjęty zatem przez Zamawiającego model rozliczania wynagrodzenia za prace o charakterze rutynowym (w tym w szczególności w zakresie zimowego utrzymania) wiąże się tym, że Odwołujący 8 kalkulując swoje wynagrodzenie w tym zakresie musiał pod uwagę wziąć nie tylko ponoszone przez siebie koszty określonych czynności, ale również, a nawet przede wszystkim, oszacować ryzyko wystąpienia warunków atmosferycznych sprzyjających powstawaniu zjawisk zwiększających intensywność poszczególnych robót na drodze.

Wartość wszystkich prac objętych wynagrodzeniem ryczałtowym za utrzymanie rutynowe to wartość globalna wszystkich świadczeń wykonawcy podzielona przez 72 miesiące (tj. okres trwania całej umowy). W tym sensie dziwić może podejście Zamawiającego, który, abstrahując od powyższego, wybiórczo analizuje jedynie wybraną grupę robót bez odniesienia ich do całości wynagrodzenia i na tej podstawie wywodzi dalsze, bezpodstawne wnioski co do kalkulacji przyjętej przez Odwołującego 8. Przyjęta przez Zamawiającego optyka uwzględnia jedynie te wyszczególnione grupy robót, które arytmetycznie zostały wycenione przez Odwołującego 8 na niższym poziomie, ale zupełnie pomija te (także wchodzące w zakres wynagrodzenia o charakterze ryczałtowym), które Odwołujący 8 wycenił na wyższym poziomie. Dobrym przykładem dla powyższego jest chociażby grupa IV robót, w której to Odwołujący 8 zaoferował cenę 11.793.364,52 zł przy cenach oferowanych przez pozostałych wykonawców na poziomie 6.584.948,06 zł, 9.436.171,63 zł oraz 13.549.700,04 zł.

Tymczasem z Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 8 wynika, że Zamawiający oczekiwał kalkulacji cenowej dla poszczególnych robót (sztucznie wydzielonych z całego ryczałtu) ustalonych właśnie metodą kosztorysową, traktując je jako odrębne, samodzielne usługi. Rację ma w tym przypadku Odwołujący 8, wskazując w treści swoich wyjaśnień, że sposób alokowania poszczególnych kosztów realizacji utrzymania rutynowego Zamawiający pozostawił w gestii wykonawców (str. 33, 36 Wyjaśnień Odwołującego 8). Odwołujący 8 słusznie, powołując się na własne doświadczenie przy realizacji analogicznych zamówień,

wskazywał (str. 35 Wyjaśnień Odwołującego 8) (tajemnica przedsiębiorstwa). Zamawiający w żaden sposób nie zakwestionował skutecznie takiego podejścia wykonawcy do szacowania kosztów utrzymania rutynowego. Inny przykład — (tajemnica przedsiębiorstwa).

Odwołujący 8 wskazał, że założył niezbędne koszty na potrzeby realizacji kontraktu i oszacował ryzyka. Przyjęta przez niego metodologia obliczenia cen polegała na (tajemnica przedsiębiorstwa). Czynienie obecnie Odwołującemu 8 zarzutu, że powinien np. w większym stopniu uwzględnić możliwe ryzyka (a w zasadzie nie w większym, tylko w skrajnym stopniu) jest zupełnie bezpodstawne i podważa ekonomiczną wycenę kontraktu przez Odwołującego 8. Przyjęcie takiej metody wyceny w prosty sposób prowadziło do zaoferowania Zamawiającemu ceny rażąco wysokiej, znacząco przekraczającej budżet Zamawiającego. Powyższe najlepiej można zobrazować na przykładzie (tajemnica przedsiębiorstwa). Inny przykład obrazujący absurdalność założeń przyjętych przez Zamawiającego, a przez to również oczekiwania formułowane względem wykonawców, dotyczy (tajemnica przedsiębiorstwa). Kolejne przykłady obrazujące różnice pomiędzy metodologią Odwołującego 8 i Zamawiającego zostaną przedstawione w dalszej części niniejszego uzasadnienia, natomiast wszystkie je łączy fakt, że Zamawiający szacuje koszty wykonania umowy w sposób nieracjonalny i nierynkowy. Następnie czyni je punktem odniesienia dla wycen poszczególnych robót wykonanych przez Odwołującego 8 i dochodzi do błędnego wniosku o niedoszacowaniu oferty Odwołującego 8.

W ocenie Odwołującego 8 dziwić może próba deprecjonowania przyjętej przez Odwołującego 8 metodologii, ale też wykazania przez niego bieżącej kontroli nad ponoszonymi kosztami. O ile bowiem przyjęcie skrajnie negatywnych założeń dla występujących kosztów (metodologia Zamawiającego) niekoniecznie musi wymagać bieżącej ich kontroli, tak racjonalna wycena (metodologia Odwołującego 8) musi ten element uwzględniać. Różnicę tę widać na przykładzie przyjętej przez Zamawiającego oceny Załącznika nr 28 do Wyjaśnień Odwołującego 8. Na tej podstawie nie sposób nie odnieść wrażenia, że Zamawiający bardzo wybiórczo przeanalizował przedłożone mu wyjaśnienia. Załącznik nr 28 obrazujący przykładowe zestawienie kosztów i zapisów księgowych na innym (choć zbliżonym) kontrakcie — utrzymanie odcinka autostrady A1 — miał potwierdzić fakt, że (tajemnica przedsiębiorstwa) (str. 36 Wyjaśnień Odwołującego 8). Dzięki temu może na bieżąco dokonywać ewentualnych modyfikacji przyjętych założeń. Z uwagi na powyższe Odwołujący 8 przedstawił zestawienie dla jednego konkretnego miesiąca obrazujące, na jakiej podstawie dokonuje się comiesięczna analiza kosztów utrzymania danego odcinka drogi. Tymczasem Zamawiający dokonując oceny Załącznika nr 28 uznał go za mało wiarygodny, ponieważ dokument ten nie obrazuje więc, jak koszty te kształtują się w

poszczególnych miesiącach roku. Na tym przykładzie wyraźnie widać, że dany dokument (dowód) przedkładany jest przez Odwołującego 8 w celu wykazania jednej okoliczności, a Zamawiający dokonując jego oceny wywodzi zupełnie inną (sprzeczną z intencjami Odwołującego 8) okoliczność i ocenia na podstawie sobie tylko znanych reguł.

Zdaniem Odwołującego 8, powyższe twierdzenia mają szczególne znaczenie z uwagi na fakt, że przecież Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego 8, powołując się jedynie na pewne jej elementy (w sposób wadliwy, ale o tym w dalszej części uzasadnienia niniejszego odwołania). Warto jednak już na tym etapie wskazać, że Zamawiający kwestionuje jedynie niektóre z grup robót (doszukując się w nich na siłę niedoszacowania). W tym sensie ta ocena Zamawiającego pozostaje bez związku z ceną ofertową Odwołującego 8. Z kolei zastosowaną podstawę odrzucenia oferty Odwołującego 8 (art. 89 ust. 1 pkt 4 Starego PZP) należy odnosić do całości zamówienia. Wprawdzie Zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1 PZP był uprawniony badać (oprócz całości zamówienia) także istotne części składowe, jeżeli budziły one jego wątpliwości. Powyższe nie zmienia faktu, że sankcja odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP cały czas odnosi się do całego przedmiotu zamówienia, a części składowe potencjalnie mogą mieć na to wpływ tylko pod warunkiem, że będą istotnie rzutowały na całościową cenę odnoszoną do przedmiotu zamówienia.

#### Charakter przedstawionych Wyjaśnień Odwołującego 8

Warto zauważyć, że w uzasadnieniu faktycznym dla Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 8 nieustannie powtarza się próba usilnego przekonania o rzekomo ogólnym charakterze przedstawionych przez Odwołującego 8 wyjaśnień, które w skrajnie subiektywnym odczuciu Zamawiającego w żaden sposób nie odnoszą się do kosztów wykonania zamówienia. Odwołujący 8 wskazał, że aż w 12 miejscach Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 8 (w myśl zasady, że kłamstwo przywoływane wiele razy staje się prawdą) pojawia się stwierdzenie o ogólności udzielonych wyjaśnień, np. wyjaśnienia wykonawcy mają charakter ogólny (str. 6 Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 8), wyjaśnienia są ogólne (str. 7 Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 8), wyjaśnienia złożone przez wykonawcę są ogólne, lakoniczne, a wartość dowodowa załączonych do nich dokumentów wątpliwa (str. 11 Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 8). Jednocześnie Zamawiający w wielu miejscach w ogóle nie uzasadnia tego, jakich szczegółowych wyjaśnień oczekiwał od Odwołującego 8 i dlaczego te przedstawione mu przez Odwołującego 8 w dniu 8 stycznia 2021 r. okazały się niewystarczające.

Odwołujący 8 wskazał, że zdaje sobie sprawę, że nie same liczby świadczą o szczegółowości przedstawionych wyjaśnień (o tym w dalszej części), ale odnosząc się do



powyższego warto podkreślić, że same wyjaśnienia Odwołującego 8 liczyły 42 strony oraz zawierały szereg dowodów potwierdzających w sposób obiektywny twierdzenia zawarte w Wyjaśnieniach stanowiących załączniki to tych wyjaśnień, o czym więcej w punkcie 4.21 treści uzasadnienia niniejszego odwołania. W szczególności wyjaśnienia te opisywały (tajemnica przedsiębiorstwa) (punkt III Wyjaśnień Odwołującego 8), (tajemnica przedsiębiorstwa). W dalszej części (punkt IV Wyjaśnień Odwołującego 8) opisane zostały szczegółowo (tajemnica przedsiębiorstwa). W punkcie V Wyjaśnień Odwołującego 8 opisano (tajemnica przedsiębiorstwa). W treści Wyjaśnień Odwołującego 8 (punkt VI tychże) zaprezentowano (tajemnica przedsiębiorstwa) (punkt VII Wyjaśnień Odwołującego 8) przedstawiono (tajemnica przedsiębiorstwa). W punkcie VIII Wyjaśnień Odwołującego 8 przedstawiono szczegółowe wyjaśnienie dla (tajemnica przedsiębiorstwa) (tajemnica przedsiębiorstwa) przedstawiono w punkcie IX Wyjaśnień Odwołującego 8. Do treści Wyjaśnień Odwołującego 8 dołączono 32 załączniki, w tym m. in. (tajemnica przedsiębiorstwa). Dowód: Wyjaśnienia Odwołującego 8 bez załączników (Załącznik nr 9 do niniejszego odwołania) — dokument w całości zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Załączniki 1-32 do treści Wyjaśnień Odwołującego 8 (w aktach Postępowania) — dokumenty w całości zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

W świetle powyższego zdaniem Odwołującego 8 udzielił on stosownych wyjaśnień, przedstawiając okoliczności oraz czynniki, a także założenia kalkulacji dotyczące elementów oferty, które miały wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Wyjaśnienia Odwołującego 8 miały charakter wyczerpujący i poparte zostały dodatkowo wyliczeniami oraz dowodami, które potwierdzały jednoznacznie poprawność kalkulacji ceny ofertowej. Powyższe wyjaśnienia stanowiły zatem wystarczającą podstawę do uznania przez Zamawiającego, że cena zaoferowana przez Odwołującego 8 nie jest rażąco niska, a wyceniony zakres świadczenia odpowiada wymaganiom SIWZ.

Odnosząc powyższe do twierdzenia Zamawiającego o rzekomo ogólnym (czyli mówiąc wprost: nie wchodzącym w szczegóły) charakterze przedstawionych wyjaśnień należy stwierdzić, że oczywistym jest, że o każdym wyjaśnieniu zaoferowanej ceny można powiedzieć, że są zbyt mało szczegółowe. Powyższe stanowi bowiem wyraz subiektywnej oceny podmiotu oceniającego (w tym przypadku: Zamawiającego). W tym przypadku nie sposób jednak odmówić Odwołującemu 8, że przedstawiając swoje wyjaśnienia wykazał się daleko idącą chęcią bardzo konkretnego i opartego dowodami wykazania, że jego cena jest rynkowa oraz przedstawił szereg twierdzeń, wyliczeń i dowodów, zarówno ogólnych, jak i szczegółowych. Nie można w tym przypadku mówić o jakiegokolwiek (niejednokrotnie

spotykanej w podobnych sprawach) "beletrystyce", gdzie wykonawcy starając się wykazać rynkowy charakter zaoferowanej ceny mnożą różnego rodzaju ogólne informacje niemające znaczenia dla sprawy. Wyjaśnienia Odwołującego 8 były jak najbardziej rzetelne, wyczerpujące i w ich świetle nie można zarzucać Odwołującemu ich zbyt ogólnego charakteru. Odwołujący 8 polegał bowiem na literalnej treści Wezwania Zamawiającego, który za jego pośrednictwem zdefiniował stopień szczegółowości prezentowanych wyjaśnień. Skoro wolą Zamawiającego było pozyskanie konkretnych wartości wskazanych elementów robót i dlatego wezwał Odwołującego 8 do wypełnienia dodatkowego formularza załączonego do treści wyjaśnień, to Odwołujący 8 postąpił zgodnie z treścią Wezwania. W zakresie samych wyjaśnień Zamawiający tego poziomu nie doprecyzował, stąd Zamawiający nie jest też obecnie uprawniony do tak daleko posuniętej uznaniowości w zakresie oceny tych wyjaśnień. Przy przyjęciu bowiem stanowiska Zamawiającego za prawidłowe okazałoby się, że wykonawca (w tym przypadku: Odwołujący 8) ponosi konsekwencje zastosowania się do literalnej treści Wezwania ze strony Zamawiającego. Doświadczenia Odwołującego 8 uzyskane przy realizacji analogicznych umów. Zamawiający w sposób bardzo wybiórczy i tendencyjny dokonuje oceny Wyjaśnień Odwołującego 8, w szczególności odnosząc się do doświadczenia Odwołującego 8.

Odwołujący 8 wskazał, że Zamawiający stara się deprecjonować doświadczenie uzyskane przez Odwołującego 8 na rynkach zagranicznych (str. 6 Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 8) w dość specyficzny sposób tzn. odnosząc się wyłącznie do doświadczenia zdobytego w Katarze, które (w ocenie Zamawiającego) z uwagi na inną strefę klimatyczną nie ma jakiegokolwiek przełożenia na zamówienie, dla którego prowadzone jest Postępowanie. Abstrahując już od tego, że Zamawiający podważa tylko jedno z przywołanych zagranicznych doświadczeń, to i tak czyni to w sposób dowolny. O ile trudno bowiem byłoby porównywać zimowe utrzymanie dróg w Polsce i Katarze, tak już chociażby letnie utrzymanie dróg czy w ogóle specyfika realizacji kontraktu jak najbardziej może stanowić pewien punkt odniesienia dla wiarygodności kalkulacji Odwołującego 8. Co jednak budzi jeszcze większe zdziwienie, to kwestionowanie doświadczenia własnego Odwołującego 8 z ostatnich lat, uzyskanego już w Polsce na kontraktach bardzo podobnych do tego będącego przedmiotem Postępowania: wybór oferty wykonawcy w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jako najkorzystniejszej nie świadczy o tym, że cena ofertowa zaoferowana przez wykonawcę w tym postępowaniu jest rynkowa. W tym kontekście w szczególności dziwić może brak uwzględnienia w ocenie Wyjaśnień Odwołującego 8 doświadczenia w realizacji (tajemnica przedsiębiorstwa) (str. 37 Wyjaśnień Odwołującego 8).

W ocenie Odwołującego 8, z przywołaną tezą o braku adekwatności w powoływaniu się na doświadczenie nie sposób się oczywiście zgodzić. W tym sensie doświadczenie własne Odwołującego 8 zostało przywołane (str. 16-17 Wyjaśnień Odwołującego 8) w celu wykazania, że sposób wyceny, metody kalkulacji, przyjęta metodologia potwierdziły się już w rzeczywistości, (tajemnica przedsiębiorstwa). Te okoliczności może i nie odnoszą się wprost do ceny ofertowej Odwołującego 8 w Postępowaniu, ale do sposobu jej ustalenia. Tej okoliczności Zamawiający zupełnie już nie uwzględnia przy swojej ocenie Wyjaśnień Odwołującego 8.

Zdaniem Odwołującego 8, w kontekście powyższego zupełnie niezasadnym wydaje się (jak czyni to Zamawiający) deprecjonowanie bardzo aktualnego doświadczenia wykonawcy przy potwierdzonej już w praktyce wycenie usług w aż (tajemnica przedsiębiorstwa). W tym sensie przecież istotną pozycję kosztową w tego rodzaju kontraktach stanowi praca osób realizujących usługi. Powyższe oznacza, że wykonawca kalkulując cenę za usługi bierze pod uwagę koszty pracy osób je realizujących. Tego typu kosztów nie da się w sposób jednoznaczny "zweryfikować" - poza kosztami minimalnego wynagrodzenia za pracę. Wykonawca w takim przypadku opiera kalkulację i wycenę kosztów realizacji zamówienia o swoje doświadczenia, zdobyte w wycenie innych, podobnych kontraktów na rzecz innych jednostek tożsamego Zamawiającego i takie podejście należy uznać za najbardziej za prawidłowe.

Na marginesie Odwołujący 8 zwrócił uwagę, że czynienie punktem odniesienia dla ceny zaoferowanej w ramach Postępowania cen w innych kontraktach nie stanowi przeszkody, kiedy Zamawiający stara się wykazać niedoszacowanie kosztów zimowego utrzymania w ofercie Odwołującego 8 (str. 17 Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 8) to wówczas kiedy porównuje cenę za utrzymanie zaoferowaną przez Odwołującego 8 do innych kontraktów realizowanych na rzecz Zamawiającego przez innych wykonawców (Rejon Lesko, Rejon Nisko, Rejon Przemyśl). Odwołujący 8 nie brał udziału w przywołanych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, nie zna specyfiki przywołanych kontraktów, stąd trudno jest miarodajnie odnieść się do wartości przywołanych przez Zamawiającego w Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 8. Na pewno jednak okoliczności te nie mogą w żadnym stopniu rzutować na ocenę oferty Odwołującego w tym konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Poza tym ryczałtowy charakter wynagrodzenia skutkuje koniecznością odpowiedniej alokacji kosztów stałych przy realizacji tego typu umów i każdy z wykonawców (także ci wskazani przez Zamawiającego) zapewne czynił to z uwzględnieniem przyjętych (własnych) założeń dla realizacji konkretnego kontraktu.

## Wartość grupy kapitałowej Odwołującego 8

Odwołujący 8 wskazał, że podobnie jak powyżej Zamawiający zupełnie bezpodstawnie deprecjonuje wartość, jaką jest przynależność Odwołującego 8 do jednej z największych grup kapitałowych w branży budowlanej w Polsce (str. 6 - 7 Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 8).

W ocenie Odwołującego 8, Zamawiający ponownie dokonuje bardzo wybiórczej oceny przedstawionych mu argumentów, odnosząc się do wyciągu z centralnej bazy dostawców i usługodawców (Załącznik nr 12 do Wyjaśnień Odwołującego 8) i twierdząc, że dokument ten mimo swojej obszerności, nie świadczy o rynkowym charakterze zaoferowanej przez wykonawcę ceny, bowiem z faktu, iż wykonawca ma szeroką bazę usługodawców i dostawców, nie wynika jeszcze, jakie konkretnie ceny (upusty) za wykonanie usług składających się na przedmiot niniejszego zamówienia, czy za dostawę materiałów na potrzeby niniejszego zamówienia uzyska/ wykonawca i czy koszty te zostały prawidłowo ujęte w cenie ofertowej. Gdyby Zamawiający dokonał prawidłowej analizy treści Wyjaśnień Odwołującego 8, to zorientowałby się, że okoliczność powyższa została przywołana (str. 18 Wyjaśnień Odwołującego 8) jako (tajemnica przedsiębiorstwa). Tymczasem wydaje się, że Zamawiający oczekiwał, aby Odwołujący 8 przedstawił mu (najlepiej aktualne na dzień złożenia oferty w Postępowaniu) uzgodnione warunki wszystkich usług i dostaw, które Odwołujący 8 będzie nabywał na potrzeby 6-letniego kontraktu dla Zamawiającego. Takie podejście Zamawiającego byłoby zupełnie nieproporcjonalne i nieuzasadnione biznesowo. Intencją Odwołującego 8 było w tym przypadku zasygnalizowanie istotnej, wyróżniającej tego wykonawcę okoliczności pozwalającej mu (tajemnica przedsiębiorstwa). W kontekście wartości przynależności Odwołującego 8 do grupy kapitałowej Zamawiający negatywnie ocenia także dowód z oświadczenia (tajemnica przedsiębiorstwa) (Załącznik nr 13 do Wyjaśnień Odwołującego 8), kwestionując jego wiarygodność z uwagi na fakt, że omawiane doświadczenie pochodzi z czerwca 2014 r. i ma ogólny charakter. Zamawiający zupełnie pomija okoliczność (tajemnica przedsiębiorstwa). Dość też wspomnieć, że Zamawiający poza samą datą złożenia tego oświadczenia nie podaje jakichkolwiek innych okoliczności, które miałyby potwierdzać brak aktualności czy wiarygodności złożonego oświadczenia. Z kolei ogólny charakter tego oświadczenia odpowiada intencji podmiotu je składającego. W tym przypadku chodziło przecież o (tajemnica przedsiębiorstwa).

Zamawiający w dalszej części uzasadnienia swojej decyzji nie odnosi się do konkretnych wyjaśnień Odwołującego 8 (tajemnica przedsiębiorstwa) wyjaśnień ofertę na zakup sprzętu

(Załącznik nr 14) z lipca 2015 r., co (podobnie jak w przypadku (tajemnica przedsiębiorstwa)) rzekomo miałyby obniżyć wiarygodność tego dowodu, a w konsekwencji całego fragmentu odnoszącego się do wartości grupy kapitałowej Odwołującego 8. Wybiórcza i dowolna ocena Zamawiającego tego dowodu zupełnie pomija fakt, że przedstawiona oferta obrazuje (i) (tajemnica przedsiębiorstwa). Zarówno jedna, jak i druga okoliczność, wynika z przedstawionego dowodu — (tajemnica przedsiębiorstwa). Co ważne, Zamawiający w żaden sposób nie podważa powyższego, a jedynie deprecjonuje załączony dokument z uwagi na datę jego wystawienia.

W ocenie Odwołującego 8 bardzo wybiórcza ocena Zamawiającego dotyczy także przywołanej w treści Wyjaśnień Odwołującego 8 faktu posiłkowania się doświadczeniem i zasobami spółki z grupy kapitałowej Odwołującego — (tajemnica przedsiębiorstwa), która prowadzi działalność na rynku lokalnym (str. 7 Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 8). Możliwość posiłkowania się spółką zależną z grupy specjalizującą się w odbiorze odpadów na rynku lokalnym (posiadającą swoje zakłady w Tarnowie, Rzeszowie, Przemyślu i samym Krośnie) powinna zostać oceniona jako niewątpliwa przewaga Odwołującego 8 nad innymi wykonawcami ubiegającymi się o zamówienie, pozwalająca mu na (tajemnica przedsiębiorstwa). Okoliczność ta ma istotne znaczenie dla obniżenia kosztów obsługi umowy dla Zamawiającego, stąd dziwi podejście Zamawiającego, który zupełnie ją deprecjonuje. Warto dodać, że spółki z grupy Odwołującego 8 z powodzeniem świadczą w wielu miejscach kraju (tajemnica przedsiębiorstwa), a powyższa okoliczność ma istotne znaczenie dla konkurencyjności oferowanych cen.

#### Koszty zatrudnienia pracowników

Odwołujący 8 wskazał, że w przypadku kosztów zatrudnienia pracowników Zamawiający w pierwszej kolejności dokonuje zupełnie wybiórczej i dowolnej oceny dowodów załączonych do Wyjaśnień Odwołującego 8. Jak wynika bowiem z treści Wyjaśnień Odwołującego 8 (str. 25 tychże), załącznik nr 16 obrazujący wysokość wynagrodzenia wypłacanego pracownikom miał uwiarygodnić tezę, że przyjęta przez Odwołującego 8 średnia stawka za jedną roboczogodzinę wypłacanego wynagrodzenia jest prawidłowa, tj. znajduje potwierdzenie w rzeczywistości. W tym przypadku ujawnia się intencja Zamawiającego do kwestionowania (za wszelką cenę) założeń przyjętych przez Odwołującego 8, ponieważ Zamawiający dokonując oceny tego dowodu wywodzi (zupełnie niezgodnie z intencją Odwołującego 8, który przedłożył ten dowód w celu uwiarygodnienia wysokości uśrednionej stawki), że trudno przyjąć taki dokument za wystarczający dowód na okoliczność możliwości zatrudnienia przez

wykonawcę ok (tajemnica przedsiębiorstwa) pracowników fizycznych za stawkę (tajemnica przedsiębiorstwa) zł netto za roboczogodzinę (...).

Wskazana przez Odwołującego 8 średnia stawka netto (co zresztą wprost wskazano w Wyjaśnieniach Odwołującego 8 — str. 25) jest wyższa od minimalnej stawki netto ustalonej w oparciu o wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę wynikającą z treści Rozporządzenia w sprawie minimalnego wynagrodzenia za rok 2020, a poza tym, jak wskazał wprost Odwołujący 8: (tajemnica przedsiębiorstwa) (str. 25 Wyjaśnień Odwołującego 8). Tytułem wyjaśnienia: w roku 2020 r. minimalna stawka godzinowa brutto wynosiła 17 zł (co wynika wprost z treści §2 przywołanego powyżej rozporządzenia), co daje stawkę netto za roboczogodzinę w wysokości 11,43 zł. Tym samym średnia stawka godzinowa netto zaoferowana przez Odwołującego (tajemnica przedsiębiorstwa) zł) jest (tajemnica przedsiębiorstwa). W tym kontekście całe wyliczenia Zamawiającego zawarte na str. 8 Decyzji o odrzuceniu oferty, Odwołującego 8 są nieprawidłowe, ponieważ Zamawiający jako podstawę dla tych obliczeń przyjmuje kwotę całkowitego wynagrodzenia miesięcznego brutto (a nie netto), czyli (tajemnica przedsiębiorstwa). Nawet dalsze negatywne założenia (oparte jednak na błędnym działaniu matematycznym Zamawiającego), tj. uwzględnienie dodatkowo rzekomych dodatków za pracę w nocy lub dni świąteczne nie powodują, że uśredniona stawka wskazana przez Odwołującego 8 w jego wyjaśnieniach będzie przekroczona, a tym samym, że jego oferta jest niedoszacowana. W szczególności przyjęte przez Zamawiającego założenie o konieczności uwzględnienia pracy w święta wydaje się chybione. Zgodnie bowiem z przepisami Kodeksu pracy pracodawca jest obowiązany zapewnić inny dzień wolny od pracy. Tym samym nawet zakładając (jak czyni to Zamawiający), że pracownik Odwołującego 8 będzie wykonywał pracę w święta, to powyższe, co do zasady, nie będzie skutkowało wzrostem przysługującego mu wynagrodzenia, a zatem nie stanowi o wadliwości przyjętej przez Odwołującego 8 uśrednionej stawki godzinowej w wysokości (tajemnica przedsiębiorstwa) zł netto. Również próba dalszego wywodzenia nieprawidłowości wyliczeń Odwołującego 8 za pomocą zestawienia załączników nr 16 i 17 do Wyjaśnień Odwołującego 8 jest obarczona błędem. Wprawdzie prawidłowo Zamawiający wskazuje, że w załączniku nr 17, z którego wynika, że (tajemnica przedsiębiorstwa).

Dla jasności, kwoty wskazane w załączniku nr 17 (tajemnica przedsiębiorstwa). W świetle powyższego, gdyby Zamawiający (ponownie) nie pomylił stawki netto ze stawką brutto, to okazałoby się, że nie posiada on żadnych argumentów w jakikolwiek sposób podważających twierdzenia i dowody przedstawione przez Odwołującego 8. W tej sytuacji całe dalsze rozważania Zamawiającego, że dowody przedstawione przez wykonawcę nie potwierdzają

rynkowego charakteru przyjętej przez niego ceny ofertowej, jako że oparte na wadliwych obliczeniach, są błędne.

Kolejny zarzut formułowany przez Zamawiającego w kontekście kosztów zatrudnienia pracowników w Wyjaśnieniach Odwołującego 8 to brak podania, jaka jest globalna liczba roboczogodzin (z podziałem dla pracowników fizycznych i kierowniczych) str. 9 Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 8. Co oczywiste, informacji w tym zakresie Zamawiający wprost nie zażądał w treści Wezwania. Tym bardziej może dziwić próba kwestionowania Wyjaśnień Odwołującego 8, który przecież na str. 25-26 Wyjaśnień szczegółowo opisał, (tajemnica przedsiębiorstwa).

Odnosząc się do zawartych w dalszej części Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 8 wyliczeń w zakresie niedoszacowania kosztów pracy (str. II —14 tejże) należy zaznaczyć na wstępie, że obliczenia Zamawiającego są błędne i w żaden sposób nie przystają do oferty Odwołującego 8. Zdaniem Odwołującego 8 już na początkowym etapie prowadzenia obliczeń Zamawiający przyjmuje bowiem niekorzystne dla Odwołującego 8 założenie, sztucznie zawyżając niezbędną liczbę do zimowego utrzymania drogi, co wyraźnie widać przy zestawieniu powyższego z odpowiedzią Zamawiającego na pytanie nr 138 do SIWZ. W przywołanym pytaniu jeden z wykonawców poprosił o doprecyzowanie szeregu zapisów OPZ, w tym wymogu dotyczącego skierowania do zimowego utrzymania dróg niezbędnej liczby pracowników. W odpowiedzi na to pytanie Zamawiający wskazał, że to Wykonawca decyduje, jaka ilość pracowników jest niezbędna, by proces zimowego utrzymania dróg był realizowany w systemie ciągłym 24 godziny na dobę we wszystkie dni tygodnia, przy zachowaniu wymagań odnośnie czasu pracy pracowników, które wynikają z przepisów prawa. Tym samym przyjęte przez Zamawiającego założenie o minimalnej liczbie 78 pracowników (str. 13 Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego) jest zupełnie bezpodstawne i stanowi nieumiejętną próbę narzucenia Odwołującemu założeń co do przyjętej kalkulacji w sytuacji, kiedy w toku Postępowania Zamawiający pozostawił tę kwestię wykonawcom. Dowód: Odpowiedź na pytanie nr 138 do SIWZ obowiązującej w Postępowaniu (Załącznik nr 11 do niniejszego odwołania).

Zdaniem Odwołującego 8 powyższe stanowi przykład tego, jak wyliczenia mające na celu wykazanie niedoszacowania kosztów robocizny opierają się na skrajnie niekorzystnych dla Odwołującego 8 założeniach. W tym bowiem przypadku Zamawiający już przyjmuje nie tyle konieczność zatrudnienia 78 osób, ale też przyjmuje, że będą oni pracowali co najmniej przez każdą z godzin dostępnych w ciągu 6 miesięcy okresu zimowego utrzymania dróg po średniej stawce wskazanej przez Odwołującego 8 dla operacyjnych pracowników fizycznych.

Oczywistym przecież jest, że liczba osób wykorzystanych do prac na kontrakcie będzie pochodną panujących w danej chwili warunków atmosferycznych. Nie można wykluczyć, że w skrajnym przypadku zapotrzebowanie na pracowników będzie sięgało nawet liczby wskazanej przez Zamawiającego, ale w uśrednionym okresie (i uśrednionych, opartych na historycznej analizie warunków pogodowych) zapotrzebowanie to będzie znacznie mniejsze.

Odnosząc się do powyższego warto podkreślić, że Zamawiający w żadnym miejscu nie wskazuje, na jakiej podstawie przyjął, że treść oferty Odwołującego 8 jest niezgodna z przywołanymi w Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 8 zapisami SIWZ odnoszącymi się do wymogów w zakresie konkretnych zasobów kadrowych. Odwołujący 8 wskazał, że w treści Wyjaśnień Odwołującego 8 (str. 25 tychże) wskazano, że (tajemnica przedsiębiorstwa). Jak sam wskazuje w swoich wyjaśnieniach Odwołujący 8, odnosząc się do (tajemnica przedsiębiorstwa). W tym sensie Zamawiający w swoich obliczeniach przyjmuje zarówno mocno zawyżoną liczbę pracowników, jak i przyjmuje dla każdego z nich stawkę średnią wskazaną przez Odwołującego 8 dla (tajemnica przedsiębiorstwa).

Kalkulacje Zamawiającego zakładają bowiem, że Odwołujący 8 (pomimo wskazanych przez niego w Wyjaśnieniach okoliczności potwierdzających jego przewagę w stosunku do innych wykonawców) powinien założyć (tajemnica przedsiębiorstwa). Takie założenie może i byłoby zasadne, gdyby nie Wyjaśnienia Odwołującego, które jednoznacznie opisały założenia Odwołującego 8. W tym sensie, Odwołujący 8 wykorzystując (tajemnica przedsiębiorstwa).

Ponadto Zamawiający prowadzi swoje wyliczenia (a w efekcie rzekome niedoszacowanie oferty Odwołującego 8) z pełnym pominięciem treści Wyjaśnień Odwołującego. Dobrym przykładem ilustrującym powyższe jest kwestia dyżurnych (str. 11 a— 12 Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 8) (tajemnica przedsiębiorstwa).

#### Minimalne wynagrodzenie za pracę

Odwołujący wskazał, że w końcowym fragmencie Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 8 (str. 17 tejże) Zamawiający na podstawie wcześniej ustalonych wadliwie wniosków stara się doszukać jeszcze jednej podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego 8 i wykazuje rzekomą niezgodność treści oferty z Rozporządzeniem w sprawie minimalnego wynagrodzenia za rok 2020. Zdaniem Odwołującego 8 wywody Zamawiającego w tym zakresie oparte są w pierwszej kolejności o nieprawidłową podstawę prawną, ponieważ sankcji odrzucenia oferty Zamawiający dopatruje się w art. 89 ust. 1 pkt 1 Starego PZP. Przywołany przez Zamawiającego przepis prawa nakazuje odrzucenie oferty wykonawcy w razie jej



niezgodności z treścią ustawy. W tym miejscu warto powtórzyć za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 7 października 2020 r., sygn. KIO 1975/20, że odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 p.z.p. następuje w przypadku niezgodności oferty z wymaganiami określonymi w ustawie z 2004 r - Prawo zamówień publicznych i aktach wykonawczych do tej ustawy, a nie jakichkolwiek innych ustaw. Tym samym nawet ewentualne stosowanie przez wykonawcę wynagrodzenia niższego od przewidzianego w ustawie o minimalnym wynagrodzeniu za pracę nie może stać się podstawą odrzucenia jego oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 1 p.z.p.

Niezależnie nawet od powyższego, Odwołujący 8 wskazał, że należy powtórzyć za wcześniej prezentowaną argumentacją niniejszego odwołania, że w roku 2020 r. minimalna stawka godzinowa netto wynosiła 11,43 zł, a zatem średnia stawka przyjęta przez Odwołującego 8 (tajemnica przedsiębiorstwa) zł) jest (tajemnica przedsiębiorstwa). Tym samym w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym nie występuje jakakolwiek niezgodność w powyższym zakresie.

#### Koszty paliwa

Zdaniem Odwołującego 8, także dokonując oceny dalszych dowodów przedstawionych przez Odwołującego 8 (umowy odnoszące się do zakupu paliwa), Zamawiający przyjmuje bardzo subiektywne i negatywne dla Odwołującego 8 założenia. Jak twierdzi Zamawiający (str. 9 Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 8): informacja o koszcie zakupu paliwa, bez wskazania założeń i wysokości przyjętych kosztów paliwa dla całego kontraktu czy dla danego elementu rozliczeniowego, nie ma więc żadnej wartości dowodowej. W swoich wyjaśnieniach Odwołujący 8 (str. 27 Wyjaśnień Odwołującego 8) dążył do uwiarygodnienia Zamawiającemu, że (tajemnica przedsiębiorstwa). Skoro Odwołujący 8 przedstawia Zamawiającemu (i odpowiednio to dokumentuje) daną okoliczność wyróżniającą go spośród innych wykonawców, to samo zanegowanie tej okoliczności poprzez domaganie się bardziej szczegółowych danych wydaje się niezasadne. Jeżeli intencją Zamawiającego było rzeczywiście poznanie szczegółowych danych w zakresie założonych kosztów zużycia paliwa w okresie 6 lat realizacji kontraktu, to powinien on tę kwestię wprost wyartykułować w treści Wezwania lub w zakresie ponownego (uszczegółowiającego) wezwania.

Odnosząc się do zawartych w dalszej części Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 8 wyliczeń w zakresie niedoszacowania kosztów sprzętu, które odnoszą się też do kosztów paliwa (str. 16 Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 8) należy zaznaczyć, że obliczenia Zamawiającego są błędne i w żaden sposób nie przystają do oferty Odwołującego 8.

Zamawiający jako średnie koszty zużycia dla jednego pojazdu przyjmuje (tajemnica przedsiębiorstwa).

#### Koszty sprzętu

Podobnie, zdaniem Odwołującego 8, w sposób zupełnie arbitralny Zamawiający deprecjonuje załączniki nr 19 i 22 do Wyjaśnień Odwołującego 8 odnoszące się do posiadania przez Odwołującego 8 sprzętu lub możliwości jego wynajęcia. Podobnie jak w przypadku dowodów obrazujących sprzyjające Odwołującemu 8 warunki w zakresie możliwości zakupu paliwa, Zamawiający ocenia je jako posiadające niską wartość dowodową i kwestionuje je z uwagi na brak przedstawienia bardziej szczegółowych założeń. Skoro jednak rzeczywiście jest tak jak twierdzi Zamawiający (z czym Odwołujący się nie zgadza), tzn. że przedstawione w tym zakresie wyjaśnienia Odwołującego 8 nie pozwalają na ocenę czy koszt zapewnienia sprzętu został przez wykonawcę uwzględniony w cenie ofertowej na właściwym, rynkowym poziomie, to Zamawiający był w takiej sytuacji zobowiązany wezwać wykonawcę do dalszych, bardziej szczegółowych wyjaśnień. Tymczasem Zamawiający, nie mając pewności co do zasadności przedstawionych wyjaśnień (wyjaśnienia nie pozwalają na ocenę — przyp. Odwołującego 8), nie powinien przyjmować automatycznie, że zaoferowana w tym zakresie cena ma charakter nierynkowy.

Odnosząc się do zawartych w dalszej części Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 8 wyliczeń w zakresie niedoszacowania kosztów sprzętu (str. 15 — 17 tejże) należy zaznaczyć na wstępie, że obliczenia Zamawiającego są błędne i w żaden sposób nie przystają do oferty Odwołującego 8. W ocenie Odwołującego 8 nie sposób nie odnieść wrażenia, że także omawiana kalkulacja przygotowana jest tak, ażeby uwiarygodnić z góry narzuconą tezę o rzekomym niedoszacowaniu oferty Odwołującego 8 w zakresie kosztów przeznaczonych na niezbędny do realizacji umowy sprzęt. Nie sposób ustalić, na jakiej podstawie Zamawiający przyjął szereg wartości przyjętych do obliczeń, a nawet i założeń. Przykładowo dziwić może przyjęcie, że cały sprzęt do realizacji umowy (np. 18 pługosolarek str. 15 Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 8) Odwołujący 8 musi dopiero zakupić, skoro sam Zamawiający wymogu użycia wyłącznie nowego sprzętu w SIWZ nie zawarł. Ponadto dziwić może przyjęcie akurat kosztu (tajemnica przedsiębiorstwa). W tym sensie, pomimo odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego na pytanie jednego z wykonawców (odpowiedź na pytanie nr 148 do SIWZ), z której jasno wynika, że użytkowane sprzęty wcale nie muszą stanowić własności wykonawcy (czyli niekoniecznie należy uwzględnić w kosztach realizacji umowy koszt ich nabycia, ale można np. koszt wynajmu czy leasingu), przyjmuje takie założenie dla wykazania niedoszacowania oferty Odwołującego 8. Dowód: Odpowiedź na

pytanie nr 148 do SIWZ obowiązującej w Postępowaniu (Załącznik nr 12 do niniejszego odwołania).

W ocenie Odwołującego 8 wyliczenia wykorzystania sprzętu są też nieprawidłowe w zakresie kosztów serwisu. Zamawiający przyjmuje bowiem koszt (tajemnica przedsiębiorstwa) za miesiąc za jednostkę, powołując się rzekomo na treść Załącznika nr 20 do Wyjaśnień Odwołującego 8. Zamawiający zupełnie pomija dość istotną okoliczność, że treść Załącznika nr 20 jednoznacznie wskazuje, że szacowany koszt (tajemnica przedsiębiorstwa) zł dotyczy nie konkretnej sztuki pojazdu, a wszystkich będących przedmiotem najmu. Podobnie nie wiadomo na jakiej podstawie Zamawiający przyjął poszczególne koszty dla nabywanych sprzętów (wg wiedzy Zamawiającego minimalny koszt zakupu wynosi (...), minimalny koszt zakupu pozostałego potrzebnego osprzętu, według danych pozyskanych przez Zamawiającego to (...), koszt zużytego paliwa to (...)) — str. 15-16 Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 8). W tym sensie Zamawiający wskazując jako punkt odniesienia wartości w żaden sposób niezobiektywizowane, bez wskazania podstawy dla ich przyjęcia (a już na pewno bez uzewnętrznienia ich na etapie Postępowania), nie daje możliwości nawet realnej polemiki z tezami Zamawiającego. Tym bardziej zatem wyliczenia Zamawiającego nie mogą stanowić podstawy dla wykazania tezy o rzekomym niedoszacowaniu oferty Odwołującego 8 w zakresie kosztów sprzętowych.

#### Koszty soli drogowej

W ocenie Odwołującego 8 wyrazem subiektywnej oceny przedstawionych Zamawiającemu dowodów załączonych do Wyjaśnień Odwołującego 8 jest także jego wniosek z analizy załącznika nr 25. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego zawartym w Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 8 (str. 9 tejże) załącznik ten nie zawierał dokumentów potwierdzających zapasy soli Odwołującego 8, a historyczne faktury potwierdzające kwoty, po jakich Odwołujący 8 w przeszłości nabywał sól drogową. Zgodnie z literalną treścią przedstawionych wyjaśnień (str. 31-32 Wyjaśnień intencją Odwołującego 8 było w tym przypadku wyłącznie udokumentowanie faktu, że (tajemnica przedsiębiorstwa). W kontekście powyższego Zamawiający zauważa, że do Wyjaśnień Odwołującego 8 nie został załączony dokument potwierdzający możliwość zakupu soli po cenie (tajemnica przedsiębiorstwa). Rzeczywiście dokument taki nie został załączony do Wyjaśnień Odwołującego 8. Nie zmienia to jednak faktu, że właśnie tę cenę (tajemnica przedsiębiorstwa)) Odwołujący 8 przyjął do swoich obliczeń. Co więcej, Zamawiający posiadał (z urzędu) wiedzę, że powyższe założenie jest jak najbardziej realne, ponieważ stosowną ofertę w tym zakresie Odwołujący 8 załączył do swoich wyjaśnień dla Zamawiającego w części 1 Postępowania

(załącznik nr 25 do wyjaśnień Odwołującego 8 złożonych w części 1 Postępowania). Odnosząc powyższe do znajdujących zastosowanie przepisów Starego PZP to warto zauważyć, że skoro posiadanie przez Zamawiającego pewnych znacznie ważniejszych dokumentów (bo świadczących np. o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu) może zwalniać wykonawcę z obowiązku ich przedkładania zgodnie z art. 26 ust. 6 Starego PZP, to trudno byłoby przyjąć, że w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym Zamawiający nie mógł skorzystać z dokumentu, który był przecież w jego posiadaniu w ramach tego samego Postępowania. Dziwić może w tej sytuacji dosyć arbitralna ocena Zamawiającego, który pewne okoliczności (te niekorzystne dla Odwołującego 8) wywodzi z zestawienia wyjaśnień przedłożonych przez wykonawcę dla obu części Postępowania (np. podaje w wątpliwość możliwość zaangażowania posiadanych zasobów), ale inne nie (np. okoliczności jednoznacznie potwierdzających założenia cenowe Odwołującego 8 w zakresie zakupu soli drogowej).

Odnosząc się zaś w tym kontekście do zawartych w dalszej części Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 8 wyliczeń w zakresie niedoszacowania kosztów zakupu soli (str. 14 15 tejże) Odwołujący 8 wskazał, że obliczenia Zamawiającego są błędne i w żaden sposób nie przystają do oferty i wyjaśnień Odwołującego 8. Zamawiający dysponując różnymi dokumentami od Odwołującego 8 (tj. historycznymi fakturami dokumentującymi zakup soli w przeszłości oraz ofertą na zakup soli pozyskaną na potrzeby realizacji umowy z Zamawiającym) wykazującymi możliwości nabycia soli drogowej po różnych cenach (Załącznik nr 25 — oferty od (tajemnica przedsiębiorstwa)), przyjmuje na potrzeby obliczeń najwyższą z możliwych (a jednocześnie mającą charakter historyczny, bo odnoszącą się do zakupów realizowanych w 2019 r.), w żaden sposób tego szerzej nie argumentując. Po drugie Zamawiający pomija też dalsze okoliczności wynikające z treści Wyjaśnień, tj., że Odwołujący 8 posiada (tajemnica przedsiębiorstwa) (str. 31 Wyjaśnień Odwołującego 8) oraz że dla swoich obliczeń przyjął cenę wynikającą z oferty uzyskanej na potrzeby Postępowania w wysokości (tajemnica przedsiębiorstwa) zł netto. Tak jak wskazywano powyżej (punkt 4.77 treści uzasadnienia niniejszego odwołania), pomimo że oferta ta nie została załączona do wyjaśnień w Części 2 Postępowania, to Zamawiający posiadał wiedzę o tej ofercie (szeroko ją komentując w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 8 w części 1), a nawet jeżeli by przyjął, że tego nie wiedział, to mógł wezwać w tym zakresie Odwołującego 8 do dodatkowych wyjaśnień. Przecież zwłaszcza w tym przypadku nie doszłoby do „zastąpienia” Wyjaśnień Odwołującego 8 nowymi, a jedynie do przedstawienia dowodu (będącego zresztą już w posiadaniu Zamawiającego). Zamiast tego, Zamawiający zupełnie dowolnie przyjął dla swoich obliczeń cenę (tajemnica przedsiębiorstwa) zł netto, w dodatku kwestionując, czy cena ta zawiera w sobie koszt dowiezienia materiału na teren realizacji umowy (str. 14

Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 8). W ocenie Odwołującego 8, gdyby Zamawiający skorzystał z wiedzy, którą posiadał z urzędu (wyjaśnień przedstawionych przez Odwołującego 8 w części 1 Postępowania), to zauważyłby, że (tajemnica przedsiębiorstwa).

W ocenie Odwołującego 8 także dalsze elementy wyliczenia Zamawiającego są skrajnie niekorzystne z punktu widzenia wykonawcy. Dla swoich wyliczeń Zamawiający przyjmuje bowiem zużycie soli na poziomie 30 ton / km / sezon (str. 14 Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 8). Tym samym na cały kontrakt Zamawiający szacuje zużycie na poziomie 30 x 6 sezonów x 177 kilometrów 31.860 ton. Mówiąc bardziej obrazowo, Zamawiający przyjął, że każdego dnia zimowego utrzymania dróg (czyli 6 miesięcy w ciągu roku) cała będąca w utrzymaniu droga będzie trzykrotnie posypywana solą, niezależnie od warunków atmosferycznych występujących na drodze (założenie nierealnie pesymistyczne). W ocenie Zamawiającego taką właśnie ilość soli wykonawcy powinni przewidzieć na realizację umowy. Zdaniem Odwołującego 8, błąd pierwotny Zamawiającego w tym przypadku polega jednak na tym, że stanowiąca podstawę dla tych obliczeń ilość soli (31.860 ton) jest istotnie zawyżona w stosunku do tego, co Zamawiający ujawnił w odpowiedzi na pytanie nr 31 z 3 czerwca 2020 r. odnoszące się do Części 1 Postępowania, gdzie podał dane historyczne zużycia soli na administrowanych przez siebie drogach. Dane wskazane w przywołanej odpowiedzi na pytanie wskazywały, że w ciągu 5 ostatnich sezonów zimowych (od 2015/16 do 2019/20) średnia ilość zużytej soli dla Rejonu Dębica wynosiła 1.288 ton / 1 sezon zimowy. Dokonując niezbędnych obliczeń, tj. uwzględniając cenę za kilometr (w Rejonie Dębica długość utrzymywanych dróg wynosi 49,6 kilometrów), a także uwzględniając dwujezdniowy charakter utrzymywanej drogi, uzyskujemy wartość 12,98 tony / km / sezon.

Z kolei w swoich wyliczeniach (w których na cały kontrakt Zamawiający przeznacza 31.860 ton) Zamawiający przyjął 30 ton / km / sezon, a zatem prawie trzykrotnie więcej. Gdyby Zamawiający przyjął dane historyczne dla Rejonu Dębica (które sam przedstawił wykonawcom w toku Postępowania) w zakresie zużycia soli, a dodatkowo do obliczeń przyjął nie stawkę (tajemnica przedsiębiorstwa) zł, tylko stawkę (tajemnica przedsiębiorstwa) zł (na którą powoływał się Odwołujący 8 w treści swoich wyjaśnień), to okazałoby się, że założenia Odwołującego 8 są prawidłowe, a oferta jest w pełni doszacowana. Dowód: Odpowiedź na pytanie nr 31 do SIWZ obowiązującej w Postępowaniu z 3 czerwca 2020 r. (Załącznik nr 13 do niniejszego odwołania).

Co więcej, obliczenia Zamawiającego zupełnie pomijają wskazywaną przez Odwołującego 8 okoliczność posiadania znacznych zasobów soli: trudno założyć, że wspomniane zapasy soli posłużą wyłącznie realizacji niniejszego zamówienia i przez kolejne sezony będą

magazynowane na potrzeby tego zamówienia, zamiast zostać wykorzystane do realizacji bieżących kontraktów (str. 15 Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 8). Jednocześnie o tym, że Odwołujący 8 posiada prawie (tajemnica przedsiębiorstwa) ton soli, Zamawiający wspomina w samej Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 8 (str. 15 tejże), uznając jednak powyższą okoliczność (ponownie nie wskazując, dlaczego) za niewiarygodną. Abstrahując już od przywołanego powyżej kolejnego przykładu dowolnej oceny Wyjaśnień Odwołującego 8, warto w tym miejscu wyraźnie podkreślić, że Odwołujący 8 wykazując posiadane przez siebie zasoby (np. zasób soli) wskazał w treści swoich wyjaśnień, że jest (tajemnica przedsiębiorstwa) (str. 3, 31 Wyjaśnień Odwołującego 8).

Jednocześnie w treści wyjaśnień Odwołujący 8 wyraźnie uwiarygodnił, że posiada (tajemnica przedsiębiorstwa). W ocenie Odwołującego 8, powyższe okoliczności powinny mieć istotne znaczenie dla oceny oferty Odwołującego 8 (a już na pewno nie powinny stanowić przedmiotu zarzutu wobec oferty Odwołującego 8), ponieważ wyraźnie uwydatniają rzetelne przygotowanie wykonawcy do (tajemnica przedsiębiorstwa).

Ponadto, zdaniem Odwołującego 8, zupełnie bez znaczenia jest powoływanie się przez Zamawiającego (str. 15 Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 8) na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 4 września 2020 r. wydany w sprawach połączonych KIO 1502/20, KIO 1514/20, KIO 1534/20, z którego rzekomo wynika, że Odwołujący już kiedyś (i w innym postępowaniu) powoływał się na duże ilości soli drogowej. Wydawałoby się, że powyższe powinno raczej potwierdzać wiarygodność Odwołującego 8 (jest on konsekwentny w wykazywaniu swojej przewagi w stosunku do konkurentów). Tymczasem Zamawiający przyjmuje na tej podstawie założenie, że na pewno zgromadzona sól nie zostanie wykorzystana na kontrakcie realizowanym dla niego, co z oczywistych względów stanowi okoliczność przyszłą, niepewną i niekorzystną dla oceny Wyjaśnień Odwołującego 8.

Zdaniem Odwołującego 8 nie jest też zupełnie prawdą to, na co wskazuje Zamawiający na str. 14 Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 8, że ten nie uwzględnił w cenie kosztów transportu soli na teren realizacji umowy dla Zamawiającego. W żadnym miejscu przedstawionych wyjaśnień taka informacja nie pojawiła się. Zarówno w ofertach przedstawionych w załączeniu do Wyjaśnień Odwołującego 8, jak i w ofercie, w posiadaniu której był Zamawiający (a która stanowiła podstawę dla przyjęcia ceny za zakup 1 tony w wysokości (tajemnica przedsiębiorstwa) zł), uwzględnione zostały koszty transportu.

W świetle powyższego, w ocenie Odwołującego 8, wszelkie obliczenia Zamawiającego dotyczące rzekomego niedoszacowania kosztów soli są oparte są o skrajnie niekorzystne dla

Odwołującego 8 założenia i jako takie w ogóle nie powinny stanowić podstawy dla odrzucenia oferty tego wykonawcy.

#### Koszty wynikające z analizy zjawisk atmosferycznych

W ocenie Odwołującego 8, Zamawiający także deprecjonuje przeprowadzoną przez Odwołującego 8 analizę zjawisk atmosferycznych występujących na terenie realizacji umowy. Odnosząc się bowiem do dokumentów potwierdzających przeprowadzoną przez Odwołującego 8 analizę (załączniki 30-31 do Wyjaśnień Odwołującego 8) stwierdza, że na ich podstawie nie można szacować ceny ofertowej i należy uwzględnić ryzyko wystąpienia skrajnie niekorzystnych warunków pogodowych. Przykładem, że takie warunki - mimo zmian klimatycznych - występują jest bieżący sezon, w którym ilość opadów śniegu (i ich intensywność) przekracza istotnie średnią z lat poprzednich. Mówiąc wprost: Zamawiający odmawia wiarygodności analizie pogodowej przeprowadzonej przez Odwołującego 8 w oparciu o dane historyczne dla rejonu realizacji umowy, ponieważ w jego ocenie Odwołujący 8 nie uwzględnił skrajnie niekorzystnych warunków atmosferycznych w sezonie zimowym 2020/21, który rozpoczął się przecież już po dacie złożenia ofert w Postępowaniu.

W tym miejscu warto zaznaczyć, że dowody załączone do Wyjaśnień Odwołującego 8 miały za zadanie pokazać Zamawiającemu, że Odwołujący 8 dokonał analizy zjawisk pogodowych na terenie wykonania umowy i że wnioski z tej analizy uwzględnił w swojej cenie ofertowej. Niekorzystne zjawiska atmosferyczne z okresu zimowego 2020/21 opisywane przez Zamawiającego w żaden sposób nie podważają analizy Odwołującego 8. Tego typu okres zimowy, jak ten obecnie trwający, przypada w rejonie wykonywania umowy średnio raz na dziesięć lat (albo i rzadziej) i tak naprawdę powyższa okoliczność może co najwyżej potwierdzać jedynie to, że koszty zimowego utrzymania drogi w kolejnych sezonach (które będą już objęte świadczeniem wykonawcy wybranym w rezultacie Postępowania) będą najprawdopodobniej mniejsze, a nie większe.

#### Oferty podwykonawcze

W ocenie Odwołującego 8, Zamawiający, nie mając ku temu żadnych podstaw, kwestionuje również wszystkie oferty podwykonawcze załączone przez Odwołującego 8 do jego wyjaśnień (str. 10-11 Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 8). Oferta dotycząca zimowego utrzymania (załącznik nr 32 do Wyjaśnień Odwołującego 8) nie odpowiada Zamawiającemu, bo oferent nie wskazał, jakie dokładnie czynności wycenia i w jaki sposób, ani tym bardziej nie wykazał, że koszty ujęte przez niego są kosztami rynkowymi.

Zamawiający zupełnie pomija przy tym, że omawiana oferta wyraźnie stanowi, że (tajemnica przedsiębiorstwa). Pozostałe z kolei oferty Zamawiający sumuje (przyjmując maksymalny zakres zaangażowania podwykonawców) tylko po to, aby wykazać, że łączna cena zaangażowania podwykonawców (przy maksymalnym zakresie ich zaangażowania) daje łącznie kwotę ok. (tajemnica przedsiębiorstwa), a wartość oferty Odwołującego 8 to 81.889.604,22 zł netto. Trudno jednak ustalić, jaki wniosek ma płynąć z powyższej analizy Zamawiającego, a już na pewno nie sposób uznać powyższego jako argument potwierdzający niedoszacowanie oferty Odwołującego 8.

W ocenie Odwołującego 8, Zamawiający zupełnie pomija bowiem przy tym okoliczność, że przedstawienie przez Odwołującego 8 konkretnych ofert podwykonawczych (Załączniki nr 15, 26, 27 oraz 32) świadczy bardziej o tym, że Odwołujący 8 zweryfikował również możliwości uwzględnienia podwykonawców na potrzeby realizacji zamówienia dla konkretnych (wskazanych w ofertach) zakresów prac. Stanowi to kolejny argument potwierdzający rzetelność przy dokonanej wycenie świadczenia dla Zamawiającego.

W kontekście zaangażowania przez Odwołującego 8 podwykonawców zupełnie bezpodstawne jest twierdzenie Zamawiającego, jakoby oferta przedłożona przez Odwołującego 8 w zakresie kosztów związanych z remontem oznakowania poziomego grubowarstwowego i taśm układanych na gorąco była niewiarygodna (str. 19 Decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 8). W tym kontekście warto podkreślić, że Zamawiający w żaden sposób nie doprecyzował w tym zakresie treści swojego wezwania. Oferta ta została załączona jako dodatkowy element uwiarygadniający wycenę Odwołującego 8. Wyciąganie jakichkolwiek wniosków na podstawie tego, że cena zaoferowana przez podwykonawcę na rzecz Odwołującego 8 jest korzystniejsza niż ceny, z którymi dotychczas spotykał się Zamawiający, jest zupełnie bezpodstawne. Dość też wspomnieć, że omawiany podwykonawca (tajemnica przedsiębiorstwa). Co jednak najważniejsze to fakt, że jeżeli rzeczywiście Zamawiający miał w tym przypadku wątpliwości (nie mógł samodzielnie ustalić, dlaczego oferta podwykonawcy jest taka korzystna), to wystarczyło ponowić wezwanie do Odwołującego 8 i zapytać o tę kwestię, a nie przyjmować arbitralnie, że oferta podwykonawcy jest niewiarygodna, a cena Odwołującego 8 w tym zakresie niedoszacowana.

***Izba ustaliła co następuje:***

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z podziałem na dwie części. Część 1 zamówienia dotyczy wykonania w latach 2020-2026



całorocznego utrzymania na odcinku autostrady A4 od km 502 + 626 do km 552 + 229 o łącznej długości 49,603 km administrowanym przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie - Rejon w Rzeszowie Obwód Utrzymania Autostrady Dębica. W zakres robót i usług przewidywanych do wykonania w ramach całorocznego bieżącego (letniego i zimowego) utrzymania dróg krajowych wchodzi następujące asortymenty: (i) bieżące utrzymanie dróg („BUD”), (ii) bieżące utrzymanie obiektów inżynierskich („BUM”), (iii) zimowe utrzymanie dróg („ZUD”). Przedmiot zamówienia został szczegółowo opisany w SIWZ Tom III Opis Przedmiotu Zamówienia.

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 14.5 SIWZ wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia zobowiązany był złożyć dla części 1 Postępowania trzy formularze cenowe, tj.:

Formularz 2.1 - Formularz cenowy - zestawienie zbiorcze;

Formularz 2.1.a - Formularz cenowy - utrzymanie rutynowe (BUD, ZUD i BUM), oraz

Formularz 2.1,b - utrzymanie strukturalne (BUM, BUD).

Izba ustaliła, że zgodnie z treścią postanowień ppkt 5 Rozdziału B.I pkt 5 OPZ („Ustalenia ekonomiczne”) zarówno wartość za utrzymanie elementu w całym okresie trwania umowy (związana z wykonywaniem robót o charakterze rutynowym) jak i ofertowe ceny jednostkowe (związane z wykonywaniem robót o charakterze strukturalnym) muszą uwzględniać wszystkie koszty związane z wykonaniem poszczególnych rodzajów robót, w zakresie określonym w niniejszym OPZ, w specyfikacjach technicznych oraz wszelkie koszty pośrednie, w tym w szczególności koszty ogólne, koszty pośrednie, zysk kalkulacyjny i ryzyko oraz wszystkie inne koszty niezbędne do realizacji przedmiotu umowy.

Izba ustaliła, że Zamawiający opisał szczegółowo sposób wynagrodzenia wykonawcy za realizację zamówienia w punktach 10, 11, 12 i 15 SIWZ. Na podstawie tych postanowień, Izba ustaliła, że wynagrodzenie wykonawcy składało się z dwóch elementów:, tj.: wynagrodzenia ryczałtowego, płatnego miesięcznie, którego podstawą ustalenia był formularz 2.1.a dotyczący utrzymania rutynowego. Usługi objęte utrzymaniem rutynowym stanowiły:

- czynności powtarzające się, które w toku realizacji umowy wykonawca zobowiązany był wykonywać cyklicznie z uwagi na powtarzającą się potrzebę ich realizacji, np. remonty nawierzchni dróg, zieleń, utrzymanie czystości, bieżące utrzymanie czystości obiektów mostowych, roboty konserwacyjne, oraz

- czynności wynikające ze zdarzeń, których intensywność czy natężenie wystąpienia wynika z okoliczności przyszłych i niepewnych, np. zimowe utrzymanie dróg, skutki zdarzeń drogowych (wypadków) - naprawa barier czy znaków po wypadkach, likwidacja skutków wichur, likwidacja skutków wandalizmu.

Drugim elementem wynagrodzenia wykonawcy były płatności za utrzymanie strukturalne. W tym przypadku wynagrodzenie miało charakter kosztorysowy (ustalone na podstawie obmiaru zleconych, wykonanych i odebranych robót lub usług). Utrzymanie strukturalne obejmowało czynności, których potrzeba realizacji może zaistnieć w toku realizacji umowy, najczęściej w związku z pogorszeniem się parametrów utrzymywanych dróg, np. remonty cząstkowe, wykonanie umocnienia skarp, likwidacja spękań, uzupełnianie poboczy kruszywem, wyrównanie uskoków, naprawa uszkodzonych elementów systemu odwodnienia.

Izba ustaliła, że w pkt 2.7, ppkt Zamawiający określił wymagania co do „Personelu Wykonawcy”. Zamawiający wskazał:

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.

- 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 bądź jego Zastępcą (Kierownikiem Zespołu Technicznego),
  - Specjalistą ds. utrzymania dróg i mostów,
  - TID i TIM,
  - Kierownikiem Służby Liniowej,
  - Drogomistrzem,
  - Kontrolerem Technicznym/Starszym Kontrolerem Technicznym.
- Każdorazowo przed przystąpieniem do wykonywania prac Kierownik Utrzymania zobowiązany jest zwrócić się do KSI- 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

święteczne i wolne od pracy. W przypadku, gdy warunek ten nie będzie mógł być spełniony (np. z powodu urlopu, choroby, dwuzmianowego czasu pracy itp.) Wykonawca wskaże Zamawiającemu osobę zastępującą Kierownika Utrzymania. Osoba zastępująca Kierownika Utrzymania powinna spełniać wszelkie wymagania dot. Kierownika Utrzymania.

c) Dyżurnych Zimowego Utrzymania Dróg na Obwodzie Utrzymania i w Rejonie:

- w liczbie gwarantującej w sytuacjach tego wymagających pełnienie w okresie zimowym dyżurów 24 godzinnych na każdym OU , jednak nie mniej niż 4 osoby na jeden OU w okresie od 15 października do 15 kwietnia każdego roku, w którym wykonywane jest Zimowe Utrzymanie Dróg.
- w liczbie gwarantującej pełnienie w okresie zimowym dyżurów poza godzinami pracy Rejonu dyżurów dyżurnego ZUD Rejonu , 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 — min. 1 osoba na 1 Obwód Drogowy,
- Członka Brygady Patrolowej - min. 1 osoba na 1 Obwód Drogowy, w składzie dostosowanym do zakresu wykonywanych prac, jednak nie mniejszym niż 2-osobowy (lider + członek brygady patrolowej).

Wykonawca wyznaczy Majstrów oddzielnie dla każdego Obwodu Drogowego.

Majster musi być wyposażony w telefon komórkowy. Wszyscy pracownicy brygad patrolowych powinni być wyposażeni w indywidualne środki ochrony osobistej.

d) Operatorów nośników ZUD — w ilości gwarantującej jednoczesną pracę wszystkich nośników, plus operatorów rezerwowych (obsada co najmniej dwuzmianowa).

e) Osoba kierująca pracami związanymi z utrzymaniem obiektów inżynierskich w liczbie 1 osoba sprawująca nadzór nad wszystkim robotami utrzymaniowymi związanymi z utrzymaniem obiektów inżynierskich wykonywanymi w ramach Umowy.

Osoba kierująca pracami związanymi z utrzymaniem obiektów inżynierskich zobowiązana jest do nadzoru nad robotami utrzymaniowymi obiektów inżynierskich, realizowanymi pracownikami Wykonawcy oraz do współpracy ze służbami Zamawiającego.

Po zawarciu Umowy, a nie później niż przed dniem protokolarnego przekazania Dróg w utrzymanie Osoba kierująca pracami związanymi z utrzymaniem obiektów inżynierskich zobowiązana jest przedstawić Zamawiającemu kopie posiadanych uprawnień budowlanych przedłożonych w Ofercie Wykonawcy i dokumenty potwierdzające jej przynależność do Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa.

f) Kierownik branży elektrycznej.

Wszystkie koszty związane z posiadaniem przez Osoby kierujące określonymi grupami prac wymagającymi posiadanie stosownych uprawnień i przynależności do Izb branżowych ponosi Wykonawca.

W każdym roku obowiązań Umowy Osoby kierujące określonymi grupami prac wymagającymi posiadanie stosownych uprawnień i przynależności do Izb branżowych zobowiązane są do przedkładania Zamawiającemu zaświadczenia o tej przynależności bez wezwania, co najmniej na 7 dni przed upływem okresu na jaki ważne było zaświadczenie poprzednie. Niespełnienie powyższych warunków skutkować będzie naliczeniem punktów karnych będących podstawą do naliczenia kar.

Wymagania w zakresie pojazdów i sprzętu:

1) Pojazdy patrolowe:

- Min. ilość pojazdów, parametry i wyposażenie — zgodnie z wymaganiami Załącznika nr 26 / 27;
- Rodzaj pojazdu — samochód osobowo-towarowy z miejscami siedzącymi dla kierowcy i zespołu patrolującego oraz przedziałem bagażowo-towarowym o pojemności min. 700 dm<sup>3</sup> wyposażony w zespoloną lampę sygnalizacyjną (belkę świetlną) na dachu kabiny oraz z tyłu pojazdu tablicę U-26;
- Stan techniczny — bez zastrzeżeń, karoseria pozbawiona śladów korozji i wgnieceń,
- Kolor pojazdu — pomarańczowy, żółty lub biały, jednolity, jednakowy dla całej floty podczas trwania umowy.
- Wiek: wymaga się by żaden z pojazdów patrolowych biorący udział w realizacji robót utrzymaniowych w danej Części zamówienia, nie był starszy niż 7 lat w całym okresie trwania Umowy.
- Wyposażenie dodatkowe: oznaczenia symbolem i opisem „SŁUŻBA DROGOWA” wraz z oznaczeniami ostrzegawczymi, zestaw podstawowych narzędzi i sprzętu

drobnego niezbędnego do wykonywania drobnych prac naprawczych, radio CB, telefon komórkowy z zestawem głośnomówiącym, przyczepka sygnalizacyjna (oddzielnie dla każdego pojazdu) wyposażona w mobilny system VMS (z możliwością wyświetlania znaków zmiennej treści i informacji tekstowych), urządzenia obrazujące bieżącą lokalizację pojazdu (GPS) wraz z urządzeniem monitorującym przebieg przejazdu, tj. videorejestrator o parametrach umożliwiającym rejestrację przejazdu w warunkach dziennych jak i nocnych, z określeniem daty i godziny przejazdu. Obowiązkiem Wykonawcy jest przechowywanie nagrań wszystkich wykonanych przez siebie objazdów/patrolu dróg w okresie 30 dni roboczych od dnia dokonania przejazdu i udostępnianie ich na wezwanie Zamawiającego.

Przedmiotowy pojazd nie może być solarką lub pługiem, ma to być pojazd osobowo-towarowy oznakowany jako pojazd patrolu drogowego. Pojazdy i wyposażenie oraz mobilne znaki o zmiennej treści Wykonawca powinien przygotować przed fizycznym rozpoczęciem robót utrzymaniowych.

Brak sprawnych mobilnych (przewoźnych) znaków o zmiennej treści (mobilny system VMS) spełniających wymagania określone w załączniku 26 skutkować będzie naliczeniem punktów karnych będących podstawą do naliczenia kar.

## 2) Pojazd patrolowo-kontrolny:

- Min. ilość pojazdów, parametry i wyposażenie — zgodnie z wymaganiami Załącznika nr 26 / 27;
- Rodzaj pojazdu samochód osobowo-towarowo-terenowy z miejscami siedzącymi dla kierowcy i zespołu kontrolującego składającego się z przedstawicieli Zamawiającego i Wykonawcy (min. 5 osobowy) oraz przedziałem bagażowo-towarowym o pojemności min. 500 dm<sup>3</sup> wyposażony w zespoloną lampę sygnalizacyjną (belkę świetlną) na dachu kabiny, o właściwościach terenowych umożliwiających poruszanie się w trudnym terenie, po nieutwardzonych terenach pasa drogowego, pasie technologicznym autostrady, po drogach serwisowych, dojazdowych, na terenie prowadzonych remontów/ przebudów dróg itp. (napęd prześwit min. 20cm, klimatyzacja, termometr zewnętrzny).
- Stan techniczny — bez zastrzeżeń, karoseria pozbawiona śladów korozji i wgnieceń,
- Kolor pojazdu — pomarańczowy, żółty lub biały, jednolity, jednakowy dla całej floty podczas trwania umowy.

- Wiek: wymaga się by żaden z pojazdów patrolowo-kontrolnych biorący udział w realizacji robót utrzymaniowych w danej Części zamówienia, nie był starszy niż 7 lat w całym okresie trwania Umowy.
- Wyposażenie dodatkowe: oznaczenia symbolem i opisem „SŁUŻBA DROGOWA” wraz z oznaczeniami ostrzegawczymi, zestaw podstawowych narzędzi i sprzętu drobnego niezbędnego do wykonywania drobnych prac naprawczych, radio CB, telefon komórkowy z zestawem głośnomówiącym, urządzenia obrazujące bieżącą lokalizację pojazdu (GPS) wraz z urządzeniem monitorującym przebieg przejazdu, tj. video-rejestrator o parametrach umożliwiających rejestrację przejazdu w warunkach dziennych jak i nocnych, z określeniem daty i godziny przejazdu. Obowiązkiem Wykonawcy jest przechowywanie nagrań wszystkich wykonanych przez siebie objazdów/patroli dróg w okresie 30 dni roboczych od dnia dokonania przejazdu i udostępnianie ich na wezwanie Zamawiającego.
- pojazd przeznaczony do dyspozycji Przedstawicieli Zamawiającego do wykonywania patroli, objazdów, kontroli oraz wizji terenowych poza okresem wykorzystywania pojazdu przez Zamawiającego Wykonawca może po uzyskaniu zgody KSI-dysponować nim we własnym zakresie np. realizować patrole dróg serwisowych i dojazdowych o utrudnionym dojeździe. Pojazd powinien być sprawny i gotowy do wykonywania czynności przez Przedstawicieli Zamawiającego w całym okresie realizacji umowy. Wszelkie koszty eksploatacji (ubezpieczenie OC i AC, przeglądy, serwisowanie, paliwo, utrzymanie czystości itp.) leżą po stronie Wykonawcy.

Przedmiotowy pojazd nie może być solarką lub pługiem, ma to być pojazd osobowo-towarowo-terenowy oznakowany jako pojazd patrolu drogowego.

### 3) Pojazdy dostawcze:

- Min. ilość pojazdów, parametry i wyposażenie — zgodnie z wymaganiami
- Załącznika nr 26 / 27
- Rodzaj pojazdu — samochód dostawczy o ładowności 1,0 — 3,5 Mg wyposażony w hak holowniczy, zespoloną lampę sygnalizacyjną (belkę świetlną) na dachu kabiny oraz z tyłu pojazdu tablicę U-26.
- Samochód wyposażony w kompatybilny system GPS.
- Stan techniczny — bez zastrzeżeń, karoseria pozbawiona śladów korozji i wgnieceń,
- Kolor pojazdu — pomarańczowy, żółty lub biały, jednolity, jednakowy dla całej floty podczas trwania umowy

- Wiek: wymaga się by żaden z pojazdów dostawczych biorący udział w realizacji robót utrzymaniowych w danej Części zamówienia, nie był starszy niż 7 lat w całym okresie trwania Umowy.
- Wyposażenie dodatkowe: oznaczenia symbolem i opisem „SŁUŻBA DROGOWA” wraz z oznaczeniami ostrzegawczymi w standardzie określonym w projekcie czasowej organizacji ruchu, zestaw podstawowych narzędzi i sprzętu drobnego niezbędnego do wykonywania drobnych prac naprawczych, radio CB, telefon komórkowy z zestawem głośnomówiącym, urządzenia obrazujące bieżącą lokalizację pojazdu (GPS), przyczepka sygnalizacyjna (oddzielnie dla każdego pojazdu) wyposażona w mobilny system VMS (z możliwością wyświetlania znaków zmiennej treści Informacji tekstowych).
- Kompletnie wyposażone pojazdy patrolowe i dostawcze Wykonawca powinien zabezpieczyć przed fizycznym rozpoczęciem realizacji umowy jednak nie później niż do 01.09.2020 r.

#### 4) Nośniki sprzętu ZUD:

- Minimalna ilość nośników (pojazdów), parametry i wyposażenie — zgodnie z wymaganiami wg Załącznika nr 26 / 27
- Stan techniczny — bez zastrzeżeń, karoseria pozbawiona śladów korozji i wgnieceń,
- Kolor — nie określa się, zaleca się, aby wszystkie pojazdy były tego samego koloru, zalecane kolory: pomarańczowy, żółty lub biały,
- Wiek: wymaga się by żaden z pojazdów (nośniki ZUD) biorący udział w realizacji robót utrzymaniowych w danej Części zamówienia, nie był starszy niż 10 lat w każdym roku trwania Umowy,
- Wyposażenie dodatkowe: oznaczenia „SŁUŻBA DROGOWA”, belka sygnalizacyjna, zestaw podstawowych narzędzi, radio CB, telefon komórkowy z zestawem głośnomówiącym, czujniki systemu GPS.
- Czujniki rejestrujące charakterystykę pracy sprzętu ZUD w tym w szczególności tryb pracy, czas pracy, ilość wysypanego materiału, lokalizację nośnika w odniesieniu do konkretnego układu sieci drogowej.
- Uwaga: wszystkie nośniki sprzętu ZUD muszą spełniać normę emisji spalin min. EURO 4.

#### 5) Sprzęt ZUD (solarki, pługi):

- Minimalna ilość sprzętu, parametry i wyposażenie — wg Załącznika nr 26 / 27.

- Stan techniczny — bez zastrzeżeń, elementy składowe sprzętu pozbawione śladów korozji i wgnieceń, pomalowane jednorodnie, bez śladów miejscowych napraw malarskich,
- Kolor — nie określa się, zaleca się, aby wszystkie pojazdy były tego samego koloru, zalecane kolory: pomarańczowy, żółty lub biały.
- Wiek: wymaga się by żaden ze sprzętów ZUD (solarki, pługi) biorący udział w realizacji robót utrzymaniowych w danej Części zamówienia, nie był starszy niż 7 lat w całym okresie trwania Umowy.
- Wyposażenie dodatkowe: oznaczenia „SŁUŻBA DROGOWA”, lampy ostrzegawcze sygnalizacyjne.
- Kompletnie wyposażone nośniki i sprzęt ZUD Wykonawca winien zabezpieczyć w n/w ilościach i terminach:
  - w terminie do 1 października 20% ilości określonej w Załączniku nr 26 / 27
  - w terminie do 20 października 50% ilości określonej w Załączniku nr 26/ 27
  - w terminie do 10 listopada 100% ilości określonej w Załączniku nr 26/ 27
  - Spełnienie wymagań, o których mowa w pkt 1-5 zostanie sprawdzone poprzez komisyjny przegląd floty zabezpieczonej przez Wykonawcę na potrzeby realizacji zadania.

6) Poza pojazdami i sprzętem wymienionymi powyżej Wykonawca zabezpieczy w miarę potrzeb dodatkowy, inny sprzęt niezbędny dla realizacji przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności:

- sprzęt specjalistyczny niezbędny do wykonania prac remontowoutrymaniowych na drodze, urządzenia pomocnicze tj. podnośniki koszowe, zwyżki, rusztowania, pomosty robocze, środki pływające, itp. umożliwiające realizację prac utrzymaniowo konserwacyjno-remontowych oraz czynności kontrolnych na obiektach inżynierskich, zestaw elementów zabezpieczających oraz znaków drogowych w standardzie określonym projektem czasowej organizacji ruchu.
- na drogach klasy A i S, poduszki zderzeniowe montowane na samochodzie ciężarowym oraz przyczepki zderzeniowe.
- 

Izba ustaliła, że dla części 1 Postępowania oferty złożyło 6 wykonawców, z następującymi cenami:

Lp.	Wykonawca	Zaoferowana cena brutto
-----	-----------	-------------------------



1.	3. B. K. wspólnik ReDrog S.C. B. K. & W. K. 4. W. K. wspólnik ReDrog S.C. B. K. & W. K.	68.365.346,18 PLN
2.	FBSerwis S.A.	70.724.615,33 PLN
3.	Eurovia Polska S.A.	75.998.710,62 PLN
4.	AVR S.A.	77.335,534,09 PLN
5.	Wykonawca K.	79.948.465,91 PLN
6.	3. Autostrada Mazowiecka Sp. z o.o. 4. Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A.	105.896.037,49 PLN
	Kwota jaką Zamawiający zamierzają przeznaczyć na realizację zamówienia	113.598.486,16 PLN
	Średnia arytmetyczna złożonych ofert	79.711.451,60 PLN

Izba ustaliła, że w dniu 30 lipca 2020 r. w toku badania i oceny ofert Zamawiający działając w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 1a pkt 1 i pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wezwał Odwołującego 3, Odwołującego 4, Odwołującego 6 oraz Odwołującego 7 do złożenia wyjaśnień. Zamawiający wskazał, że:

Odwołujący 3 - cena całkowita oferty wykonawcy wynosi 68 365 346,18 zł brutto, co w porównaniu z wartością zamówienia powiększoną o należny podatek od towarów i usług, ustaloną przed wszczęciem postępowania wynoszącą 112 847 337,04 zł brutto wskazuje, że cena całkowita oferty Wykonawcy jest niższa o 39,42 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania. Zamawiający odniósł również cenę całkowitą oferty Wykonawcy do wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, która wynosi 113 598 486,16 zł brutto, co wskazuje, że cena całkowita oferty Wykonawcy jest niższa o 39,82 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania. Zamawiający ustalił, że cena wykonawcy jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia

powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania oraz od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt 1) i pkt 2) w związku z art. 90 ust. 1 i w związku z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SIWZ, zwraca się o udzielenie wyczerpujących wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny. Zamawiający będzie brał pod uwagę obiektywne czynniki, a w szczególności w zakresie: (i) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę; (ii) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów; (iii) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; (iv) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska; (v) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Ponadto Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia mają zawierać informacje czy przedmiot zamówienia został wyceniony zgodnie z SIWZ oraz potwierdzenie, że zaproponowana w ofercie cena jest realna. Ocena wyjaśnień dokonywana przez Zamawiającego ma na celu ustalenie, czy cena skalkulowana była rzetelnie i czy w związku z tym Wykonawca będzie w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie. Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności wyjaśnienia kwestii ujęcia w cenie oferty wszystkich kosztów towarzyszących wykonywaniu przedmiotu zamówienia, wraz z podaniem ich wartości. W celu udowodnienia, że zaoferowana przez wykonawcę cena jest realna, Zamawiający prosi o wyjaśnienie kwestii ujęcia w cenie oferty wszystkich kosztów towarzyszących wykonywaniu przedmiotu zamówienia, w rozbiciu na poszczególne pozycje formularzy cenowych 2.1, 2.1.a, 2.1.b, z wyszczególnieniem kosztów robocizny, sprzętu i materiałów, kosztów pośrednich, zysku i innych kosztów mających wpływ na wycenę poszczególnych pozycji. Przedmiotowe koszty należy wyszczególnić z odpowiednim przyporządkowaniem do poszczególnych pozycji w załączonych do niniejszego wezwania formularzach cenowych 2.1.1, 2.1.1.a, 2.1.1.b. Zamawiający prosi również o przedstawienie przez wykonawcę, odnośnie do każdej pozycji załączonych formularzy 2.1.1, 2.1.1.a, 2.1.1.b

opisu, jakie zakresy i jakie działania założył Wykonawca w ramach realizacji danej pozycji. Wyjaśnienia/opis działań i innych okoliczności związanych z realizacją tychże pozycji zawrzeć należy w sposób zwięzły i konkretny w części opisowej wyjaśnień. W części opisowej dla każdej pozycji załączonych formularzy Zamawiający prosi również o jednoznacznie wskazanie, czy wszystkie koszty dotyczące danej pozycji zostały ujęte w cenie przypisanej tej pozycji. W przypadku, gdy zostały one przeniesione, należy wskazać pozycje, w których dane koszty zostały ujęte oraz wysokość kwoty, która została do danej pozycji przeniesiona. Zamawiający prosi o szczegółowe wyjaśnienie jakie obiektywne czynniki spowodowały obniżenie ceny oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena została obniżona, jednocześnie wykonawca powinien wykazać jakie indywidualne możliwości i okoliczności, dostępne i właściwe tylko dla wykonawcy przy realizacji tego zamówienia, umożliwiły obniżenie ceny oferty. Przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami muszą być merytoryczne, a wykonawca musi dostarczyć wystarczający materiał do sformułowania przez Zamawiającego oceny zaoferowanej w ofercie kwoty, za którą wykonawca ma zamiar wykonać przedmiot zamówienia. Wyjaśnienia mają być jednoznaczne i precyzyjne wraz z dowodami dotyczącymi w kwestiach wskazanych piśmie ale także innych, które uzna wykonawca za istotne, na temat sposobu obliczenia ceny zamówienia, a których Zamawiający nie wymienił powyżej m.in. zaangażowanie osobowe, rzeczowe, sprzętowe i finansowe i związane z tym niezbędne do poniesienia koszty a także zakładany poziom zysku.

Odwołujący 4 – cena całkowita oferty wykonawcy wynosi 75 998 710,62 zł brutto, co w porównaniu z wartością zamówienia powiększoną o należny podatek od towarów i usług, ustaloną przed wszczęciem postępowania wynoszącą 112 847 337,04 zł brutto wskazuje, że cena całkowita oferty wykonawcy jest niższa o 32,65 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania. Zamawiający odniósł również cenę całkowitą oferty wykonawcy do wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, która wynosi 113 598 486,16 zł brutto, co wskazuje, że cena całkowita oferty wykonawcy jest niższa o 33,10 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania. Treść wezwania pokrywała się z treścią wezwania wystosowaną do Odwołującego 3.

Odwołujący 6 - cena całkowita oferty wykonawcy wynosi 77 335 534,09 zł brutto, co w porównaniu z wartością zamówienia powiększoną o należny podatek od towarów i usług, ustaloną przed wszczęciem postępowania wynoszącą 112 847 337,04 zł brutto wskazuje, że

cena całkowita oferty wykonawcy jest niższa o 31,47 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania. Zamawiający odniósł również cenę całkowitą oferty wykonawcy do wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, która wynosi 113 598 486,16 zł brutto, co wskazuje, że cena całkowita oferty wykonawcy jest niższa o 31,92 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania. Treść wezwania pokrywała się z treścią wezwania wystosowaną do Odwołującego 3.

Odwołujący 7 - cena całkowita oferty wykonawcy wynosi 70 724 615,33 zł brutto, co w porównaniu z wartością zamówienia powiększoną o należny podatek od towarów i usług, ustaloną przed wszczęciem postępowania wynoszącą 112 847 337,04 zł brutto wskazuje, że cena całkowita oferty wykonawcy jest niższa o 37,33 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania. Zamawiający odniósł również cenę całkowitą oferty wykonawcy do wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, która wynosi 113 598 486,16 zł brutto, co wskazuje, że cena całkowita oferty wykonawcy jest niższa o 37,74 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania. Treść wezwania pokrywała się z treścią wezwania wystosowaną do Odwołującego 3.

Izba ustaliła, że cena oferty wykonawcy L. K. była o 29,6% niższa od szacunkowej wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego.

Izba ustaliła, że ostateczny termin na składanie wyjaśnień został przedłużony do 16 października 2020 r. Izba ustaliła, że wszyscy w powyższych wykonawców złożyli wymagane wyjaśnienia. Odwołujący 3, Odwołujący 4 (w określonych fragmentach wyjaśnień), Odwołujący 7 i Odwołujący 8 zastrzegli treść wyjaśnień jako tajemnica przedsiębiorstwa. Pismem z dnia 25 lutego 2021 r. Zamawiający poinformował powyższych wykonawców o odtajnieniu treści wyjaśnień, z wyłączeniem firm i danych pozwalających na identyfikowanie kontrahentów wykonawców, zawartych w wyjaśnieniach i złączonych dowodach.

Izba ustaliła, że w dniu 1 marca 2021 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania przetargowego. W części 1 zamówienia na najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy L. K.. Zamawiający odrzucił oferty wykonawców Odwołującego 3 na

podstawie art. 89. ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp w związku z art. 90. ust. 2 i art. 90. ust. 3 ustawy Pzp, tj. Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy jeżeli zawiera rażąco niską cenę, tj. ofertę Wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, tj. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w związku z przepisami Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r., ofertę Odwołującego 4 na podstawie art. 89. ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp w związku z art. 90. ust. 2 i art. 90. ust. 3 ustawy Pzp, tj. Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy jeżeli zawiera rażąco niską cenę, tj. ofertę Wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, tj. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofertę Odwołującego 6 na podstawie art. 89. ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp w związku z art. 90. ust. 2 i art. 90. ust. 3 ustawy Pzp, tj. Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy jeżeli zawiera rażąco niską cenę, tj. ofertę Wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, tj. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w związku z przepisami Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r., ofertę Odwołującego 7 na podstawie art. 89. ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp w związku z art. 90. ust. 2 i art. 90. ust. 3 ustawy Pzp, tj. Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy jeżeli zawiera rażąco niską cenę, tj. ofertę Wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, tj. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w związku z przepisami Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r.

W zakresie części 2 zamówienia, Izba, że przedmiotem zamówienia w zakresie części 2 jest wykonanie w latach 2020 — 2026 całorocznego utrzymania na drogach zarządzanych przez

rejon w Krośnie, tj. na odc. DK nr 19 Kuźnica— Barwinek od km 200+952 do km 285+633 0 długości 84,681 km, na odc. DK nr 28, 28c Zator— Medyka od km 191+649 do km 259+833 0 długości 56,302 km, na odc. nr 73, 73a, 73b Wiśniówka—Jasło od km 133+518 do km 168+420 0 długości 35,941 km, o łącznej długości 176,924 km.

W zakres robót i usług przewidywanych do wykonania w ramach całorocznego bieżącego (letniego i zimowego) utrzymania dróg krajowych wchodzi następujące asortymenty: (i) bieżące utrzymanie dróg („BUD”), (ii) bieżące utrzymanie obiektów inżynierskich („BUM”), (iii) zimowe utrzymanie dróg („ZUD”).

Przedmiot zamówienia został szczegółowo opisany w SIWZ Tom III Opis Przedmiotu Zamówienia Dowód: Ogłoszenie o zamówieniu (w aktach Postępowania), SIWZ — Tom I Instrukcja dla Wykonawców (w aktach Postępowania), SIWZ — Tom III Opis przedmiotu zamówienia (w aktach Postępowania).

Zgodnie ze znajdującymi zastosowanie postanowieniami SIWZ wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia zobowiązany był złożyć dla części 2 Postępowania trzy formularze cenowe, tj.:

2.6.1 Formularz 2.1 — Formularz cenowy — zestawienie zbiorcze,

2.6.2 Formularz 2.1.a — Formularz cenowy — utrzymanie rutynowe (BUD, ZUD i BUM),  
oraz

2.6.3 Formularz 2.1.b — utrzymanie strukturalne (BUM, BUD).

Wynagrodzenie wykonawcy zostało ukształtowane na takich samych zasadach jak wynagrodzenie w 1 części zamówienia.

Izba ustaliła, że zgodnie z postanowieniami OPZ Zamawiający zakresem zamówienia objął trzy Obwody Utrzymania:

- 1) „Obwody Drogowe planowane do przekazania Wykonawcy pełniące funkcję Obwodów Utrzymania:
- 2) Obwód Drogowy w Krośnie Baza Materiałowa w Rymanowie  
Ul. Dworska 23 , 38-480 Rymanów  
Obwód Drogowy w Jasle  
Ul. Niegłowska 6a, 38-200 Jasło
- 3) Obwód Drogowy w Krośnie  
Ul. Rzeszowska 70, 38-400 Krosno”

Zamawiający wskazał, że wykonawca musi zapewnić:

#### 1 Kierownika Utrzymania

Dyżurnych Zimowego Utrzymania --w okresie od 15 października do 15 kwietnia każdego roku nie mniej niż po 4 osoby dla OU w Jaśle, Krośnie i Rymanowie oraz nie mniej niż 4 osoby dla Rejonu w Krośnie (w okresie od 15 października do 30 kwietnia — zgodnie z OPZ str. 180);

Pracowników Brygad Patrolowych — nie mniej niż 2 osoby na brygadę

Operatorów nośników ZUD — w ilości gwarantującej pracę wszystkich nośników, plus operatorów rezerwowych, obsada co najmniej dwuzmianowa (zgodnie z OPZ str. 37, ilość wymaganych nośników zgodnie z załącznikiem 26 do OPZ):

18 pługosolarek (solarka + pług +nośnik)

1 pług wirnikowy (wirnik odśnieżny samojezdny)

2 Ładowarki lub koparko - ładowarki samojezdne

Równiarka samojezdna do pracy z pługiem

8 Mikrociągników z pługiem do odśnieżania chodników,

Pojazd patrolowy dla każdego Dyżurnego ZUD, dla każdego obwodu oddzielnie.

Ostateczny termin składania ofert dla części 2 Postępowania upływał w dniu 8 lipca 2020 r. We wskazanym terminie swoje oferty w Postępowaniu dla części 2 złożyło 4 wykonawców. Zestawienie złożonych ofert w kolejności od najniższej zaoferowanej ceny do najwyższej (wraz z informacją na temat kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia oraz średnią arytmetyczną złożonych ofert):

- 1) Odwołujący 8 - cena: 100.724.213,19 zł;
- 2) L. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą FIRMA USŁUGOWOHANDLOWO-PRODUKCYJNA - cena: 104.750.600,75 zł
- 3) TURBO sp. z o.o. - cena: 112.437.562,86 zł;
- 4) Autostrada Mazowiecka Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A. – cena: 133.603.890,34 zł

Kwota jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia to kwota 126.059.420,45 zł. Średnia arytmetyczna złożonych ofert to 112 879 066,79 zł

Izba ustaliła, że w dniu 18 grudnia 2020 r. Zamawiający działając w trybie art. 87 ust. 1 Starego PZP oraz art. 90 ust. 1 Starego PZP wezwał Odwołującego 8 do przedstawienia

wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Zamawiający wskazał, że powziął wątpliwości co zaoferowanej przez Odwołującego 8 ceny. Izba ustaliła, że cena oferty Odwołującego 8 nie kwalifikowała się do badania w trybie art. 90 ust. 1a ustawy Pzp. Izba ustaliła, że w treści wezwania Zamawiający wskazał, że jego wątpliwości zaistniały w zakresie zarówno zaoferowanej ceny, jak i istotnych części składowych, w tym w szczególności:

2.13.1 poz. 2 „Zimowe Utrzymanie Dróg - odśnieżanie i zwalczanie śliskości jezdni, utwardzonych poboczy i parkingów wraz z koordynacją działań (jezdnie zasadnicze + pasy awaryjne + łącznice + pasy łączy i wyłączeń + przejazdy awaryjne + jezdnie na OUA, MOP, SPO+ drogi poprzeczne)",

2.13.2 poz. 1 - „Utrzymanie czystości oraz estetyki na odcinkach dróg przebiegających przez miasta i tereny o miejskim charakterze zabudowy",

2.13.3 poz. 2 „Utrzymanie stałej czystości pasa drogowego na odcinku drogi objętym zakresem terenu przejścia granicznego",

2.13.4 poz. 3 „Utrzymanie czystości oraz estetyki na pozostałych odcinkach dróg w szczególności zbieranie zanieczyszczeń organicznych i nieorganicznych z pasa drogowego drogi krajowej wraz z utylizacją".

Wskazane powyżej pozycje były, w ocenie Zamawiającego, wycenione na poziomie istotnie niższym niż ustalone przez Zamawiającego w szacunkowych kalkulacjach wartości zamówienia i w ofertach pozostałych wykonawców. Zamawiający wskazał, że jego intencją jest w szczególności uzyskanie wyjaśnień w zakresie pozycji odnoszącej się do zimowego utrzymania dróg ze względu na konieczność zapewnienia bezpieczeństwa użytkownikom drogi. Zamawiający wskazał: Podejmując działania związane z ZUD na ciągach dróg krajowych objętych przedmiotem zamówienia uwzględnić należy m.in. warunki ukształtowanie terenu, zróżnicowania występujących warunków atmosferycznych na całej sieci dróg, obfite i intensywne opady śniegu, a ostatnimi czasy częste występowanie marzących opadów deszczu, nanoszenie śniegu przez wiatr i zawiewanie odcinków dróg, długi okres występowania dni zimowych w roku kalendarzowym. Czynniki te wymagają zaangażowania od Wykonawcy maksymalnej ilości sprzętu, często w celu dotrzymania wymaganego standardu sprzętu w ilości większej od minimalnej ilości określonej w pkt. B. III. OPZ Staraniem Wykonawcy ma być również zapewnienie właściwej ilości materiałów (piasku i soli) w celu dotrzymania wymaganego standardu. Zapewnienie minimalnej ilości materiałów w okresie zimowym, jak i w ciągu roku, wynikających z zapisów OPZ (str. 3 Wezwania). W treści Wezwania Zamawiający wskazał także wolę uzyskania informacji w zakresie wszystkich kosztów towarzyszących wykonaniu przedmiotu zamówienia, wraz z podaniem



ich wartości, a także prosił o przedstawienie do każdej z pozycji kosztów dla danej pozycji z uwzględnieniem obiektywnych czynników, które spowodowały możliwość obniżenia ceny.

Izba ustaliła, że Zamawiający przekazał w załączeniu do wezwania formularz do wypełnienia przez Odwołującego (w pliku xls) wyszczególniający dla poszczególnych zakresów zaoferowanych usług (utrzymanie rutynowe, utrzymanie strukturalne) szczegółowe koszty w zakresie robocizny, materiałów, sprzętu, inne koszty, zysk. Pierwotny termin na przedstawienie wyjaśnień został wskazany na dzień 31 grudnia 2020 r. Ostatecznie termin na składanie wyjaśnień został ustalony na 8 stycznia 2021 r. Izba ustaliła, że Odwołujący 8 złożył w wymaganym terminie wyjaśnienia, których treść została przez wykonawcę zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Izba ustaliła, że w dniu 4 marca 2021 r. Zamawiający poinformował Odwołującego 8 o odrzuceniu jego oferty. Zamawiający jako podstawę prawną wskazał: art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 2 Starego PZP i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ uznał, że oferta Odwołującego 8 zawiera rażąco niską cenę, a także że Odwołujący 8 nie udzielił wyjaśnień lub dokonana przez Zamawiającego ocena złożonych wyjaśnień wraz z dowodami potwierdza, że oferta Odwołującego 8 zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ Zamawiający uznał, że oferta Odwołującego 8 nie odpowiada treści SIWZ, art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z Rozporządzeniem w sprawie minimalnego wynagrodzenia za rok 2020, ponieważ Zamawiający uznał, że oferta Odwołującego 8 pozostaje niezgodna z przywołanym aktem prawnym.

***Izba zważyła co następuje:***

**Sygn. akt: KIO 700/21**

W ocenie Izby zarzuty podniesione w odwołaniu nie zasługiwały na uwzględnianie. W konsekwencji Izba oddaliła odwołanie.

Należy wskazać na wstępie, że podstawową zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada jawność postępowania (art. 8 ust. 1 ustawy Pzp). W związku z powyższym możliwość objęcia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa stanowi wyjątek i jako taki winien być stosowany ściśle. Zasada jawności postępowania jest naczelną zasadą postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Wynika ona z zawartego w art.

61 Konstytucji prawa każdego obywatela do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej, zwłaszcza w sytuacji, w której organy te dysponują środkami publicznymi. Ograniczenie zasady jawności możliwe jest wyłącznie w ściśle określonych sytuacjach, wskazanych przez ustawodawcę. Z takim wyjątkiem mamy do czynienia w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Ustawodawca bowiem umożliwia wykonawcom zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, o ile wykonawca taki nie później niż w terminie składania ofert zastrzegł takie informacje oraz wykazał, iż spełniają one przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Ustawa Pzp w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa odsyła do UZNK. Zgodnie z art. 11 ust. 2 UZNK, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. W dotychczasowym orzecznictwie sądowym, na podstawie art. 11 ust. 2 UZNK formułuje się tezę, że na tajemnicę przedsiębiorcy składają się dwa elementy: materialny (informacja o określonej treści, mająca wartość gospodarczą) oraz formalny - wola utajnienia danych informacji. Tajemnicę przedsiębiorcy stanowią informacje znane jedynie określonemu kręgowi osób i związane z prowadzoną przez przedsiębiorcę działalnością, wobec których podjął on wystarczające środki ochrony w celu zachowania ich w poufności. Informacja staje się "tajemnicą", kiedy przedsiębiorca przejawia wolę zachowania jej, jako niedostępnej dla osób trzecich. Oba te elementy - przesłanki uznania określonej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa - mają charakter obiektywny. Stwierdzenie ich istnienia nie może się opierać wyłącznie na przekonaniu samego przedsiębiorcy, wymaga odwołania się obiektywnych kryteriów i poddania ich analizie w okoliczności faktycznych konkretnej sprawy.

Należy wskazać, że celem regulacji dotyczących możliwości kwalifikowania określonych danych jako tajemnica przedsiębiorcy jest niewątpliwie ochrona informacji, które mają wartość gospodarczą - są istotne z punktu widzenia funkcjonowania na wolnym rynku w kontekście konkurencyjności względem innych podmiotów, prowadzących działalność w tym samym czy podobnym zakresie lub segmencie rynku, bądź - z innego powodu - zainteresowanych uzyskaniem określonych danych w celu ich wykorzystania w opozycji do interesu danego podmiotu gospodarczego w ramach działalności rynkowej. Jednakże pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa nie sposób odnosić do prób utajniania wszelkich informacji, które mogą mieć jakąkolwiek wartość gospodarczą dla podmiotów działających na

rynku, w szczególności gdy nie są one użyteczne w grze rynkowej dla podmiotów konkurencyjnych. Stąd właśnie w judykaturze ukształtował się jednolity pogląd, że o tym czy coś może stanowić prawnie chronioną tajemnicę przedsiębiorstwa przesądza nie tylko jego wola utajnienia danej informacji (element subiektywny), lecz także występowanie obiektywnie akceptowanych wartości, których ochrona uzasadnia objęcie danych informacji tajemnicą. Zatem, należy podkreślić jeszcze raz, że tajemnica przedsiębiorstwa, jak każda tajemnica ustawowo chroniona, ma charakter obiektywny, nie można jej subiektywizować w oparciu jedynie o oświadczenia osób reprezentujących przedsiębiorcę, które to osoby - z istoty rzeczy - nie będą zainteresowane ujawnianiem jakichkolwiek faktów ze sfery prowadzonej działalności gospodarczej podmiotu. Gdyby przyjąć odmienne założenie, to tajemnicą przedsiębiorstwa byłoby wszystko, co arbitralnie dany przedsiębiorca za nią uzna, także w drodze czynności kwalifikowanych (np. poprzez zamieszczenie odpowiedniej klauzuli).

Co istotne w kontekście omawianego zarzutu, tą obiektywną wartość gospodarczą zastrzeganych informacji musi wykazać wykonawca powołując się na tajemnicę przedsiębiorstwa względem określonych informacji. Nie sposób uznać za wykazanie spełnienia omawianej przesłanki poprzez przywoływanie subiektywnej oceny informacji dokonanej przez danego wykonawcę. Zastrzegana informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający obiektywną wartość gospodarczą.

W ocenie Izby, analiza decyzji Zamawiającego odnośnie zakresu odtajnienia wyjaśnień Odwołującego 1 pozwala na przyjęcie, że Zamawiający dokonał prawidłowej oceny stanowiska Odwołującego 1 odnośnie zasadności zastrzeżenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Odnosząc się do poszczególnych argumentów wykonawcy, Izba wskazuje, co następuje:

### **Załącznika nr 1**

Odwołujący 1 zidentyfikował informacje zawarte w Załączniku nr 1 jako informacje ekonomiczne/handlowe. Na str. 5 pisma Odwołujący 1 w sposób ogólny opisuje, że załącznik nr 1 zawiera główne założenia co do wyceny. Wykonawca wskazuje, że zestawienia zawiera ceny jednostkowe pozwalające określić przyjętą wydajność, przy czym, zdaniem Izby Odwołujący 1 w żaden sposób nie wyjaśnia o jaką wydajność chodzi, w jaki sposób dane zawarte w wycenie mogą posłużyć podmiotowi konkurencyjnemu do osłabienia pozycji wykonawcy na rynku. Wykonawca nie wyjaśnił w jaki sposób informacje co do kosztów materiału, personelu czy ilości robocizny szacowanej przez Odwołującego 1 do wykonania

konkretnej części zamówienia w tym konkretnym postępowaniu mogłaby być wykorzystana przez innego wykonawcę. Zdaniem Izby, wbrew twierdzeniom Odwołującego 1, załącznik nr 1 nie identyfikuje żadnych metod działania wykonawcy, które mogłoby być wykorzystane przez wykonawców konkurencyjnych. Dane zastrzeżone przez Odwołującego 1 są szacunkami wykonawcy, dotyczącymi konkretnych pozycji, w tym konkretnym postępowaniu, przy uwzględnieniu konkretnych wymagań Zamawiającego. Izba podkreśla, że weryfikacja owych szacunków Odwołującego 1 dokonana przez Zamawiającego, wykazała, że wykonawca zaniżył koszty wielu pozycji, co tym bardziej potwierdza brak obiektywnej wartości gospodarczej tych informacji.

Na str. 11 pisma Odwołujący 1 wskazuje, że znając wyjściowe dane określone przez Zamawiającego, konkurenci będą w stanie uzyskać informacje co do przyjętej strategii realizacji zamówienia, zrewidować swoje złożenia materiałów. Izba wskazuje, że Załącznik nr 1 nie zawiera żadnych informacji co rzekomej strategii realizacji zamówienia, nie jest również jasne dla Izby w jaki to sposób wykonawcy mieliby zweryfikować swoje założenia materiałowe czy robocizny, skoro dotyczą one konkretnego postępowania. Co istotne, założenia przyjęte przez Odwołującego 1 zostały zweryfikowane przez Zamawiającego i wielu aspektach Zamawiający prawidłowo uznał, że te założenia są nieprawidłowe (trudno zatem oczekiwać, że inny wykonawca będzie opierał się na błędnych założeniach Odwołującego 1). Niezrozumiałe są dla Izby twierdzenia Odwołującego 1, że *„znając zysk, marżę i koszt w danej pozycji, inny wykonawcy mogliby manewrować swoimi pozycjami, zdobywając przewagę lub zmuszać Odwołującego 1 do rezygnacji z zysku”*. W jaki sposób konkurenci mogliby to czynić, jest niejasne dla Izby, gdyż wykonawca nie określił w złożonych wyjaśnieniach w jaki sposób powyższe ryzyko mogłoby się zmaterializować.

W ocenie Izby poszczególne pozycje, które składają się na cenę w postępowaniu i stanowią jedynie wyjaśnienie ceny co do zasady nie mogą zostać utajnione. Cena w postępowaniu jest to kalkulacja wykonawcy na potrzeby określonego zamówienia. Skoro jest to cena w postępowaniu, nie można mówić, że jest ona tajemnicą przedsiębiorstwa, a jej wskazanie narazi wykonawcę na szkodę. Cena ta dotyczy bowiem tylko tego postępowania. Mając na względzie, że cena stanowi zasadnicze narzędzie wzajemnej konkurencji przedsiębiorców, w ocenie Izby nie wydaje się zasadne przyjmowanie zawężającego rozumienia ww. pojęcia i ograniczanie jego zakresu jedynie do ceny oferty. Nie sprzyja to bowiem transparentności postępowania ani zapewnieniu zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W załączniku nr 1 Odwołujący 1 przedstawił nic innego, jak tylko właśnie kalkulację zaproponowanej ceny, przyjętą na potrzeby konkretnego postępowania, co podważa obiektywną wartość gospodarczą ujętych w niej informacji.

W ocenie Izby Odwołujący 1 nie wykazał, jakoby sporządzone przez niego kalkulacje posiadały jakąkolwiek obiektywną wartość gospodarczą. Nie sposób uznać bowiem, że na skutek ujawnienia liczby przewidzianego do realizacji zamówienia sprzętu, czy wysokości kosztów robocizny, mogłoby dojść do - jak twierdzi Odwołujący 1 - zmniejszenia jego szans „na złożenie najkorzystniejszej oferty w postępowaniach dotyczących chociażby sąsiadujących odcinków autostrady A4, jak i w postępowaniu dotyczącym przedmiotowego odcinka”. Jak bowiem trafnie zauważył sam Odwołujący 1, każdy z uczestników postępowania przyjmuje różnego rodzaju założenia oraz sporządza kalkulacje w zależności od posiadanych zasobów czy kręgu dostawców. Jest więc mało prawdopodobne by jakkolwiek inny wykonawca mógł skorzystać z kalkulacji Odwołującego 1, bowiem taka kalkulacja kształtowania jest w zależności od dostępnych dla każdego wykonawców zasobów i warunków realizacji zamówienia. Powyższe jest istotne również ze względu na fakt, że Zamawiający zastrzegł dane mogące identyfikować kontrahentów wykonawcy, a tym samym, uniemożliwił pozostałym wykonawcom ewentualne nawiązanie kontaktu z podmiotami, od których Odwołujący 1 nabywa różnego rodzaju sprzęt czy usługi niezbędne do realizacji zamówienia.

### **Załącznik nr 2 i 3**

W ocenie Izby, z treść Załączników nr 2 i 3 wynika jedynie ogólny poziom zatrudnienia i wynagrodzenia osób zatrudnianych przez Odwołującego 1. Izba wskazuje, że sam wykonawca na swojej stronie internetowej publikuje informacje co liczby osób zatrudnionych w swoich przedsiębiorstwie, trudno zatem przyjąć, że informacja ta stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Podobnie, nie sposób uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa informację zawartą w załączniku nr 3. Trudno przypisać ogólnemu oświadczeniu wykonawcy jakąkolwiek obiektywną wartość gospodarczą. Twierdzenia wykonawcy, że ujawnienia treści załącznika nr 3 umożliwi innym wykonawcom zweryfikowanie swojego podejścia w zakresie wynagrodzenia jest twierdzeniem trywialnym i pustym. Oświadczenie to nie zawiera żadnych specyficznych informacji co do polityki wynagrodzeń stosowanej u Odwołującego 1, jak również co do zasad wynagrodzenia, planach motywacyjnych dla pracowników, nie ma nawet określonych przedziałów wynagrodzeń jakie będą otrzymywać pracownicy wykonawcy w ramach realizacji zamówienia. Zdaniem Izby poziom ogólności zastrzeżonych informacji dyskwalifikuje ich obiektywną wartość gospodarczą, ponieważ nawet w przypadku ich ujawnienia nie będą one użyteczne dla innych wykonawców w ewentualnej walce konkurencyjnej z Odwołującym 1.

#### **Załącznika nr 4**

Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, uznając, iż dokonał on prawidłowej oceny zastrzeżonego dokumentu. Po pierwsze, treści opinii bankowej nie została w żaden sposób opatrzona klauzulą informację poufne. Kwota obrotów oraz kwota debetu nie została wskazana w opinii. Opinia zawiera informacja o przyznanej wysokości limitu kredytowego, co w ocenie Odwołującego 1 umożliwia pozyskanie informacji o kondycji finansowej spółki i możliwości realizacji przez nią nowych zamówień. Zdaniem Izby, Odwołujący 1 nie wykazał w jaki sposób informacja o wysokości przyznanego limitu kredytowego może być wykorzystana przez podmioty konkurencyjne przynosząc Odwołującemu 1 starty ekonomiczne czy utratę pozycji rynkowej. Wykonawca nie wyjaśnił w jaki sposób kwota limitu kredytowego pozwala na wnioskowanie o kondycji finansowej wykonawcy. Należy wskazać, że Zamawiający przewidział warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej nie mniejszej niż 3.830.000 zł (SIWZ, TOM I, str. 6). Tym samym, niezależnie od „specjalistycznego” charakteru tej opinii, jest ona jednym z dokumentów umożliwiających weryfikację sytuacji podmiotowej Odwołującego 1 w celu stwierdzenia czy wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu.

#### **Załącznik nr 5**

W ocenie Izby Zamawiający prawidłowo oceniał treści załącznika nr 5. Zamawiający uznał zasadność objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa danych identyfikujących kontrahentów, zawartych zarówno w treści wyjaśnień, jak i w załączonych do wyjaśnień dokumentów. Odnosząc się stanowiska Odwołującego 1, Izba wskazuje, że wykonawca nie wykazał obiektywnej wartości gospodarczej informacji odtajnionych przez Zamawiającego. Odwołujący 1 nie wyjaśnił w jaki sposób dane zawarte w poszczególnych ofertach co do materiałów czy usług mogą być wykorzystane przez konkurencję, jeśli w ich treści brak jest podania źródła ich pochodzenia. Twierdzenie Odwołującego 1, iż *„wykonawcy znając cenę materiału, nakłady pracy/sprzętu oraz zasady wynagrodzenia, muszą postarać się o obniżenie swoich pozycji w celu wyeliminowania Odwołującego z rynku”*, są dla Izby niezrozumiałe. Nie jest jasne w jaki konkretnie sposób te działania eliminacyjne względem Odwołującego 1 miałyby się odbywać. Jest oczywistym dla Izby, że każdy z wykonawców wycenia określone pozycje jednostkowe na potrzeby konkretnego postępowania przetargowego, biorąc pod uwagę konkretne wymagania Zamawiającego. Wykonawcy konkurują ze sobą wyceną poszczególnych cen jednostkowych, poszukując korzystniejszych źródeł dostawy materiałów czy tańszej siły roboczej. Jednakże w zakresie informacji odtajnionych przez Zamawiającego, brak nazwy dostawcy czy podwykonawcy uniemożliwia

konkurentom ingerencję w relacje handlowe Odwołującego 1. Stąd też ryzyka na jakie powołuje się Odwołującego 1 są w ocenie Izby ryzykami nierealnymi i nieuzasadniającymi utajnienie w całości załącznika nr 5. Zdaniem Izby Odwołujący 1 również nie wykazał w jaki sposób wiedza o przyjętej przez podwykonawcę stawce godzinowej, kosztów paliwa czy robocizny mogłoby wpłynąć na „poprawę możliwości negocjacyjnych pozostałych wykonawców”. Zdaniem Izby podmioty uczestniczące w postępowaniu są profesjonalistami, ergo mają świadomość wysokości cen obowiązujących obecnie na rynku, a także wysokości możliwych do uzyskania rabatów. Wiedza, że dany produkt można zakupić za pewną cenę nie sprawi samoistnie, że pozostali wykonawcy będą mogli także „wynegocjować” taką cenę w kontaktach ze swoimi kontrahentami.

### **Załącznik nr 6**

W ocenie Izby Zamawiający dokonał prawidłowej oceny załącznika nr 6. Należy wskazać, że Odwołujący 1 przystępując do postępowania winien mieć świadomość, że w ramach wyjaśniania zaproponowanej przez siebie ceny będzie zobowiązany do wskazania także liczby pracowników przeznaczonych do realizacji zamówienia, czy podziału ich pracy, w szczególności, gdy z treści OPZ wynika obowiązek przeznaczenia określonej liczby, np. dyżurnych do zadania polegającego na Zimowym Utrzymaniu Dróg. Zdaniem Izby z treści załącznika nr 6 wynika jedynie, którą grupę roboczą czy podwykonawców Odwołujący 1 zamierza przeznaczyć do danego rodzaju robót w postępowaniu. Izba w pełni zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, że zastrzeżone informacje mają charakter ogólny, zaś sam Odwołujący 1 nie wykazał jak na ich podstawie inny konkurencyjni wykonawcy mogliby poznać know – how wykonawcy, a co więcej w jaki sposób mogliby wykorzystać informacje zawarte w zestawieniu w kolejnych postępowaniach czy w swojej działalności gospodarczej, w szczególności mając świadomość, że każde postępowanie charakteryzuje się odmiennymi uwarunkowaniami i wymaganiami stawianymi wykonawcom. Twierdzenia Odwołującego 1, iż *„informacje zawarte w załączniku nr 6 stanowią gotowe rozwiązanie realizacji całego kontraktu, zaś ich pozyskanie przez konkurencję pozwala na zoptymalizowanie kosztów jakie musi ponosić wykonawca usług utrzymaniowych, osiągając oszczędności na skutek lepszego wykorzystania jednostek sprzętowych i zasobów ludzkich”* jest dla Izby niejasne i w żaden sposób nie wyjaśnia w jaki konkretnie sposób informacje zawarte w załączniku nr 6 mogą być wykorzystane przez innych wykonawców osłabiając w ten sposób pozycję rynkową Odwołującego 1. Wykonawca nie wyjaśnił jak owe „gotowe rozwiązanie” może być wykorzystane przez innego wykonawcę, jaka jest obiektywna wartość tego rzekomego rozwiązania, sięgającą poza ramy tego konkretnego postępowania. Załącznik nr 6 zawiera pewne projekcje wykonawcy co zakresu wymaganych nakładów pracy czy sprzętu, oparte na

indywidualnych założeniach wykonawcy. Założenia te po pierwsze zostały przyjęte w pewnym zakresie w sposób nieprawidłowy, co wykazał Zamawiający w decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy, co już rodzi zasadne wątpliwości co do możliwości ich wykorzystania przez innych wykonawców. Po drugie, Odwołujący 1 nie wykazał, że tym założeniom można przypisać obiektywną wartość gospodarczą i w czym ona się wyraża. Wykazanie obiektywnej wartości gospodarczej nie może być rozumiane jedynie jako posłużenie się ogólnymi twierdzeniami przez wykonawcę o gotowych rozwiązaniach, z których mogą skorzystać konkurenci. Odwołujący 1 winien chociażby przytoczyć konkretne negatywne konsekwencje wynikające dla niego z odtajnienia danych informacji, czego nie uczynił, sprowadzając „wykazanie” jedynie do przywołania ogólnych niezrozumiałych twierdzeń, nieznajdujących uzasadnienia w okolicznościach faktycznych sprawy.

### **Załącznik nr 7**

W ocenie Izby Zamawiającego prawidłowo oceniał zawartość załącznika nr 7. Zdaniem Izby Odwołujący 1 nie wykazał w jaki sposób ujawnienie części artykułu dotyczącego danej technologii (załącznik nr 7.1) oraz skanów z programu wykorzystywanego przez Odwołującego 1 (załącznik nr 7.2-7.4) mogłyby wpłynąć na sytuację Odwołującego 1 w tym, czy w innym postępowaniu. Odwołujący 1 nie wykazał oddziaływania stosowanej przez siebie technologii na wycenę oraz jego pozycję rynkową, a tym samym, nie wykazał także wartości gospodarczej informacji zawartych w treści omawianych załączników. Zdaniem Izby na całym świecie trwa rozwój opisanej w Załączniku nr 7 technologii, Odwołujący 1 zaś w żaden sposób nie wykazał, że jest to unikane rozwiązanie dostępne wykonawcy na jakiś specjalnych warunkach. Jest wiedzą powszechną, że technologia BIM jest stosowana przez przedsiębiorców. W związku z powyższym, sama wiedza pozostałych uczestników postępowania co do korzystania przez Odwołującego 1 z tej technologii, nie doprowadzi ani do braku możliwości jej dalszego wykorzystywania, ani też do umiejętnego jej wdrożenia przez pozostałych wykonawców, gdyby rzeczywiście chcieli z niej skorzystać. Nadto, Odwołujący 1 w żadnym miejscu nie wykazał przewagi wynikającej ze stosowanej technologii w stosunku do podmiotów, które jej nie wykorzystują, sprowadzając uzasadnienie jedynie do ogólnych stwierdzeń, jakoby technologia ta była „pomocna w zakresie organizacyjnym” oraz „ułatwia start kontaktu, jak i późniejszą realizację” , co w zasadzie można odnieść do każdego rodzaju technologii wykorzystanej przez różnych wykonawców. Ponadto, to, że załączone raporty z nalotu dronu zostały sporządzone, jak wskazał Odwołujący 1, z użyciem profesjonalnego sprzętu w żaden sposób nie uzasadnia przypisania takim raportom obiektywnej wartości gospodarczej. Odwołujący 1 nie wyjaśnił o jaki konkretnie sprzęt chodzi, nie zidentyfikował żadnych potencjalnych strat ekonomicznych,



które mógłby ponieść w wyniku odtajnienia załącznika nr 7. Ponadto Izba wskazuje, że Raport z nalotu drona „Quality report” został złożony wyłącznie w j. angielskim, co uniemożliwia ocenę jego treści, a tym samym oceny jego wartości gospodarczej. Okoliczność ta zdaniem Izby potwierdza ogólność argumentacji Odwołującego 1, które zupełnie pomija fakt, że złożył dokument wyłącznie w j. angielskim.

Należy podkreślić raz jeszcze, że tajemnicę przedsiębiorstwa mogą stanowić jedynie informacje, które „nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności”. Jak wskazał Zamawiający, z treści udostępnionych na oficjalnej stronie internetowej Odwołującego 1 z dnia 27 sierpnia 2018 r. wynika natomiast, że: „Pod koniec ubiegłego tygodnia, w Berlinie, podpisaliśmy umowę z RIB Software SE na dostawę oprogramowania służącego do ofertowania oraz zarządzania projektami. Sygnatariuszami umowy ze strony Eurovia Polska byli Prezes Zarządu N. D. oraz Dyrektor do Spraw Rozwoju W. M. Stronę RIB Software SE reprezentował Dyrektor Zarządzający E. v. S. RIB to światowy dostawca technologii iTWO 5D BIM Big Data dla branży budowlanej, która pozwala na standaryzację etapu ofertowania we wszystkich jednostkach Eurovia w Polsce oraz inteligentne budowanie kolejnych faz projektu w oparciu o podejście zorientowane na model. Cieszymy się na współpracę z innowacyjnym dostawcą w dziedzinie inżynierii lądowej i budowy dróg. Korzystając z nowoczesnej technologii iTWO 5D BIM, firma będzie mogła poprawić jakość planowania, optymalnie wykorzystać zasoby i znacznie skrócić czas realizacji projektów. Cyfryzacja budowy szlaku komunikacyjnego będzie zatem dalej posuwać się naprzód — komentuje podpisanie umowy E. v. S.”.

W związku z powyższym, Odwołujący 1 faktycznie dąży do zatajenia informacji, do której w rzeczywistości ma dostęp szerokie grono odbiorców, bowiem strona internetowa Odwołującego 1 ma charakter publiczny i każdy ma do niej dostęp.

### **Załącznik nr 10**

W ocenie Izby Zamawiający prawidłowo oceniał treść załącznika nr 10. Schemat organizacyjny przyjęty przez Odwołującego 1 został przygotowany na potrzeby przedmiotowego postępowania i jako taki nie będzie mógł zostać zastosowany przez pozostałych wykonawców w innych postępowaniach. Jednocześnie z treści załącznika nr 10 nie wynika obiektywna wartość gospodarcza informacji, jaką jest zamiar przypisania przez wykonawcę danej liczby pracowników do rodzaju robót wykonywanych w ramach realizacji

zamówienia, bowiem planowanie prac zależy jedynie od posiadanych przez danego wykonawcę zasobów, sprzętu czy właśnie pracowników i przez to nie będzie możliwe zastosowanie analogicznych rozwiązań organizacyjnych u różnych podmiotów. Co więcej, jak Izba wskazała powyżej, Odwołujący 1 w sposób nieprawidłowy przyjął niektóre z założeń, również w zakresie informacji dotyczących liczby pracowników, trudno zatem, aby inni konkurencyjni wykonawcy opierali się na błędnych założeniach Odwołującego 1.

### **Załącznik nr 11**

Zdaniem Izby Zamawiający prawidłowo ocenił treść Załącznika nr 11. Odwołujący 1 nie wykazał w jaki sposób informacja o wykorzystanym w jego przedsiębiorstwie programie do kosztorysowania może być wykorzystana przez innych wykonawców działających na rynku, narażając Odwołującego 1 na utratę pozycji rynkowej czy bliżej określone straty ekonomiczne. Jest wiedzą powszechną, że przedsiębiorcy korzystają z różnorodnych narzędzi służących do optymalizacji kosztów wyceny ofert. Wiedza taką można uzyskać poprzez wpisanie odpowiednich haseł w wyszukiwarkach. Stosowanie więc przez Odwołującego 1 określonego programu do wyceny przetargów nie jest okolicznością dostępną wyłącznie Odwołującemu 1. Takiej okoliczności Odwołujący 1 nie wykazał. Co więcej, Odwołujący 1 w żaden sposób nie wykazał dlaczego to konkretne narzędzie daje jemu przewagę konkurencyjną, skoro jest to narzędzie dostępne dla rynku dla każdego zainteresowanego przedsiębiorcy. Uzasadnienie wykonawcy w zakresie zastrzeżenia treści załącznika nr 11 jest bardzo lakoniczne. Posługiwanie się twierdzeniami, że narzędzi to daje wykonawcy dodatkowe korzyści i przewagę nad konkurentami jest wyłącznie subiektywną oceną wykonawcy, nie zaś wykazaniem obiektywnej wartości gospodarczej.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo oceniał zakres informacji zastrzeżonych przez Odwołującego 1 i zasadnie dokonał ich odtajnienia. Na marginesie, Izba wskazuje, że Odwołujący 1 nie wykazał również, iż podjął stosowane kroki do zachowania zastrzeżonych informacji w poufności. Zamawiający w treści informacji o odtajnieniu wyjaśnień wykonawcy nie odniósł się do tej okoliczności, opierając swoją decyzję na braku wykazania przez Odwołującego 1 wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji. Izba wskazuje jednakże, że w piśmie z dnia 16 października 2020 r. Odwołujący 1 zidentyfikował grupę osób, która miała dostęp do zastrzeżonych przez wykonawcę informacji. Przy czym Odwołujący 1 w zakresie omawianej przesłanki w sposób ogólny opisuje przyjęte w swoim przedsiębiorstwie procedury obiegu informacji, bezpieczeństwo informacji, układania relacji z dostawcami czy podwykonawcami. Odwołujący 1 w tym zakresie nie składa żadnych dowodów na uwiarygodnienie własnych twierdzeń. Izba

wskazuje, że skoro Odwołujący 1 był w stanie zidentyfikować grupę osób mających dostęp do zastrzeżonych informacji, to nic nie stało na przeszkodzie, aby na potrzeby wykazania omawianej przesłanki złożył oświadczenia takich osób o zachowaniu informacji w poufności i ich nieudostępnianiu. W tym zakresie ogólne twierdzenia Odwołującego 1 o klauzulach w umowach o pracę czy konieczności naprawienia szkody nie są, zdaniem Izby, wiarygodnym dowodem w sprawie. Ponadto, Izba wskazuje, że złożone wraz z wyjaśnieniami oświadczenia dostawców/podwykonawców, co prawda zawierają ogólny zapis, że warunki przedstawione w ofercie mają charakter poufny oraz, że podmioty te zobowiązują się podjąć niezbędne kroki w celu zachowania w poufności warunków współpracy, jednak owe zobowiązania dostawców/podwykonawców nie są obwarowane żadną konkretną sankcją w postaci np. kary umownej, zaś informacje zawarte w takim oświadczeniu nie są powiązane z pojęciem tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym wartość dowodowa takich oświadczeń jest ograniczona, bowiem nie ma żądanej gwarancji, iż takie warunki nie zostały ujawnione przez dostawców czy podwykonawców innym przedsiębiorcom, skoro fakt ich ujawnienia nie jest obwarowane żadną sankcją.

Ponadto Izba wskazuje, że rozległe opisanie szeregu procedur funkcjonujących w Odwołującego 1 powinno być odniesione do konkretnych informacji zastrzeżonych przez Odwołującego 1 w kontekście złożonego oświadczenia o dostępie do tych informacji grupie 8 osób. Skoro jak twierdzi Odwołujący 1 dostęp do zastrzeżonych informacji miała tylko ta grupa osób, to Odwołujący 1 winien wykazać jakie konkretnie zabezpieczenia i środki zostały podjęte w stosunku do tych osób, czego w ocenie Izby nie uczynił.

Mając na uwadze powyższe, Izba w pełni zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego wyrażonym w decyzji z dnia 25 lutego 2021 r. Izba podkreśla, że jawność postępowania przetargowego ma istotne i fundamentalne znaczenie dla rozwoju konkurencyjności na rynku zamówień publicznych. Jest narzędziem gwarantującym możliwość weryfikacji prawidłowości wyceny ofert wykonawców, co z kolei przekłada się na późniejszą prawidłową realizację zamówienia. Zasada jawności postępowania i zasada ochrony informacji stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa na gruncie ustawy Pzp wymaga rozstrzygnięcia pomiędzy dwoma konfliktującymi wartościami. Z jednej strony prawem wykonawców do weryfikacji zasadności wyceny kosztów realizacji zamówienia, z drugiej zaś strony prawem ochrony określonego i zidentyfikowanego zakresu informacji dotyczącego danego przedsiębiorstwa, którego ujawnienie może narazić wykonawców na utratę pozycji rynkowej czy określone i identyfikowane straty ekonomiczne. Przy czym jak Izba wskazała, ograniczenie jawności postępowania jest wyjątkiem od zasady i należy go interpretować ściśle. Praktyka zamówień publicznych pokazuje, że zastrzeżenie szerokiego zakresu informacji przez wykonawców nie

służy de facto ochronie tajemnicy przedsiębiorstwa, ale wykorzystywane jest jako narzędzie do nieujawnienia wyjaśnień wykonawcy w obawie przed utratą możliwości uzyskania zamówienia. Takie rozumienie szkody ekonomicznej czy utraty pozycji rynkowej przez wykonawców jest niewłaściwe i nie zasługuje na ochronę.

W ocenie Izby w analizowanym stanie faktycznym, Odwołujący 1 nie wykazał, a jedynie stwierdził, że zastrzegane informacje są informacjami o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym przedsiębiorstwa lub stanowią inne informacje posiadające wartość gospodarczą. Obowiązek wykazania nałożony na wykonawcę nie może być utożsamiany z ogólnym uzasadnieniem, sprowadzającym się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 UZNK lub stwierdzenie, że określone informacje posiadają przymioty pozwalające uznać je za tajemnicę przedsiębiorstwa. Izba podkreśla, że analiza informacji zastrzeganych przez wykonawców w postępowaniu przetargowym musi odbywać się również z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia. W analizowanym stanie faktycznym przedmiotem zamówienia jest całoroczne utrzymanie drogi krajowej. W treści wyjaśnień Odwołującego 1 Izba nie odnalazła żadnych unikanych rozwiązań dotyczących wykonania przedmiotu zamówienia, które posiadałyby obiektywną wartość gospodarczą, wychodzącą poza ramy tego konkretnego postępowania i których ujawnienie mogłoby narazić Odwołującego 1 na określone straty ekonomiczne i utratę pozycji rynkowej. Za utratę pozycji rynkowej, jak Izba wskazała powyżej, nie sposób uznać ryzyka utraty uzyskania zamówienia w wyniku udostępnienia i weryfikacji oświadczeń wykonawcy zawartych w wyjaśnieniach. Jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego służy właśnie weryfikacji twierdzeń wykonawców zawartych w ofertach czy wyjaśnieniach, zaś możliwość ograniczenia tej jawności musi być wykazana przez wykonawcę, czego Odwołujący 1 nie uczył w niniejszym postępowaniu przetargowym.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

### **Sygn. akt: KIO 736/21**

W ocenie Izby zarzuty podniesione w odwołaniu nie zasługiwały na uwzględnienie. W konsekwencji Izba oddaliła odwołanie.

Należy wskazać na wstępie, że podstawową zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada jawność postępowania (art. 8 ust. 1 ustawy Pzp). W związku z powyższym możliwość objęcia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa stanowi

wyjątek i jako taki winien być stosowany ściśle. Zasada jawności postępowania jest naczelną zasadą postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Wynika ona z zawartego w art. 61 Konstytucji prawa każdego obywatela do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej, zwłaszcza w sytuacji, w której organy te dysponują środkami publicznymi. Ograniczenie zasady jawności możliwe jest wyłącznie w ściśle określonych sytuacjach, wskazanych przez ustawodawcę. Z takim wyjątkiem mamy do czynienia w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Ustawodawca bowiem umożliwia wykonawcom zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, o ile wykonawca taki nie później niż w terminie składania ofert zastrzegł takie informacje oraz wykazał, iż spełniają one przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Ustawa Pzp w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa odsyła do UZNK. Zgodnie z art. 11 ust. 2 UZNK, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. W dotychczasowym orzecznictwie sądowym, na podstawie art. 11 ust. 2 UZNK formułuje się tezę, że na tajemnicę przedsiębiorcy składają się dwa elementy: materialny (informacja o określonej treści, mająca wartość gospodarczą) oraz formalny - wola utajnienia danych informacji. Tajemnicę przedsiębiorcy stanowią informacje znane jedynie określonemu kręgowi osób i związane z prowadzoną przez przedsiębiorcę działalnością, wobec których podjął on wystarczające środki ochrony w celu zachowania ich w poufności. Informacja staje się "tajemnicą", kiedy przedsiębiorca przejawia wolę zachowania jej, jako niedostępnej dla osób trzecich. Oba te elementy - przesłanki uznania określonej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa - mają charakter obiektywny. Stwierdzenie ich istnienia nie może się opierać wyłącznie na przekonaniu samego przedsiębiorcy, wymaga odwołania się obiektywnych kryteriów i poddania ich analizie w okoliczności faktycznych konkretnej sprawy.

Należy wskazać, że celem regulacji dotyczących możliwości kwalifikowania określonych danych jako tajemnica przedsiębiorcy jest niewątpliwie ochrona informacji, które mają wartość gospodarczą - są istotne z punktu widzenia funkcjonowania na wolnym rynku w kontekście konkurencyjności względem innych podmiotów, prowadzących działalność w tym samym czy podobnym zakresie lub segmencie rynku, bądź - z innego powodu - zainteresowanych uzyskaniem określonych danych w celu ich wykorzystania w opozycji do interesu danego podmiotu gospodarczego w ramach działalności rynkowej. Jednakże

pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa nie sposób odnosić do prób utajniania wszelkich informacji, które mogą mieć jakąkolwiek wartość gospodarczą dla podmiotów działających na rynku, w szczególności gdy nie są one użyteczne w grze rynkowej dla podmiotów konkurencyjnych. Stąd właśnie w judykaturze ukształtował się jednolity pogląd, że o tym czy coś może stanowić prawnie chronioną tajemnicę przedsiębiorstwa przesądza nie tylko jego wola utajnienia danej informacji (element subiektywny), lecz także występowanie obiektywnie akceptowanych wartości, których ochrona uzasadnia objęcie danych informacji tajemnicą. Zatem, należy podkreślić jeszcze raz, że tajemnica przedsiębiorstwa, jak każda tajemnica ustawowo chroniona, ma charakter obiektywny, nie można jej subiektywizować w oparciu jedynie o oświadczenia osób reprezentujących przedsiębiorcę, które to osoby - z istoty rzeczy - nie będą zainteresowane ujawnianiem jakichkolwiek faktów ze sfery prowadzonej działalności gospodarczej podmiotu. Gdyby przyjąć odmienne założenie, to tajemnicą przedsiębiorstwa byłoby wszystko, co arbitralnie dany przedsiębiorca za nią uzna, także w drodze czynności kwalifikowanych (np. poprzez zamieszczenie odpowiedniej klauzuli).

Co istotne w kontekście omawianego zarzutu, tą obiektywną wartość gospodarczą zastrzeganych informacji musi wykazać wykonawca powołując się na tajemnicę przedsiębiorstwa względem określonych informacji. Nie sposób uznać za wykazanie spełnienia omawianej przesłanki poprzez przywoływanie subiektywnej oceny informacji dokonanej przez danego wykonawcę. Zastrzegana informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający obiektywną wartość gospodarczą.

W ocenie Izby, analiza decyzji Zamawiającego odnośnie zakresu odtajnienia wyjaśnień Odwołującego 2 pozwala na przyjęcia, że Zamawiający dokonał prawidłowej oceny stanowiska Odwołującego 2 odnośnie zasadności zastrzeżenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Odnosząc się do poszczególnych argumentów wykonawcy, Izba wskazuje, co następuje:

Po pierwsze, Odwołujący 2 zastrzegł całą treść wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący 2 wskazał, że wszystkie informacje zawarte w wyjaśnieniach są zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, gdyż spełniają ustawowe wymogi ochrony wynikające z UZNK. Zdaniem Izby możliwość powoływania się na ochronę określonych informacji związanych z działalnością przedsiębiorstwa wymaga wskazania przez wykonawcę precyzyjnych informacji jakie winny zostać objęte ochroną i wykazania w stosunku do tak wyselekcjonowanych informacji przesłanek koniecznych do ochrony. Ustawodawca w art. 11 ust. 2 UZNK wskazuje, że

ochronie podlega informacja mająca wartość gospodarczą. Posługiwanie się zaś przez Odwołującego 2 twierdzeniami, że ochronie podlegają wszystkie informacje zawarte w wyjaśnieniach wymagało od Odwołującego 2 wykazania w stosunku do takich informacji ustawowych przesłanek ochrony, w tym wykazania obiektywnej wartości gospodarczej takich informacji. Jednocześnie Izba wskazuje, że jeżeli celem Odwołującego 2 było zastrzeżenie wyjaśnień jako autorskiego zestawienia informacji służących wycenie przedmiotu zamówienia, to okoliczność taką Odwołujący 2 winien wykazać. Nie stanowi wykazania przytoczenie brzmienia art. 11 ust. 2 UZNK. W ocenie Izby obowiązkiem wykonawcy było wykazania obiektywnej wartości gospodarczej zestawienia informacji pod nazwą „Wyjaśnienia wykonawcy”, wartości sięgającej poza ramy tego konkretnego postępowania czy określonego elementu tych wyjaśnień. Takich okoliczności Odwołujący 2 nie wykazał.

Odnosząc się do opisu wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, Odwołujący 2 wskazał, że zastrzeżone dane precyzyjnie obrazują sposób działania wykonawcy na rynku, a zatem ich ujawnienie konkurentom dałoby im nieuzasadnione korzyści gospodarcze. Izba wskazuje, po pierwsze, że fakt, iż Odwołujący 2 jest spółką wchodzącą w skład grupy kapitałowej Budimex jest okolicznością powszechną znaną. To, że podmioty w grupie kapitałowej współpracują ze sobą i - o ile to możliwe - korzystają ze wzajemnych doświadczeń i wiedzy, jest również wiedzą powszechną. Po drugie, opisywane przez Odwołującego 2 korzyści wynikające ze współpracy w grupie kapitałowej są tak ogólne, że trudno uznać, że mogą one być wykorzystane z jakąś stratą ekonomiczną dla wykonawcy. Sam Odwołujący 2 nie identyfikuje w jaki konkretnie sposób takie informacje mogą być wykorzystane przez konkurentów. Przewidywane przez wykonawcę koszty pracy, zaangażowania sprzętu zostały zaś przygotowane przez Odwołującego 2 na potrzeby tego konkretnego postępowania, sam wykonawca nie wykazał w jaki sposób mogłoby być wykorzystane przez konkurentów w innych postępowaniach. Co więcej, założenia Odwołującego 2 co do kosztów pracy czy sprzętu zostały przyjęte przez wykonawcę nieprawidłowo, więc trudno uznać, że mają one obiektywną wartość gospodarczą i jakkolwiek konkurent chciałaby w przyszłych postępowaniach wykorzystywać takie błędne założenia.

Dalej Odwołujący 2 wskazał, że ujawnienie konkurentom przewidywanego przez Odwołującego 2 poziomu cen ułatwi im przewidywanie, jakie poziomy cen wykonawca będzie oferował w przyszłych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego i kalkulowanie na tej podstawie cen na poziomach odpowiednio niższych. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego 2. Po pierwsze, cena jednostkowa za paliwo czy średni koszt roboczogodziny przyjęte przez wykonawcę jest wyliczana w oparciu o konkretne warunki

danego zamówienia i wymagania określone przez Zamawiającego. Po drugie, każdy z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia samodzielnie szacuje koszty jego realizacji w oparciu o dostępne mu zasoby materiałów, sprzętu czy pracowników, przy czym nie jest informacją poufną, że również każdy z wykonawców dąży do obniżenia ceny, aby ostatecznie uzyskać zamówienie. To naturalna aspekt działalności gospodarczej. Trudno zatem uznać za racjonalne, że poprzez ujawnienie szacowanych kosztów poszczególnych pozycji zamówienia, inni wykonawcy zaczną obniżać swoje ceny, w oderwaniu od swoich indywidualnych uwarunkowań i zasobów. Po trzecie, Izba wskazuje, że ceny zaproponowane przez Odwołującego 2 są wyłącznie jego projekcjami i przewidywaniami. Nie mają charakteru pewnego i obiektywnego. Trudno zatem przypisać im obiektywną wartość gospodarczą.

Odnosząc się do argumentu Odwołującego 2, że wiedza o zasadach współpracy wykonawcy z podwykonawcami i dostawcami (w szczególności o warunkach składanych przez nich ofert) pozwoliłaby konkurentom wykonawcy z jednej strony, bez własnej pracy, wzbogacić własną bazę dostawców i podwykonawców i nawiązać z nimi współpracę, z drugiej zaś ułatwiałaby pozyskanie analogicznych zasad współpracy (i korzystnych cen), Izba wskazuje, Zamawiający odtajnił wyjaśnienia z wyłączeniem firm i danych pozwalających na zidentyfikowanie kontrahentów wykonawcy zwartych w wyjaśnieniach oraz w załączonych dowodów, co czyni argument Odwołującego 2 niezasadnym.

Odnosząc się do argumentów Odwołującego 2, że *„wartość informacji zawartych w wyjaśnieniach nie jest ograniczona do jednostkowego postępowania przetargowego, jest bowiem rzeczą oczywistą, że ujawnienie wiedzy odnośnie sposobu przez danego wykonawcę kalkulowania ceny ofertowej, przyjmowanych założeń, ocenianych ryzyk, warunków współpracy z poszczególnymi kontrahentami i wszystkich innych zawartych w wyjaśnieniach informacji prowadziłoby do uzyskania przez konkurentów znaczącej i przy tym nieuzasadnionej przewagi. Tego rodzaju dane stanowią bowiem podstawę kalkulowania cen również w innych postępowaniach, w szczególności (choć niewyłącznie) w postępowaniach dotyczących zamówień na usługi tożsame z tymi, które są udzielane w niniejszym postępowaniu. Wymaga bowiem zaznaczenia, że Wykonawca w analogiczny sposób, biorąc pod uwagę tożsame czynniki generujące koszty, kalkuluje ceny ofertowe dla wszystkich (bądź zdecydowanej większości) zamówień o zbliżonym przedmiocie. Ponadto, w przypadku zamówień realizowanych w tym samym regionie geograficznym Wykonawca korzysta wielokrotnie ze współpracy z tymi samymi podwykonawcami i dostawcami, oferującymi co do zasady swe usługi i dostawy na podobnym poziomie cenowym – przy czym z uwagi na*



*długotrwałą współpracę warunki te są w większości znacznie bardziej atrakcyjne, niż proponowane konkurentom wykonawcy*”, Izba nie podziela stanowiska Odwołującego 2. Po pierwsze, należy podkreślić, że kalkulacja ceny ofertowej odbywa się zawsze na potrzeby konkretnego postępowania, z uwzględnieniem wymogów określonych w konkretnym OPZ. Odwołujący 2 nie wykazał, zdaniem Izby, iż w treści wyjaśnień zawarta jest jakaś unikalna, uniwersalna metodyka wyceny kosztów realizacji zamówienia, która ujawniona konkurentom Odwołującego 2 mogłaby być wykorzystana przez nich w innych postępowaniach. Czynniki generujące koszty realizacji zamówienia wynikają z uwarunkowań wskazanych w OPZ w konkretnym postępowaniu. Analiza zaś treści wyjaśnień złożonych przez wykonawcę wskazuje, że ryzyka i założenia na jakie Odwołujący 2 powołuje się w treści wyjaśnień, które rzekomo, w przypadku ich ujawnienia „*spowodowałyby uzyskanie przez konkurentów znaczącej nieuzasadnionej przewagi*” są powszechnie znane przedsiębiorcom prowadzącym działalność obszarze objętym przedmiotem zamówienia, co potwierdzają wyjaśnienia złożone przez pozostałych trzech wykonawców w postępowaniu. Odwołujący 2 po raz kolejny nie wykazał w jaki konkretnie sposób ujawnienie owych indywidualnych założeń wyceny narazi wykonawcę na utratę pozycji rynkowej. Zdaniem Izby Odwołujący 2 nie przedstawił żadnej analizy pomiędzy złożeniami wykonawcy a rzekomym ryzykiem straty pozycji rynkowej czy szkód finansowych. Co więcej, Odwołujący 2 nie wykazał, iż założenia czy ryzyka mają obiektywną wartość gospodarczą i jako takie mogą być wykorzystane przez wykonawców konkurencyjnych.

W ocenie Izby analiza treści wyjaśnień wskazuje, że ryzyka wskazane przez Odwołującego 2 są powszechnie znane, związane bądź to z prowadzeniem działalności gospodarczej bądź to uwarunkowane opisem wymagań Zamawiającego w OPZ. Izba nie odnalazła żadnych „*innowacyjnych*” ryzyk, których ujawnienie narażałoby Odwołującego 2 na utratę pozycji rynkowej czy określoną, identyfikowalną stratę ekonomiczną. Zresztą Odwołujący 2 w żaden sposób nie wykazał związku pomiędzy odtajaniem wskazanych przez niego ryzyk, a możliwością utraty pozycji rynkowej.

Odnoszą się do podnoszonych przez Odwołującego 2 warunków współpracy, Izba wskazała powyżej, że brak ujawnienia przez Zamawiającego nazw i danych pozwalających na zidentyfikowanie kontrahentów Odwołującego 2, minimalizuje ryzyko ewentualnego uzyskania przez konkurentów dostępu do informacji o warunkach współpracy. W ocenie Izby sama treść umowy, czy oferty handlowej, bez nazwy dostawy czy producenta nie może być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Nie mogą stanowić dowodu na wykazanie obiektywnej wartości gospodarczej twierdzenia Odwołującego 2, że poznanie zasad, według których poszczególni wykonawcy kalkulują ceny ofertowe i według których obniżają koszty realizacji zamówień stwarza potencjalnego ryzyko znaczącego pogorszenia skuteczności w ubieganiu się o zamówienia publiczne i tym samym może mieć zasadnicze przełożenie na wynik finansowy przedsiębiorstwa. Tego rodzaju informacje są, zdaniem Odwołującego 2, informacjami bardzo „wrażliwymi”. Po pierwsze, w ocenie Izby, Odwołujący 2 poza ogólnymi opisami ryzyk i kosztów realizacji zamówienia (które zdaniem Izby są powszechnie znany wśród profesjonalnych podmiotów), nie zawarł w wyjaśnieniach szczegółowych zasada dotyczących wyliczenia kosztów realizacji zamówienia, przyjętej liczby roboczogodzin, kosztów pracy, co zresztą w sposób prawidłowy zostało wykazany przez Zamawiającego. Twierdzenia Odwołującego 2 o czynnikach wpływających na obniżenia ceny są ogólne, Odwołujący 2 nie wykazał, że rzeczywiście te czynniki wpływają na obniżenie ceny, odnoszą się one do rzekomych korzyści wynikających z synergii w ramach grupy kapitałowej Budimex, ich treść nie zawiera jednak żadnych specyficznych metod współpracy, szczególnych rozwiązań biznesowych stosowanych w grupie kapitałowej, skutkujących obniżeniem np. kosztów pracy czy sprzętu. Jest wiedzą powszechną, że w ramach grupy kapitałowej odbywa się wymiana doświadczeń czy wspólne zakupy sprzętu, materiałów. Zdaniem Izby jednak poziom szczegółowości wyjaśnień Odwołującego 2 nie pozwala na uznanie, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Co więcej, Izba wskazuje, że Odwołujący 2 nie zidentyfikował w jaki sposób mogłaby powstać potencjalna szkoda po stronie Odwołującego 2 w związku z odtajnieniem twierdzeń wykonawcy dotyczących współpracy w ramach grupy kapitałowej, co tym bardziej uzasadnienia słuszność oceny dokonanej przez Zamawiającego.

Odnosząc się do przesłanki braku wcześniejszego ujawniania informacji oraz podjęcia działań mających na celu zachowanie w poufności zastrzeżonych informacji, Izba wskazuje, że ogólność twierdzeń Odwołującego 2 nie pozwala na przyjęcie, iż Odwołujący 2 wykazał spełnienie warunków określonych w art. 11 ust. 2 UZNK. Odwołujący stwierdza, że: *„W wyjaśnieniach są też zawarte takie informacje, które jednostkowo (indywidualnie) są wprawdzie dostępne bądź to na stronach internetowych, bądź też w różnego rodzaju ogólnodostępnych opracowaniach (takie jak w szczególności: informacja o przynależności Wykonawcy do grupy kapitałowej, pozycji jedynego akcjonariusza Wykonawcy na rynku, innych kontraktach realizowanych przez Wykonawcę na tożsamym obszarze geograficznym), choć jednostkowo mogą być nawet jawne lub łatwo dostępne, to jednak w tym szczególnym zestawieniu podlegają ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa”*. Izba zaznacza, że wykonawca w pierwszej części swojego pisma zastrzegł wszystkie informacje zawarte w wyjaśnieniach jako tajemnica przedsiębiorstwa. W dalszej części oświadcza

jednak, że część tych informacji jest publicznie dostępna, ochronie podlegają ze względu na ich szczególne zestawienie. Co ważne, Odwołujący 2 nie identyfikuje w żaden sposób jaka część zastrzeżonych informacji jest publicznie dostępna. Zdaniem Izby, nieuprawnione jest twierdzenie Odwołującego 2, że określony, bliżej niezidentyfikowany zakres informacji z wyjaśnień podlega ochronie tylko dlatego, że rzekomo jest w szczególnym zestawianiu z innymi informacjami z tego względu podlega ochronie. Sam fakt zamieszczenia jawnych informacji w dokumencie zastrzeżonym jako tajemnica przedsiębiorstwa nie czyni takich informacji poufnymi. Takie stanowisko prowadziłoby do absurdalnych wniosków. Uzasadnione byłoby zastrzeżenie każdej informacji, niezależnie czy jawnej czy poufnej tylko przez sam fakt zamieszczenia jej w wyjaśnieniach. To zdaniem Izby jest niedopuszczalne. Dalej Odwołujący 2 wskazuje, że nawet *„jeśli niektóre z zastrzeżonych fragmentów informacji są jawne lub łatwo dostępne, to jednak jako całość i w tym szczególnym kontekście – tj. w kontekście wskazania ich wpływu na kalkulację ceny i sposób, w jaki Wykonawca cenę w przetargach na remonty i utrzymanie dróg kalkuluje – nie były dotąd upubliczniane. Żaden z konkurentów Wykonawcy nie miał nigdy dostępu do informacji obejmujących zbiór tych wszystkich danych w ujęciu prezentującym w sposób kompleksowy wpływ wszystkich tych czynników na możliwość odpowiedniego obniżania cen ofertowych w przetargach”*. Izba zauważa, że przy braku identyfikacji przez Odwołującego 2, które z informacji zawartych w wyjaśnieniach mają charakter poufny, a które jawny, podnoszone argumenty nie mogą być uznane za zasadne. Zdaniem Izby Odwołujący 2 powinien określić i zidentyfikować, które informacje w wyjaśnieniach są poufne, a które tajne. Mając taką wiedzę można dopiero określić, czy objęcie zakresem tajemnicy przedsiębiorstwa informacji jawnych jest zasadne ze względu na ich szczególne znaczenie w procesie kalkulacji ceny. Odwołujący 2 jednakże nie robi w tym zakresie nic, po raz kolejny jego stanowisko ogranicza się do ogólnych twierdzeń i przywołania orzecznictwa, bez odniesienia do konkretnych informacji zawartych w wyjaśnieniach. Zgodzić się należy z Odwołującym 2, że być może żaden z konkurentów nie miał dostępu do wyjaśnień jako zbioru określonych informacji, ale okoliczność ta sama w sobie nie uzasadnia uznania całego dokumentu wyjaśnień za tajemnicę przedsiębiorstwa. Oznaczałoby to możliwość zastrzegania przez wykonawców wszelkich informacji w drodze czynności kwalifikowanej poprzez zamieszczenie klauzuli „tajemnica przedsiębiorstwa” w treści wyjaśnień. Oczywiście ochronie może podlegać szczególne zestawienie elementów informacji poufnej, nawet jeżeli poszczególne elementy tego zestawienia są dostępne publicznie dla osób, tyle tylko, że na wykonawcy spoczywa wówczas obowiązek wykazania, obiektywnej wartości gospodarczej takiego zestawienia. Innymi słowy, Odwołujący 2 musiałby wykazać, że wyjaśnienia stanowią indywidualne zestawienie informacji jawnych i poufnych (przy czym Izba stoi na stanowisku, że wykonawca musi zidentyfikować jakie informacje mają charakter jawny i

poufny), są autorskim rozwiązaniem wykonawcy stosowanym przy wycenie zamówień publicznych, które może być wykorzystywane w innych postępowaniach przez konkurencję, a tym samym powodować jakieś określone straty ekonomiczne po stronie Odwołującego 2. Takich jednak okoliczności Odwołujący 2 nie wykazał, wskazując ogólnie przepisy UZNK. Z treści uzasadnienia wykonawcy złożonego w dniu 14 października 2020 r. nie wynika jak owo indywidualne zestawienie informacji pn.: „Wyjaśnienia wykonawcy”, może być wykorzystane przez inne konkurujące podmioty na rynku. Odwołujący 2 wskazuje, że to gotowe rozwiązanie dla wykonawców, z którego mogą skorzystać w innych postępowaniach. Nie sposób zgodzić się z taki twierdzeniem. Jak Izba wielokrotnie wskazał, treść wyjaśnień wykonawcy to w zasadniczej części założenia i przewidywania co do okoliczności jakie mają wpływ na wycenę przedmiotu zamówienia. Owe założenia mają charakter hipotetyczny przyjęty na potrzeby danego postępowania i uwarunkowane wymaganiami danego postępowania przetargowego. Opis zaś ryzyk czy sposobu wyceny dokonany przez wykonawcę w wyjaśnieniach jest tak ogólny, że nie sposób uznać, iż jego ujawnienie może narazić wykonawcę na szkodę czy utratę pozycji rynkowej. Odwołujący 2 w żaden sposób nie uprawdopodobnił takiego ryzyka.

Zdaniem Izby o tym czy mamy do czynienia z informacją zasługująca na ochronę decyduje charakter informacji, obiektywna wartość gospodarcza, nie zaś fakt zamieszczania informacji w wyjaśnieniach i stwierdzenia, że stanowi ona tajemnicę przedsiębiorstwa. Jeśli Odwołujący 2 chciał zastrzec wyjaśnienia jako autorskie zestawienie określonych informacji (na co powołuje się w odwołaniu), to takich okoliczności nie wskazał w piśmie z dnia 14 października 2020 r. i nie wykazał na czym owe autorskie rozwiązanie miałyby się wyrażać. Zdaniem Izby, nie może być też tak, że sam fakt zestawienia określonych informacji przez wykonawcą kwalifikuje wyjaśnienia jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca musi wykazać, iż takie zestawienie ma obiektywną wartość gospodarczą, z której mogliby w sposób nieuprawniony skorzystać inni wykonawcy, poza ramami przedmiotowego postępowania przetargowego.

Odwołujący na str. 5 odwołania: *„Jest rzeczą oczywistą, że ujawnienie wiedzy odnośnie do sposobu kalkulowania przez danego wykonawcę ceny ofertowej, przyjmowanych założeń, ocenianych ryzyk i warunków współpracy z poszczególnymi kontrahentami i wszystkich innych zawartych w wyjaśnieniach informacji prowadziłyby do uzyskania przez konkurentów znaczącej i przy tym nieuzasadnionej przewagi w całym obszarze prowadzonej przez wykonawcę działalności gospodarczej.”* W istocie jednak ani w treści wyjaśnień ani także w treści odwołania Odwołujący 2 nie wskazał jaką konkretnie przewagę mogliby uzyskać pozostali wykonawcy w związku z każdą informacją zawartą w wyjaśnieniach. Co więcej, jak

Izba wskazała powyżej, Odwołujący 2 w żadnym miejscu nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, powołując się jedynie na ogólne stwierdzenia, że pozostali wykonawcy mogliby uzyskać bliżej nieokreśloną korzyść gospodarczą. Wartość gospodarcza informacji jest cechą mierzalną, obiektywną, którą Odwołujący 2 powołując się na tajemnicę przedsiębiorstwa ma obowiązek wykazać. Odwołujący 2, poza określaniem wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji mianem „istotnej” i akcentowaniem zasadności swojego stanowiska twierdzeniami o wartości organizacyjnej i handlowej zastrzeżonych informacji, w rzeczywistości obiektywnej wartości gospodarczej nie skwantyfikował ani w uzasadnieniu zastrzeżenia, ani nawet w odwołaniu.

Odnosząc się do kolejnej przesłanki na gruncie art. 11 ust. 2 UZNK, stanowiącej o możliwości zakwalifikowania danej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, o ile dany podmiot podjął działania w celu utrzymania ich w poufności, zaznaczyć należy, że ustawodawca w art. 11 ust 2 UZNK wymaga należytej staranności ze strony wykonawcy w procesie utrzymania zastrzeżonych informacji w poufności. Nie chodzi więc o jakichkolwiek działania, ale o takie działania które można zakwalifikować jako adekwatne do realiów funkcjonowania danego wykonawcy. Działanie, które minimalizują ryzyko dostępu do informacji przez osoby nieupoważnione. W analizowanym stanie faktycznym, Odwołujący 2 przedstawił wprawdzie w treści zastrzeżenia szereg informacji o stosowanych przez niego fizycznych i prawnych środkach ochrony informacji, niemniej jednak z okoliczności tej nie wynika jeszcze, że Odwołujący 2 podjął działania celem utrzymania poufności informacji, o których mowa w treści wyjaśnień. Należy wskazać, że każdy profesjonalny podmiot stosuje obecnie różne techniki zabezpieczania danych, w tym zawierając z pracownikami umowy o zakazanie wyjawiania informacji, co nie uzasadnia jeszcze twierdzenia, że wszelkie informacje dotyczące firmy pozostają jedynie w dyspozycji wąskiego kręgu osób bezpośrednio z danym zagadnieniem związanych. W piśmie zawierającym uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący 2 wskazał na następujące działania: Dokumenty mają określone dekrety i są przechowywane w systemie informatycznym za ścisłym ograniczeniem dostępności tych informacji. Osoby bezpośrednio zajmujące się ofertowaniem są zobowiązane do zachowania tajemnicy odpowiednimi instrukcjami zawierającymi klauzule o zachowaniu tajemnicy. Powyższe stwierdzenia nie zostały poparte żadnymi dowodami przez Odwołującego 2. Ponadto, zdaniem Izby, jest wiedzą powszechną, że takie działania są podejmowanymi powszechnie przez przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Każdy z podmiotów stara się chronić dane we własnej firmie przed dostępem osób nieuprawnionych, także z uwagi na obowiązujące coraz szerzej przepisy prawa, które nakazują ochronę np. danych osobowych. Odwołujący 2 nie wykazał natomiast

w jaki szczególny sposób chroni przed dostępem poszczególnych osób te informacje, które objął tajemnicą przedsiębiorstwa w niniejszym postępowaniu.

Ponadto, zdaniem Izby, na podstawie treści uzasadnienia nie sposób stwierdzić, w oparciu o ogólne podstawy uzasadniające zastrzeżenie całości wyjaśnień, które z informacji zawartych w ich treści miałyby być chronione przy użyciu przywołanych środków ochrony. Wątpliwości tych nie rozwiewają załączone do uzasadnienia zastrzeżenia dokumenty. Jak wskazał Zamawiający, przedstawiony przez Odwołującego 2 zbiór zasad deontologicznych wprawdzie ogólnie uwrażliwia pracowników i współpracowników Odwołującego 2 na kwestie związane z tajemnicą przedsiębiorstwa (str. 6), niemniej jednak na kolejnej stronie wskazuje, że w niektórych przypadkach jego postanowienia mogą zostać uzupełnione o dodatkowe, szczegółowe wytyczne (str. 7). Odwołujący 2 nie przedstawił w tym zakresie żadnego uszczegółowienia. Kolejno, Odwołujący 2 powołał się w uzasadnieniu zastrzeżenia na dokument, który wskazuje na spełnianie określonych standardów, niemniej jednak po pierwsze — dotyczy on innego podmiotu, po drugie — na str. 1 tego dokumentu widnieje informacja o braku jego aktualności.

Powyższe prowadzi do wniosku, że Odwołujący 2 nie wykazał podjęcia, przy zachowaniu należytej staranności, działań celu utrzymania w poufności zastrzeżonych informacji w zakresie wskazanym w treści uzasadnienia. Odwołujący 2 zaniechał chociażby zidentyfikowania grupy osób mających dostęp do informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz nie wykazał jakie środki bezpieczeństwa zostały podjęte w stosunku do tej grupy osób, w celu zachowania zastrzeżonych informacji w poufności.

Podkreślić raz jeszcze należy, że nie jest obowiązkiem Zamawiającego „wychwytywanie” z treści objętych tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów tych informacji, które zasługują na ochronę czy przyporządkowywanie tym informacjom właściwych środków służących takiej ochronie. Izba podkreśla, że w zasadniczej części wyjaśnienia Odwołującego 2 dotyczącej jego założeń co do realizacji konkretnego przedmiotu zamówienia, w konkretnych warunkach określonych przez Zamawiającego w SIWZ. Założenia te mają charakter niepewny, a co istotne i ustalone przez Zamawiającego w określonym zakresie błędny. Stąd też trudno przypisać takim założeniom obiektywną wartość gospodarczą wychodzącą poza ramy tego konkretnego postępowania. Nie sposób też uznać, że inni wykonawcy będą opierać się w swojej działalności na błędnych założeniach Odwołującego 2 co do wyceny przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby, w sytuacji, w której Zamawiający uznał za zasadne zastrzeżenie firm i danych pozwalających zidentyfikować kontrahentów Odwołującego 2, wyeliminowane zostało ryzyko na jakie powołuje się Odwołujący 2 w odwołaniu tj.

„...uzyskania przez konkurentów znaczącej i przy tym nieuzasadnionej przewagi w całym obszarze prowadzonej przez wykonawcę działalności gospodarczej”.

Izba podkreśla, że jawność postępowania przetargowego ma istotne i fundamentalne znaczenie dla rozwoju konkurencyjności na rynku zamówień publicznych. Jest narzędziem gwarantującym możliwość weryfikacji prawidłowości wyceny ofert wykonawców, co z kolei przekłada się na późniejszą prawidłową realizację zamówienia. Zasada jawności postępowania i zasada ochrony informacji stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa na gruncie ustawy Pzp wymaga rozstrzygnięcia pomiędzy dwoma konfliktującymi wartościami. Z jednej strony prawem wykonawców do weryfikacji zasadności wyceny kosztów realizacji zamówienia, z drugiej zaś strony prawem ochrony określonego i zidentyfikowanego zakresu informacji dotyczącego danego przedsiębiorstwa, którego ujawnienia może narazić wykonawców na utratę pozycji rynkowej czy określone i zidentyfikowane straty ekonomiczne. Przy czym jak Izba wskazała, ograniczenie jawności postępowania jest wyjątkiem od zasady i należy go interpretować ściśle. Praktyka zamówień publicznych pokazuje, że zastrzeżenie szerokiego zakresu informacji przez wykonawców nie służy de facto ochronie tajemnicy przedsiębiorstwa, ale wykorzystywane jest jako narzędzie do nieujawnienia wyjaśnień wykonawcy w obawie przed utratą możliwości uzyskania zamówienia. Takie rozumienie szkody ekonomicznej czy utraty pozycji rynkowej przez wykonawców jest niewłaściwe i nie zasługuje na ochronę.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

### **Sygn. akt: KIO 771/21**

W ocenie Izby odwołanie podlegało oddaleniu. Izba stwierdziła, że Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego 3 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Izba uznała, że Zamawiający błędnie ustalił, iż oferta Odwołującego 3 jest niezgodna ze SIWZ oraz z Rozporządzeniem rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r. (Dz. U. poz. 1778). To uchybienie Zamawiającego pozostaje jednak bez wpływu na wynik postępowania, gdyż oferta Odwołującego 3 podlega odrzuceniu z innej podstawy prawnej. Odnosząc się do poszczególnych zarzutów Odwołującego 3, Izba wskazuje co następuje:

*Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy w zw. z ustawą z dnia 10 października 200 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207 z późn. zm.) i*

*rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r. (Dz. U. poz. 1778) oraz w zw. z art. 90 Przepisów wprowadzających.*

Zdaniem Izby Zamawiający nieprawidłowo przyjął, iż Odwołujący 3 w wyjaśnieniach zaproponował średnią stawkę za jedną roboczogodzinę w wysokości niższej niż ta określona przepisami Rozporządzenia w sprawie minimalnego wynagrodzenia za rok 2020 r. Należy zgodzić się z Zamawiającym, że „Minimalna stawka godzinowa”, o której mowa w treści §2 ww. Rozporządzenia dotyczy minimalnej wysokości wynagrodzenia za każdą godzinę zlecenia lub świadczenia usług, przysługującą przyjmującemu zlecenie lub świadczącemu usługi. (vide: art. 1 pkt. 1a ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.) Z treści tomu III SWZ 2.7. 1) A. 1. s. 33 wynika natomiast, że Zamawiający wymagał zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, co powoduje, że zastosowanie ma stawka minimalnego wynagrodzenia za pracę w kwocie 2600 zł. Zamawiający nie wykazał jednak, że stawka roboczogodziny przyjęta przez Odwołującego 3 na poziomie 19 – 20 zł nie spełnia wymagań zawartych ww. Rozporządzeniu. Zdaniem Izby stawka ta spełnia wymagania Rozporządzenia, jednakże Odwołujący 3 zaniechał wyjaśnienia pozostałych kosztów pracy, jakie poniesie wykonawca w związku z zatrudnieniem pracowników na umowę o pracę. Nieprawidłowości stwierdzone przez Zamawiającego w tym zakresie uznać należy za zasadne. Podanie wyłącznie stawki godzinowej zgodnej z przepisami ww. Rozporządzenia nie stanowi wystarczającego wyjaśnienia kosztów robocizny jakie wykonawca uwzględnił w ofercie.

Izba wskazuje, że art. 90 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 3 zobowiązują wykonawcę do wykazania:

- kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę;
- kosztów wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

w wykazywanej stawce roboczogodziny. A to oznacza, zdaniem Izby, obowiązek ujęcia także koszty pracodawcy wynikające z zatrudnienia pracownika. Stąd też wskazane w treści ww. Rozporządzenia wartości nie są równe rzeczywistemu kosztowi, jaki pracodawca musi ponieść w związku z zatrudnieniem danej osoby. Po stronie kosztów należy ująć koszt części składek na ubezpieczenie, jakie pracodawca opłaca za pracownika (oraz ewentualnie składki



PPK). Po uwzględnieniu tych kosztów, w zależności od przyjętej stawki ubezpieczenia wypadkowego, koszty pracodawcy wynoszą ok. 3 156,66 zł. Każdy pracownik ma prawo do płatnego urlopu, pracodawca ponosi koszty zwolnienia lekarskiego pracownika przez pierwsze 33 dni, a nadto pokrywa koszty jego badań lekarskich, koszty zapewnienia mu ubrań roboczych i ich prania, koszt posiłków regeneracyjnych, czy wreszcie koszty pracy pracownika w godzinach nocnych (praca w godzinach nocnych z uwagi na specyfikę przedmiotu niniejszego zamówienia występuje w niniejszej sprawie). Jednocześnie należy zaznaczyć, że nie tylko z uwagi na wymogi wynikające z treści OPZ dotyczące zatrudniania pracowników w oparciu o umowę o pracę, ale także przez wzgląd na specyfikę sposobu realizacji przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu, możliwość „zatrudnienia” pracowników wykonujących przedmiot zamówienia na innej podstawie niż umowa o pracę jest marginalna, co zresztą nie było kwestionowane przez Odwołującego 3. Wykonawca winien realizować przedmiot zamówienia oparciu o z góry ustalona harmonogram prac, który z kolei wymusza ścisłe określenie, kiedy dani pracownicy będą świadczyli usługi. Nadto, prace wykonywane byłyby przez pracowników pod ścisłym nadzorem i kierownictwem wykonawcy oraz zatrudnionych przez niego kierowników utrzymania i ich zastępców. Wskazane tu cechy są szczególne dla stosunku pracy.

Dalej Izba wskazuje, że Zamawiający wskazał, że realny koszt pracodawcy związany z zatrudnieniem pracownika przekracza 22,33 PLN/netto (minimalny koszt robocizny — roboczogodziny obliczony przez Zamawiającego na podstawie obowiązujących przepisów z uwzględnieniem pracy w godzinach nocnych) oraz 20,93 PLN/netto (bez pracy w godzinach nocnych). Zamawiający poparł swoje twierdzenia szczegółowymi wyliczeniami. Zdaniem Izby Zamawiający w sposób prawidłowy wyliczył minimalne obciążenia jakie wykonawca będzie musiał ponieść w związku z zatrudnieniem osób na umowę o pracę przy realizacji zamówienia. Złożenie przez wykonawcę niższej stawki, co uczynił Odwołujący 3, wskazuje, że wykonawca nie uwzględnił całkowitych kosztów zatrudnienia, co stanowi o niedoszacowaniu oferty. I w tym zakresie oferta Odwołującego 3 pozostaje sprzeczna z ustawą Pzp – art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Izba wskazuje, że w treści odwołania Odwołujący 3 wskazuje na błędność wyliczeń stawki Zamawiającego, argumentując, że korzysta ze służb mundurowych, uczniów czy studentów do 26 roku życia czy też z pomocy podwykonawców prowadzących jednoosobową działalność gospodarczą. Odwołujący 3 jednak pomija okoliczność, że to w treści wyjaśnień jego obowiązkiem było jasne i precyzyjne opisanie pozycji kosztów robocizny jakie poniesie w związku z realizacją zamówienia, w tym określenie przyjętych założeń co do wyceny tej pozycji, kosztów pracodawcy. Izba nie odnalazła jednak takich informacji w treści wyjaśnień. Poza ogólnymi twierdzeniami Odwołującego 3 w wyjaśnieniach, Izba nie odnalazła analizy kosztów jakie poniesie

pracodawca, w tym rzekomych oszczędności na jakie powołuje się Odwołujący 3 z związku z zatrudnieniem emerytowanych pracowników służb mundurowych czy uczniów. Sam Odwołujący 3 w treści odwołania nie przywołuje żadnych konkretnych wyliczeń z treści swoich wyjaśnień.

Zdaniem Izby nie ma wątpliwości, że wyliczając koszty wykonania zamówienia Odwołujący 3, jak i inny wykonawcy zobowiązani byli uwzględnić w kosztach realizacji zamówienia wszystkie koszty, jakie dany wykonawca jako pracodawca poniesie w związku z zatrudnieniem pracownika, w tym koszty związane z koniecznością zapewnienia pracownikowi dodatków za pracę nocną, płatnego urlopu wypoczynkowego czy prawa do korzystaniem ze zwolnień lekarskich. Zdaniem Izby przyjęcie przez Zamawiającego niezgodności zaoferowanej stawki roboczogodziny z przepisami Rozporządzenia było działaniem zbyt daleko idącym ze strony Zamawiającego. Stawka bowiem sama w sobie jest zgodna z Rozporządzeniem, ale rodzi szereg pytań co do pozostałych kosztów jakie pracodawca ponosi w związku z zatrudnianiem pracownika na umowę o pracę. Te pozostałe koszty nie zostały w żaden sposób opisane i wyjaśnione w treści wyjaśnień Odwołującego 3, co czyni zasadny wniosek Zamawiającego o odrzuceniu oferty na podstawie art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

#### *Remont oznakowania cienkowarstwowego (II poz. 1)*

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego 3 w zakresie nieprawidłowej oceny wyjaśnień wykonawcy w zakresie remontu oznakowania cienkowarstwowego, zdaniem Izby wnioski Zamawiającego co do niezgodności oferty Odwołującego 3 z wymaganiami zawartymi w SIWZ są nieprawidłowe. Niezgodność oferty wykonawcy ze SIWZ musi być ustalona w sposób precyzyjny i jednoznaczny. To zaś determinowane jest wskazaniem jednoznacznego obowiązku wykonawcy w SIWZ, czego nie można stwierdzić w zakresie omawianego zarzutu. W przypadku wykonania zmian w oznakowaniu poziomym w ilości ok 5% całkowitej powierzchni malowania związanych z możliwą korektą organizacji ruchu, którą Zamawiający może wprowadzić w zależności od potrzeb, zdaniem Izby obowiązek wykonawcy ma charakter hipoteczny - może, ale nie musi wystąpić. Izba zgadza się z Odwołującym 3, że skoro obowiązek ma charakter warunkowy, to jego wycena może być analizowana w świetle ryzyka kontraktowego. Wykonawcy indywidualnie, w oparciu o swoje doświadczenie i wiedzę, oceniają owe ryzyko i wyceniają je w kosztach realizacji zamówienia. Przy czym ta ocena i przyjęte założenia powinny mieć odzwierciedlenie w wyjaśnieniach wykonawcy. Takie

podejście jest zgodne z informacjami jakie Zamawiający zawarł w formularzu cenowym. W formularzu tym przygotowanym przez Zamawiającego w GR II poz. I podaje on ilość malowania cienkowarstwowego jako 11 589 m<sup>2</sup>, a więc wartość wycenioną przez Odwołującego 3 w swoim formularzu cenowy. Zgodzić się należy z Zamawiającym, że to opis przedmiotu zamówienia określał zakres wymaganych prac, jednakże sam fakt braku ich umiejscawiania w Formularzu cenowym nie oznacza niezgodności oferty ze SIWZ w przypadku, gdy roboty te mają charakter warunkowy i hipotetyczny.

Izba wskazuje, że w analizowanym stanie faktycznym w wyjaśnieniach Odwołującego 3 brak jest informacji o tym jak wykonawca szacował ryzyko związane z realizacją omawianego zakresu robót. Przedstawiona zaś w treści odwołania argumentacja o tym, iż wartość tego ryzyka została ujęta z pozycji „Inne koszty związane z wykonaniem robót” lub rezerwy na jaką powołuje się w treści odwołania, jest zdaniem Izby argumentacją spóźnioną i przygotowaną wyłącznie na potrzeby postępowania odwoławczego. Gdyby Odwołujący 3 rzeczywiście analizował ryzyko związane z koniecznością wykonania tych prac, to zawarłby w wyjaśnieniach taką informację, wskazując w sposób jednoznaczny źródło z jakiego będą pokryte ewentualne koszty wykonania takich prac. Nieakceptowalnym dla Izby jest łącznie uchyleń w wyliczeniach wykonawcy na etapie postępowania odwoławczego. Odwołujący 3 nie wskazał na żadne obiektywne czynniki, które uniemożliwiły mu przekazanie informacji zawartych w odwołaniu na etapie postępowania wyjaśniającego. Stąd też, o ile zgodzić się należy z Odwołującym 3, że nie zachodzi niezgodność oferty wykonawcy ze SIWZ, o tyle racje ma Zamawiający, że wykonawca w wyjaśnieniach nie zawarł informacji jak szacował ryzyko wykonania omawianego zakresu robót, jakie wartości uwzględnił w kosztorysie. Zasadnie więc Zamawiający uznał, że wyjaśnienia wykonawcy są niepełne, niewystarczające oraz że na nich podstawie nie ma możliwości zweryfikowania prawidłowości wyceny omawianego zakresu prac.

*Kompleksowe ręczne i mechaniczne koszenie traw i chwastów wraz z usuwaniem odrostów i samosiewów z pasa drogowego*

Izba wskazuje, że zgodnie z treścią OPZ (TOM III SIWZ s. 150) „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). (...) Pomiędzy koszeniami 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.

Zamawiający dopuszcza możliwość zmniejszenia zakresu koszeń pośrednich II i III ale przy założeniu, że trawa musi w tym okresie odpowiadać wymaganiom co do wysokości podanym powyżej”.

Mając na uwadze powyższe, Izba stoi na stanowisku, że Zamawiający nie wykazał niezgodności oferty Odwołującego 3 z ww. postanowieniami SIWZ. Nie było sporne pomiędzy stronami, że Odwołujący 3 uwzględnił minimalną liczbę koszeń. W tym zakresie oferta pozostaje zgodna ze SIWZ. W treści uzasadnienia odrzucenia ofert Odwołującego 3, Zamawiający wskazał, że aby spełnić wymóg co do wysokości trawy w praktyce konieczne jest jeszcze jedno koszenie. Obowiązek ten jednak nie został *expressi verbis* zawarty przez Zamawiającego w treści SIWZ. Skoro Zamawiający ma wiedzę, że konieczne będzie 5 koszeń, to taką informację winien zawrzeć SIWZ. Tego jednak nie uczynił, trudno zatem zarzucać wykonawcy niezgodność ze SIWZ. W ocenie Izby konieczność dodatkowego koszenia w celu utrzymania odpowiedniej wysokości traw to ryzyko kontraktowe, które wykonawca indywidualnie kalkuluje. Przy czym ta ocena i przyjęte założenia powinny mieć odzwierciedlenie w wyjaśnieniach wykonawcy. W analizowanym stanie faktycznym w wyjaśnieniach Odwołującego 3 brak jest jednak niezbędnych informacji o tym jak wykonawca szacował ryzyko związane z realizacją tego wymagania Zamawiającego. Gdyby Odwołujący 3 rzeczywiście analizował ryzyko związane z koniecznością wykonania tych prac, to zawarłby w wyjaśnieniach taką informację, wskazując w sposób jednoznaczny jako wycenił ryzyko dodatkowego koszenia, czy w ogóle takie przewidział, a jeśli nie, to na jakich założeniach się oparł, jakie będzie źródło pokrycia ewentualnych kosztów z wykonaniem dodatkowego koszenia. Nieakceptowalnym dla Izby jest łatanie uchybień w wyliczeniach wykonawcy na etapie postępowania odwoławczego. Odwołujący 3 nie wskazał na żadne obiektywne czynniki, które uniemożliwiły mu przekazanie informacji zawartych w odwołaniu na etapie postępowania wyjaśniającego. Stąd też, o ile zgodzić się należy z Odwołującym 3, że nie zachodzi niezgodność oferty wykonawcy ze SIWZ, o tyle raczej ma Zamawiający, że wykonawca w wyjaśnieniach nie zawarł informacji jak szacował ryzyko wykonania omawianego zakresu robót, jakie wartości uwzględnił w kosztorysie. Zasadnie więc Zamawiający uznał, że wyjaśnienia wykonawcy są niepełne, niewystarczające oraz że na nich podstawie nie ma możliwości zweryfikowania prawidłowości wyceny omawianego zakresu prac.

#### *Utrzymanie Miejsc Obsługi Podróżnych (IV poz. 10) dalej zwanych „MOP-y”*

Odnosząc się do zarzutów Odwołującego 3 odnośnie nieprawidłowej oceny wyjaśnień wykonawcy w zakresie kosztów związanych z Utrzymaniem Miejsc Obsługi Pasażerów wraz

wyposażenie, Izba wskazuje, że Odwołujący 3 zasadnie wskazał, że w omawianym zakresie nie można stwierdzić niezgodności oferty wykonawcy ze SIWZ, na którą wskazał Zamawiający.

Na wstępie Izba wskazuje, że Zamawiający na str. 133 i 134 OPZ wskazał, że w zakresie czynności związanych z utrzymaniem miejsc obsługi pasażerów wraz z wyposażeniem wchodzi:

- Dokonywanie stałego monitoringu MPO (w ramach patroli drogi), (...)
- Toalety czyste, bez śmieci, zabrudzeń, o parametrach zgodnych z przepisami BHP, wyposażone w środki czystości zgodnie z zastosowaniem,
- Koszty na odpady opróżniane na bieżąco, nie są przepełnione, (...)
- Cały teren MOP bez porzucanych śmieci (odpadków pozostawionych przez użytkowników lub naniesionych przez wiatr),
- Prowadzenie 24 godzinnego nadzoru sprząającego zapewniającego czystość toalet, jak również ich zaopatrzenia środki higieniczne. Przedmiotowy nadzór prowadzony będzie bezpośrednio na terenie MOP.

W powyższych postanowieniach OPZ wynika, że Zamawiający wymagał m.in. prowadzenia stałego nadzoru sprząającego prowadzonego bezpośrednio na terenie MOP. Przy czym Izba wskazuje, że Zamawiający w OPZ nie sprecyzował szczegółowych zasad prowadzenia takiego stałego nadzoru sprząającego bezpośrednio na terenie MOP. Wykonawca w tym zakresie samodzielnie decydował o realizacji ww. zakresu prac, dokonując jego wyceny.

Zdaniem Izby z wyjaśnień Odwołujący 3 nie wynika w jakiś sposób za cenę 5 550 zł. wykonawca zrealizuje obowiązek prowadzenia 24 godzinnego nadzoru sprząającego zapewniającego czystość toalet i ich zaopatrzenie w środki higieniczne, prowadzonego bezpośrednio na terenie MOP. Koszty wykonania tego zakresu usług, zdaniem Izby, zostały przez Odwołującego 3 niedoszacowane. Nie można zaakceptować argumentacji Odwołującego 3 w zakresie tego, że podwykonawca prowadząc jednoosobową działalność gospodarczą jest w stanie, przy pomocy żony i córki, zapewnić właściwe utrzymanie trzech MOP za 5 550 zł miesięcznie, w tym całodobowy nadzór sprząający. Jak Izba wskazała powyżej, usługa utrzymania MOP jest świadczona w sposób nieprzerwany 24h/na dobę przez cały rok w trzech różnych lokalizacjach (w trzech MOP-ach). Tym samym pojedyncza osoba nie jest w stanie wykonywać tej samej usługi (sprzątać) trzech różnych MOP-ów. Okoliczność, iż osoba prowadząca indywidualną działalność może korzystać z pomocy najbliższych członków rodziny nie oznacza, że taka praca takich osób może być wykonywana bez wynagrodzenia. Ponadto, osoby współpracujące z osobami prowadzącymi

działalność gospodarczą podlegają obowiązkowo ubezpieczeniom, tj. emerytalnemu, rentowemu i wypadkowemu nawet w sytuacji, gdyby świadczyły prace nieodpłatnie (por. np. art. 6 ust. 1 pkt 4 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych). Choćby więc z tego tytułu powstały koszty po stronie podwykonawcy. Zdaniem Izby twierdzenia Odwołującego 3, że usługa taka, jak opisana powyżej będzie świadczona w sposób stały przez trzech członków rodziny, którzy łącznie z tego tytułu otrzymają kwotę 5 500 zł są więc, także wobec braku jakichkolwiek dowodów na tą okoliczność, są niewiarygodne. Należy jednocześnie podkreślić, że jest wiedzą powszechną, że podróżni korzystają z MOP 24 godziny na dobę, a co za tym idzie konieczność posprzątania toalety, posprzątania śmieci (nie tylko z toalet, ale przede wszystkim z terenów zielonych MOP), czy uzupełnienia środków czystości może zaistnieć w każdym czasie. Jak wyjaśnił Zamawiający, takie zakres prac wymagał wprowadzenia wymogu w OPZ co do pełnienia stałego, 24-godzinnego nadzoru sprząającego na miejscu — nadzoru, który w razie konieczności będzie w stanie posprzątać teren MOP w zasadzie „od ręki”. Z wyjaśnień Odwołującego 3, wynika, że zakres usług związanych z MOP w zakresie usługi sprzątania, nadzoru, konserwacji i napraw elementów MOP będzie świadczył podwykonawca za cenę 5500 zł (za wszystkie trzy MOP-y). W ocenie Izby, Odwołujący 3 nie wykazał, że w tej cenie będzie możliwa realizacji ww. zakresu prac. Zdaniem Izby wykonawca niedoszacował kosztów realizacji tej części robót, co Zamawiający prawidłowo ustalił.

Izba w omawianym zakresie nie stwierdziła niezgodności oferty z SIWZ. Izba podkreśla, że Zamawiający nie sprecyzowała w OPZ sposoby wykonywania 24h stałego nadzoru sprząającego nad MOP-ami. To w gestii wykonawców, w tym Odwołującego 3, było sprecyzowanie w wyjaśnieniach sposobu wykonania takiego nadzoru. Oczywiście mógłby być to nadzór osoby fizycznej zatrudnionej na pełny etat, ale postanowienie OPZ nie wykluczają innego sposobu wykonywania takiego nadzoru. Nie sposób zatem mówić o niezgodności oferty Odwołującego 3 ze SIWZ skoro sam Zamawiający nie określił szczegółowo zasad wykonywania nadzoru. Co do zasady należy przyjąć, że taki nadzór może być wykonywany za pomocą sił podwykonawcy, jak wskazał Odwołujący 3, ale Odwołujący 3 musiałby wykazać w wyjaśnieniach w jaki sposób w kosztach określonych przez podwykonawcę możliwe jest wykonywane stałego nadzoru sprząającego. Tego zaś, zdaniem Izby, Odwołujący 3 nie uczynił. Stąd też Izba uznała, że nieprawidłowości jakie ustalił Zamawiającego dotyczące niedoszacowania kosztów realizacji tej części zamówienia zostały prawidłowo ustalone przez Zamawiającego.

*Odległości konieczne do przejechania w celu wykonania patroli*

Odnosząc się do zarzutów Odwołującego 3 dotyczących Poz. IV pkt. 10 „Rutynowe objazdy dróg w ramach kontroli” i argumentów wykonawcy, że Zamawiający nie wyjaśnił w jaki sposób wyliczył ilość wymaganych kilometrów, Izba uznała stanowisko Zamawiającego za prawidłowe. Jak wyjaśnił Zamawiający, ciąg główny autostrady A4 od węzła Tarnów Centrum (bez węzła) do węzła Sędziszów (z węzłem) ma długość 49,603 km (por. Cz. A pkt 9.1 str. 1 OPZ). Zakres usługi polegającej na patrolowaniu powinien być ustalony przez Odwołującego 3 w oparciu o postanowieniem Cz. B pkt 4.12 ppkt 2 OPZ, gdzie jednoznacznie wskazano, że patrolowanie obejmuje ciąg główny, węzły i MOP-y. Zamawiający osobno w tabeli z Cz. A pkt 9.1 str. 1 OPZ podał długości łącznic składających się na poszczególne węzły. Zdaniem Izby, postanowienie to nie pozostawia wątpliwości, że długość 49,603 km nie obejmuje węzłów. Nie obejmuje też MOP-ów, które zgodnie z Cz. B pkt 4.12 ppkt 2 OPZ są objęte zakresem rutynowych objazdów w ramach patroli, co powoduje, że wykonawca nie będzie patrolował wyłącznie odcinka 2x49,603 km. Odwołujący 3 również pomija okoliczność, że w celu prawidłowego wykonania patrolu wykonawca musi wprawdzie dojechać do patrolowanego odcinka, przejechać z jednego odcinka patrolowanego na drugi, objechać wszystkie łącznice składające się na węzeł, czy zawrócić by zmienić kierunek jazdy. Zamawiający wykazał, że Odwołujący 3 nie uwzględnił konieczności pokonania dodatkowych odległości w celu wykonania patroli, o czym świadczy również treść złożonego przez niego odwołania. W ocenie Izby Odwołujący 3, przyjmując mniejszą liczbę km do przejechania, zaniżył tym samym koszty wykonania zamówienia.

Odnoszą się do zarzutu dotyczącego stawki 19 zł za godzinę pracy pracownika, przy równoczesnym założeniu pracy w systemie 24h/dobę, Izba uznała stanowisko Zamawiającego za prawidłowe. Twierdzenia wykonawcy zawarte w odwołaniu, iż część wynagrodzenia członków patrolu brygady została uwzględniona w kalkulacji wynagrodzenia za dokonywanie drobnych czynności utrzymaniowych, jak również w pozycjach remonty dróg, utrzymanie urządzeń bezpieczeństwa, elementów korpusu drogi, usuwanie skutków zdarzeń losowych, Izba uznała za niewiarygodne i przygotowane tylko na potrzeby postępowania odwoławczego. Twierdzenia te nie znajdują odzwierciedlenia w wyjaśnieniach wykonawcy. Podobnie w treści wyjaśnień brak jest kalkulacji tego dodatkowego wynagrodzenia. Twierdzenie te Izba uznaje za spóźnione.

Podobnie Izba w pełni popiera stanowisko Zamawiającego o braku możliwości wykonywania przez patrol drogowy szeregu czynności na jakie powołuje się Odwołujący 3. Przykładem czynności, której nie sposób wykonać przez pracowników w ramach patrolu, jest chociażby wskazany w poz. 1.10 Formularza cenowego „Remont nawierzchni dróg — remont doraźny”

(TOM III OPZ s. 79). Zamawiający w OPZ nie określił ilości i zakresu tych robót, ani technologii ich wykonywania dopuszczając możliwość wykonania tych robót w każdej dopuszczonej w ramach OPZ technologii (technologia musi zostać dopasowana do rodzaju uszkodzenia wymagającego naprawy). Jediną wartością graniczną, zobowiązującą do dokonania robót, jest to by spękanie, ubytek lub wykruszenie nawierzchni było o głębokości równej lub większej niż 5 cm. Jak wskazał Zamawiający szeregu wypadków wykonanie takich remontów będzie wymagało nie tylko wykorzystania specjalistycznych urządzeń i wiedzy, ale przede wszystkim będzie czynnością na tyle czasochłonną by uniemożliwić jej wykonanie łącznie z czynnościami patrolowymi. Tym samym Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, że poza czynnościami, które wchodzą w zakres patrolu zgodnie z treścią OPZ, osoby patrolujące będą mogły wykonywać jedynie najprostsze czynności wchodzące w zakres innych pozycji Formularza cenowego, a co za tym idzie „przerzucanie” do innych pozycji Formularza cenowego istotnych kosztów związanych z wykonywaniem patroli jest działaniem nieuprawnionym.

Odnosząc się do argumentów Odwołującego 3 o wydłużeniu przez Zamawiającego długości czasu przejazdu patrolu, Izba wskazuje, że weryfikacja wyjaśnień wykonawcy nie może ograniczać się do bezrefleksyjnego przyjęcia przez Zamawiającego założeń wykonawcy za prawidłowe, jak chciałby Odwołujący 3. Zamawiający w niniejszym postępowaniu prawidłowo zweryfikował przyjęty przez Odwołującego 3 czas objazdu, zwłaszcza w kontekście przywoływanych przez Odwołującego 3 argumentów jakoby to patrol miał wykonywać jakieś dodatkowe czynności. Zgodzić się należy Odwołującym 3, że Zamawiający nie wskazał w OPZ jaką ilość czasu należy przeznaczyć na wykonanie objazdu, to jednak nie oznacza, że nie może weryfikować założeń przyjętych przez wykonawcę. Zamawiający w sposób szczegółowy określił zakres czynności patrolu wynikający z OPZ. Dokonał objazdu przedmiotowego odcinka autostrady, przedkładając raport z przejazdu. Oczywiście wykonawca miał prawo przyjąć odmienne dane, ale winien był wykazać w treści wyjaśnień na jakich oparł się założeniach. Odwołujący 3 jednak nie zawarł takich informacji w wyjaśnieniach. Do odwołania zaś załączył raporty przejazdu z innych dróg. Sama okoliczność, iż patrolom Odwołującego 3 udało się w dniach i godzinach wskazanych w dokumentach załączonych do odwołania wykonać patrol sąsiedniego odcinkach autostrady w czasie 2 godziny, nie jest dowodem na to, że taki czas przejazdu będzie odpowiedni dla rejonu objętego niniejszym postępowaniem oraz dla każdego patrolu. Odwołujący 3, przystępując do postępowania winien więc indywidualnie ocenić czas przejazdu patrolu na odcinku, którego dotyczy postępowanie, uwzględnić przyjęte przez siebie założenia co do zakresu prac jakie poszczególne patrole będą zobowiązane wykonywać i jakie powołuje się



Odwołujący 3 w wyjaśnieniach. Tego zdaniem Izby Odwołujący 3 nie uczynił, nie wykazując jednocześnie błędności czy nieprawidłowości działań Zamawiającego.

Odnosząc się do stwierdzonych przez Zamawiającego nieprawidłowości co do liczby pojazdów patrolowanych, Izba wskazuje, że z części opisowej wyjaśnień (s. 21) Odwołującego 3 wynika, że Odwołujący 3 uwzględnił koszt „amortyzacji pojazdu patrolowego”. Użycie liczby pojedynczej i brak wskazania w wyliczeniach kosztu „krotności” jednoznacznie wskazuje na to, że mowa jest tu o jednym pojeździe, w sytuacji, gdy z postanowień OPZ wynika, że liczba wymaganych pojazdów to 2. Tłumaczenia Odwołującego 3 zawarte w odwołaniu, że pojęcia tego użyto w sposób nieprecyzyjny, bo w rzeczywistości koszt ten dotyczy kosztów amortyzacji dwóch, a nawet trzech pojazdów jest niewiarygodny i zdaniem Izby został przyjęty wyłącznie na potrzeby złożonego w sprawie odwołania. Złożone na etapie postępowania odwoławczego dowody w postaci faktur zakupu pojazdu, Izba uznaje za spóźnione. Dokumenty te wykonawca miał obowiązek złożyć wraz z wyjaśnieniami, tak aby mogły być ocenione przez Zamawiającego. Odwołujący 3 nie przywołał żadnych obiektywnych okoliczności, które uniemożliwiły mu ich złożenie na etapie postępowania wyjaśniającego. Z postanowień OPZ wynikał jednoznaczny obowiązek uwzględnienia kosztu 2 pojazdu i to na wykonawcy ciążył obowiązek wykazania, że takie koszty uwzględnił.

Izba wskazuje, że żaden element złożonych wyjaśnień Odwołującego 3 nie wskazywał na to by Odwołujący 3 pisząc o „amortyzacji pojazdu” miał na myśli w istocie amortyzację aż 3 pojazdów. Jak wskazał Zamawiający możliwe jest wykorzystanie do wykonywania patroli różnych pojazdów, o różnej wartości, a dodatkowo wykonawcy mogli w różny sposób określić wysokość odpisów amortyzacyjnych. Sama więc wartość amortyzacji nie świadczyła o tym, by nastąpiła tu jakaś niezamierzona omyłka pisarska, która mogłaby wymagać by doprecyzowania bądź Zamawiający mógłby ją samodzielnie poprawić. Dodać przy tym należy, że Odwołujący 3 koszt amortyzacji na takim samym poziomie przyjął na tej samej stronie wyjaśnień (str. 21) dla pozycji IV. 11, gdzie ujęty jest koszt utrzymania (zgodnie z OPZ jednego) pojazdu terenowego dla Zamawiającego. Skoro w obu wyjaśnianych pozycjach była mowa o jednym pojeździe i wskazano na taką samą wartość amortyzacji, tym bardziej nic nie wskazywało na to by w poz. IV. 11 istotnie chodziło o amortyzację jednego pojazdu, a następnie w poz. IV. 12 o amortyzację już 3 pojazdów.

Odwołujący 3 formułuje pod adresem Zamawiającego zarzuty dotyczące błędnej interpretacji oświadczenia wykonawcy. Odwołujący 3 pomija jednak okoliczność, że gdyby sam w pierwszej kolejności złożył wyjaśnienia w oparciu o zapisy OPZ, odnosząc kwoty do

wymagań jednoznacznie określonych w OPZ, to Zmawiający nie musiałby podejmować czynności interpretacji jego oświadczeń. Ponadto, interpretacja dokonana przez Zamawiającego opierała się o informacje, jakie Odwołujący 3 zawarł w wyjaśnieniach więc nie sposób stwierdzić w tym zakresie nieprawidłowości ze strony Zamawiającego.

*Zimowe Utrzymanie Dróg (dalej: „ZUD”) (X. poz. 2)*

Odnosząc się do zarzutów Odwołującego 3 zawartych w odwołaniu w zakresie ww. pozycji, Izba wskazuje, że Odwołujący 3 przyznaje wprost w treści odwołania, że koszt zapewnienia soli niezbędnej do wykonania usługi ZUD nie obejmuje wyłącznie kosztu jej zakupu, ale i koszt jej transportu. Koszt zakupu soli Odwołujący 3 określił w swoich wyjaśnieniach na 170 zł za tonę, ale z załączonych przez Odwołującego 3 dowodów (umów) wynika, że w rzeczywistości w sezonie 2020/2021 cena za zakup 1 tony soli wynosi 160 i 190 zł. Koszt jej transportu — wynikających z dowodów załączonych do odwołania — kształtuje się natomiast na poziomie 50 — 60 zł/tonę. Łączny koszt zapewnienia soli, w świetle dowodów obecnie przedstawionych przez Odwołującego 3, może więc wynieść nawet 250 zł/tonę. Minimalny koszt wyniesie zaś 210 zł/tonę. Wykonawca w treści wyjaśnień ceny założył natomiast, że całkowity koszt zapewnienia soli wynosi 205 zł/tonę, co jest stawką niższą niż spóźnione dowody załączone do odwołania. Jak wykazał Zamawiający, nawet gdyby przyjąć koszt dostawy wskazany przez Odwołującego 3 w odwołaniu, to i tak nadal występuje niedoszacowanie tej pozycji: 1300 ton/sezon x 205 zł/tonę 266 500 zł Wyliczenie wg danych zawartych w odwołaniu: 1300 ton/sezon x 250 zł/tonę 325 000 zł. Biorąc pod uwagę sześcioletni okres wykonywania zamówienia, jest to różnica rzędu nawet 351 000 zł i to oczywiście przy założeniu, że przez sześć kolejnych lat nie wzrośnie koszt zakupu soli i jej transportu.

Izba wskazuje, że nawet zakładając, że wykonawca będzie mógł zakupić część soli po niższych stawkach, to Odwołujący 3 winien był uwzględnić w cenie ofertowej koszty zapewnienia dodatkowych materiałów do utrzymania zimowego (materiały wymieniono na str. 172 OPZ) oraz ryzyko wzrostu cen zakupu środków do zimowego utrzymania w całym sześcioletnim okresie realizacji zamówienia. Odwołujący 3 zaś owych kwestii w treści wyjaśnień nie zawarł.

Odnosząc się do akcentowanej w odwołaniu kwestii posiadania przez Odwołującego 3 zapasów soli z lat poprzednich, wskazać należy, że okoliczność ta nie została w żaden sposób przez wykonawcę wykazana. Nadto, sam Odwołujący 3 nie uwzględnił konkretnych korzyści wynikających z posiadanego zapasu soli w wyliczeniu kosztów zapewnienia soli.

Odnosząc się natomiast do kwestii związanych z ustalaniem, jaka ilość soli będzie niezbędna do wykonania zamówienia i eksponowanej przez wykonawcę odpowiedzi na pytanie nr 31 do SIWZ, Izba nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego 3, że Zamawiający przekazał wykonawcom dane co do ilości wymaganej soli. W odpowiedzi na pytanie nr 31 Zamawiający tylko i wyłącznie podał dane historyczne co do zużycia soli i jak sam Zamawiający wskazał były to dane orientacyjne. Nie były to więc dane wiążące wykonawcę. Zamawiający podkreślał mianowicie, że są to dane historyczne i nie gwarantuje, że sytuacja będzie analogiczna w latach następnych. Ponadto jak wskazał Zamawiający, podane historyczne zużycie dotyczyło odcinka autostrady utrzymywanej w ramach kontraktu Utrzymaj Standard, gdzie nie było tak znacznych wymagań dot. standardów ZUD, w szczególności nie występowały działania profilaktyczne, które są znacznym generatorem zużycia soli, z uwagi na fakt, że konieczne jest posypywanie w określonej dawce 10g/m<sup>2</sup> w każdym określonym w OPZ przypadku wystąpienia ostrzeżeń o możliwym wystąpieniu zagrożenia. Okoliczności te winny zatem być uwzględnione przez Odwołującego 3 w szacowaniu wymaganej ilości soli, czego w ocenie Izby Odwołujący 3 nie uczynił, o czym świadczy twierdzenie wykonawcy zawarte w odwołaniu cyt. „Nie jest dla Wykonawcy zrozumiałym, dlaczego miałyby zakładać zużycie większej ilości soli niż zużywane dotychczas”.

#### *Koszty robocizny Dyżurni*

W ocenie Izby stanowisko i zarzuty podniesione przez Odwołującego 3 w zakresie kosztów robocizny dyżurnych są niezasadne. Izba wskazuje, że zawarte w treści odwołania informacja co do uwzględnienia kosztów zatrudnienia dyżurnych ZUD w kosztach pośrednich nie została zawarta w treści wyjaśnień wykonawcy i zdaniem Izby stanowi wyłącznie nieuprawnioną próbę przeliczenia kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami na etapie postępowania odwoławczego, co po pierwsze jest działaniem spóźnionym, po drugie, jak sam Odwołujący 3 stwierdził podczas rozprawy działaniem zabronionym w świetle postanowień SIWZ, gdyż Zamawiający zabraniał przeliczenia kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami.

Dalej Izba wskazuje, że Zamawiający prawidłowo ustalił, że w „Części opisowej kalkulacji” Odwołujący 3 wskazał, że koszty pośrednie obejmują w szczególności koszty zarządzania i koordynowania procesem ZUD, ale w świetle postanowień OPZ są to czynności odrębne od dyżurów ZUD, co wynika z treści OPZ - str. 181 i 182.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego 3, że żaden dokument nie wymaga zatrudnienia 32 pracowników przez cały okres wykonywania umowy, Izba wskazuje, że rzeczywiście Zamawiający nie posłużył się konkretną liczbą co do wymaganej liczby pracowników. Zauważyć jednak należy, że liczbę wymaganych pracowników determinują opis zakresu obowiązków wykonawcy wskazany w OPZ. Zamawiający wskazał, że biorąc pod uwagę zakres wymagań wskazanych w OPZ, w tym zwłaszcza bardzo krótkie czasy reakcji, w praktyce wykonawca operatorów ZUD zatrudnia w całym okresie zimowym. Zatrudnienie następuje na podstawie umowy o pracę, a to z uwagi na konieczność ustalenia z góry na każdy miesiąc grafiku pracy i pozostawania operatorów pod ścisłym nadzorem ze strony wykonawcy. Na podstawie umowy zlecenia można zatrudnić wyłącznie dodatkowe osoby do wykonywania prac zimowych, w szczególności osoby, które nie muszą być poddane weryfikacji Zamawiającego. Ponadto, biorąc pod uwagę minimalną ilość wymaganych sprzętów do ZUD – 16 nośników – w ramach stałego zespołu wykonawca musi dysponować co najmniej 32 osobami plus operatorami do ładowarki, równiarki oraz personelem zapasowym. Cały ten personel musi być w stałej gotowości do wykonywania ZUD w całym wskazanym powyżej okresie.

Skoro zatem Odwołujący 3 twierdzi w odwołaniu, że nie było konieczne uwzględnienie 32 pracowników przez cały okres wykonywania umowy, a jedynie przy intensywnych opadach, to winien w treści wyjaśnień szczegółowo określić na jakich zasadach dokonał przydziału personelu do wymaganego sprzętu w trakcie trwania umowy, jak podzielił koszty robocizny, jak zamierza zapewnić pełną obsadę wymaganego sprzętu z pomocą 5 pracowników w przypadku intensywnych opadów i jak wyliczył koszty ich pracy. Zdaniem Izby takich informacji wykonawca nie zawarł w treści wyjaśnień. Odwołujący 3 zaplanował pokrycie z kosztów przeznaczonych na wynagrodzenie za wykonywanie ZUD zatrudnienia w całym okresie zimowym średnio 5 osób/miesiąc, przyjmując stawkę pracownika na podstawie umowy o pracę na poziomie 19 – 20 zł, która to stawka nie pokrywa chociażby dodatku za pracę w godzinach nocnych i prawo pracownika do bezpłatnego urlopu, nie udowadniając jednocześnie, że za założoną w wyjaśnieniach stawkę jest w stanie zatrudnić wysoko wykwalifikowanych pracowników. Odwołujący 3 przy tym nie wyjaśnia w jaki sposób z pomocą 5 pracowników będzie w stanie zrealizować wymagany przez Zamawiającego zakres obowiązków, w przyjętym przez Zamawiającego modelu wykonywania obowiązków i wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę. W ocenie Izby, tak złożone przez Odwołującego 3 wyjaśnienia są niewiarygodne i wskazują na zaniżenie kosztów wykonania ZUD. Powoływanie się na efektywny czas pracy jest, zdaniem Izby, stwierdzeniem gołosłownym. Efektywność czasu pracy musi odnosić się do zakresu obowiązków wynikających z OPZ. Samo stwierdzenie wykonawcy, że założył efektywny czas pracy na

określonym poziomie bez jakiegokolwiek odniesienia do zakresu obowiązków i sposobu ich wykonania jest, zdaniem Izby, założeniem pustym i nic nie wnoszącym w procesie weryfikacji wyceny kosztów zamówienia. Tym samym, Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo ustalił niedoszacowanie kosztów realizacji zamówienia przez Odwołującego 3 w zakresie omawianej pozycji.

### *Koszt sprzętu*

Odnosząc się do zarzutów względem Zamawiającego w zakresie błędnej oceny wyjaśnień dotyczących kosztów wymaganego sprzętu, Izba wskazuje po raz kolejny, że Zamawiający oceniał treść złożonych wyjaśnień i dowodów. To wykonawca ma wiedzę jakim dysponuje sprzętem, a obliczając koszty zamówienia uwzględnia takie okoliczności w wycenie. Nie jest zadaniem nadmiernie skomplikowanym dla profesjonalisty wskazanie w treści wyjaśnień czy dysponuje danym nośnikiem lub innym pojazdem, ile lat ma dany sprzęt i czy przewiduje nabycia dodatkowego sprzętu i na jakich zasadach. Nie jest również zadaniem nadmiernie skomplikowanym dla profesjonalisty załączenie do wyjaśnień dowodów potwierdzających dysponowanie określonym sprzętem. Potwierdził to choćby sam Odwołujący 3, załączając do odwołania szereg wyliczeń i dokumentów, których nie załączył do wyjaśnień. Załączone do treści wyjaśnień zdjęcia sprzętu nie sposób uznać na wiarygodne źródło informacji o tym jakim sprzętem wykonawca dysponuje i jakie koszty w tym zakresie zostały uwzględnione w kalkulacji cenowej.

W ocenie Izby analiza treści wyjaśnień Odwołującego 3 w zakresie ww. pozycji wskazuje, że wykonawca nie wykazał na etapie badania i oceny jego oferty, że wycenił na poziomie rynkowym koszt zapewnienia sprzętu ZUD. Treść wyjaśnień wykonawcy ograniczała się do stwierdzenia, że ten koszt to 369 216,67 zł/sezon, a wykonawca samochody ciężarowe poza sezonem zimowym wykorzystuje do przewożenia materiałów. Wyliczenia i dowody potwierdzające cenę zostały załączone dopiero do odwołania, co zdaniem Izby jest działaniem spóźnionym. Izba podkreśla raz jeszcze, że ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień nie może służyć jako narzędzie do sanowania niedbałości wykonawcy w przygotowaniu pierwotnych wyjaśnień, z czym niewątpliwie mamy miejsce w odniesieniu do wyjaśnień Odwołującego 3.

Niezależnie od powyższego, Izba w pełni zgadza się z analizą informacji jakie Odwołujący 3 zawarł w treści odwołania odnośnie sprzętu oraz złożonych dowodów jaką dokonał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie. Słusznie wskazał Zamawiający, że Odwołujący 3 stwierdził na str. 23 odwołania, że dysponuje 16 nośnikami, z których najstarszy jest z 2016

r., a większość jest z 2018 r., z czego 9 jest już własnością wykonawcy, a 7 posiada w ramach umów leasingu, z których większość została zawarta do 2021 r. Wykonawca nie ma, wobec tego, potrzeby zakupu 16 nośników i jego kalkulacja jest prawidłowa. Już to stwierdzenie, w powiązaniu z treścią zał. 14 do odwołania — Tabela koszt sprzętu zatrudnionego do ZUD świadczy o braku zgodności założeń Odwołującego 3 z wymaganiami OPZ. Sprzęt do ZUD to nie tylko bowiem nośniki, ale także osprzęt. Z załącznika nr 26 do OPZ jednoznacznie wynika, że nośniki nie mogą być starsze niż 10 lat w każdym roku trwania umowy, a osprzęt nie starszy odpowiednio niż 7 lat. Realizacja przedmiotu zamówienia miała natomiast zakończyć się we wrześniu 2026 r. Oznacza to, że spośród 10 solarek wskazanych w zał. 14 do odwołania, jedna będzie mogła być używana tylko przez dwa sezony, kolejna przez trzy, a wszystkie pozostałe przez pięć sezonów. Analogicznie sytuacja wygląda z przeznaczonymi do realizacji zamówienia plugami. Oznacza to, że być może wykonawca nie będzie musiał w chwili obecnej zakupić nośników do ZUD, ale oferowany osprzęt nie będzie mógł być wykorzystywany w całym okresie realizacji umowy, a więc Odwołujący 3 zobowiązany był uwzględnić koszty zakupu kolejnych urządzeń. Brak uwzględnienia tych kosztów świadczy o nierzetelności jego kalkulacji. Nadto, także dalsze założenia wynikające z zał. 14 do odwołania wskazują na brak rzetelności Odwołującego 3 przy wyliczeniu ceny i jej faktycznym zaniżeniu.

W przypadku solarek kosztem zapewnienia sprzętu jest koszt amortyzacji. Amortyzacja została przy tym ustalona przez Odwołującego 3 w treści wyjaśnień jako 1 000 zł/na rok świadczenia usługi. Solarki nie są wykorzystywane do innych prac niż zimowe utrzymanie. Amortyzacja w wysokości 1 000 zł na rok świadczenia usługi, oznacza, że na miesiąc amortyzacja sprzętów wartych między 81 000 zł a 88 193 zł wynosi 83,33 zł. Oznacza to, że osprzęt — by kalkulacja się zgadzała — musiałby amortyzować się u Odwołującego 3 przez ponad 80 lat. Analogicznie sytuacja wygląda w przypadku plugów. Tu również w celu wykazania, że cena ofertowa wykonawcy jest prawidłowa przyjęto skrajnie niską amortyzację na rok świadczenia usługi (500 zł) w sytuacji, gdy osprzęt wart jest po kilkadziesiąt tysięcy złotych. Wartości amortyzacji podane w zał. 14 do odwołania warto przy tym porównać do amortyzacji wskazywanej w wyjaśnieniach ceny np. dla pojazdów patrolowych i terenowych, gdzie Odwołujący 3 przewidział koszt amortyzacji w wysokości 2 500 zł (a więc 2,5 razy większą), ale dodatkowo liczoną na miesiąc świadczenia usługi. W ocenie Izby, powyższe porównanie wskazuje, że Odwołujący 3 manipuluje wartością amortyzacji w zał. 14 do odwołania by tylko wykazać prawidłowość kalkulacji ZUD.

Odnosnie nośników Odwołujący 3 wskazał w treści wyjaśnień, że nośniki w sezonie letnim są wykorzystywane do innych prac. Zimą, z uwagi na postanowienia OPZ, muszą być jednak

one do wyłącznej dyspozycji dla potrzeb wynikających z realizacji niniejszego zamówienia. Nie jest więc zrozumiałe, z jakich względów Odwołujący 3 do kosztów realizacji zamówienia wlicza 1/5 dla nośników i 1/4 dla pojazdu Unimog kosztów: amortyzacji, rat leasingowych, podatku, serwisu, ubezpieczeń, amortyzacji. Wszystkie wymienione koszty winny w gruncie rzeczy zostać wliczone do kosztów ZUD co najmniej w połowie (w sezonie letnim mogły być pokrywane z wynagrodzenia za inne usługi świadczone tymi sprzętami). Ilość dni, w których wykonywane jest płużenie czy posypywanie solą nie ma tu żadnego znaczenia, bowiem wykonawca ponosi koszty utrzymania i zapewnienia sprzętu, nawet jeśli nie wykorzystuje ich do wykonywania konkretnych czynności (koszt pozostawania przez wykonawcę w stałej gotowości do wykonywania usługi).

Odnosząc się zarzutów Odwołującego 3 odnośnie błędnej oceny wyjaśnień w zakresie kosztów paliwa, Izba wskazuje, że ocena Zamawiającego była prawidłowa. Izba zaznacza, że założenia wykonawcy co do ilości paliwa podlegają weryfikacji Zamawiającego względem wymagań zawartych w OPZ, jak również innych obiektywnych uwarunkowań związanych z realizacją zamówienia. Takie elementy zostały w sposób jasny i precyzyjny zweryfikowane przez Zamawiającego, który wykazał zaniżenie kosztów tej pozycji. Odwołujący 3 ustalił koszty paliwa na podstawie szacowanej przez siebie ilości wyjazdów sprzętów ZUD, przy czym szacunek ten Odwołujący 3 oparł na danych co do ilości wyjazdów sprzętów ZUD z ostatnich dwóch sezonów dla sąsiedniego odcinka autostrady A4. Jak wskazał Zamawiający, zima w sezonie 2018/2019 była jedną z najcieplejszych zim w ostatnich latach, a zima w sezonie 2019/2020 była wręcz ekstremalnie ciepła (notowano najwyższe temperatury i najmniejszą ilość opadów od 200 lat). Potwierdza to zestawienie Odwołującego 3, z którego wynika, że w sezonie 2019/2020 jedynie czterokrotnie wyjechał na drogi sprzęt do ich odśnieżania. Dla porównania, w sezonie 2018/2019 w samym miesiącu styczniu sprzęt do odśnieżania wyjechał 15 razy. Uwzględnienie przy liczeniu średniej danych z sezonu 2019/2020 istotnie więc zaniżyło założoną przez Odwołującego 3 ilość wyjazdów sprzętu ZUD, powodując, że także założenia co do ilości zużywanego paliwa uznać należy za zaniżone, co wykazał Zamawiający. Odwołujący 3 uwzględniając warunki klimatyczne panujące na terenie, gdzie świadczona jest usługa, nie może natomiast zakładać, że ekstremalnie ciepłe zimy będą się powtarzać, gdyż takie założenia nie pozwoliłyby na prawidłową realizację przedmiotu zamówienia przy warunkach atmosferycznych jakie wystąpiły chociażby w sezonie zimowym 2020/2021. Izba podkreśla również, że z treści wyjaśnień nie wynika, w jaki sposób wykonawca wycenił ryzyko związane z koniecznością częstszych wyjazdów z uwagi na odmienne uwarunkowania pogodowe niż w latach 2018/2019 czy 2019/2020.

*Zarzut naruszenia art. 26 ust. 1 ustawy Pzp i art. 90 Przepisów wprowadzających oraz zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp*

Wobec uznania przez Izbę, że Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego 3, ww. zarzuty nie znalazły potwierdzenia w analizowanym stanie faktycznym. Przepis art. 26 ust. 1 ustawy Pzp nakłada bowiem na Zamawiającego obowiązek wezwania do złożenia oświadczeń lub dokumentów jedynie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, oferta zaś Odwołującego 3 została odrzucona. Naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp należy również uznać za bezzasadny. Oferta złożona przez Odwołujących 3 została prawidłowo odrzucona i nie może być uznana za ofertę najkorzystniejsza w postępowaniu.

*Zarzut dotyczący zaniechania ponownego wezwania*

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Zdaniem Izby ponowne wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie może służyć wykonawcom jako narzędzie do sanowania własnej niestaranności w procesie przygotowywania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Nie ulega wątpliwości, na co powoływał się sam Odwołujący 3, że jest profesjonalistą działającym w branży objętej przedmiotem zamówienia. Uczestniczył wielokrotnie w przetargach. Realizował bądź nadal realizuje na rzecz Zamawiającego umowy dotyczące zimowego i letniego utrzymania dróg. Odwołujący 3 oświadczył również, że składał w przeszłości wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny. Oczywistym jest również dla Izby, że nikt inny – tylko Odwołujący 3 ma wiedzę jak wyceniał koszty realizacji zamówienia, jakie wziął pod uwagę czynniki ryzyka i jak je oszacował. To Odwołujący 3 jako profesjonalista działający na rynku od wielu lat ma doskonałą wiedzę o tym, iż kontraktach związanych z utrzymywaniem dróg kluczowym elementem są koszty robocizny tj. koszty pracy ludzkiej, bez której żaden wykonawca niebyły w stanie wykonać zamówienia. Jest również oczywistym dla Izby, że Odwołujący 3 ma nie tylko wiedzę jako profesjonalista o obowiązujących przepisach odnośnie minimalnego wynagrodzenia za pracę i minimalnej stawki godzinowej za pracę, ale o kosztach pracy związanych z zatrudnieniem pracowników na umowę o pracę. Kwestia ta przedmiotem weryfikacji w każdym postępowaniu przetargowym. Konieczność zatem jasnego i precyzyjnego określenia kosztów pracy jakie wykonawca przewiduje ponieść w ramach realizacji zamówienia winna być przez Odwołującego 3 przedstawiona w sposób jasny i precyzyjny. Odwołujący 3 jednak nie zawarł w treści wyjaśnień owych jasnych i precyzyjnych wyjaśnień.



Na Odwołującym 3 ciążył obowiązek złożenia wyjaśnień, które pozwolą na uznanie zaofertowanej ceny za rynkową, a zatem wyczerpujących i opartych na wyjaśnieniach złożonych w sposób kompleksowy. Jeżeli więc Odwołujący 3 posiadał dokumenty zaświadczające o okolicznościach, które opisuje w ofercie, a następnie doprecyzował w formie wyjaśnień, to jedynie na skutek własnych zaniechań nie załączył ich do wyjaśnień, to nie powinien oczekiwać od Zamawiającego, że ponownie wezwie go do złożenia wyjaśnień.

Zdaniem Izby skoro na podstawie pierwotnych wyjaśnień Odwołującego 3, Zamawiający opierając się na postanowieniach OPZ ustalił szereg pozycji kosztorysu, których wycena została zaniżona przez Odwołującego 3 lub co do których Odwołujący 3 nie zawarł żadnych wyjaśnień, nie było podstaw do kierowania kolejnego wezwania do wykonawcy. Wezwanie takie, co resztą potwierdza treść odwołania, służyłoby wprowadzeniu nowych informacji względem pierwotnych informacji wskazanych w wyjaśnieniach, które Odwołujący 3 mógł zawrzeć w odpowiedzi na pierwotne wezwanie Zamawiającego. Umożliwienie wykonawcy składania dodatkowych wyjaśnień celem wskazania, że pokrył koszty danej pozycji w innej pozycji, ale niejako zapomniał o tym wspomnieć w wyjaśnieniach jest, w ocenie Izby, niedopuszczalne. Kolejne wezwanie Odwołującego 3 nie mogło służyć sanowaniu uchybień wykonawcy stwierdzonych przez Zamawiającego. Odwołujący 3, celem zapobieżenia odrzuceniu, zmuszony byłby przedstawić nowe twierdzenia i dokumenty, co stanowiłoby naruszenie podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia.

Zdaniem Izby Zamawiający przedstawił szeroką argumentację, popartą konkretnymi obliczeniami, wykazał w sposób precyzyjny nieprawidłowości w wycenie przedmiotu zamówienia poprzez niedoszacowanie szeregu pozycji kosztorysowych. Błędne ustalenie przez Zamawiającego niezgodności oferty Odwołującego 3 ze SIWZ pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, bowiem oferta Odwołującego 3 podlega odrzuceniu na podstawie art. 90 ust. 2 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp. W konsekwencji, Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i orzekła jak w sentencji.

#### **Sygn. akt: KIO 778/21**

Odwołanie podlegało uwzględnieniu w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Zdaniem Izby Odwołujący 4 wykazał, że istnieją zasadne podstawy do wezwania wykonawcy L. K. do złożenia wyjaśnień w zakresie zaofertowanej ceny. Szczegółowe uzasadnienia Izby zostało zawarte w wyroku KIO 780/21.

W pozostałym zakresie odwołanie podlegało oddaleniu. W ocenie Izby, Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego 4 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Odnosząc się do poszczególnych zarzutów podniesionych przez Odwołującego 4, Izba wskazuje, co następuje:

*Zarzut dotyczący niezgodności oferty Odwołującego 4 w zakresie zestawów ZUD oraz nieprawidłowej wyceny kosztów w tego zakresu zamówienia*

W ocenie Izby ustalenia i wnioski Zamawiającego uznać należy za prawidłowe. Po pierwsze, Izba wskazuje, że okoliczności jakie przywołuje Odwołujący 4 w treści odwołania w zakresie kalkulacji formularza cenowego poz. X „Zimowe utrzymanie dróg” nie znajdują odzwierciedlenia w treści wyjaśnień wykonawcy. Na etapie odwołania Odwołujący 4 nie może zmodyfikować treści uprzednio złożonych wyjaśnień w taki sposób by wywołać wrażenie, że cena zaproponowana za ZUD obejmuje również inne koszty niż te wprost wskazane w wyjaśnieniach. Zamawiający dokonywał oceny oferty w oparciu o wyjaśnienia i to na etapie składania tych wyjaśnień wykonawca zobowiązany był wykazać, że jego cena pokrywa wszystkie koszty wykonania zamówienia. Przedmiotem za oceny Izby jest prawidłowość działania Zamawiającego w oparciu o informacje jakie były mu dostępne na etapie oceny wyjaśnień wykonawcy.

Po drugie wskazać należy, że w załączniku nr 26 do OPZ Zamawiający określił minimalne wymagania co do sprzętu i minimalnej ilości dyżurnych ZUD. Odwołujący 4 w zakresie ZUD w wyjaśnieniach powołała się na ofertę podwykonawcy Bieżące Utrzymanie Dróg [tajemnica przedsiębiorstwa]. Dane z tej oferty zostały powielone w wyjaśnieniach Odwołującego 4 na str. 64 i 65 co do ilości dni pracy sprzętu, kosztów paliwa, stawki roboczogodziny i ilości sprzętu (7 414 549,92 zł). Odwołujący 4 wyliczenia podwykonawcy uzupełnił o koszt zakupu soli w wysokości 1 121 999,76 zł i koszt robocizny 5 pracowników (dyżurnych) w wysokości 1 007 949,60 zł oraz wskazał na sposób skalkulowania kosztów montażu i demontażu zasłon przeciwnieźnych siłami własnymi. Zdaniem Izby Odwołujący 4 w wyjaśnieniach szczegółowych uwzględnił wyłącznie te koszty, które w sposób jednoznaczny zostały wyłączone z oferty podwykonawcy. Co istotne, Odwołujący 4 pomija w treści wyjaśnień, że oferta podwykonawcy obejmuje mniejszą liczbę sprzętów ZUD niż wymagane w OPZ i co za tym idzie koszty zapewnienia dodatkowych nośników ZUD winny być uwzględnione w kalkulacji poz. X ZUD formularza cenowego. Nie dostrzegł również wymogu SIWZ co do nominalnej ilości dyżurnych ZUD. Zdaniem Izby, z wyjaśnień Odwołującego 4 wynika jednoznacznie, że oszacowana przez wykonawcę wartość kosztów bezpośrednich ZUD została ustalona przy założeniu pracy 14 „zestawów” sprzętu ZUD. Tymczasem, jak wynika z

załącznika nr 26 do OPZ, Zamawiający wymagał 16 „zestawów” ZUD. W wyliczeniach ze str. 64 - 65 wyjaśnień brakuje kosztów zapewnienia dwóch nośników uniwersalnych z osprzętem oraz odpowiednio kosztów ich pracy i obsługi (robocizny).

Odwołujący 4 przyznaje w odwołaniu, że nie ujął w kosztach ZUD kosztów zapewnienia 2 nośników uniwersalnych, twierdząc równocześnie, że nośniki uniwersalne są wykorzystywane przez cały okres realizacji zamówienia, nie tylko do ZUD, a koszt ich zakupu został ujęty w cenie oferty. Taki sposób działania przez Odwołującego 4 należy uznać za nieprawidłowy, a same twierdzenia zawarte w odwołaniu za niewiarygodne i niejako sprzeczne z treścią wyjaśnień. Po pierwsze, z treści wyjaśnień nie wynika, by koszty zapewnienia 2 nośników ZUD wraz z osprzętem nie wymienione w wyjaśnieniach szczegółowych ze str. 64 i 65 wyjaśnień miały być pokryte z innych pozycji rozliczeniowych. Zaznaczyć należy, że wykonawca bardzo szczegółowo wyjaśnił koszty objęte wyceną oraz wyjaśnił sposób ich wyliczenia (pamiętając nawet o kosztach szkoleń pracowników ZUD), a co za tym idzie mało prawdopodobne wydaje się, że przygotowując w ten sposób wyjaśnienia, nie wspomniałby w ich treści, że inne koszty nie wskazane wprost w wyjaśnieniach na str. 64-65 są ujęte w innej części wyjaśnień, w szczególności, gdy jednocześnie wskazał (cyt.): „Wykonawca w ramach powyższych działań będzie świadczył usługi zimowego utrzymania dróg solarkami, pługami odśnieżnymi oraz sprzętem ciężkim stanowiącym własność podwykonawcy i siłami pracowników podwykonawcy”. Z tego oświadczenia Odwołującego 4 jednoznacznie wynika, że do utrzymania zimowego dróg Odwołujący 4 nie zamierza wykorzystywać własnego sprzętu i powołuje się w tym zakresie na podwykonawcę. Znamienne przy tym pozostaje również i to, że Odwołujący 4 nawet w treści odwołania nie wskazuje, w której pozycji rozliczeniowej (jeśli nie w poz. X) ujął koszt zapewnienia 2 nośników uniwersalnych z osprzętem zimowym i miejsca wyjaśnienia ceny (odnoszącej się właśnie do wyjaśnień poszczególnych pozycji rozliczeniowych) złożonych Zamawiającemu, z których okoliczność ta miałaby wynikać. Ogólne zapewnienie co do objęcia danego kosztu ceną jest, zdaniem Izby, niewystarczające jak również spóźnione.

Po drugie, nośniki uniwersalne, wymagane w SIWZ, w okresie od 15 października do 15 kwietnia mogą być co do zasady wykorzystywane wyłącznie do prac ZUD. W cz. A pkt 5.5 OPZ ustalenia ekonomiczne Zamawiający jednoznacznie wskazał, że wartość za utrzymanie elementu w całym okresie trwania umowy (tu: element z poz. X formularza cenowego) musi uwzględniać wszystkie koszty związane z wykonaniem poszczególnych rodzajów robót, w zakresie określonym w OPZ, w specyfikacjach technicznych oraz wszystkie koszty pośrednie, w szczególności koszty wymienione lit. a) do z) tego punktu OPZ. Odwołujący 4 nie mógł więc zgodnie z OPZ zapewnić sprzętów do ZUD i ich obsługi (nośnika plus osprzęt,

który wykorzystywany jest wyłącznie do ZUD) ująć w innych pozycjach rozliczeniowych formularza cenowego.

Po trzecie, Izba wskazuje, że Zamawiający przedstawił szczegółowe kalkulacje, z których wynika, że kosztów bezpośrednich wykonania prac ZUD nie ujętych w wyliczeniach ze str. 64.-65 wyjaśnień nie można pokryć z kwot wskazanych jako koszty pośrednie i zysk. Stąd też twierdzenia Odwołującego 4 o możliwości pokrycia takich kosztów z innych pozycji są, zdaniem Izby, niewiarygodne i niewykazane.

Ponadto Izba wskazuje w zakresie operatorów sprzętów ZUD, że z kalkulacji ceny zawartej na str. 64 wyjaśnień jednoznacznie wynika, że Odwołujący 4 uwzględnił pracę 14 operatorów (przez 24h). Wskazana liczba operatorów jest niewystarczająca do obsługi 16 sprzętów ZUD wymaganych OPZ przez 24 godziny na dobę. W treści odwołania Odwołujący 4 twierdzi, że dwoma „brakującymi” w wyliczeniach ceny operatorami ZUD będą pracownicy Grup roboczych. Twierdzenia te są sprzeczne z jednoznaczną treścią wyjaśnień, a zarazem niewiarygodne, co wynika z przywołanego już powyżej cytatu z wyjaśnień wykonawcy, że: „Wykonawca w ramach powyższych działań będzie świadczył usługi zimowego utrzymania dróg solarkami, pługami odśnieżnymi oraz sprzętem ciężkim stanowiącym własność podwykonawcy i siłami pracowników podwykonawcy”. Odwołujący 4 nie wskazał więc w wyjaśnieniach ceny, by własne grupy robocze planował wykorzystać do zimowego utrzymania dróg. Równocześnie na str. 32 wyjaśnień, odnosząc się do globalnych kosztów robocizny, Odwołujący 4 wskazał, że przewiduje następujące zespoły pracowników (cyt.): Podwykonawca dla zakresu: X Zimowe Utrzymanie Dróg — z wyłączeniem pozycji Montaż i demontaż zasłon przeciwsłonecznych (harmonogram grupa 9). Zestawiając więc treść oświadczeń Odwołującego 4 ze str. 32 i str. 64 wyjaśnień ceny, oczywistym jest to, że Odwołujący 4 własnych pracowników (Grupa robocza nr 4) zamierzał wykorzystać do prac pomocniczych — montaż i demontaż zasłon przeciwsłonecznych, a wykonanie ZUD w całości zlecił podwykonawcy (z wyłączeniem dyżurnych ZUD), zaniżając związane z tym koszty poprzez przyjęcie w sposób niezgodny z OPZ ilości pojazdów z obsługą wymaganych do wykonania ZUD. Izba w tym zakresie uznała, że Zamawiający prawidłowo ustalił zakres niezgodności oferty ze SIWZ oraz niedoszacowania kosztów realizacji tej części zamówienia.

Odnosząc się zarzutów dotyczących błędnych wyliczeń Zamawiającego w zakresie zapewnienia paliwa do 2 dodatkowych nośników uniwersalnych, zdaniem Izby stanowisko Odwołującego 4 jest niezasadne. Izba w pełni popiera stanowiska Zamawiającego. Odwołujący 4 twierdzi, że Zamawiający niezasadnie dla potrzeb wyliczenia poziomu niedoszacowania przyjął liczbę dni pracy sprzętu ZUD i spalanie na poziomie 90l/100km

(zarzucając, że Zamawiający zawyżył tą wartość) w sytuacji, gdy Zamawiający liczbę dni pracy sprzętu ZUD i spalanie przyjął za Odwołującym 4, a Odwołujący 4 w wyjaśnieniach nie wskazał by wartości te były zawyżone i zawierały w sobie „rezerwę”. Jak wskazał Zamawiający, rezerwa kosztowa, na którą wskazuje Odwołujący 4 w treści odwołania (rezerwa wskazana na str. 34 wyjaśnień ceny) to ok. 196 000 zł/kontrakt, przy czym rezerwa ta przeznaczona jest zgodnie z oświadczeniem wykonawcy dla różnych sprzętów, w tym - poza nośnikami uniwersalnymi — dla ładowarki i równiarki, a więc sprzętów wymaganych do ZUD nie uwzględnionych wprost w kalkulacji kosztów ZUD. Koszty paliwa dla 2 dodatkowych nośników ZUD dla przypomnienia wynoszą 228 150 zł. Trudno więc przyjąć by wskazana rezerwa mogła pokryć te koszty, zwłaszcza jeśli jest rezerwą dla innych sprzętów (zarówno na sezon zimowy, jak i letni).

Odnosząc się do szacunków Odwołującego 4 odnośnie zużycia soli oraz do wyliczeń Zamawiającego, Izba wskazuje, że dane zawarte w wyjaśnieniach wykonawcy podlegają ocenie i weryfikacji przez Zamawiającego. Gdyby Zamawiający bezkrytycznie przyjmował liczby podane przez wykonawcę, weryfikacja wyceny byłaby iluzoryczna. I tak Odwołujący 4 założył w treści wyjaśnień roczne zużycie soli drogowej na poziomie 905 ton. Przy czym Odwołujący 4 w treści wyjaśnień nie wykazał zasadności tego założenia. Izba nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego 4, że Zamawiający przekazał wykonawcom dane co do ilości wymaganej soli. W odpowiedzi na pytanie nr 31 Zamawiający tylko i wyłącznie podał dane historyczne co do zużycia soli i jak sam Zamawiający wskazał były to dane orientacyjne. Nie były to więc dane wiążące wykonawcę. Zamawiający podkreślał mianowicie, że są to dane historyczne i nie gwarantuje, że sytuacja będzie analogiczna w latach następnych. Ponadto jak wskazał Zamawiający, podane historyczne zużycie dotyczyło odcinka autostrady utrzymywanej w ramach kontraktu Utrzymaj Standard, gdzie nie było tak znacznych wymagań dot. standardów ZUD, w szczególności nie występowały działania profilaktyczne, które są znacznym generatorem zużycia soli, z uwagi na fakt, że konieczne jest posypywanie w określonej dawce 10g/m<sup>2</sup> w każdym określonym w OPZ przypadku wystąpienia ostrzeżeń o możliwym wystąpieniu zagrożenia. Okoliczności te winny zatem być uwzględnione przez Odwołującego 4 w szacowaniu wymaganej ilości soli. Odwołujący 4 w wyjaśnieniach w żaden sposób nie odniósł się do specyfiki przedmiotu zamówienia. Argument o ryczałtowym wynagrodzeniu wykonawcy nie stanowi, zdaniem Izby, wystarczającego dowodu na wykazanie założeń co do szacunków zużycia soli. Jednak nawet przy takim podejściu do kalkulacji ceny, Odwołujący 4 powinien wykazać, że średnio pokryje on koszt zakupu soli drogowej z ceny ofertowej za ten element, czego nie uczynił.

Jednocześnie, Izba w pełni zgada się ze stanowiskiem Zamawiającego, że w terenie objętym usługą występują śnieżne i mroźne zimy zdecydowanie częściej niż w innych rejonach Polski, a średnia ilość zużywanej przez wykonawców usług utrzymaniowych dróg soli jest zdecydowanie większa niż 905 ton na sezon (przy uwzględnieniu długości odcinka drogi, zakresu robót, wymaganego standardu utrzymania), co obrazują zestawienia przedstawione przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. Poprawność założeń Zaprawiającego co do ilości zużywanej soli potwierdza przy tym bieżący sezon zimowy, w którym wykonawca usługi zużył 2 700 ton soli drogowej (stan na 10 marca 2021 r.) bez działań profilaktycznych. Zdaniem Izby wyjaśnienia wykonawcy co do przyjętych szacunków w zakresie zapotrzebowania na sól nie uwzględniały specyfiki postępowania i zostały zaniżone, co Zamawiający wykazał w sposób zasadny i prawidłowy.

Odnosnie dyżurnych ZUD, Izba wskazuje, że z wyjaśnień Odwołującego 4 (str. 64) wynika, że wykonawca przewidział w ramach Zimowego Utrzymania Dróg Dyżury 5 pracowników. Wniosek ten potwierdza dodatkowo treść załącznika nr 10 (Schemat organizacyjny), w którym wyszczególniono 4 Dyżurnych. Rozwiązanie to jest niezgodne z treścią SIWZ, co Zamawiający prawidłowo ustalił. Zgodnie z pkt 2.7 cz. I OPZ do prawidłowego wykonania zamówienia wykonawca w okresie zimowym musi zapewnić co najmniej 8 Dyżurnych Zimowego Utrzymania — nie mniej niż 4 osoby na jeden OUA w okresie od 15 października do 15 kwietnia każdego roku oraz nie mniej niż 4 osoby dla rejonu.

Obecnie na etapie postępowania odwoławczego, Odwołujący 4 twierdzi, że (cyt.): w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, na str. 64, wskazano wprost, że w zakresie akcji zima, dyżury będzie pełnić 5 pracowników, ale jednocześnie powyżej wskazano, że koordynacją działań, tj. dyżurnymi zimowymi, będą zajmowali się również etatowi pracownicy oddziału wykonawczego Eurovii nie wykonujący prac w okresie zimowym.” Zdaniem Izby Odwołujący 4 ignoruje oświadczenia złożone w wyjaśnieniach. Na str. 64 wyjaśnień wykonawca wskazał: Wykonawca ramach powyższych działań będzie świadczył usługi zimowego utrzymania dróg solarkami, pługami odśnieżnymi oraz sprzętem ciężkim stanowiącym własność podwykonawcy i siłami pracowników podwykonawcy. Koordynację działań tj. dyżury zimowe pełnić będą etatowi pracownicy oddziału wykonawczego Eurovia Polska SA niewykonujący prac w okresie zimowym (pracownicy grup bitumicznych) zgodnie z poniższymi wyjaśnieniami i szczegółową kalkulacją. Po tym fragmencie następuje wyliczenie (cyt.):

Robocizna (akcja zima) Dyżuru Eurovia Polska SA 5 pracowników dla zapewnienia ciągłości obsady x 168h miesiącu x 28,57 zł/h netto x 7 miesięcy. Obsada sprzętów (. ..).

Zdaniem Izby pracownicy etatowi oddziału wykonawczego wykonawcy nie są więc w świetle wyjaśnień ceny, jak twierdzi obecnie Odwołujący 4, dodatkowymi pracownikami, którzy zostaną skierowani do pełnienia dyżurów względem 5 pracowników wskazanych w wyjaśnieniach ceny, a stanowią pięciu pracowników, o których mowa w treści wyjaśnień. Wykonawca jednoznacznie wskazał więc w wyjaśnieniach ceny, jaką liczbę pracowników z dostępnych mu pracowników oddziału wykonawczego zamierza skierować do pełnienia dyżurów w ramach akcji zima (5 pracowników) i jest to liczba zbyt mała w stosunku do wymogów OPZ (s. 36 OPZ TOM I). Zaniżenie ilości pracowników koniecznych do pełnienia dyżurów ZUD prowadzi równocześnie do zaniżenia kosztów wykonania poz. X ZUD formularza cenowego. Wobec jednoznacznego w swej treści oświadczenia Odwołującego 4, zdaniem Izby, Zamawiający zasadnie przyjął, że oferta wykonawcy pozostaje niezgodna z SIWZ (w zakresie ilości osób pełniących dyżury ZUD i ilości sprzętów ZUD), a cena jest nieprawidłowo oszacowana.

Niezależnie od powyższego, Zamawiający słusznie wskazał, że jeśli rzeczywiście Odwołujący 4 planował do dyżurów ZUD w Rejonie wykorzystać pracowników etatowych oddziału wykonawczego spółki, w treści wyjaśnień brak jest informacji jak wykonawca zamierza pokryć koszty ich zatrudnienia. Cena za poz. X ZUD formularza cenowego nie pozwala na pokrycie tych kosztów, a wskazani pracownicy — jak wyjaśnia sam wykonawca — w sezonie zimowym nie wykonują innych prac utrzymaniowych, z których koszt ich zatrudnienia mógłby zostać pokryty. Odwołujący 4, choć twierdzi w odwołaniu, że poza kosztami wprost ujętymi w szczegółowej kalkulacji ze str. 64 i 65 wyjaśnień ceny, ceną ofertową objął również dodatkowych dyżurnych tam niewymienionych, dodatkowy sprzęt, dodatkowych operatorów i paliwo do tych sprzętów, w istocie nie pokazuje, w jaki sposób te dodatkowe koszty zamierza pokryć z ceny proponowanej w poz. X ZUD formularza cenowego.

W ocenie Izby, zarzuty odwołania są we wskazanym zakresie ogólne i sprowadzają się do twierdzenia, że dany koszt jest objęty ceną ofertową, co uznać należy za niewystarczające, zwłaszcza, iż nie sposób znaleźć uzasadnienia tychże twierdzeń w treści oferty oraz złożonych przez Odwołującego 4 wyjaśnień.

Odnosząc się do zarzutów Odwołującego 4 odnośnie nieprawidłowej oceny wyjaśnień wykonawcy w zakresie kosztów związanych z Utrzymaniem Miejsc Obsługi Pasażerów wraz wyposażeniem, Izba wskazuje, że Odwołujący 4 zasadnie wskazał, że w omawianym zakresie nie można stwierdzić niezgodności oferty wykonawcy ze SIWZ, na którą wskazał Zamawiający.

Na wstępie Izba wskazuje, że Zamawiający na str. 133 i 134 OPZ wskazał, że w zakres czynności związanych z utrzymaniem miejsc obsługi pasażerów wraz z wyposażeniem wchodzi:

- Dokonywanie stałego monitoringu MPO (w ramach patroli drogi), (. . . )
- Toalety czyste, bez śmieci, zabrudzeń, o parametrach zgodnych z przepisami BHP, wyposażone w środki czystości zgodnie z zastosowaniem,
- Koszty na odpady opróżniane na bieżąco, nie są przepelnione, (.. )
- Cały teren MOP bez porzucanych śmieci (odpadków pozostawionych przez użytkowników lub naniesionych przez wiatr),
- Prowadzenie 24 godzinnego nadzoru sprząającego zapewniającego czystość toalet, jak również ich zaopatrzenia środki higieniczne. Przedmiotowy nadzór prowadzony będzie bezpośrednio na terenie MOP.

Z powyższych postanowień OPZ wynika, że Zamawiający wymagał m.in. prowadzenia stałego nadzoru sprząającego prowadzonego bezpośrednio na terenie MOP. Przy czym Izba wskazuje, że Zamawiający w OPZ nie sprecyzował szczegółowych zasad prowadzenia takiego stałego nadzoru sprząającego bezpośrednio na terenie MOP. Wykonawca w tym zakresie samodzielnie decydował o realizacji ww. zakresu prac, dokonując jego wyceny.

Jak wynika z wyjaśnień Odwołującego 4 - str. 51 - koszty tego zakresu zamówienia tj. z Utrzymaniem Miejsc Obsługi Pasażerów wraz wyposażenie zostały obliczone przez wykonawcę na podstawie oferty podwykonawcy, przyjmując, że czas pracy konieczny do zapewnienia standardu wynosi 1,5 godziny na dobę/na MOP. Zdaniem Izby, zapewnienie obecności na każdym z MOP osób sprząających i wykonujących prace konserwacyjno — naprawcze jedynie przez 1,5h na dobę jest — jak podpowiada doświadczenie życiowe — niewystarczające by zapewnić dochowanie standardu. Ponadto Odwołując 4 nie wyjaśnił w swoich wyjaśnieniach w jaki sposób przewidywany 1,5h czas pracy na dobę na MOP przekłada się na realizację obowiązku 24h nadzoru sprząającego prowadzonego bezpośrednio na terenie MOP. W ocenie Izby, jest wiedzą powszechną, że podróżni korzystają z MOP 24 godziny na dobę, a co za tym idzie konieczność posprzątania toalety, posprzątania śmieci (nie tylko z toalet, ale przede wszystkim z terenów zielonych MOP), czy uzupełnienia środków czystości może zaistnieć w każdym czasie. Jak wyjaśnił Zamawiający, takie zakres prac wymagał wprowadzenia wymogu w OPZ co do pełnienia stałego, 24-godzinnego nadzoru sprząającego na miejscu — nadzoru, który w razie konieczności będzie w stanie posprzątać teren MOP w zasadzie „od ręki”.



Twierdzenia Odwołującego 4 o możliwości powierzenie wykonania 24 – godzinnego nadzoru osobom wykonującym patrole, jest zdaniem Izby niewiarygodnie i w praktyce, w świetle wymagań OPZ niemożliwe do wykonania. Po pierwsze, osoby wykonujące patrole mają z góry wyznaczone trasy i częstotliwość przejazdów (7 na dobę), co w praktyce oznacza, że patrol na MOP pojawiałby się co ok. 3-4 godziny. Taka częstotliwość przejazdów nie umożliwia pełnienia stałego, 24 – godzinnego nadzoru sprząającego na miejscu. Jednocześnie należy wskazać, że ponieważ Odwołujący 4 zaniżył ilości przejeżdżanych przez patrol km, o czym szerzej poniżej, nie jest możliwe pokrycie przez Odwołującego 4 z ceny ofertowej kosztów dodatkowych przejazdów patroli do MOP. Odwołujący 4 zresztą takich kosztów nie wykazał w wyjaśnieniach.

Po drugie, zakres czynności powierzonych patrolom jest relatywnie duży i został określona w cz. B. pkt 4.12 ppkt 3 OPZ. Z wyjaśnień Odwołującego 4 w żaden sposób nie wynika w jaki sposób osoby wykonujące patrole, zakładając prawidłową realizację przypisanych im obowiązków z OPZ, będą w stanie dokonywać 24 - h monitoringu MOP-ów. Zamawiający przy tym w sposób szczegółowy wykazał, brak możliwości przypisania patrolowi dodatkowych obowiązków związanych z MOP-ami, zwłaszcza uwzględniając okoliczność, że wykonawca w żaden sposób nie wykazał, iż w kosztach patrolu uwzględnił dodatkowe koszty związane z wykonaniem zadań związanych z MOP-ami. W ocenie Izby połączenie obowiązku utrzymywania stałej czystości w MOP-ach z wykonywanie czynności patrolowych (rutynowych objazdów drogi) nie zostało w żaden sposób przez Odwołującego 4 wykazane w treści wyjaśnień wykonawcy. Okolicznością zaś oczywistą i wynikającą z treści wyjaśnień jest to, że pracownicy podwykonawcy będą świadczyli usługi sprzątania, konserwacji i napraw elementów MOP jedynie 1,5 h na dobę, co zdaniem Izby stanowi potwierdzenia, że wykonawca nie doszacował tego zakresu zamówienia. Przywołana w treści odwołania okoliczność o prowadzeniu stałego monitoringu nie znajduje odzwierciedlenia w treści wyjaśnień. Nawet gdyby Odwołujący 4 rzeczywiście przewidział takie stały monitoring, to będzie ponosił z tego tytułu koszty, które nie znalazły odzwierciedlenia w wyjaśnieniach wykonawcy.

Izba w omawianym zakresie nie stwierdziła niezgodności oferty z SIWZ. Izba podkreśla, że Zamawiający nie sprecyzowała w OPZ sposobu wykonywania 24h stałego nadzoru sprząającego nad MOP-ami. To w gestii wykonawców, w tym Odwołującego 4, było sprecyzowanie w wyjaśnieniach sposobu wykonania takiego nadzoru. Oczywiście mógłby być to nadzór osoby fizycznej zatrudnionej na pełny etat, ale postanowienie OPZ nie wykluczają innego sposobu wykonywania takiego nadzoru. Nie sposób zatem mówić o niezgodności oferty Odwołującego 4 ze SIWZ skoro sam Zamawiający nie określił

szczegółowo zasad wykonywania nadzoru. Co do zasady należy przyjąć, że taki nadzór może być wykonywany za pomocą sił podwykonawcy, jak wskazał Odwołujący 4, ale Odwołujący 4 musiałby wykazać w wyjaśnieniach w jaki sposób w kosztach określonych przez podwykonawcę możliwe jest wykonywane stałego nadzoru sprzątającego. Tego zaś, zdaniem Izby, Odwołujący 4 nie uczynił. Stąd też Izba uznała, że nieprawidłowości jakie ustalił Zamawiającego dotyczące niedoszacowania kosztów realizacji tej części zamówienia zostały prawidłowo ustalone przez Zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutów Odwołującego 4 dotyczących Poz. IV pkt. 10 „Rutynowe objazdy dróg w ramach kontroli” i argumentów wykonawcy, że Zamawiający nie wyjaśnił w jaki sposób wyliczył ilość wymaganych kilometrów, Izba uznała stanowisko Zamawiającego za prawidłowe. Jak wyjaśnił Zamawiający, ciąg główny autostrady A4 od węzła Tarnów Centrum (bez węzła) do węzła Sędziszów (z węzłem) ma długość 49,603 km (por. Cz. A pkt 9.1 str. 1 OPZ). Zakres usługi polegającej na patrolowaniu powinien być ustalony przez Odwołującego 7 w oparciu o postanowieniem Cz. B pkt 4.12 ppkt 2 OPZ, gdzie jednoznacznie wskazano, że patrolowanie obejmuje ciąg główny, węzły i MOP-y. Zamawiający osobno w tabeli z Cz. A pkt 9.1 str. 1 OPZ podał długości łącznic składających się na poszczególne węzły. Zdaniem Izby, postanowienie to nie pozostawia wątpliwości, że długość 49,603 km nie obejmuje węzłów. Nie obejmuje też MOP-ów, które zgodnie z Cz. B pkt 4.12 ppkt 2 OPZ są objęte zakresem rutynowych objazdów w ramach patroli, co powoduje, że wykonawca nie będzie patrolował wyłącznie odcinka 2x49,603 km. Odwołujący 4 również pomija okoliczność, że w celu prawidłowego wykonania patrolu wykonawca musi wprawdzie dojechać do patrolowanego odcinka, przejechać z jednego odcinka patrolowanego na drugi, objechać wszystkie łącznice składające się na węzeł, czy zawrócić by zmienić kierunek jazdy. Zamawiający wykazał, że Odwołujący 4 nie uwzględnił konieczności pokonania dodatkowych odległości w celu wykonania patroli, o tym właśnie świadczy treść złożonego przez niego odwołania, co dodatkowo potwierdza, że Odwołujący 4 zaniżył koszty wykonania tego zakresu prac.

W ocenie Izby Odwołujący 4, przyjmując mniejszą liczbę km do przejechania, zaniżył tym samym koszty wykonania zamówienia. Izba nie dała wiary twierdzeniom Odwołującego 4, że ma unikalne rozwiązanie, dzięki, któremu ma możliwość dokonania rutynowego objazdu drogi w kosztach przez siebie wskazanych, przy uwzględnieniu prawidłowej długości dróg objazdu. Takie rozwiązanie nie zostało wskazane w treści wyjaśnień, a to treść wyjaśnień podlegała ocenie Zamawiającego. Podobnie twierdzenia wykonawcy, że chodzi tylko o odcinek zaledwie 500 m, pominięty przez Odwołującego 4, również nie mogą stanowić podstawy do sanowania błędności wyliczeń wykonawcy. Biorąc pod uwagę wymaganą liczbę

przejazdów oraz długość kontraktu, trudno błąd wykonawcy analizować wyłącznie w kontekście „zaledwie 500 m.”. W konsekwencji, w ocenie Izby, Zamawiający prawidłowo ustalił zakres nieprawidłowości wynikający w wyjaśnieniu Odwołującego 4.

#### *Zarzut zaniechania ponownego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień*

Zdaniem Izby zarzut uznać należy za bezpodstawny. W ocenie Izby ponowne wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie może służyć wykonawcom jako narzędzie do sanowania własnej niestaranności w procesie przygotowywania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Nie ulega wątpliwości, na co powoływał się sam Odwołujący 4, że jest profesjonalistą działającym w branży objętej przedmiotem zamówienia. Uczestniczył wielokrotnie w przetargach. Realizował bądź nadal realizuje na rzecz Zamawiającego umowy dotyczące zimowego i letniego utrzymania dróg. Oczywistym jest również dla Izby, że nikt inny – tylko Odwołujący 4 ma wiedzę jak wyceniał koszty realizacji zamówienia, jakie wziął pod uwagę czynniki ryzyka i jak je oszacował. To Odwołujący 4 jako profesjonalista działający na rynku od wielu lat ma doskonałą wiedzę o tym, iż kontraktach związanych z utrzymywaniem dróg kluczowym elementem są koszty robocizny tj. koszty pracy ludzkiej, bez której żaden wykonawca niebyły w stanie wykonać zamówienia. Jest również oczywistym dla Izby, że Odwołujący 4 ma nie tylko wiedzę jako profesjonalista o obowiązujących przepisach odnośnie minimalnego wynagrodzenia za pracę i minimalnej stawki godzinowej za pracę, ale o kosztach pracy związanych z zatrudnieniem pracowników na umowę o pracę. Kwestia ta przedmiotem weryfikacji w każdym postępowaniu przetargowym. Konieczność zatem jasnego i precyzyjnego określenia kosztów pracy jakie wykonawca przewiduje ponieść w ramach realizacji zamówienia winna być przez Odwołującego 4 przedstawiona w sposób jasny i precyzyjny. Odwołujący 4 jednak nie zawarł w treści wyjaśnień owych jasnych i precyzyjnych wyjaśnień zarówno w zakresie kosztów pracy, jak również w zakresie wymaganego sprzętu ZUD, kosztów związanych ze stałym nadzorem sprzętającym wykonywanym w MOP-ch, nie zawarł informacji o założeniach do co istotnych elementów związanych z realizacją zamówienia tj. zużycie soli czy prawidłowej liczby dyżurnych. Wielość uchybień i braków w wyjaśnieniach złożonych przez Odwołującego 4 potwierdza, że nie są one wyczerpujące i jednoznaczne.

Izba podkreśla, że na Odwołującym 4 ciążył obowiązek złożenia wyjaśnień, które pozwolą na uznanie zaoferowanej ceny za rynkową, a zatem wyczerpujących i opartych na wyjaśnieniach złożonych w sposób kompleksowy. Jeżeli więc Odwołujący 4 posiadał dokumenty zaświadczające o okolicznościach, które opisuje w ofercie, a następnie doprecyzował w formie wyjaśnień, to jedynie na skutek własnych zaniechań doprowadził do

ich nieujawnienia, gdyż nie powinien oczekiwać od Zamawiającego, że ponownie wezwie go do złożenia wyjaśnień.

Zdaniem Izby skoro na podstawie pierwotnych wyjaśnień Odwołującego 4, Zamawiający opierając się na postanowieniach OPZ ustalił szereg pozycji kosztorysu, których wycena została zaniżona przez Odwołującego 4 lub co do których Odwołujący 4 nie zawarł żadnych wyjaśnień, nie było podstaw do kierowania kolejnego wezwania do wykonawcy. Wezwanie takie, co resztą potwierdza treść odwołania, służyłoby wprowadzeniu nowych informacji względem pierwotnych informacji wskazanych w wyjaśnieniach, które Odwołujący 4 mógł zawrzeć w odpowiedzi na pierwotne wezwanie Zamawiającego. Umożliwienie wykonawcy składania dodatkowych wyjaśnień celem wskazania, że pokrył koszty danej pozycji w innej pozycji, ale niejako zapomniał o tym wspomnieć w wyjaśnieniach jest, w ocenie Izby, niedopuszczalne. Kolejne wezwanie Odwołującego 4 nie mogło służyć sanowaniu uchybień wykonawcy stwierdzonych przez Zamawiającego. Odwołujący 4, celem zapobieżenia odrzuceniu, zmuszony byłby przedstawić nowe twierdzenia i dokumenty, co stanowiłoby naruszenie podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia.

Zdaniem Izby Zamawiający przedstawił szeroką argumentację, popartą konkretnymi obliczeniami, wykazał w sposób precyzyjny nieprawidłowości w wycenie przedmiotu zamówienia poprzez niedoszacowanie szeregu pozycji kosztorysowych.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

### **Sygn. akt: KIO 780/21**

W ocenie Izby zarzuty podniesione w odwołaniu okazały się zasadne. Odwołanie podlegało uwzględnieniu.

Na wstępie Izba wskazuje, że zgodnie z 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, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla

wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2018 r. poz. 2177);

- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

W art. 90 ust. 1a ustawy Pzp ustawodawca wskazał, że przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od: (1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; (2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Należy wskazać, że ustawodawca określił wartość progową obligującą zamawiającego do weryfikacji cen zaproponowanych przez wykonawców (art. 90 ust. 1a ustawy Pzp), jednak nie oznacza to, że poniżej tej wartości zamawiający jest zwolniony od samodzielnej analizy ofert. Zgodnie bowiem z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający zwraca się o wyjaśnienia w przypadku, kiedy cena oferty „jest podejrzenie niska” i wzbudza wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami. Przy czym ocena czy zamawiający winien powziąć owe wątpliwości musi odbywać się w okolicznościach konkretnej sprawy, biorąc pod uwagę miernik rozsądnie działającego profesjonalisty. Zamawiający nie może tłumaczyć się tym że „mu się tak nie wydawało” i „nie powziął wątpliwości” albo, że nie przekroczonego progu 30%. Ocena działań zamawiającego musi być rozpatrywana i oceniana przy zastosowaniu zobiektywizowanej i uśrednionej miary. Gdyby przyjąć odmiennie i kierować się wyłącznie subiektywną oceną danego zamawiającego, rodziłoby to ryzyko nierównego traktowania wykonawców.

Należy dalej wskazać, że ustawa Pzp nie wskazuje żadnych przesłanek uzasadniających konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Zamawiający może powziąć

wątpliwości w oparciu o szereg czynników, w tym doświadczenie nabyte przy udzielaniu tego rodzaju zamówień, znajomość cen obowiązujących na rynku, ceny innych ofert złożonych w postępowaniu itp. Wątpliwości zamawiającego mogą dotyczyć nie tylko ceny całkowitej lub kosztu całkowitego oferty, ale również ich istotnych elementów składowych.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że w okolicznościach analizowanej sprawy Zamawiający jest zobligowany do wezwania wykonawcy Jana K.a do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Izba wzięta pod uwagę przede wszystkim stanowisko samego Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, jego oświadczenia złożonych podczas rozprawy, jak również sposób oceny ofert innych wykonawców.

Po pierwsze, Izba wskazuje, że Zamawiając z jednej strony twierdził, że nie dopuszczał możliwości przenoszenia kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami, co potwierdzi wszyscy wykonawcy odwołujący się. Jednocześnie, Zamawiający wskazał, że nie traktuje cen jednostkowych ustalonych na potrzeby szacunków za wartości będące wyznacznikiem rynkowej wartości zamówienia. Zamawiający wskazał, że odstąpił od porównywania cen jednostkowych zaoferowanych przez poszczególnych wykonawców i oceniał cenę całościowo. Zdaniem Izby konsekwencją oświadczeń Zamawiającego jest to, że ocena ofert wykonawców złożonych w postępowaniu nie mogła odbywać się wyłącznie przez pryzmat ceny globalnej, na co powołał się Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, ale również cen jednostkowych. Nie może być tak, że Zamawiający bada ceny jednostkowe tylko w stosunku do ofert, które przekroczyły próg, o jakim mowa w art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, a w przypadku pozostałych odstępkuje od tej zasady i rzekomo bada cenę całościową. Dopuszczenie takiego działania Zamawiającego oznaczałoby, że oferty z cenami które nie przekroczyły progu 30% nie są w ogóle badane w zakresie cen jednostkowych i nie podlegają weryfikacji względem zakazu przenoszenia kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami, podczas gdy oferty, które przekroczyły próg 30% podlegają takiej weryfikacji. Zdaniem Izby takie podejście Zamawiającego stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Rodzi ponadto zasadne pytanie w jaki sposób Zamawiający oceniał zgodność ofert z wymaganiami zawartymi w SIWZ w przypadku ofert, które nie przekroczyły progu z art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, w jaki sposób zweryfikował czy w poszczególnych pozycjach wykonawcy wycenili wszystkie elementy składające się na realizację zamówienia skoro obecnie twierdzi, że oceniał cenę całościową. Po drugie, Zamawiający twierdził, że nie dokonywał porównania cen jednostkowych poszczególnych wykonawców, ale analizował sposób ich wyliczenia, przy czym Zamawiający zdaje się pomijać okoliczność, że sam w treści decyzji o odrzuceniu ofert wykonawców wielokrotnie powoływał się na ceny zaproponowane przez innych

wykonawców. Po trzecie, sposób szacowania wartości przedmiotu zamówienia i poszczególnych pozycji przez Zamawiającego przedstawiony w odpowiedzi na odwołanie również budzi zastrzeżenia Izby. Zamawiający twierdzi, że ustalone ceny jednostkowe dla potrzeb szacunków nie traktował jako wartości będące wyznacznikiem wartości zamówienia. Dla Zamawiającego wiarygodną wartością jest wyłącznie całkowite wynagrodzenie szacunkowe. Zauważyć jednakże należy, że to całkowite wynagrodzenie szacunkowe oparte jest na cenach pozycji jednakowych. Błędne zatem wyliczenie pozycji jednostkowych będzie miało odzwierciedlenie w szacunkach globalnych, chyba, że takie pozycje jednostkowe nie będą odzwierciedlać rzeczywistych kosztów wykonania danej pozycji, ale to z kolei pozostaje w sprzeczności z oświadczeniami samego Zamawiającego, że właśnie pozycje jednostkowe mają odzwierciedlać wszystkie koszty danej pozycji, z uwagi na zakaz przenoszenia kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami. Co więcej, Zamawiający badał w stosunku do wykonawców ceny jednostkowo, aby zweryfikować cenę globalną, przecząc swoim słowom o tym, iż nie mają one znaczenia. Zdaniem Izby, nieistotne jest przy tym przekroczenie progu 30% na jaki powołuje się Zamawiający. Reguły badania i oceny ofert powinny być jasne i precyzyjne i takie same względem wszystkich wykonawców. Izba odnosi wrażenie, że Zamawiający dostosowuje reguły badania ofert w sposób dla siebie wygodny, zmieniając je tak, aby uzasadnić swoje stanowisko. Każda oferta podlega badaniu przez Zamawiającego, chociażby w zakresie jej zgodność ze SIWZ i każdy z wykonawców powinien mieć pewność i wiedzę na jakich zasadach takie badanie prowadzi Zamawiający. W analizowanym stanie faktycznym, ze stanowiska Zamawiającego nie wynika chociażby w jaki sposób analizował zgodność pozostałych ofert z wymaganymi SIWZ skoro nie badał cen jednostkowych i zakresu prac wycenionych przez wykonawcę, a oparł się tylko na cenie globalnej.

Odnosząc się do dalszej argumentacji Zamawiającego, to zgodzić się należy z Zamawiającym, że podstawą odrzucenia ofert wykonawców odwołujących się była nie tylko rażąco niska cena, ale również sprzeczność z postanowieniami SIWZ. Tyle tylko, że Zamawiający znów pomija okoliczność, że ową sprzeczność ze SIWZ ustalił na podstawie wyceny cen jednostkowych zaproponowanych przez wykonawców odwołujących się. Jak Izba wskazała powyżej, nie jest jasne i nie zostało przez Zamawiającego wyjaśnione w jaki więc sposób badał zgodność innych ofert złożonych w postępowaniu tj. ofert, które nie przekroczyły progu 30% ze SIWZ skoro opierał się wyłącznie na cenie globalnej.

Dalej Zamawiający wyjaśnił, że szczegółowo przeanalizował wszystkie oferty, dowodem tychże analiz jest w szczególności porównawcze zestawienie wszystkich cen całościowych jak i poszczególnych pozycji i ich cen jednostkowych, sporządzone na wstępie badania złożonych ofert. Z tychże analiz wynikało, że pomimo znacznych rozbieżności procentowych

w poszczególnych cenach, wybrana oferta wykonawcy L. K. FHUP nie kwalifikuje się do badania pod kątem rażąco niskiej ceny, ponieważ jej cena całkowita, która w szczególności biorąc pod uwagę cenę za istotne części składowe, nie wydaje się rażąco niska i nie budzi wątpliwości Zamawiającego. Ponadto Zamawiający wskazał, że przeanalizował aktualnie realizowane umowy przez L. K. i są one wykonywane prawidłowo podobnie jak umowy już zakończone. Po pierwsze Izba wskazuje, że Zamawiający nie wyjaśnił w jaki sposób badał zgodność oferty wykonawcy L. K. ze SIWZ. Zamawiający wskazał wyłącznie, że opierał się na cenie globalnej, bez badania cen jednostkowych, jak to uczynił względem wykonawców odwołujących się. Zamawiający pomimo długiego wywodu nie wskazał jak przebiegała ta ocena. Po drugie, okoliczność, że wykonawca L. K. zrealizował lub realizację na rzecz Zamawiającego umowy, w sposób prawidłowy i terminowy, nie jest dowodem na prawidłową wycenę przedmiotowego zamówienia czy zgodność oferty tego wykonawcy ze SIWZ, co sam Zamawiający jednoznacznie wskazał w decyzji o odrzuceniu oferty wykonawców odwołujących się, chociażby w stosunku do wykonawcy AVR czy FBSerwis. Dalej Zamawiający wskazuje, że różnica pomiędzy ceną zaproponowaną przez wykonawcę L. K., a najdroższą ofertą wykonawcy odrzuconego tj. AVR wynosi 3%, a więc kwotę 2 612 931, 21 zł brutto, co nie daje podstaw do podejrzenia, że cena wykonawcy K. jest rażąco niska. Przy czym nie jest jasne dla Izby na podstawie jakich założeń Zamawiający doszedł do takiego wniosku. Czemu tak kwota nie daje podstaw do podejrzenia rażąco niskiej ceny.

Odnosząc się do argumentacji dotyczącej istotnych części składowych ceny, Izba wskazuje, że ustawodawca w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie zdefiniował pojęcia istotnych części składowych ceny. Niewątpliwie istotną część składową ceny można określić poprzez określenie wartości procentowej kosztów realizacji danej części zamówienia w globalnej cenie za realizację zamówienia. W analizowanym stanie faktycznym, zdaniem Izby, Odwołujący 5 prawidłowo wskazał na elementy wyceny kosztów realizacji zamówienia, których wartość odniesiona do innych ofert wykonawców czy szacunków Zamawiającego wzbudza uzasadnione podejrzenie czy zakresem wyceny zostały objęte wszystkie prace wymagane przez Zamawiającego. Różnice procentowe wskazane przez Odwołującego 5 rodzą zasadne pytanie co tak naprawdę wycenił wykonawca w poszczególnych pozycjach i jaką metodologię wyceny zastosował. Zdaniem Zamawiającego takie odniesienie do szacunków poszczególnych pozycji innych wykonawców czy szacunków samego Zamawiającego jest nieprawidłowe, bowiem Zamawiający nie kierował się cenami jednostkowymi, ale ceną globalną. Zdaniem Izby prezentowane przez Zamawiającego stanowisko de facto uniemożliwia ustalenie istotnych części składowych ceny, a zarazem umożliwia Zamawiającemu swobodne manipulowanie ofertami i wycenami wykonawców w sposób dla siebie korzystny. Zamawiający twierdzi, że ceny jednostkowe nie są cenami



rynkowymi, znaczenie ma wyłącznie cena globalna, wskazując jednocześnie, że nie był zobowiązany do badania każdego z elementów formularza cenowego, a jedynie takich które cechowały się istotnością co do całości zamówienia. Rodzi się zatem pytanie jak Zamawiający określił ową istotność w stosunku do poszczególnych elementów formularza cenowego, skoro wycena takich pozycji nie miała dla Zamawiającego znaczenia. Zamawiający powołuje się względem oferty L. K. na prawidłową wycenę kosztów ZUD, wskazując, że jest największym składnikiem procentowym ceny, ale takie twierdzenie przeczy przyjętemu przez Zamawiającego założeniu, że wycena jednostkowa danych prac nie miała znaczenia, a liczyła się cena globalna. Ponadto, nawet gdyby zgodzić się z Zamawiającym, że koszty realizacji pozycji ZUD stanowią istotną część składową ceny, to nie oznacza, że Zamawiający był zwolniony od oceny pozostałych pozycji, weryfikacji ujęcia w tych pozycjach kosztów prac z nich wynikających. Nie można bowiem wykluczyć, że wykonawca właśnie zawyża koszty utrzymania ZUD, niedoszacowując prac z innych pozycji, czy wyceniając inny zakres niż wynikający z OPZ, unikając w ten sposób badania poprawności wyceny całego zamówienia. Ponadto, nie jest dla Izby jasne w jaki sposób Zamawiający ustalił, że wycena kosztów ZUD przez wykonawcę L. K. jest wyceną prawidłową. Skoro wykonawca ten nie był wzywany do złożenia wyjaśnień, Zamawiający, jak sam twierdzi, nie porównywał cen jednostkach pomiędzy wykonawcami, jak sam również twierdzi wycena poszczególnych pozycji dokonana przez niego nie miała znaczenia, to rodzi się pytanie w jakiś sposób Zamawiający zweryfikował swoje wnioski zawarte na stronie 9 odpowiedzi na odwołanie i w jaki sposób ocena kosztów realizacji ZUD została skonfrontowana z wyceną innych pozycji w formularzu cenowym L. K. w świetle zakazu przerzucania kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami.

Zdaniem Izby już sama okoliczność, że cena zaproponowana przez wykonawcę L. K. nie przekroczyła progu 30% o zaledwie 0,4% uzasadniała podjęcia przez Zamawiającego wątpliwości co do poprawności wyceny dokonanej przez tego wykonawcę w świetle decyzji o odrzuceniu ofert czterech innych wykonawców, których oferty przekroczyły ww. próg. W wyniku złożonych przez odwołujących się wykonawców wyjaśnień Zamawiający stwierdził szereg niedoszacowań w poszczególnych pozycjach kosztorysu, niezgodności ze SIWZ, nieprawidłowym sposobie wyceny kosztów pracy. Okoliczności te zdaniem Izby winny wzbudzić u Zamawiającego wątpliwości co do kosztów wyceny poszczególnych prac również przez wykonawcę L. K.. Zdaniem Izby ze stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie de facto nie wynika dlaczego zaniechania wezwania L. K. do złożenia wyjaśnień w zakresie wyceny kosztów realizacji zamówienia, dlaczego uznał, że brakujące 0,4% do progu 30% nie ma znaczenia, w jaki sposób ustalił zgodność wyceny przedmiotu zamówienia przez wykonawcę L. K. ze SIWZ, zwłaszcza, że po zbadaniu ofert

czterech innych wykonawców w tym zakresie Zamawiający winien powziąć wątpliwości czy inne oferty zostały wycenione zgodnie z opisem wymagań zawartych w OPZ.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

### **Sygn. akt: KIO 781/21**

W ocenie Izby odwołanie podlegało częściowemu uwzględnieniu. W analizowanym stanie faktycznym zasadny okazał się zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w odniesieniu do zaniechania wezwania wykonawcy L. K. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Stanowisko Izby co do zasadności tego zarzut zostało zwarte w wyroku o sygn. akt: KIO 780/21.

W pozostałym zakresie odwołanie podlegało oddaleniu. Izba wskazuje, że istota wielości zarzutów sformowanych przez Odwołującego 6 w odwołaniu sprowadza się do rozstrzygnięcia jednej zasadniczej kwestii – czy wyjaśnienia złożone przez Odwołującego 6 w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 30 lipca 2020 r. zostały prawidłowo ocenione przez Zamawiającego.

Odnosząc się na wstępie do argumentacji Odwołującego 6 w zakresie cen zawartych w kosztorysie Odwołującego 6, a cen innych wykonawców oraz stanowiska Zamawiającego wyrażonego w odpowiedzi na odwołanie, Izba wskazuje, że argumenty podniesione przez wykonawcę uznać należy za zasadne. Po pierwsze, Zamawiający na rozprawie złożył oświadczenie, że w świetle postanowień SIWZ nie było możliwe przeliczanie kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami kosztorysu. Okoliczność tą potwierdzili odwołujący się wykonawcy. Każda pozycja winna obejmować swoim zakresem całkowity koszt jej realizacji. Konsekwencją tego stanowiska Zamawiającego jest to, że ocena ofert wykonawców złożonych w postępowaniu nie mogła odbywać się wyłącznie przez pryzmat ceny globalnej, ale również cen jednostkowych. Niezrozumiałym dla Izby jest stanowisko Zamawiającego, który twierdzi, że badał ceny jednostkowe tylko w stosunku do ofert, które przekroczyły próg o jakim mowa w art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, a w przypadku pozostałych ofert oceniał cenę całościową. Już takie podejście stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Rodzi ponadto pytanie w jaki sposób Zamawiający oceniał zgodność ofert z wymaganiami SIWZ w przypadku ofert, które nie przekroczyły progu z art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, w jaki sposób zweryfikował czy w poszczególnych pozycjach wykonawcy wycenili wszystkie elementy składające się na realizację zamówienia skoro obecnie twierdzi, że oceniał cenę całościową. Po drugie, Zamawiający twierdził, że nie dokonywał porównania

cen jednostkowych poszczególnych wykonawców, ale analizował sposób ich wyliczenia, przy czym Zamawiający zdaje się pomijać okoliczność, że sam w treści decyzji o odrzuceniu ofert wykonawców wielokrotnie powoływał się na ceny jednostkowe zaproponowane przez innych wykonawców. Po trzecie, sposób szacowania wartości przedmiotu zamówienia i poszczególnych pozycji przez Zamawiającego przedstawiony w odpowiedzi na odwołanie również budzi zastrzeżenia Izby. Zamawiający twierdzi, że ustalone ceny jednostkowe dla potrzeb szacunków nie traktował jako wartości będące wyznacznikiem wartości zamówienia. Dla Zamawiającego wiarygodną wartością jest wyłącznie całkowite wynagrodzenie szacunkowe. Zauważyć jednakże należy, że to całkowite wynagrodzenie szacunkowe oparte jest na cenach pozycji jednakowych. Błędne zatem wyliczenie pozycji jednostkowych będzie miało odzwierciedlenie w szacunkach globalnych, chyba, że takie pozycje jednostkowe nie będą odzwierciedlać rzeczywistych kosztów wykonania danej pozycji, ale to z kolei pozostaje w sprzeczności z oświadczeniami samego Zamawiającego, że właśnie pozycje jednostkowe mają odzwierciedlać wszystkie koszty danej pozycji, z uwagi na zakaz przenoszenia kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami. Co więcej, Zamawiający badał w stosunku do wykonawców ceny jednostkowo, aby zweryfikować cenę globalną, przecząc swoim słowom o tym, iż nie mają one znaczenia. Zdaniem Izby, nieistotne jest przy tym przekroczenie progu 30% na jaki powołuje się Zamawiający. Reguły badania i oceny ofert powinny być jasne i precyzyjne i takie same względem wszystkich wykonawców. Izba odnosi wrażenie, że Zamawiający dostosowuje reguły badania ofert w sposób dla siebie wygodny, zmieniając je tak, aby uzasadnić swoje stanowisko. Każda oferta podlega badaniu przez Zamawiającego, chociażby w zakresie jej zgodności ze SIWZ i każdy z wykonawców powinien mieć pewność i wiedzę na jakich zasadach takie badanie prowadzi Zamawiający. W analizowanym stanie faktycznym, ze stanowiska Zamawiającego nie wynika chociażby w jaki sposób analizował zgodność pozostałych ofert z wymaganymi SIWZ skoro nie badał cen jednostkowych i zakresu prac wycenionych przez wykonawcę, a oparł się tylko na cenie globalnej.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego 6 jakoby Zamawiający pominął w ocenie wyjaśnień wykonawcy informacje zawarte w Rozdziale II – Obiektywne czynniki kształtujące ceny oferty, Izba nie zgada się ze stanowiskiem wykonawcy. Odwołujący 6 wielokrotnie powtarzał w treści odwołania, że realizował usługę utrzymania przedmiotowego odcinka autostrady przez ostatnie kilka lat, w sposób prawidłowy i bez nałożenia na wykonawcę kar umownych. Podkreślał, iż Zamawiający skupił się wyłącznie na określonym wycinku wyjaśnień, aby celowo odrzucić ofertę wykonawcy. Izba podkreśla, że nie ma znaczenia na gruncie oceny przesłanek do odrzucenia, że Zamawiający nie zakwestionował pewnego wycinka wyjaśnień, a skupił się na innym, który uzasadniał stwierdzenie, że Odwołujący 6 nie oszacował proponowane ceny. Zamawiający po zbadaniu treści wyjaśnień, przedstawił w treści

informacji o odrzuceniu jedynie elementy, które stanowiły o niedoszacowaniu, niezgodności treści oferty ze SIWZ oraz z przepisami obowiązującego prawa i stanowiły podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego 6. I takie działania Zamawiającego uznać należy za prawidłowe.

Ponadto, zgodzić się należy z Zamawiającym, że każdy z wykonawców, którzy złożyli wyjaśnienia ceny, akcentował możliwości zaoszczędzenia części kosztów wykonania zamówienia poprzez wykorzystanie posiadanego sprzętu, zasobów i materiałów. Prawda jest, że Odwołujący 6 jako jedyny z wykonawców mógł powołać się na sprzęt i inne zasoby, jakie pozostaną w jego posiadaniu po zakończeniu realizacji usługi polegającej na utrzymaniu odcinka autostrady A4 objętego przedmiotem zamówienia, jednak nie oznacza to, że poziom oszczędności, jakie z tego tytułu mógł osiągnąć istotnie odbiegał od poziomu oszczędności prezentowanych przez pozostałych wykonawców składających wyjaśnienia. Przeciwnie, analiza złożonych przez wykonawców wyjaśnień wskazuje, że każdy wykonawca każdorazowo wskazuje na posiadanie własnego sprzętu oraz materiał zaoszczędzony z innych kontraktów. Skoro więc każdy z wykonawców, którzy złożyli Zamawiającemu wyjaśnienia ceny w niniejszym postępowaniu wskazywali na podobne oszczędności (zarówno co do sposobów ich pozyskania, jak i co do ich wysokości) trudno przyjąć by to ta okoliczność wyróżniała Odwołującego 6 i stawiała go w pozycji dużo korzystniejszej względem pozostałych wykonawców. Ponadto, to zadaniem Odwołującego 6 były wykazanie w treści wyjaśnień owych specyficznych korzyści jakie zakładał Odwołujący 6 z tytułu zrealizowania umowy na rzecz Zamawiającego. Izba podkreśla przy tym należy, że przedmiotowe zamówienia na jakie powołuje się Odwołujący 6 było realizowane przez okres 5 lat, co z pewnością ma wpływ zarówno na wiek zasobów sprzętowych wykonawcy, jak również na same uwarunkowania ekonomiczne związane z kosztami realizacji zamówienia.

Zdaniem Izby w treści odwołania Odwołujący 6 nie wykazał na czym opiera swoje stwierdzenie, że Zamawiający nie uwzględnił obiektywnych czynników dostępnych wykonawcy. Zdaniem Izby, Zamawiający w pozycjach przez niego zakwestionowanych uwzględnił w zakresie wynikającym z wyjaśnień obiektywne czynniki na jakie powoływał się wykonawca, co znalazło odzwierciedlenie w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 6.

Odnosząc się do zarzutów Odwołującego 6 na stronie 16 – odwołania, Izba wskazuje, że w decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy, Zamawiający wykazał, że informacje przekazane przez wykonawcę są niespójne i sprzeczne wyjaśnienia zakresie kosztów przeznaczonych na sprzęt wykorzystywany do wykonania ZUD (str. 33 Informacji). Odwołujący 6 twierdzi, że Zamawiający przedstawił „własną projekcję kosztów sprzętu i wizji realizacji projektu”,

podczas gdy z decyzji Zamawiającego wynika, że bazował on na kwotach i obliczeniach przedstawionych przez Odwołującego 6, tj. poprzez zestawienie kwot z tabeli zawartej na 125 stronie Rozdziału II Wyjaśnień oraz „Tabeli sprzętu” zawartej w Rozdziale III Wyjaśnień. Wykonawca w żadnym miejscu odwołania natomiast nie odniósł się do kwestii sprzeczności złożonych wyjaśnień, nie wyjaśniając skąd wynikało niedoszacowanie, a jedynie podjął próbę dalszego niejako eksponowania walorów wpływających na proponowaną cenę, co de facto nie ma wpływu na przedstawione przez Zamawiającego rozbieżności.

*Zarzut dotyczący pominięcia przez Zamawiającego w badanych kosztach oferty AVR S.A. (pkt 2,3,4, uzasadnienia odrzucenia oferty AVR S.A.) pozycji określonych jako „Koszty pośrednie”, „Inne koszty”, „Zysk”*

W ocenie Izby istota zarzutu Odwołującego 6 sprowadza się do twierdzenia, że Zamawiający nie uwzględnił w ocenie wyjaśnień wykonawcy kwot jakie wykonawca wskazał w pozycjach „Inne koszty”, „Koszty pośrednie”, czy „Zysk”, które to kwoty służyły pokryciu niedoszacowań wskazanych przez Zamawiającego. Należy wskazać w tym zakresie, że z treści wyjaśnień złożonych Zamawiającemu nie wynikało, że część kosztów związanych np. z zapewnieniem sprzętu do ZUD, miała zostać pokryta z poz. „Inne koszty”. Podobnie z innymi pozycjami przywołanymi przez Odwołującego 6 w treści odwołania. W tej sytuacji, skoro Odwołujący 6 jednoznacznie wskazał, jakie koszty zamierza pokryć z danej pozycji (str. 5-7 wyjaśnień) i jednocześnie dla potrzeb szczegółowych wyjaśnień na str. 127 — 131 nie wskazał, by np. koszty sprzętu mogły być ujęte zamiast w pozycji „Koszty sprzętu”, w poz. „Inne koszty”, słusznie uznał Zamawiający, że nie mógł przyjąć, że pozycje wskazywane w odwołaniu, wbrew jasno wyrażonym intencjom wykonawcy, mogłaby służyć pokryciu kosztów, wprost niewyrażonych na str. 5 — 7 wyjaśnień. Gdyby Zaprawiający postąpił w sposób oczekiwany przez Odwołującego 6 w odwołaniu, tj. przyjął, że z pozycji „Inne koszty”, „Koszty pośrednie”, czy „Zysk” Odwołujący 6 pokryje w szczególności koszty bezpośrednie pracy czy sprzętu, w ślad za tym musiałby przyjąć, że Odwołujący 6 nie będzie w stanie pokryć innych kosztów, wprost w treści wyjaśnień nie wskazanych, a koniecznych do wykonania danego zakresu robót. Ponadto takie działanie Zamawiającego stanowiłoby de facto nieuprawnione uzupełnianie wyjaśnień wykonawcy o informacje, jakich Odwołujący 6 nie zamieścił w wyjaśnieniach. Izba przy tym podkreśla, że Odwołujący 6 jak i inni wykonawcy to profesjonaliści działający na rynku zamówień publicznych od wielu lat. Kwestia wyjaśnienia cen przez Odwołującego 6 w obecnie prowadzonym postępowaniu nie jest pierwszy raz przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę, o czym świadczą przywołane przez Zamawiającego poprzednie wyroki Izby. W ocenie Izby Odwołujący 6 winien mieć pełną świadomość konieczności jasnego i precyzyjnego określenia w wyjaśnieniach rodzaju kosztów

uwzględnionych w poszczególnych pozycjach. Poszukiwanie na etapie postępowania odwoławczego brakujących kwot w innych pozycjach kosztorysu jest w ocenie Izby działaniem nieuprawnionym i spóźnionym.

*Zarzut dotyczący przyjęcie przez Zamawiającego założenia, iż wskazana przez AVR S.A. w wyjaśnieniach stawka wynagrodzenia (roboczogodzina) jest niezgodna z treścią Rozporządzenia w sprawie minimalnego wynagrodzenia za pracę*

Zdaniem Izby Zamawiający nieprawidłowo przyjął, iż Odwołujący 6 w treści wyjaśnień zaproponował średnią stawkę za jedną roboczogodzinę w wysokości niższej niż określona przepisami Rozporządzenia w sprawie minimalnego wynagrodzenia za rok 2020 r. Należy zgodzić się z Zamawiającym, że „Minimalna stawka godzinowa”, o której mowa w treści §2 ww. Rozporządzenia dotyczy minimalnej wysokości wynagrodzenia za każdą godzinę zlecenia lub świadczenia usług, przysługującą przyjmującemu zlecenie lub świadczącemu usługi. (vide: art. 1 pkt. 1a ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.) Z treści tomu III SWZ 2.7. 1) A. 1. s. 33 wynika natomiast, że Zamawiający wymagał zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, co powoduje, że zastosowanie ma stawka minimalnego wynagrodzenia za pracę w kwocie 2600 zł. Zdaniem Izby, Zamawiający nie wykazał, że stawka roboczogodziny przyjęta przez Odwołującego 6 na poziomie 19, 20, 30 zł nie spełnia ww. wymagania Rozporządzenia. Zdaniem Izby stawki zaproponowane przez Odwołującego 6 nie naruszają przepisów Rozporządzenia.

Izba jednakże wskazuje, że dalsze nieprawidłowości stwierdzone przez Zamawiającego uznać należy za zasadne. Podanie wyłącznie stawki godzinowej zgodnej z przepisami ww. Rozporządzenia nie stanowi wystarczającego wyjaśnienia kosztów robocizny jakie wykonawca uwzględnił w ofercie.

Art. 90 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 3 zobowiązują wykonawcę do wykazania:

- kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę;
- kosztów wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie

w wykazywanej stawce roboczogodziny. A to oznacza, zdaniem Izby, obowiązek ujęcia także kosztów pracodawcy wynikających z zatrudnienia pracownika. Wskazane w treści ww. Rozporządzenia wartości nie są równe rzeczywistemu kosztowi, jaki pracodawca musi ponieść w związku z zatrudnieniem danej osoby. Po stronie kosztów należy ująć koszt części składek na ubezpieczenie, jakie pracodawca opłaca za pracownika (oraz ewentualnie składki PPK). Każdy pracownik ma prawo do płatnego urlopu, pracodawca ponosi koszty zwolnienia lekarskiego pracownika przez pierwsze 33 dni, a nadto pokrywa koszty jego badań lekarskich, koszty zapewnienia mu ubrań roboczych i ich prania, koszt posiłków regeneracyjnych, czy wreszcie koszty pracy pracownika w godzinach nocnych (praca w godzinach nocnych z uwagi na specyfikę przedmiotu niniejszego zamówienia występuje w niniejszej sprawie). Jednocześnie należy zaznaczyć, że nie tylko z uwagi na wymogi wynikające z treści OPZ dotyczące zatrudniania pracowników w oparciu o umowę o pracę, ale także przez wzgląd na specyfikę sposobu realizacji przedmiotu zamówienia w niniejszym Postępowaniu, możliwość „zatrudnienia” pracowników wykonujących przedmiot zamówienia na innej podstawie niż umowa o pracę jest marginalna, co zresztą nie było kwestionowane przez Odwołującego 6. Wykonawca winien realizować przedmiot zamówienia oparciu o z góry ustalona harmonogram prac, który z kolei wymusza ściśle określenie, kiedy dani pracownicy będą świadczyli usługi. Nadto, prace wykonywane byłyby przez pracowników pod ścisłym nadzorem i kierownictwem wykonawcy oraz zatrudnionych przez niego kierowników utrzymania i ich zastępców. Wskazane tu cechy są szczególne dla stosunku pracy.

Zamawiający wskazał, że realny koszt pracodawcy związany z zatrudnieniem pracownika przekracza 22,33 PLN/netto (minimalny koszt robocizny — roboczogodziny obliczony przez Zamawiającego na podstawie obowiązujących przepisów z uwzględnieniem pracy w godzinach nocnych) oraz 20,93 PLN/netto (bez pracy w godzinach nocnych). Zamawiający poparł swoje twierdzenia szczegółowymi wyliczeniami. Zdaniem Izby Zamawiający w sposób prawidłowy wyliczył minimalne średnie obciążenia jakie wykonawca będzie musiał ponieść w związku z zatrudnieniem osób na umowę o pracę przy realizacji zamówienia. Założenie przez wykonawcę niższej stawki, co uczynił Odwołujący 6, wskazuje, że wykonawca nie uwzględnił całkowitych kosztów zatrudnienia, co stanowi o niedoszacowaniu oferty. I w tym zakresie wyjaśnienia Odwołującego 6 nie spełniają wymagań określonych w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, który jednoznacznie wskazuje, że wyjaśnienia powinny zawierać informacji co do kosztów pracy, co zresztą Zamawiający jednoznacznie wskazał w swoim zapytaniu z dnia 30 lipca 2020 r. Nie ulega wątpliwości, że wyliczając koszty wykonania zamówienia Odwołujący 6, jak i inny wykonawcy zobowiązani byli uwzględnić w kosztach realizacji zamówienia wszystkie koszty, jakie dany wykonawca jako pracodawca poniesie w związku z

zatrudnieniem pracownika, w tym koszty związane z koniecznością zapewnienia pracownikowi dodatków za pracę nocną, płatnego urlopu wypoczynkowego czy prawa do korzystaniem ze zwolnień lekarskich. Zdaniem Izby pomimo, iż stawki godzinowe przyjęte przez Odwołującego 6 są zgodna z wymaganiami określonymi w Rozporządzeniu w sprawie minimalnego wynagrodzenia za pracę, to jednak Odwołujący 6 w wyjaśnieniach nie opisał w sposób rzetelny i wyczerpujący kosztów jakie pracodawca ponosi w związku zatrudnieniem pracownika na umowę o pracę, co czyni zasadne wniosek Zamawiającego o odrzuceniu oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Uzupełnianie brakujących kwot na etapie postępowania odwoławczego w innych pozycjach kosztorysu Izba uznaje za nieuprawnione. Po pierwsze, w treści wyjaśnień Odwołujący 6 nie wskazał, że koszty pracy są rzekomo uwzględnione w innych pozycjach, po drugie, takie przerzucanie kosztów pomiędzy pozycjami było zabronione, bo potwierdził sam Odwołujący 6 podczas rozprawy.

*Zarzut dotyczący ustalone „wiążącego” czasu objazdu dróg objętych postępowaniem w styczniu 2021 r.*

Istota zarzutu Odwołującego 6 sprawdza się do twierdzenia, że Zamawiający dokonał oceny wyjaśnień wykonawcy poprzez informacje, które nie były zawarte w OPZ. W ocenie Odwołującego 6 skoro Zamawiający nie określił w OPZ minimalnych lub maksymalnych czasów przejazdu patroli, nie może na etapie oceny ofert kształtować nowych reguł wykonania zamówienia. Izba nie zgadza się ze stanowiskiem wykonawcy. Odwołujący 6, zdaniem Izby, pomija zasadniczy aspekt związany z badaniem ceny tj. aspekt weryfikacji prawidłowości założeń wykonawcy. Ta prawidłowość badania założeń wykonawcy wziętych do wyceny kosztów realizacji zamówienia uprawnia Zamawiającego do skorzystania z dostępnych mu narzędzi w celu weryfikacji danych podanych przez Odwołującego 6 w wyjaśnieniach. W kontekście omawianego zarzutu taka weryfikacja czasu przejazdu przez Zamawiającego ma istotne znaczenie przy analizie kosztów robocizny osób patrolujących. Celem wykazania prawidłowości założeń co do czasu i długości trasy przejazdu patroli, Zamawiający przedstawił Raporty GPS dla przejazdów brygad patrolowych wykonane przez pracowników Służby Liniowej GDDKiA w dniach: 12.01.2021r. — drogi dojazdowe, 18.01.2021 r. — ciąg główny, obrazujące czasy i długości trasy do przejechania w celu prawidłowego wykonania objazdu. Odwołujący 6 nie przedstawił dowodów przeciwnych. Odwołujący 6, poza ogólnymi zarzutami, ani w odwołaniu ani w złożonych wyjaśnieniach rzeczywistości nie wskazał jaki czas kontroli objazdów przyjął ani także z jakiego powodu ten wskazany przez Zamawiającego nie znajduje uzasadnienia w rzeczywistości, co pozwala wywieść, że w rzeczywistości szacunków co do tego czynnika nie dokonał. W ocenie Izby,



nie ma przy tym znaczenia okoliczność, że raport dotyczy objazdu wykonanego już po przedłożeniu wyjaśnień przez wykonawców, bowiem jest to jedynie przykładowy przejazd, który także mógł zostać dokonany przez Odwołującego 6, a nawet winien być, biorąc pod uwagę niezbędność tegoż czynnika pod kątem obliczeń ceny oferty. Powoływanie się po raz kolejny na doświadczenie wykonawcy nie jest, zdaniem Izby, wystraszającym dowodem na wykazanie jakie i czy prawidłowe szacunki przyjął wykonawca do obliczenia kosztów realizacji zamówienia.

W ocenie Izby zarzut podniesiony przez Odwołującego 6 jest niezasadny.

### *Podwykonawcy*

W zakresie zarzut Odwołującego 6 dotyczącego nieprawidłowej oceny wyjaśnień dotyczących realizacji zamówienia siłami własnymi vs. siłami podwykonawców, Izba wskazuje, że analizie podlegają oświadczenia wykonawcy złożone w wyjaśnieniach. Sam Odwołujący 6 wskazał w treści wyjaśnień s. 24 dotyczących formularza w części II „Utrzymanie i remont urządzeń bezpieczeństwa ruchu”: „Wykonawca bazując na przeszło 5 - letnim doświadczeniu utrzymania przedmiotowego odcinka autostrady A-4 skalkulował cenę tej pozycji zgodnie z postanowieniami OPZ oraz wyjaśnieniami do SIWZ. Ww. zakres prac Wykonawca będzie realizował za pomocą własnych zasobów kadrowych, materiałowych i sprzętowych na zasadach, terminach wytycznych zgodnych z OPZ.” W swoich wywodach Odwołujący 6 pominął okoliczność, że powyższe oświadczenie pozostaje jednak w sprzeczności z dalszą treścią wyjaśnień, na co słusznie wskazał Zamawiający, z której wynika, że Odwołujący 6 do wykonania m.in. robót poz. 11.1 . „Remont oznakowania poziomego cienkowarstwowego” (375 483,60 zł) oraz poz. II. 2. Remont oznakowania grubowarstwowego” (2 113 948,80 zł) zamierza wyznaczyć Podwykonawców, podczas gdy wartość tychże remontów stanowi ponad połowę wartości całości robót w ramach „Utrzymania i remontu urządzeń bezpieczeństwa ruchu”. Tym samym wbrew przywołanym przez Odwołującego 6 „Czynnikom kształtującym cenę ofertową AVR S.A.” w zakresie posiadanych przez Odwołującego 6 zasobów i sprzętu, zasoby te i sprzęt w zasadniczej części nie będą miały zastosowania, gdyż nie będą ostatecznie wykorzystywane w sytuacji, gdy do części prac zostanie przeznaczony podwykonawca. Nie sposób zatem stwierdzić, że proponowana kwota za opisane wyżej pozycje formularza cenowego mogłaby zostać obniżona, w oparciu możliwość dysponowania przez wykonawcę siłami własnymi. Zdaniem Izby ustalenia Zamawiającego uznać należy za prawidłowe.

### *Zarzuty dotyczące ZUD*

### *Dyżurni*

W pierwszej kolejności, Izba wskazuje, że zarzuty Odwołującego 6 względem niejasności postanowień SIWZ są zarzutami spóźnionymi. Wykonawca miał możliwość kwestionowania rzekomo niejasnych postanowień SIWZ na etapie jej publikacji, czego Odwołujący 6 nie uczynił. Nie wnioskował również do Zamawiającego o wyjaśnienie niejasności na jakie obecnie się powołuje. Na obecnym etapie postępowanie Izba ocenia czy przyjęte przez Odwołującego 6 interpretacja postanowień SIWZ jest prawidłowa.

Należy wskazać, że zgodnie z wymogami OPZ (TOM III s. 36- 37 OPZ) do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia Wykonawca musi zapewnić niezbędną liczbę pracowników, w tym:

b) Dyżurnych Zimowego Utrzymania Dróg na Obwodzie Utrzymania i w Rejonie:

- w liczbie gwarantującej w sytuacjach tego wymagających pełnienie w okresie zimowym dyżurów 24 godzinnych na każdym OU, jednak nie mniej niż 4 osoby na jeden OU w okresie od 15 października do 15 kwietnia każdego roku;
- w liczbie gwarantującej pełnienie okresie zimowym dyżurów poza godzinami pracy Rejonu dyżurów dyżurnego ZUD Rejonu, jednak nie mniej niż 4 osoby.

W ocenie Izby z ww. postanowień OPZ wynika, że niezależnie od faktycznego zakresu czynności do wykonania, wykonawcy w każdym sezonie zimowym winni byli przewidzieć zatrudnienie na podstawie umów o pracę co najmniej 4 osoby na okres co najmniej pomiędzy 15 października a 15 kwietnia do pełnienia dyżurów ZUD w Obwodzie Utrzymania oraz co najmniej 4 kolejnych dyżurnych ZUD w Rejonie (poza godzinami pracy Rejonu) oraz wycenić ryzyko konieczności pełnienia dyżurów poza tymi okresami. Jednocześnie wykonawca uczestniczący w postępowaniu winien przewidzieć zatrudnienie tychże Dyżurnych na podstawie umowy o pracę (cz. B. pkt 2.7 ppkt 1.2 OPZ). Kadra pracownicza przewidziana do wykonywania prac w ramach ZUD, w tym dyżurni, musi być przeszkolona i zgłoszona Zamawiającemu do akceptacji do dnia 30 września danego roku (w ramach etapu I — przygotowanie). Natomiast szczegółowe zasad prowadzenia akcji ZUD zostały opisane na str. 182 i nast. OPZ.

Zdaniem Izby Zamawiający prawidłowo ustalił, że koszty zatrudnienia dyżurnych w takiej ilości nie są uwzględnione w cenie Odwołującego 6. Świadczy o tym chociażby fakt, że Odwołujący 6, mimo iż w odwołaniu kwestionuje konieczność zatrudnienia na sezon zimowy 4 dyżurnych ZUD w OU i 4 dyżurnych ZUD w Rejonie, równocześnie twierdzi, że obowiązek zatrudnienia takiej właśnie liczby dyżurnych przewidział w swojej ofercie. Należy wskazać, że

w treści wyjaśnień w tabeli zatytułowanej Koszt robocizny (str. 124) Odwołujący 6 wskazał w sposób jasny i nie budzący wątpliwości, że jako koszt robocizny w pozycjach Formularza cenowego odnoszących się do ZUD (cz. X) ujął koszt robocizny Dyżurnego ZUD. Użycie przez wykonawcę liczby pojedynczej w sposób jednoznaczny wskazuje na to, iż przewidywał możliwość zatrudnienia jednego dyżurnego, a ilości dyżurnych wymaganych w dwóch lokalizacjach (OU i w Rejonie), tj. 8 osób.

Odwołujący 6 obecnie twierdzi, że w tabelach zawartych na str. 127, 129, 130 i 131 wyjaśnień, poza kosztami robocizny, zostały wskazane inne pozycje (poz. 4, 5, 6), gdzie przewidziane są dodatkowe środki związane z ZUD. Odnosząc się do tego stwierdzenia wskazać należy, że stanowisko Odwołującego 6 jakoby koszty zatrudnienia dyżurnych ZUD ujął w poz. 4, 5 i 6 poszczególnych tabel ze str. 127, 129, 130 i 131 wyjaśnień jest niewiarygodne i przygotowane wyłącznie na potrzeby postępowania odwoławczego. Stanowisko Zamawiającego w tym zakresie potwierdzają wyliczenia podane w treści Informacji, które nie zostały przez Odwołującego 6 w odwołaniu w żaden sposób zakwestionowane. W tabeli na str. 124 wyjaśnień jednoznacznie wskazano, że koszt robocizny dla „Dyżurny Zimowego Utrzymania” wynosi 494 589,60 zł. Wartość ta, po dodaniu do niej kosztów robocizny dla operatorów i kierowców ZUD, odpowiada dokładnie sumie poz. 1 z tabel str. 127, 129, 130 i 131. Skoro więc wykonawca w sposób jasny wskazał w wyjaśnieniach, że koszt robocizny dyżurnych ZUD jest ujęty w pozycji zatytułowanej „Robocizna” (tj. w poz. 1 poszczególnych tabel) twierdzenie, że koszt ten został zawarty również w innych pozycjach jest pozbawione podstaw.

Zdaniem Izby umożliwienie doprecyzowania Odwołującemu 6 ilości pracowników ZUD jednocześnie mogłoby doprowadzić do zmiany treści pierwotnych wyjaśnień, w ramach których przewidział koszty robocizny dla „Dyżurnego Utrzymania Zimowego”. Odwołujący 6 natomiast, będąc profesjonalnym podmiotem, biorąc pod uwagę wymóg dotyczący minimalnej ilości Dyżurnych ZUD, winien wprost przewidzianą liczbę pracowników wskazać, a nie przerzucać w chwili obecnej na Zamawiającego odpowiedzialność za swoje własne uchybienia.

Ponadto wskazać należy, że na str. 124 wyjaśnień, Odwołujący 6 na koszt robocizny Dyżurnych ZUD planował przeznaczyć 494 589,60 zł. Przyjmując stawkę 20,30 zł za godzinę (tj. stawkę dla pracownika kwalifikowanego) oznacza to, że Odwołujący 6 przyjął 24 364,01 godzin pracy dla Dyżurnego ZUD. Gdyby nawet przyjąć, celem niejako uczynienia ukłonu w stronę wykonawcy, że w ramach przewidzianych 24 364,01 godzin pracy Odwołujący 6 planował zatrudnić co najmniej 4 Dyżurnych ZUD (co nie wynika z treści oferty ani

wyjaśnień), to ich dzienny czas pracy wynosiłby niecałe 6h (24 364,01:36 miesięcy:30 dni:4). W ocenie Izby ze SIWZ jednoznacznie wynika wymóg co do liczby dyżurnych ZUD. Wykonawca miał obowiązek więc jednoznacznie wykazać w wyjaśnieniach koszty zatrudnienia wymaganych osób. Analiza zaś kosztów określonych przez Odwołującego 6 dla tych pozycji nie pozwala na przyjęcie, że oferta jest zgodna ze SIWZ i została nienależycie skalkulowana.

W ocenie Izby za niewystarczające dla uznania zgodność oferty Odwołującego 6 ze SIWZ oraz prawidłowej wyceny usługi są twierdzenia zawarte na str. 5, 6 i 7 wyjaśnień. W tej części wyjaśnień, Odwołujący 6 nie wskazał, by pozycja „Zysk” (poz. 7) miała służyć pokryciu jakichkolwiek kosztów. Odnośnie „Innych kosztów” (poz. 5) w tej części wyjaśnień wskazano, że służą one pokryciu kosztów „wyposażenia pracowników”, natomiast odnośnie „kosztów pośrednich” (poz. 6) wykonawca wskazał, że służą pokryciu płac i narzutów na płace personelu zarządu, kosztów delegacji i przejazdów, płac i narzutów na płace stałego personelu budowy (Kierownik Utrzymania, Kierownicy działu obiektów inżynierskich i działu elektrycznego, zastępcy kierowników). Z żadnego z powyżej przywołanych elementów wyjaśnień nie wynika, by którakolwiek z tych pozycji (grup kosztów) miała posłużyć pokryciu kosztów zatrudnienia dyżurnych ZUD, którzy nie są personelem zarządu spółki, ani tym bardziej nie są stałym personelem „budowy”. Koszt ich zatrudnienia jest koszem bezpośrednim, który Odwołujący 6 zobowiązany był w sposób precyzyjny określić w tabeli na str. 124 wyjaśnień.

Ponadto, analiza oświadczeń Odwołującego 6 zawartych w wyjaśnieniach oraz w odwołaniu pozwala na przyjęcie, że Odwołujący 6 w żadnym z dokumentów nie wskazał, ilu dyżurnych ZUD zamierza zatrudnić do realizacji zamówienia, jakie przyjmuje założenia odnośnie kosztów ich zatrudnienia, ani tym bardziej nie wykazał, by ceny podane w cz. X formularza cenowego pokryły koszt wymaganej liczby dyżurnych, zwłaszcza, jeśli pozycja „Inne koszty” ma świetle zarzutów odwołania rzekomo posłużyć pokryciu kosztów sprzętu. Odwołujący 6 w sposób bardzo ogólny deklaruje zgodność z wymaganiami SIWZ i możliwość pokrycia kosztów zatrudnienia dyżurnych z ceny ofertowej, co wobec ciężącego na nim na podstawie art. 90 ust. 2 ustawy Pzp ciężaru dowodowego jest, w ocenie Izby, niewystarczające.

### *Sprzęt*

W ocenie Izby stanowisko Zamawiającego co do nieprawidłowej wyceny przez Odwołującego 6 kosztów sprzętu jest prawidłowe. Wskazać należy po pierwsze, że Odwołujący 6 ponownie posługuje się ogólnym argumentem, że obecnie realizuje usługę utrzymania przedmiotowego odcinka autostrady, a Zamawiający nie uwzględnił tej okoliczności i w ślad za tym nie

uwzględnił, że wykonawca posiada część sprzętu niezbędnego do realizacji zamówienia. W treści odwołania Odwołujący 6 wyliczył związane z posiadanym sprzętem oszczędności (tabela ze str. 28 odwołania), z których wynika jednak, że mimo posiadania części sprzętu, Odwołujący 6 nie ma posiada wymaganego przez Zamawiającego sprzętu na cały okres realizacji zamówienia, a nadto, że część sprzętu obecnie posiadanego byłby zobowiązany wymienić na nowy, chcąc realizować przedmiot zamówienia zgodnie z treścią SIWZ. Oznacza to, że Odwołujący 6 będzie musiał ponieść koszty związane z zapewnieniem choćby części sprzętu. Dowody załączone do wyjaśnień natomiast jednoznacznie wskazują, jaki jest koszt zapewnienia przez Odwołującego 6 całości sprzętów potrzebnych do realizacji zamówienia. Jak wyjaśnił Zamawiający dokonał wyliczenia kosztu całkowitego zapewnienia sprzętu przez Odwołującego 6 w oparciu o dowody Odwołującego 6 i ustalił go na kwotę 4 221 350,88 zł (s. 35 - 36 Informacji), przy czym kwota ta odnosi się tylko do kosztu zapewnienia nośników i osprzętu do nich, nie uwzględnia natomiast kosztów zapewnienia innych pojazdów i sprzętów, które w świetle wyjaśnień wykonawcy (tabela ze str. 125) są także konieczne do zapewnienia (ładownica, równiarka, pojazd patrolowy ZUD, pojazdy inne). Następnie tak ustaloną kwotę, jak wskazał Zamawiający, pomniejszył o wartość oszczędności wyliczonej przez Odwołującego 6 z tytułu posiadania już części sprzętów niezbędnych do realizacji zamówienia (kwota wyliczona w Rozdziale II wyjaśnień), uzyskując wartość 3 508 055,38 zł, a następnie zestawiał otrzymaną wartość z kosztem sprzętu podanym w tabeli na str. 125 wyjaśnień (kosztem z poz. 1-3 tej tabeli wynoszącym 2 778 908,03 zł). Zestawienie tych dwóch wartości wskazuje na niedoszacowanie przez Odwołującego 6 kosztów zapewnienia sprzętów niezbędnych do ZUD.

Obecnie Odwołujący 6 twierdzi, że Zamawiający „źle zrozumiał wyjaśnienia Odwołującego”, a koszty wynikające z zapewnienia i eksploatacji pojazdów, sprzętu w rzeczywistości zostały zawarte w poz. 4 „Inne koszty”. Odnosząc się do tego stwierdzenia wskazać należy, że opis poz. 2 i 4 z tabel ze str. 127, 129, 130 i 131 nie wskazywał by poz. 4 obejmowała koszty sprzętu ZUD. Przeciwnie, w świetle pozostałej części wyjaśnień oczywistym pozostawało, że koszty zapewnienia sprzętu i paliwa dla niego są ujęte w poz. 3. Dodać przy tym należy, że łączna wartość poz. 4 z ww. tabel to, jak wskazuje Odwołujący 6 na str. 29 odwołania, 412.007,85 zł netto. Przywołana wartość nie pozwala jednak na pokrycie kosztów zapewnienia sprzętu ZUD ustalonych przez Zamawiającego na podstawie dowodów dostarczonych przez Odwołującego 6, zwłaszcza, jeśli w świetle innych zarzutów odwołania, rzekomo miałyby posłużyć uwzględniać np. pokrycie kosztów dyżurnych ZUD. Bez znaczenia przy tym pozostaje jaka jest wartość całej grupy „Inne koszty” w cenie ofertowej Odwołującego 6, skoro w świetle postanowień OPZ koszty związane z ZUD winny być pokryte z wynagrodzenia za element X formularza cenowego.

Tym samym w ocenie Izby, twierdzenia Odwołującego 6, że koszty zapewnienia sprzętu zostały uwzględnione w pozycji „Inne koszty” nie wynika z treści wyjaśnień i szukanie pokrycia przez wykonawcę na etapie postępowania odwoławczego brakujących kwot w innych pozycjach, potwierdza wyłącznie, że wyjaśnienia Odwołującego 6 nie były wyczerpujące, wbrew twierdzeniom wykonawcy. Nie może być tak, że na etapie postępowania odwoławczego wykonawcy notorycznie uzupełniają wszelkie uchybienia w zakresie wycen poszczególnych pozycji rzekomymi nadwyżkami z innych pozycji, przy czym co do zasady żaden z wykonawców w treści wyjaśnień nie precyzuje, że uwzględnią dany koszt w innych pozycjach. Aprobowanie takiej praktyki wykonawców prowadziłoby do absurdalnych skutków – Zamawiający de facto pozbawiany byłby możliwości weryfikacji prawidłowości wyceny, znajomości zakresu wymagań określonych w SIWZ przez wykonawców, gdyż podnoszony byłby argument o tym, że przecież jest inna pozycja i tam uwzględniliśmy wszystko. Takie stanowisko przeczy przyjętej zasadzie przez Zamawiającego o zakazie przerzucania kosztów pomiędzy pozycjami, a po drugie sankcjonuje nienależytą staranności wykonawców w wycenie przedmiotu zamówienia.

Podkreślić przy tym należy, że Zamawiający koszt zapewnienia sprzętów na potrzeby ZUD ustalił w oparciu o dowody przedstawione przez samego Odwołującego 6 i zgodnie z jego założeniami. Nie sposób zrozumieć więc argumentacji Odwołującego 6, która zdaje się sprowadzać do tezy, że w sytuacji, gdy wykonawca liczy oszczędności w zapewnieniu sprzętu ZUD, jest uprawniony do liczenia tych oszczędności na poziomie wynikającym z załączonych przez niego do wyjaśnień dowodów i przy założeniu, że kupuje nowy sprzęt, a w sytuacji, gdy należy ustalić, jakich kosztów wykonawca nie oszczędził nie można już kierować się tymi dowodami i należałoby przyjąć, że wykonawca będzie pozyskiwał najstarszy z możliwych w świetle postanowień SIWZ sprzęt po cenach nie wynikających z dowodów załączonych do wyjaśnień ceny, zwłaszcza w sytuacji, gdy Odwołujący 6 nie wskazał w wyjaśnieniach żadnych innych założeń do wyliczenia kosztów ZUD, w szczególności nie wskazał w wyjaśnieniach, że aby zapewnić wymaganą SIWZ minimalną ilość sprzętu ZUD zakupi na rynku używane nośniki, które uzupełnią jego zasoby własne. Stanowisko Odwołującego 6 jest w tym zakresie niekonsekwentne, nielogiczne i wewnętrznie sprzeczne i nie zasługuje na uwzględnienie. Izba podkreśla, że weryfikacja wyjaśnień wykonawcy obejmuje swoim zakresem interpretacje dowodów i oświadczeń złożonych przez wykonawcę. Ta dokonana przez Zamawiającego w stosunku do Odwołującego 6 jest prawidłowa. Sam Odwołujący 6 w treści odwołania wskazuje za szereg informacji, których nie zawarł w wyjaśnieniach i nie ma żadnych podstaw, aby uzupełniać je drogą ponownego wezwania. Skoro wykonawca mógł je przygotować w ciągu 10 dni od decyzji

Zamawiającego, to rodzi się zasadne pytanie dlaczego nie zawarł tych informacji w treści wyjaśnień pomimo, że czas wyznaczany przez Zamawiającego był znacznie dłuższy. Nie jest nadmiernym i zbyt skomplikowanym dla profesjonalisty zawarcie w wyjaśnieniach opisu pozycji koszty pośrednie i wyszczególnienie co zostało w nich uwzględnione i dlaczego. Podobnie z pozycjami zysk czy inne koszty. Stąd też, zdaniem Izby, ocena dokonana przez Zamawiającego jest prawidłowa.

#### *Paliwo*

Odnośnie zarzutów Odwołującego 6 dotyczących stwierdzonych nieprawidłowości co do kosztów paliwa, Izba podtrzymuje swoją argumentację wyrażoną powyżej. Odwołujący 6 w żadnym miejscu wyjaśnień nie wskazał, że podzielił koszty paliwa pomiędzy pozycje rozliczeniowe. Odwołujący 6 w rozdz. II pkt 11.1.2 wyjaśnień wskazał, jaki jest koszt zapewnienia paliwa dla sprzętów wykorzystywanych do świadczenia usługi, bez jakiegokolwiek odesłania do innych pozycji kosztorysu. Posługiwanie się obecnie argumentem o tym, że koszty te zostały uwzględnione w innych pozycjach, jest w ocenie Izby spóźnione i niewiarygodne. Z wyjaśnień wynikało jedynie, że koszt paliwa jest ujęty w poz. 2 poszczególnych tabel z części szczegółowej wyjaśnień, a więc jest elementem składowym kosztów sprzętu (Rozdział III s. 4 Wyjaśnień). Ocenie Zamawiającego podlegały oświadczenia wykonawcy zawarte w wyjaśnieniach i te zostały ocenione prawidłowo, szczegółowo omówione w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy.

Jednocześnie Zamawiający słusznie uznał dowód złożony przez Odwołujące 6 jako dowód niewystarczający do uznania prawidłowości kalkulacji. Odwołujący 6 przedstawił zestawienie tankowań w związku z realizacją innego zamówienia. Z przedstawionego dowodu nie wynika jaka część paliwa została zużyta do ZUD, a nadto ilość pojazdów wskazana w treści zestawienia była mniejsza niż ilość pojazdów wymagana postanowieniami SIWZ w przedmiotowym przetargu. Jak wskazał również Zamawiający dowód ten odnosi się do tankowania pojazdów na potrzeby obecnie realizowanego kontraktu, którego zakres przedmiotowy nie jest tożsamy z niniejszym zamówieniem (np. brak konieczności podejmowania działań prewencyjnych). Należy stwierdzić, że w wyjaśnieniach wykonawca nie odniósł się do specyfiki obecnie prowadzonego postępowania. Tym samym, twierdzenia Odwołującego 6 co do tego, że koszt paliwa dla potrzeb ZUD jest ustalony prawidłowo nie znajdują żadnego uzasadnienia zarówno w świetle oferty, jak i złożonych wyjaśnień. Zamawiający, zdaniem Izby, prawidłowo oceniał wyjaśnienia Odwołującego 6.

#### *Patrowanie*

Odnosnie zarzutów Odwołującego 6 dotyczących stwierdzonych przez Zamawiającego nieprawidłowości co do kosztów patrolowania, Izba podtrzymuje swoją argumentację wyrażoną powyżej. Odwołujący 6 w żadnym miejscu wyjaśnień nie wskazał, że podzielił te koszty pomiędzy pozycje rozliczeniowe wskazane na stronie 32 odwołania. Posługiwanie się obecnie argumentem o tym, że koszty te zostały uwzględnione w innych pozycjach, jest w ocenie Izby spóźnione i niewiarygodne. Ocenie Zamawiającego podlegały oświadczenia wykonawcy zawarte w wyjaśnieniach i te zostały ocenione prawidłowo, szczegółowo omówione w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy.

Ponadto jak wskazał Zamawiający, czemu Izba dała wiarę, zgodnie z OPZ wykonawca, niezależnie od konieczności wykonywania rutynowych patroli, zobowiązany jest do zapewnienia pojazdu patrolowego dla dyżurnego ZUD (koszt konieczny do uwzględnienia w poz. X formularza cenowego) oraz do zapewnienia pojazdu patrolowego dla Zamawiającego (koszt konieczny do uwzględnienia w poz. dotyczącej utrzymania OUA). Są to inne pojazdy i wykorzystywane do innych celów niż pojazdy wykorzystywane do wykonywania rutynowych objazdów w ramach patrolu drogi. Okoliczność, że Odwołujący 6 uwzględnił w cenie ofertowej koszt zapewnienia pojazdów patrolowych dla innych celów, nie jest równoznaczny z tym, że w sposób prawidłowy wycenił pozycję IV.12 tabeli przedmiaru — Rutynowe objazdy w ramach patrolu.

Odnosząc się do kwestii oszczędności wykazanej w tabeli 11.1.9 wyjaśnień ceny, Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego. Z OPZ wynika, że do wykonania przedmiotu umowy konieczne jest kilka różnych pojazdów, w tym pojazdów patrolowych do różnych celów. Odwołujący 6 w wyjaśnieniach do tabeli 11.1.9. nie wskazał, by pojazdy wymienione w tej właśnie tabeli miały posłużyć do wykonania rutynowych objazdów w ramach patrolu drogi. Powyższą okoliczność powołał więc Odwołujący 6 na etapie postępowania odwoławczego, co zdaniem Izby potwierdza, że Odwołujący 6 w sposób niewyczerpujący sporządził swoje wyjaśnienia i obecnie szuka pokrycia stwierdzonych przez Zamawiającego niedoszacowań, celem zapobieżeniu odrzuceniu oferty z postępowania.

Ponadto, Zamawiający prawidłowo wykazał, że kwota oszczędności na jaką powołuje Odwołujący 6 została obliczona w sposób nieprawidłowy. Oszczędność, o której mówi Odwołujący 6 miałyby miejsce tylko wtedy, gdyby wykonawca posiadał pojazd zamortyzowany, za który nie opłaca rat leasingowych i w związku z tym nie będzie musiał ponosić żadnych kosztów związanych z zapewnieniem pojazdów do realizacji zamówienia. Z taką sytuacją nie mamy do czynienia w ramach oferty złożonej przez Odwołującego 6, a przynajmniej nie w odniesieniu do wszystkich wskazanych przez wykonawcę sprzętów.



Zamawiający szczegółowo wyliczył nieprawidłowości Odwołującego 6 z tym zakresie, co Izba uznała za wiarygodne.

Ponadto należy wskazać, że Odwołujący 6 nie wykazał w jaki sposób okoliczność przeznaczenia kwoty 274.537,60 zł na pojazd patrolowo – kontrolny do wykorzystywania przez Zamawiającego oraz kwoty 161.895,75 zł netto na dodatkowy sprzęt do patrolowania w okresie zimy miałyby wpłynąć na ocenę Zamawiającego co do niedoszacowania kosztów robocizny oraz kosztów sprzętu wynikających z tabeli zawartej na str. 84. Argumentacja Odwołującego 6 w rzeczywistości sprowadza się jedynie do wskazania kwot jakie przeznaczył na sprzęt związany z patrolowaniem dróg, jednak nie pozwala to na stwierdzenie, że prawidłowo oszacował koszty robocizny ani też koszty samochodów patrolowych wynikających z wyliczeń przedstawionych w tabeli Rutynowe objazdy dróg w ramach patroli.

Słusznie wskazał również Zamawiający, że w Rozdziale 11.1.9. wyjaśnień Odwołujący 6 wskazał, iż oszczędności wynikające z posiadania sprzętu w związku z zakupem sprzętu w postaci pojazdów osobowych, patrolowych, interwencyjnych, przyczep sygnalizacyjnych, sprzężarek itd. w związku z realizacją innego zamówienia łącznie skutkują możliwością zaoszczędzenia kwoty 303 585,47 zł, a nie jak wskazał na str. 32 odwołania Odwołujący 6 — 194.279,50 zł., nie odnosząc się i nie wyjaśniając ww. rozbieżności. Okoliczność ta, zdaniem Izby, potwierdza, że Odwołujący 6 nie złożył wyczerpujących i rzetelnych wyjaśnień, uzupełnia swoje twierdzenia zawarte w wyjaśnieniach nowymi okolicznościami, z których wynikają inne dane niż zawarte w wyjaśnieniach. Tym samym ponowne wezwanie Odwołującego 6 do złożenia przez niego wyjaśnień mogłoby doprowadzić do złożenia wyjaśnień całkowicie nowych, co byłoby niezgodne z podstawowymi zasadami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

#### *Utrzymanie Miejsc Obsługi Podróżnych*

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego 6 odnośnie nieprawidłowych wniosków Zamawiającego dotyczących kosztów utrzymania MOP-ów, to podobnie jak w przypadku wymaganej liczby dyżurnych, Izba wskazuje, że na obecnym etapie postępowania ocenie Izby podlega wyłącznie prawidłowość interpretacji SIWZ dokonana przez Odwołującego 6. Podnoszenie zaś zarzut niejednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia uznać należy za spóźnione.

W zakresie omawianego zarzutu należy wskazać, że Zamawiający na str. 133 i 134 OPZ, określił zakres wymagań dotyczących MOP:

- Dokonywanie stałego monitoringu MPO (w ramach patroli drogi), (...)
- Toalety czyste, bez śmieci, zabrudzeń, o parametrach zgodnych z przepisami BHP, wyposażone w środki czystości zgodnie z zastosowaniem,
- Koszty na odpady opróżniane na bieżąco, nie są przepełnione, (...)
- Cały teren MOP bez porzucanych śmieci (odpadków pozostawionych przez użytkowników lub naniesionych przez wiatr),
- Prowadzenie 24 godzinnego nadzoru sprząającego zapewniającego czystość toalet, jak również ich zaopatrzenia środki higieniczne. Przedmiotowy nadzór prowadzony będzie bezpośrednio na terenie MOP.

Izba wskazuje, że Zamawiający w OPZ nie sprecyzował zasad prowadzenia stałego nadzoru sprząającego bezpośrednio na terenie MOP. Wykonawca w tym zakresie samodzielnie decydował o realizacji ww. zakresu prac, dokonując jego wyceny. Jednakże z wyjaśnień złożonych przez Odwołującego 6 nie wynika w jaki sposób będzie on realizował obowiązek 24/h nadzoru sprząającego i jakie koszty zostały uwzględnione w tym zakresie. Takiej odpowiedzi nie zawiera również odwołanie wykonawcy.

Odwołujący 6 wskazał wyłącznie w treści tabeli „Utrzymanie Miejsc Obsługi Podróżnych wraz z wyposażeniem” zawartej na s. 81 wyjaśnień, że przewidywana liczba roboczogodzin w związku z realizacją tej części zamówienia to 6372,02. Z powyższego wynika, że na prace związane z utrzymaniem Miejsc Obsługi Podróżnych Odwołujący 6 przeznaczył godzinę dziennie ( $6370,02/365/\text{dni}/6/\text{lat}/3$  MOP-y). W ocenie Izby skalkulowanie kosztów omawianej pozycji w ilości 1h godziny dziennie jest - jak podpowiada doświadczenie życiowe - niewystarczające by zapewnić dochowanie wymaganego przez Zamawiającego standardu. Jest wiedzą powszechną, że podróżni korzystają z MOP 24 godziny na dobę, a co za tym idzie konieczność posprzątania toalety, posprzątania śmieci (nie tylko z toalet, ale przede wszystkim z terenów zielonych MOP), czy uzupełnienia środków czystości może zaistnieć w każdym czasie. Stąd właśnie wymóg w OPZ pełnienia stałego, 24-godzinnego nadzoru sprząającego na miejscu — nadzoru, który w razie konieczności będzie w stanie posprzątać teren MOP w zasadzie „od ręki”. Uwzględnienie przez Odwołującego 6 koszty pracy na poziomie 1h dziennie oznacza, że wykonawca niedoszacował kosztów omawianej pozycji w istotnym zakresie. Nie wykazał również w żaden sposób jak będzie możliwe wykonywanie 24-h nadzoru sprząającego przy takim określonym przez wykonawcę poziomie pracy.

Zdaniem Izby Zamawiający błędnie uznał, że w omawianym zakresie oferta wykonawcy jest niezgodna z postanowieniami SIWZ. Z postanowień OPZ nie wynika w jaki sposób wykonawcy mieli zapewnić 24-h monitoring sprzątający. Zamawiający w OPZ nie sprecyzował zasad prowadzenia stałego nadzoru sprzątającego bezpośrednio na terenie MOP. Wykonawca w tym zakresie samodzielnie decydował o realizacji ww. zakresu prac, dokonując jego wyceny. Skoro tak, to stwierdzone przez Zamawiającego uchybienia w zakresie kosztów realizacji potwierdzają niedoszacowanie oferty Odwołującego 6 w tym zakresie, ale nie stanowią, zdaniem Izby, o niezgodności oferty ze SIWZ. Należy przy tym zaznaczyć, że błędna kwalifikacja Zamawiającego nieprawidłowości stwierdzonych w ofercie Odwołującego 6 pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, gdyż oferta wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

*Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy*

W ocenie Izby, mając na uwadze powyższe wnioski Izby, Zamawiający prawidłowo ustalił niezgodność oferty Odwołującego 6 z pkt. 2.7 cz. I OPZ str. 36. Z tych postanowień wynika, że wykonawca zobowiązany był do zapewnienia niezbędnej liczby pracowników „w liczbie gwarantującej w sytuacjach tego wymagających pełnienie w okresie zimowych dyżurów 24 godzinnych na każdym OU, jednak nie mniej niż 4 osoby na jeden OU okresie od 15 października do 15 kwietnia każdego roku, którym wykonywane jest ZUD” oraz „w liczbie gwarantującej pełnienie w okresie zimowym dyżurów poza godzinami pracy Rejonu dyżurnego ZUD Rejonu, jednak nie mniej niż 4 osoby. Zakres tej niezgodności został omówiony powyżej.

Jak Izba wskazała powyżej, Zamawiający błędnie uznał, że oferta Odwołującego 6 pozostaje niezgodna z pkt. 4, 10. Cz. I OPZ s. 135, w zakresie utrzymania MOP-ów. Również Izba uznała, że nie jest prawidłowe stwierdzenie Zamawiającego, że stawka godzinowa wynikająca z wyjaśnień wykonawcy jest niezgodnie z treścią Rozporządzenia z dnia 1 stycznia 2020 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Wskazane jednak błędne ustalenia Zamawiającego pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, oferta wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

*Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp*

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego 6, iż na Zamawiającym ciążył obowiązek ponownego wezwania Odwołującego 6 do złożenia wyjaśnień. Zamawiający opierając się na

oświadczeniach wykonawcy zawartych w wyjaśnieniach ustalił szereg pozycji kosztorysowych niedoszacowanych przez wykonawcę. Zamawiający przedstawił szeroką argumentację, popartą konkretnymi obliczeniami, którym Izba dała wiarę. Odwołujący 6 zaś kwestionując stanowisko Zamawiającego co do zasady powoływał się na okoliczności, iż brakujące koszty zostały uwzględnione w innych pozycjach. Izba wskazał powyżej, że takie działanie jest niedopuszczalne.

To na Odwołującym 6 ciążył obowiązek złożenia wyjaśnień, które pozwolą na uznanie zaoferowanej ceny za rynkową, a ofertę za zgodną z SIWZ. Jeżeli więc Odwołujący 6 posiadał wiedzę nieprzedstawioną w treści wyjaśnień, a mogącą zaświadczać o okolicznościach, które opisuje, to jedynie na skutek własnych zaniechań doprowadził do ich nieujawnienia, gdyż nie powinien oczekiwać od Zamawiającego, że ponownie wezwie go do złożenia wyjaśnień. Przykładem takiego zaniechania jest chociażby pominięcie ilości planowanych do zatrudnienia Dyżurnych ZUD, a w chwili obecnej czynienie zarzutu jakoby Zamawiający dokonał analizy w tym zakresie na podstawie „własnej projekcji”, podczas gdy bazował na przedstawionych przez wykonawcę danych.

Zdaniem Izby ponowne wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie może służyć wykonawcom jako narzędzie do sanowania własnej niestaranności w procesie przygotowywania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Nie ulega wątpliwości, na co powoływał się sam Odwołujący 6, że jest profesjonalistą działającym w branży objętej przedmiotem zamówienia. Uczestniczył wielokrotnie w przetargach. Realizował bądź nadal realizuje na rzecz Zamawiającego umowy dotyczące zimowego i letniego utrzymania dróg. Odwołujący 6 oświadczył również, że składał w przeszłości wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny. Oczywistym jest również dla Izby, że nikt inny – tylko Odwołujący 6 ma wiedzę jak wyceniał koszty realizacji zamówienia, jakie wziął pod uwagę czynniki ryzyka i jak je oszacował. To Odwołujący 6 jako profesjonalista działający na rynku od wielu lat ma doskonałą wiedzę o tym, iż kontraktach związanych z utrzymywaniem dróg kluczowym elementem są koszty robocizny tj. koszty pracy ludzkiej, bez której żaden wykonawca nie byłby w stanie wykonać zamówienia. Jest również oczywistym dla Izby, że Odwołujący 6 ma nie tylko wiedzę jako profesjonalista o obowiązujących przepisach odnośnie minimalnego wynagrodzenia za pracę i minimalnej stawki godzinowej za pracę, ale o kosztach pracy związanych z zatrudnieniem pracowników na umowę o pracę. Kwestia ta przedmiotem weryfikacji w każdym postępowaniu przetargowym. Konieczność zatem jasnego i precyzyjnego określenia kosztów pracy jakie wykonawca przewiduje ponieść w ramach realizacji zamówienia winna być przez Odwołującego 3 przedstawiona w sposób jasny i

precyzyjny. Odwołujący 6 jednak nie zawarł w treści wyjaśnień owych jasnych i precyzyjnych wyjaśnień.

*Zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp*

W ocenie Izby zarzuty okazały się niezasadne. Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający ma obowiązek m.in. poprawić w ofercie pomyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, przy czym jednocześnie winien zawiadomić o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Należy wskazać, że Odwołujący 6 nie powoływał się na omyłki w swojej wycenie, co jest elementem koniecznym do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wykonawca winien wykazać na czym omyłki polegały i w jaki sposób ich zmiana przez Zamawiającego doprowadziłaby do zgodności oferty z treścią SIWZ. Odwołujący 6 zaniechał wykazania elementów koniecznych do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący 6 jedynie wskazał przesłanki do dokonania zmiany oraz poglądy doktryną, a także orzecznictwo Izby związane z art. 87 ust. 2 pkt 3, jednak nie znajdujące zastosowania na gruncie niniejszej sprawy.

**Sygn. akt: KIO 784/21**

Zdaniem Izby nie potwierdziły się zarzuty podniesione w odwołaniu. W konsekwencji, Izba oddaliła odwołanie.

*Zarzut dotyczący ogólność wezwania Zamawiającego*

W ocenie Izby zarzuty Odwołującego 7 względem Zamawiającego dotyczące ogólnego charakteru wezwania do złożenia wyjaśnień z dnia 30 lipca 2020 r. nie zasługują na uwzględnienie. Zdaniem Izby, oczekiwania Zamawiającego w tym zakresie zostały jednoznacznie wyartykułowane w treści wezwania. W piśmie tym czytamy m. in.: Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności wyjaśnienia kwestii ujęcia w cenie wszystkich kosztów towarzyszących wykonywaniu przedmiotu zamówienia, wraz z podaniem ich wartości.

W celu udowodnienia, że zaoferowana przez Wykonawcę cena jest realna, Zamawiający prosi o wyjaśnienie kwestii ujęcia w cenie oferty wszystkich kosztów towarzyszących wykonywaniu przedmiotu zamówienia w rozbiciu na poszczególne pozycje formularzy cenowych (...), z wyszczególnieniem kosztów robocizny, sprzętu i materiałów, kosztów pośrednich, zysku i innych kosztów mających wpływ na wycenę poszczególnych pozycji (...).

Zamawiający prosi również o przedstawienie przez Wykonawcę, odnośnie do każdej pozycji załączonych formularzy (...) opisu, jakie zakresy i jakie działania założył Wykonawca w ramach realizacji danej pozycji. (...)

Zamawiający prosi o szczegółowe wyjaśnienie jakie obiektywne czynniki spowodowały obniżenie ceny oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom została obniżona (...).

Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień elementów składowych oferty mających wpływ na wysokość wyceny, w szczególności wskazania argumentów potwierdzających realność, opłacalność i rynkowość dokonanej wyceny.

Przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami muszą być merytoryczne, a Wykonawca musi dostarczyć wystarczający materiał do sformułowania przez Zamawiającego oceny zaoferowanej w ofercie kwoty (...) dlatego prosimy o przesłanie jednoznacznych i precyzyjnych informacji oraz dowodów (...).

Należy podkreślić, że wezwanie skierowane przez Zamawiającego do Odwołującego 7 zostało wystosowane w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, z uwagi na to, że cena oferty wykonawcy była niższa o 30% od wartości zamówienia. Nie sposób, w ocenie Izby, wymagać od Zamawiającego, aby w wezwaniu do złożenia wyjaśnień, niejako za wykonawcę, wskazywał okoliczności, które w jego ocenie uzasadniają obniżenie ceny o ponadto 30%. To zadaniem wykonawcy, zgodnie z wolą ustawodawcy wyrażoną w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, jest zawarcie w treści wyjaśnień takich okoliczności i przedłożenie takich dowodów, które umożliwią Zamawiającemu weryfikację realności przyjętych założeń cenowych. Nie do zaakceptowania, w ocenie Izby, jest stanowisko Odwołującego 7, że skoro Zamawiający nie sprecyzował swoich wątpliwości co do określonych elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, to wykonawcy przysługuje prawo do złożenia kolejnych wyjaśnień, co do kwestii do których odniósł się lub nie wyjaśnił w odpowiedzi na pierwotne wezwanie Zamawiającego. W ocenie Izby, nie jest rolą Zamawiającego doszukiwanie się w ofercie wykonawcy czynników czy okoliczności uzasadniających cenę wykonawcy za realizację zamówienia poniżej 30% jego wartości czy

średniej arytmetycznej cen ofert złożonych w postępowaniu. Ustawodawca zobowiązał Zamawiającego do wezwania wykonawcy, zaś ciężar dowodu wykazania realności zaofferowanej ceny spoczywa na wykonawcy. To jakie to są okoliczności winno być więc precyzyjnie i jasno wskazane i poparte dowodami w treści złożonych wyjaśnień. Odwołujący 7 uczestnicząc wielokrotnie w przetargach winien mieć pełną świadomość, chociażby z tytułu posiadanego doświadczenia oraz wielości umów realizowanych w trybie zamówień publicznych, że w odpowiedzi na zapytanie Zamawiającego winien precyzyjnie wskazać i wykazać dlaczego oferta jest o ponadto 30% tańsza od szacunków Zamawiającego i średniej arytmetycznej cen ofert, wyjaśniając chociażby w sposób jasny i precyzyjny koszty pracy.

Zdaniem Izby przedmiotem wyjaśnienia w ewentualnym kolejnym wezwaniu do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1a ustawy Pzp mogłoby być obiektywne wątpliwości co do interpretacji treści oświadczeń wykonawcy zawartych w złożonych wyjaśnieniach. Nie można uznać za obiektywną wątpliwość sytuacji, w której wykonawca nie przekazuje koniecznych informacji do weryfikacji zaproponowanej wyceny lub sytuacji, w której przekazują informacje, które potwierdzają nieprawidłową wycenę. A z taką sytuacją mamy do czynienia w analizowanym stanie faktyczny. Stąd też, zdaniem Izby, zarzut dotyczący niejasnego czy nieprecyzyjnego wezwania uznać należy za bezpodstawny.

#### *Ogólny zarzut dotyczący błędnej oceny wyjaśnienia*

W ocenie Izby argumentacja Odwołującego 7 w zakresie błędnej oceny wyjaśnień zawarta w punkcie 4 odwołania potwierdza, że wyjaśnienia jakie złożył Odwołujący 7 były ogólne i nie zawierały informacji wystarczających do weryfikacji czy wykonawca wycenił prawidłowo wszystkie koszty realizacji zamówienia, jakie przyjął założenia dotyczące tego konkretnego postępowania, jakie zidentyfikował ryzyka i w jaki sposób takie ryzyka wycenił. Za wystarczające wyjaśnienie sposobu ujęcia w cenie oferty wszystkich kosztów towarzyszących nie można uznać prostego rozbicia ceny jednostkowej czy wartości pozycji rozliczeniowej na składowe: koszt robocizny, sprzętu i materiałów, kosztów pośrednich, zysku i innych kosztów mających wpływ na wycenę poszczególnych pozycji, jeżeli jednocześnie – wbrew jednoznacznie wyrażonym oczekiwaniom Zamawiającego – Odwołujący 7 nie wyjaśnił, w jaki sposób owe rozbicie zostało dokonane (według jakich założeń i w oparciu o jakie koszty szczegółowe). Odwołujący 7 nie przedstawił również opisu, jakie zakresy i jakie działania założył wykonawca w ramach realizacji danej pozycji, a w uwagach do przedstawionego rozbicia kosztów poprzestał na stwierdzeniu, takim samym przy każdej pozycji (cyt.): „wycena kosztorysowa uwzględniająca wszelkie możliwości optymalizacyjne Wykonawcy wyszczególnione w części opisowej”. Zdaniem Izby

twierdzenie to nic nie wносиło do złożonych wyjaśnień. Jeśli by więc przyjąć w ślad za Odwołującym 7, że przedstawił on w wyjaśnieniach dostępne mu obiektywne czynniki pozwalające na obniżenie ceny, to z wyjaśnień nie wynikało już, w jakim stopniu dzięki tym czynnikom została obniżona cena, mimo iż zgodnie z wezwaniem taką informację należało w wyjaśnieniach przedstawić.

Zdaniem Izby gros wyjaśnień Odwołującego 7 jest ogólnym opisem działalności wykonawcy i jego grupy kapitałowej. Odwołujący 7 szczegółowo opisał swoje doświadczenie i sytuację rynkową - w świetle twierdzeń zawartych w odwołaniu - głównie po to by wykazać „gotowość” do realizacji zamówienia. Jednak informacje odnośnie tego, w jaki sposób Odwołujący 7 w istocie skalkulował cenę ofertową są szczątkowe i na tyle ogólne, że na ich podstawie nie sposób ustalić, jakie będą rzeczywiste koszty wykonania przez wykonawcę danego zakresu prac.

Izba podkreśla, że nie świadczy o wyczerpującym charakterze wyjaśnień liczba stron ani też liczba załączników. Analizie podlega merytoryczna zawartość pisma Odwołującego 7 i załączników w relacji do wyceny konkretnego przedmiotu zamówienia. Odwołujący 7 w odwołaniu wskazuje, że zidentyfikował ryzyka. Prawdą jest, że w części III wyjaśnień, Odwołujący 7 wskazał na cztery ryzyka, ale już sama analiza opisu tych ryzyk i ich wpływu na wycenę jest tak ogólna, że nie pozwala na ocenę ich wpływu na wycenę tego konkretnego przedmiotu zamówienia. Odwołujący 7 posługuje się stwierdzeniami „w zależności od pozycji kosztowej uwzględniono ryzyko wzrostu cen na poziomie do X do Y”, bez wskazania konkretnych wartości, gdzie zostały one ujęte i których elementów pozycji kosztowych dotyczą. Odwołujący 7 opisuje w sposób ogólny uwarunkowania pogodowe i znów ogólnie stwierdza, że uwzględnił je w wycenie w zakresie ilości zapotrzebowania na sól czy paliwo, przy czym Odwołujący 7 zdaje się pomijać okoliczność, że sam nie określił w treści wyjaśnień przewidywanego zapotrzebowania na sól. Podobnie w zakresie wzrostu wynagrodzenia, nie sposób ustalić wartości wyceny tego ryzyka skoro wykonawca w treści wyjaśnień nie określił globalnej liczby roboczogodzin.

Ponadto, w ocenie Izby, przywołane w treści odwołania twierdzenia wykonawcy zawarte w części IV i V wyjaśnień, wbrew twierdzeniom Odwołującego 7, potwierdzają właśnie ogólność wyjaśnień wykonawcy. Twierdzenia typu „kompleksowe podejście”, „siła zakupowa”, „synergia operacyjna”, bez konkretnego odniesienia do przedmiotu zamówienia nie świadczą o prawidłowości wyjaśnień wykonawcy. Izba podkreśla raz jeszcze, że wycenie podlegał konkretny przedmiot zamówienia, konkretny zakres wymagań wskazany w OPZ, w konkretnie określonym przedziale czasowym. Izba nie neguje doświadczenia Odwołującego



7 czy też pozytywnych aspektów przynależności do grupy kapitałowej Budimex, ale bez powiązania tych okoliczności z kosztami realizacji zamówienia sprawia, że treść wyjaśnień Odwołującego 7 jest ogólne i niewyczerpująca.

#### *Powiązanie wyjaśnień w części 1 i części 2 zamówienia*

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego 7 co do nieprawidłowej oceny przez Zamawiającego informacji zawartych w wyjaśnieniach złożonych w części 1 oraz 2 zamówienia, Izba nie zgada się ze stanowiskiem wykonawcy. Zdaniem Izby Odwołujący 7 w żaden sposób w treści wyjaśnień nie wskazał w jaki sposób będzie możliwe wykorzystanie zasobów w ilości i w sposób przedstawiony przez Odwołującego 7 w wyjaśnieniach w przypadku realizacji obu części zamówienia. Nie jest bowiem jasne ile np. zasobów soli Odwołujący 7 założył do wykorzystania w ramach pierwszej części zamówienia, a ile w ramach drugiej, co winno zostać uwzględnione w treści wyjaśnień, by ocenić czy rzeczywiście cena za realizację zamówienia, w związku z posiadaniem przez Odwołującego 7 sprzętu, pracowników i soli, rzeczywiście będzie mogła ulec obniżeniu do kwoty przewidzianej w formularzach cenowych. Izba wskazuje, że skoro wykonawca przywołuje daną okoliczność jako obiektywny czynnik wpływający na sposób obliczenia ceny, to również ten wykonawca, nie zaś Zamawiający, winien precyzyjnie i jasno określić w treści wyjaśnień znacznie tego czynnika dla poziomu kosztów realizacji zamówienia. Mnożenie zaś ogólnych twierdzeń i zdań przez wykonawców w treści wyjaśnień, bez przełożenia ich na konkretne zamówienia, nie nadaje wyjaśnieniom przymiotu istotności, nie czyni ich też wyczerpującymi, jasnymi i precyzyjnymi. Izba wskazuje, że twierdzenia wykonawcy zawarte w odwołaniu, że celem wskazania, iż posiada on zasoby soli było wykazania, że jest należycie przygotowany do świadczenia usługi niejako „z dnia na dzień” potwierdza wyłącznie ogólność twierdzeń wykonawcy zawartych w wyjaśnieniach. Zdaniem Izby Zamawiający nie żądał od wykonawcy wykazania, że może rozpocząć świadczenie usługi z dnia na dzień, ale przedłożenia informacji, iż wyliczył koszty realizacji umowy w okresie kolejnych 6 lat. Stąd też, zarzuty Odwołującego 7 sformułowane względem Zamawiającego w zakresie nieprawidłowości oceny tego zakresu wyjaśnień są, zdaniem Izby, bezpodstawne.

#### *Doświadczenia Odwołującego 7 uzyskane przy realizacji analogicznych umów*

Odnosząc się do zarzutów Odwołującego 7 odnośnie nieprawidłowej oceny doświadczenia wykonawcy, Izba nie dopatrzyła się nieprawidłowości wskazanych przez Odwołującego 7 w odwołaniu. Należy wskazać, że o prawidłowości przyjętej przez Odwołującego 7 ceny nie świadczyć okoliczność wyboru oferty Odwołującego 7 jako najkorzystniejszej w innych

postępowaniach prowadzonych przez różne Oddziały GDDKiA, bowiem okoliczność ta nie pozwala wywodzić, że proponowana przez Odwołującego 7 cena w związku z prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniem także jest rynkową. Przedstawione dokumenty nie stanowią bowiem w jaki sposób umowy są wykonywane przez Odwołującego 7 oraz czy realizuje zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiających, a także o szczegółowych uwarunkowaniach lokalnych.

Ponadto, Izba podkreśla, że doświadczenie Odwołującego 7 w realizacji podobnych kontraktów nie jest okolicznością nadzwyczajną i dostępną wyłącznie Odwołującemu 7. Wszyscy wykonawcy, którzy składali wyjaśnienia w ramach procedury z art. 90 ust. 1a wskazywali na swoje szerokie doświadczenia w realizacji podobnych kontraktów. Zdaniem Izby, doświadczenie to samo w sobie nie czyni ceny zaproponowanej przez wykonawcę rynkowej, jak również nie powoduje, że wyjaśnienia wykonawcy są prawidłowe. Odwołujący 7 nie przekazał Zamawiającemu informacji co do rzeczywistych kosztów realizacji poprzednich kontraktów, czy ich wycena była wówczas prawidłowa, czy wykonawca rzeczywiście uzyskał zysk na jakie się powoływał. Doświadczenie życiowe wskazuje, że niejednokrotnie wykonawcy realizują kontrakty ze stratą, niedoszacowując kosztów ich realizacji na etapie składania ofert, a ową stratę rekompensują następnym zamówieniem, tworząc w ten sposób błędne przekonanie o prawidłowości wyceny, w rzeczywistości jednak ponosząc straty na kontraktach. To z kolei rodzi ryzyko, że w przypadku braku kolejnych zamówień, wykonawcy tracą płynność finansową i nie są w stanie regulować bieżących zobowiązań, jak również prawidłowo zakończyć realizację rozpoczętych inwestycji. Stąd też, zdaniem Izby, konieczność rzetelnej i szczegółowej oceny kosztów realizacji zamówienia przez zamawiających ma kluczowe znaczenia dla prawidłowego funkcjonowania rynku zamówień publicznych. Opieranie się wyłącznie na ogólnych twierdzeniach wykonawcy, że zrealizował czy realizuje inne umowy oczywiście jest wartością dodaną, ale nie świadczy o należytej wycenie tego konkretnego zamówienia. Stąd też, w ocenie Izby, Zamawiający prawidłowo oceniał wyjaśnienia wykonawcy z omawianym zakresie.

#### *Wartość grupy kapitałowej Odwołującego 7*

Również nie zasługują na uwzględnienia zarzuty Odwołującego 7 jakoby Zamawiający pominął czy nieprawidłowo oceniał znaczenie dla wyceny przedmiotu zamówienia informacji dotyczących przynależności Odwołującego 7 do grupy kapitałowej Budimex. Izba wskazuje, że rozważania Odwołującego 7 o korzyściach wynikających z przynależnością do grupy kapitałowej Budimex są na tyle ogólne, że nie pozwalają na ustalenia w jaki konkretnie sposób ta przynależność go grupy kapitałowej wpływa na przyjęty przez Odwołującego 7

poziom kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia. W ocenie Izby ani z dowodu nr 22 załączonego do odwołania ani z treści wyjaśnień Odwołującego 7 nie wynika w jaki sposób okoliczność ta miałyby wpłynąć na wysokość tej konkretnej ceny w przedmiotowym postępowaniu przetargowym. Z samego bowiem faktu, że Odwołujący 7 ma możliwość uzyskania rabatów nie wynika dlaczego proponowana cena ma być zakwalifikowana jako rynkowa. Nie wynika również, że owe rabaty mają jakiś nadzwyczajnie wysoki poziom, odbiegający od cen dostępnych innym wykonawcom działającym na rynku objętym przedmiotem zamówienia. W rzeczywistości jest przecież tak, że większość z profesjonalnych wykonawców posiada kontrakty, podwykonawców czy dostępy do różnych zasobów, otrzymuje różnorodne rabaty.

Izba nie zgadza się z Odwołującym 7, że Zamawiający wymagał wykazania wpływu ww. czynnika na proponowaną cenę poprzez przedstawienie wszystkich warunków usług i dostaw realizowanych w ramach wykonywanego zamówienia. Zdaniem Izby skoro Odwołujący 7 twierdzi, że powiązania kapitałowe przełożyły się na obniżenie kosztów realizacji zamówienia, to sam Odwołujący 7 winien jasno i precyzyjnie wskazać, które to koszty zostały obniżona i w jaki sposób. Koszty nie ulegają obniżeniu z tego powodu, że Budmimex S.A. jest akcjonariuszem spółce Odwołującego 7, podobnie jak powiązania kapitałowe z FBSerwis Karpatia. Oba podmioty prowadzą określoną działalność gospodarczą i jak można przypuszcza mają swoje zobowiązania kontraktowe, które realizują na bieżąco. Jest twierdzeniem niewykazany przez Odwołującego 7 w jaki konkretnie sposób będzie korzystał z tzw. „efektu skali”. Samo posłużenie się takim twierdzeniem nie obniżana ceny za realizację zamówienia. Odwołujący 7 w żaden sposób nie sprecyzował w odniesieniu do przedmiotu zamówienia jakie konkretnie usługi czy materiały przewiduje nabyć po szczególnie korzystnych warunkach cenowych, co dało mu możliwość obniżenia ceny w stosunku do cen innych wykonawców. Zdaniem Izby, z treści złożonych wyjaśnień nie wynika, w jaki sposób Odwołujący 7 korzystałby z usług spółki w ramach realizacji niniejszego zamówienia i ponownie, jaki mogłoby to mieć wpływ na oferowaną cenę. Złożony przez Odwołującego 7 dowód w postaci zobowiązanie spółki Budimex nie stanowi dowodu na potwierdzenia prawidłowości wyceny przedmiotu zamówienia, a jedynie potwierdza wnioski Izby o ogólności twierdzeń Odwołującego 7. Z treści złożonego dokumenty wynika wyłącznie, że Odwołujący 7 miałby możliwość z korzystanie z zapasów materiałów, jeśli będą one w magazynie. Zdaniem Izby z oświadczenia tego nic nie wynika w kwestii wyceny tego konkretnego zamówienia. Mając na uwadze powyższe, Izba uznała zarzuty Odwołującego 7 za niezasadne.

*Koszty zatrudnienia pracowników - ZUD*

Odnosząc się do kosztów zatrudnienia, Izba wskazuje po pierwsze, że Zamawiający nieprawidłowo przyjął, iż Odwołujący 7 w wyjaśnieniach zaproponował średnią stawkę za jedną roboczogodzinę w wysokości niższej niż ta określona przepisami Rozporządzenia w sprawie minimalnego wynagrodzenia za rok 2020 r. Należy zgodzić się z Zamawiającym, że „Minimalna stawka godzinowa”, o której mowa w treści §2 ww. Rozporządzenia dotyczy minimalnej wysokości wynagrodzenia za każdą godzinę zlecenia lub świadczenia usług, przysługującą przyjmującemu zlecenie lub świadczącemu usługi. (vide: art. 1 pkt. 1a ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.) Z treści tomu III SWZ 2.7. 1) A. 1. s. 33 wynika natomiast, że Zamawiający wymagał zatrudnienia na podstawie umowy o pracę. Obliczając zatem stawkę za godzinę pracy każdego z pracowników Odwołujący 7 zobowiązany był przyjąć stawkę minimalnego wynagrodzenia dla osób zatrudnionych na umowę o pracę. Odwołując 7 oświadczył, że uwzględnił stawkę netto 20,50 zł i stawka jest zgodna z ww. Rozporządzeniem. Zamawiający nie wykazał niezgodności na jaką powołuje się w treści decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 7. To chybienie Zamawiającego pozostaje jednak bez wpływu na wynik postępowania, gdyż pozostałe nieprawidłowości ustalone przez Zamawiającego okazały się zasadne.

Po pierwsze, zdaniem Izby wskazując w treści wyjaśnień średnią stawkę netto wynagrodzenia za jedną roboczogodzinę Odwołujący 7 unika odpowiedzi na pytania jak określił i wyliczył całkowity koszt pracodawcy za jedną godzinę pracy. Wskazanie stawki netto w żaden sposób nie może być uznana za wyczerpujący i jednoznaczny opis tej pozycji kosztowej. W treści wyjaśnień wykonawca w żaden sposób nie odniósł się do kosztów pracodawcy, które będzie ponosił w związku z zatrudnieniem deklarowanej przez Odwołującego 7 pracowników. To zadaniem Odwołującego 7 było jasne wskazanie przewidywanej wysokości tych kosztów i uwzględnienie ich w wycenie. Po drugie, Izba wskazuje, że zakres informacji wskazany w wyjaśnieniach nie pozwalał Zamawiającemu na zweryfikowanie rzeczywistych kosztów, jakie Odwołujący 7 przyjął do wyceny realizacji zamówienia. Odwołujący 7 nie tylko nie skalkulował kosztów pracy każdego z pracowników, ale, co więcej, wbrew własnym twierdzeniom (s. 25 wyjaśnień) i podtrzymanym na rozprawie, nie podał jaka jest globalna przyjęta przez niego do wyceny liczba roboczogodzin pracy ani jak tę globalną liczbę podzielił między poszczególne pozycje rozliczeniowe (co winien zrobić biorąc pod uwagę treść wezwania). W związku z powyższym, jeśli Odwołujący 7 wskazał, że „(...) Wykonawca nie kalkulował kosztu pracy tego samego pracownika oddzielnie dla koszenia, oddzielnie dla odśnieżania czy usuwania zwierząt. Koszt ten został oszacowany globalnie jako iloczyn roboczogodzin, które zostaną przepracowane przez wspomniany personel przez cały okres realizacji Umowy.”, to winien tę oszacowaną przez siebie liczbę

roboczogodzin wskazać, ażeby Zamawiający mógł ocenić na ile proponowana stawka jest możliwa do zrealizowania.

W ocenie Izby wyjaśnienia Odwołującego 7 odnośnie kosztów zatrudnienia są ogólne, nie zawierają konkretnych danych liczbowych dotyczących kosztów pracodawcy, szacowanej liczby roboczogodzin i odniesienia tej liczby do wymagań zawartych w SIWZ. Zdaniem Izby, dla tak doświadczonego wykonawcy nie są to informacje nadzwyczajne. Gdyby wykonawca rzeczywiście rzetelnie obliczył koszty realizacji zamówienia, z uwzględnieniem obowiązujących przepisów prawa, taka informacja byłaby odzwierciedlona w treści wyjaśnień. W rzeczywistości jednak, Odwołujący 7 próbuje wprowadzić Zamawiającego w błąd posługując się stawką netto i nie wyjaśniając w jaki sposób i gdzie uwzględnił koszty zatrudnienia, w tym koszty pracodawcy. To obowiązkiem Odwołującego 7 było jasne i precyzyjnie wyjaśnienia tego aspektu realizacji zamówienia, istotnego, gdyż mamy do czynienia z przedmiotem zamówienia, który wymaga znacznego zaangażowania potencjału ludzkiego, to zaś generuje koszty pracy.

#### *Zarzut dotyczący niezgodności oferty w zakresie liczby pracowników ZUD*

Odnosząc się do nieprawidłowości wskazanych przez Zamawiającego w decyzji o odrzuceniu oferty w zakresie ww. pozycji, Izba wskazuje, że wniosek Zamawiającego o sprzeczności oferty wykonawcy z zapisami SIWZ jest wnioskiem nieprawidłowym. W tym zakresie, Odwołujący 7 słusznie wskazał, że w odpowiedzi na pytanie nr 138 do SIWZ, Zamawiający jednoznacznie oświadczył, że to wykonawca sam decyduje, jaka ilość pracowników jest niezbędna do realizacji zamówienia. Jednocześnie w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający przywołał szereg postanowień OPZ, na podstawie których w jego ocenie konieczne jest zatrudnienie co najmniej 40 osób, przy czym Zamawiający nie posługuje się tą konkretną liczbą w OPZ. Zamawiający stwierdza, że biorąc pod uwagę zakres wymagań wskazanych w OPZ, w tym zwłaszcza bardzo krótkie czasy reakcji, w praktyce wykonawca operatorów ZUD zatrudnia w całym okresie zimowym. Zatrudnienie następuje na podstawie umowy o pracę, a to z uwagi na konieczność ustalenia z góry na każdy miesiąc grafiku pracy i pozostawiania operatorów pod ścisłym nadzorem ze strony wykonawcy. Na podstawie umowy zlecenia można zatrudnić wyłącznie dodatkowe osoby do wykonywania prac zimowych, w szczególności osoby, które nie muszą być poddane weryfikacji Zamawiającego. Ponadto, Zamawiający wskazał, że biorąc pod uwagę minimalną ilość wymaganych sprzętów do ZUD – 16 nośników – w ramach stałego zespołu wykonawca musi dysponować co najmniej 32 osobami plus operatorami do ładowarki, równiarki oraz personelem zapasowym. Cały ten personel musi być w stałej gotowości do wykonywania

ZUD w całym wskazanym powyżej okresie, a koszty jego zatrudnienia muszą być pokryte z poz. X formularza cenowego.

Zdaniem Izby, mając na uwadze powyższe twierdzenia Zamawiającego oraz uwzględniając odpowiedzi na pytania wykonawców, kalkulując koszty realizacji zimowego utrzymania dróg, wykonawcy sami zdecydowali o liczbie pracowników koniecznych do realizacji tego zadania. Również Odwołujący 7. Stąd też, zdaniem Izby w tym zakresie ustalenia Zamawiającego dotyczące sprzeczności oferty Odwołującego 7 ze SIWZ były błędne. To uchybienie Zamawiającego jednakże pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, bowiem Odwołujący 7 nie wykazał, iż uwzględnił w ofercie koszty takiej liczby pracowników, która umożliwi realizację przedmiotu zamówienia w sposób określony przez Zamawiającego za pomocą 35 pracowników wskazanych w wyjaśnieniach. Odwołujący 7 w tym zakresie nie zawarł w treści wyjaśnień stosowanych informacji. Nie odniósł się do zakresu obowiązków wynikających z OPZ i nie wykazał, że czynności te może wykonać przy użyciu 35 stałych pracowników, o których mowa w wyjaśnieniach. Wykonawca wskazuje, że przewiduje możliwość zwiększania zatrudnienia, odwołuje się do elastycznego czasu pracy, wskazuje, iż oszacował globalnie liczbę wymaganych roboczogodzin, ale po raz kolejny są to gołosłowne słowa wykonawcy, niepoparte żadnymi wyliczeniami, bez odniesienia do OPZ, zakresu obowiązku i sposobu ich wykonania przez wykonawcę przy użyciu 35 pracowników (przy uwzględnieniu postanowień z pkt. 2.7. cz. I OPZ, str. 36), bez wskazania owej globalnej liczby roboczogodzin. Stąd też, Izba w pełni zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego wyrażanym w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 7 co do niedoszacowania kosztów pracy w omawianym zakresie.

#### *ZUD – sól*

Odnosząc się do zarzutów związanych z nieprawidłową oceną wyjaśnień Odwołującego 7 w zakresie obliczenia kosztów zakupów soli drogowej, również zdaniem Izby Odwołujący 7 w treści wyjaśnień nie zawarł informacji niezbędnych do weryfikacji na jakich oparł się założeniach obliczając koszt tej pozycji. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego 7, że w celu wykazania rynkowej wyceny przedmiotu zamówienia, aby sprostać wymaganiom Zamawiającego konieczne byłoby przedłożenie gotowych umów z dostawcami czy podwykonawcami. Izba zaznacza, że wykonawca, na co zresztą wielokrotnie powołuje się w treści wyjaśnień Odwołujący 7, działa do wielu lat na rynku. Wykazanie prawidłowości wyceny zakupu soli wymagało od wykonawcy przedstawienie w wyjaśnieniach informacji o przewidywanym zapotrzebowaniu w okresie realizacji kontraktu, na czym wykonawca takie zapotrzebowanie oparł i w jaki sposób wykonawca taką przewidywaną ilość soli nabędzie. Te

ostatnią okoliczność wykonawca może wykazać poprzez złożenie dowodów – ofert dostawców, czy wycień co do średniej ceny jaką płacił za sól w ostatnich latach, uwzględniając przy tym i wyceniając w kosztach oferty ryzyko wzrostu cen. To, że Odwołujący 7 załączył trzy oferty z dwoma różnymi cenami soli, twierdząc, że złożył wymagane dowody świadczy wyłącznie o braku profesjonalizmu wykonawcy. Złożone dowody potwierdzają wyłącznie, że wykonawca nabył określoną ilość soli, po określonej cenie. Z dowodów tych wynika, że za stawkę najniższą na jaką powołuje się Odwołujący 7 w odwołaniu wykonawca nabył śladowe ilości soli, porównując kwoty z pozostałych faktur. Już ta okoliczność zaprzecza twierdzeniom Odwołującego 7, że zasadne było przyjęcie do kalkulacji najniższej z kwot. Skoro Odwołujący 7 uwzględnił w kosztach realizacji zamówienia stawkę najniższą tj. 170 zł, to winien wykazać, albo poprzez dane historyczne, że szacowaną zapotrzebowanie w sól, zaspokajał już po kwocie 170 zł, albo winien złożyć chociażby oświadczenie swojego dostawy, że będzie w stanie wymagany zasoby zrealizować, ze wskazaniem przewidywanej ceny. Odwołujący 7 tymczasem formułuje szereg zarzutów względem Zamawiającego, przemilczając okoliczność, że sam nie dochował należytej staranności, gdyż w jego wyjaśnieniach brak jest podstawowych informacji na podstawie, których Zamawiający mógłby zweryfikować cenę oferty. Możliwość zakupu u małych, nieznanymi szerzej na rynku dostawców kilkudziesięciu ton soli drogowej po relatywnie niskiej cenie, choć może wystąpić, nie świadczy o tym, że wykonawca będzie miał możliwość zakupu po tej cenie całej soli wymaganej do zrealizowania kontraktu. Zamawiający prawidłowo zweryfikował twierdzenia wykonawcy.

Izba wskazuje, że to w wyłącznej gestii Odwołującego 7 było oszacowanie ilości soli niezbędnej do realizacji zamówienia. Te szacunki Odwołujący 7, jak i inni wykonawcy, powinni zawrzeć w treści wyjaśnień, wskazując na jakich danych bazowali, jakie ryzyka uwzględnili i jak te ryzyka wycenili. Izba nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego 7, że Zamawiający przekazał wykonawcom dane co do ilości wymaganej soli. W odpowiedzi na pytanie nr 31 Zamawiający tylko i wyłącznie podał dane historyczne co do zużycia soli i jak sam Zamawiający wskazał były to dane orientacyjne. Nie były to więc dane wiążące wykonawcę. Zamawiający podkreślał mianowicie, że są to dane historyczne i nie gwarantuje, że sytuacja będzie analogiczna w latach następnych. Ponadto jak wskazał Zamawiający, podane historyczne zużycie dotyczyło odcinka autostrady utrzymywanej w ramach kontraktu Utrzymaj Standard, gdzie nie było tak znacznych wymagań dot. standardów ZUD, w szczególności nie występowały działania profilaktyczne, które są znacznym generatorem zużycia soli, z uwagi na fakt, że konieczne jest posypywanie w określonej dawce 10g/m<sup>2</sup> w każdym określonym w OPZ przypadku wystąpienia ostrzeżeń o możliwym wystąpieniu zagrożenia. Okoliczności te winny zatem być uwzględnione przez Odwołującego 7 w

szacowaniu wymaganej ilości soli. Odwołujący 7 zaś takich szacunków nie zawarł w treści wyjaśnień. Odwołujący 7 w sposób ogólne opisuje, że badał historyczne warunki pogodowe, ale po raz kolejny te ogólne twierdzenie nie zostają w żaden sposób przełożone na konkretne założenia wykonawcy.

W ocenie Izby twierdzenia Odwołującego 7, iż Zamawiający pominął i nie uwzględnił posiadanych przez wykonawcę zasobów soli nie mogą być uznane za zasadne. Jak wskazał Zamawiający Odwołujący 7 powołał na fakt posiadania przez siebie zapasów soli z innych kontraktów, przy czym biorąc pod uwagę ilość równoległe wykonywanych przez wykonawcę podobnych zamówień (z wyjaśnień wynika, że jest ich co najmniej 9) trudno założyć, że wspomniane zapasy soli posłużą wyłącznie realizacji niniejszego zamówienia i przez kolejne sezony będą magazynowane na potrzeby tego zamówienia, zamiast zostać wykorzystane do realizacji bieżących kontraktów (w tym zostaną przetransportowane na teren OUA Dębica, mimo iż ich magazyny znajdują się bliżej miejsc wykonywania innych zamówień przez wykonawcę). Odwołujący 7 nie zawarł w treści wyjaśnień żadnych analiz co do zasad rozłożenia rzekomych zapasów soli na kontrakty przez niego realizowane. Ponadto, jak ustalił Zamawiający, według posiadanych przez niego informacji wykonawca okoliczność posiadania zapasów soli wskazuje w różnych postępowaniach jako okoliczność pozwalającą mu na obniżenie ceny - tytułem przykładu wskazać należy na wyrok Izby z dnia 4 września 2020r., sygn. akt 1502/20, KIO 1514/20, KIO 1534/20, z którego wynika, że również w tej sprawie wykonawca powoływał się przy wyjaśnieniach ceny na fakt posiadania zapasów soli drogowej. Ten sam materiał nie może zostać wykorzystany na potrzeby realizacji różnych zamówień, co dodatkowo podważa wiarygodność wyjaśnień wykonawcy. Izba wskazuje, że nawet gdyby przyjąć, że Odwołujący 7 rzeczywiście posiada zapasy soli (czego w ocenie Izby nie wykazał, poza własnymi twierdzeniami), to nadal w treści wyjaśnień brak jest informacji jakie przyjął szacunki co do ilości soli, czy wartość wskazana w ostatnim akapicie na stronie 28 to wartość jaką wykonawca szacuje na potrzeby tego zamówienia. Nie wskazał jakiego rzędu oszczędności przewiduje. Ponadto, należy wskazać, że fakt posiadania soli drogowej niewykorzystanej na innych kontraktach nie jest przy tym równoznaczny z tym, że wykonawca nie poniesie żadnych kosztów związanych z wykorzystaniem tego materiału na potrzeby niniejszego zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że Zamawiający w sposób prawidłowy i wyczerpujący ustalił zakres nieprawidłowości w wyjaśnieniach Odwołującego 7 w zakresie kosztów związanych z zapewnieniem soli w trakcie realizacji przedmiotowego zamówienia. W ocenie Izby, dowody złożone przez Odwołującego 7 są bez znaczenia dla sprawy.



### *Cena za utrzymanie strukturalne*

Zdaniem Izby stanowisko Odwołującego 7 uznać należy za błędne. Izba wskazuje, że Odwołujący 7 po raz kolejny formułuje zarzut względem Zamawiającego, wskazując, że gdyby tylko Zamawiający dokonał całościowej oceny wyjaśnień, to nie ma wątpliwości, że wykonawca wszystko prawidłowo wycenił. Odwołujący 7 zdaje się pomijać ciążący na wykonawcy obowiązek wykazania prawidłowości wyceny przedmiotu zamówienia. Izba podkreśla, że nie jest zadaniem Zamawiającego przyporządkowywanie informacji i dowodów do określonych twierdzeń wykonawcy, ale to zadaniem Odwołującego 7 było wskazanie swoich założeń, poparcie każdego z założeń odpowiednimi dowodami, zaś w przypadku obiektywnych czynników dostępnych wykonawcy, wskazanie precyzyjnie jaki to czynnik i w jaki sposób wpływa na cenę. W zakresie omawianej pozycji, samo rozbicie ceny za utrzymanie strukturalne na 70 pozycji nie powoduje, że wykonawca wykazał realność wyceny. Z treści wezwania do złożenia wyjaśnień wynikało, że to na wykonawcy ciążył obowiązek wykazania w jaki sposób konkretne okoliczności wpłynęły na cenę proponowaną tytułem poszczególnych pozycji formularza cenowego. Odwołujący 7 natomiast przyjął, że to Zamawiający winien zestawić samodzielnie wymieniane przez niego załączniki z cenami przyjętymi w formularzu 2.1.1.b dot. utrzymania strukturalnego i na tej podstawie samoistnie wnioskować o poprawności obliczeń Odwołującego 7. Założenia Odwołującego 7 Izba uznaje za nieprawidłowe. Odwołujący 7 nie odniósł się do poszczególnych pozycji formularza cenowego 2.1.1.b, tym bardziej czynienie zarzutu w tym względzie Zamawiającemu jest bezpodstawne. Take założenia skutkowałyby tym, że to Zamawiający uzupełnia i pisze wyjaśnienia wykonawcy. Stąd też, w ocenie Izby, zarzuty Odwołującego 7 odnośnie oceny przez Zamawiającego wyjaśnień w zakresie kosztów utrzymania strukturalnego są niezasadne.

### *Koszty robocizny (patrole) – rutynowe objazdy w ramach patroli*

W ocenie Izby, również w zakresie długości odcinka podlegającego patrolowaniu stanowisko Zamawiającego jest zasadne. Zdaniem Izby Zamawiający wykazał, że Odwołujący 7 myli długość ciągu głównego odcinka autostrady objętego usługą (49,603 km) z długością dróg podlegających patrolowaniu i z odległościami, jakie pojazd patrolowy musi pokonać by móc w sposób zgodny z SIWZ wykonać usługę. Jak wyjaśnił Zamawiający, ciąg główny autostrady A4 od węzła Tarnów Centrum (bez węzła) do węzła Sędziszów (z węzłem) ma długość 49,603 km (por. Cz. A pkt 9.1 str. 1 OPZ). Zakres usługi polegającej na patrolowaniu powinien być ustalony przez Odwołującego 7 w oparciu o postanowieniem Cz. B pkt 4.12 ppkt 2 OPZ, gdzie jednoznacznie wskazano, że patrolowanie obejmuje ciąg główny, węzły i

MOP-y. Zamawiający osobno w tabeli z Cz. A pkt 9.1 str. 1 OPZ podał długości łącznic składających się na poszczególne węzły. Zdaniem Izby, postanowienie to nie pozostawia wątpliwości, że długość 49,603 km nie obejmuje węzłów. Nie obejmuje też MOP-ów, które zgodnie z Cz. B pkt 4.12 ppkt 2 OPZ są objęte zakresem rutynowych objazdów w ramach patroli, co powoduje, że wykonawca nie będzie patrolował wyłącznie odcinka 2x49,603 km. Odwołujący 7 również pomija okoliczność, że w celu prawidłowego wykonania patrolu wykonawca musi wprawdzie dojechać do patrolowanego odcinka, przejechać z jednego odcinka patrolowanego na drugi, objechać wszystkie łącznice składające się na węzeł, czy zawrócić by zmienić kierunek jazdy. Zamawiający wykazał, że Odwołujący 7 nie uwzględnił konieczności pokonania dodatkowych odległości w celu wykonania patroli, o tym właśnie świadczy treść złożonego przez niego odwołania, co dodatkowo potwierdza, że Odwołujący 7 zaniżył koszty wykonania tego zakresu prac.

Odnosząc się do kwestionowanego przez Odwołującego 7 czasu przejazdu patrolu, Izba wskazuje, że z treści wyjaśnień wykonawcy winno wynikać jaki przyjął czas przejazdu, tak, aby Zamawiający miał możliwość weryfikacji kosztów robocizny czy kosztów paliwa. Odwołujący 7 nie zawarł jednak w treści wyjaśnień niezbędnych informacji, formułując w konsekwencji zarzut względem Zamawiającego, iż ten bezpodstawnie przyjmuje wydłużony czas przejazdu patrolu. Skoro sam Odwołujący 7 uchybił obowiązkowi określenia przyjętego czasu przejazdu patrolu, to czynienie zarzutu względem Zamawiającego, jest niezasadne. Ponadto Izba wskazuje, że Odwołujący 7 unikając jednoznacznej odpowiedzi w treści wyjaśnień co do rzeczywistych kosztów pracodawcy związanych z wykonaniem zamówienia, uniemożliwił Zamawiającemu weryfikację kosztów związanych z patrolami na zasadach, które obecnie postuluje Odwołujący 7. Nie ma żadnych podstaw, aby Zamawiający wystosowywał dodatkowe wezwanie w celu uzupełnienia takich informacji. W ocenie Izby kwestia kosztów pracy, dokładnego ich rozbiciu na poszczególne składniki winna być oczywista dla Odwołującego 7, chociażby w uwagi na profesjonalny charakter wykonawcy na jaki sam się powołuje. Ponieważ Odwołujący 7 nie zawarł wymaganych informacji, Zamawiający opierając się przepisach prawa w zakresie obowiązkowych elementów kosztów pracy oraz z uwzględnieniem OPZ oszacował wartość nieuwzględnioną w kosztach oferty. Działanie takie Izba uznała za prawidłowe. Zresztą, poza ogólnym zanegowaniem działań Zamawiającego, Odwołujący 7 nie przedstawił własnych wyliczeń na podstawie informacji zawartych w wyjaśnieniach, które obalałyby zasadność twierdzeń Zamawiającego.

Odnosząc się do ustalonej przez Zamawiającego niezgodności oferty Odwołującego 7 ze SIWZ z uwagi to, że jak wskazał Zamawiający: „*osoby patrolujące należy zatrudnić na podstawie umowy o pracę, co oznacza konieczność uwzględnienia wypłaty na ich rzecz*”

*dodatków za pracę w godzinach nocnych i w dni świąteczne (patrolowanie odbywa się w sposób ciągły). Koszt roboczogodziny 20,50 zł (założony przez Wykonawcę) jest stawką niższą niż stawka za roboczogodzinę ustalona w oparciu o wynagrodzenie minimalne i koszty pracodawcy, co stanowi kolejną niezgodność oferty z SIWZ, które przy najniższym krajowym wynagrodzeniu na rok 2020 kształtuje się na poziomie 22,33 PLN/ netto (minimalny koszt robocizny roboczogodziny obliczony przez Zamawiającego na podstawie obowiązujących przepisów z uwzględnieniem pracy w godzinach nocnych) oraz 20,93 PLN/netto (bez pracy w godzinach nocnych)”, zdaniem Izby okoliczność ta nie świadczy o niezgodności oferty wykonawcy ze SIWZ. Zamawiający nie wskazał w treści SIWZ wymagania stawki jaką wykonawcy mieliby płacić osobom wykonującym zamówienia na rzecz wykonawcy. Koszt pracy każdy z wykonawców ustala indywidualnie. Zamawiający przedstawił swoje złożenia, ale ich nieuwzględnienie przez Odwołującego 7 w treści wyjaśnień nie może być uznane za niezgodne ze SIWZ. Wyliczenia Zamawiającego podlegają analizie i porównaniu względem wyliczeń wykonawcy zawartych w treści oferty odnośnie przyjętych kosztów robocizny. I w tym zakresie, jak Izba wskazała powyżej, Odwołujący 7 w wyjaśnieniach nie zawarł wyczerpującej informacji co wartości i zasad obliczenia kosztów pracy jaki wykonawca będzie ponosił w związku z realizacją zamówienia i w tym zakresie Zamawiający prawidłowo ustalił, że oferta wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.*

#### *Koszty sprzętu*

Odnosząc się do zarzutów Odwołującego 7 w zakresie nieprawidłowej oceny sposobu wyliczenia przez wykonawcę kosztów sprzętu, w ocenie Izby ustalenia Zamawiającego są prawidłowe. Wyjaśnienia wykonawcy były ogólne i nieprecyzyjne. Stwierdzenie Odwołującego 7, iż owe koszty zostały skalkulowane globalnie jest informacją pustą i nic nie wnoszącą do weryfikacji kosztów sprzętu. Odwołujący 7 posługuje się w treści wyjaśnień ogólnymi stwierdzeniami o możliwości nabycia sprzętu lub też jego leasingu, możliwości dostępu do sprzętu grupy kapitałowej, ale ponownie takie oświadczenie w żaden sposób nie potwierdza rzetelnej wyceny kosztów realizacji tego konkretnego zamówienia. Z OPZ wynika jaki sprzęt jest konieczny do realizacji zamówienia. Zamawiający zatem, opierając się na dowodach przekazanych przez wykonawcę i kwocie globalnej wskazanej w wycenie ustalił braku w zakresie tej pozycji, niedoszacowania z tytułu robocizny i kosztów paliwa. W treści odwołania, sam Odwołujący 7 poza zanegowaniem podejścia przyjętego przez Zamawiającego, nie przedstawia własnych kalkulacji, w oparciu o informacje zawarte w wyjaśnieniach, które to kalkulacje obalały słuszność twierdzeń Zamawiającego.

Podnoszona przez Odwołującego 7 okoliczność, iż posiada on możliwość nabycia paliwa napędowego po niższej cenie niżeli rynkowa co stawia go w lepszej pozycji w porównaniu do innych wykonawców na rynku krajowym czy europejskim, sama w sobie nie powoduje, że wycena kosztów sprzętu i materiałów ma charakter rynkowy i nie została zaniżona przez wykonawcę. Izba podkreśla, że ocena owej okoliczności musi odbywać się w odniesieniu do przedmiotu zamówienia i wymagań Zamawiającego. Odwołujący 7 w treści wyjaśnień powinien określić jakie szacunku przyjął co do ilości zużycia paliwa i za jaką kwotę przewiduje nabyć tak oszacowaną ilość paliwa w związku z wykonywaniem robót składających się na przedmiot zamówienia, czego, zdaniem Izby, nie uczynił. Dowody złożone przez Odwołującego 7 w zakresie zużycia paliwa Izba uznaje za dowody spóźnione i bez znaczenia dla sprawy.

Podobnie, przedłożone przez Odwołującego 7 w Załączniki nr 19, 22 dowody odnoszące się do posiadania sprzętu lub możliwości jego wynajmu bez wskazania w wyjaśnieniach, jakie są założenia wykonawcy co do sposób wykorzystania tych sprzętów w realizacji zamówienia nie mogą stanowić o prawidłowej wycenie przedmiotu zamówienia. Przedstawione dowody, bez równoczesnego wskazania założeń co do wykorzystania sprzętu przy realizacji zamówienia, nie pozwalają na ocenę, czy i w jakiej wysokości koszt zapewnienia sprzętu został przez Odwołującego 7 uwzględniony w cenie ofertowej.

Odnosząc się do Załącznika nr 28 „Przykładowe zestawienie kosztów i zapisów księgowych na kontrakcie utrzymania autostrady A1”, Izba w pełni zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego. Pomijając okoliczność, że zestawienie to odnosi się do realizacji innego zamówienia, wskazać należy, że ujmuje koszty jego wykonania tylko dla wybranego okresu (niepełnego miesiąca). Nie obrazuje więc, jak koszty te kształtują się w poszczególnych miesiącach roku, co jest istotne, skoro w różnych okresach roku wykonawca wykonuje różne prace. Opisy pozycji zawartych w zestawieniu są hasłowe, ogólne i nie sposób ich powiązać z poszczególnymi pozycjami rozliczeniowymi kosztorysu ofertowego. Wreszcie, zestawienie to bez powiązania z informacją, jakie w danym okresie były wykonywane prace i w jakich ilościach (dotyczy utrzymania strukturalnego), nie pozwala na ocenę tego dowodu. Nie sposób więc uznać, że dowód ten ma wykazywać, iż cena ofertowa dla niniejszego zamówienia jest rynkowa.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że wnioski Zamawiającego zwarte w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 7 były prawidłowe.

*Minimalne wynagrodzenie za pracę*

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego dotyczącego niezgodności wyceny stawki roboczogodziny Odwołującego 7 z przepisami Rozporządzenia o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, Izba wskazała powyżej, że takiej niezgodności nie sposób ustalić na podstawie informacji zawartych w wyjaśnieniach Odwołującego 7. Słuszność jednakże ma Zamawiający, że Odwołujący 7 nie zawarł w treści wyjaśnień informacji umożliwiających weryfikację rzeczywistych kosztów związanych z wynagrodzeniem pracowników zatrudnionych przy realizacji zamówienia. Nie było kwestionowane przez Odwołującego 7, iż z postanowień OPZ wynika konieczność zatrudnienia personelu wykonawcy na podstawie umowy o pracę. Zatrudnienie na podstawie innego stosunku niż stosunek pracy, choć dopuszczalne (poza zakresem zastrzeżonym w OPZ) jest ograniczona charakter czynności jakie pracownicy wykonawcy będą wykonywać. Po stronie kosztów należy ująć koszt części składek na ubezpieczenie, jakie pracodawca opłaca za pracownika (oraz ewentualnie składki PPK), prawo do płatnego urlopu, koszty zwolnienia lekarskiego pracownika przez pierwsze 33 dni, koszty badań lekarskich, koszty zapewnienia mu ubrań roboczych i ich prania, koszt posiłków regeneracyjnych, czy wreszcie koszty pracy pracownika w godzinach nocnych (praca w godzinach nocnych z uwagi na specyfikę przedmiotu niniejszego zamówienia występuje w niniejszej sprawie).

Uwzględniając powyższe składniki, Zamawiający obliczył koszt jednej roboczogodziny na poziomie 22,33 PLN/netto (z uwzględnieniem pracy w godzinach nocnych) oraz 20,93 PLN/netto (bez pracy w godzinach nocnych). Odwołujący 7 poza ogólnym zanegowaniem wyliczeń Zamawiającego, nie wykazał błędności stanowiska Zamawiającego, nie wskazał również gdzie w wyjaśnieniach zawarł informację co do sposobu wyliczenia kosztów związanych z obowiązkowymi obciążeniami pracodawcy z tytułu zatrudnienia pracownika na umowę o pracę. Posłużenie się stawką netto w żaden sposób nie może być uznane za spełnienia przez wykonawcę obowiązku wykazania, iż uwzględnił on koszty zatrudnienia pracowników, zasad ich obliczenia, przyjętych założeń. W ocenie Izby Zamawiający nie miał możliwości w gruncie rzeczy weryfikacji kosztów pracy zawartych w ofercie, gdyż Odwołujący 7 w ostateczności nie tylko nie skalkulował kosztów pracy każdego z pracowników, ale, co więcej, wbrew własnym twierdzeniom (s. 25 wyjaśnień), nie podał jaka jest globalna przyjęta przez niego do wyceny liczba roboczogodzin pracy ani jak tę globalną liczbę podzielił między poszczególne pozycje rozliczeniowe (co winien zrobić biorąc pod uwagę treść wezwania). I już z tego względu oferta Odwołującego 7 podlega odrzuceniu na podstawie art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

### *Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp – zaniechanie ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień*

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Zdaniem Izby ponowne wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie może służyć wykonawcom jako narzędzie do sanowania własnej niestaranności w procesie przygotowywania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Nie ulega wątpliwości, na co powoływał się sam Odwołujący 7, że jest profesjonalistą działającym w branży objętej przedmiotem zamówienia. Uczestniczył wielokrotnie w przetargach. Realizował bądź nadal realizuje na rzecz Zamawiającego umowy dotyczące zimowego i letniego utrzymania dróg. Odwołujący 7 oświadczył również, że składał w przeszłości wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny. Oczywistym jest również dla Izby, że nikt inny – tylko Odwołujący 7 ma wiedzę jak wyceniał koszty realizacji zamówienia, jakie wziął pod uwagę czynniki ryzyka i jak je oszacował. To Odwołujący 7 jako profesjonalista działający na rynku od wielu lat ma doskonałą wiedzę o tym, iż kontraktach związanych z utrzymywaniem dróg kluczowym elementem są koszty robocizny tj. koszty pracy ludzkiej, bez której żaden wykonawca niebyły w stanie wykonać zamówienia. Jest również oczywistym dla Izby, że Odwołujący 7 ma nie tylko wiedzę jako profesjonalista o obowiązujących przepisach odnośnie minimalnego wynagrodzenia za pracę i minimalnej stawki godzinowej za pracę, ale o kosztach pracy związanych z zatrudnieniem pracowników na umowę o pracę. Kwestia ta przedmiotem weryfikacji w każdym postępowaniu przetargowym. Konieczność zatem jasnego i precyzyjnego określenia kosztów pracy jakie wykonawca przewiduje ponieść w ramach realizacji zamówienia winna być przez Odwołującego 7 przedstawiona w sposób jasny i precyzyjny. Odwołujący 7 jednak nie zawarł w treści wyjaśnień owych jasnych i precyzyjnych wyjaśnień.

Na Odwołującym 7 ciążył obowiązek złożenia wyjaśnień, które pozwolą na uznanie zaoferowanej ceny za rynkową, a zatem wyczerpujących i opartych na wyjaśnieniach złożonych w sposób kompleksowy. Jeżeli więc Odwołujący 7 posiadał dokumenty zaświadczające o okolicznościach, które opisuje w ofercie, a następnie doprecyzował w formie wyjaśnień, to jedynie na skutek własnych zaniechań nie złożył ich wraz z wyjaśnieniami, to nie powinien oczekiwać od Zamawiającego, że ponownie wezwie go do złożenia wyjaśnień.

Zdaniem Izby skoro na podstawie pierwotnych wyjaśnień Odwołującego 7, Zamawiający opierając się na postanowieniach OPZ ustalił szereg pozycji kosztorysu, których wycena została zaniżona przez Odwołującego 7 lub co do których Odwołujący 7 nie zawarł żadnych wyjaśnień, nie było podstaw do kierowania kolejnego wezwania do wykonawcy. Wezwanie

takie, co resztą potwierdza treść odwołania, służyłoby wprowadzeniu nowych informacji względem pierwotnych informacji wskazanych w wyjaśnieniach, które Odwołujący 7 mógł zawrzeć w odpowiedzi na pierwotne wezwanie Zamawiającego. Umożliwienie wykonawcy składania dodatkowych wyjaśnień celem wskazania, że pokrył koszty danej pozycji w innej pozycji, ale niejako zapomniał o tym wspomnieć w wyjaśnieniach jest, w ocenie Izby, niedopuszczalne. Kolejne wezwanie Odwołującego 7 nie mogło służyć sanowaniu uchybień wykonawcy stwierdzonych przez Zamawiającego. Odwołujący 7, celem zapobieżenia odrzuceniu, zmuszony byłby przedstawić nowe twierdzenia i dokumenty, co stanowiłoby naruszenie podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia.

Zdaniem Izby Zamawiający przedstawił szeroką argumentację, popartą konkretnymi obliczeniami, wykazał w sposób precyzyjny nieprawidłowości w wycenie przedmiotu zamówienia poprzez niedoszacowanie szeregu pozycji kosztorysowych. Izba uznała stanowiska Zamawiającego za prawidłowe, co skutkuje oddaleniem zarzutu.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

#### **Sygn. Akt: KIO 836/21**

W ocenie Izby Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego 8 na podstawie art. 90 ust. 2 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Złożone przez wykonawcę wyjaśnienia dotyczące prawidłowości wyceny przedmiotu zamówienia, wbrew ciążącemu na wykonawcy obowiązkowi, nie zawierały informacji koniecznych do weryfikacji prawidłowości wyceny przedmiotu zamówienia, zaś z informacji zawartych w wyjaśnieniach Zamawiający prawidłowo ustalił szereg pozycji, których koszty zostały istotnie zaniżone.

Odnosząc się do zarzutów Odwołującego 8 w zakresie nieprawidłowej oceny doświadczenia Odwołującego 8 uzyskanego przy realizacji analogicznych umów, nieprawidłowej oceny wartości grupy kapitałowej Odwołującego 8, nieprawidłowej oceny kosztów soli drogowej, zaniechanie ponownego wezwania Odwołującego 8 do złożenia wyjaśnień, Izba uznała zarzuty Odwołującego 8 za niezasadne. Z uwagi na tożsamość argumentów podniesionych przez Odwołującego 8 z tymi zawartymi w odwołaniu o sygn. akt: KIO 784/21, Izba w tym zakresie Izba odsyła do uzasadnienia w sprawie o sygn. akt: KIO 784/21.

W pozostałym zakresie, Izba wskazuje co następuje:

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego 8 w zakresie istoty wynagrodzenia wykonawcy, Izba wskazuje, że okoliczność, iż w części 2 zamówienia Zamawiający przewidział wynagrodzenie ryczałtowe w zakresie utrzymania rutynowego nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku weryfikacji czy w ramach określonej przez wykonawcę ceny ryczałtowej zostały uwzględnione przez wykonawcę wszystkie zakresy prac określone w SIWZ. Zgodnie z art. 632 §1 kodeksu cywilnego, jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmując zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Nie można powyższego przepisu na gruncie ustawy Pzp sprowadzać do twierdzenia wykonawcy, że w ramach proponowanej ceny ryczałtowej wykonam wszystko co wynika ze SIWZ, odrywając twierdzenia wykonawcy od określonego przez Zamawiającego w SIWZ zakresu prac czy sposobu ich wykonania i weryfikacji czy rzeczywiście to wykonawca wycenił w ramach proponowanej ceny ryczałtowej. Istota wynagrodzenia ryczałtowego oznacza, że wykonawca nie może żądać dodatkowego wynagrodzenia, nawet w sytuacji, w której w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru czy kosztów pracy. Przepis ten nie zwalnia jednak wykonawcy od dokonania prawidłowej kalkulacji i wyceny określonych przez Zamawiającego i wynikających ze SIWZ prac czy też sposobu ich wykonania. Izba zauważa, że nie istnieją żadne przepisy ograniczające możliwość wystąpienia o uzupełnienie formularzy ofertowych przez Zamawiającego w sytuacji, gdy przewidział on wynagrodzenie ryczałtowe. Wynagrodzenie to należne jest wykonawcy za wykonanie określonych prac. Jego wysokość winna być określona właśnie poprzez wycenę tych poszczególnych prac i robót. Zakładać należy, że Odwołujący 8, jako profesjonalista dokonywał wyceny takich prac i winien być w stanie określić sposób w jaki wyceniał koszty poszczególnych robót składających się na tą część zamówienia. Podnoszone w treści odwołania zarzuty Odwołującego 8 o braku uzasadnienia żądania formularzy, Izba uznaje za spóźnione. Odnosząc się do akcentowanej przez Odwołującego 8 metodologii wyceny związanej z ryczałtowym charakterem wynagrodzenia, to Izba nie podziela stanowiska wykonawcy. Odwołujący 8 podkreślił, że przy tak skonstruowanym wynagrodzeniu, to wykonawca bierze na siebie ryzyko związane z dodatkowymi kosztami wykonania prac przekraczających cenę wskazaną w ofercie. Oczywiście zgodzić się należy z twierdzeniem Odwołującego 8 w zakresie w jakim wykonawcy nie będzie przysługiwać dodatkowe wynagrodzenie, jednakże należy raz jeszcze podkreślić, że Zamawiający ocenia w jaki sposób wykonawca po pierwsze wyceniał zakres prac wskazany w OPZ objętych zakresem rutynowego utrzymania, w tym na jakich założeniach oparł swoje wyliczenia co do przewidywanego zakresu i kosztów pracy. Nie może być tak, że wykonawca sprawozda wycenę do twierdzenia wyceniam tak, bo tak uważam i mamy wynagrodzenie ryczałtowe w związku z tym wycena poszczególnych prac nie ma znaczenia. Iluzoryczna byłby wówczas weryfikacja prawidłowości wyceny



przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego, a to przekładałoby się na zwiększone ryzyko nieprawidłowości na etapie realizacji umowy.

Odwołujący 8 wskazuje, że wykonawca otrzyma takie samo wynagrodzenie ryczałtowe za miesiące letnie i zimowe. Oczywiście jest to prawda, jednakże zauważyć należy, że wartość tego wynagrodzenia musiała zostać w jakiś sposób oszacowana przez wykonawcę, w oparciu o konkretne założenia co do konkretnego zakresu prac, wymaganej liczby roboczogodzin osób wykonujących taką pracę, sprzętu wymaganego przez Zamawiającego. Nie można uznać za prawidłowe wyliczenie prostego rozbitcia ceny jednostkowej czy wartości pozycji rozliczeniowej na składowe: koszt robocizny sprzętu i materiałów i kosztów pośrednich, zysku i innych kosztów mających wpływ na wycenę poszczególnych pozycji, jeżeli jednocześnie Odwołujący 8 nie wyjaśnił w jaki sposób owe rozbitcie zostało dokonane (według jakich założeń i w oparciu o jakie koszty szczegółowe). Izba zauważa, że zgodnie z pkt 5.5 i pkt 5.7 OPZ wykonawca powinien ująć w formularzu cenowym w oferowanej „Wartości jednostkowej netto miesięcznego cyklicznego wynagrodzenia za utrzymanie elementu zgodnie z wymaganiami OPZ” wszelkie koszty związane z wykonaniem zamówienia. Wskazana kategoria odnosi się do poszczególnych pozycji rozliczeniowych dla prac rutynowych (np. elementem rozliczeniowym jest „Zimowe utrzymanie dróg”). Zdaniem Izby, Odwołujący 8 nie ujmując wszystkich kosztów w „Wartości jednostkowej netto miesięcznego cyklicznego wynagrodzenia za utrzymanie elementu zgodnie z wymaganiami OPZ” w istotnym stopniu niedoszacował kosztów realizacji zamówienia., co zostało prawidłowe ustalone przez Zamawiającego w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 8.

Odnosząc się do zarzutów Odwołującego 8 w zakresie precyzyjności wezwania, Izba podtrzymuje swoją argumentację z wyroku KIO 784/21. Ponadto Izba wskazuje, że Zamawiający wezwał Odwołującego 8 do (cyt. :) „udzielenia wyczerpujących wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny” (wezwanie z 30 lipca 2020 r.). Odwołujący 8 wielokrotnie w treści odwołania powołuje się na swoje intencje, jakie miał składając dowody lub oświadczenia co do kosztów realizacji zamówienia, akcentując, że Zamawiający nieprawidłowo odczytał intencje wykonawcy. Odwołujący 8 wskazał, że jego celem było wykazanie, że jest gotowy do świadczenia usługi i może ją podjąć „z dnia na dzień”. Izba podkreśla, że nie jest zadaniem Zamawiającego odczytywanie nieujawnionych intencji wykonawcy. Ustawodawca w sposób jasny wskazał, że na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że cena ma charakter rynkowy. To wykonawca składając wyjaśnienia zawiera w ich treści swoje oświadczenia, swoje dowody, na których jak należałoby założyć, oparł wycenę kosztów realizacji zamówienia. Twierdzenia Odwołującego 8, iż gros przedstawionych dowodów służyło wykazaniu, że jest zdolny do realizacji usługi z dnia na

dzień, potwierdzają wnioski Zamawiającego, że dowody te nie pozwalały na weryfikację kosztów realizacji zamówienia w okresie 6 lat. Nie jest celem składnych wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1a ustawy Pzp wykazanie przez wykonawcę, że może rozpocząć świadczenie usługi z dnia na dzień, ale wykazanie, że prawidłowo wycenił koszty realizacji zamówienia. Wątpliwości Zamawiającego dotyczyły kwestii, czy cena zaofferowana za realizację zamówienia jest ceną rynkową, uwzględniającą wszystkie koszty wykonania zamówienia w sposób oczekiwany postanowieniami SIWZ, nie zaś czy wykonawca może rozpocząć wykonanie zamówienia z dnia na dzień.

W ocenie Izby wyjaśnienia przedstawione przez Odwołującego 8 nie spełniają wymagań wskazanych piśmie Zamawiającego z dnia 30 lipca 2020 r. Za wyjaśnienie sposobu ujęcia w cenie oferty wszystkich kosztów towarzyszących nie można bowiem uznać prostego rozbicia ceny jednostkowej czy wartości pozycji rozliczeniowej na składowe: koszt robocizny sprzętu i materiałów i kosztów pośrednich, zysku i innych kosztów mających wpływ na wycenę poszczególnych pozycji, jeżeli jednocześnie Odwołujący 8 nie wyjaśnił w jaki sposób owe rozbicie zostało dokonane (według jakich założeń i w oparciu o jakie koszty szczegółowe). Odwołujący 8 nie przedstawił również opisu, jakie zakresy i jakie działania założył wykonawca w ramach realizacji danej pozycji, a w uwagach do przedstawionego rozbicia kosztów poprzestał na stwierdzeniu, takim samym przy każdej pozycji (cyt.:) „ wycena kosztorysowa uwzględniająca wszelkie możliwości optymalizacyjne Wykonawcy wyszczególnione w części opisowej”. Zdaniem Izby takie stwierdzenie to nic nie wносиło do złożonych wyjaśnień. Jeśli by więc przyjąć w ślad za Odwołującym 8, że przedstawił on w wyjaśnieniach dostępne mu obiektywne czynniki pozwalające na obniżenie ceny, to z wyjaśnień nie wynikało już, w jakim stopniu dzięki tym czynnikom została obniżona cena, mimo iż zgodnie z wezwaniem taką informację należało w wyjaśnieniach przedstawić.

Odnosząc się do zarzutów związanych z kosztami pracy, Izba podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone w sprawie KIO 784/21. W tym zakresie błędne było ustalenie Zamawiającego co do niezgodności stawki wynagrodzenia za pracę z przepisami Rozporządzenia. Jak Izba jednakże uznała pozostałe nieprawidłowości stwierdzone przez Zamawiającego były ustalone prawidłowo. Wyjaśnienia Odwołującego 8 są w tym zakresie tożsame, stąd też Izba podtrzymuje swoją argumentację ze sprawy KIO 784/21.

Odnosząc się do nieprawidłowości związanych z liczbą osób do wykonania ZUD, Izba również podtrzymuje swoją argumentację wyrażoną w sprawie KIO 764/21. Zdaniem Izby Zamawiający nieprawidłowo stwierdził niezgodność oferty wykonawcy w tym zakresie. Jednakże pozostałe nieprawidłowości stwierdzone przez Zamawiającego Izba uznała za

ustalone prawidłowo. Zdaniem Izby określona w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 8 liczba wymaganych pracowników tj. 78 nie została nigdzie sprecyzowana przez Zamawiającego w SIWZ. Odwołujący 8 jednakże nie wykazał w jaki sposób będzie realizował zamówienia przy pomocy 40 pracowników. W tym zakresie Izba w całości przychyliła się do argumentacji Zamawiającego o niedoszacowaniu kosztów pracy. Zamawiający w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 8 szczegółowo wyjaśnił zakres niedoszacowań, z czym Izba zgadza się. Argumenty Izby zostało omówione w sprawie KIO 784/21.

Odnosząc się do niedoszacowania kosztów soli, Izba podtrzymuje swoją argumentację wyrażoną w sprawie KIO 784/21. W ocenie Izby Zamawiający wykazał nieprawidłowość założeń Odwołującego 8 co do kosztów i ilości soli w okresie trwania umowy.

Odnosząc się do zarzutów związanych z nieprawidłową oceną wyjaśnień Odwołującego 8 w zakresie kosztów sprzętu, zdaniem Izby zarzuty te są bezpodstawne. Po raz kolejny Odwołujący 8 próbuje przerzucić na Zamawiającego ciężar wykazania realności zaproponowanej ceny. Zdaniem Izby Zamawiający dokonał oceny wyjaśnień wykonawcy dotyczących wymaganego sprzętu do realizacji zamówienia biorąc pod uwagę zapisy OPZ oraz oświadczenia Odwołującego 8. Oceny tej Zamawiający dokonał biorąc pod uwagę dowody złożone przez samego wykonawcę, czy to w zakresie kosztów nabycia nośnika czy osprzętu. Jednocześnie skoro Odwołujący 8 nie zawarł w treści wyjaśnień informacji co do kosztów związanych z koniecznością posiadania pługi wirnikowej czy równiarki, zasadnie Zamawiający przyjął średnią wartość rynkową takiego sprzętu. Zdaniem Izby nieuprawnione jest twierdzenie Odwołującego 8, że Zamawiający nie mając informacji winie zapytać wykonawcę w jaki sposób wycenił koszt danej pozycji. Izba podkreśla, że Odwołujący 8 nie kwestionował zapisów OPZ w zakresie ewentualnych niejasności co do wymaganego przez Zamawiającego sprzętu, nie podnosił takich niejasności również w odwołaniu. Wobec tego zasadnym jest przyjęcie, że jako profesjonalista zapoznał się z wymaganiami Zamawiającego z tym zakresie. Nie są to wymagania zbyt skomplikowane. Zdaniem Izby nie również zbyt skomplikowanym oczekiwaniem od wykonawcy, aby w wyjaśnieniach w sposób jasny określił jaki sprzęt wycenił, nowy czy używany, co zamierza nabyć, za jaką cenę. Tego Odwołujący 8 nie uczynił w sposób prawidłowy, zaś formułowanie zarzutów względem Zamawiającego że powinien dopytać wykonawcę jest nieuprawnione. Procedura ponownego wezwania nie służy naprawie zaniechań i niedbałości wykonawcy.

Izba podkreśla, że Odwołującym 8 ciążył obowiązek wykazania, że proponowana przez niego cena jest rynkowa. W konsekwencji, jeśli Odwołujący 8 posiadał jakiegokolwiek inne

dokumenty niż załączone do treści wyjaśnień, poświadczające opisywane okoliczności, to winien je wówczas załączyć, by Zamawiający miał pełen obraz konkretnych czynników wpływających na oferowaną cenę. W związku z powyższym, Zamawiający zasadnie przyjął, badając treść złożonych wyjaśnień i załączników, że stanowią one komplet posiadanych dokumentów, z których wynika różnica w cenach. W tym miejscu należy także ponownie podkreślić, że Zamawiający nie negował, wbrew twierdzeniom Odwołującego 8, że okoliczność posiadania przez wykonawcę chociażby możliwości nabycia paliwa napędowego po niższej cenie aniżeli rynkowa kwalifikuje Odwołującego 8 na lepszej pozycji w porównaniu do innych wykonawców na rynku krajowym czy europejskim. Jednak, jak Izba wskazała w sprawie o sygn. akt: KIO 784/21, sama informacja o koszcie zakupu paliwa nie umożliwia oceny wpływu tej okoliczności na cenę Odwołującego 8 bez wskazania przez wykonawcę konkretnych założeń i wysokości przyjętych kosztów paliwa dla realizacji zamówienia, a tym bardziej, bez wskazania ich dla poszczególnych elementów rozliczeniowych. Zdaniem Izby Zamawiający żądając wyjaśnienia poszczególnych działań przyjętych dla danych pozycji zawartych w formularzu ofertowym nie oczekiwał przedstawienia np. kwot, za jakie Odwołujący 8 nabywa paliwo, a wykazania ile planuje zużyć i za jaką kwotę paliwa w związku z wykonywaniem robót składających się na przedmiot zamówienia.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących ofert podwykonawców, w ocenie Izby ustalenia Zamawiającego zawarte w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 8 są prawidłowe. Zdaniem Izby, że z treści załącznika nr 31 nie wynika w rzeczywistości żadna wartość dowodowa pod kątem oceny zaproponowanej przez Odwołującego 8 ceny za ZUD. Z samego bowiem wskazania, że kwota wskazana w ofercie dotyczy ZUD nie wynika jakie czynniki wpłynęły na tę kwotę. Nie można przy tym jak twierdzi Odwołujący 8, że można „domniemywać, że oferent posiadał pełne informacje odnośnie do stosownych wymagań dla tych usług i na ich podstawie wycenił swoje doświadczenie na rzecz Odwołującego 8” bowiem takich informacji nie ma w treści oferty podwykonawcy, a po drugie, Odwołujący 8 był zobowiązany złożyć jasne wyjaśnienia, a Zamawiający jedynie je zbadać pod kątem podstaw do odrzucenia, nie zaś domyslać się, co wie podwykonawca czy kontrahent Odwołującego 8.

Zdaniem Izby, nie ma znaczenia okoliczność, że „Odwołujący 8 zweryfikował również możliwości uwzględnienia podwykonawców na potrzeby realizacji zamówienia dla konkretnych (wskazanych w ofertach) zakresów prac.”, bowiem większość wykonawców przewiduje możliwość korzystania z pomocy podwykonawców przy realizacji różnych zamówień i nie stanowi to o rzetelności ich wyceny, a wynika w rzeczywistości z posiadanych zasobów oraz specyfiki przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się dodatkowo do stanowiska dotyczącego „Doświadczenie w ramach Grupy kapitałowej” i „Doświadczenie własne Wykonawcy” (pkt IV.I.1 i 1.2), Odwołujący 8 wskazał, że m. in. na doświadczenie zdobyte przy realizacji zamówień na rynkach hiszpańskim, portugalskim, brytyjskim, chilijskim i katarskim, przy czym nie wiadomo, w jaki sposób doświadczenie zdobyte np. w Katarze (inna strefa klimatyczna) ma przełożyć się na koszty wykonania tego konkretnego zamówienia. Z kolei na dowód posiadania doświadczenia własnego wykonawca załączył do wyjaśnień siedem informacji o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniach prowadzonych przez różne Oddziały GDDKiA (załączniki nr 5-11). Jak Izba wskazała w sprawie KIO 784/21, okoliczność wyboru oferty wykonawcy w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jako najkorzystniejszej nie świadczy o tym, że cena ofertowa zaoferowana przez wykonawcę w tym postępowaniu jest rynkowa. Natomiast przedstawione przez niego dowody nie wskazują na fakt wykonywania tych umów należycie i bez strat.

Odwołujący 8 powołał się również na siłę zakupową grupy kapitałowej, do której przynależy, wskazując, że ma dostęp do szerokiej bazy usługodawców i dostawców i przedstawiając na tą okoliczność „Wyciąg z centralnych baz danych dostawców i usługodawców (załącznik nr 12). Dokument ten, mimo swojej obszerności, nie świadczy o rynkowym charakterze zaoferowanej przez wykonawcę ceny, bowiem z faktu, iż Odwołujący 8 ma szeroką bazę usługodawców i dostawców nie wynika jeszcze, jakie konkretnie ceny (upusty) za wykonanie usług składających się na przedmiot niniejszego zamówienia, czy za dostawę materiałów na potrzeby niniejszego zamówienia uzyskał wykonawca i czy koszty te zostały prawidłowo ujęte w cenie ofertowej. Dodatkowo, wykonawca powołał się na oświadczenie BUDIMEX SA (załącznik nr 13), z którego wynika, że Wykonawca „może korzystać z zasobów materiałowych będących na stanie magazynowym w BUDIEMX SA. " Pomijając w tym miejscu okoliczność, że oświadczenie jest z czerwca 2014 r., a co za tym idzie jego aktualność budzi poważne wątpliwości, z samej treści oświadczenia nie wynika, o jakich zasobach magazynowych jest tu mowa, czy zasoby te spełniają wymagania niniejszej SIWZ i jakie w związku z tym wykonawca może osiągnąć oszczędności (i jak oszczędności te przekładają się na cenę ofertową).

Zdaniem Izby również niezasadny jest argument Odwołującego 8 wskazujący na możliwość pozyskania w ramach grupy kapitałowej Ferrovial zasobów sprzętowych. Wykonawca na potwierdzenie możliwości pozyskania zasobów sprzętowych w ramach grupy Ferrovial przedstawił ofertę sprzedaży sprzętów z rynku hiszpańskiego (załącznik nr 14), przy czym odnotowania wymaga, że jest to oferta z lipca 2015r. Trudno przyjąć, że oferta ta, w tym

podane w niej ceny, są nadal aktualne. Nadto, z uwagi na zawarte w OPZ wymogi odnośnie do wieku sprzętu używanego do realizacji zamówienia, sprzęty wskazane w tej ofercie, nawet jeśli zostały nabyte przez wykonawcę i są w jego posiadaniu (co jednoznacznie nie wynika z przedstawionego przez wykonawcę zestawienia sprzętu własnego) nie będą mogły być wykorzystane do wykonywania niniejszego zamówienia w całym jego okresie.

Za dowód potwierdzający należyte skalkulowanie ceny ofertowej w tym postępowaniu nie można również uznać oświadczenia wykonawcy co do tego, że kalkulował on cenę posiłkując się doświadczeniem i zasobami (placem i bazy magazynowe oraz pojazdy) Spółki FBSerwis Karpatia, specjalizującej się w odbiorze odpadów. Także w tym przypadku mamy do czynienia z ogólną deklaracją wykonawcy, która nie pozwala na stwierdzenie, jakie dokładnie koszty - dzięki takiej współpracy - wykonawca obniżył. Samo zaś założenie, że pojazdy wykorzystywane do świadczenia usług odbioru odpadów komunalnych będą czekały „w gotowości” by świadczyć usługę utrzymania na terenie Rejonu Krosno jest, zdaniem Izby, mało wiarygodne. Uzupełnieniem tego oświadczenia własnego wykonawcy jest oferta FBSerwis Karpatia (załącznik nr 15), która ze względu na swoją ogólność (brak wskazania założeń do kalkulacji ceny, brak wskazania jakichkolwiek warunków współpracy, brak samej kalkulacji ceny) również nie może zostać uznana za dowód prawidłowego skalkulowania ceny ofertowej jako takiej. Zdaniem Izby złożone przez Odwołującego 8 ww. dowody oraz jego własne oświadczenia nie stanowią wiarygodnych dowodów, na podstawie których można ustalić w jaki sposób Odwołujący 8 szacował koszty realizacji tego konkretnego zamówienia, w okresie jego 6-letniej realizacji.

Odnosząc się do pozostałych dowodów, Izba wskazuje, co następuje:

Załącznik nr 21 i 22 - umowy odnoszące się do zakupu paliwa, z których co prawda wynika upust, jaki wykonawca uzyskuje przy zakupie paliwa, ale jednocześnie wykonawca nie wskazał w wyjaśnieniach jakichkolwiek założeń odnośnie do zużycia paliwa przez jednostki sprzętowe wykorzystywane do realizacji przedmiotu zamówienia i ilość założonych roboczogodzin pracy tych jednostek. Same zaś wyjaśnienia nie pozwalają na ocenę, jaki jest koszt paliwa przyjęty przez wykonawcę do wyliczenia ceny ofertowej. Informacja o koszcie zakupu paliwa, bez wskazania założeń i wysokości przyjętych kosztów paliwa dla całego kontraktu czy dla danego elementu rozliczeniowego, nie ma więc żadnej wartości dowodowej.

Załączniki nr 19, 20 — dowody odnoszące się do posiadania sprzętu lub możliwości jego wynajmu również mają niską wartość dowodową bez wskazania w wyjaśnieniach, jakie są

założenia wykonawcy co do sposób wykorzystania tych sprzętów w realizacji zamówienia. Przedstawione dowody, bez równoczesnego wskazania założeń co do wykorzystania sprzętu przy realizacji zamówienia, nie pozwalają na ocenę, czy koszt zapewnienia sprzętu został przez wykonawcę uwzględniony w cenie ofertowej na właściwym, rynkowym poziomie.

Załącznik nr 25 — w załączniku tym przedstawiono dokumenty, które mają potwierdzać, że Odwołujący 8 dysponuje zapasem soli drogowej, przy czym z treści opisowej wyjaśnień (str. 38) wynika, że wykonawca z zapasu tego nie zamierza korzystać, a planuje zakupić sól po cenie 170 zł/tonę. Zdaniem Izby, podobnie jak w sprawie KIO 784/21, Odwołujący 8 nie przedstawił do wyjaśnień oferty, z której wynikałaby możliwość zakupu soli po cenie 170 zł/tonę (ani obecnie, ani w cały, sześcioletnim okresie realizacji zamówienia). Jedyne dowody odnoszące się kosztów zakupu soli, zawarte w załączniku nr 25, to faktury zakupowe. Z faktur wynika, że cena soli w 2018 r. wynosiła 189 zł/tonę, a w 2019 r. wzrosła do 204 zł/tonę. Dołączone do faktur dokumenty „Wydanie na zewnątrz” sugerują przy tym, że jest to cena loco kopalnia w Kłodawie (województwo wielkopolskie), a więc do ceny tej należałoby doliczyć koszty transportu. Cena 170 zł/tonę, o której mowa w wyjaśnieniach wykonawcy, jest więc niewiarygodna. Izba podtrzymuje w tym zakresie argumentacja zawartą w sprawie KIO 784/21.

Załącznik nr 28 „Przykładowe zestawienie kosztów i zapisów księgowych na kontrakcie utrzymania autostrady A1” – dowód omówiony w sprawie KIO 784/21.

Załącznik nr 30-31 — omówiony został powyżej.

Załącznik nr 32 — oferta dotycząca utrzymania zimowego. Z wyjaśnień Odwołującego 8 wynika, że oferta ta ma uwiarygadniać kalkulację sporządzoną przez wykonawcę. Izba wskazuje, oferta ta sprowadza się do jednozdaniowego oświadczenia podwykonawcy co do oczekiwanego wynagrodzenia. Podwykonawca nie wskazał, jakie dokładnie czynności wycenia i w jaki sposób, ani tym bardziej nie wykazał, że koszty ujęte przez niego są kosztami rynkowymi. Taka „oferta”, zdaniem Izby, nie może stanowić dowodu na realność ceny podwykonawcy, zwłaszcza wobec stwierdzonych i opisanych poniżej zastrzeżeń do kalkulacji własnej wykonawcy. Odwołujący 8 przedstawił dodatkowo dowody odnoszące się do kosztów zlecenia prac podwykonawcom:

- oferta FBService Karpatia (załącznik nr 15) na kwotę 2 706 176,40 zł (utrzymanie czystości - odbiór odpadów);
- oferta PPU Drogownictwa SA (załącznik nr 26) na kwotę 5 207 572,80 zł (odnowa oznakowania);

- oferta TOI TOI Polska (załącznik nr 27) odnosząca się do wynajmu i serwisu toalet przenośnych (wartość usługi w tym zakresie jest w zasadzie pomijalna);
- oferta UTiRZ M. J. (załącznik nr 32) odnosząca się do zimowego utrzymania dróg, przy czym z treści wyjaśnień wynika, że Odwołujący 8 przedstawił ją jako materiał dowodowy, który niejako ma potwierdzać poprawność kalkulacji własnych wykonawcy.

Jak ustalił Zmawiający, Odwołujący 8 przedstawił więc oferty podwykonawców na wartość ok. 8 mln zł, plus dodatkowo na potwierdzenie swoich kalkulacji dla grupy X ZUD oferty podwykonawcy na wartość 17 574 899,28 zł co łącznie daje ok 25 mln, gdy tymczasem wartość całej oferty wykonawcy to 81 889 604,22 zł netto. Dowody przedstawione przez Odwołującego 8 odnoszą się w istocie do niewielkiego wycinka kosztów realizacji zamówienia, co dodatkowo potwierdza, że Odwołujący 8 nie udźwignął ciężącego na nim ciężaru dowodowego. Zdaniem Izby, Zmawiający również w sposób prawidłowy ustalił niedoszacowanie kosztów realizacji wykonania grupy II poz. 2 — Remont oznakowania poziomego grubowarstwowego. Zakres tych nieprawidłowości został szczegółowo opisany i uzasadnione przez Zamawiającego. Odwołujący 8 w tym zakresie, poza ogólną polemiką z wnioskami Zamawiającego, nie wykazał nieprawidłowości jego stanowiska.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania w sprawie o sygn. akt: KIO 700/21, KIO 736/21, KIO 771/21, KIO 784/21, oraz KIO 836/21 orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

O kosztach postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 780/21 orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Zamawiającego.

O kosztach postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 778/21 orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień



publicznych oraz publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 oraz § 7 ust. 2 i 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. W ocenie Izby odwołanie okazało się w stosunku 1/3 za zasadne i 2/3 za niezasadne. Kosztami postępowania zatem obciążono Zamawiającego w części 1/3 i odwołującego w części 2/3. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł, koszty poniesione przez odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3.600 zł oraz koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600 zł. Łącznie koszty wynoszą zatem 22.200. Zamawiający odpowiada za 1/3 czyli 7.400 zł. Odwołujący odpowiada za 2/3 czyli 14.800 zł. Zamawiający dotychczas poniósł koszty w wysokości 3.600 zł. Odwołujący dotychczas poniósł koszty w wysokości 18.600 zł. Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 3.800 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

O kosztach postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 781/21 orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 oraz § 7 ust. 2 i 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. W ocenie Izby odwołanie okazało się w stosunku 1/3 za zasadne i 2/3 za niezasadne. Kosztami postępowania zatem obciążono Zamawiającego w części 1/3 i odwołującego w części 2/3. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł oraz koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600 zł. Łącznie koszty wynoszą zatem 18.600 zł. Zamawiający odpowiada za 1/3 czyli 6.200 zł. Odwołujący odpowiada za 2/3 czyli 12.400 zł. Zamawiający dotychczas poniósł koszty w wysokości 3.600 zł. Odwołujący dotychczas poniósł koszty w wysokości 15.000 zł. Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 2.600 zł. stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....