

Sygn. akt: 2621/18

WYROK

z dnia 11 stycznia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 8 stycznia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 grudnia 2018 przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne i Handlowe "COM-D" Sp. z o.o., Firma Handlowo-Usługowa P. W. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Jaworze** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg Miejskich z siedzibą w Legnicy**

przy udziale wykonawcy **Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 2621/18 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne i Handlowe "COM-D" Sp. z o.o., Firma Handlowo-Usługowa P. W. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Jaworze** i:
 - 2.1. 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: Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne i Handlowe**

"COM-D" Sp. z o.o., Firma Handlowo-Uslugowa P. W. z siedziba dla lidera konsorcjum w Jaworze tytułem wpisu od odwołania.

2.2 zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne i Handlowe "COM-D" Sp. z o.o., Firma Handlowo-Uslugowa P. W. z siedziba dla lidera konsorcjum w Jaworze** na rzecz **Zarządu Dróg Miejskich z siedziba w Legnicy** kwotę **4 069 zł 48 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt dziewięć zł czterdzieści osiem gr) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa procesowego (3 600 zł) oraz dojazdu na posiedzenie Krajowej Izby Odwoławczej (469,48 zł).

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

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Zarząd Dróg Miejskich w Legnicy prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp o udzielenie zamówienia publicznego na usługę w ramach zadania: „Zimowe utrzymanie dróg” o numerze referencyjnym DT - P / 16 / 2018. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 11 października 2018 r. nr 2018/S196-444425 z późniejszą zmianą dokonaną dnia 14 listopada 2018 r. pod numerem 2018/S-219-502534. Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty została przesłana w dniu 17 grudnia 2018 r.

Odwołujący - Przedsiębiorstwo Usługowo - Produkcyjne i Handlowe „COM - D” Sp. z o.o. z siedzibą w Jaworze i Firma Handlowo - Usługowa P. W. wniósł odwołanie wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu.

Zarzucał Zamawiającemu, iż podejmując w/w czynności naruszył następujące przepisy:

1) Art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 ustawy pzp w związku z zaniechaniem wykluczenia Wykonawcy - Legnickiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy z postępowania z uwagi na świadome podanie przez w/w Wykonawcę informacji wprowadzającej Zamawiającego w błąd w zakresie posiadania sprzętu przeznaczonego do prac na rzecz Zamawiającego określonego w SIWZ w czasie pełnienia dyżuru, który nie będzie przeznaczony do pracy w innych jednostkach administrujących pozostałą siecią dróg w sytuacji, gdy informacja ta jako potwierdzająca spełnienie wymagań Zamawiającego, miało wpływ na decyzję wyboru oferty najkorzystniejszej,

2) Art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy pzp w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty Wykonawcy - Legnickiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. jako nieodpowiadającej treści SIWZ z powodu niespełnienia wymogu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ponadto:

3) Art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy pzp w zakresie zaniechania zwrócenia się przez Zamawiającego do ww Wykonawcy do udzielenia wyjaśnień w związku z ceną rażąco niską w sytuacji, gdy rozbieżność nie wynikała z okoliczności oczywistych, które nie wymagały wyjaśnienia.

4) Art. 7 ust. 1 i 3 ustawy pzp przez dokonanie wyboru najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami ustawy, ponieważ oferta Wykonawcy - Legnickiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy podlega wykluczeniu z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd względnie odrzuceniu z uwagi na rażąco niską cenę, uniemożliwienia

Odwołującemu uzupełnienia JEDZ w określonym przez Zamawiającego terminie z uwagi na działania podjęte przez Zamawiającego co potwierdza również naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu,

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu

a) Unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy jako oferty najkorzystniejszej,

b) Dokonania czynności ponownego skrupulatnego badania i oceny ofert,

c) Wykluczenia Legnickiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy w oparciu o przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 względnie

d) Odrzucenia oferty Wykonawcy - Legnickiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4.

2) Dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów:

a) z dokumentów załączonych do niniejszego odwołania,

na okoliczność wprowadzenia przez Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy Zamawiającego w błąd oraz złożenia oferty zawierającej niską cenę.

W przypadku kwestionowania przez Zamawiającego autentyczności załączonych do odwołania dokumentów - z ostrożności proceduralnej - wnosi o:

b) o przesłuchanie świadków:

Burmistrz Miasta i Gminy Prochowice A.S. Rynek 1, 59 - 230 PROCHOWICE

Starosta Powiatu Legnickiego A. B., Plac Słowiański 1 59 - 220 LEGNICA

na okoliczność wprowadzenia przez Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy Zamawiającego w błąd w zakresie przeznaczenia sprzętu określonego w SIWZ w czasie pełnienia dyżurów do wyłącznego wykorzystania przez Zamawiającego.

- R. A. ul. Żwirki i Wigury 48/9 59 - 220 LEGNICA na okoliczność wprowadzenia przez Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy Zamawiającego w błąd w zakresie posiadania odpowiedniego zaplecza warsztatowego z wykwalifikowaną kadrą oraz miejsca przystosowanego do składowania materiałów uszorstniających w tak znacznej ilości tj. nie mniej niż 500 Mg

- M. B. wezwanie na adres: Przedsiębiorstwo Usługowo - Produkcyjne i Handlowe „COM - D” Sp. z o.o. ul. Księcia Józefa Poniatowskiego 25 59 - 400 JAWOR na okoliczność daty

wręczenia przez Zamawiającego korespondencji z dnia 05 grudnia 2018 r. do uzupełnienia JEDZ

3) Zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia na rozprawie a) Oferty złożonej przez Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o. o. z siedzibą w Legnicy w „Przetargu nieograniczonym na usługi w ramach zadań: „Utrzymanie zieleni”, „Oczyszczanie miasta”, „Zimowe utrzymanie dróg”. DT-P/15/2015” w zakresie formularza ofertowego uwzględniającego ceny na okoliczność wprowadzenia przez Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Zamawiającego w błąd oraz złożenia oferty zawierającej niską cenę co świadczy o celowym obniżeniu cen (dumpingowym) ukierunkowanym na uzyskania zamówienia poniżej kosztów wykonania usługi.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

Pismem z dnia 5 grudnia 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia JEDZ w terminie do dnia 17 grudnia 2018 r., a następnie nie oczekując do momentu upływu wyznaczonego terminu w dniu 17 grudnia 2018 r. o godzinie 10:01 umieścił w BIP informację o rozstrzygnięciu postępowania, po czym tego samego dnia tj. 17 grudnia 2018 r. przekazał Odwołującemu informację o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy.

Odwołujący nie zgadza się z czynnością Zamawiającego.

NARUSZENIE PRZEPISÓW PRAWA PRZY DOKONANIU WYBORU NAJKORZYSTNIEJSZEJ OFERTY

1. NARUSZENIE ART. 24 UST. 1 PKT 12 i 17 USTAWY P.Z.P.

Zamawiający w SIWZ postawił warunek udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym tj. „(...) 1) samochód samowyladowczy do 5t – 1 szt.; 2) samochód dostawczy min – 2 szt.; 3) pługopiaskarki 6 szt. w tym 6 szt. z solarkami z możliwością zwiększenie jednostek do 10 szt. (...)” ponadto w projekcie umowy widnieje zapis „14. Sprzęt przeznaczony do prac na rzecz Zamawiającego określony w SIWZ w czasie pełnienia dyżuru, nie może być przeznaczony do pracy w innych jednostkach administrujących pozostałą siecią dróg” (!!!) Z informacji uzyskanych od innych podmiotów zamawiających, potencjał techniczny jest powielany przez Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy w postępowaniach przetargowych. W dokumencie JEDZ załączonym przez do oferty w przedmiotowym postępowaniu firma oświadcza pod rygorem odpowiedzialności karnej realizowanie zadania z udziałem jednostek takich jak: „6) Piaskarko-solarka DOBROWOLSKI na podwoziu dwuosowym JELCZ wraz z pługiem odśnieżającym – D.I (nr rej: DL 16103) - Gmina i Miasto Prochowice; 7) Piaskarko-solarka D. na podwoziu dwuosowym MAN wraz z pługiem odśnieżającym TM-2 – D. (nr rej: DL 68589) - Gmina i Miasto Prochowice; 4) Piaskarko-solarka DOBROWOLSKI na podwoziu

dwuosioowym VOLVO wraz z pługiem odśnieżającym TM-2 – D. (nr rej: DL25851) — Powiat Legnicki; 5) Piaskarko-solarka D. na podwoziu dwuosioowym VOLVO wraz z pługiem odśnieżającym TM-2 – D. (nr rej: DL43348) - Powiat Legnicki; 7) Piaskarko-solarka D. na podwoziu dwuosioowym MAN wraz z pługiem odśnieżającym TM-2 – D. (nr rejestracyjny: DL 68589) - Powiat Legnicki" które zgodnie z załącznikiem „Odpowiedź na zapytanie z dnia 06/12/2018" zaangażowane są w realizację zadania „Zimowe utrzymanie dróg na terenie miasta i gminy Prochowice" czy powiat Legnicki. Niesie to za sobą wątpliwości co do wiarygodności przedłożonego oświadczenia o spełnieniu warunku. Ponadto w dokumencie JEDZ załączonym przez Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy do oferty w postępowaniu firma oświadcza pod rygorem odpowiedzialności realizowanie zadania z udziałem jednostek takich jak: „Samochód samowyładowczy do 5 t - Peugeot (nr rej: D12603A)", jest to samochód typu BOXER z skrzynią samowyładowczą do max 1,2 t. w zależności od zabudowy niespełniający wymagań według SIWZ.

Na obecnym etapie postępowania zachodzi brak technicznego przygotowania Legnickiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej w zakresie posiadania odpowiedniego zaplecza warsztatowego z wykwalifikowaną kadrą oraz miejsca przystosowanego do składowania materiałów uszorstniających w tak znacznej ilości tj. nie mniej niż 500 Mg, jak również nie posiada materiałów uszorstniających w tak znacznej ilości tj. nie mniej niż 500 Mg. Zarówno dysponowanie pomieszczeniem warsztatowym jak i miejscem składowania i posiadanie tychże materiałów było warunkiem udziału w postępowaniu. Zamawiający winien wziąć pod uwagę, że przesłanka z art. 24 ust 1 pkt 17 ustawy odnosi się natomiast do informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ustawodawca nie określił zamkniętego katalogu takich informacji, które mogłyby np. poprawić pozycję konkurencyjną wykonawcy (np. Korzystniejsza ocena jego oferty), wpływać na decyzje w sprawie odrzucenia oferty wykonawcy bądź jego konkurencji czy wybór oferty konkretnego wykonawcy.

2. NARUSZENIE ART. 89 UST. 1 PKT 2 I 4 USTAWY pzp.

Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy pzp w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty LPGK. jako nieodpowiadającej treści SIWZ z powodu niespełnienia wymogu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i zawierającą rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Po stronie Wykonawcy zachodzi brak technicznego przygotowania w zakresie posiadania odpowiedniego zaplecza warsztatowego z wykwalifikowaną kadrą oraz miejsca przystosowanego do składowania materiałów uszorstniających w tak znacznej ilości tj. nie mniej niż 500 Mg. Zarówno dysponowanie pomieszczeniem warsztatowym jak i miejscem

składowania było warunkiem udziału w postępowaniu. Co więcej, sprzęt przeznaczony do prac na rzecz Zamawiającego określony w SIWZ w czasie pełnienia dyżuru, nie może być przeznaczony do pracy w innych jednostkach administrujących pozostałą siecią dróg tymczasem sprzęt Wykonawcy został zadeklarowany do użycia przy realizacji innych zadań zatem oczywistym jest, że nie będzie mógł zostać przeznaczony do użycia w trzech miejscach w tym samym czasie zwłaszcza, że przy niekorzystnych warunkach pogodowych każdy z Zamawiających ma prawo żądać zapewnienia dyżuru.

Gdyby Zamawiający dokonał wnikliwej analizy ofert i porównał ceny jednostkowe w stosunku do całości oferty z poprzedniego postępowania tj. „przetarg nieograniczony na usługi w ramach zadań: „Utrzymanie zieleni”, „Oczyszczanie miasta”, „Zimowe utrzymanie dróg”. DT-P/15/2015” firmy LPGK wskazuje na celowe obniżenie cen celem uzyskania zamówienia publicznego poniżej kosztów wykonania usługi. Kolejny raz należy zwrócić szczególną uwagę na pozycję „Gotowość (koszty stałe) gotowość do pracy zespołu, sprzętu (ładownica, warsztat, pługosyparka - 3 szt. (min. 2 szt. wyposażona w solarkę)” nie istnieje fizyczna możliwość obniżenia kosztów trzykrotnie (vide Zestawienie porównawcze cen ofert złożonych przez Przedsiębiorstwo w 2015 r. oraz 2018 r. - opracowanie własne sporządzone w oparciu o złożone oferty przez w/w podmiot). Nie należy tracić z pola widzenia faktu, iż Zamawiający dysponował taką wiedzą z urzędu. Nieprawdopodobnym wręcz jest, aby na przestrzeni 3 lat oferta Wykonawcy uległa obniżeniu o 45 % zwłaszcza, że rosną ceny usług, minimalnego wynagrodzenia, materiałów etc. tymczasem Zamawiający przeszedł nad tym zagadnieniem bez jakiegokolwiek refleksji przyjmując za pewnik, iż wykonanie usługi z tak rażąco niską ceną jest możliwe.

3. NARUSZENIE ART. 90 UST. 1 A PKT 1 USTAWY PZP.

Przyjmuje się za utrwalonym orzecznictwem europejskim, orzecznictwem sądów okręgowych, orzecznictwem Izby oraz doktryną, że za cenę rażąco niską uważana jest cena nierealna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i innych ofert. O cenie rażąco niskiej można mówić, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne (KIO 592/13). O zjawisku rażąco niskiej ceny mówi się również wtedy, gdy cena w stosunku do przedmiotu zamówienia jest ceną odbiegającą od jego wartości, a różnica nie jest uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie wykonać. Zgodnie z art. 90 ust. 1 a pkt 1) ustawy P.Z.P. „W przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert zamawiający zwraca się o udzielenie

wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba, że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia" Cena zaoferowana przez LPGK jest ceną rażąco niską. Co więcej jest ceną nieadekwatną i skalkulowaną poniżej kosztów realizacji usługi i z całą stanowczością można określić ją jako cenę dumpingową. Nie pokrywa kosztów i nie uwzględnia zysku wykonawcy (por. KIO 880/16).

Zamawiający na realizację zamówienia zgodnie z informacją z otwarcia ofert przeznaczył 4.600.000,00 ZŁ (słownie: cztery miliony sześćset tysięcy złotych) brutto.

LPGK w zaoferowało realizację zadania za kwotę 2.518.659,36 ZŁ co stanowi kwotę o 45 % niższą od kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zadania. W konsekwencji zaoferowana cena jest ceną rażąco niską w rozumieniu ustawy pzp.

Oferent zaproponował w formularzu cenowym cenę za:

„Gotowość (koszty stałe) do pracy zespołu sprzętu (ładowarka, warsztat, pługosyparka - 3 szt." za kwotę 50,00 zł netto / h. Analizując składowe przedmiotowej pozycji należy w nich uwzględnić co najmniej:

a. Stawkę godz operatora ładowarki 10,21 zł netto + koszty pracodawcy (6,73 zł) = 16,94 zł

b. Stawkę godz kierowcy pługosyparka 10,21 zł netto + koszty pracodawcy (6,73 zł) = 16,94 zł 3 operatorów * 16,94 zł = 50,82 zł

c. Stawkę godz dyspozytora 10,21 zł netto + koszty pracodawcy (6,73 zł) = 16,94 zł

d. Koszty warsztatu e. Narzuty przedsiębiorstwa f. Przewidywany zysk

Podstawowe elementy wyceny pozycji zgodnie z ustawą muszą zawierać minimalną godzinową stawkę wynagrodzenia (obowiązek zatrudnienia na umowę o pracę - Art. 29 ust. 3a.) 10,21 zł/h netto + koszty pracodawcy co równe jest 16,94 zł. Minimalną stawkę godzinową ponadto należy pomnożyć minimalnie przez 4 jednostki (3 pługosyparka + 1 ładowarka). Przedsiębiorstwo LPGK Sp. z o. o. jako doświadczony wykonawca zatrudniający pracowników w oparciu o stosunek pracy regulowany umową o pracę winien mieć na uwadze, iż minimalne wynagrodzenie od dnia 1 stycznia 2019 r. wyniesie 2.250,00 zł natomiast minimalna stawka godzinowa wyniesie 14,70 zł. Wobec czego już wynagrodzenie 4 operatorów sprzętu wynoszące 67,76 zł za h znacznie przekracza zaoferowaną stawkę przez Przedsiębiorstwo nie biorąc pod uwagę pozostałych niezbędnych elementów wyceny.

Wobec czego już wynagrodzenie za pracę zespołu (4 operatorów sprzętu i dyspozytora) wynoszące z wyliczenia 84,70 zł za godzinę znacznie przekracza zaoferowaną stawkę przez LPGK - 50,00 zł za godzinę co stanowi 54% minimalnego wynagrodzenia, nie biorąc pod uwagę pozostałych niezbędnych elementów wyceny. Wynagrodzenie za pracę jednej piaskarki wraz z operatorem, dyspozytorem, warsztatem wynosi z wyliczenia 50,82 zł za godzinę znacznie przekracza zaoferowaną stawkę przez LPGK Sp. z o. o. - 40,00 zł za

godzinę co stanowi 78,71% minimalnego wynagrodzenia. Tym bardziej, że stawka godzinowa kierowców Przedsiębiorstwa wynosi około 20,00 zł za godzinę.

Zamawiający w tej sytuacji ma bezwzględny obowiązek odrzucenia oferty- art. 89 ust. 1 pkt 4 Zgodnie z wyrokiem KIO 1855/16): "choć co do zasady pojęcie rażąco niskiej ceny odnosi się do całości przedmiotu zamówienia, to w uzasadnionych przypadkach obowiązek badania oferty w trybie art. 90 ust. 1 pzp. może dotyczyć poszczególnych cen jednostkowych, jako elementów, które będą służyć do ustalenia ostatecznej ceny. Zamawiający powinien zbadać ceny kosztorysowe wyraźnie niższe od cen rynkowych, aby wyeliminować możliwość zaoferowania cen nierealnych, które mogą wpływać negatywnie na ostateczną realizację przedmiotu zamówienia".

Cena wskazana nie gwarantuje w żadnym wypadku nawet pokrycia kosztów nie mówiąc o zysku należy zatem uznać ją w myśl ustawy pzp jako rażąco niską.

4. NARUSZENIE ART. 7 UST. 1 i 3 USTAWY P.Z.P.

W realiach przedmiotowej sprawy trudno nie odnieść wrażenia, iż Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy znajdowało się w sytuacji uprzywilejowanej. Przede wszystkim Zamawiający zaniechał wykluczenia Przedsiębiorstwa z postępowania w sytuacji, gdy w/w podmiot podał informację wprowadzającą Zamawiającego w błąd w zakresie posiadania sprzętu przeznaczonego do prac wyłącznie na rzecz Zamawiającego określonego w SIWZ w czasie pełnienia dyżuru.

Oferta Wykonawcy nie odpowiadała treści SIWZ z powodu niespełnienia wymogu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający zaniechał wezwania do udzielenia wyjaśnień w związku z ceną rażąco niską w sytuacji. Nadto nie oczekując do momentu upływu wyznaczonego terminu w dniu 17 grudnia 2018 r. o godzinie 10:01 umieścił w BIP informację o rozstrzygnięciu postępowania, po czym tego samego dnia tj. 17 grudnia 2018 r. przekazał Odwołującemu informację o wyborze najkorzystniejszej oferty. Jako najkorzystniejsza wybrana została oferta złożona przez Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy. Zamawiający nie oczekując na uzupełnienie JEDZ w terminie zakreślonym przez samego siebie w piśmie z dnia 5 grudnia 2018 r. w ocenie Odwołującego naruszył art. 7 ust. 1 ustawy P.Z.P uniemożliwiając mu uzupełnienie dokumentów w terminie przewidzianym pismem z 5 grudnia. Niewątpliwie powołane powyżej okoliczności naruszają zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu.

Załączono dokumenty omówione w odwołaniu.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów zamawiający wskazał, co następuje.

1/ Zgodnie z wzorem umowy par. 1 ust. 14 „Sprzęt przeznaczony do prac na rzecz zamawiającego określony w siwz w czasie pełnienia dyżuru, nie może być przeznaczony do pracy w innych jednostkach administrujących pozostałą siecią dróg”

Jak wynika z zapisu, spełnienie tego warunku następuje na etapie wykonania umowy, zamawiający nie wymagał tego na etapie składania oferty, nie ulega natomiast wątpliwości, że LPGK sp. Z o.o. dysponuje sprzętem wskazanym w siwz.

2/ LPGK sp. Z o.o. przez wiele lat świadczył takie usługi na rzecz zamawiającego. Jego potencjał techniczny i zawodowy jest bardzo dobrze znany zamawiającemu, a składając ofertę wykonawca wykazał spełnienie wymagań siwz. Zamawiający analizując złożone oferty nie widział podstaw, by którąkolwiek z ofert uznać za zawierającą rażąco niską cenę. Zamawiający nie miał podstaw aby wzywać do wyjaśnień na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 ustawy pzp, które prowadzą do odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy pzp.

Przy okazji zamawiający wskazał, że trudno bezwzględnie wymagać od wykonawców biorących udział w licznych postępowaniach przetargowych, aby przystępując do składania ofert musieli już wtedy angażować sprzęt i personel dla każdego postępowania, wyłączając go z udziału w wykonywaniu innych zadań, nie mając jednocześnie wiedzy i pewności, czy w rzeczywistości będą określone zamówienie realizować. Wykonawca ma możliwość przesunięcia zarówno sprzętu jak i pracowników do realizacji nowo uzyskanego zamówienia.

3/ Uwzględniając powyższe wyjaśnienia, zamawiający wskazał także, że w postępowaniu złożono 2 oferty tj. przystępującego z ceną 2 518 659,36 zł brutto oraz

Konsorcjum odwołującego z ceną ofertową w kwocie 2 953 765,44 zł

Wartość zamówienia na usługi zakończone i rozliczone w latach 2016 r. 2017 r. przyjęto w wysokości 3 320 405 zł brutto łącznie za 24 miesiące, a pomniejszone o 8% VAT – 3 074 449 zł netto.

Średnia arytmetyczna złożonych ofert to 2 736 212,40 zł, zatem różnica cen oferty przystępującego a średnią arytmetyczną to 8%.

Przy takiej różnicy cen w złożonych ofertach należałoby domniemywać, iż obie złożone oferty zawierają rażąco niską cenę, bo różnica pomiędzy ofertami jest minimalna.

Kwota na sfinansowanie zadania 4 600 000 zł brutto wskazana przez zamawiającego w postępowaniu stanowi zabezpieczenie finansowe w przypadku zwiększenia ilości prac np. nieprzewidywalne warunki pogodowe i zmiany cen wynikających z przepisów ustawowych.

4/ Zarzut odwołującego o uniemożliwieniu uzupełnienia JEDZ w wyznaczonym terminie, jest chybiony. Dokument JEDZ potwierdza, że wykonawca nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu. Ponieważ prawie w jednym czasie toczyły się u zamawiającego dwa postępowania, w których uczestniczył odwołujący, rzeczywiście JEDZ z postępowania „Oczyszczanie miasta” został zweryfikowany przez zamawiającego jako „Zimowe utrzymanie dróg”.

Przesłanki wykluczenia w tych postępowaniach były takie same a informacje zawarte w JEDZ mogą być wielokrotnie wykorzystywane, o ile są aktualne. Termin na złożeniu JEDZ na obydwie postępowania mijał 17.12.2018 r., a dokumenty wpłynęły w tym dniu, jedno o godz. 7.30, a drugie o godz. 16.40, po godzinach pracy zamawiającego. Następnego dnia tj. 18.12.2018 r. przesłane dokumenty zostały zweryfikowane pozytywnie w zakresie wykluczenia z postępowania i spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Dokumenty te nie miały zatem żadnego wpływu na rozstrzygnięcie, ponieważ jego wynik byłby taki sam i późniejszym terminie.

Wniosek odwołującego o przedłożenie na rozprawie oferty LPGK z 2015 . zamawiający uznaje za nieuzasadniony. Kalkulacja cen z ofert z 2015 r. nie może być podstawą do analizowania kosztów zamówienia w 2018 r. Realia rynkowe nie były analogiczne, a zamówienie z 2015 r. obejmowało 3 lata (obecne 2 lata) i zawierało trzy grupy robót w jednym postępowaniu: „zimowe utrzymanie dróg”, „letnie oczyszczanie miasta” i „utrzymanie zieleni”.

Wyjaśnienie szczegółowe tej kwestii zawiera pismo wykonawcy Legnickiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. złożone w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego już po wniesieniu odwołania. Załączono pismo LPGK z 21.12.2018 r.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o. o. z siedzibą w Legnicy i wniósł o oddalenie odwołania jako niezasadnego oraz nieuwzględnienie podnoszonych w odwołaniu zarzutów oraz żądań stwierdzając, że czynność wyboru oferty przystępującego jest prawidłowa. W uzasadnieniu stanowiska wskazał, co następuje.

1/ Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 ustawy pzp.

Stwierdził, że wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w tym z pkt V.1.4 siwz dot. dysponowania określonym potencjałem technicznym. Zamawiający wymagał wyłącznie, aby wykonawca wykazał, iż posiada lub ma dostęp do wskazanych w siwz jednostek sprzętowych, nie zastrzegając, ab wykazany sprzęt nie mógł być przeznaczony wcześniej do pracy na rzecz innych podmiotów. Zatem wykazał, iż posiada na własność jednostki

sprzętowe wyszczególnione w oświadczeniu JEDZ dołączonym do oferty z 28.11.2018 r. oraz wykazie narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami z dnia 12.12.2018 r. Wskazane jednostki sprzętowe spełniają wymagania siwz. Przystępujący wskazuje, że informacje wprowadzające w błąd to informacje nieprawdziwe, czyli takie, które nie są zgodne ze stanem rzeczywistym w sposób nie budzący wątpliwości. Uwzględniając treść warunku udziału w postępowaniu nie ma mowy o przedstawieniu przez LPGK w oświadczeniu JEDZ i wykazie informacji wprowadzający zamawiającego w błąd i mogących mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego w postępowaniu. Zamawiający nie zastrzegł, że potencjał techniczny wykonawcy na etapie postępowania i składania oferty nie może być zaangażowany w inne przedsięwzięcia gospodarcze. Zastrzeżenie w powyższym zakresie zamawiający postawił dopiero na etapie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego przez zapis w § 1 ust. 14 projektu umowy: „Sprzęt przeznaczony do prac na rzecz Zamawiającego określony w siwz w czasie pełnienia dyżuru nie może być przeznaczony do pracy w innych jednostkach administrujących pozostałą siecią dróg.” Niezrozumiałe są wątpliwości odwołującego co do wiarygodności złożonego przez przystępującego oświadczenia JEDZ w zakresie dotyczącym spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Obecne zaangażowanie pojazdów LPGK w świadczenie usług zimowego utrzymania dróg na terenie powiatu legnickiego oraz Gminy i Miasta Prochowice nie będzie miało negatywnego wpływu na realizację przedmiotowego zamówienia, bowiem w razie podpisania umowy będzie ona realizowana zgodnie z jej zapisami tj. jednostki sprzętowe będą przeznaczone wyłącznie do pracy na terenie Legnicy. Zgodnie z zapisami zaparafowanego projektu umowy wykonawca deklaruje że wskazane pojazdy zostaną skierowane tylko do realizacji usługi na rzecz zamawiającego, a z chwilą podpisania umowy skieruje inne pojazdy do realizacji umów na rzecz powiatu legnickiego i gminy Prochowice. Dla tych jednostek rozważana jest koncepcja skorzystania z podwykonawstwa lub najmu pojazdów. Tym samym bark jest dowodu, iż istnieje przeszkoda uniemożliwiająca dokonanie koniecznych przesunięć pojazdów i że obecne zaangażowanie pojazdów może mieć negatywny wpływ na realizację przedmiotowego zamówienia. Wskazane podmioty wymagają jedynie pisemnego poinformowania o dokonanej zmianie pojazdu skierowanego do realizacji zamówienia. Tym samym warunek udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania przez wykonawcę potencjałem technicznym sformułowany został prawidłowo, ponieważ zamawiający nie może wymagać, aby już na etapie składania oferty, nie mając jeszcze pewności czyja oferta zostanie wybrana, narażać wykonawcę na koszty związane z przesunięciami pojazdów, dzierżawą nowych pojazdów itp. Natomiast po podpisaniu umowy zamawiający może

wyciągać konsekwencje wobec wykonawcy w razie ewentualnego niedotrzymania warunków umowy w zakresie powyższym i posiada niezbędne narzędzia kontroli tj. licencje dostępowe do serwera usług GPS, które pozwalają zamawiającemu śledzić lokalizację oraz historię przebytych tras przez jednostki sprzętowe wykonawcy.

Zamawiający w treści warunku udziału w pkt V.1.4. siwz wymagał wykazania, że wykonawca posiada lub ma dostęp do wskazanych w siwz jednostek sprzętowych, w tym m.in. samochodu samowyładowczego do 5 t. W celu wykazania spełnienia warunku wykonawca wskazał w oświadczeniu JEDZ ora wykazie samochód samowyładowczy Peugeot nr rej DL2603A typu BOXER o ładowności 1,6 t. a zatem o ładowności do 5 t. Tym samym potwierdzono spełnienie warunku i nie przedstawiono informacji wprowadzających zamawiającego w błąd i mogących mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przystępujący wskazuje także na ewentualność, w razie wątpliwości zamawiającego, na zastąpienie pojazdu innym /zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy/, wobec dysponowania szeroką flotą pojazdów samowyładowczych.

Przystępujący kwestionuje również zarzut braku technicznego przygotowania w zakresie posiadania zaplecza warsztatowego z wykwalifikowaną kadrą i miejsca przystosowanego do składowania materiałów uszorstniających w znacznej ilości oraz zapasu materiałów uszorstniających w ilości powyżej 500 Mg. Wskazuje na ogólnikowość zarzutu i brak dowodów oraz argumentów. Podkreśla, że dysponuje dwoma pomieszczeniami warsztatowymi dla pojazdów, wykwalifikowaną kadrą oraz zmagazynowanymi materiałami uszorstniającymi w wymaganej ilości, co zadeklarował w JEDZ. Oznacza to, że wykonawca wykazał spełnienie warunków udziału i nie przedstawił informacji wprowadzających w błąd z zaistnieniem przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 12 i pkt 17 ustawy pzp.

2/ Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy pzp.

Przystępujący zauważa, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 jest wadliwy, gdyż przepis dotyczy niezgodności treści siwz z treścią oferty w znaczeniu przedmiotowym rozumianej jako oświadczenie woli. Natomiast zarzut dotyczy strony podmiotowej tj. spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. dysponowania potencjałem technicznym. W tym zakresie wykonawca złożył stosowne wyjaśnienia (w części dot. zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 ustawy pzp).

Odnosnie zarzutu rażąco niskiej ceny, która uległa obniżeniu o 45% na przestrzeni trzech lat, przystępujący wskazuje, że zamawiający nie ma obowiązku porównywania cen z formularza ofertowego z cenami jednostkowym deklarowanym w formularzu cenowym dołączonym do oferty złożonej w postępowaniu wszczętym w 2015 r., które w dodatku obejmowało szerszy zakres zamówienia („Utrzymanie zieleni”, „Oczyszczanie miasta” i „Zimowe utrzymanie dróg”) oraz przewidywało dłuższy termin realizacji zamówienia. Niższa cena oferty w

przedmiotowym postępowaniu w stosunku do innych postępowania nie prowadzi do wniosku o rażąco niskiej jej wysokości ze skutkiem z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp.

3/ Naruszenie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy pzp.

Przystępujący wskazuje na przesłanki żądania od wykonawcy wyjaśnień w sprawie ceny oferty będącej niższą o co najmniej 30% od wartości zamówienia (+VAT) ustalonej zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 ustawy pzp. Odwołujący natomiast dokonał obliczeń odnosząc się do kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (4.600 000 zł).

Niezależnie od powyższego przystępujący ustosunkował się do zarzutu w dniu 21.12.2018 r. pismem zn. NZP/405/2018 złożonym na wezwanie zamawiającego z dnia 19.12.2018 r. w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy.

Przystępujący deklaruje, że zaproponował cenę ustaloną w sposób prawidłowy i zapewniający zysk. Wskazał na swoje doświadczenie i posiadanie odpowiedniej floty pojazdów, kadry pracowników oraz rzetelnych kontrahentów (w tym dostawców materiałów uszorstniających) zapewniające pełną jakość wykonania usługi. Uznał za bezpodstawne zarzuty dotyczące stawek godzinowych, ponieważ, co potwierdza dokumentacja, żaden pracownik nie pracuje poniżej stawki minimalnej. Wyliczona cena 50 zł netto/h jest ceną zryczałtowaną, ponieważ etat kierowców/operatorów nie zamyka się jedynie w wykonywaniu czynności związanych z akcją zima. Pracownicy są zatrudnieni na umowę o pracę i wykonują różne czynności, także nie związane z zimowym utrzymaniem dróg, co pozwala na częściowe, lecz nie całkowite zaszeregowanie kosztów ich wynagrodzeń do skalkulowanej ceny oferty na zimowe utrzymanie dróg. Ze względu na wymogi dot. czasu pracy kierowców niezbędne jest w przedmiotowym zadaniu wprowadzenie systemu zmianowego. Założono, że w miesiącu średnio może dojść do 12 akcji zima, które zapełniają w 53% grafik miesięcznej pracy kierowcy na pełnym etacie w wymiarze 160 godzin/miesiąc.

Stawka 50 zł netto za godzinę gotowości jest więc tylko 53% częścią całych kosztów, jakie ponosi w wyniku zatrudnienia kierowcy lub operatora w stosunku pracy, w tym do czynności akcja zima. Pozostałe koszty zatrudnienia pracownika (ok. 47%) są okrywane z przychodów pozyskiwanych w wyniku świadczenia przez wykonawcę innych usług na podstawie zawartych umów.

Na stawkę netto „Gotowość (koszty stałe) do pracy zespołu sprzętu (ładowarka, warsztat, pługosolarka – 3 szt.)” zaproponowaną przez wykonawcę składają się: Stawka godzinowa operatora ładowarki: 7 zł netto (53% wynagrodzenia za wykonywanie czynności związanych z zimowym utrzymaniem dróg) + 6,21 zł netto (47% wynagrodzenia za wykonywanie innych czynności związanych ze świadczeniem innych usług na podstawie umów) + 2,67 zł (koszty pracodawcy – 100%) = 15,88 zł netto.

Na podstawie tych wyliczeń łączne koszty zatrudnienia operatora ładowarki do wykonywania czynności zimowego utrzymania dróg ponoszone przez pracodawcę wynoszą 7 zł netto + 1,42 zł (koszt pracodawcy – 53%) = 8,42 zł netto.

-Stawka godzinowa kierowcy pługopiaskarki: 7 zł netto (53% wynagrodzenia za wykonywanie czynności związanych z zimowym utrzymaniem dróg) + 6,21 zł netto (47% wynagrodzenia za wykonywanie innych czynności związanych ze świadczeniem innych usług) + 2,67 zł (koszty pracodawcy – 100%) = 15,88 zł netto.

Na podstawie powyższych wyliczeń łączne koszty związane z zatrudnieniem kierowcy pługopiaskarki do czynności zimowego utrzymania dróg ponoszone przez pracodawcę wynoszą 7 zł netto + 1,42 zł (koszt pracodawcy – 53%) = 8,42 zł netto.

-Stawka dyspozytora: 7 zł netto (53% wynagrodzenia za czynności zimowego utrzymania dróg) = 6,21 zł netto (47% wynagrodzenia za inne czynności ze świadczenia innych usług przez LPGK) = 2,67 zł (koszty pracodawcy -100%) = 15,88 zł.

Zatem łączne koszty zatrudnienia dyspozytora do wykonywania czynności zimowego utrzymania dróg ponoszone przez pracodawcę wynoszą 7 zł + 1,42 zł (koszt pracodawcy 53%) = 8,42 zł netto.

Na płace pracowników zaangażowanych w akcję zimowego utrzymania dróg przeznaczono więc 42,10 zł netto/godzinę uwzględniając przy tym 7,90 netto na inne koszty, w tym warsztat, paliwo oraz zysk.

Podobne wyliczenia można zastosować dla „Gotowość (koszty stałe) do pracy sprzętu i obsługi wraz ze sprzętem pomocniczym (ładowarka, pługopiaskarka, warsztat, itp.)” w kwocie 40 zł netto/h.

Stawka godzinowa kierowcy pługopiaskarki: 9 zł (53% wynagrodzenia za wykonywanie czynności związanych z zimowym utrzymaniem dróg) + 7,98 zł (47% dot. innych umów) + 3,43 zł (koszty pracodawcy-100%) = 20,41 zł netto.

Na podstawie powyższych wyliczeń łączne koszty akcji zima ponoszone przez pracodawcę wynoszą 9 zł netto + 1,82 zł (koszty pracodawcy-53%) = 10,82 zł netto.

Stawka godzinowa kierowcy ładowarki: 9 zł (53% wynagrodzenia za wykonywanie czynności związanych z zimowym utrzymaniem dróg) + 7,98 zł (47% dot. innych umów) + 3,43 zł (koszty pracodawcy-100%) = 20,41 zł netto.

Na podstawie powyższych wyliczeń łączne koszty akcji zima ponoszone przez pracodawcę wynoszą 9 zł netto + 1,82 zł (koszty pracodawcy-53%) = 10,82 zł netto.

Stawka godzinowa pracownika warsztatu: 9 zł (53% wynagrodzenia za wykonywanie czynności związanych z zimowym utrzymaniem dróg) + 7,98 zł (47% dot. innych umów) + 3,43 zł (koszty pracodawcy-100%) = 20,41 zł netto.

Na podstawie powyższych wyliczeń łączne koszty akcji zima ponoszone przez pracodawcę wynoszą 9 zł netto + 1,82 zł (koszty pracodawcy-53%) = 10,82 zł netto.

Na płace pracowników zaangażowanych w akcję zimowego utrzymania dróg przeznaczono więc 32,46 zł netto/godzinę uwzględniając przy tym 7,54 zł netto na inne koszty tj. warsztat, paliwo oraz zysk.

Przystępujący uznał za bezpodstawne porównywanie cen jednostkowych z przetargu ogłoszonego w roku 2015 i cen jednostkowych w przedmiotowym przetargu z uwagi na odmienne warunki przetargu, termin realizacji (3 letni a nie 2 letni) oraz realia rynkowe. Przystępujący zaangażował nowy personel, który dokonał szczegółowej analizy rzeczywistych kosztów zimowego utrzymania dróg. Z analizy wynika możliwość znacznej redukcji kosztów m.in. przez:

- kierowanie kierowców/operatorów także do innych zadań, nie związanych z akcją zima,
- pozyskiwanie kontrahentów dostawców materiałów uszorstniających (w tym sól) po dużo niższych cenach oraz posiadanie znacznego zapasu materiałów uszorstniających,
- niskie koszty paliwa z uwagi na dogodną lokalizację Bazy magazynowo-transportowej w Legnicy.

Wskazał obniżenie ceny jednostkowej w stosunku do cen roku 2015 wskazując procentową redukcję ze względu na reorganizację pracy.

Wskazał: Gotowość (koszty stałe) do pracy zespołu sprzętu (ładowarka, warsztat, pługosolarka 3 szt. Cena w 2015 – 151,00 , w 2018/2020 50,00 , redukcja ceny – 302%;

Gotowość (koszty stałe) do pracy sprzętu i obsługi wraz ze sprzętem pomocniczym (ładowarka, pługiaskarka, warsztat itp.) cena z 2015 - 50,00, cena z 2019/2020 – 40,00, redukcja ceny 125%.

W Zakresie pracy sprzętu z obsługą: Dojazd na rejony w zł/km, w 2015 – 5,80 zł, obecnie 3,50 zł co jest wynikiem rekalkulacji kosztów paliwa poniesionych w akcji zima z zeszłych lat.

Płużnie lub posypywanie zmiana cen z 7,40 na 4,10 zł

Płużnie z posypywaniem zmiana cen z 7,40 na 4,50 zł

Zraszanie solanką zmiana z 3,60 na 2,80 zł

Zużycie materiałów uszorstniających zmiana z 86,50 zł na 69,46 zł

Zużycie solanki, solanka 30% zmiana z 4,70 zł na 1,20 zł.

Powyższe wskazuje na zmniejszenie kosztów głównie ze względu na dostawy tańszej soli raz rekalkulacji kosztów paliwa.

W świetle przedstawionych informacji LPGK sp. z o.o. oświadcza że cena oferty nie jest rażąco niską, gdyż pokrywa wszystkie koszty oraz uwzględnia zysk.

W toku rozprawy strony i uczestnik podtrzymały stanowiska przedstawione do akt sprawy w formie pisemnej.

Zgłoszony przez odwołującego świadek wyjaśnił, co następuje. Pracowałem w LPGK na wielu stanowiskach, tym ostatnim było stanowisko rektora do spraw technicznych, eksploatacyjnych. Oceniam, że kalkulacja wykonana przez Przystępującego jest nierealna i zaniżona, a w szczególności koszty dyżuru oraz podziały kosztowe na 53 i 47 %. Należy pamiętać, że sprzęt do zimowego utrzymania dróg jest użytkowany w sezonie, natomiast wymaga utrzymania przez cały rok, co rodzi naturalne koszty. Nie jest możliwe obniżenie kosztów o kwoty wynikające z ceny oferty w stosunku do umowy poprzedniej. W szczególności nie uległy obniżeniu koszty materiałów, np. tona soli to 220 zł loco dostawca/sprzedawca, nie uwzględniono także kosztów mieszania z piaskiem. Wiem, że w kwietniu 2018 r., firma dysponowała 100 tonami materiałów uszorstniających. Przypominam wymogi specyfikacji, że istnieje potrzeba pozostawiania ludzi i sprzęty wyłącznie w dyspozycji Zamawiającego. Oceniam, że cena oferty powinna być o 200% wyższa od zaoferowanej, dzięki czemu nie poniesiono by straty. Po odejściu z zakładu nie byłem na jego terenie, ale obserwuję z zewnątrz. Kalkulacji kosztów w spółce nie dokonywałem, lecz w tym uczestniczyłem. Do kwietnia 2018 w spółce było zatrudnionych około 30 kierowców na około 160 pracowników. Oceniam, że potencjał sprzętowy ulega degrengoladzie; nie pamiętam czy w firmie wprowadzono nowy model budżetowania kosztów. Mam kontakty z pracownikami. Wiem, że zapytanie Zamawiającego w sprawie wysokości ceny było kierowane po wyborze oferty; wiem to z dokumentów.

Odwołujący podkreślił aktualność wiedzy i wiarygodność świadka, pracującego w ubiegłym roku na kierowniczym stanowisku.

Podtrzymując argumentację odwołujący stwierdził, że kalkulacja wykonawcy z przyjętym podziałem kosztów i rozbiem na różne zadania jest nierealna i niemożliwa. Podkreślił naruszenie przez Zamawiającego zasady równości z art. 7 ust. 1 ustawy.

Zamawiający podkreślił, że stanowisko świadka jest niewiarygodne, może również wynikać ze sposobu „rozstania” z dotychczasowym pracodawcą. Nie ma też wiedzy na temat tego, jak funkcjonuje spółka po 23 kwietnia 2018 r. Stwierdził, że ocena przedstawiona przez świadka miała charakter subiektywny. Zauważył, że w postępowaniu nie zaistniała ustawowa przesłanka żądania wyjaśnień w kwestii ceny.

Przystępujący stwierdził, że wiedza przesłuchanego świadka jest „archiwalna”. Wskazał na sposób dysponowania kierowcami, potencjałem taboru oraz możliwości warsztatowe, w

wielkości wystarczającej zrealizowania spornego kontraktu. Podkreślił, że zaoferowana cena oferty jest realna, konkretna, i nie zawiera dodatkowych kosztów.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, złożone oferty, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu wraz z dokumentami na potwierdzenie przedstawionych argumentów, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy pzp, a tym samym legitymację do wniesienia środka ochrony prawnej w postaci odwołania od czynności zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegającej na dokonaniu jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego do postępowania a tym samym zaniechaniu wyboru oferty odwołującego.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych i podtrzymanych zarzutów Izba uznała, że nie podlega ono uwzględnieniu.

Kluczowe dla rozpoznania jest ocena zarzutu odwołania w zakresie przesłanek wykluczenia wybranego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 ustawy pzp z powodu wprowadzenia w błąd zamawiającego co do dysponowania zadeklarowanym sprzętem przewidywanym do wykorzystania w toku realizacji umowy o wykonanie zamówienia publicznego.

Kolejnym istotnym zarzutem jest twierdzenie odwołującego o zaoferowaniu przez przystępującego rażąco niskiej ceny, co winno skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp.

Wskazano także na podstawę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp jako nieodpowiadającej treści siwz z powodu niespełnienia wymogu w zakresie dysponowania wymaganym (odpowiednim) potencjałem technicznym.

W zakresie ostatniego wskazanego wyżej zarzutu skład orzekający stwierdza, że podstawa prawna tego dotycząca została podana nieprawidłowo, jako że z uzasadnienia faktycznego zarzutu wynika przesłanka ewentualnego wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, które jakkolwiek są formułowane w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia i są wymagane, nie skutkują w razie negatywnej ich oceny u wykonawcy odrzuceniem oferty

lecz wykluczeniem podmiotu, który wymaganych warunków nie spełnia. Tym samym zarzut podlega łącznej ocenie z zarzutem naruszenia przez zamawiającego postanowień st. 24 ustawy pzp.

Izba uznaje, że zarzut wskazany w zdaniu powyżej i dotyczący wykluczenia wybranego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 ustawy pzp z powodu wprowadzenia w błąd zamawiającego co do dysponowania zadeklarowanym sprzętem zgodnie z wymogami siwz, nie potwierdził się.

Żaden z uczestników nie kwestionuje faktu dysponowania przez przystępującego wykonawcę jednostkami sprzętowymi wymaganymi do realizacji umowy zgodnie z siwz i przedstawionymi w wykazie sprzętu w JEDZ. Przedmiotem zarzutu jest jednakże stwierdzenie, że deklarowany sprzęt pozostaje w dacie składania oferty w użytkowaniu na rzecz podmiotu trzeciego, co narusza zakaz używania sprzętu niezbędnego w czasie dyżuru, w tym samym czasie na rzecz innych jednostek administracji dróg.

Izba oddala zarzut wobec faktu, że wskazany wymóg (zakaz) nie dotyczy chwili składania ofert, lecz okresu realizacji umowy. Powyższe nie narusza postanowień siwz i jest zrozumiałe z punktu widzenia zasad gospodarowania potencjałem technicznym. Byłoby nieracjonalne wymaganie od potencjalnych, a w gruncie rzeczy wszystkich zainteresowanych wykonawców, by na cały okres postępowania o udzielenie zamówienia „zamrozili” swój potencjał materialny, który w przyszłości będzie wykorzystywany wyłącznie przez jednego z nich.

Odnosząc się do zarzutu zaoferowania przez przystępującego rażąco niskiej ceny oferty, co powinno skutkować odrzuceniem tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp oraz zarzutów powiązanych z ceną, skład orzekający stwierdza, co następuje. W sprawie nie zaistniały ustawowe przesłanki prowadzenia postępowania wyjaśniającego w przedmiocie ceny, co do której można mieć podejrzenie o jej rażąco niskiej wysokości, w szczególności na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1. Niezależnie od faktu, że decyzja o wyjaśnianiu ceny należy do zamawiającego, ustawa nakazuje w tym zakresie postępowanie przeprowadzić w razie zaistnienia sytuacji wskazanej w powołany przepis. Opieranie argumentu w sprawie zaniżonej ceny na porównaniu z kwotą przewidzianą przez zamawiającego do wydatkowania na sfinansowanie zamówienia nie znajduje podstaw w przepisie ustawy. Kwotą odniesienia jest bowiem wartość przedmiotu zamówienia powiększona o wymagany podatek od towarów i usług. Niezależnie od powyższego istotne znaczenia ma rzeczywista rynkowa wartość oferowanych usług, co w praktyce najczęściej, a w sprawie rozpatrywanej również, oznacza porównanie ofert złożonych w postępowaniu. W takim kontekście nie stwierdzono znaczącej różnicy cenowej ofert rodzącej potrzebę prowadzenia postępowania wyjaśniającego, a w

efekcie odrzucenia oferty tańszej. W tym miejscu Izba uznaje za celowe odniesienie się do zeznań świadka wskazanego przez odwołującego. W ocenie tej osoby realna cena ofertowa przystępującego powinna być „o 200% wyższa”. Trudno zaprzeczyć takiemu stwierdzeniu, że cena usługi ma, może lub powinna być wyższa. Wskazana wielkość jest jednak, uwzględniając właśnie realia rynku właściwego dla przedmiotowych usług, tak znacząco odbiegająca wzwyż od wszelkich innych oszacowań, że staje się niewiarygodna i nieprzydatna w sprawie. W konsekwencji zarzut zostaje oddalony wobec stwierdzenia braku zaistnienia nawet wstępnych przesłanek domniemania zaoferowania rażąco niskiej ceny oferty.

Z uwagi na powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega oddaleniu.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji. O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: