

Sygn. akt: KIO 2186/19

WYROK
z dnia 14 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff
Członkowie: Katarzyna Odrzywolska
Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **12 i 13 listopada 2019 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **28 października 2019 r.** przez wykonawcę **Saferoad Grawil Sp. z o.o., ul. Komunalna 7, 87-800 Włocławek** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad** prowadzący postępowanie: **Oddział w Szczecinie, Al. Bohaterów Warszawy 33, 70-340 Szczecin**

przy udziale wykonawcy **MALDROBUD Sp. z o.o. Sp.k., ul. Królewiecka 43, 74-300 Myślibórz** zgłaszającego przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Saferoad Grawil Sp. z o.o., ul. Komunalna 7, 87-800 Włocławek** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Saferoad Grawil Sp. z o.o., ul. Komunalna 7, 87-800 Włocławek** tytułem wpisu od odwołania;

- 2.2. zasądza od **Saferoad Grawil Sp. z o.o., ul. Komunalna 7, 87-800 Włocławek** na rzecz **Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad** prowadzący postępowanie: **Oddział w Szczecinie, Al. Bohaterów Warszawy 33, 70-340 Szczecin** kwotę **5 350 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy trzysta pięćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz noclegu z parkingiem.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: *„Całoroczne kompleksowe utrzymanie drogi ekspresowej S-6 administrowanej przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie wraz ze wszystkimi jej elementami z podziałem na 3 części: Część 1: Całoroczne kompleksowe utrzymanie drogi ekspresowej S-6 na odcinku od węzła „Kiełpino” (bez węzła) do węzła „Ustronie Morskie” (z węzłem) administrowanej przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie wraz ze wszystkimi jej elementami. Część 2: Całoroczne kompleksowe utrzymanie drogi ekspresowej S-6 na odcinku od węzła „Ustronie Morskie” (bez węzła) do końca trasy „Obwodnicy Koszalina / Sianowa” administrowanej przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych / Autostrad Oddział w Szczecinie wraz ze wszystkimi jej elementami. Część 3: Całoroczne kompleksowe utrzymanie drogi ekspresowej S-6 na odcinku od węzła „Goleniów Północ” (z węzłem) do węzła „Kiełpino” (z węzłem) administrowanej przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie wraz ze wszystkimi jej elementami”* (nr postępowania GDDKiA O.Sz.D-3.2413.20.2019); zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12.03.2019 r. pod nr 2019/S 050-115157 przez Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad prowadzący postępowanie: Oddział w Szczecinie, Al. Bohaterów Warszawy 33, 70-340 Szczecin zwany dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 18.10.2019 r. (na platformie zakupowej: <https://gddkia.eb2b.com.pl>) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej w Cz. 1, 2 i 3 - MALDROBUD Sp. z o.o. Sp.k., ul. Królewiecka 43, 74-300 Myślibórz zwany dalej: „MALDROBUD Sp. z o.o. Sp.k.” albo „Maldrobud” albo „Przystępującym”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła oferta w cz. 1 i 2, a w cz. 3 czwartą - Saferoad Grawil Sp. z o.o., ul. Komunalna 7, 87-800 Włocławek zwana dalej: „Saferoad Grawil Sp. z o.o.” albo „Odwołującym”. Trzecią pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła oferta w cz. 1, 2, a druga w cz. 3 – Przedsiębiorstwo Transportu i Maszyn Drogowych TRANS – MASZ S.A., Na Grobli 4, 73-110 Stargard zwana dalej: „Przedsiębiorstwo Transportu i Maszyn Drogowych TRANS – MASZ S.A.” albo „TRANS-MASZ”.

W dniu 28.10.2019 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Saferoad Grawil Sp. z o.o. wniosło odwołanie na czynność z 18.10.2019 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (e-mailem). Na zaniechanie odrzucenia oferty Maldrobud:

(1) pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożone przez Maldrobud wyjaśnienia nie potwierdzają, że zaoferowana cena ma realny charakter [w części 1 i 3 postępowania];

(2) jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” z uwagi na to, że wykonawca ten nie zastosował się do jednoznacznych wymogów i nie wycenił wszystkich pozycji wymienionych w formularzach cenowych (brakuje wyceny poz. 26 formularza nr 1a UTRZYMANIE RUTYNOWE DROGI EKSPRESOWEJ S-6 (bez obiektów inżynierskich) REJON W KOSZALNIE odc. S6 m. Sianów ul. Dworcowa - Węzeł Sianów Wschód /bez węzła/) [w części 2 postępowania]; Na zaniechanie odrzucenia oferty TRANS-MASZ:

(1) pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożone przez TRANS-MASZ wyjaśnienia nie potwierdzają, że zaoferowana cena ma realny charakter [w części 3 postępowania];

(2) pomimo że TRANS-MASZ w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia o poprawieniu tzw. innej omyłki nie wyraził zgody na jej poprawienie [w części 2 postępowania]. Zaniechanie wykluczenia wykonawcy TRANS-MASZ z postępowania, pomimo tego że wykonawca ten nie wykazał realnego dysponowania potencjałem podmiotu trzeciego (Drogowe Centrum Produkcyjno-Handlowe BIG Sp. z o.o., „BIG”) oraz, że podmiot ten faktycznie zrealizuje usługi, do realizacji których wymagane są użyczone zdolności.

Zarzucił naruszenie: (1) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 16 października 2018 r. poz. 1986 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp” w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie ich zastosowania i odrzucenia ofert wykonawców Maldrobud [cz. 1 i 3] oraz TRANS-MASZ [cz. 3] na skutek niezasadnego uznania, że wyjaśnienia złożone przez tych wykonawców potwierdzają, że złożone przez nich oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny; (2) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania, gdy tymczasem oferta Maldrobud [cz. 2] jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie uwzględnia bowiem wyceny wszystkich elementów zamówienia wymienionych w formularzach cenowych (nieuwzględnienie w ofercie prac wynikających z poz. 26 formularza nr 1a UTRZYMANIE RUTYNOWE DROGI EKSPRESOWEJ S-6 (bez obiektów inżynierskich) REJON W KOSZALNIE odc. S6 m. Sianów ul. Dworcowa - Węzeł Sianów Wschód /bez węzła/); (3) art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania, gdy tymczasem Zamawiający poinformował wykonawcę TRANS-MASZ [cz. 2] pismem z 04.09.2019 r. o poprawieniu w ofercie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, a TRANS-MASZ w terminie 3 dni od doręczenia

pisma nie wyraził zgody na jej poprawienie; (4) art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22a ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy TRANS-MASZ, pomimo że wykonawca ten nie wykazał, że podmiot trzeci (BIG), na którego potencjale polega w celu wykazania spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia zrealizuje usługi, do realizacji których niezbędny jest potencjał tego podmiotu, a co za tym idzie, że użyczenie potencjału ma charakter realny; a w konsekwencji powyższego, (5) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości. Wnosił o:

(1) rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

(a) unieważnienie czynności wyboru ofert we wszystkich częściach postępowania;

(b) odrzucenie oferty wykonawców Maldrobud [cz. 1 i 3] oraz TRANS-MASZ [cz. 3] w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp;

(c) odrzucenie oferty wykonawcy Maldrobud [cz. 2] w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;

(d) odrzucenie oferty wykonawcy TRANS-MASZ [cz. 2] w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp;

(e) wykluczenie wykonawcy TRANS-MASZ oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp;

(f) ponowne przeprowadzenie czynności badania i oceny ofert;

(2) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

(3) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym.

W cz. 1 złożono sześć ofert, w tym: (a) oferta Maldrobud na kwotę 34 455 233, 64 zł; (b) oferta TRANS-MASZ na kwotę 42 231 165, 12 zł; (c) oferta Odwołującego na kwotę 45 084 932, 00 zł. W części 2 złożono sześć ofert, w tym: (a) oferta Maldrobud na kwotę 36 408 768, 34 zł; (b) oferta TRANS-MASZ na kwotę 43 340 616, 07 zł; (c) oferta Odwołującego na kwotę 45 963 340, 52 zł. W cz. 3 złożono sześć ofert, w tym: (a) oferta Maldrobud na kwotę 43 434 102, 63 zł; (b) oferta TRANS-MASZ na kwotę 58 992 469, 97 zł; (c) oferta Odwołującego na kwotę 69 836 533, 17 zł. Dnia 19.09.2019 r. Zamawiający podjął decyzję o odtajnieniu wyjaśnień wykonawcy Maldrobud w zakresie rażąco niskiej ceny, wskazując, że uzasadnienie przedstawione przez Maldrobud nie potwierdza, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Czynność ta została zakwestionowana przez Maldrobud poprzez wniesienie odwołania do Izby. Wyrokiem z 15.10.2019 r., sygn. akt: KIO 1933/19, Izba oddaliła odwołanie Maldrobud.

Zaniechanie odrzucenia oferty Maldrobud z uwagi na rażąco niską cenę (zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp).

Wadliwie przeprowadzona procedura wyjaśniająca. Pismem z 09.08.2019 r.

Zamawiając wezwał wykonawcę Maldrobud do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny z uwagi na zmaterializowanie w części 1 i 3 postępowania przesłanki zastosowania procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 90 ust. 1a Pzp. W piśmie tym Zamawiający wskazał, że Maldrobud powinien przedstawić wyjaśnienia (oraz poprzeć je dowodami) w zakresie:

- (a) 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 (...);
- (b) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- (c) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- (d) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- (e) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Maldrobud udzielił Zamawiającemu stosownych wyjaśnień pismem z 20.08.2019 r. Jak zostanie dowiedzione poniżej wyjaśnienia te nie powinny zostać zaakceptowane przez Zamawiającego. W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że wszczęcie procedury wyjaśniającej w oparciu o art. 90 ust. 1a Pzp kreuje domniemanie wystąpienia w ofercie badanego wykonawcy rażąco niskiej ceny, co potwierdza orzecznictwo Izby. Zaistnienie tego domniemania skutkuje z kolei przerwaniem ciężaru dowodzenia na wykonawcę, co jednoznacznie wynika z art. 90 ust. 2 Pzp: „*Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy*”. Przeniesienie na wykonawcę ciężaru dowodu generuje wymóg złożenia nie jakichkolwiek wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, lecz takich, z których jednoznacznie wynikać będzie, że cena w ofercie wykonawcy nie jest ceną rażąco niską. Zagadnienia takie jak poziom szczegółowości wyjaśnień czy zakres informacji, które powinny się w tych wyjaśnieniach znaleźć były wielokrotnie przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę. Dodatkowo Izba wskazuje, że cechą składanych wyjaśnień musi być ich skorelowanie z treścią wezwania, którego autorem jest zamawiający. Podsumowując jednoznaczne stanowisko Izby w zakresie wykazywania, że cena oferty nie jest ceną rażąco niską uznać należy, że każdorazowo do obowiązków wykonawcy należy złożenie wyjaśnień konkretnych, odnoszących się wycenionego przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia takie muszą odpowiadać na wątpliwości wyrażone w treści wezwania wystosowanego przez Zamawiającego, a, w miarę możliwości, powinny zostać wsparte materiałem dowodowym. Jak zostanie wykazane poniżej wyjaśnienia złożone przez Maldrobud nie spełniają żadnego z tych wymagań. Mają one charakter ogólny, niepowiązany z przedmiotem zamówienia, nie odpowiadają na wątpliwości Zamawiającego i nie zostały poparte jakimkolwiek materiałem dowodowym. Jako pierwszy

z argumentów mających rzekomo przemawiać na korzyść Maldrobud, wykonawca ten wskazuje na doświadczenie zdobyte w toku realizacji innych zamówień, rodzajowo zbliżonych z przedmiotem zamówienia. Należyte wywiązywanie się z innych kontraktów dowodzić miałyby właściwego oszacowania ceny. Jak wskazuje Maldrobud: „przez to [poprawna realizacja innych kontraktów - przyp. autor] należy uznać, iż prawidłowo oszacował koszty usługi utrzymania dróg o czym najlepiej świadczą wystawione wykonawcy referencje (wybrane w załączeniu) (...)”. W tym miejscu Odwołujący wskazuje, że stanowisko Maldrobud jest błędne. Poprawne wykonanie innych zamówień nie świadczy o niczym innym jak tylko zdobytym doświadczeniu. Odwołujący podkreśla, że Zamawiający badał doświadczenie wykonawców w ramach oceny warunków udziału w postępowaniu i na tę ocenę zdobyte przez Maldrobud doświadczenie mogło rzeczywiście znaleźć przełożenie. Doświadczenie to jednak nijak ma się do prawidłowości kalkulacji. Wadliwe (tj. rażąco niskie) oszacowanie oferty dotyczyć może w równym stopniu wykonawców doświadczonych, funkcjonujących wiele lat na rynku, jak i tych, którzy mają mniejsze doświadczenie. Skoro posiadanie przez wykonawców doświadczenia oceniane było w ramach warunków udziału w postępowaniu, to właściwa jest konstatacja, że wszyscy wykonawcy, chcąc ubiegać się o zamówienie stanowiące przedmiot postępowania, musieli wykazać się doświadczeniem na poziomie niezbędnym nie tylko do właściwej kalkulacji ceny ofertowej, ale i prawidłowej realizacji zamówienia. Zatem argument ten nie może być traktowany jako przemawiający za przewagą wykonawcy Maldrobud nad pozostałymi wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia. Na uwagę zasługuje, że także w przypadku tej okoliczności w wyjaśnieniach Maldrobud nie sposób doszukać się wskazania poziomu oszczędności dzięki niej wygenerowanej. Analiza wyjaśnień udzielonych przez Maldrobud zdaje się wskazywać, że uzasadnienia dla rzekomo rynkowego i właściwie skalkulowanego poziomu cen w swojej ofercie wykonawca ten doszukuje się nie w elementach kosztotwórczych tejże oferty, lecz w analogii do innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Dowodzić tego mają również załączniki nr 1 i 2, które prezentują statystyczne wyliczenie kilometromiesiaca w innych zamówieniach (realizowanych przez różnych wykonawców). Ponownie należy jednak wskazać, że znaczenie takich dowodów w kontekście ceny w ofercie Maldrobud jest żadne. Oferty złożone w innych postępowaniach dotyczyły zamówień zgodnych z wymaganiami i zakresem właściwych dla tamtych postępowań. Maldrobud nie podjął tymczasem nawet próby wykazania, że wyceniany zakres w innych postępowaniach, do których się odnosi był analogiczny z przedmiotem postępowania. Skoncentrował się bowiem jedynie na kilku wybranych elementach tych zamówień, wskazując, że zakres ten jest „w określonych obszarach zasadniczo mniejszy” (str. 3 wyjaśnień). Nie można jednak zgodzić się z Maldrobud, że wyselekcjonowanie „określonych obszarów”, w których zakres zamówienia jest różny dowodzi, że w innych postępowaniach

wykonawcy wyceniali kompleksowo mniejszy zakres. Tak wybiórcza i niekompletna argumentacja nie może przemawiać za rynkowym poziomem ceny ofertowej wykonawcy. Co więcej, oferty składane w innych postępowaniach uwzględniać musiały warunki rynkowe obowiązujące w momencie dokonywania tych kalkulacji. Warunki takie jak np. koszty minimalnego wynagrodzenia, cena paliw, koszty wynajmu urządzeń itd. mogą różnić się od siebie istotnie w różnych okresach. Również z tego zatem powodu nieprzydatne jest w kontekście wyjaśnienia rażąco niskiej ceny odwoływanie się do innych postępowañ (przynajmniej dopóki wykonawca nie wykaże ścisłej analogii pomiędzy wycenami dokonywanymi historycznie oraz wyceną danego wykonawcy). Na uwagę wreszcie zasługuje, że ze stanowiska Maldrobud nie wynikają jakiegokolwiek wyliczenia, nie wiadomo zatem jak podnoszona argumentacja przełożyła się na cenę ofertową. Odwołujący na marginesie wskazuje, że argument Maldrobudu jest nie trafiony również z tego powodu, że w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego przyjmowane przez tego wykonawcę wyceny znacząco odbiegają od wycen przyjętych w postępowaniu, co na przykładzie zostało zaprezentowane poniżej. Kolejnym argumentem, który przemawiać ma za rzekomo rynkowym poziomem ceny Maldrobud jest posługiwanie się w relacjach z pracownikami spółki wynagrodzeniem na poziomie nie niższym od minimalnego wynagrodzenia narzuconego przez przepisy prawa powszechnie obowiązującego. W tym miejscu należy podkreślić, że złożenie samej deklaracji sprowadzającej się do niełamania przepisów prawa nie stanowi jeszcze okoliczności przemawiającej za właściwą kalkulacją. Jakkolwiek bowiem przyznanie się wykonawcy do stosowania wynagrodzenia poniżej ustawowego minimum powodowałoby automatyczny skutek dla oferty wykonawcy, tak sama deklaracja o braku łamania przepisów niewiele w istocie wnosi. Maldrobud powinien bowiem wykazać jaki jest faktyczny koszt pracowników w cenie ofertowej kalkulowanej na potrzeby postępowania. Takiej kalkulacji, z której wynikałoby rzeczywiste przełożenie kosztów pracowniczych na cenę oferty Maldrobud nie przedstawił. Zamiast tego do wyjaśnień załączono informację w zakresie poziomu średniego zatrudnienia. W dokumencie tym zawarta jest jednak tylko informacja o stanowisku oraz liczbie etatów. Nie istnieje zatem żadne przełożenie załącznika nr 5 do wyjaśnień Maldrobud na ceny wynikającego z oferty tego wykonawcy, tym samym również ten dowód uznać należy za nieprzydatny w kontekście oceny wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Kolejnym argumentem mającym rzekomo przemawiać za przewagą Maldrobud nad innymi wykonawcami, a co za tym idzie możliwością skalkulowania ceny ofertowej na niższym od nich poziomie, jest planowane powierzenie realizacji części zamówienia podwykonawcom. Jakkolwiek fakt, że z treści oferty nie wynika, którym podwykonawcom Maldrobud zamierza zlecić wykonanie części prac nie oznacza jeszcze, że na etapie kalkulowania ceny podmioty te (oraz szczegóły ich ofert) nie były wykonawcy już znane. Należałoby oczekiwać, że w przypadku, gdy Maldrobud

posługuje się argumentem o podwykonawstwie jako mającym przemawiać za właściwie skalkulowanym poziomem ceny, to informacje te zostaną Zamawiającemu uszczegółowione i przedstawione. W innym bowiem przypadku oferta Maldrobud nie byłaby oparta na wiążących rynkowych ofertach podwykonawczych, a stanowiłaby wyłącznie spekulację. Tymczasem Maldrobud nadal nie wskazuje jakichkolwiek informacji pozwalających uznać, że wypracowane przez niego relacje z podwykonawcami umożliwiły mu skalkulowanie ceny ofertowej na poziomie niższym od innych wykonawców. O wadliwości argumentacji w tym zakresie dodatkowo świadczy to, że Maldrobud „odsyła” Zamawiającego do ofert podwykonawczych będących w posiadaniu Zamawiającego w związku z realizacją innego zamówienia. Wykonawca ten nie wyjaśnia więc dlaczego wywodzi, że oferty podwykonawcze złożone w ramach innego zamówienia powinny znaleźć przełożenie na ocenę w ramach tego postępowania. Co więcej - Maldrobud zdaje się oczekiwać od Zamawiającego poszukiwania argumentów przemawiających za rynkową wyceną w jego ofercie. To Zamawiający, zdaniem Maldrobudu, winien bowiem sięgnąć do znajdujących się w jego posiadaniu dokumentów i wyprowadzić z tego korzystne dla Maldrobudu wnioski. Z takim przebiegiem procedury wyjaśniającej w zakresie rażąco niskiej ceny nie sposób się zgodzić, zdziwienie wywołują natomiast akceptacja dla takich praktyk ze strony Zamawiającego. Następnie Maldrobud wskazuje na preferencyjne ceny materiałów i sprzętu. Jako dowód na tę okoliczność załącza do złożonych wyjaśnień dokument pn. zestawienie stanów ilościowo - wartościowych, z którego wynika:

- a) stan ilościowy i wartościowy soli drogowej kamiennej na dzień 31.07.2019 r.;
- b) stan ilościowy i wartościowy chlorku wapnia technicznego (płatki) na dzień 31.07.2019 r.

Ze złożonych wyjaśnień nie wynika jednak w jaki sposób informacja o stanie magazynowym przekłada się na cenę ofertową. Maldrobud nie tylko nie wskazuje przełożenia tego dowodu na ekonomiczną wartość złożonej oferty, ale nie uzasadnia nawet rzekomo preferencyjnych warunków, w oparciu o które nabył posiadany asortyment. Tymczasem właśnie takie uzasadnienie należałoby uznać za absolutne minimum w przypadku wykonawcy powołującego się na argument bazujący na dysponowaniu określonymi zasobami magazynowymi. Skoro bowiem sól czy chlorek, o których mowa w załączonym zestawieniu udało się wykonawcy Maldrobud nabyć po cenie niedostępnej dla innych wykonawców, to obowiązkiem Maldrobud było tę okoliczność wykazać. Odwołujący podnosi, że Maldrobud w żaden sposób nie rozwija wątku wzmiankowanego na str. 5 wyjaśnień sprzętu. Na marginesie Odwołujący podkreśla, że posiada nie mniejsze zasoby magazynowe soli (zatem argument w tym zakresie nie wskazuje na jakąkolwiek przewagę konkurencyjną po stronie Maldrobudu).

Kolejny argument prezentowany przez Maldrobud to posiadana koncesja na obrót paliwami ciekłymi oraz dysponowanie własną stacją paliw. Również w tym fragmencie

wyjaśnień nie sposób się jednak doszukać wpływu, jaki ta okoliczność wywiera na cenę ofertową. Na podobną ocenę zasługuje argument o zawarciu przez Maldrobud rzekomo wyjątkowo korzystnych z dilerem samochodów marki Mercedes, które mają być wykorzystywane na potrzeby realizacji zamówienia. Z treści wyjaśnień nie wynika jednakże nie tylko dlaczego Maldrobud uznaje, że warunki, które uzyskał są właściwe tylko dla niego ale nadto, podobnie jak przy wszystkich pozostałych argumentach prezentowanych w wyjaśnieniach, brak jest jakiegokolwiek powiązania tej okoliczności z ceną ofertową. Na uwagę zasługuje, że dla trzech części postępowania niezbędne jest 31 pojazdów, tymczasem Maldrobud w wyjaśnieniach wskazuje na posiadanie jedynie 16 pojazdów. Ponadto biorąc pod uwagę konieczność doliczenia stawek amortyzacyjnych na standardowym poziomie okazuje się, że z tytułu zakupu nowych samochodów ciężarowych wykonawca będzie obciążony dodatkowymi kosztami. Maldrobud twierdzi, że dzięki zakupowi nowych pojazdów oraz gwarancji mogą osiągnąć dalsze oszczędności. Twierdzenia te nie mają pokrycia w rzeczywistości - umowa przewiduje gwarancję 12-miesięczną i dodatkową 36- miesięczną na zespół napędowy (silnik, skrzynia biegów, skrzynia rozdzielcza, wał napędowy, most napędowy). Oznacza to, że gwarancja nie obejmuje całego okresu umów, które zawarte zostaną w ramach postępowania. Ponadto należy zauważyć, że deklarowane pojazdy zastępcze nie wynikają z przedstawionej umowy. Następnie Maldrobud wskazuje na uzyskanie dofinansowania w ramach jednego programów gwarantujących unijne wsparcie dla przedsiębiorstw. Także w tym przypadku nie sposób doszukać się w treści wyjaśnień odpowiedzi na pytanie o wpływ, jaki ta zawarta w 2010 r. umowa miała na rzetelność i poprawność kalkulacji wykonawcy Maldrobud opracowanej w 2019 r. O jakości (a raczej jej braku) tego argumentu dużo mówi już fakt, iż zgodnie z załączoną do wyjaśnień umową, zakończenie realizacji projektu przewidziane zostało na koniec czerwca 2010 r. (a więc projekt zakończył się, o ile nie wprowadzano zmian do umowy, ponad dziewięć lat temu).

Jak wskazuje Maldrobud środki przyznane w ramach dofinansowania zostały częściowo spożytkowane na pokrycie kosztów związanych z wdrożeniem zaawansowanej technologii. Jako przykład Maldrobud wskazuje zakup i wdrożenie systemu informatycznego ERP Xpertis, w którym *„została zgromadzona baza wiedzy pozwalająca na optymalne skosztorysowanie wszystkich pozycji cenowych wyszczególnionych przez Zamawiającego co bezpośrednio przekłada się na optymalizację kosztów, w tym także oszczędność w zakresie czasu oraz osób zaangażowanych do analizy poszczególnych elementów zamówienia”* (str. 7 wyjaśnień). Odnosząc się do przywołanego argumentu nie sposób nie zauważyć, że *„skosztorysowanie wszystkich pozycji cenowych wyszczególnionych przez Zamawiającego”* było obowiązkiem wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia stanowiącego przedmiot postępowania. W jaki sposób przełożyło się to na optymalizację?

Jaką oszczędność udało się wykonawcy wygenerować dzięki temu systemowi? Na te i inne, istotne z punktu widzenia rażąco niskiej ceny, pytanie Maldrobud nie odpowiada. Na marginesie podkreślenia wymaga, że korzystanie z systemu ułatwiającego kosztorysowanie nie jest okolicznością właściwą jedynie dla tego wykonawcy. Powyżej omówione zostały wszystkie czynniki, które Maldrobud wskazał jako przemawiające za rzekomą przewagą tego wykonawcy nad konkurencyjnymi podmiotami (zał. nr 3 i 4 zawierające wybrane kalkulacje jednostkowe zostaną omówione odrębnie, nie są one bowiem okolicznościami dowodzącymi możliwości obniżenia ceny, a raczej efektem tych rzekomych możliwości). Cechą wspólną wszystkich użytych przez Maldrobud argumentów jest brak wykazania jakiegokolwiek wpływu na cenę końcową oferty Maldrobud. Już z tego zatem powodu uznać należy, że procedura wyjaśniająca została przeprowadzona wadliwie, Zamawiający powinien bowiem odrzucić oferty Maldrobud w cz. 1 i 3 postępowania, uznając, że wyjaśnienia oraz złożone dowody nie potwierdzają, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

Przedłożone przez Maldrobud wyjaśnienia podsumował wyłącznie jako nieudolną próbę nakreślenia pozytywnego obrazu tego wykonawcy poprzez ogólne argumenty takie jak posiadane doświadczenie, kadra, dysponowanie sprzętem, narzędziami technologicznymi czy zasobami magazynowymi. Informacje te nie znajdują jednak żadnego ekonomicznego przełożenia na poziom cen zaoferowanych w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (a przynajmniej nie zostało to wykazane). Co więcej, większość tych okoliczności nie może być uznana za sprzyjające wykonawcy Maldrobud, przemawiające za zasadnością różnicy w cenie pomiędzy ofertą tego podmiotu a szacunkiem Zamawiającego. Takie okoliczności jak wykwalifikowana kadra, dysponowanie nowoczesnym i wydajnym sprzętem czy doświadczenie w realizacji podobnych inwestycji są czynnikami właściwymi wszystkim profesjonalnie działającym na rynku wykonawcom. Wobec powyższego uznać należy, że Maldrobud nie wywiązał się z obowiązku złożenia konkretnych, rzetelnych i obrazujących realność ceny wyjaśnień. Wykonawca ten nie obalił zatem powstałego domniemania rażąco niskiej ceny.

Rażąco niska cena w ofertach wykonawcy Maldrobud w ramach cz. 1 i 3

Jak wskazuje Odwołujący już błędnie przeprowadzona procedura wyjaśniająca w zakresie rażąco niskiej ceny skutkować powinna uwzględnieniem odwołania. Niezależnie jednak od tego Odwołujący poniżej wykaże, że cena ujęta w ofercie wykonawcy Maldrobud jest ceną rażąco niską. Jednocześnie analiza ofert Maldrobud prowadzi do wniosku, że nie tylko objęte wyjaśnieniami arbitralnie wybrane przez Maldrobud pozycje zawierają rażąco niską cenę, ale praktycznie rażąco niska cena występuje we wszystkich grupach robót wycenionych przez Maldrobud.

Cz. 1 - W zakresie cz. 1 postępowania Maldrobud zaoferował cenę za realizację całego zadania na poziomie 34.455.232,79 zł brutto (28.012.372 zł netto) */Analiza oferty Maldrobud została przeprowadzona na cenach netto Maldrobud, pozostałych wykonawców jak i cenach netto kosztorysu inwestorskiego/*. W treści złożonych wyjaśnień (zał. nr 4) Maldrobud przedstawił kalkulację jednostkową cen ofertowych z formularza 1a dla cz. 1 ograniczając się wyłącznie do poz. 28 - 32 (grupa robót „utrzymanie znaków i elementów bezpieczeństwa ruchu”) oraz poz. 41 (*„Kompleksowe: ręczne i mechaniczne koszenie traw i chwastów z pasa drogowego w ciągu drogi po okresie gwarancyjnym w latach 2022 - 2024.”*). Kalkulacja ta odnosi się do obu odcinków w ramach cz. 1 Zamówienia tj. odcinek I - węzeł Kiełpino /bez węzła/ - węzeł Kołobrzeg Zachód /z węzłem/ oraz odcinek II - węzeł Kołobrzeg Zachód/bez węzła/ - węzeł Ustronie Morskie /z węzłem/. Odwołujący wskazuje, że pozycje arbitralnie wybrane przez Maldrobud stanowią ułamek całej wartości oferty (8,3%) i nie mają charakteru istotnego - nie stanowią one kluczowej części zamówienia. Już z tego zatem względu nie mogą one zostać uznane za decydujące dla oceny poziomu cenowego oferty.

/W tym miejscu odwołania znajduje się tabela przedstawia stosunek wyjaśnionych przez Maldrobud cen jednostkowych (netto) do całkowitej ceny ofertowej netto Maldrobud, stosunek do średnich cen oferty wszystkich wykonawców (włącznie z Maldrobud) oraz średnich cen ofert pozostałych wykonawców (z wyłączeniem Maldrobud). Dotyczy odcinka I (zał. 1a) i II (zał. 1a)/.

Powyższe zestawienie wskazuje, że wyjaśnienia Maldrobud dotyczyły tylko 8,3357% ceny ofertowej Maldrobud. Co należy zauważyć, to poz. 28-32 składające się na grupę robót „Utrzymanie znaków i elementów bezpieczeństwa ruchu” (dla obu odcinków) w porównaniu do średnich cen wszystkich ofert oraz pozostałych ofert odpowiednio dla tego asortymentu robót zostały wycenione przez Maldrobud najwyżej */w tym miejscu odwołania stosowna tabela/*.

Z powyższego zestawienia wynika, że Maldrobud wyjaśnił te pozycje kosztorysu (poz. 28-32), które nie dość, że nie stanowią istotnego elementu kształtującego całą wartość netto oferty Maldrobud (tylko 6,24% całkowitej ceny ofertowej netto w zakresie poz. 28-32) to, jako grupa prac, zostały wycenione przez Maldrobud wyżej od średnich cen wszystkich ofert (128,50% średniej) oraz od średnich cen pozostałych ofert (136,27% średniej) - co przy logicznym rozumowaniu wyklucza jakąkolwiek wartość merytoryczną wyjaśnień w tym zakresie w kontekście rażąco niskiej ceny. Oczywistym jest, że rażąco niska cena oferty Maldrobud nie może wynikać z tych elementów cenotwórczych, które zostały wycenione wyżej niż zrobili to pozostali oferenci. Pozycje oferty (grupy robót), które wyjaśnił Maldrobud należy skonfrontować z pozostałymi grupami asortymentów robót, które w znacznej

większości zostały wycenione istotnie poniżej wartości średnich. Z zestawienia tabelarycznego obejmującego poszczególne grupy robót (zał. nr 5) wyraźnie wynika, że:

(a) aż 8 z 11 grup robót (zakres A + B + C, z wyłączeniem robót strukturalnych) została wyceniona znacznie poniżej średniej wszystkich ofert i poniżej średniej z ofert pozostałych wykonawców. Prace, które zostały wycenione istotnie poniżej wskazanych dwóch średnich stanowią aż 29,66% wartości ceny ofertowej netto Maldrobud;

(b) asortymenty robót, które zostały wycenione przez Maldrobud powyżej dwóch średnich nie odbiegają znacznie od wartości ofertowych pozostałych robót (poza omówioną powyżej pozycją „*utrzymania znaków i elementów bezpieczeństwa ruchu*”, która to zawyżona cena kreowana jest przez dwie pozycje stanowiące łącznie ok. 5% wartości całej oferty Maldrobud);

(c) również w zakresie robót strukturalnych, ceny zaoferowane przez Maldrobud są cenami istotnie niższymi od średnich cen:

(i) w zakresie robót wskazanych w formularzu 1b cena ofertowa Maldrobud w stosunku do średniej ceny wszystkich ofert wynosi 65,48%, zaś w stosunku do średniej ceny pozostałych ofert wynosi 61,25%;

(ii) w zakresie robót wskazanych w formularzu 1c cena ofertowa Maldrobud w stosunku do średniej ceny wszystkich ofert wynosi 71,94%, zaś w stosunku do średniej ceny pozostałych ofert wynosi 68,12%. */Na podstawie dowodu załączonego do odwołania, tj. Zestawienia tabelarycznego dla poszczególnych grup robót w cz. 1 postępowania/.*

Biorąc pod uwagę całokształt oferty Maldrobud (włącznie z robotami strukturalnymi), stosunek procentowy poszczególnych grup robót do średnich cen wszystkich ofert oraz średnich cen pozostałych ofert (w ramach tychże grup robót) wskazujący na rażąco niższą cenę Maldrobud, należy stwierdzić, że aż 38,07% $[(11.251.172,83 \text{ zł}/28.012.384,38 \text{ zł}) * 100\%]$ ceny ofertowej Maldrobud nie zostało w jakikolwiek sposób wyjaśniona - Maldrobud zaniechał wyjaśnienia kalkulacji tychże pozycji. Tak istotna rozbieżność oferty Maldrobud w stosunku do obu rodzajów średnich prowadzi do jedynego słusznego wniosku, że Maldrobud zaoferował w większości pozycji rażąco niską cenę, której w żaden sposób nie wytłumaczył. Maldrobud w zakresie pozostałych pozycji nie przedstawił żadnych dowodów, które miałyby wskazywać, że jest w stanie w sposób zachowujący uczciwą konkurencję wykonać te elementy zadania za zaoferowaną cenę. Jednocześnie tak niskiej kalkulacji nie niweluje fakt, że 3 grupy asortymentów zostały wycenione powyżej średnich, bowiem pozycje te nie różnią się znacznie od średnich cen wszystkich (i średnich cen pozostałych) wykonawców dla tego asortymentu robót. Powyższe przekłada się na stwierdzenie, że co najmniej 38,07% (ponad 1/3) ceny ofertowej Maldrobud wynika ze stosowania przez tego wykonawcę praktyki zaniżania cen w poszczególnych pozycjach, która nie znajduje żadnego ekonomicznego lub organizacyjnego uzasadnienia.

Część 3 - Powyżej podniesione argumenty w zakresie cz. 1 postępowania mają odpowiednie zastosowanie również do cz. 3. W zakresie cz. 3 aż 91,42% [(32.283.027,07zł/35.314.152,07 zł)*100%] ceny ofertowej Maldrobud stanowią roboty zawarte w zakresach BUD, ZUD oraz BUM, przy czym BUD stanowi 50,37% ceny ofertowej, ZUD 33,74% ceny ofertowej. W zakresie 3 części Maldrobud przedstawił kalkulację jednostkową cen ofertowych dla poz. 29 - 34 oraz 43 formularza 1a (kalkulacja ta dotyczy również wszystkich odcinków objętych cz. 3). Ponownie należy zwrócić uwagę, że:

(a) Maldrobud poddał wyjaśnieniom tę grupę robót (tj. utrzymanie znaków i elementów bezpieczeństwa ruchu), których wartość w stosunku do średniej cen wszystkich ofert i średniej cen pozostałych ofert stanowi odpowiednio 120,16% oraz 125,21% (a zatem logicznie nie może stanowić tej grupy robót, która wpływa na obniżenie całkowitej ceny ofertowej) - jednocześnie wartościowo, grupa ta stanowi 7,71% całkowitej ceny ofertowej Maldrobud;

(b) tak jak w przypadku cz. 1, aż 9 z 11 grup robót (zakres A + B + C, z wyłączeniem robót strukturalnych) jest istotnie niższa od średniej cen wszystkich ofert i średniej cen pozostałych ofert wykonawców (opisana w lit. (a) powyżej grupa robót jest wyższa od średniej jednak ma niewielki udział w całkowitej cenie ofertowej; natomiast grupa robót z pkt. III stanowi tylko 103,82% średniej cen pozostałych ofert i 103,17% średniej cen wszystkich ofert) - przemawia to za tym, że pozostałe grupy robót dla rutynowego utrzymania dróg zawierają rażąco niskie ceny, a ich cena nie została przez Maldrobud w żaden sposób wyjaśniona;

(c) również w zakresie robót strukturalnych, ceny zaoferowane przez Maldrobud są cenami istotnie niższymi od średnich:

(i) w zakresie robót wskazanych w formularzu 1b cena ofertowa Maldrobud w stosunku do średniej ceny wszystkich ofert wynosi 62,60%, zaś w stosunku do średniej ceny pozostałych ofert wynosi 58,24%;

(ii) w zakresie robót wskazanych w formularzu 1c cena ofertowa Maldrobud w stosunku do średniej ceny wszystkich ofert wynosi 89,21%, zaś w stosunku do średniej ceny pozostałych ofert wynosi 87,33%. */Na podstawie dowodu załączonego do odwołania, tj. Zestawienia tabelarycznego dla poszczególnych grup robót w cz. 3 postępowania/*

Biorąc pod uwagę całokształt oferty Maldrobud (włącznie z robotami strukturalnymi), stosunek procentowy poszczególnych grup robót do średnich cen wszystkich ofert oraz średnich cen pozostałych ofert (w ramach tychże grup robót) wskazujący na rażąco niższą cenę Maldrobud, należy stwierdzić, że aż 88,47% [(31.243.717,41 zł/35.314.152,07 zł)*100%) ceny ofertowej Maldrobud nie zostało w jakikolwiek sposób wyjaśniona - Maldrobud zaniechał wyjaśnienia kalkulacji tychże pozycji. Tak istotna rozbieżność oferty Maldrobud w stosunku do obu rodzajów średnich prowadzi do jedynego słusznego wniosku, że Maldrobud zaoferował w większości pozycji rażąco niską cenę, której w żaden sposób nie

wytłumaczył. Maldrobud w zakresie pozostałych pozycji nie przedstawił żadnych dowodów, które miałyby wskazywać, że jest w stanie w sposób zachowujący uczciwą konkurencję wykonać te elementy zadania za zaoferowaną cenę. Jednocześnie tak niskiej kalkulacji nie niweluje fakt, że 2 grupy asortymentów zostały wycenione powyżej średnich, bowiem pozycje te nie różnią się znacznie od średnich cen wszystkich (i średnich cen pozostałych) wykonawców dla tego asortymentu robót, a ich wpływ na globalną cenę jest niewielki. Powyższe przekłada się na stwierdzenie, że aż 88,47% ceny ofertowej Maldrobud wynika ze stosowania przez tego wykonawcę praktyki zaniżania cen w poszczególnych pozycjach, która nie znajduje żadnego ekonomicznego lub organizacyjnego uzasadnienia.

Niewiarygodne i pozbawione merytorycznego uzasadnienia wyjaśnienia Maldrobud w zakresie kalkulacji cen jednostkowych poz. 28-32 i 41 z formularza 1a Kosztorysu Ofertowego dla cz. 1 i poz. 29-34 i 43 z formularza 1a dla cz. 3 postępowania. Niezależnie od wykazanej powyżej wadliwości w zakresie doboru metodologii wyjaśnienia ceny przez Maldrobud, jak i faktu, że praktycznie cała globalna cena wynika ze stosowania rażąco niskich cen przez Maldrobud, Odwołujący wskazuje, że już pobieżna analiza przedstawionej w zał. nr 3 i 4 do wyjaśnień kalkulacji cen jednostkowych poz. 28-32 i 41 formularza 1a dla cz. 1 oraz poz. 29-34 i 43 formularza 1a dla cz. 3 prowadzi do oczywistego wniosku o ich wadliwość. Po pierwsze, ceny jednostkowe zawarte w formularzu 1a oferty Maldrobud (obie części) dla wyjaśnianych pozycji oraz kalkulacja czynników cenotwórczych tych pozycji (zał. nr 3 i 4 do wyjaśnień) są matematycznie odmienne, choć na pierwszy rzut oka wydają się być takie same. Jednakże prawidłowe dodanie cen poszczególnych czynników cenotwórczych prowadzi do innych wyników niż ostateczne ceny dla poszczególnych pozycji wskazane w ofercie Maldrobud. Tytułem przykładu, w poz. 29 formularza ofertowego 1a (zał. 3 do wyjaśnień) Maldrobud wskazał, że wykona usługi polegające na „*myciu istniejącego oznakowania pionowego - znaki x3*” za cenę jednostkową 4 zł netto. Cena ta wynika również z kalkulacji jednostkowej (załącznik 4 do wyjaśnień), ale tylko jeżeli opierać się wyłącznie na wartości wskazanej w wierszu „*ogółem*”:

/W tym miejscu odwołania znajduje się tabela z poz. 29 formularza ofertowego ze szczegółowym wyliczeniem składników/.

Jednakże, jeżeli zsumuje się poszczególne elementy cenotwórcze ogólna cena dla poz. 28 powinna wynosić 3,96 zł netto, a nie 4 zł netto: a) $0,03 \times 24 = 0,72$ zł; b) $0,06 \times 48 = 2,88$ zł; c) razem: $0,72 + 2,88 = 3,60$ zł; d) zysk = $3,60 \times 10\% = 0,36$ zł; e) Cena jedn. = $3,60 + 0,36 = 3,96$ zł. Powyżej przedstawiony przykład błędnej kalkulacji ceny jednostkowej poz. 29 znajduje zastosowanie do wszystkich wyjaśnianych przez Maldrobud pozycji (w zakresie obu zał. nr 3 i 4). Żadna z cen jednostkowych przyjętych przez Maldrobud w formularzu ofertowym 1a (dla cz. 1 i 3) nie znajduje matematycznego uzasadnienia w rozbiciu tych cen na elementy cenotwórcze oraz przyjęty przez Maldrobud zysk. Dodatkowo,

analiza konstrukcji kalkulacji poz. 29 prowadzi do wniosku, że ta pozycja (oraz odpowiednio poz. 32 i 33, 34 - zał. nr 3 do wyjaśnień; też poz. 28, 31 i 32 zał. nr 4 do wyjaśnień) została wyceniona przy zastosowaniu metody reverse engineering (odwrotnej inżynierii) tj. procesu polegającego na wstecznym rozbiciu ceny jednostkowej (globalnej) na jej elementy składowe: (a) Maldrobud wycenił poz. 29 na poziomie 4 zł netto przy założeniu zysku w wysokości 10%. Z kalkulacji Maldrobud wynika, że zysk w wysokości 10% jest liczony od ceny jednostkowej, a nie od wartości kosztów wykonania tej usługi. Zatem po odjęciu od ceny jednostkowej zysku, pozostaje koszt ogólny wykonania robót na poziomie 3,60 zł; (b) następnie koszt ogólny 3,60 wykonania usługi zostaje rozbity na podstawie nieznanymi założeń na robociznę (po cenie 24 zł netto/r-g) samochód dostawczy (po cenie 48 zł netto/m-g). Ponieważ we wszystkich wyjaśnianych pozycjach cena jednostkowa robocizny oraz samochodów dostawczych jest taka sama, aby uzyskać stosowną wartość kosztów po odjęciu od ceny ogólnej zysku liczonego od tej ceny, należy odpowiednio dostosowywać jednostki nakładów na wykonanie danej roboty. Program excel umożliwia proste przeprowadzenie takiej symulacji przy zastosowaniu formuły „*analizy warunkowej*” /w tym miejscu odwołania znajduje się tabela z symulacją/. Powyższe prowadzi do konkluzji, że zaoferowana przez Maldrobud cena jednostkowa w poz. 29 (jak i innych pozycjach podobnie skalkulowanych) jest skonstruowana nieprawidłowo i nie jest oparta na podstawie rzeczywistych kosztów robocizny i samochodów dostawczych oraz rzeczywistych nakładów na wykonanie jednostki poszczególnych usług, a stanowi jedynie odpowiednie dobranie zakładanych nakładów, aby (w zakresie samych kosztów) matematycznie wartości były prawidłowe.

Odniósł się także do wyliczenia ceny jednostkowej dla poz. 43 (zał. 3 do wyjaśnień) i 41 (zał. 4 do wyjaśnień). Otóż Maldrobud założył, że wykonanie usług polegających na kompleksowym ręcznym i mechanicznym koszeniu traw i chwastów z pasa drogowego w ciągu dróg krajowych będzie wymagało nakładu 25 roboczo-godzin i 14 godzin pracy kosi spalinowej. Wynika z tego, że na jedną kosę spalinową przypada dwóch pracowników fizycznych - takie założenie jest nieracjonalne z punktu widzenia ekonomiki.

Odwołujący zwrócił również uwagę na błędną kalkulację w poz. 32 (zał. 3 do wyjaśnień). Maldrobud założył takie same nakłady w poz. 32 (zał. 3) jak w poz. 30 zał. 4 za wykonanie prac polegających na myciu ekranów akustycznych dwustronnie (obustronnie). Zakres tych robót wskazany formularzu 1a dla cz. 1 i 3 jest natomiast odmienny. W cz. 1 (poz. 30) ilość do wykonania w ciągu roku jest podwojona ze względu na obustronne wykonanie mycia (Zamawiający wskazał podwojoną ilość do wykonania). Z kolei w cz. 3 ilość do wykonania w ciągu roku jest identyczna z ilością istniejącą (nie została przez Zamawiającego podwojona ze względu na konieczność zapewnienia dwustronnego mycia) /w tym miejscu odwołania znajduje się tabelaryczne porównanie obu robót dla części 1 i 3/.

Z powyższego wynika, że Maldrobud winien był dla ceny jednostkowej dla wykonania robót z poz. 31 dla cz. 3 uwzględnić obustronne mycie, stąd nakłady na umycie jednego m² ekranów akustycznych obustronnie powinny zostać przemnożone przez 2 (x2) w cz. 3 i cena jedn. powinna wynieść 16,36 zł, a nie jak wskazał Maldrobud (zresztą w sposób błędny matematycznie) 8 zł. Odwołujący zwraca uwagę na fakt, że w kalkulacji cen jednostkowych wybranych przez siebie pozycji Maldrobud nie przedstawił kosztów pośrednich, a jedynie koszty ryczałtowe elementów kosztotwórczych. Zgodnie z pkt. 15.8 IDW: „Ceny jednostkowe, określone przez Wykonawcę nie będą zmieniane w toku realizacji przedmiotu zamówienia z wyjątkiem sytuacji opisanych w Umowie. Każda cena jednostkowa zawarta w ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej w formularzu cenowym jednostce w tym również wszelkie koszty towarzyszące”. Z tego wynika, że obowiązkiem wykonawców składających ofertę było przewidzenie w każdej cenie jednostkowej wszelkich kosztów towarzyszących. Powyższe prowadzi do wniosku, że w żadnej z analizowanych pozycji Maldrobud nie włączył kosztów pośrednich lub kosztów stałych, a zatem wycenił ten zakres prac niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Powyżej przedstawione argumenty jednoznacznie świadczą o braku jakiegokolwiek uzasadnienia dla cen przyjętych przez Maldrobud i powodują, że merytoryczna wartość tych wyjaśnień jest bliska zeru. Kalkulacja cen jednostkowych została wykonana nieprawidłowo, nie znajduje matematycznego uzasadnienia, brak jest udowodnienia, że ceny zostały oparte na rzeczywistych kosztach wykonania poszczególnych usług.

Rażąco niska cena w zakresie pozostałych cen jednostkowych. Odwołujący przeprowadził analizę pozostałych cen jednostkowych zawartych w formularzu ofertowym dla cz. 1 i 3 postępowania. Analiza wykazała, że ceny przyjęte przez Maldrobud nie są cenami rynkowymi. W poz. 44 „Wymiana uszkodzonych (zniszczonych słupów oświetleniowych, wsporników wraz z instalacją, osprzętem i zabezpieczeniem)” formularza cenowego 1b dla Robót Strukturalnych Maldrobud przyjął cenę 550,00 zł netto. W ocenie Odwołującego taka wartość ceny jednostkowej jest nierynkowa:

(a) po pierwsze, cena jednostkowa przyjęta przez Maldrobud istotnie odbiega od cen jednostkowych średnich wszystkich wykonawców i średnich pozostałych wykonawców i kształtuje się odpowiednio na poziomie: 27,85% oraz 24,34%;

(b) po drugie, w opinii Odwołującego taka cena jest niemożliwa od osiągnięcia na rynku. Odwołujący pozyskał na potrzeby niniejszego postępowania ceny od dostawców oświetlenia. Z zestawienia cen różnych dostawców wynika, że średnia cena rynkowa materiałów potrzebnych do wykonania tego zakresu zadania wynosi 2.441,01 zł netto, a zatem jest o 1.891,01 zł wyższa niż przyjęta przez Maldrobud.

Podobnie należy ocenić przyjętą przez Maldrobud wycenę w zakresie:

(a) robót polegających na wykonaniu nawierzchni bitumicznej (poz. 7 i 8 formularza 1 b);

(b) znaków pionowych (poz. 31 - 33 formularza 1 b);

(c) Wymianie barier ochronnych liniowych (poz. 35 formularza 1 b). Ceny jednostkowe wskazane dla powyższych pozycji są rażąco niskie w stosunku do ofert złożonych przez pozostałych wykonawców. Jak wynika z dokonanego przez Odwołującego rozeznania rynku, wartości przyjęte przez Maldrobud są zaniżone i niemożliwe do uzyskania w warunkach konkurencji rynkowej.

Sposób przygotowania ofert przez Maldrobud w ramach innych przetargów na utrzymanie dróg realizowanych przez innych zamawiających publicznych prowadzi do wniosku, że Maldrobud zaoferował cenę rażąco niską. Odwołujący wskazuje, że o rażąco niskiej cenie oferty Maldrobud w postępowaniu świadczą również oferty składane przez Maldrobud w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych przez GDDKiA oraz innych zamawiających publicznych, a które to oferty zostały złożone już w 2019 roku. Różnica pomiędzy cenami oferowanymi w odrębnych postępowaniach dla takich samych robót, a oferowanymi w niniejszym postępowaniu (w ramach cz. 1 i 3) jest istotna. Tytułem przykładu, odnosząc się do poz. 44 formularza 1b (robót omówionych powyżej) należy dojść do wniosku, że Maldrobud jest w pełni świadom cen rynkowych. W niniejszym postępowaniu Maldrobud zaoferował wykonanie robót polegających na *„Wymianie uszkodzonych (zniszczonych słupów oświetleniowych, wsporników wraz z instalacją, osprzętem i zabezpieczeniem)”* za cenę 550,00 zł netto. Jednakże w ramach innych postępowań za takie same roboty zaoferował znacznie wyższą cenę:

(a) w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na realizację zadania pn.: *„Przebudowa ulicy Asfaltowej wr Kostrzynie nad Odrą”* prowadzonego przez Powiat Gorzowski realizację robót polegających na montażu i stawianiu słupów oświetleniowych o masie pon. 100 do 300 kg- stalowych wycenił na poziomie 2.351,05 zł netto (tj. o 1.801,05 zł więcej niż w niniejszym postępowaniu) - oferta została złożona 29.03.2019 r.;

(b) w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na realizację zadania pn.: *„Przebudowa i rozbudowa drogi woj. Nr 158 na odcinku Drezdenko - Gorzów Wlkp.”* prowadzonego przez Województwo Lubuskie - Zarząd Dróg Wojewódzkich realizację robót polegających na montażu i stawianiu słupów oświetleniowych - włup wkopywany h- 8m (z fundamentem) wycenił na poziomie 1650,00 zł netto (tj. o 1.100,00 zł więcej niż w niniejszym postępowaniu) - oferta została złożona 21.03.2019 r.;

(c) w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na realizację zadania pn.: *„Budowa obwodnicy m. Myślibórz w ciągu drogi krajowej nr 26.”* prowadzonego przez GDDKiA - Oddział w Szczecinie realizację robót polegających na montażu słupów aluminiowych wys. 7m z 1 wysięgnikiem wycenił na poziomie 2.306,27 zł netto (tj. o 1.756,27 zł więcej niż w niniejszym postępowaniu) - oferta została złożona 01.03.2019 r..

Powyższe wskazuje, że Maldrobud przedstawił w postępowaniu ceny, które nie znajdują żadnego uzasadnienia. Co więcej, sam fakt, że Maldrobud w ramach innych postępowań oferował wykonanie podobnych robót po znacznie wyższej cenie (3-4 krotnie wyższej) prowadzi do wniosku, że Maldrobud z premedytacją obniżył wartość tychże robót nie kierując się żadnymi ekonomicznymi przesłankami. Tak samo należy ocenić wycenę robót polegających na wykonaniu nawierzchni bitumicznej. Maldrobud w sposób istotnie odmienny wycenił roboty bitumiczne w ofertach składanych na realizację innych inwestycji w ramach zamówień publicznych w 2019 r.

Zaniechanie odrzucenia oferty Trans-Masz z uwagi na rażąco niską cenę (Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp). Pismem z 09.08.2019 r. Zamawiając wezwał wykonawcę TRANS- MASZ do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny z uwagi na zmaterializowanie w cz. 3 postępowania przesłanki zastosowania procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 90 ust. 1a Pzp. W piśmie tym Zamawiający wskazał, że TRANS-MASZ powinien przedstawić wyjaśnienia (oraz poprzeć je dowodami) w zakresie: (a) 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 (...); (b) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów; (c) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; (d) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska; (e) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy. TRANS-MASZ udzielił Zamawiającemu stosownych wyjaśnień pismem z 16.08.2019 r. Jak zostanie dowiedzione poniżej wyjaśnienia te nie powinny zostać zaakceptowane przez Zamawiającego. W tym miejscu wskazał, że do oceny prawidłowości procedury wyjaśniającej przeprowadzonej w odniesieniu do oferty TRANS-MASZ znajdują zastosowanie uwagi wskazane w wcześniejszych niniejszego pisma. Jako pierwszy z argumentów przemawiających za rzekomo rynkowym charakterem ceny TRANS-MASZ podaje dysponowanie sprzętem niezbędnym do realizacji zamówienia (solarkami, pługami, nośnikami, kosiarkami, ciągnikami, pojazdami patrolowymi, busami). Argument taki należy uznać za nietrafiony, nie wynika bowiem z niego przewaga, jaką przypisać sobie może TRANS-MASZ. Na uwagę zasługuje, że z uwagi na bardzo obszerny zakres zamówienia stanowiącego przedmiot postępowania oferty zdecydowali się złożyć co do zasady najwięksi wykonawcy świadczący w Polsce usługi utrzymaniowe. Wszystkie te podmioty posiadają szerokie zasoby sprzętowe, nie sposób zatem zgodzić się z TRANS-MASZ, że okoliczność ta kreuje jakąkolwiek przewagę nad konkurencyjnymi wykonawcami. Istotne jest również to, że TRANS-MASZ nie przedstawił żadnych szczegółowych informacji w tym zakresie. Gdyby

bowiem przedstawił np. szczegółowy wykaz posiadanego sprzętu możliwe byłoby porównanie tych zasobów ze sprzętem niezbędnym do realizacji zamówienia czy też sprzętem, którym dysponują inni wykonawcy i w ten sposób przypisanie mu określonej przewagi. Lakoniczne stwierdzenie o posiadaniu sprzętu nie stanowi żadnej miarodajnej i podlegającej weryfikacji informacji. Warto również zauważyć, że TRANS-MASZ wskazuje na „część potrzebnego sprzętu”, nie określa nawet o jakiej (tj. jak dużej w stosunku do przedmiotu zamówienia) części sprzętu mowa. Podnoszony w dalszej części pisma argument, zgodnie z którym sprzęt znajdujący się w posiadaniu przez TRANS-MASZ spełnia wszystkie normy (np. w zakresie emisji spalin) świadczy o niezrozumieniu procedury w zakresie rażąco niskiej ceny (oczywiste jest, że wykonawcy nie mogą posługiwać się sprzętem niespełniającym norm, nie wpływa to jednak w żaden sposób na wypracowanie przewagi po stronie wykonawcy). Kolejnym argumentem wskazanym przez TRANS-MASZ jest posiadane doświadczenie oraz kadra pracowników. Również ten argument jednak nie może zostać uznany za przemawiający za trafnością stanowiska wykonawcy. Odwołujący podkreśla, że Zamawiający badał zarówno doświadczenie, jaki zasoby kadrowe wykonawców w ramach oceny warunków udziału w postępowaniu. Kwestie te nie mogą być wykorzystywane jako argument przemawiający za przewagą TRANS-MASZ nad konkurentami, każdy z wykonawców musiał bowiem wykazać się zarówno doświadczeniem, jak i odpowiednią kadrą (odrębnie dla każdej części postępowania). Również w tym zakresie TRANS-MASZ ogranicza się do gołosłownych zapewnień, nie podejmując nawet próby wykazania, że posiadane doświadczenie oraz kadra, którą dysponuje wykracza poza wymagane przez Zamawiającego minimum. Nie wskazuje również ani szczegółów odnoszących się do kluczowego doświadczenia, nie załącza także wykazu osób. Skrajnym przypadkiem dowodzącym wadliwości złożonych przez TRANS-MASZ wyjaśnień jest argument dotyczący możliwości dokonania zakupu soli drogowej i paliwa po cenach konkurencyjnych (jak zdaje się twierdzić TRANS-MASZ, niedostępnych dla innych wykonawców). Okoliczność czerpania korzyści z wypracowanych relacji biznesowych łączących danego wykonawcę z podwykonawcami czy też poddostawcami jest wielokrotnie podnoszona jako argument przemawiający za możliwością obniżenia ceny ofertowej w porównaniu z cenami konkurencji. Trudno zrozumieć jednak dlaczego Zamawiający zdecydował się zaakceptować ten argument w przypadku, gdy TRANS-MASZ nie podaje żadnych (!) szczegółów w tym zakresie. Nie tylko nie wskazuje ceny, z których korzysta w relacjach z tymi podmiotami, ale nawet nie podejmuje próby wykazania, jakie jest przełożenie tych rzekomo wynegocjowanych cen na cenę końcową w złożonej w ofercie. TRANS-MASZ zasłania się tajemnicą handlową, argument ten nie zasługuje jednak na uwzględnienie. Nic bowiem nie stało na przeszkodzie, aby informacje te zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa (co jest zresztą praktyką często stosowaną i co do zasady

akceptowalną w odniesieniu do ofert podwykonawców, poddostawców). Bezsporne jest przy tym, że każdy z wykonawców ubiegających się zamówienie stanowiące przedmiot postępowania może pochwalić się ustabilizowanymi relacjami biznesowymi z podwykonawcami i poddostawcami, zatem argument ten, bez wykazania przez TRANS-MASZ jakichkolwiek szczegółów, nic nie wnosi do wyjaśnień w zakresie ceny tego wykonawcy. Za niewystarczające z punktu widzenia rażąco niskiej ceny oferty uznać należy twierdzenie o przewadze TRANS-MASZ z uwagi na fakt, że podmiot ten jest producentem sprzętu (brak bowiem szczegółowego odniesienia się do wpływu tej okoliczności na kalkulację ofertową). Podobnie ocenić trzeba zmechanizowanie robót (nie wiadomo z czego TRANS-MASZ wywodzi w tym zakresie argument o swojej przewadze względem konkurencji). Podobnej ocenie podlega argument o wielu długoterminowych kontraktach realizowanych na terenie woj. kujawsko - pomorskiego. Brak jest informacji o tym, które kontrakty TRANS-MASZ ma na myśli, w jaki sposób ich wykonywanie wpływa na cenę ofertową i przewagę nad konkurencją, wreszcie argument ten nie uwzględnia, że tego typu okoliczności są wspólne dla wszystkich wykonawców świadczących podobne usługi w pobliżu miejsca świadczenia przedmiotu zamówienia. Ponadto nie sposób pominąć braku jakichkolwiek dowodów załączonych do złożonych przez TRANS-MASZ wyjaśnień.

Zaniechanie odrzucenia oferty Maldrobud z uwagi na niezgodność ze SIWZ (zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp). Wykonawca Maldrobud wraz z ofertą w cz. 2 postępowania złożył m. in. formularz nr 1a UTRZYMANIE RUTYNOWE DROGI EKSPRESOWEJ S-6 (bez obiektów inżynierskich) REJON W KOSZALNIE odc. S6 m. Sianów ul. Dworcowa - Węzeł Sianów Wschód /bez węzła/. Maldrobud nie wycenił jednak poz. nr 26 (Utrzymanie przejść dla zwierząt), gdzie nie widnieje cena jednostkowa. Podkreślił, że tak wypełniony formularz cenowy jest niezgodny z wymogami IDW, gdzie Zamawiający jednoznacznie wskazał, że *„Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić wszystkie pozycje opisane w formularzach cenowych. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić żadnych zmian do formularzach cenowych”* (pkt 15.2.8 oraz pkt 15.5 IDW). Powyższy obowiązek jest oczywistą konsekwencją formuły obranej dla postępowania, zgodnie z którą cena oferty ma być wyliczona przez wykonawców w oparciu o formularze cenowe (pkt 15.2.1 IDW). Znajduje to potwierdzenie w charakterze wynagrodzenia wynikającym z projektów umów (analogicznie dla wszystkich trzech części) opracowanych przez Zamawiającego, gdzie wskazuje on, że wynagrodzenie wykonawcy z tytułu prac rutynowych jest ustalone w postaci miesięcznego wynagrodzenia określonego na podstawie zakresu prac wdanyemu miesiącu oraz cen określonych w ofercie przedstawianego przez wykonawcę zestawienia na formularzu 2.1 a. (por. odpowiedź na pytanie nr 51 wyjaśnień do SIWZ z 30.04.2019 r.) Z kolei wynagrodzenie za prace strukturalne będzie ustalone na podstawie obmiaru rzeczywiście zleconych, wykonanych

i odebranych robót lub usług, z uwzględnieniem ich zakresu oraz cen jednostkowych podanych w kosztorysie ofertowym (odpowiedź na pytanie nr 133 wyjaśnień do SIWZ z 28.05.2019 r.). Ceny podane w wypełnianych przez wykonawców formularzach mają zatem bezpośrednie przełożenie na wynagrodzenie, które otrzyma wykonawca. Wobec powyższego zasadny jest wniosek, iż Maldrobud nie uwzględnił w swojej ofercie zakresu prac odpowiadającego przedmiotowi zamówienia. Konsekwencją powyższego powinno być odrzucenie oferty Maldrobud jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, tj. w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Bez znaczenia dla powyższego wniosku jest fakt, że okoliczność ta dotyczy jednej tylko pozycji formularzy cenowych. Zgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia podlega ścisłej ocenie na gruncie Pzp. Ewentualna nieścisłość może zostać poprawiona w trybie, o którym mowa w art. 87 ust. 2 Pzp, o ile spełnione są wskazane w tym przepisie przesłanki. Bezsporne przy tym pozostaje, że wadliwości, o których mowa w tym przepisie muszą mieć omyłkowy charakter, co przekłada się na wiedzę zamawiającego o tym, jak omyłka powinna zostać poprawiona. W przeciwnym bowiem razie doszłoby do naruszenia art. 87 ust. 2 zd. 2 Pzp, zgodnie z którym niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty. Zatem każda inna zidentyfikowana niezgodność oferty ze specyfikacją zakwalifikowana musi zostać jako skutkująca odrzuceniem oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Podkreślić jednocześnie należy, że charakter i znaczenie formularzy oznaczonych jako 1a pozostaje bezsporne. Na etapie poprzedzającym złożenie ofert jeden z wykonawców zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udzielenie informacji na temat statusu tych formularzy, sugerując, że mają one drugorzędny charakter, tj. stanowią przedmiar, który nie powinien być załączany do oferty. Udzielając odpowiedzi (pytanie nr 9, pismo z 02.04.2019 r.) Zamawiający stwierdził: *„Zamawiający informuje, iż formularz 1a należy wypełnić wraz z podaniem cen jednostkowych dla danej pozycji i dołączyć do ofert. Formularz 1a jest integralną częścią formularza 2.1.a”*. Z powyższego wynika, że prawidłowość wypełnienia przez wykonawców formularzy 1a musi być, ze wszystkimi tego konsekwencjami, oceniana przez pryzmat zgodności oferty ze specyfikacją. O statusie formularzy 1a Zamawiający wypowiedział się zresztą w IDW, gdzie w pkt. 14.5 wskazał, że ofertę stanowi wypełniony formularz „Oferta” oraz formularze cenowe. Jak wynika z orzecznictwa Izby, charakter kosztorysów (w kontekście skutków ich potencjalnych wadliwości) jest pochodną ich znaczenia dla wynagrodzenia należnego wykonawcy oraz wymagań nakreślonych przez zamawiającego w specyfikacji. Przyjmuje się powszechnie, że w przypadku gdy strony umawiają się na ryczałtowe wynagrodzenie, kosztorys (czy też inny dokument zawierający uszczegółowienie ceny) ma jedynie charakter pomocniczy i informacyjny. Nie ma on bowiem bezpośredniego przełożenia na faktyczne wynagrodzenie należne wykonawcy na etapie realizacji zamówienia (w odróżnieniu od wynagrodzenia

obmiarowego, gdzie kosztorys jest podstawą do obliczenia należnego wykonawcy wynagrodzenia).

Zaniechanie odrzucenia oferty Trans-Masz z uwagi na niewyrażenie zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp (zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp). Pismem z 04.09.2019 r. Zamawiający poinformował TRANS-MASZ o poprawieniu w ofercie tego wykonawcy dwóch rodzajów omyłek: rachunkowych (art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp) oraz tzw. innych omyłek, polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp). Schemat działania instytucji zamawiającej w odniesieniu do wszystkich trzech rodzajów omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 Pzp jest analogiczny i sprowadza się do poinformowania wykonawcy o ich poprawieniu. W odróżnieniu jednak od omyłek rachunkowych i pisarskich (w stosunku do których wykonawca może zachować się biernie), „inne” omyłki wymagają aktywności ze strony wykonawcy. Wynika to z art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp, zgodnie z którym „*zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3*”. Jak podnosi się w doktrynie przepis ten nakazuje wyrażenie zgody poprzez złożenie stosownego oświadczenia w tym zakresie. Zamawiający udostępnił Odwołującemu dokumentację postępowania, w tym korespondencję z TRANS-MASZ. Z korespondencji tej nie wynika, aby wykonawca ten wyraził zgodę na poprawienie wskazanej powyżej omyłki, Odwołujący nie ma natomiast podstaw do twierdzenia, że została mu przekazana niepełna dokumentacja. Wobec tego założyć należy, że oświadczenie w tym zakresie nie zostało złożone, co czyni zasadnym zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Zaniechanie wykluczenia TRANS-MASZ z uwagi na pozorny dostęp do zasobów podmiotu trzeciego oraz brak zaangażowania tego podmiotu w bezpośrednią realizację zamówienia (zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22a ust. 4 Pzp). Wykonawca TRANS-MASZ złożył wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu trzeciego (BIG) do oddania zasobów w oparciu o treść art. 22a ust. 1 Pzp. Podmiot trzeci BIG udostępnił TRANS-MASZ zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia odnoszące się do warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 7.2 ppkt 3) 1) Instrukcji dla Wykonawców, tj. doświadczenie zdobyte w realizacji zadań (maksymalnie trzech) polegających na letnim utrzymaniu/ utrzymywaniu dróg klasy min. G, o łącznej wartości wykonanych prac nie mniejszej niż 7 000 000,00 PLN brutto. Na uwagę zasługuje, że był to jedyny warunek odnoszący się do doświadczenia zdobytego w toku letniego utrzymania dróg (Zamawiający żądał wykazania się analogicznym doświadczeniem zdobytym w odniesieniu do okresu zimowego, z tą różnicą, że wartość zadania dla okresu zimowego wynosić miała min. 3 000 000,00 PLN). Co więcej - warunek ten dotyczył wszystkich trzech części postępowania. Nie ulega zatem wątpliwości, że wykazanie się tym doświadczeniem miało kluczowe znaczenie

w kontekście oceny faktycznej zdolności wykonawcy do realizacji przedmiotowego zamówienia. W złożonym pierwotnie zobowiązaniu podmiot trzeci BIG ograniczył się do: a) przywołania warunku udziału w postępowaniu, który ma zostać uznany za spełniony dzięki doświadczeniu BIG; b) wskazania, że sposób wykorzystania zasobów sprowadzał się będzie do doradztwa technicznego, konsultacji i nadzoru w oparciu o umowę z TRANS-MASZ; c) wskazania, że zakres udziału w realizacji zamówienia polegać będzie na udostępnieniu kontaktu z doświadczonymi pracownikami spółki, nadzorze (za pośrednictwem telefonu, faksu i poczty elektronicznej) przez cały okres realizacji zamówienia.

Pismem z 30.07.2019 r. Zamawiający, opierając się o art. 26 ust. 3 Pzp, wezwał TRANS-MASZ do uzupełnienia zobowiązania do oddania do dyspozycji wykonawcy zasobów. W piśmie tym Zamawiający zwrócił uwagę, że ze złożonego pierwotnie zobowiązania nie wynika, że BIG będzie realizował jakąkolwiek część zamówienia. Jak stwierdził Zamawiający, formy wsparcia, które zostały określone w zobowiązaniu takie jak doradztwo, konsultacje czy szkolenia „*nie przenoszą doświadczenia, a jedynie co najwyżej wiedzę*”. W dalszej części Zamawiający wskazał, że z zobowiązania wynikać powinno faktyczne, osobiste uczestnictwo podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia (co do zasady w roli podwykonawcy). Na potwierdzenie swojego wyводу Zamawiający przywołał wyroki Izby oraz treść unijnej dyrektywy 2014/24/UE. Zamawiający wskazał również na określone w pkt 10.2 oraz 10.9 Instrukcji dla Wykonawców wymogi w zakresie udokumentowania faktycznego dysponowania używanym potencjałem. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, TRANS-MASZ przedstawił nowe zobowiązanie, w którego treści: (a) przywołał warunek udziału w postępowaniu, który ma zostać uznany za spełniony dzięki doświadczeniu BIG; (b) wskazał, że sposób wykorzystania zasobów sprowadzał się będzie do osobistego nadzoru nad prawidłowym przebiegiem prac na zasadzie uczestniczenia przy realizacji kontraktu, doradztwa technicznego, konsultacji i nadzoru w oparciu o umowę z TRANS-MASZ; (c) wskazał, że zakres udziału w realizacji zamówienia polegać będzie na osobistym nadzorze nad prawidłowym przebiegiem prac na zasadzie uczestniczenia przy realizacji kontraktu, udostępnieniu kontaktu z doświadczonymi pracownikami spółki, nadzorze (za pośrednictwem telefonu, faksu i poczty elektronicznej) przez cały okres realizacji zamówienia.

Uzupełnione zobowiązanie najwyraźniej usatysfakcjonowało Zamawiającego, nie podjął on bowiem dalszych kroków, w szczególności nie wykluczył TRANS - MASZ z postępowania. Jak zostanie wykazane poniżej, niesłusznie. *W tym miejscu odwołania znajduje się zestawienie zawiera porównanie treści ujętej w obu zobowiązaniach (kolorem czerwonym zaznaczone zostały fragmenty różniące oba dokumenty)/*

Jak wynika z powyższego zestawienia zobowiązanie, które zostało Zamawiającemu przedłożone w związku z wystosowanym przez Zamawiającego wezwaniem zawierało treść

niemal identyczną z treścią pierwotnego zobowiązania, z tą jedynie różnicą, że znalazł się tam dopisek: „Osobisty nadzór nad prawidłowym przebiegiem prac na zasadzie uczestniczenia przy realizacji kontraktu”. Skoro pierwotna treść zobowiązania została uznana za niewystarczającą (z czym należy się zgodzić) z punktu widzenia reguł korzystania z potencjału podmiotu trzeciego, o których mowa w art. 22a Pzp, to rodzi się uzasadnione pytanie dlaczego uzupełnione zobowiązanie poskutkowało zmianą stanowiska Zamawiającego. Rozkładając bowiem na czynniki pierwsze dopisany fragment należy uznać, że:

(a) nadzór, o którym tam mowa, był przez BIG deklarowany już w pierwotnej wersji zobowiązania (słowo „nadzór” pojawia się w pierwotnej wersji trzykrotnie);

(b) sformułowanie „osobisty” nie wnosi żadnej wartości, którą uznać należałoby za zmianę w stosunku do pierwotnej wersji oświadczenia. Dopisanie przez BIG słowa „osobisty” przed słowem „nadzór” rodzi bowiem pytanie o to jaki nadzór oferował podmiot trzeci w pierwotnym zobowiązaniu. W analizowanym stanie faktycznym uznać należy, że udział BIG w realizacji zamówienia obejmować będzie doradztwo, konsultacje, względnie nadzór. Z zobowiązań nie wynika, aby udział ten sprowadzać się miał do bezpośredniego wykonywania jakiegokolwiek części zamówienia, przy czym oczywiste jest, że nadzór świadczony jest przez osoby posiadające określone doświadczenie, czy kompetencje. Uznać należy zatem, że nie istnieje możliwość sprawowania nadzoru w sposób inny niż „osobisty” (wszelkie próby uzasadnienia „nie osobistego” nadzoru prowadzą bowiem do irracjonalnych wniosków);

(c) wreszcie pojawia się sformułowanie „na zasadzie uczestniczenia przy realizacji kontraktu”. Biorąc pod uwagę treść pisma Zamawiającego wzywającego do uzupełnienia zobowiązania, można przypuszczać, że właśnie to sformułowanie poskutkowało akceptacją nowego zobowiązania. Tymczasem stanowisko to jest zupełnie niezrozumiałe, co zostanie wykazane poniżej.

Dokonując oceny frazy „na zasadzie uczestniczenia przy realizacji kontraktu”, należy w pierwszej kolejności cofnąć się do pierwotnego zobowiązania. Zasadne bowiem staje się pytanie: czy deklarowane tam formy udziału BIG w realizacji zamówienia (konsultacje, doradztwo, nadzór) nie miały odbywać się „na zasadzie uczestniczenia przy realizacji kontraktu”? W jaki sposób TRANS- MASZ zamierzał wykorzystać zasobu BIG jeśli nie właśnie „na zasadzie uczestniczenia przy realizacji kontraktu”? Otóż zdaje się pozostawać poza sferą jakichkolwiek wątpliwości, że formy wparcia takie jak konsultacje, doradztwo czy nadzór stanowią formę uczestniczenia przy realizacji kontraktu (każda bowiem aktywność, która pozostaje w związku z zamówienie stanowiącym przedmiot postępowania stanowi „uczestnictwo przy realizacji kontraktu”. To nie z tego jednak powodu Zamawiający uznał pierwotne wyjaśnienia za niewystarczające. Jak wskazano powyżej Zamawiający formułował wątpliwości w oparciu o twierdzenie, że z zobowiązania tego nie wynika, że BIG będzie

„będzie realizował samodzielnie jakąkolwiek część zamówienia tj. będzie świadczył bezpośrednio na rzecz Zamawiającego” (str. 1 pisma Zamawiającego z 30.07.2019 r). Na tej samej stronie rozpoczyna się przywoływany już wywód odnoszący się do powiązania pojęcia „doświadczenie” z praktyczną stroną realizacji zamówienia. Tymczasem nie sposób uznać, że uzupełnione zobowiązanie pozbawione jest wskazanych przez Zamawiającego wadliwości. Z dokumentu tego nie wynika bowiem czy: a) BIG będzie realizował samodzielnie jakąkolwiek część zamówienia; b) dojdzie do faktycznego przejścia doświadczenia czy może jedynie do transferu wiedzy; c) BIG będzie miał status podwykonawcy w toku realizacji zamówienia stanowiącego przedmiot postępowania.

Odnosząc analizowane zobowiązanie do treści art. 22a ust. 2 Pzp stwierdził, że TRANS-MASZ nie wykazał Zamawiającemu, że realizując zamówienie będzie dysponował doświadczeniem BIG. W analizowanym stanie faktycznym uznać należy, że udział BIG w realizacji zamówienia obejmować będzie doradztwo, konsultacje, względnie nadzór. Z zobowiązań nie wynika bowiem, aby udział ten sprowadzać się miał do bezpośredniego wykonywania jakiegokolwiek części zamówienia. Przedmiotem udzielanego zamówienia nie jest natomiast świadczenie doradztwa, konsultacji czy usług nadzoru lecz całoroczne, kompleksowe utrzymanie drogi. Z zobowiązań złożonych przez BIG nie wynika, który z elementów zamówienia miały zostać wykonane przez ten podmiot. Wobec powyższego uznanie przez Zamawiającego, że nowe zobowiązanie rozwiewa jego wątpliwości jest nielogiczne. Niezależnie od samej treści zobowiązania Odwołujący wskazuje, że TRANS-MASZ nie podjął żadnych działań zmierzających do przekonania Zamawiającego, że kluczowy zasób (jakim jest doświadczenie) dla tak istotnego zamówienia będzie dla niego faktycznie dostępny. Nic bowiem nie stało na przeszkodzie, aby TRANS-MASZ w treści składanych wyjaśnień przybliżył Zamawiającemu formę współpracy pomiędzy nim a podmiotem trzecim BIG. Tymczasem w piśmie przewodnim, do którego załączone jest nowe zobowiązanie TRANS-MASZ wskazuje tylko w jednym zdaniu, że przesyła stosowne zobowiązanie. O tym, że uzupełnione zobowiązanie jest jedynie powieleniem pierwotnie złożonego dokumentu, „wzbogaconym” o nic nie wnoszące sformułowanie świadczy dodatkowo fakt, że jest ono opatrzone tą samą datą, co zobowiązanie pierwotne (06.06.2019 r.). Pojawia się wobec tego pytanie - skoro TRANS-MASZ dysponował w dniu składania ofert dwoma zobowiązaniami, w tym jednym o nieco bardziej rozwiniętej treści, to dlaczego złożył wraz z ofertą to „uboższe”? Okoliczność ta najwyraźniej umknęła Zamawiającemu, tymczasem jest to dodatkowy dowód na pozorny charakter, jaki ma analizowane udostępnienie potencjału. Owej pozorności dowodzi również inna okoliczność. Otóż ani na podstawie treści pierwotnego ani uzupełnionego zobowiązania nie sposób ustalić projektu, w ramach którego BIG nabyła używane doświadczenie. Tymczasem nie należy zapominać, że immanentną cechą użyczenia potencjału, jako wyjątku od zasady, że

to wykonawca winien wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jest jego realność. Nie można natomiast mówić o realności użyczenia potencjału w sytuacji, w której na podstawie treści dwukrotnie składanego zobowiązania nie można ustalić i zweryfikować faktycznie nabytego przez TRANS-MASZ doświadczenia. Podanie takiej informacji w zobowiązaniu, jakkolwiek nie jest wymagane wprost przez przepisy, jawi się jako oczywiste uprawdopodobnienie realności dostępu do użyczanego potencjału. Jako okoliczność jednoznacznie deprecjonująca działanie TRANS-MASZ oraz akceptację Zamawiającego wskazać należy wątek podwykonawstwa. Z treści Instrukcji dla Wykonawców wynika bowiem, że Zamawiający nie skorzystał z prawa do zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania zamówienia przez wykonawcę. Oznacza to, że wykonawcy składający oferty w postępowaniu mieli właściwie nieograniczoną swobodę w zakresie zlecenia zamówienia podwykonawcom. Jedynym ograniczeniem była zatem treść art. 36a ust. 1 Pzp, zgodnie z którym wykonawca może powierzyć podwykonawcy wykonanie części zamówienia. Dopóki zatem mamy do czynienia z powierzeniem części (a nie całości) zamówienia, dopóty pozostaje to zgodne z Pzp. Z przyznanej przez Zamawiającego swobody w zakresie podwykonawstwa skorzystał TRANS-MASZ, wszak w treści oferty wskazał, że powierzy podwykonawcom *„cały zakres robót dopuszczony przez Zamawiającego dla podwykonawców, zgodnie z SIWZ”* (pkt 8 oferty). Jednocześnie zadeklarował, że *„ewentualni podwykonawcy zostaną wybrani po udzieleniu zamówienia”*. Tożsama treść ujęta została w JEDZ wykonawcy TRANS-MASZ. Treść oferty pozwala zatem jednoznacznie stwierdzić, że TRANS-MASZ nie zakładał, aby podmiot trzeci BIG miał być podwykonawcą realizującym część zamówienia. O ile bowiem wykonawcy nie muszą wiedzieć na etapie składania oferty z których podwykonawców korzystać będą w toku realizacji zamówienia, o tyle reguła ta nie dotyczy podmiotów trzecich. Te bowiem zawsze znane są na etapie składania oferty (bez tego nie jest możliwe jej złożenie). Skoro zatem TRANS-MASZ nie zadeklarował w treści oferty, że BIG będzie podwykonawcą, pomimo tego, że już wtedy korzystał z zobowiązania tego podmiotu (które składane jest wraz z ofertą), to jednym logicznym wnioskiem jest ten, że nie planował, aby BIG wykonywał jako podwykonawca część zamówienia. Tymczasem jakkolwiek TRANS-MASZ miał prawo nie podawać w ofercie wszystkich podwykonawców, tak BIG był tym jedynym, którego podać musiał. Zaistniała sytuacja dowodzi zatem, że wymóg zrealizowania przez podmiot trzeci usług (wynikający z art. 22a ust. 4 Pzp) nie był od samego początku spełniony, a udostępnienie potencjału przez BIG miało jedynie formalny (pozorny) charakter. Okoliczność opisaną powyżej z niezrozumiałych względów zupełnie pomija Zamawiający, tymczasem już lektura treści oferty pozwala na ustalenie intencji wykonawcy TRANS-MASZ.

Wobec jednoznacznej deklaracji BIG, zgodnie z którą udział tego podmiotu w wykonywaniu zamówienia sprowadzać miałyby się do doradztwa czy konsultacji, wskazać

należy na odnoszące się do podobnych stanów faktycznych orzecznictwo Izby, np. w wyroku z 20.02.2018 r., sygn. akt: KIO 211/18. Również w innym orzeczeniu Izba wskazuje, że udostępnienie doświadczenia łączy się z podwykonawstwem. Z orzecznictwa Izby jednoznacznie wynika, że relacja pomiędzy wykonawcą a podmiotem trzecim nie może przybierać jedynie fikcyjnego charakteru. Tymczasem w analizowanej sytuacji mamy do czynienia z sytuacją, w której TRANS-MASZ, pomimo dwukrotnej szansy, nie wykazał, że potencjał podmiotu trzeciego BIG jest realny, tj. że podmiot ten faktycznie wykona określoną część zamówienia. Sformułowania o niedookreślonej i bardzo obszernej znaczeniowo treści (jak „doradztwo, konsultacje, nadzór”) dowodzą jedynie tego, że podmiot ten nie będzie realnie zaangażowany w wykonanie zamówienia. Mamy więc do czynienia z udostępnieniem zasobów w sposób pozorny, nakierowany jedynie na wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i zdobycie zamówienia. Taka treść zobowiązania nie daje Zamawiającemu żadnej możliwości faktycznego zaangażowania podmiotu trzeciego w wykonanie zamówienia na etapie jego realizacji. Przyzwolenie Zamawiającego na taką sytuację jest tym bardziej dziwne, jeśli weźmiemy pod uwagę, że chodzi o potencjał kluczowy i niezbędny do wykonania zamówienia.

Zamawiający w dniu 29.10.2019 r. wezwał (na platformie zakupowej: <https://gddkia.eb2b.com.pl>) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 31.10.2019 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) MALDROBUD Sp. z o.o. Sp.k. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. W konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: MALDROBUD Sp. z o.o. Sp.k.

W dniu 08.11.2019 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) MALDROBUD Sp. z o.o. Sp.k. złożyła pismo procesowe wnosząc o oddalenie odwołania.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego na skutek nieuzasadnionego uznania, że wyjaśnienia złożone przez Przystępującego potwierdzają, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, wskazać należy, iż zarzut ten jako całkowicie niezasadny nie zasługuje na uwzględnienie. Uzasadniając odwołanie, Odwołujący rozpoczyna od zarzucenia Zamawiającemu wadliwe przeprowadzonej procedury wyjaśniającej w zakresie zaoferowanej przez Przystępującego

ceny oferty odnośnie Cz. 1 i Cz. 3 argumentując, że wyjaśnienia złożone przez MALDROBUD mają rzekomo charakter ogólny, niepowiązany z przedmiotem zamówienia oraz, że nie odpowiadają na wątpliwości Zamawiającego i nie zostały poparte jakimkolwiek materiałem dowodowym. Z powyższym nie sposób się zgodzić. W tym miejscu zaakcentować należy, iż wszczynając procedurę wyjaśniania ceny oferty Przystępującego w oparciu o przepis art. 90 ust. 1 Pzp, Zamawiający zdecydował posłużyć się ogólną formułą wezwania do złożenia wyjaśnień, opierając się zasadniczo na przytoczeniu w nim treści przywołanego wyżej przepisu. Wybór taki uznać należy za poprawny natomiast wynikają z niego określone konsekwencje dla wykonawcy, który w odpowiedzi na tak sformułowane wezwanie składa stosowne wyjaśnienia, wykazując brak zaistnienia rażąco niskiej ceny w jego ofercie. Jak podkreśla się w orzecznictwie KIO, Zamawiający może sformułować wezwanie do wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny w sposób szczegółowy i zadać wykonawcy pytania dotyczące konkretnych kosztów czy okoliczności wpływających na cenę oferty(...). Jednocześnie jednak zamawiający nie ma obowiązku zawierać w wezwaniu do wykonawcy takich szczegółowych pytań odnoszących się do ceny jego oferty, gdyż z żadnego przepisu ustawy z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych obowiązek taki nie wynika. Zamawiający może zatem ograniczyć się w wezwaniu do przytoczenia treści art. 90 ust. 1 Pzp, jednakże powinien wówczas liczyć się z tym, że wykonawca może nie uznawać za istotne tych samych kosztów, czy okoliczności, które uznaje za istotne zamawiający i w konsekwencji jego wyjaśnienia w zakresie określonych informacji mogą nie być dla zamawiającego wystarczające. Jest to sytuacja, która w konkretnych okolicznościach faktycznych, może uzasadniać ponowne wezwanie wykonawcy do wyjaśnień ze wskazaniem tym razem, co konkretnie budzi wątpliwości zamawiającego (za wyrokiem KIO z 25.06.2019 r., sygn. akt: KIO 1056/19).

Jednakże przenosząc powyższe na grunt sprawy niniejszej wskazać należy, że Zamawiający w pełni zasadnie uznał wyjaśnienia złożone przez MALDROBUD wraz z załączonymi dowodami za wystarczające dla uznania, że cena oferty MALDROBUD dla Cz. 1 i 3 nie jest rażąco niska. W tej sytuacji to Odwołujący, powinien liczyć się z tym, że MALDROBUD może nie uznawać za istotne dokładnie tych samych kosztów, czy okoliczności, które uznaje za istotne Odwołujący i w konsekwencji wyjaśnienia w zakresie określonych informacji mogą nie być dla Odwołującego wystarczające, co nie oznacza jednak automatycznie, że informacje te winien zdyskwalifikować Zamawiający. To Zamawiający jest gospodarzem postępowania, nie zaś Odwołujący, który formułując poszczególne zarzuty faktycznie wciela się w rolę Zamawiającego opisując jak on procedowałby w zakresie wyjaśnień dot. ceny oferty, na które pozycje w formularzach cenowych zwróciłby uwagę czy też które informacje zawarte w wyjaśnieniach są dla niego istotne a które nie. Odwołujący zapomina przy tym jednak o zasadniczych przesłankach

warunkujących odrzucenie oferty w przypadkach opisanych przepisami art. 90 ust. 3 Pzp czy też art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Pierwsza z przytoczonych regulacji jednoznacznie stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Żadna z powyższych okoliczności nie zaistniała w stosunku do oferty i wyjaśnień MALDROBUD, co zresztą pośrednio potwierdził sam Odwołujący, o czym szerzej w dalszej części uzasadnienia. Z kolei przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp wymaga kategorycznego stwierdzenia, że badana oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Argumentacja Odwołującego, która w znacznej mierze opiera się na wybiórczym kwestionowaniu określonych pozycji w formularzach cenowych MALDROBUD nie potwierdza zaistnienia rażąco niskiej ceny. Z wyjaśnień Przystępującego wynika, że rażąco niska cena nie zachodzi w przypadku jego oferty natomiast podejmując obecnie polemikę z zarzutami Odwołującego, których siłą rzeczy Przystępujący nie znał w momencie składania wyjaśnień, MALDROBUD dodatkowo wykaże bezprzedmiotowość tych zarzutów posługując się w tym celu także stosownymi dowodami. W tym miejscu przytacza wyrok KIO z 06.06.2019 r., sygn. akt: KIO 931/19.

Z przytoczonego wyżej orzeczenia KIO wywnioskować można również, iż wbrew twierdzeniu Odwołującego, kwestia doświadczenia w realizacji tożsamyh zamówień publicznych może mieć znaczenie dla konkretnego postępowania bowiem umożliwia zastosowanie dotychczas nabytej wiedzy co do sposobu realizacji zamówienia, w tym także możliwości minimalizacji kosztów. To właśnie doświadczenie pozwoliło MALDROBUD na skalkulowanie pewnych kosztów, jak chociażby kosztu odpowiedniego wykorzystania w ramach zimowego utrzymania dróg pojazdów nabytych w oparciu o przedłożoną do wyjaśnień umowę z dilerem marki Mercedes, co zostanie odrębnie omówione w dalszej części pisma. Za całkowicie niezasadne uznał próby dyskwalifikowania przez Odwołującego jako dowodów na okoliczność braku rażąco niskiej ceny w ofercie MALDROBUD zał. nr 1 i nr 2 do wyjaśnień prezentujących statystyki pod kilometromiesiąc na wymienionych zamówieniach. Przystępujący uwidoczniał w ten sposób Zamawiającemu, że tożsame rodzajowo zadania były i są z powodzeniem realizowane po niższych stawkach za kilometromiesiąc niż w przypadku Cz. 1 i 3 dla niniejszego zamówienia. Nieuprawnionym jest natomiast wyrażone przez Odwołującego oczekiwanie co do wykazania analogicznego zakresu usług i robót w ramach porównywanych zamówień. Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach zaakcentował wręcz, iż pomimo tożsamyh czynności do wykonania w ramach zamówienia dla Cz. 1 i dla Cz. 3 niniejszego zamówienia, zakres tych czynności w określonych obszarach jest zasadniczo mniejszy niż w innych zamówieniach przedstawionych w „statystyce pod kilometromiesiąc.” Obszary te zostały w wyjaśnieniach wyszczególnione. Zamówienia te były przy tym realizowane dla tego samego

Zamawiającego, który mając najlepszą wiedzę o specyfice przedmiotowych zadań oraz kosztach ich realizacji mógł bez najmniejszych problemów ocenić wiarygodność i zasadność wyjaśnień MALDROBUD w tej mierze. Niemniej jednak, wychodząc na przeciw zarzutom odwołania, Przystępujący przedkłada w załączeniu dodatkowe zestawienie prezentujące wymagania dla poszczególnych zadań wyszczególnionych w „statystyce pod kilometromiesiąc.” I tak, dla przykładu, droga w realizowanym obecnie przez Odwołującego kontrakcie na: Całoroczne, kompleksowe utrzymanie drogi ekspresowej S3 na odcinku od węzła Klucz km 0+000 (z węzłem) do węzła Myślubórz km 54+012 (z węzłem) wraz ze wszystkimi jej elementami nie podlega już gwarancji a zatem wszystkie elementy drogi podlegają utrzymaniu w ramach kontraktu; zachodzi obowiązek koszenia trawy na terenie pasa drogowego bez żadnych ograniczeń; zachodzi konieczność utrzymywania oznakowania pionowego bez żadnych ograniczeń, patrolowanie całego odcinka drogi w wymiarze 10 objazdów na dobę; w końcu należy dokonywać napraw i konserwacji wszystkich obiektów mostowych bez ograniczeń. Zestawiając powyższy kontrakt z zamówieniem przewidzianym chociażby dla Cz. 1 w niniejszym postępowaniu należy wskazać, iż w przypadku Całorocznego kompleksowego utrzymania drogi ekspresowej S-6 na odcinku od węzła „Kielcino” (bez węzła) do węzła „Ustronie Morskie” (z węzłem) administrowanej przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie wraz ze wszystkimi jej elementami, droga objęta jest gwarancją a zatem na wykonawcy usług utrzymania nie ciąży obowiązek wykonywania napraw o charakterze gwarancyjnym i co się z tym bezpośrednio wiąże - przez pierwsze trzy lata trwania kontraktu w ogóle nie ma obowiązku koszenia traw; obowiązek odnowienia oznakowania poziomego powstanie dopiero po upływie 48-ośmio miesięcznej gwarancji (podczas gdy kontrakt jest 56-cio miesięczny); patrolowanie drogi ograniczone jest do dwóch przejazdów w ciągu doby (a zatem pięciokrotnie mniej niż w przypadku wskazanego wyżej kontraktu utrzymaniowego na drodze S-3); podobnie jeśli chodzi o utrzymanie obiektów mostowych - prace ograniczają się wyłącznie do czyszczenia i czynności porządkowych. Podkreślić przy tym należy, że wymienione wyżej obszary utrzymania należą do najbardziej kosztotwórczych.

Dowód: wymagania dla elementów mających istotny wpływ na poziom kosztów dla kontraktów wyszczególnionych w „statystyce pod kilometromiesiąc.”

Oczywistym jest przy tym, że oferty składane w innych postępowaniach uwzględniać musiały i uwzględniały warunki rynkowe obowiązujące w momencie dokonywania tych kalkulacji jak np. koszty minimalnego wynagrodzenia, cenę paliw, koszty urządzeń itd. na co zwraca uwagę Odwołujący. Fakt, iż z przedstawionych statystyk Przystępującego wynikają znacząco wyższe stawki za realizację kilometromiesiąca zamówienia w Cz. 1 i 3 jedynie potwierdza, że MALDROBUD uwzględnił w swojej ofercie aktualne warunki rynkowe oraz zasadniczą tendencję wzrostu wymienionych wyżej kosztów. Zatem dopiero w sytuacji

wykazania, że stawka za kilometromiesiąc na tożsamym zadaniu realizowanym we wcześniejszym okresie byłaby wyższa niż dla zamówienia niniejszego, byłoby to ewentualnie podstawą dla powzięcia uzasadnionych wątpliwości odnośnie rażąco niskiej ceny. Taka sytuacja w przypadku MALDROBUD jednak nie zachodzi co zostało odpowiednio wykazane i udowodnione. Nietrafione są natomiast argumenty GRAWIL, który odwołuje się do wybiórczych wycen MALDROBUD poczynionych na potrzeby postępowań o zasadniczo innym charakterze, przedmiocie i specyfice.

W dalszej kolejności Przystępujący konsekwentnie potwierdza za złożonymi uprzednio wyjaśnieniami, że zgodnie z przyjętą w MALDROBUD strategią kadrową i zaangażowaniem pracowników na podstawie stosunku pracy, wysokość kosztów robocizny przyjęta do ustalenia ceny, w żadnym przypadku nie jest 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. Wbrew twierdzeniu Odwołującego, Przystępujący wskazał koszty robocizny w złożonych wraz z wyjaśnieniami zał. 3 i 4 tj. kalkulacjach jednostkowych dla usług letniego utrzymania dróg odpowiednio dla Cz. 1 i 3 - dla wyszczególnionych w tych załącznikach pozycji. Zamawiający nie oczekiwał przy tym od Przystępującego wyszczególnienia innych, konkretnych pozycji, zatem MALDROBUD uczynił to według własnego uznania i każdorazowo, przyjęte w uwidocznionych pozycjach koszty robocizny są na wyższym poziomie niż obowiązujące stawki minimalne (stawka za roboczogodzinę na poziomie 24 zł). Z kolei przedstawienie informacji w zakresie poziomu średniego zatrudnienia w MALDROBUD najlepiej świadczy o tym, że twierdzenia odnośnie zaangażowania kadry w oparciu o stosunek pracy nie są gołosłowne.

Przystępujący podtrzymuje również stanowisko w kwestii możliwości skorzystania z usług podwykonawców na preferencyjnych warunkach. Nie odsyła natomiast Zamawiającego - jak mylnie to interpretuje Odwołujący - do ofert podwykonawczych będących w posiadaniu Zamawiającego a jedynie zwraca uwagę na fakt korzystania z powodzeniem z formuły podwykonawstwa przy okazji innych, tożsamych rodzajowo zamówień realizowanych u tego samego Zamawiającego co może dodatkowo utwierdzić Zamawiającego w przekonaniu odnośnie skalkulowania ceny oferty MALDROBUD na realnym poziomie.

Posiadanie własnych zasobów soli oraz paliwa potwierdza legitymowanie się przez Przystępującego zasobami, które może przeznaczyć do realizacji zadania i na które nie będzie musiał ponosić dodatkowych czy zwiększonych kosztów. Z całą pewnością nie można tej argumentacji uznać za świadczącą o rażąco niskiej cenie. Wręcz przeciwnie. Tymczasem przepis art. 90 ust. 3 Pzp, którego naruszenie Odwołujący zarzuca

Zamawiającemu wymaga właśnie takiego potwierdzenia tj. że z wyjaśnień powinna wynikać rażąco niska cena.

Kolejno, Odwołujący podejmuje próbę wykazania, że posiadanie przez MALDROBUD zasobów w postaci 16 specjalistycznych pojazdów do zimowego utrzymania dróg nie stwarza żadnej przewagi konkurencyjnej po stronie Przystępującego i nie przekłada się na zaoferowaną cenę. Powyższe twierdzenie jest dalece błędne. Odwołujący zwrócił przy tym uwagę, iż dla trzech części zamówienia niezbędne jest 31 pojazdów a Przystępujący wskazał na posiadanie 16. Już powyższe może świadczyć jedynie o pobieżnej analizie SIWZ przez Odwołującego w kontekście dokonywanych przez Zamawiającego modyfikacji. Zgodnie bowiem z odpowiedzią Zamawiającego z dnia 20.05.2019 r. na pytanie nr 104, liczba pługosolarek i pługów (solo) dla Części nr 3 zamówienia została zmniejszona z łącznej liczby 15 do 13 a zatem łączna ilość sprzętu tego typu zmniejszyła się dla wszystkich części z 31 do 29. Wykazanie przez Przystępującego zawarcia umowy na zakup 16 nowych pojazdów nie oznacza, że Przystępujący tylko taką liczbą dysponuje. Powyższe twierdzenia świadczą natomiast o nieuwzględnieniu przez Odwołującego we własnej ofercie zaakceptowanych przez Zamawiającego na etapie procedury przetargowej konkretnych rozwiązań, z których MALDROBUD skorzystał i co przyczyniło się do poczynienia znaczących oszczędności a co z kolei mogło przełożyć się na podrożenie ceny ofertowej GRAWIL.

I tak, w odpowiedziach z 20.05.2019 r. na pytania nr 104 i nr 105 (które to pytania pochodziły właśnie od MALDROBUD), Zamawiający w szczególności wskazał co następuje:

- 1) Zamawiający dopuszcza możliwość udziału mniejszej ilości sprzętu do odśnieżania biorącego w akcji zimowej, w zależności od sytuacji w terenie pod warunkiem zachowania standardów ZUD zgodnie z OPZ;
- 2) Zamawiający dopuszcza możliwość udziału mniejszej ilości sprzętu w tym pługo-solarek oraz solarek biorących w akcji zimowej, w zależności od sytuacji w terenie pod warunkiem zachowania standardów ZUD zgodnie z OPZ,
- 3) Zamawiający dopuszcza możliwość zastąpienia określonej ilości sprzętu w postaci odrębnej ilości pługów oraz solarek zastąpienia ich taką ilością pługo - solarek, której powierzchnia płużenia będzie równoważna do zastępowanego sprzętu (zachowanie szerokości płużenia).

Pojazdy których dostępność MALDROBUD wykazał w wyjaśnieniach charakteryzują się właśnie takimi parametrami (w szczególności jeśli chodzi o powierzchnię płużenia), które pozwalają na udział mniejszej ilości sprzętu przy czynnościach zimowego utrzymania dróg. Dla zobrazowania, jedna pługo - solarka z odpowiednio szerokim pługiem może z powodzeniem realizować działania właściwe dla dwóch pługo-solarek o odpowiednio węższych pługach. To z kolei przekłada się na konkretne oszczędności w zakresie kosztów

pracy sprzętu, ludzi, paliwa itd. Tymczasem z treści odwołania GRAWIL wnioskować można, że wykonawca ten wycenił każdorazowo zaangażowanie 31 pług-solarek i pługów solo (w tym 15 zamiast wymaganych 13 dla Cz. 3) skoro uznał ich udział dla trzech części postępowania za niezbędny. MALDROBUD natomiast zaprezentuje na rozprawie przykładowe wyliczenie właśnie dla Cz. 3 zamówienia, prezentujące koszty zaangażowania 15 jednostek sprzętowych w zestawieniu z kosztami zaangażowania sprzętu w mniejszej ilości (8 jednostek sprzętowych - kolor zielony), lecz odpowiednio przystosowanego. Wykorzystanie powyższego rozwiązania wynika właśnie z bogatego, wieloletniego doświadczenia MALDROBUD w realizacji zadań na tożsamych kontraktach we współpracy z tym samym Zamawiającym. W konsekwencji, Zamawiający uzyskując wiedzę o sprzęcie wykazanym w wyjaśnieniach MALDROBUD oraz znając specyfikę jego wykorzystania w praktyce, mógł bez cienia wątpliwości uznać ofertę cenową Przystępującego za realną, zaś fakt, że powyższe nie znalazło zrozumienia u Odwołującego nie może stanowić o wadliwości argumentacji MALDROBUD czy też o niewłaściwie przeprowadzonej procedurze wyjaśniania ceny jego oferty.

Nie ulega również wątpliwości, że korzystanie ze sprzętu fabrycznie nowego zamiast używanego i częściowo już wyeksploatowanego generuje określone oszczędności (nawet jeśli umowa na jego zakup przewiduje krótszą gwarancję niż okres trwania umowy), co Odwołujący usilnie stara się kwestionować pomimo braku logicznego uzasadnienia dla tego typu jego twierdzeń. Ponadto, jak zostało to wskazane w wyjaśnieniach, poza sezonem zimowym, pojazdy (po zdemontowaniu osprzętu) będą mogły zostać wykorzystane również na innych zadaniach realizowanych przez spółkę (przykładowo w ramach budów, remontów, czy przebudów dróg) generując w ten sposób zyski, które pokrywać będą koszty utrzymania tych pojazdów.

MALDROBUD nie zgadza się także z twierdzeniem Odwołującego w kwestii braku przydatności systemu ERP Xpertis do optymalizacji skosztorysowania ceny oferty. Jak zostało to wykazane w wyjaśnieniach, w systemie pozyskanym dzięki przyznanemu dofinansowaniu została zgromadzona baza wiedzy pozwalająca na optymalne skosztorysowanie wszystkich pozycji cenowych wyszczególnionych przez Zamawiającego, co bezpośrednio przekłada się na optymalizację kosztów, w tym także oszczędność w zakresie czasu oraz osób zaangażowanych do analizy poszczególnych elementów zamówienia. Przystępujący nie neguje faktu, iż inni Wykonawcy również mogą korzystać z podobnego oprogramowania. Jednakże jak zostało to wyjaśnione, właśnie ten konkretny system stanowi realne wsparcie dla MALDROBUD w procesie kosztorysowania ofert w tym również oferty cenowej w niniejszym postępowaniu, co siłą rzeczy nie może uchodzić za argument potwierdzający istnienie rażąco niskiej ceny.

Raz jeszcze podkreślenia w tym miejscu wymaga, że Zamawiający skierował do Przystępującego ogólne wezwanie do złożenia wyjaśnień, pozostawiając w tym zakresie MALDROBUD pewną swobodę. Oznacza to, że nawet, gdy wyjaśnienia MALDROBUD wydają się Odwołującemu zbyt ogólne i niedoskonałe, to nie można uznać, aby oznaczało to automatycznie, że Przystępujący zaoferował realizację zamówienia za cenę rażąco niską. Uwzględniając powyższe, MALDROBUD wywiązał się obowiązku złożenia konkretnych, rzetelnych i obrazujących realność ceny wyjaśnień niezależnie od tego czy wyjaśnienia te przekonują Odwołującego czy też nie. Istotnym jest, że to Zamawiający miał uzasadnione podstawy dla uwzględnienia wyjaśnień i to uczynił nie dopuszczając się przy tym żadnych uchybień w procedowaniu.

Nie polega na prawdzie zarzut Odwołującego zgodnie z którym w ofercie Przystępującego i praktycznie we wszystkich grupach robót wycenionych przez MALDROBUD występuje rażąco niska cena. Należy przy tym zwrócić uwagę na całkowity brak konsekwencji w poglądach i twierdzeniach Odwołującego, który z jednej strony zarzuca Przystępującemu wykazanie w zał. 3 i 4 do wyjaśnień arbitralnie wybranych pozycji cenowych (mających stanowić 8,3 % całej wartości oferty) a z drugiej strony, na kolejnych stronach odwołania odnosi się do wybranych przez siebie pojedynczych pozycji cenowych (stanowiących promil wartości globalnej ceny ofertowej) uznając, że rzutują one odpowiednio na wszystkie pozycje w ofercie MALDROBUD. Co więcej, Odwołujący zestawia w ten sposób pozycje cenowe pochodzące z rodzajowo odmiennych zamówień jak przebudowa określonej ulicy czy drogi, budowa obwodnicy, które to zamówienia cechują się odmienną specyfiką od tej będącej przedmiotem niniejszego postępowania. Odwołującemu wypada zatem przypomnieć, że niniejsze zamówienie dotyczy całorocznego, kompleksowego utrzymania drogi ekspresowej nie zaś budowy czy przebudowy drogi.

Zestawienia tabelaryczne Odwołującego przedstawione w pkt 43, 44 odwołania oraz wnioski poczynione pod tymi tabelami i w kolejnych punktach w istocie udowadniają, że wyceny sporządzone w zał. 3 i 4 do wyjaśnień Przystępującego potwierdzają brak rażąco niskiej ceny nie zaś jej istnienie skoro pozycje tam wycenione są na wyższym poziomie od średnich cen wszystkich ofert dla tych pozycji. Sam fakt, że inne pozycje oferty (grupy robót) wycenione zostały niżej od średnich wartości w zestawieniu z pozostałymi ofertami nie może być automatycznie uznany za dowód na okoliczność rażąco niskiej ceny jak chce tego Odwołujący. Już sam fakt rozpiętości cenowej w poszczególnych ofertach przeczy tej argumentacji gdzie przykładowo dla Cz. 3 zamówienia najdroższa oferta opiewała na kwotę przeszło 111 mln zł. Niemniej jednak, Przystępujący dokonał zbliżonej analizy w stosunku do oferty GRAWIL zestawiając określone pozycje Odwołującego z odpowiednimi pozycjami cenowymi MALDROBUD. Wynik tej analizy prezentuje zał. 2, 3 i 4 do odpowiedzi. Analiza pokazuje, że: dla Cz. 1 zamówienia, w swoich formularzach cenowych GRAWIL aż

54 pozycje wycenił niżej od MALDROBUD co stanowi 31% ogółu pozycji; dla Cz. 2 zamówienia, w swoich formularzach cenowych GRAWIL aż 113 pozycji wycenił niżej od MALDROBUD co stanowi 37 % ogółu pozycji; dla Części nr 3 zamówienia, w swoich formularzach cenowych GRAWIL aż 70 pozycji wycenił niżej od MALDROBUD co stanowi 26% ogółu pozycji.

Szczególną uwagę zwrócić należy na poz. nr 40 formularza cenowego nr 1b dla: BIEŻĄCE UTRZYMANIE SIECI DROGOWEJ W ZAKRESIE UTRZYMANIA STRUKTURALNEGO DRÓG I OBIEKTÓW INŻYNIERSKICH - DROGA NR S-6 ODCINEK Obwodnica Goleniowa-Węzeł Kłębino. Pozycja ta obejmuje Wykonanie/wymianę znaków aktywnych (wraz z zasilaniem) i została wyceniona przez GRAWIL na poziomie 1.647,73 zł podczas gdy MALDROBUD wycenił tą pozycję na kwotę 8.500,00 zł. Zatem cena jednostkowa Odwołującego jest w tym przypadku o przeszło 400% niższa.

Z kolei poz. nr 47 „Zimowe Utrzymanie Dróg - utrzymanie, odśnieżanie i zwalczanie śliskości jezdni na trasie głównej, na węzłach i pozostałych drogach oraz na poboczach wraz z koordynacją działań w formularzu cenowym nr 1b dla: UTRZYMANIE RUTYNOWE DROGI EKSPRESOWEJ S-6 (bez obiektów inżynierskich) REJON W KOSZALINIE ode. S-6 m. Sianów ul. Dworcowa Sianów - Węzeł Sianów Wschód /bez węzła/ została przez Odwołującego wyceniona na poziomie 14.304,19 zł podczas gdy MALDROBUD wycenił tą pozycję na kwotę 95.992,54 zł. Zatem cena jednostkowa Odwołującego jest w tym przypadku o przeszło 500% niższa.

Dowód: 1) zestawienie pozycji cenowych GRAWIL wycenionych niżej od MALDROBUD dla Części nr 1 zamówienia (4 strony); 2) zestawienie pozycji cenowych GRAWIL wycenionych niżej od MALDROBUD dla Części nr 2 zamówienia (7 stron); 3) zestawienie pozycji cenowych GRAWIL wycenionych niżej od MALDROBUD dla Części nr 3 zamówienia (6 stron)

Przyjmując zatem argumentację Odwołującego za zasadną, ofertę GRAWIL należałoby również uznać za obarczoną rażąco niską ceną skoro wyszczególnione w załącznikach pozycje wycenione zostały niżej niż uczynił to MALDROBUD a niektóre nawet rażąco niżej. Takich wniosków wyprowadzać jednak nie sposób. Powyższe udowadnia nietrafność zarzutów Odwołującego w tej mierze.

Odwołujący podjął także próbę zakwestionowania przyjętego przez MALDROBUD w zał. 3 i 4 do wyjaśnień sposobu kalkulacji uznając, że żadna z cen jednostkowych nie znajduje matematycznego uzasadnienia. Wykazując nietrafność tego zarzutu należy na wstępie zaznaczyć, że sama metodologia obliczeń nie może świadczyć o zaniżeniu czy niepoprawności podanych czynników cenotwórczych. Zarzut Odwołującego należy uznać za bezzasadny jako że wynika właśnie z pobieżnej a nie wnikliwej analizy przedstawionej przez MALDROBUD kalkulacji.

Po pierwsze, Przystępujący przedstawia metodę kalkulacji ceny i zysku a nie metodę kalkulacji kosztów, co bezpodstawnie sugeruje GRAWIL. Po drugie, warunki ubiegania się o zamówienie nie obligowały Przystępującego do przyjmowania konkretnej metody kalkulacji ceny i zysku. Pozostawiona została w tym zakresie dowolność. Zamawiający nie ingerował w tą kwestię i jej nie normował. Metod kalkulacji ceny i zysku literatura przedmiotu zna co najmniej kilkadziesiąt, w tym najczęściej stosowanych jest kilkanaście. Spośród nich Odwołujący wybrał do uzasadnienia swojego zarzutu metodę znaną jako „koszt plus” lub „narzut zysku”. Jednakże wybór tej właśnie metody przez GRAWIL nie znajduje uzasadnienia w zasadach określonych dla niniejszego postępowania ani w jakichkolwiek innych wiążących wykonawców dokumentach czy ogólnie przyjętych regułach. Natomiast Odwołujący zdaje się traktować tą metodę kalkulacji jako jedynie możliwą.

Metoda ta została przez GRAWIL przyjęta dla podważenia kalkulacji MALDROBUD bez zbadania czy jest to metoda adekwatna względem metodologii kalkulacji MALDROBUD. Tymczasem metody przyjęte przez GRAWIL i MALDROBUD są różne, co nie zmienia faktu, że metoda MALDROBUD jest równouprawniona. Odwołujący twierdząc że wyliczenia MALDROBUD są błędnie przeprowadzone, powinien odwołać się do tej właśnie metody, a nie do metody odmiennej.

Odwołujący przyjął, że skoro wyliczenia metodą koszt plus nie dają takich samych wyników pośrednich jak wyliczenia MALDROBUD to wyliczenia MALDROBUD są błędne, z dalem idącym skutkiem, w postaci zarzutu manipulacji danymi w celu osiągnięcia z góry założonego rezultatu. Twierdzenie takie jest całkowicie bezzasadne. Przystępujący kalkuluje ceny na podstawie rzeczywistych (przewidywanych) kosztów oraz kwoty oczekiwanego zysku dającej w rezultacie kalkulacyjny poziom ceny. Innymi słowy, MALDROBUD kalkuluje cenę dodając do kosztów kwotę oczekiwanego zysku. Tak skalkulowana kwota zysku daje się następnie przedstawić w postaci procentowej czy ułamkowej, co nie zmienia faktu, że nie jest to wartość procentu zysku narzuconego na koszty, czyli nie jest to metoda „koszt plus”. Uzasadnieniem przyjęcia takiej metody kalkulacji ceny jest to, że MALDROBUD jest zainteresowany uzyskiwaniem oczekiwanej rentowności sprzedaży wyrażającej się relacją ceny (przychodu) do kosztu a nie narzutem zysku na koszty wyrażającym się relacją zysku do kosztów. Żadne przepisy ani zasady nie ograniczają MALDROBUD w przyjmowaniu takiej metodologii, która z resztą jest powszechnie stosowana w praktyce i ekonomii. Przyjmując powyższe zasady metodologii kalkulacji ceny i zysku przez Przystępującego stwierdzić należy, iż jest ona logiczna, spójna, sprawdzalna i prawidłowa matematycznie.

W konsekwencji, Przystępujący stanowczo odrzuca spekulacje Odwołującego, co do stosowania przez MALDROBUD metodologii funkcjonującej pod nazwą reverse engineering, które to pojęcie nie wywodzi się z ekonomii, ale z inżynierii i dotyczy analizy

procesów wytwórczych a nie zjawisk ekonomicznych, na gruncie których nie jest znane ani stosowane.

W powyższym kontekście bez znaczenia pozostają wywody Odwołującego co do stosowania algorytmów arkusza excel. Nie mniej podkreślić należy, że z pewnością program excel może wykazać matematyczne prawidłowości kalkulacji MALDROBUD ponieważ są one przeprowadzone z wykorzystaniem działań matematycznych, co nie znaczy jednak, że konkluzje wyciągane przez GRAWIL są prawidłowe, a raczej że ma to służyć uprawdopodobnieniu z góry przyjętych, choć chybionych, tez.

Przystępujący kwestionuje również insynuacje Odwołującego co do braku odniesienia kosztów kalkulacyjnych do kosztów rzeczywistych. Jak była o tym mowa wcześniej, koszty MALDROBUD kalkulowane są w oparciu o dane z systemu ERP Xperstis firmy Assec. Dane systemowe umożliwiają analizę kosztów historycznych a także analizę planowania, wykonania i ewaluacji projektów od strony przychodowo-kosztowej w odniesieniu do poszczególnych pozycji kalkulacyjnych. Na tej bazie można analizować odchylenia i wnioskować o trendach. Dane do przedmiotowego postępowania przetargowego analizowane były i planowane właśnie w oparciu o tego typu analizy. Ponadto, dla uzasadnienia prawidłowości kalkulacji Przystępującego można odwołać się do powszechnie stosowanego źródła jakim jest Sekocenbud. Dla pierwszego kwartału 2019 r. a więc dla okresu, w którym była przygotowywana kalkulacja, średnia stawka robocizny kosztorysowej netto wynosiła 16 zł a brutto 24 zł dla robót inżynierskich. Jednocześnie minimalna ustawowa stawka godzinowa wynosiła 14.70 zł (zasadniczo dla robót nie wymagających specjalnych kwalifikacji). Ponieważ część prac przy realizacji zamówienia ma charakter specjalistyczny (inżynierski) a część niespecialistyczny (sprzątanie, koszenie), średnia stawka godzinowa zawierać się może na poziomie do 24 zł, a więc niższym niż zakładany przez MALDROBUD.

Analogicznie do wysokości stawki za roboczogodzinę przedstawia się sprawa stawki za maszynogodzinę pracy sprzętu. W przypadku samochodu dostawczego cena pracy według Sekocenbud dla pierwszego kwartału 2019 roku wynosiła od 50,92 zł za maszynogodzinę, przy czym w przypadku MALDROBUD uwzględniono dostępność własnych środków transportu (nie najem) oraz fakt, że MALDROBUD posiada własną stację paliw i niższe koszty zakupu paliwa oraz system monitorowania pracy urządzeń i zużycia paliwa on line na podstawie systemu sond i czujników.

Odnosząc się do zarzutu rzekomo błędnego wyliczenia ceny jednostkowej dla poz. 43 (zał. 3 do wyjaśnień) i nr 41 (zał. 4 do wyjaśnień) ponieść należy, iż Przystępujący właściwie skalkulował cenę dla tych pozycji, w oparciu o prawidłowe wskaźniki kosztorysowe z zachowaniem tzw. „*marginesu bezpieczeństwa*” pozwalającego na bezproblemowe realizowanie czynności polegającej na koszeniu traw i chwastów z pasa drogowego w ciągu

dróg krajowych. Zakładając, że dla wykonania koszenia 1 ha terenu niezbędna jest praca kosi spalinowej w wymiarze 14 roboczogodzin, jak najbardziej prawidłowe jest wyliczenie polegające na zapewnieniu obsługi w wymiarze 25 roboczogodzin. Wynika to z faktu, iż konkretny pracownik zanim uruchomi kosiarkę musi w ramach swojego wynagrodzenia dojechać z obwodu utrzymania do miejsca pracy, wykonać roboty przygotowawcze polegające na obsłudze codziennej urządzenia (ogłędziny wizualne sprzętu, sporządzenie mieszanki paliwowo-olejowej, uzupełnienie paliwa, uzupełnienie żyłki tnącej, a czasem wymiana głowicy z żyłkowej na talerzową lub gwiazdę, sprawdzenie świecy zapłonowej, filtra powietrza). Niektóre z tych czynności pracownik wykonuje kilka razy w ciągu jednej zmiany a po zakończeniu pracy musi jeszcze oczyścić urządzenia oraz powrócić do obwodu utrzymania. Dodatkowo, instrukcja obsługi dla kosiarek spalinowych wymaga, aby dokonywać cyklicznych przerw w pracy tych urządzeń ze względu na konieczność schłodzenia się silnika spalinowego oraz z powodu zmniejszenia negatywnych skutków wibracji dla operatora. Wszystkie te okoliczności wpływają na to, że liczba roboczogodzin jest w rzeczywistości większa niż liczba motogodzin, która jest związana sztywno z czasem pracy uruchomionego silnika kosi spalinowej.

Odwołując się prawidłowo skalkulował także pozycje związane z obustronnym myciem ekranów akustycznych zarówno dla Cz. 1 jak i 3. W formularzu cenowym 1a w kolumnie 4 podana jest „ilość jednostek elementów drogi do utrzymania” przez co należy rozumieć, że w tym miejscu Zamawiający podał ile danego elementu wyposażenia drogi znajduje się na konkretnym odcinku drogi. W kolumnie 5 podana jest natomiast „*ilość jednostek wymaganych do wykonania w ciągu roku*” przez co należy rozumieć, że Zamawiający podał jaki zakres prac przewiduje do realizacji dla danego elementu, który będzie wynagradzany i rozliczany w ramach robót rutynowych.

W Opisie Przedmiotu Zamówienia (OPZ) zarówno dla Części 1 jak i 3 opisane są wymogi (identyczne dla każdej z części) odnośnie realizacji pozycji związanej z myciem ekranów akustycznych na które składa się: lit. a) kompleksowe po zimowe mycie 1 raz w roku (w terminie do końca czerwca każdego roku) wszystkich ekranów akustycznych - dwustronnie, lit. b) interwencyjne mycie zanieczyszczonych ekranów akustycznych podczas patrolu drogi, w terminie do 7 dni od momentu stwierdzenia zabrudzenia elementu ekranu.

Wobec powyższego, mycie ekranów akustycznych nie ogranicza się jedynie do jednokrotnej czynności w ciągu roku, lecz do ciągłego utrzymania ekranów w czystości przez cały rok.

Różnica pomiędzy Cz. 1, a 3 polega na tym, iż Zamawiający w formularzu 1a dla Części nr 1 założył taką samą ilość mycia ekranów co ich powierzchnia - z czego można wnioskować, że w ramach robót rutynowych nie są przewidziane dodatkowe mycia ekranów w systemie interwencyjnym. Zamawiający ma możliwość zgodnie z OPZ takie mycia zlecać

w ramach robót strukturalnych. Natomiast dla Części nr 3 Zamawiający podał dwukrotnie większą ilość mycia w stosunku do powierzchni ekranów będących na wyposażeniu drogi. Z tego należy wnioskować, że dla tego zadania oprócz poziomowego kompleksowego mycia wszystkich ekranów, Zamawiający przewiduje w ramach robót rutynowych taką samą ilość prac w systemie interwencyjnym - faktyczne wykonanie będzie rozliczane na zasadach opisanych w OPZ.

Stwierdził, iż to Odwołujący błędnie interpretuje zapisy OPZ oraz bezzasadnie podważa wyliczenia MALDROBUD. Skoro postanowienia OPZ zawierające wymagania dla wykonywania przedmiotowych robót są identyczne zarówno dla Cz. 1, jak i 3 to nie ma najmniejszych powodów, aby różnicować cenę za wykonanie tych elementów dla poszczególnych zadań. W konsekwencji, to Odwołujący wykazał się niezrozumieniem przedmiotu zamówienia nie zaś Przystępujący.

Jednocześnie MALDROBUD zwraca uwagę, że Odwołujący dla Cz. 1, w formularzu 1a w poz. 30 „Mycie ekranów akustycznych - obustronnie” wycenił prace za 1 m² na kwotę 4 zł netto tj. dwukrotnie niżej niż Przystępujący. Tym bardziej zatem argumentacja GRAWIL w tym zakresie jest niezrozumiała i bezzasadna. To cenę GRAWIL należy uznać za rażąco niską w tej pozycji. Odwołujący bezpodstawnie domaga się podwojenia stawki jednostkowej dla tej pozycji przez MALDROBUD podczas gdy sam wycenia przedmiotową jednostkę na poziomie dwukrotnie niższym. Nie sposób zatem dopatrzeć się w powyższej argumentacji jakiegokolwiek logiki w kontekście twierdzeń o rażąco niskiej cenie w ofercie MALDROBUD.

MALDROBUD potwierdza, że w swoich wycenach (zał. 3 i 4 do wyjaśnień) ujął całkowite koszty wykonania danej pozycji w przyjętej w formularzu cenowym jednostce, w tym również wszelkie koszty towarzyszące zgodnie z wymaganiami Kontraktu. Wszystkie dokumenty i formularze zostały przygotowane oraz wypełnione prawidłowo, Zamawiający na żadnym etapie składania oferty oraz wyjaśnień ceny nie wymagał od Przystępującego przedstawienia kosztorysu szczegółowego z rozbiciem cen jednostkowych na poszczególne składowe w takiej formie jak żąda tego GRAWIL w odwołaniu. Przedstawienie wyliczeń w formie kosztów zryczałtowanych nie jest równoznaczne z pominięciem niektórych składników cenotwórczych.

Przywołany przez GRAWIL pkt 15.8. IDW odnosi się do zasady niezmienności ceny ofertowej, tj. braku możliwości późniejszego wnioskowania o zmianę ceny z tytułu pokrycia kosztów, które nie zostały ujęte w koszcie jednostkowym składającym się na cenę jednostkową. Skoro warunki przygotowania oferty nie przewidywały konieczności wyodrębniania osobno kosztów bezpośrednich i pośrednich, a tym bardziej *“towarzyszących”* a nakazywały obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji, także w przypadku kosztów zryczałtowanych, jak choćby w pkt 15.1. IDW i skoro Maldrobud tak to właśnie przedstawił, to wszelkie zarzuty GRAWIL w tym zakresie należy uznać za chybione.

Abstrahując od powyższego należy także wskazać, że Odwołujący używając jednocześnie pojęć: koszty stałe, koszty pośrednie i koszty towarzyszące zdaje się nie do końca rozumieć i dokonywać rozróżnienia kategorii pojęciowych którymi operuje. Ma to jednak istotne znaczenie dla oceny merytorycznej tego odwołania, ponieważ czym innym są koszty bezpośrednie i pośrednie, czym innym koszty stałe i zmienne a czym innym koszty towarzyszące. W praktyce mogą występować koszty stałe bezpośrednie i stałe pośrednie, koszty zmienne bezpośrednie i koszty zmienne pośrednie itd. Zagadnienie kosztów towarzyszących wymaga odrębnego komentarza ponieważ mimo, że występuje w SIWZ nie ma tam swojej definicji. Nie ma też definicji w rachunkowości ani rachunkowości zarządczej czy rachunku kosztów. Część komentatorów utożsamia pojęcie kosztów towarzyszących z pojęciem prac towarzyszących na gruncie kosztorysowania. Jednak nie odpowiada to w pełni pojęciu kosztów pośrednich czy bezpośrednich w ujęciu ekonomicznym. Pojęcie to jest kalką angielskiego pojęcia associated costs. Biorąc pod uwagę brak konsekwencji GRAWIL w posługiwaniu się terminami ekonomicznymi, trudno w istocie jednoznacznie zrozumieć treść stawianego zarzutu i wyciąganych na tej bazie wniosków.

Ustosunkowując się do zarzutu rażąco niskiej ceny wywodzonej przez Odwołującego z cen jednostkowych przytoczonych w odwołaniu wskazać należy co następuje. Przyjmując metodologię Odwołującego, procentowy udział poz. nr 44 formularza cenowego 1b dla Robót Strukturalnych *„Wymiana uszkodzonych (zniszczonych) słupów oświetleniowych, wsporników wraz z instalacją, osprzętem i zabezpieczeniem”* w wartości netto dla całego kontraktu w ofercie MALDROBUD to zaledwie 0,29 %. Pozycja ta nie może być zatem uznana za miarodajną i rzutującą na cenę oferty. Niemniej jednak Odwołujący potwierdza, że może z powodzeniem czynności przewidziane wskazaną pozycją wykonywać za zaoferowaną stawkę zaś zestawienia cen do których odwołuje się GRAWIL jako nie poparte żadnymi dowodami należy uznać za twierdzenia gołosłowne i za czynniki właściwe tylko dla tego konkretnego wykonawcy. Analogicznie należy ocenić argumentację Odwołującego do pozycji wymienionych w Pkt 70 odwołania. GRAWIL odwołuje się do rozeznania rynku, który przeprowadzić miał wyłącznie na własne potrzeby nie prezentując żadnych jego wyników. Nawet jeśli GRAWIL faktycznie takimi rozeznaniem dysponuje to i tak nie mogą one przesądzać o rażąco niskiej cenie w ofercie MALDROBUD.

Dalej, w Pkt 72 Odwołujący podważając cenę jednostkową dla poz. 44 robót strukturalnych porównuje cenę zaoferowaną przez MALDROBUD w tej pozycji z cenami pobranymi z innych postępowań starając się w ten sposób udowodnić, iż rynkowa cena na wykonanie roboty polegającej na ustawieniu lub wymianie kompletnego słupa oświetleniowego jest wielokrotnie wyższa.

Wyjaśnił, że na podstawie dokumentacji przetargowej nie można zakładać, jak wydaje się to czynić Odwołujący, że za każdym razem kiedy zajdzie potrzeba wymiany

uszkodzonego elementu - będzie to zawsze oraz tylko i wyłącznie pełny komplet: tj. słup z wysięgnikiem, instalacją, osprzętem i zabezpieczeniem. Pozycja została opisana w OPZ ten sposób, że należało wycenić wymianę uszkodzonych elementów w jednostce: sztuka - w nawiasie zostały wymienione te elementy: zniszczone słupy oświetleniowe, bądź po przecinku: wsporniki. Wymiana ma odbywać się na zasadzie opisanej w OPZ - dla robót strukturalnych w ramach faktycznych potrzeb na podstawie wystawionych zleceń przez Zamawiającego. Dodatkowo należy nadmienić, iż Zamawiający nie umieścił szczegółowych wytycznych, dotyczących przedmiotowego zakresu prac. MALDROBUD kalkulując cenę jednostkową mógł zatem przyjąć, iż zlecane naprawy będą obejmowały wymianę tylko tych elementów, które rzeczywiście będą tego wymagały a nie - jak wydaje się błędnie założył Odwołujący - tylko i wyłącznie pełne komplety. Bezzasadnym oraz ekonomicznie nieuzasadnionym byłoby kalkulowanie wymiany całego kompletu w przypadku gdy uszkodzony byłby jedynie np. wspornik lampy. Takie podejście powoduje bezzasadne zawyżanie ceny oraz generuje dodatkowe koszty dla Zamawiającego.

W odpowiedzi na zarzut, że na innych kontraktach MALDROBUD stosował wyższe ceny dla tego typu prac należy zwrócić uwagę na to, że kontrakty do których odwołuje się GRAWIL nie miały charakteru utrzymaniowego tylko inwestycyjny. Zamawiający podawali tam szczegółowe wytyczne do kalkulowania ceny w tym za: opracowanie oraz prowadzenie dokumentacji, organizację zaplecza budowy, uzgodnienia z zakładami energetycznymi, dokonanie pomiarów i sprawdzeń wraz ze sporządzeniem geodezyjnej dokumentacji powykonawczej itd. Prace o charakterze utrzymaniowym w tym konkretnym zamówieniu nie mogą być zatem porównywane do prac w kontraktach inwestycyjnych, co potwierdza bezzasadność zarzutu Odwołującego.

Przystępujący pragnie w tym miejscu jeszcze zwrócić uwagę, iż to Odwołujący w tożsamych rodzajowo kontraktach stosuje dla analogicznych pozycji zupełnie odmienne stawki cenowe co może wzbudzać daleko idące wątpliwości. I tak, w ofercie na *„Catoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze wraz ze wszystkimi elementami z podziałem na 4 części zamówienia”*, poz. nr 54 kosztorysu ofertowego dla robót strukturalnych: *„wykonanie znaków aktywnych wraz z zasilaniem”* Odwołujący wycenił na kwotę 5.508 zł podczas gdy analogiczną pozycję, oznaczoną nr 40, ujętą w formularzu cenowym 1b dla robót strukturalnych dla Cz. 3 niniejszego zamówienia GRAWIL wycenił na kwotę 1.647 zł a zatem trzykrotnie niżej. Przytoczył wyrok KIO z 26.04.2019 r., sygn. akt: KIO 686/19.

Biorąc pod uwagę, że wyjaśnieniom Przystępującego nie można przypisać cech ogólności, braku kalkulacji wymaganych przez Zamawiającego, a tak Odwołujący jak i Przystępujący oparli swoje oferty w części na innych założeniach, co do oczekiwań Zamawiającego lub inaczej przedstawiali zagadnienia związane z poszczególnymi kosztami,

to jednak przesłanka z art. 90 ust. 3 Pzp pozwala na odrzucenie oferty jedynie w przypadku, gdy wyjaśnienia nie zostały złożone (lub jak wynika z orzecznictwa Izby choć wyjaśnienia złożono, to ich charakter jest tak ogólny, że pozwala na przyjęcie, że nie zostały złożone). Drugim przypadkiem odrzucenia oferty z art. 90 ust. 3 Pzp jest sytuacja, gdy wyjaśnienia wraz z dowodami potwierdzają, że oferta zawiera cenę rażąco niską lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, a ta okoliczność w ocenie Przystępującego nie zachodzi. Na podstawie wyjaśnień Przystępującego takich wątpliwości nie można powziąć, są one spójne i logiczne, co więcej udowodnione w zakresie ponoszonych kosztów.

Nietrafionym jest również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania i w konsekwencji odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z treścią SIWZ z uwagi na nieuwzględnienie wyceny wszystkich elementów zamówienia wymienionych w formularzach cenowych (nieuwzględnienie w ofercie prac wynikających z poz. nr 26 formularza nr 1a UTRZYMANIE RUTYNOWE DROGI EKSPRESOWEJ S-6 (bez obiektów inżynierskich) REJON W KOSZALINIE odc. S6 m. Sianów ul. Dworcowa - Węzeł Sianów Wschód / bez węzła/).

Nie polega na prawdzie twierdzenie Odwołującego jakoby MALDROBUD miał nie uwzględnić w ofercie prac wynikających z poz. nr 26 formularza nr 1a UTRZYMANIE RUTYNOWE DROGI EKSPRESOWEJ S-6 (bez obiektów inżynierskich) REJON W KOSZALINIE odc. S6 m. Sianów -ul. Dworcowa - Węzeł Sianów Wschód (bez węzła). Poz. nr 26 jest ujęta w załączniku i została w niej przyjęta cena jednostkowa 0 zł. Przyjęcie stawki 0 zł nie może być utożsamiane z całkowitym pominięciem tej pozycji jak stara się to wyinterpretować Odwołujący. Dla przedmiotowej interpretacji nie ma jednak żadnych podstaw w postanowieniach IDW SIWZ, czy też w odpowiedziach udzielonych przez Zamawiającego na pytania wykonawców. Przytoczył wyrok KIO z 25.02.2019 r., sygn. akt: 2019 r., sygn. akt: KIO 259/19. Odnosząc powyższe do przedmiotowej sprawy należy zatem zauważyć, że w treści SIWZ Zamawiający:

- 1) nie zakazał wyceny pozycji na 0 zł,
- 2) nie nakazał stosowania do wyceny wyłącznie cen dodatnich,
- 3) nie zastrzegł, że wycena danej pozycji na 0 zł skutkować będzie odrzuceniem oferty,
- 4) nie zakazał ujęcia ceny danej pozycji w innej pozycji formularza nr 1a. W tej sytuacji nie można stwierdzić, że oferta Przystępującego z powodu wpisania w jednej pozycji jednego z formularzy ceny 0 zł, jest niezgodna z jakimkolwiek postanowieniem SIWZ.

Odnosząc się do poszczególnych postanowień SIWZ, na które wskazał Odwołujący, należy stwierdzić, co następuje. Nie można zgodzić się z Odwołującym, że wpisanie w jednej pozycji jednego z formularzy cenowych 0 zł jest niezgodne z pkt 15.2.8 oraz pkt 15.5 IDW SIWZ. Postanowienia te o jednakowej treści: „Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić wszystkie pozycje opisane w formularzach cenowych. Wykonawca nie może

samodzielnie wprowadzić żadnych zmian do formularzach cenowych”, mogą co najwyżej dotyczyć sytuacji, gdy wykonawca w danej pozycji nie wpisze jakiegokolwiek ceny, czyli zostawi puste miejsce w formularzu, tudzież złoży formularz który w ogóle nie będzie przewidywał danej pozycji. Postanowienie to nie dotyczy natomiast sytuacji, gdy wykonawca wpisze cenę, nawet jeśli tą ceną jest 0 zł. Tym samym oferta Przystępującego z wyceną jednej pozycji na 0 zł nie jest niezgodna z pkt 15.2.8 czy też pkt 15.5 IDW SIWZ.

Nie można także zgodzić się z odwołującym, że wpisanie ceny 0 zł świadczy o braku wycenienia danej pozycji. 0 zł też jest rodzajem wyceny i - jak wskazano powyżej - wycena taka nie została zakazana przez Zamawiającego.

Nie można się również zgodzić z Odwołującym, że o niezgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ świadczy odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 9 z pisma z 02.04.2019 r. Należy podkreślić, że odpowiedź udzieloną przez Zamawiającego należy rozumieć w kontekście zadanego przez wykonawcę pytania. Pytanie dotyczyło natomiast odpowiedniego zakwalifikowania i samego obowiązku złożenia formularza nr 1a, nie zaś sposobu wyceny jakichkolwiek pozycji w tym formularzu. Dlatego też odpowiedź Zamawiającego, w której wskazano na konieczność złożenia formularza nr 1a wraz z podaniem cen jednostkowych dla danej pozycji, należy rozumieć jako odnoszącą się do obowiązku jego złożenia a nie do jego treści, w tym sposobu wyceny pozycji. W tym miejscu zauważyć również należy, iż Zamawiający w kolejnych odpowiedziach na pytania wykonawców potwierdzał, iż pozycje zawarte w tych formularzach mają charakter przedmiarów oraz, że należy je traktować jako pozycje ryczałtowe a wysokość ryczałtu może różnić się przede wszystkim ze względu na niezrealizowanie określonej pozycji w danym roku (por. odpowiedź na pytania nr 130 i nr 133 w piśmie z 28.05.2019 r. odpowiedź na pytanie nr 154 z pisma z dnia 06.06.2019 r.). Pozycja nr 26 dla tego konkretnego formularza przewiduje w ciągu roku jednokrotne wykonanie usługi polegającej na utrzymaniu przejść dla zwierząt dla wskazanego odcinka drogi. W przypadku konieczności zrealizowania tej czynności na wskazanym odcinku Wykonawca nie obciąży z tego tytułu Zamawiającego. Podkreślenia natomiast wymaga, iż na kolejnych odcinkach drogi (tam gdzie podana jest większa krotność czynności) przystępujący wycenił przedmiotową usługę na poziomie 1500 zł. Ze względu na ryczałtowy charakter pozycji nie ma żadnych przeciwwskazań dla uwzględnienia w tej kwocie kosztu jednokrotnego wykonania czynności dla odc. S6 m. Sianów - ul. Dworcowa - Węzeł Sianów Wschód (bez węzła).

W świetle powyższego, przytoczone przez Odwołującego orzecznictwo KIO odnoszące się do charakteru kosztorysów ofertowych nie może stanowić argumentacji za odrzuceniem oferty Przystępującego jako niezgodnej z SIWZ w niniejszym postępowaniu. Wskazane orzeczenia zostały wydane na kanwie odmiennych stanów faktycznych od niniejszego. O ile bowiem nawet przyznając rację Odwołującemu co do znaczenia załącznika

nr la jako integralnej części oferty, to w żadnej mierze nie sposób uwzględnić jego twierdzeń odnośnie pominięcia przez Przystępującego wyceny jakiegokolwiek pozycji w przedmiotowym załączniku, w tym także pozycji nr 26. Twierdzenie to uznać należy za wyraz daleko idącej nadinterpretacji Odwołującego, która w realiach tego konkretnego postępowania nie może być uwzględniona. Przystępujący wskazał także na wyrok KIO z 07.08.2014 r., sygn. akt: KIO 1515/14.

Postępowanie o zamówienie publiczne, co do zasady realizuje się poprzez przystąpienie do jednostronnie określonych przez zamawiającego warunków, zaś przedmiot tego zamówienia jest przez zamawiającego narzucony. Wykonawcy mają zazwyczaj tylko swobodę zaoferowania świadczenia w formie odpowiedniej dla danej specyfikacji robót. Pominięcie pozycji poprzez jej niewycenienie wprost - oznacza tyle, że wykonawca jest zobowiązany wykonać zamówienie zgodnie z jego zakresem opisanym w projekcie budowlanym oraz specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót, przy czym nie będzie się za to należało odrębne wynagrodzenie. Brak jest w takiej sytuacji podstaw do wnioskowania, że niewycenienie pewnych pozycji kosztorysu jest tożsame z oświadczeniem o zamiarze niewykonania pewnych prac wynikających z specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dlatego też, zdaniem KIO pominięcie wyceny niektórych pozycji należy traktować, jak wycenienie danej pozycji w kwocie 0,00 zł, bądź też, że wycena danej pozycji została ujęta w innych wycenionych pozycjach. Podobne stanowiska zajęła KIO w wyrokach: z 15.10.2010 r., sygn. akt: KIO 2136/10, z 11.03.2011 r., KIO 385/11, KIO 386/11, KIO 393/11, KIO 406/11, z 04.03.2011 r., sygn. akt: KIO 333/11, KIO 335/11, z 14.04.2011 r., sygn. akt: KIO 689/11, z 08.05.2014 r., sygn. akt: KIO 793/14.

Odnosząc się do zarzutu, jakoby w ww. sytuacjach, a szczególnie przy poprawie pozycji kosztorysu poprzez wpisanie wartości 0 nie mamy tutaj do czynienia z omyłką o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz, że w wyniku dokonanych zmian została wytworzona nowa treść oferty, za orzecznictwem KIO stwierdził, że stanowisko takie jest niezasadne i uznał, że relatywnie często spotykanym przy wymaganium w postępowaniu, złożenia kosztorysu opracowanego na podstawie przedmiaru robót, jest pominięcie pewnych pozycji lub kwot, czy podanie kwoty 0 zł wartości jednostkowej. Pominięcia takie następują częstokroć z powodu przeoczenia, skutkiem uwarunkowań technicznych programu kalkulacyjnego wykorzystywanego przez wykonawcę lub ujęcia wartości jednej pozycji w cenie innej pozycji z nią związanej.

W dniu 08.11.2019 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie w całości odwołanie. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu. Odnośnie naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust.3 Pzp

poprzez zaniechanie ich zastosowania i odrzucenia ofert wykonawców Maldrobud (cz. 1- 3) oraz Trans- Masz (cz. 3) na skutek niezasadnego uznania, że wyjaśnienia złożone przez tych Wykonawców potwierdzają, że złożone przez nich oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny. W ocenie Zamawiającego zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający w sposób wszechstronny i z uwzględnieniem wszystkich czynników dokonał oceny złożonych przez Wykonawców wyjaśnień i prawidłowo podjął decyzję o braku podstawy prawnej dla odrzucenia ofert wykonawców Maldrobud i Trans Masz. Stosownie do treści art. 90 ust.3 Pzp. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. W przypadku zatem gdy Wykonawca udzielił wyjaśnień, Zamawiający nie może uznać, że takich wyjaśnień brak, nawet jeżeli są lakoniczne. Wyjaśnienia te podlegają natomiast ocenie pod kątem treści art. 90 ust. 3 Pzp. Co nie jest sporne, zarówno Maldrobud, jak i Trans Masz udzielili Zamawiającemu wyjaśnień w odpowiedzi na wezwania. Istota sporu sprowadza się zatem do ustalenia czy Zamawiający dokonał odpowiedniej oceny przedstawionych wyjaśnień i czy pierwotne wątpliwości co do możliwości wykonania za tę cenę przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w przepisach oraz SIWZ potwierdziły się, czy też istnieje racjonalne wytłumaczenie zaistniałej sytuacji. Zauważyć należy, że Zamawiający, na tym etapie postępowania, nie pozostaje z wykonawcą w formalnym sporze a tym samym nie jest i nie powinno być jego rolą dążenie do odrzucenia oferty, wobec której zaistniały wątpliwości, lecz obiektywna weryfikacja tych wątpliwości poprzez analizę przedłożonych wyjaśnień. Niewątpliwie to do obowiązków Wykonawcy należy przedstawienie pisemnych wyjaśnień, zarówno w postaci uzasadnienia zastosowania takiej, a nie wyższej ceny, jak również w formie odpowiednich dowodów, przy czym użycie w art. 90 ust. 1 Pzp sformułowania „zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów” wskazuje, iż dowody traktowane są jako element wyjaśnień wykonawcy. Brak zatem dowodów, jak zdaje się wywodzić Odwołujący, nie może dyskwalifikować złożonych wyjaśnień. W piśmiennictwie najczęściej wskazuje się, że z uwagi na cel regulacji art. 90 ust.3 Pzp, za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. W komentarzach do prawa europejskiego ofertę rażąco niską definiuje się zwykle przez pryzmat podejrzenia, iż wykonawca nie będzie w stanie należycie wykonać zamówienia na zaoferowanych warunkach lub też w trakcie realizacji będzie poszukiwał dodatkowych płatności, względnie korzysta z bezprawnej pomocy publicznej. Stąd weryfikacja ceny, jako rażąco niskiej odnosi się do rzeczywistych kosztów jego realizacji. Jeśli bowiem wysokość oferowanej ceny nie zapewni dostatecznego pokrycia

wszystkich kosztów realizacyjnych, wykonawca chroniąc się przed stratą transakcyjną, posuwa się zazwyczaj do niedopuszczalnych oszczędności ilościowo-jakościowych, ze szkodą dla interesu publicznego. Z tych też względów Zamawiający uprawniony jest do odrzucenia oferty nie wtedy gdy jej cena jest istotnie niższa w stosunku do pozostałych ofert, ale wyłącznie gdy zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, a dokładniej do jego wartości rynkowej. Wielokrotnie również KIO orzekała, że Zamawiający nie może zastosować automatyzmu odrzucenia oferty z ceną podejrzaną o rażąco niską cenę lub koszt. W ocenie KIO przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp ma charakter eliminacyjny i musi być wykładany w sposób ścisły, jak wszystkie przesłanki odrzucenia ofert, które nie mogą być wykładane sprzecznie z celem ustawy, którym jest wyłonienie konkurencyjnie wybranego wykonawcy. Reasumując powyższe, dla odrzucenia oferty Zamawiający musi mieć pewność, że za cenę zaoferowaną przez wykonawcę zamówienia nie da się prawidłowo wykonać lub, że kalkulowany koszt nie umożliwi pokrycia wydatków związanych z wykonaniem zamówienia w sposób prawidłowy.

Wyjaśnienia Maldrobud

Zamawiający nie podziela stanowiska Odwołującego, że złożone przez Maldrobud wyjaśnienia nie odnoszą się do wycenionego przedmiotu zamówienia. W złożonych wyjaśnieniach, Wykonawca dla wykazania, że zaproponowana przez niego cena nie ma charakteru ceny rażąco niskiej, posłużył się pojęciem kilometromiesiąc. Zauważyć należy, że sposób wykazania, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej należy do Wykonawcy, W ocenie Zamawiającego, mając na uwadze charakter umowy oraz sposób zapłaty wynagrodzenia miesięcznego, określone w § 4 umowy, tak przyjęty sposób argumentacji nie mógł zostać zakwestionowany. IMie be2 znaczenie jest fakt, że Wykonawca ten jest niewątpliwie jedną z najbardziej doświadczonych w kraju firm w zakresie realizacji umów dot. utrzymania dróg publicznych, w tym dróg krajowych klasy S, o charakterze obszarowym lub pokrewnym (utrzymaj standard). Wbrew stanowisku Odwołującego, okoliczność, że Wykonawca realizuje i realizował w sposób prawidłowy podobne zamówienia w ramach zaoferowanej w przetargu ceny kontraktowej, w ocenie Zamawiającego ma znaczenie w procesie oceny wyjaśnień wykonawcy, albowiem tworzy, będące wynikiem wnioskowania wyprowadzonego ze stanu wiedzy, doświadczenia życiowego i praw logiki, domniemanie faktyczne, że przyjęty przez Wykonawcę sposób kalkulacji kosztów utrzymania drogi odzwierciedla ponoszone przez niego faktycznie koszty. Z przedstawionego przez Wykonawcę zestawienia porównawczego kosztów realizacji robót o podobnym charakterze (realizowanych nie tylko przez tego Wykonawcę) wynika, iż dla aktualnie realizowanego zadania na: „Całoroczne, kompleksowe utrzymanie drogi ekspresowej S3 na odcinku od węzła Klucz km 0+000 (z węzłem) do węzła Myślębórz km 54+012 (z węzłem) wraz ze wszystkimi jej elementami", w którym Zamawiającym jest GDDKiA O. SZCZECIN,

a Wykonawcą: Konsorcjum: Saferoad Grawil Sp. z o.o., Saferoad Kabex Sp. z o.o. stawka za kilometromiesiąc wynosi: 9,208,16 zł. Natomiast stawka za kilometromiesiąc zaproponowana przez „MALDROBUD”: dla części nr 1 niniejszego zamówienia wynosi 15.898,50 zł a dla części nr 3 niniejszego zamówienia wynosi 12.290,45 zł. Przyjmując za odniesienie wysokości stawek kilometromiesiaca, Zamawiający ocenił, że Wykonawca złożył swoją ofertę na poziomie wyraźnie wyższym, tj. odpowiednio o 72,6 % i 33,4 % od ceny obecnie realizowanego zamówienia na utrzymanie trasy S3 Szczecin-Gorzów o długości 54,012 km. Dodatkowo zauważyć należy, że na koszt utrzymania drogi S-3 niewątpliwie ma wpływ fakt, że jest ona eksploatowana od około 9 lat i w związku z tym Wykonawca dokonując szacowania ceny, niewątpliwie uwzględnił konieczność wykonywania prac remontowych. Niniejszym postępowanie dotyczy natomiast utrzymania drogi, która dopiero została oddana do ruchu. Tym samym, w ocenie Zamawiającego, biorąc również pod uwagę zaistniałe po roku 2015 zmiany uwarunkowań rynkowych (wzrost kosztów robocizny, cen paliw) nie można było uznać, że zaoferowana cena nie umożliwia Wykonawcy pokrycia w sposób prawidłowy wydatków związanych z wykonaniem zamówienia. Mając na uwadze powyższe, uznać należy, że złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia nie potwierdziły, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Tym samym nie została spełniona przesłanka art. 90 ust. 3 Pzp. Odnosząc się do zarzutów dot. rażąco niskiej cen jednostkowych, Zamawiający podnosi, że zgodnie z treścią art. 190 ust. 1a pkt 1 Pzp, ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. Wykonawca zgłosił przystąpienie do niniejszego postępowania a tym samym, jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. W konsekwencji to na tym podmiocie spoczywa ciężar udowodnienia, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Wyjaśnienia Trans Masz

Pismem z 09.08.2019r, wobec faktu, że cena oferty tego Wykonawcy była niższa o 32,02% niższa od wartości zamówienia, Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień do realności wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, w ramach zaoferowanej ceny. Wykonawca złożył wyjaśnienia w dniu 16.08.2019r. Oceny tych wyjaśnień, Zamawiający dokonał mając na względzie zarówno fakt, że cena oferty jedynie nieznacznie przekraczała wielkość 30% w stosunku do wartości zamówienia, jak również stopień ogólności przekazanych Wykonawcy wątpliwości Zamawiającego oraz fakt, że zaoferowana cena jest ceną niższą od nie uznanej za rażąco niską cenę Maldrobud.

Zamawiający w analizie złożonych wyjaśnień odniósł zaoferowaną cenę do pojęcia stawki utrzymania w postaci kilometromiesiaca, dla aktualnie realizowanych zadań. Obecnie realizowane przez konsorcjum Saferoad Grawil Sp. z o.o., Saferoad Kabex Sp. z o.o zdanie „Całoroczne, kompleksowe utrzymanie drogi ekspresowej S3 na odcinku od węzła Klucz km

0+000 (z węzłem) do węzła Myślibórz km 54+012 (z węzłem) wraz ze wszystkimi jej elementami", stawka za kilometromiesiąc wynosi: 9.208,16 zł. Natomiast stawka za kilometromiesiąc zaproponowana przez „Transmasz”: dla części nr 1 niniejszego zamówienia wynosi 16971,76 zł; dla części nr 2 niniejszego zamówienia wynosi 19486,51,76 zł a dla części nr 3 niniejszego zamówienia wynosi 37559,79 zł. Niniejsze stawki opierają się o kwoty ofertowe zweryfikowane przez Zamawiającego. Przyjmując za odniesienie wysokości stawek tzw. kilometromiesiaca, można stwierdzić iż f-ma Transmasz złożyła swoją ofertę na poziomie wyraźnie wyższym, tj. odpowiednio o 84,31 % ; 211,6% oraz 408,0 % wobec zbieżnego w charakterze, obecnie realizowanego utrzymania trasy S3 Szczecin-Gorzów o długości 54,012 km. Zamawiający przeprowadził również analizę porównawczą zaoferowanych kwot w przeliczeniu na koszt utrzymania 1 km drogi w okresie miesiąca, obecnie realizowanych podobnych kontraktów na terenie innych Oddziałów. Analiza ta potwierdziła, że ceny ofert tak Maldrobudu, jak i Trans -Maszu są cenami rynkowymi.

Odnośnie naruszenie Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania, w sytuacji, gdy oferta Maldrobud dla części 2 jest niezgodna ze siwz albowiem w poz. nr 26 formularza Ia na utrzymanie rutynowe drogi ekspresowej S-6 na odcinku Sianów ul. Dworcowa- Węzeł Sianów Wschód, nie uwzględnia wszystkich elementów zamówienia wymienionych w formularzach cenowych; Zamawiający podnosił, że zarzut ten nie znajduje tak uzasadnienia w okolicznościach faktycznych sprawy, jak i pozbawiony jest podstawy prawnej. W pierwszej kolejności zauważył, że przewidziane w art. 89 ust. 1 Pzp odrzucenie oferty, skutkuje wyeliminowaniem tej oferty. Zatem tak istotna w skutki czynność Zamawiającego, jaką jest odrzucenie oferty, w przypadku art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, może być podjęta wyłącznie wtedy, gdy zachodzi niewątpliwa i jednoznaczna niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. W utrwalonym orzecznictwie uznaje się, że niezgodność ta polegać musi na niezgodności zobowiązania, które przyjmuje na siebie w ofercie Wykonawca, z zakresem zobowiązania które Zamawiający opisał w SIWZ, przy czym oceny niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, dokonywać należy z uwzględnieniem definicji zawartej w art. 66 k.c. a zatem jako deklarowane przez Wykonawcę spełnienie wymagań Zamawiającego co do zakresu, ilości, jakości i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Odnosząc powyższe do postawionego Zamawiającemu zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zauważyć należy, że zarzut ten związany jest ze sposobem wypełnienia przez Maldrobud poz. 26 formularza Ia „utrzymanie rutynowe drogi ekspresowej S-6 bez obiektów inżynierskich o Rejon w Koszalinie od. S-6 m. Sianów ul. Dworcowa -Węzeł Sianów Wschód /bez węzła/ w której to pozycji Wykonawca podał jako cenę jednostkową „0”. Nie jest zatem zgodnym ze stanem faktycznym twierdzenie, że Wykonawca nie wycenił pozycji 26. W ocenie Zamawiającego, podanie wartości jednostkowej w kwocie „0” nie stanowi o niemożności realizacji zamówienia zgodnie

z wymogami siwz. Nie można także zgodzić się z odwołującym, że wpisanie ceny 0 zł świadczy o nieuwzględnieniu wszystkich pozycji opisanych w formularzach cenowych wyceny danej pozycji. Kwota „0 zł” też jest rodzajem wyceny i jako taka nie została zakazana przez zamawiającego. Zauważyć przy tym należy, że kwota z poz. 26 jest jedynie elementem składowym ceny za wykonanie jednej z grup robót a w konsekwencji Cyklicznego Wynagrodzenia. Na etapie rozliczenia wynagrodzenia miesięcznego Wykonawcy, nie będzie ono miało żadnego wpływu na jego wysokość.

Odnośnie zarzutu naruszenia Art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania, w sytuacji gdy Wykonawca Trans-Masz (cz.2) nie wyraził zgody na dokonanie przez Zamawiającego poprawek w trybie art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp. Zamawiający podnosi w pierwszej kolejności zarzut brak interesu Odwołującego we wniesieniu odwołania w odniesieniu do oferty firmy Tans Masz złożonej dla cz. 2. Wbrew bowiem twierdzeniu Odwołującego, oferta tego Wykonawcy została sklasyfikowana na pozycji niższej niż oferta Odwołującego. Niezależnie od powyższego, Zamawiający podnosi co następuje. Z treści odwołania wynika, że Odwołujący odnosi się do czynności -Zamawiającego dokonanej w dniu 04.09.2019r. Nie można zgodzić się twierdzeniem Odwołującego, że bezczynność Wykonawcy jest równoznaczna z brakiem jego zgody na dokonane przez Zamawiającego poprawki, a tym samym wyczerpane zostają przesłanki art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp. Uwzględniając skutek w postaci wyeliminowania oferty z przetargu, utrwalona w orzecznictwie wykładnia normy tego przepisu prowadzi do wniosku, że po to, aby poprawiona oferta pozostała w postępowaniu nie jest wymagana od wykonawcy żadna reakcja, Wielokrotnie już KIO wypowiedała się, że nawet w sytuacji gdy Zamawiający w zawiadomieniu i poprawieniu omyłki zawiera prośbę o przesłanie zgody, jej nadesłanie tak po upływie 3 dniowego terminu jak i bierne zachowanie Wykonawcy nie upoważniają Zamawiającego do zastosowania sankcji w postaci odrzucenia oferty.

Odnośnie zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22a ust.4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Wykonawcy Trans Masz pomimo, że Wykonawca ten nie wykazał, że podmiot trzeci (BIG) na którego potencjale polega w celu spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, zrealizuje usługi do realizacji których niezbędny jest potencjał tego podmiotu, a co za tym idzie, że użyczenie ma charakter realny; Zgodnie z art. 24aa Pzp. Zamawiający może, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu. W niniejszym postępowaniu, Zamawiający przewidział taką możliwość w pkt 9.6. SIWZ. W tej sytuacji, Zamawiający w pierwszej kolejności dokonał oceny złożonych ofert w zakresie przesłanek

odrzućenia ofert a następnie ustalił, która z nieodrzuconych ofert została najwyżej oceniona. Co nie jest sporne, w niniejszym postępowaniu, oferta Trans Masz nie została oceniona najwyżej, a tym samym Zamawiający nie dokonywał oceny podstaw dla ewentualnego wykluczenia tego Wykonawcy. W tej sytuacji uznać należy zarzut odwołania dotyczący niewykluczenia wykonawcy Trans Masz za przedwczesny. Zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 24aa ust. 2 Pzp, jeżeli wykonawca wyłoniony z zastosowaniem procedury odwróconej uchyla się od zawarcia umowy lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może zbadać, czy nie podlega wykluczeniu oraz czy spełnia warunki udziału w postępowaniu wykonawca, który złożył ofertę najwyżej ocenioną spośród pozostałych ofert. Zatem dopiero na tym etapie dochodzi do weryfikacji podmiotowej wykonawcy, który uplasował się na kolejnej pozycji listy rankingowej, a także ostatecznej oceny zgodności treści oferty z wymaganiami zamawiającego. A contrario zatem; Zamawiający nie bada i nie ocenia w tym zakresie innych ofert, tak długo jak nie wyczerpią się przesłanki określone w tym przepisie. W realiach niniejszej sprawy zatem, dopiero gdyby z firmą Maldrobud nie została podpisana umowa i Zamawiający dokonałby czynności badania oferty Trans Masz pod kątem wystąpienia przesłanek dla wykluczenia tego wykonawcy, otworzyłaby się droga do zaskarżenia czynności wykluczenia lub nie wykluczenia tego wykonawcy z tego postępowania. Niezależnie od powyższego, Zamawiający wskazał na wyrok KIO z 20.07.2018r., sygn. akt: KIO 1336/18. Wobec powyższego, za-w pełni aktualne uznać należy twierdzenie TSUE z wyroku C-324/14, że o ile oferent musi udowodnić, że rzeczywiście dysponuje zasobami tych podmiotów, które to zasoby nie stanowią jego własności, a są niezbędne do wykonania odnośnego zamówienia, to jednak ma on swobodę wyboru, po pierwsze, charakteru prawnego powiązań, które zamierza ustanowić z innymi podmiotami, na których zdolnościach polega w celu wykonania tego zamówienia, i po drugie środka dowodowego na wykazanie tych powiązań. Należy zatem uznać, że dopuszczalne jest udzielenie zasobu doświadczenia w sytuacji realizacji robót przez podmiot, niezależnie od tego, w jakim charakterze podmiot ów będzie roboty realizował, o ile nie uczyni to udostępnienia zasobów pozornym. W przypadku pośredniego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia o takim dysponowaniu rozstrzyga więź prawna istniejąca pomiędzy wykonawcą a podmiotem trzecim. W takim przypadku tytułem prawnym do powołania się przez wykonawcę na dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest stosowne zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia tych osób. Pzp nie zastrzega żadnych szczególnych wymogów prawnych co do charakteru tego zobowiązania. Oznacza to, że zobowiązanie takie może wynikać z różnych stosunków pranych łączących wykonawcę z podmiotem trzecim.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego oferta uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu złożonych ofert w Cz. 1, 2, a trzeciej pozycji w Cz. 3, w wypadku potwierdzenia się zarzutów ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Izba oddaliła opozycję Odwołującego w zakresie zgłoszonego przystąpienia, uznając skuteczność przystąpienia MALDROBUD Sp. z o.o. Sp.k. po stronie Zamawiającego. Odwołujący kwestionował zgłoszone przystąpienie, gdyż zawiera ono jedynie wydruk z KRS spółki komandytowej, nie zawiera wydruku spółki z o.o. Izba oddaliła opozycje wskazując, że sposób wykazania umocowania w zgłoszonym przystąpieniu jest wystarczający, gdyż z załączonego wydruku KRS Sp. k. wynika, kto jest prezesem zarządu spółki z o. o. Nadto, w ramach opozycji ewentualną zmianę w KRS, Odwołujący powinien był wykazać np. stosownymi uchwałami o zmianie składu, co nie miało miejsca w przedmiotowym stanie faktycznym.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego na płycie CD. Izba w szczególności dopuściła jako dowód pisma z dokumentacji postępowania przywołane przez Odwołującego w ramach jego odwołania przy przedstawianiu poszczególnych zarzutów, w szczególności wyjaśnienia Przystępującego z 20.08.2019 r. w zakresie ceny rażąco niskiej wraz z dołączonymi dowodami:

- 1) Statystyka pod kilometromiesiąc globalnie,
- 2) Statystyka pod kilometromiesiąc dla ZUD,
- 3) Kalkulacja jednostkowa dla usług letniego utrzymania dróg dla cz. 3,
- 4) Kalkulacja jednostkowa dla usług letniego utrzymania dróg dla cz. 1,
- 5) Informacja w zakresie poziomu średniego zatrudnienia w „MALDROBUD” ,
- 6) Zestawienie stanów ilościowo-wartościowych soli na magazynie,
- 7) Koncesja na obrót paliwami,
- 8) Umowa nr 143/S/LKW/2019 z 29.07.2019 r. wraz ze specyfikacją techniczną i ogólnymi warunkami sprzedaży nowych samochodów ciężarowych,

- 9) Potwierdzenie wpłaty zaliczki z 31.07.2019 r.,
- 10) Umowa o Dofinansowanie Projektu z 16.07.2010 r.,
- 11) Wybrane referencje.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączone do odwołania przez Odwołującego:

- 1) Zestawienie tabelaryczne dla poszczególnych grup robót w cz. 1;
- 2) Zestawienie tabelaryczne dla poszczególnych grup robót w cz. 3.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożone na rozprawie przez Odwołującego:

- 1) Tabelę porównawczą wymagań dla sprzętu ZUD między drogą S3 odcinek od km 0+000 do km 54+012 (umowa na całoroczne utrzymanie drogi w latach 2015-2021 realizowana przez Saferoad Grawil + Saferoad Kabex), a drogą S6 będącą przedmiotem postępowania przetargowego oraz materiały źródłowe do S3 – SIWZ oraz OPZ do S6;
- 2) Wyliczenia tabelaryczne w zakresie zadania 1 i 3 (porównanie % oferty Przystępującego do złożonych ofert oraz do kosztorysu inwestorskiego dla obu części oraz Wyliczenie średniej ceny ze złożonych ofert /z wyłączeniem oferty Przystępującego/ do obu części;
- 3) Zał. nr 3 i 4 do wyjaśnień z 20.08.2019 r. z obszernym omówieniem i wyliczeniami;
- 4) Zestawienie cen jednostkowych w zadaniu 1 oraz 3 w odniesieniu do średniej cen jednostkowych pozostałych ofert przetargowych bez oferty Przystępującego oraz w odniesieniu do średniej arytmetycznej wszystkich ofert;
- 5) Porównanie cen jednostkowych Przystępującego do cen jednostkowych wszystkich firm biorących udział w danych postępowaniach z tego roku w zakresie cz. 1 i 3 oraz Porównanie cen jednostkowych Przystępującego do cen jednostkowych Przystępującego w innych postępowaniach przetargowych z tego roku w zakresie cz. 1 i 3 wraz z materiałem źródłowym, tj. formularzami ofertowymi, zestawieniami z otwarcia ofert, informacjami o wyborze oferty najkorzystniejszej;
- 6) Zestawienie ofert dostawców słupów oświetleniowych z wyliczeniem średniej ceny jednostkowej materiału na całoroczne kompleksowe utrzymania drogi S6 wraz z materiałem źródłowym, tj. ofertami dostawców materiałów (zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Odwołującego).
- 7) Opis Przedmiotu Zamówienia oraz listę złożonych ofert na rzecz Zamawiającego oddziału w Poznaniu (oświadcza, że cena w tym postępowaniu oferty najkorzystniejszej równa się 21 970 zł. za 1 kilometromiesiąc);
- 8) Informację o wyborze oferty najkorzystniejszej 10.07.2019 r. firmy Zaberda SA (oświadcza, że wartość jednego kilometra wynosi ponad 21 507,19 zł), istotne postanowienia umowy oraz informacją o wykonawcach, którzy złożyli ofertę w tym postępowaniu.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożone na rozprawie przez Zamawiającego:

- Zestawienie ceny za 1 km w miesiącu /kilometromiesiąc/ z informacji wynikających z tej ceny w ramach innych kontraktów na terenie Polski obecnie /kontraktów trwających od roku 2015 do chwili obecnej a realizowanych dla różnych oddziałów Zamawiającego/.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączone do pisma procesowego przez Przystępującego:

- 1) Wymagania dla elementów mających istotny wpływ na poziom kosztów dla kontraktów wyszczególnionych w „*statystyce pod kilometromiesiąc*”,
- 2) Zestawienie pozycji cenowych Odwołującego wycenionych niżej od MALDROBUD - Cz. 1 (4 strony),
- 3) Zestawienie pozycji cenowych Odwołującego wycenionych niżej od MALDROBUD - Cz. 2 (7 stron),
- 4) Zestawienie pozycji cenowych Odwołującego wycenionych niżej od MALDROBUD - Cz. 3 (6 stron).

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożone na rozprawie przez Przystępującego:

- 2) Zał. od 1a do 1e na potwierdzenie informacji zawartych w „*statystyce pod kilometromiesiąc*”, w szczególności informacje o najkorzystniejszych ofertach, opisy z OPZ oraz kopie umów;
- 3) Zał. 2 - wyliczenie kwoty oszczędności przy optymalizowaniu kosztów użycia sprzętu do zimowego utrzymania dróg – cz. 3;
- 4) Zał. 2a i 2b zdjęcia przykładowych pojazdów Scania (pługosolarki) zgodnie z pierwotnymi wymaganiami OPZ na utrzymanie drogi ekspresowej oraz pługosolarki wykorzystywanej przy utrzymywaniu drogi ekspresowej w latach 2010-2014;
- 5) Zał. od 3a do 3d zrzuty ekranu z programu wskazanego w wyjaśnieniach z 20.08.2019 r. stworzonego ze środków unijnych;
- 6) Zał. 3e i 3f zrzuty ekranu z innego oprogramowania, które służy do monitorowania kosztów oraz czasu związanego z wykorzystywaniem sprzętu, np. tankowaniem paliwa, dane z tego programu są wykorzystywane przez program stworzony za środki unijne.
- 7) Zał. nr 4 - oferta Odwołującego z 2016 r. na cz. 4 dla oddziału Zamawiającego w Zielonej Górze.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożone na rozprawie dodatkowo przez Przystępującego:

- 1) Wyliczenie kwoty oszczędności przy optymalizowaniu kosztów użycia sprzętu do zimowego utrzymania dróg - z dopiskiem o wartości zakupu 12 i 4 pojazdów;
- 2) SIWZ (ogólne specyfikacje techniczne) dotyczy poz. 30 branża energetyczna z przetargu D-07.07.01 oświetlenie dróg względem poz. 44 formularza cenowego 1b.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę pisma złożone przez strony oraz Przystępującego, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułowała w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie ich zastosowania i odrzucenia ofert Maldrobud [cz. 1 i 3] oraz TRANS-MASZ [cz. 3] na skutek niezasadnego uznania, że wyjaśnienia złożone przez tych wykonawców potwierdzają, że złożone przez nich oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania, gdy tymczasem oferta Maldrobud [cz. 2] jest niezgodna z SIWZ, nie uwzględnia bowiem wyceny wszystkich elementów zamówienia wymienionych w formularzach cenowych (nieuwzględnienie w ofercie prac wynikających z poz. 26 formularza nr 1a UTRZYMANIE RUTYNOWE DROGI EKSPRESOWEJ S-6 (bez obiektów inżynierskich) REJON W KOSZALNIE odc. S6 m. Sianów ul. Dworcowa - Węzeł Sianów Wschód /bez węzła/);
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania, gdy tymczasem Zamawiający poinformował TRANS-MASZ [cz. 2] pismem z 04.09.2019 r. o poprawieniu w ofercie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, a TRANS-MASZ w terminie 3 dni od doręczenia pisma nie wyraził zgody na jej poprawienie;
- 4) art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22a ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania TRANS-MASZ, pomimo że wykonawca ten nie wykazał, że podmiot trzeci, na którego potencjale polega w celu wykazania spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia zrealizuje usługi, do realizacji których niezbędny jest potencjał tego podmiotu, a co za tym idzie, że użyczenie potencjału ma charakter realny;
- 5) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania, odpowiedzi na odwołanie oraz pisma procesowego Przystępującego. Podobnie treść postanowień SIWZ przywołanych w poszczególnych pismach stron i uczestnika postępowania odwoławczego, w tym także odpowiedzi na pytania udzielane przez Zamawiającego, także Przystępujący cytował treść odpowiedzi na pytanie nr 104 i 105. Istotna jest także treść wezwań skierowanych przez Zamawiającego do Przystępującego w zakresie ceny rażąco niskiej dla cz. 1 i 3 oraz dla TRANS-MASZ dla cz. 3. Została one przywołane w dalszej części uzasadnienia przy rozpatrywaniu pierwszego zarzutu dla poszczególnych Wykonawców. Treść udzielonych wyjaśnień obu Wykonawców była analizowana przez Odwołującego, oraz dodatkowo przez samego autora w piśmie procesowym Przystępującego. Treść pozostałych dokumentów i wezwań np. w zakresie zarzutu dotyczącego obu zobowiązań podmiotu trzeciego przedstawionego przez TRANS-MASZ była obszernie w sposób tabelaryczny analizowana w dowołaniu. Z tych też względów, Izba odniesie się do poszczególnych kwestii w ramach rozpatrywania poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

W zakresie pierwszego zarzutu dotyczącego oferty Przystępującego w cz. 1 i 3 i kwestii ceny rażąco niskiej tego Wykonawcy w tych częściach, Izba oddaliła zarzut.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że wezwanie 09.08.2019 r. Zamawiającego miało charakter ogólny: „ (...) *działając w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w celu ustalenia czy Państwa oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia określonego w SIWZ i OPZ, zwraca się z prośbą o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów Państwa oferty na część nr 1 i nr 3 mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:*

- *wskazania najważniejszych składników cenotwórczych mających istotny wpływ na wartość zamówienia;*
- *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 (...);*
- *pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;*

- wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Wątpliwości Zamawiającego wzbudza cena oferty ogółem

dla części 1:

Cena oferty ogółem 34 455 232,79 zł (brutto), wydaje się być rażąco niska i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Cena oferty jest o 38,32% niższa od wartości zamówienia.

dla części 3:

Cena oferty ogółem 43 436 407,05 zł (brutto), wydaje się być rażąco niska i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Cena oferty jest o 39,93 % niższa od średniej arytmetycznej złożonych ofert i o 49,95 % niższa od wartości zamówienia.(...)"

W konsekwencji Przystępujący udzielając stosownych wyjaśnień, których treść jest szczegółowo analizowana przez Odwołującego w odwołaniu, przedstawił je w dużej mierze przez pryzmat własnego doświadczenia w zakresie wyceny kontraktów tego rodzaju (utrzymania całorocznego dróg klasy S). W dalszej części, Izba wskazuje na załączone do wyjaśnień liczne dowody, co jest okolicznością bezsporną, co oznacza, że nie są one gołosłowne. Dowody te zostały przedstawione na potwierdzenie okoliczności ukazanych w wyjaśnieniach z 20.08.2019 r. W ocenie Izby, same wyjaśnienia nie mają charakteru ogólnego, a przez to, że zostały poparte wymiernymi dowodami nie mogą być uznane za „beletrystykę”. Izba także podnosi, że m.in. ceny jednostkowe wskazane przez Przystępującego w załącznikach nr 3 i 4 do wyjaśnień były tymi, które uznał za istotne na bazie własnych doświadczeń, choć niewątpliwie mają one charakter przykładowy. Przystępujący podnosił na rozprawie także, że uznał je za istotne, gdyż dotyczą bieżącego utrzymania dróg. W tym zakresie Izba zwraca uwagę na brak konsekwencji w stanowisku Odwołującego, który z jednej strony kwestionuje sposób wyceny owych przykładowych pozycji cen jednostkowych oraz ich istotność (poprzez wyliczenia tabelaryczne w zakresie zadania 1 i 3 (porównanie % oferty Przystępującego do złożonych ofert oraz do kosztorysu inwestorskiego dla obu części oraz Wyliczenie średniej ceny ze złożonych ofert /z wyłączeniem oferty Przystępującego/ do obu części; Zał. nr 3 i 4 do wyjaśnień z 20.08.2019 r. z obszernym omówieniem i wyliczeniami oraz Zestawienie cen jednostkowych w zadaniu 1 oraz 3 w odniesieniu do średniej cen jednostkowych pozostałych ofert przetargowych bez oferty Przystępującego oraz w odniesieniu do średniej arytmetycznej wszystkich ofert), z drugiej wyraźnie stwierdza w odwołaniu, że zostały

wycenione najwyżej (str. 17 odwołania). Nadto, podczas rozprawy przyznał, że: „(...) przedstawienie i wykazywanie realności ceny przez ceny jednostkowe bywa mało adekwatne, jednakże czynił to, gdyż nawiązał do nich Przystępujący w swoich wyjaśnieniach.”, czyli kwestionował miarodajność wykazywania braku ceny rażąco niskiej poprzez ceny jednostkowe. Przystępujący w tym zakresie kwestionował także ceny jednostkowe Odwołującego składając wraz z pismem procesowym dowody na tą okoliczność /Zestawienie pozycji cenowych Odwołującego wycenionych niżej od MALDROBUD - Cz. 1 (4 strony), Zestawienie pozycji cenowych Odwołującego wycenionych niżej od MALDROBUD - Cz. 2 (7 stron), Zestawienie pozycji cenowych Odwołującego wycenionych niżej od MALDROBUD - Cz. 3 (6 stron)/.

Względem, zaś samej metodologii liczenia cen jednostkowych wskazanych w zał. nr 3 i 4 do wyjaśnień dotyczących formularza 1a cz. 1 i 3 przyjętej przez Przystępującego i całej argumentacji przedstawionej w tym zakresie przez Odwołującego, to Izba zwraca uwagę, że zarzut dotyczy kwestii ceny rażąco niskiej, nie zaś błędu w obliczeniu ceny. Nadto, Zamawiający nie wymagał przedstawienia kosztorysów szczegółowych z rozbiem cen jednostkowych na poszczególne składowe. Przedstawienie wyliczenia w formie kosztów zryczałtowanych, a taki oczekiwał Zamawiający w pkt. 15.8 zdanie drugie IDW, czyli w Cz. I SIWZ nie jest równoznaczne z pominięciem niektórych elementów składowych. W zakresie, zaś poz. 41 w zał. nr 4 oraz 43 w zał. nr 3 do wyjaśnień i kwestionowania prawidłowość dokonanego tam wyliczenia w zakresie wymiaru roboczo-godzin i tezy, że z nakładów wynika, że tylko co drugi pracownik ma w ręku kosę spalinową, to oprócz stanowiska generalnego wyrażonego powyżej należy wskazać na obszerne stanowisko przedstawione w tym zakresie przez Przystępującego w piśmie i na rozprawie, które Izba podzieliła, gdzie Przystępujący wskazywał na szereg czynności poprzedzających uruchomienie kosiarki i potwierdził, że będzie ona obsługiwana przez jedną osobę. W zakresie zaś, poz. 31 w zał. nr 3 /cz. 3/ oraz poz. 30 w zał. nr 4 /cz. 1/ do wyjaśnień /ekranów akustycznych/ i stanowiska Odwołującego z odwołania oraz rozprawy, to oprócz stanowiska generalnego wyrażonego powyżej należy wskazać na obszerne stanowisko przedstawione w tym zakresie przez Przystępującego w piśmie i na rozprawie, które Izba podzieliła, gdzie Przystępujący wskazywał na to, że w Opisie Przedmiotu Zamówienia opisane są wymogi identyczne dla każdej części, różnice są w opisie obu pozycji formularza, przy czym wskazywał na kwestie prac interwencyjnych. Podnosił także na rozprawie, że dokonał określonej wyceny, wykona poszczególne usługi z tych pozycji tak jak oczekują tego Zamawiający tyle razy ile będzie konieczne.

Izba w kontekście złożonych wyjaśnień i załączonych do nich dowodów uznała za kluczowe załączniki dotyczące kilometromiesiąca zwłaszcza zał. 1. Wymaga podkreślenia, że także w świetle dowodu złożonego na rozprawie przez Zamawiającego oraz stanowiska

Odwołującego i jego dowodów, należy uznać zasadność jego priorytetowego charakteru. Wynika bowiem z niego, że przedstawione porównanie do czterech kontraktów daje podstawę do uznania, że cena za 1 kilometromiesiąc w cz. 1 – 15.898,50 PLN oraz w cz. 3 – 12. 290, 46 PLN jest ceną rynkową. Nie jest też prawdą, że w wyjaśnieniach Przystępujący nie wskazywał, że zakres zadania dla cz. 1 i 3 jest mniejszy niż w czterech wykazywanych zadaniach. W wyjaśnieniach było także podnoszona kwestia: „koszenia trawy”, „utrzymania czystości, a nie kompleksowych napraw”, jak i „gwarancji, objętej wyceną drogi”. Te okoliczności zostały pogłębione w piśmie procesowym Przystępującego i analogicznym dowodzie dołączonym do tego pisma. Izba także podkreśla, że okoliczność, że z 4 wykazanych kontraktów trzy trwają, a jeden został zakończony nie zmienia stanowiska Izby w tym zakresie. Albowiem ceny tych kontraktów są diametralnie niższe od ceny uznawanej przez Odwołującego za rażąco niską w cz. 1 i 3.

Odwołujący w żaden sposób nie obalił braku adekwatności tego porównania załączonego do wyjaśnień. Analiza bowiem kompleksowego dowodu złożonego przez Zamawiającego na rozprawie (Zestawienie ceny za 1 km w miesiącu /kilometromiesiąc/ z informacji wynikających z tej ceny w ramach innych kontraktów na terenie Polski obecnie /kontraktów trwających od roku 2015 do chwili obecnej a realizowanych dla różnych oddziałów Zamawiającego/) daje podstawy do uznania, że w 2019 r. nadal są Wykonawcy, którzy oferują w kontraktach kilkuletnich: cenę za 1 kilometromiesiąc poniżej ceny zaoferowanej przez Przystępującego, lub o charakterze zbliżonym według cen z tego roku /2019/ (trzecia strona dowodu: dla Zamawiającego oddziału łódzkiego – ponad 9 tys. PLN, warszawskiego - ponad 9 400 PLN, wrocławskiego – ponad 13 tys. PLN, kieleckiego – ponad 6. 749 PLN). Izba podkreśla, że niniejszy dowód złożonych przez Zamawiającego na rozprawie był wykorzystywany także przez Odwołującego. Naturalnie Izba nie przeczy, że są także Wykonawcy, którzy oferują swoją cenę powyżej tych wartości, jak wskazywał na rozprawie Odwołujący (ostatnia strona dowodu: dwa kontrakty dla Zamawiającego oddziału łódzkiego - ponad 16 i 21 tys. PLN, opolskiego - ponad 25 tys. PLN, warszawskiego – ponad 24 tys. PLN, katowickiego – ponad 22 tys. PLN – ceny ofert z 2018 i 2019 r. /część tych kontraktów dotyczy nie dróg klasy S, ale A, czyli autostrad, albo łącznie dróg obu klas/).

Izba podkreśla, że w jej ocenie kwestią kluczową dla tego zadania w cz. 1 i 3, jest charakter drogi objętej usługą, która jest nowa i jest objęta gwarancją, winno to znaleźć swoje realne odzwierciedlenie w zaoferowanej cenie, co niewątpliwie miało miejsce u Przystępującego.

Dalszą okolicznością decydującą o oddaleniu zarzutu był argument i dowody dotyczące zakupionych pojazdów marki Mercedes. W tym zakresie, wydaje się konieczne stwierdzenie, że zakup fabrycznie nowych pojazdów był przewidziany już w umowie na cele

związane z prowadzoną działalnością gospodarczą. Ta działalność musiała być więc znana sprzedawcy. Nadto, załączona do wyjaśnień umowa przewidywała możliwość przeróbek „zabudowy i przebudowy i niefabrycznego doposażenia” (§ 5 ust. 6). Okoliczność, że Sprzedawca zastrzegł konieczność uzyskania zgody do takich przeróbek w żaden sposób nie zmienia stanowiska Izby w tym zakresie (ogólnymi warunkami sprzedaży nowych samochodów ciężarowych § 7 Gwarancja jakości pkt 11.5), gdyż jak było już to wskazywane zakup był dokonany na cele związane z działalnością gospodarczą.

Kwestia podnoszona przez Przystępującego w piśmie i na rozprawie co do zakresu płożenia stanowi jedynie rozszerzenie argumentacji z wyjaśnień, jak i stanowi także odniesienie się do zarzutów Odwołującego z odwołania, który kwestionował prawidłowość wskazanej w wyjaśnieniach liczby pojazdów. Przystępujący podnosił w swoim piśmie oraz na rozprawie, że owa rozbieżność w ich liczbie wynika, z błędnego założenia w tym zakresie dokonanego przez Odwołującego, co wynikała z odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego na pytanie 104 i 105. W tym zakresie dowód Odwołującego tj. - Tabela porównawczą wymagań dla sprzętu ZUD między drogą S3 odcinek od km 0+000 do km 54+012 (umowa na całoroczne utrzymanie drogi w latach 2015-2021 realizowana przez Saferoad Grawil + Saferoad Kabex), a drogą S6 będącą przedmiotem postępowania przetargowego oraz materiały źródłowe do S3 – SIWZ oraz OPZ do S6 – nie odnosił się, ani też nie uwzględniał owych odpowiedzi na pytanie 104 i 105 /pismo z 20.05.2019 r./ przytoczonych przez Przystępującego w jego piśmie procesowym. W rezultacie złożone w tym zakresie przez Przystępującego dowody – wyliczenie kwoty oszczędności przy optymalizowaniu kosztów użycia sprzętu do zimowego utrzymania dróg – cz. 3, czy też wyliczenie kwoty oszczędności przy optymalizowaniu kosztów użycia sprzętu do zimowego utrzymania dróg - z dopiskiem o wartości zakupu 12 i 4 pojazdów, stanowią kontynuację stanowiska wyrażonego przez Przystępującego w wyjaśnieniach z 20.08.2019 r. Przy czym, złożone zdjęcia pojazdów Scania (pługosolarki) zgodnie z pierwotnymi wymaganiami OPZ na utrzymanie drogi ekspresowej oraz pługosolarki wykorzystywanej przy utrzymywaniu drogi ekspresowej w latach 2010-2014 miały charakter przykładowy i ich celem było jedynie udowodnienie że takie modyfikacje nie są niczym nowym i mogą być z powodzeniem przeprowadzone.

Odnosnie dalszej argumentacji zawartej w wyjaśnieniach z 20.08.2019 r. i dołączonych dowodów, w ocenie Izby stanowiły one dopełnienie tych, które Izba uznała za kluczowe we wcześniejszej części uzasadnianie. Należy przy tym zauważyć, że kwestia ilości soli i zmagazynowanych zapasów nie jest elementem zupełnie bez znaczenia dla wyceny, skoro Odwołujący eksponował na rozprawie kwestie soli i jej dostarczania w innych kontraktach przez Zamawiających, w kontekście ewentualnego kosztu związanego z jego

zakupem. Względem wykazywanego oprogramowania użytkowanego przez Przystępującego, stworzonego, czy też zakupionego z dotacji ze środków unijnych, Izba nie może w sposób definitywny założyć, jak tego oczekuje Odwołujący, że jest to ogólnie dostępny program o charakterze gotowym, który nie ma większego znaczenia dla wyceny, gdyż nie zostało to w żaden sposób wymiennie wykazane. Należy przy tym zauważyć, że Przystępujący otrzymał dofinansowanie, jak wskazuje się w § 2 ust. 1 tej umowy na realizację projektu, którego celem był wzrost konkurencyjności firmy Przystępującego realizowany poprzez wprowadzenie innowacyjności na rynku Pomorza Zachodniego w procesie świadczenia usług budowlanych. Izba wyraża wątpliwość, czy Instytucja Zarządzająca finansowałaby zakup standardowego oprogramowania do kosztorysowania. Odwołujący nie wykazał że taka sytuacja miała miejsce.

Odnośnie dowodów złożonych przez Odwołującego, to mimo ich zaliczenia w poczet materiału dowodowego, ich przydatność jest niewielka. Przystępujący zwracał uwagę i kwestionował dowód w postaci - Porównanie cen jednostkowych Przystępującego do cen jednostkowych wszystkich firm biorących udział w danych postępowaniach z tego roku w zakresie cz. 1 i 3, gdyż to porównanie dotyczy postępowań, którego przedmiotem zamówienia jest przebudowa lub przebudowa i rozbudowa dróg, nie zaś całoroczne kompleksowe utrzymanie drogi ekspresowej klasy S. Odwołujący co prawda w dalszej kolejności stwierdził, iż chodzi o zbieżność samego asortymentu wskazanej pozycji, ale Przystępujący złożył specyfikację techniczną i kwestionował istniejącą zbieżność w zakresie poz. 30 branża energetyczna z przetargu D-07.07.01 oświetlenie dróg względem poz. 44. W tym kontekście po raz kolejny, zwracano uwagę, że droga S-6 jest drogą nowowytbudowaną na gwarancji. Zamawiający podnosił, że skala ewentualnej wymiany słupa będzie uzależniona w dużej mierze od ilości wypadków. Odwołujący co prawda powoływał się na swoje zestawienie ofert dostawców słupów oświetleniowych z wyliczeniem średniej ceny jednostkowej materiału na całoroczne kompleksowe utrzymania drogi S6 wraz z materiałem źródłowym, tj. ofertami dostawców materiałów (zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Odwołującego), jednakże sam stwierdził na rozprawie że opis tej pozycji nie był określony w sposób szczegółowy. Wynika więc z tego że wycena w dużej mierze wynikała z przyjętego przez poszczególnych Wykonawców ryzyka przy założeniu generalnym, że S6 jest na gwarancji. Dodatkowo należy zauważyć, że użyte do porównania postępowania nie mają charakteru kilkuletniego, jak w przedmiotowym zamówieniu dotyczącym S6. Argumentacja w tym zakresie Odwołującego, że uczyniono to z racji niższego ryzyka, jest nieprzekonywująca, i raczej tylko potwierdza nieadekwatność użytych postępowań o zupełnie innym stopniu ryzyka.

Przystępujący także kwestionował dowód Odwołującego złożony na rozprawie Opis Przedmiotu Zamówienia oraz listę złożonych ofert na rzecz Zamawiającego oddziału w Poznaniu, gdyż z dostarczonych przez Odwołującego materiałów wynikała dość istotna różnica w przedmiocie zamówienia, tzn. 6 patroli, konieczność koszenia, droga też nie jest na gwarancji, jak i mniejsze natężenie ruchu niż na S-6. Z kolei dowód w postaci Informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej 10.07.2019 r. firmy Zaberd, istotne postanowienia umowy oraz informacją o wykonawcach, którzy złożyli ofertę w tym postępowaniu na rzecz Zamawiającego oddziału w Opolu przedstawione przez Odwołującego na rozprawie i w konsekwencji przedstawiona argumentacja, że wcześniej ten sam Wykonawca realizował kontrakt za kwotę ponad 9 tys. PLN za kilometromiesiąc a obecnie za ponad 21 tys. PLN, abstrahuje od facto tego, że dotyczy to autostrady A-4 a nie drogi ekspresowej kategorii S. W zakresie tych dowodów, Odwołujący argumentował kwestie braku konieczności ujęcia w kosztach kosztu soli, inaczej niż w kontrakcie na S6, mimo że wcześniej bagatelizował znaczenie zapasów soli Przystępującego.

Odnosnie zakwestionowanych w odwołaniu przez Odwołującego poz. 7, 8, 44, jak i poz. 31-33 oraz 35 formularza cenowego 1b w cz. 1 i 3, które nie były przedmiotem wyjaśnień i zostały niezależnie zakwestionowane przez Odwołującego. W zakresie poz. 7 i 8 Przystępujący podkreślił na rozprawie, że jest wytwórcza masy bitumicznej, okoliczność ta nie była kwestionowana przez Odwołującego. Ponadto, Przystępujący wskazywał, że postępowanie dla Powiatu Myśliborskiego, tj. zaoferowane ceny użyte do porównania przez Odwołującego w ramach dowodu - Porównanie cen jednostkowych Przystępującego do cen jednostkowych wszystkich firm biorących udział w danych postępowaniach z tego roku w zakresie cz. 1 i 3 oraz Porównanie cen jednostkowych Przystępującego do cen jednostkowych Przystępującego w innych postępowaniach przetargowych z tego roku w zakresie cz. 1 i 3 wraz z materiałem źródłowym, tj. formularzami ofertowymi, zestawieniami z otwarcia ofert, informacjami o wyborze oferty najkorzystniejszej /te porównanie dotyczy poz. 7, 8 i 44 dla cz. 1 i 3/ – było trzykrotnie unieważniane i nadal nie została wybrana skutecznie oferta najkorzystniejsza. Polemika w tym zakresie Odwołującego nic nie wnosi do przedmiotu sporu, bo nie wiadomo, czy powodem unieważnienia był brak cen ofertowych mieszczących się w budżecie tego powiatu. W zakresie poz. 44, to jak było to już podkreślane we wcześniejszej części uzasadnienia skutecznie zakwestionowano zbieżność w zakresie poz. 30 branża energetyczna z przetargu D-07.07.01 oświetlenie dróg względem poz. 44. Izba powołuje się na przedstawioną tam argumentację. W zakresie pozostałych pozycji Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji i dowodów.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu drugiego dotyczacego oferty Przystepujacego w cz. 2, Izba uznala niniejszy zarzut za podlegajacy oddaleniu.

Uznajac, ze nie ma miejsca niezgodnosc tresci oferty z jakimkolwiek postanowieniem SIWZ. Poz. 26 bowiem zostala wyceniona, nie mozemy wiecej mowic o braku wyceny tej pozycji. Wykonawca wycenil konkretny opis i przedmiotu zamowienia dla tej pozycji. Nadto, jak wynika, ze stanowiska Zamawiajacego z rozprawy i przywolanych przez niego postanowien OPZ dla cz. 2 (str. 52 w cz. 5: „6. W ramach rozliczenia Wykonawca otrzymywac będzie wynagrodzenie:

a) *Cykliczne Wynagrodzenie (za realizacje prac o charakterze rutynowym),*

b) *Obmiarowe (zalezne od zleconego zakresu prac o charakterze strukturalnym).*

7. *Cykliczne Wynagrodzenie za realizacje prac o charakterze rutynowym obejmowac będzie wykonanie wszystkich prac okreslnych w kosztorysie i OPZ w częsci dotyczacej utrzymania rutynowego.*

8. *Cykliczne Wynagrodzenie stanowi sumę wartosci cen za wykonanie prac poszczegolnych grup robót wskazanych w kosztorysie ofertowym.*

9. *Wykonawca wyceni koszt realizacji poszczegolnych grup robót wraz z wyceną kluczowych elementów tych grup (wskazanych w zestawieniu tabelarycznym kosztorysu ofertowego).*

10. *Wycena wartosci danej grupy prac będzie sumą wartosci elementów kluczowych (wskazanych w zestawieniu tabelarycznym kosztorysu ofertowego) oraz wartosci innych prac wymienionych w OPZ i koniecznych do realizacji by spelnic wymagania utrzymania danego elementu Drogi.” i umowy dla cz. 2 (§ 4 ust. 5: „Na wynagrodzenie Wykonawcy skladać się będzie: wynagrodzenie za wykonywanie prac o charakterze rutynowym ustalone w postaci miesiecznego Cyklicznego Wynagrodzenia (CW), rownego w całym okresie obowiazywania umowy [stanowiacego 1/X (x - ilosc miesiecy zawarcia umowy) Cyklicznego Wynagrodzenia okreslonego za cały okres obowiazywania umowy] oraz wynagrodzenie o charakterze strukturalnym ustalone na podstawie obmiaru zleconych, wykonanych i odebranych robót lub uslug.” oraz § 6 ust. 2: „Wynagrodzenie za roboty i uslugi, o których mowa w ust. 1, stanowić będzie wynik sumy wartosci Cyklicznego Wynagrodzenia i wartosci robót strukturalnych (o ile wystapia) wykonanych w danym miesiacu wyliczonych zgodnie z postanowieniami § 8 niniejszej umowy”) pozycja dotyczaca przejścia dla zwierząt nie będzie odrębnie fakturowana, a wynagrodzenie będzie placone cyklicznie za poszczegolne grupy. Nadto, Zamawiajacy stwierdzil na rozprawie, ze będzie sprawdzal, czy zostal utrzymany standard, a w wypadku przejść dla zwierząt, jezeli ich przepustowosc nie będzie miala miejsca, naliczy zostana punkty karne, tj. 1 000 zł za jeden punkt. Dodatkowo, w tym wypadku, Izba takze podkrešla, ze nie zostal postawiony zarzut błędu w obliczeniu ceny w tej pozycji, a jedynie naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp. Jednoczesnie, Izba podzielimila stanowisko*

Przystępującego z pisma procesowego, że o niezgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ nie świadczy odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 9 z pisma z 02.04.2019 r. Należy podkreślić, że odpowiedź udzieloną przez Zamawiającego należy rozumieć w kontekście zadanego przez wykonawcę pytania. Pytanie dotyczyło natomiast odpowiedniego zakwalifikowania i samego obowiązku złożenia formularza nr 1a, nie zaś sposobu wyceny jakichkolwiek pozycji w tym formularzu. Dlatego też odpowiedź Zamawiającego, w której wskazano na konieczność złożenia formularza nr 1a wraz z podaniem cen jednostkowych dla danej pozycji, należy rozumieć jako odnoszącą się do obowiązku jego złożenia a nie do jego treści, w tym sposobu wyceny pozycji. Zamawiający w kolejnych odpowiedziach na pytania wykonawców potwierdzał, iż pozycje zawarte w tych formularzach mają charakter przedmiarów oraz, że należy je traktować jako pozycje ryczałtowe a wysokość ryczałtu może różnić się przede wszystkim ze względu na niezrealizowanie określonej pozycji w danym roku (odpowiedź na pytania nr 130 i nr 133 w piśmie z 28.05.2019 r. odpowiedź na pytanie nr 154 z pisma z 06.06.2019 r.)

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W zakresie pierwszego zarzutu dotyczącego oferty TRANS-MASZ w cz. 3 i kwestii ceny rażąco niskiej tego Wykonawcy w tej części, Izba oddaliła zarzut, z uwagi na art. 192 ust. 2 Pzp.

Należy przy tym, w pierwszej kolejności wyjaśnić, że co do meritum zarzut jest zasadny, jednakże z uwagi na utrzymanie w cz. 3 oferty Przystępującego, jako najkorzystniejszej, nie może to skutkować uwzględnieniem tego zarzutu.

Wykonawca został wezwany 09.08.2019 r. do wyjaśnień zgodnie jego treścią: „(...) z prośbą o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów Państwa oferty na część nr 3 mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

- wskazania najważniejszych składników cenotwórczych mających istotny wpływ na wartość zamówienia;
- 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 (...);
- pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

- powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Wątpliwości Zamawiającego wzbudza cena oferty ogółem dla części 3:

Cena oferty ogółem 58 992 384,15 zł (brutto), wydaje się być rażąco niska i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Cena oferty jest o 32,02 % niższa od wartości zamówienia. (...)

W tym przypadku, wymóg złożenia wyjaśnień został spełniony przez TRANS-MASZ jedynie formalnie, gdyż de facto z punktu widzenia merytorycznego zaistniał stan rzeczy taki, jakby takie wyjaśnienia nie zostały w ogóle złożone. Nie można bowiem uznać za takie wyjaśnienia z 16.08.2019 r. na dwa i pół strony bez jakichkolwiek dowodów. Dodatkowo, Izba w tym kontekście zwraca uwagę, w zakresie konieczności załączenia dowodów do wyjaśnień, abstrahując od samego wezwania, gdzie wprost o to wnosił Zamawiający, za wyrokiem KIO z 29.04.2016 r., sygn. akt: KIO 596/16, że: *„W odniesieniu do obowiązku przedstawienia dowodów Izba wskazuje, że obowiązek ten spoczywa na wykonawcy w każdej sytuacji powołania się na okoliczności, w przypadku których możliwe jest przedłożenie dowodów. Poprzestanie w takiej sytuacji na oświadczeniu własnym wykonawcy jest niewystarczające i czyni wyjaśnienia gołosłownymi. Mogą oczywiście pojawić się w wyjaśnieniach takie okoliczności, w przypadku których złożenie dodatkowych dowodów nie jest niezbędne, a samo oświadczenie wykonawcy pokazuje prawidłowość kalkulacji ceny. Jeżeli jednak wykonawca powołuje się na takie okoliczności jak szczególnie niskie koszty zakupu materiałów/środków potrzebnych do wykonania zamówienia, innowacyjną politykę czy dysponowanie własnym sprzętem może i powinien załączyć do wyjaśnień stosowne umowy, oferty, dokumenty wewnętrzne firmy, które potwierdzą powyższe okoliczność.”*

Izba także wskazuje, że żadne automatyczne podejście, jakie prezentował Zamawiający w zakresie ceny zaoferowanej przez TRANS-MASZ nie jest dopuszczalne, tak samo, jak i wyręczenie Wykonawcy w zakresie wykazywania braku zaistnienia ceny rażąco niskiej. W tym ostatnim zakresie Izba wskazuje, że podzieliła stanowisko wyrażone m.in. w wyrok KIO z 03.01.2017 r., sygn. akt: KIO 2391/16; KIO 2392/16: *„(...) Zamawiający natomiast w odpowiedzi na odwołanie, z enigmatycznych wyjaśnień wykonawcy (...) wyprowadził własne uzasadnienie oferowanych cen (...), w istocie bazując na swojej własnej wiedzy, a nie na złożonych wyjaśnieniach. (...) zamawiający, wbrew postanowieniom art. 90 ust. 2 ustawy Pzp - przejął na siebie obowiązek uzasadnienia prawidłowości ceny oferty wykonawcy (...) Sam fakt uruchomienia procedury z art. 90 ust. 1 Pzp potwierdza, że zamawiający powziął wątpliwości co do realności cen wezwanego wykonawcy, które w konsekwencji, bez wyjątku wymagają wyjaśnienia w myśl*

wskazań danej normy i oceny tychże wyjaśnień. Zgłoszone dowody odnoszą się ogólnej wiedzy zamawiającego na temat kształtowania się cen danych usług, a nie do enigmatycznych wyjaśnień wykonawcy (...). Można rzec, zamawiający "wyręcza" wykonawcę (....) w zakresie złożenia dowodów na okoliczności zaprzeczenia - rażąco niskiej ceny oferty (...)".

Każdorazowo to dany Wykonawca składa wyjaśnienia i muszą być one oceniane indywidualnie, a nie grupowo przez pryzmat zupełnie innego podmiotu.

Reasumując, należy wskazać, że mimo uznania zarzutu za zasadny. Izba oddaliła zarzut, z uwagi na to, że stwierdzone naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania – art. 192 ust. 2 Pzp.

Odnosnie zarzutu trzeciego dotyczącego oferty TRANS-MASZ w cz. 2, Izba uznała niniejszy zarzut za podlegający oddaleniu.

W tym zakresie dzieląc stanowisko Zamawiającego z jego odpowiedzi na odwołanie (za wyrokiem SO w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15: „Izba ma prawo podzielić zarzuty i wartościową argumentację jednego z uczestników, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów, co słusznie zauważył uczestnik w odpowiedzi na skargę.”). Jednocześnie wskazując za stanowiskiem wyrażonym w wyroku KIO z 14.09.2012 r., sygn. akt: KIO 1883/12, że: „(...) nie ulega wątpliwości, że w świetle brzmienia art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. odrzuceniu podlega oferta, która zawierała inne niż oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, które Zamawiający poprawił samodzielnie i co do których wykonawca w ciągu trzech dni od zawiadomienia nie zgodził się na ich poprawienie. Z powyższego wynika, że żaden z przepisów ustawy P.z.p. wprost nie wspomina o potrzebie czynnego ustosunkowania się przez wykonawcę do zawiadomienia o dokonaniu poprawek dotyczących niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, by oferta nie podlegała odrzuceniu. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. przewiduje jedynie przesłankę do odrzucenia oferty, gdy wykonawca nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. W każdej innej sytuacji aniżeli „nie wyrażenie zgody” przez wykonawcę, oferta nie podlega odrzuceniu. Oferta nie podlega zatem odrzuceniu w razie czynnej akceptacji dokonanej poprawki, poprzez wyrażenie zgody jak i bezczynności wykonawcy wobec zawiadomienia Zamawiającego o poprawieniu jego oferty. Wniosek zdaje się także potwierdzać uzasadnienie projektu zmian do ustawy P.z.p., mocą której wprowadzono

obecne brzmienie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p., gdzie nawiązano jedynie do „nie zgodzenia się” na poprawienie omyłek podlegających poprawieniu przez Zamawiającego jako reakcji wykonawcy na dokonanie poprawek (Ulega skróceniu termin, w jakim wykonawca może nie zgodzić się na poprawienie oczywistej omyłki pisarskiej, rachunkowej oraz innej omyłki w ofercie). W ocenie składu orzekającego Zamawiający nie był uprawniony do nałożenia na wykonawcę dodatkowego obowiązku, nie znajdującego odzwierciedlenia w przepisach prawa i żądania od wykonawcy czynnego zachowania, a więc wyrażenia zgody na poprawienie omyłki. Nawet jeżeli w zawiadomieniu o poprawieniu omyłek zawarto prośbę o wyrażenie zgody na poprawienie omyłek, to z uwagi na brak uregulowań w P.z.p. terminu na fakultatywne wyrażenie zgody, przesłanie zgody po terminie wyznaczonym przez Zamawiającego nie mogło spowodować odrzucenia oferty takiego wykonawcy. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. daje wykonawcy możliwość czynnego działania, w przypadku, kiedy ten nie zgadza się na dokonaną poprawę. Udzielenie odpowiedzi było tylko prośbą Zamawiającego skierowaną do wykonawców, nie było natomiast nakazem wynikającym z regulacji prawnej. Pogląd analogiczny do prezentowanego wyżej wyrażono w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 marca 2009 r., sygn. akt. KIO/UZP 293/09 i 294/09; z dnia 7 września 2009 r., sygn. akt 1094/09; z dnia 30 marca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 232/10; z dnia 8 września 2010 r., sygn. akt KIO 1841/10; z dnia 10 marca 2011 r., sygn. akt KIO 365/11; z dnia 14 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 689/11; z dnia 17 maja 2012 r., sygn. akt KIO 915/12. Podzielając wyrażoną w tych wyrokach argumentację uznano, że w świetle brzmienia obowiązujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, oferta wykonawcy, który nie zareagował lub zareagował zbyt późno na dokonanie przez Zamawiającego poprawek jego oferty nie podlega odrzuceniu. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie wymagają od wykonawcy żadnej reakcji (oświadczenia woli) po to, by poprawiona oferta została się w postępowaniu i nie podlegała odrzuceniu. Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 7 P.z.p. przez nałożenie na wykonawcę obowiązku złożenia oświadczenia woli o wyrażeniu zgody na poprawę omyłek i odrzucenie oferty wykonawcy, który nie złożył takiego oświadczenia w terminie.”

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu czwartego dotyczącego oferty TRANS-MASZ, Izba uznała niniejszy zarzut za podlegający oddaleniu.

W tym zakresie, Izba oddaliła zarzut dotyczący zobowiązania podmiotu trzeciego, uznając go za przedwczesny, z uwagi na art. 24 aa Pzp i procedurę odwróconą, która została zastosowana przez Zamawiającego. Zarzut jest bowiem na zaniechanie wykluczenia, jednakże mimo wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, póki ten Wykonawca, czyli TRANS-

MASZ nie zostałby uznany, tj. jego oferta za najkorzystniejszą w jakiegokolwiek z trzech części, nie można skutecznie formułować zarzutu tego rodzaju. Zamawiający bowiem nie dokonał jeszcze niewątpliwych ustaleń w tym zakresie. Izba zwraca uwagę, że istotę procedury odwróconej na gruncie Pzp wyraża art. 24aa ust. 1 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający może, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w SIWZ lub w ogłoszeniu o zamówieniu. W pierwszej kolejności, ma miejsce zbadanie ofert pod kątem przesłanek odrzucenia wynikających z art. 89 ust. 1 Pzp oraz ustalonych kryteriów oceny ofert. Następnie, i tylko w odniesieniu do wykonawcy, który złożył ofertę ocenioną jako najkorzystniejszą (ofertę, która uzyskała najwyższą liczbę punktów w przyjętych w danym postępowaniu kryteriach oceny ofert), zamawiający przechodzi do badania sytuacji podmiotowej wykonawcy, tj. kwestii spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia. Stanowisko takie zaprezentowane zostało m.in. w wyrokach KIO takich jak z 17.01.2017 r., sygn. akt: KIO 44/17, 13.03.2017 r., sygn. akt: KIO 359/17, czy też z 20.04.2017 r., sygn. akt: KIO 643/17.

Niniejsze stanowisko Izby, w żaden sposób nie zamyka Odwołującemu możliwości ewentualnego podnoszenia tego zarzutu w przyszłości, jeśli oferta tego Wykonawcy zostałaby uznana za najkorzystniejszą, w jakiegokolwiek części w tym postępowaniu. Powyższe dotyczy także kwestii podnoszonych przez Odwołującego na rozprawie w zakresie podwykonawstwa i kluczowych części zamówienia na kanwie odpowiedzi na pytanie 2 /pismo z 02.04.2019 r./

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Wobec oddalenia zarzutów od pierwszego do czwartego, Izba w konsekwencji (podobnie jak Odwołujący w odwołaniu) oddaliła także zarzut piąty.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. a i b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 5.350, 00 zł stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (3.600,00 PLN) oraz noclegu z parkingiem (1.750, 00 PLN) /§ 3 pkt 2 lit. a i b w/w rozporządzenia)/.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....