

Sygn. akt: KIO 2098/17

WYROK

z dnia 24 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 października 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 października 2017 przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych "Ostrada" Sp. z o.o., J.J., ul. Lokalna 2, 07-410 Ostrołęka** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Transport Towarowy "S." s.c. H.S., M.S., M.P., Przedsiębiorstwo "MIK" Roboty Ziemne i Drogowe Sp. z o.o., ul. Małkińska 9, 07-300 Ostrow Mazowiecka** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert i zwrócenie się do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Transport Towarowy "S." s.c. H.S., M.S., M.P., Przedsiębiorstwo "MIK" Roboty Ziemne i Drogowe Sp. z o.o.**, w trybie art. 90 ust. 1 Pzp o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia cen dotyczących zimowego utrzymania dróg (poz. 1 a i 10) oraz pielęgnacji zieleni (poz. 9), w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.
2. kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa** i:

- 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych "Ostrada" Sp. z o.o., J.J., ul. Lokalna 2, 07-410 Ostrołęka** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2 zasądza od **Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwa Robót Drogowo-Mostowych "Ostrada" Sp. z o.o., J.J., ul. Lokalna 2, 07-410 Ostrołęka** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożoną fakturą.

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

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w imieniu, którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie w podziale na 14 części. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 28 czerwca 2017 pod numerem 2017/S 121-245107.

W dniu 6 października Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych "Ostrada" Sp. z o.o. oraz J.J. - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie w zakresie zadania nr 6 na całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Rejon w Ostrołęce na czynność Zamawiającego polegającą na dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum wykonawców: Transport Towarowy "S." s.c. H.S., M.S., M.P., Przedsiębiorstwo "MIK" Roboty Ziemne i Drogowe Sp. z o.o.

Odwołujący podniósł, że na skutek tej czynności Zamawiającego doszło do naruszenia następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny istotnych części składowych ceny oferty,
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez dokonanie wyboru oferty zawierającej rażąco niskie ceny istotnych elementów,
3. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp przez dokonanie wyboru oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
4. art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp przez uznanie, że Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej,
5. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy mimo nie wykazania przez niego spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej,
6. art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy, który w wyniku rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu,
7. art. 24 ust. 1 pkt 17 przez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania w zakresie zadania nr 6 zamówienia:

1. unieważnienia dokonanej czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. zwrócenia się do Wykonawcy o wyliczenie ceny istotnych części składowych oferty, ewentualnie - jeśli Wykonawca złoży wyjaśnienia w ramach postępowania odwoławczego - Odwołujący wnosi o ich weryfikację pod kątem spełnienia wymogów art. 90 ust. 1 i 2 oraz nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Wykonawcy z powodu nie wykazania przez niego, że wszystkie zaoferowane ceny istotnych części zamówienia zostały określone prawidłowo.

W przypadku nie orzeczenia o odrzuceniu oferty Wykonawcy z powodu rażąco niskiej ceny istotnych części składowych Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. powtórzenia weryfikacji spełniania warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do Wykonawcy i stwierdzenia, że nie potwierdził on spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
2. wykluczenia Wykonawcy z postępowania z uwagi na przedstawienie informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego spełniających przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ust. 1 pkt 16 i/lub 17 ustawy Pzp.

Z ostrożności procesowej, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wezwania Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że w ofercie wykonawcy wybranego znamiona rażąco niskich cen mają następujące części składowe przedmiotu zamówienia:

1. remont drogi technologicznej z płyt JOMB i MON
2. naprawa płyt nawierzchni betonowej z betonu C-25/30
3. naprawa pęknięcia płyty
4. poziomowanie płyty
5. wymiana dylatacji w nawierzchni betonowej
6. zimowe utrzymanie dróg
7. zieleń

Odwołujący przedstawił w tabeli różnice cen robót rozliczanych kosztorysowo między ofertą wykonawcy a średnimi cenami wszystkich ofert złożonych w postępowaniu:

Prace - pozycja kosztorysu	Cena ofertowa Wykonawcy w PLN	Średnia cena PLN	% średniej ceny
remont drogi technologicznej z płyt JOMB i MON	57	177	33,20
naprawa płyt nawierzchni betonowej z C 25/30	950	1638	57,99
naprawa pęknięcia płyty	28	232	12,06
poziomowanie płyty	190	719	26,42
wymiana dylatacji w nawierzchni betonowej	55,2	270	20,44

Odwołujący podniósł, że ceny zaproponowane przez wykonawcę wybranego nie są cenami rynkowymi, gdyż jak wynika z tabeli stanowią one zaledwie ok. 12-58% czyli średnio 30% średniej z cen oferowanych na zadaniach na terenie całego oddziału warszawskiego GDDKiA. Rzeczywiste koszty tych czynności są wielokrotnie wyższe od zaoferowanych przez Wykonawcę. Nie ma żadnej możliwości wykonania tych prac po zaoferowanych przez Wykonawcę cenach. Nie może być również mowy o jakimkolwiek zakładanym zysku.

Odwołujący wskazał także na mającą istotne znaczenie dla całości ceny część zamówienia dotyczącą zimowego utrzymania dróg (ZUD). W poz. 1a rutynowego utrzymania dróg (zimowe utrzymanie dróg) wykonawca zaoferował kwotę 134 460 złotych miesięcznie, co daje kwotę za roczne zimowe utrzymanie w wysokości 1 625 520 zł. Przyjęte przez wybranego wykonawcę ceny są, zdaniem Odwołującego rażąco niskie:

1. w porównaniu z cenami Odwołującego: cena zimowego utrzymania dróg (poz. 1a) zaoferowana przez Wykonawcę stanowi zaledwie 72,43% ceny zaoferowanej przez Odwołującego, i to w sytuacji, gdy Odwołujący ma siedzibę w centrum rejonu
2. w porównaniu z cenami zaoferowanymi Zamawiającemu na innych, porównywalnych rejonach, w szczególności z rejonem Przasnysz (zadanie nr 11), na którym powierzchnia jezdni jest o 10% mniejsza od rejonu Ostrołęka. Zimowe utrzymanie dróg (poz. 1a) na zadaniu nr 6 - rejon Ostrołęka wymaga m.in. prac na ponad 1,02 min m² powierzchni jezdni, natomiast w rejonie Przasnysz powierzchnia utrzymywanych jezdni wynosi 0,91 min m². Natomiast ceny pozycji 1a w ofertach złożonych na zadanie nr 11 wynoszą miesięcznie odpowiednio 200.000 złotych (PBDiM-ALTOR) oraz 175.000 złotych (Urbanowski, WIESTAR, SISTEMA), czyli kilkadziesiąt procent (odpowiednio 49% oraz 30%) wyżej od ceny Wykonawcy, która wynosi niewiele ponad 134 000 złotych. Zaznaczyć trzeba, że wymienieni oferenci wykazali powyższe ceny na mniejszy o 10%

zakres powierzchni przeznaczonej do utrzymania niż w zadaniu nr 6. W/w podmioty są znane na rynku i dysponują bardzo dużym doświadczeniem.

3. w porównaniu z kosztami dotąd ponoszonymi przez Zamawiającego za zimowe utrzymanie. W zestawieniu wydatków GDDKiA Oddział Warszawa na zimowe utrzymanie (ZUD) za ostatnie 4 lata 2013-2016 średnia kwota wynosi 3.465.000 złotych dla rejonu w Ostrołęce. Cena jaką wyliczył Wykonawca za pozycję 1a) w tym rejonie stanowi 51,2% średniej kwoty jaką dotąd wydawał Zamawiający. Nie ma żadnej możliwości wykonania tych prac po zaoferowanych przez Wykonawcę cenach, tym bardziej, że pewny jest w najbliższych latach wzrost kosztów, zwłaszcza robocizny w stosunku do lat ubiegłych.
4. w porównaniu z szacunkiem Zamawiającego zapewne różnica jest jeszcze większa. Zamawiający, opierając się na wcześniejszych doświadczeniach, oszacował zapewne wartość zamówienia powyżej wydatków z lat poprzednich (wszak spodziewane jest znaczne zwiększenie kosztów, zwłaszcza robocizny). Odwołujący nie dysponuje szacunkiem Zamawiającego dotyczącym tej pozycji - dlatego wnioskuje o okazanie przez Zamawiającego stosownych danych.

Podobnie w pozycji nr 10 rutynowego utrzymania dróg (zimowe utrzymanie dróg - chodniki i ścieżki rowerowe) podano kwotę 12.655 złotych miesięcznie, co daje kwotę za roczne zimowe utrzymanie w wysokości 151.860 złotych. Dla porównania Odwołujący podał kwoty z najniższych cenowo ofert w porównywalnych rejonach Przasnysz i Mława - Rejon Przasnysz oferta PHU U-Wiestar sp. z o.o.-Sistema Hits sp. z o.o. w pozycji 10 (chodniki i ścieżki rowerowe - zimowe utrzymanie dróg) cena wynosi 17.000 złotych, a dla Rejonu Mława oferta Rector sp. z o.o.- Wiestar sp. z o.o. cena wynosi 25.000 złotych. W pierwszym przypadku cena zaoferowana na rejonie Ostrołęka stanowi 74%, a drugim 46,6% oferty najkorzystniejszej cenowo na porównywalnym rejonie.

Kwota 12.655 złotych miesięcznie stanowi 70% ceny oferty Odwołującego.

Odwołujący podniósł, że zapewne również w stosunku do szacunku Zamawiającego cena za zimowe utrzymanie dróg (chodniki i ścieżki rowerowe) określona przez Wykonawcę w pozycji 10 złożonej przez niego oferty jest rażąco niska. Zdaniem Odwołującego, nie ma możliwości należytego wykonania prac po tych cenach. Ryczałtowy charakter tych cen oznacza konieczność uwzględnienia w cenie zarówno niestandardowych warunków atmosferycznych, jak i ewentualnego dodatkowego zakresu prac. Złożona oferta powinna zostać odrzucona z powodu nieprawidłowego skalkulowania ceny i w rezultacie zaniżenia kosztów realizacji zamówienia.

Kolejną pozycją wycenianą ryczałtowo, w której Wykonawca zaoferował rażąco niskie ceny jest pielęgnacja zieleni (poz. 9) obejmująca na tym zadaniu zarówno koszenie traw na powierzchni 1,7 min m², jak i utrzymanie ponad 20 tysięcy drzew. Odwołujący wskazał, że W

pozycji nr 9 rutynowego utrzymania dróg Wykonawca podał kwotę 34.480 złotych miesięcznie, co daje kwotę roczną za utrzymanie zieleni w wysokości 413.760 złotych w stosunku rocznym. W jego ocenie, nie jest możliwe wykonanie wymaganych prac w określonym przez Zamawiającego zakresie w tej cenie. SIWZ jasno określa wysokość trawy, która nie może być wyższa niż 20 cm, stąd wynika, że należy ją kosić od 3 do 4 razy rocznie. Powyższe stanowi, że cena za 1m² koszenia wynosi 6-7 groszy, podczas gdy cena rynkowa samego koszenia przewyższa tę wartość o kilkadziesiąt procent i kształtuje się na poziomie 9-12 groszy. Różnica w cenie Wykonawcy w stosunku do oferty Odwołującego (900.000 rocznie) wynosi 45,97%. (podobnie w stosunku do innych cen ofert złożonych w postępowaniu).

Odwołujący wskazał, że wskazane przez niego pozycje stanowią prawie 29% całości oferty a więc są to istotne części składowe ceny oferty, zarówno z punktu widzenia ich udziału w cenie całkowitej jak i z punktu widzenia zakresu i kosztów prac.

Odwołujący podniósł, że Zaniżenie tych cen i oferowanie w/w prac poniżej kosztów ich wykonania stanowi nie tylko naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych, ale również istotne zagrożenie dla właściwego wykonania zamówienia. Oferowanie przez Wykonawcę tak niskich cen jest również naruszeniem zasady uczciwej konkurencji, co powinno skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 3 i 4 ustawy Pzp.

Wyjaśnił, że zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o wystąpienie do Wykonawcy o wyjaśnienie powyższych rażąco niskich cen. Zamawiający zaniechał tej czynności, co doprowadziło do wyboru oferty, której ceny w zakresie istotnych elementów są nierealne w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, co wskazuje na oferowanie wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia.

Odwołujący, wskazując na brak wykazania spełniania przez wykonawcę wybranego zdolności technicznych i zawodowych, wskazał, że Zamawiający wymagał dysponowania odpowiednim sprzętem i w poz. 5 wskazał na frezarki drogowe sterowane elektronicznie o głębokości frezowania regulowanej w zakresie 0-10cm i o szerokości frezowania 1,8-2,00m- 1 szt.

Z uwagi na to, że wykonawca wybrany nie dysponuje takim sprzętem powołał się na potencjał podmiotu trzeciego: Drogi i Mosty J. K. W zobowiązaniu do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia datowanym na 08.08.2017 r. J.K. zobowiązał się do udostępnienia frezarki drogowej Wirtgen sterowanej elektronicznie o głębokości frezowania regulowanej w zakresie 0-10 cm i o szerokości frezowania 1,8 m - 2,00 (1 sztuka). Jednak, wedle dostępnej Odwołującemu wiedzy podmiot ten nigdy nie posiadał i nie posiada frezarki Wirtgen o danych parametrach, jakie są wymagane w powyższym postępowaniu. Jest to urządzenie tak drogie, że niewielu

wykonawców rzeczywiście je posiada. Wszystkie używane w na terenie Oddziału Warszawskiego oraz oddziałów sąsiednich urządzenie o wymaganych parametrach są łatwe do zidentyfikowania. Każdy z wykonawców posiadający taki sprzęt chętnie oferuje jego wynajęcie innym wykonawcom. Nie są znane Odwołującemu jakiegokolwiek informacje o takim urządzeniu będącym w posiadaniu podmiotu udostępniającego, tym bardziej, że cena zakupu nowego sprzętu o tych parametrach wynosi około 2 500 000 złotych. Odwołujący wyjaśnił, że zwrócił się do Zamawiającego o wystąpienie do Wykonawcy z żądaniem wyjaśnienia tej kwestii. Odwołujący jest przekonany, że ani Wykonawca, ani podmiot trzeci nie są w stanie przedstawić jakichkolwiek dowodów dysponowania w/w sprzętem, gdyż wskazany w ofercie Wykonawcy podmiot trzeci takiego sprzętu nigdy nie posiadał.

Ponadto, Odwołujący podniósł, że analiza innych ofert złożonych w postępowaniu wskazuje, że p. J.K. nie tylko udostępnił sprzęt, którego nie posiada, ale udostępnił go wykonawcom ubiegającym się o dwie różne części zamówienia:

1. na potrzeby realizacji zadania nr 6 - na rzecz konsorcjum wykonawców Transport Towarowy "S. S.C" H.S., M.S., M.P. oraz Przedsiębiorstwo "MIK" Roboty Drogowe i Ziemne sp. z o.o.
2. na potrzeby realizacji zadania nr 7 - na rzecz konsorcjum wykonawców Transport Towarowy "S. S.C" H.S., M.S., M.P> oraz Dróg-Pol Roboty Drogowe i Remontowo-Budowlane M. R.

Podobnie Oferent postąpił w odniesieniu do udostępnienia walców ogumionych - min 6 ton wyposażonych w zespoloną lampę sygnalizacyjną (belkę świetlną) na dachu kabiny. W/w podmiot przedstawił w zobowiązaniu złożonym w ofercie na zadanie nr 6 walec ogumiony Amman - 6 ton (sztuk 1) i walec ogumiony Bomag - 6 ton (sztuk 1). Natomiast w zobowiązaniu do udostępnienia potencjału do realizacji zadania nr 7 przedstawił w zobowiązaniu 2 sztuki walców ogumionych Bomag - 6 ton. Wedle ogólnie dostępnej wiedzy podmiot ten nie posiada takiej ilości i o tym tonażu walców ogumionych.

Na świadome działanie Wykonawcy wskazuje również jego własne oświadczenie co do dysponowania sprzętem wymienionym w pkt 2 i pkt 14 potencjału, gdzie zdaniem Odwołującego wykonawca wykazał ten sam sprzęt na zadaniu nr 6 i 7. Chodzi o samochody patrolowe z miejscami siedzącymi (...) i ścinarkę poboczny.

W świetle powyższego, zdaniem Odwołującego doszło do kumulatywnego spełnienia podstaw wykluczenia wykonawcy określonych w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp. tj. wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu w wyniku rażącego niedbalstwa oraz przy przedstawieniu

informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, mających istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa.

Na podstawie dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne a także mając na uwadze stanowiska stron i uczestnika postępowania zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek, określonych w art. 189 ust. 2 ustawy skutkujących odrzuceniem odwołania.

W ocenie Izby wypełnione zostały przesłanki do wniesienia odwołania, określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez Odwołującego interesu w uzyskaniu danej części zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Izba ustaliła, że w zadaniu nr 6 dotyczącym rejonu Ostrołęka złożono 2 oferty:

1. oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Transport Towarowy "S. S.C" H.S., M.S., M.P. oraz Przedsiębiorstwo "MIK" Roboty Drogowe i Ziemne sp. z o.o. (dalej konsorcjum S.) z ceną 34 989 406,93 zł
2. oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych "Ostrada" Sp. z o.o. oraz J.J. (dalej Odwołujący) z ceną 40 439 880, 96 zł.

W kryteriach oceny ofert, ustalonych przez Zamawiającego (cena 60%, jakość BUD – 10%, okres gwarancji – 10%, norma emisji spalin- 10%, jakość ZUD – 10%) oferta konsorcjum Szablowski otrzymała 100pkt, zaś oferta Odwołującego 91,91 pkt.

Z protokołu postępowania (druk ZP-PN) wynika, że wartość zamówienia dla części 6 została ustalona na kwotę 33 800 316,46 zł, w tym wartość przewidywanych zamówień uzupełniających na kwotę 3 237 109,50zł. Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał, że na zadanie nr 6 zamierza przeznaczyć 41 574 389,30 zł.

W pkt 1 OPZ Zamawiający podał, że w ramach Umowy Wykonawca będzie prowadził prace w zakresie utrzymania rutynowego i utrzymania strukturalnego. Prace z zakresu utrzymania rutynowego rozliczane będą co miesiąc w ramach miesięcznego (cyklicznego) wynagrodzenia (ryczałt). Prace w zakresie utrzymania strukturalnego rozliczane będą w ramach wystawianych przez Zamawiającego zleceń na wykonanie poszczególnych robót. Termin realizacji prac strukturalnych będzie każdorazowo określany w zleceniu.

Utrzymaniem rutynowym objęte są następujące elementy:

- utrzymanie czystości nawierzchni (w tym usuwanie martwych zwierząt, przedmiotów stanowiących zagrożenie dla użytkowników drogi i ładunków, które spadły z przejeżdżających pojazdów),
- sprzątanie śmieci z pasa drogowego (w tym gałęzi i skoszonej trawy),
- utrzymanie poboczy drogi,
- utrzymanie skarp nasypu i wykopu,
- mycie i bieżące utrzymanie oznakowania pionowego oraz oznakowania aktywnego,
- utrzymanie urządzeń brd obejmujących osłony zabezpieczające przed ochlapaniem, barieroporęcze i słupki prowadzące,
- utrzymanie ekranów akustycznych,
- utrzymanie zieleni przydrożnej (m.in. koszenie traw i chwastów oraz przycinanie drzew i krzewów, bez wycinki drzew),
- utrzymanie czystości chodników i ścieżek rowerowych,
- utrzymanie parkingów,
- utrzymanie przekazanych elementów Obwodów Utrzymania,
- utrzymanie przepompowni,
- zimowe utrzymanie dróg,
- patrolowanie dróg zgodnie z wymogami niniejszego OPZ.

Uwzględniając powyższe ustalenia, Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami przez niego określonymi. Z przywołanego przepisu wynika, że przedmiotem badania przez zamawiającego pod kątem rażąco niskiej ceny może być nie tylko całkowita cena oferty, ale także jej istotne części składowe

Istota sporu między stronami sprowadza się do rozstrzygnięcia czy Zamawiający w zadaniu nr 6 winien zwrócić się do konsorcjum S. o wyjaśnienie wskazywanych przez Odwołującego cen jednostkowych oferty.

W ocenie Izby, w analizowanym stanie faktycznym, pozycje kosztorysowe dotyczące tzw. utrzymania strukturalnego tj. remontu drogi technologicznej z płyt JOMB i MON, naprawy płyt nawierzchni betonowej z betonu C-25/30, naprawy pęknięcia płyty, poziomowania płyty, wymiany dylatacji w nawierzchni betonowej - nie mają istotnego znaczenia dla całości ceny oferty, nie stanowią istotnych części składowych oferty i nie wywierają istotnego wpływu na cenę oferty. Jak wskazał Zamawiający w złożonej do akt sprawy odpowiedzi na odwołanie szacunkowa ilość jednostek dla tych pozycji kosztorysowych jest niewielka 1-9 (m2, m3, mb. czy szt.), zatem pozycje kosztorysowe nie są istotnymi częściami składowymi ceny oferty.

Wspomnieć należy, że kosztorysy ofertowe są obszerne i z całą pewnością w kosztorysach obu wykonawców znajdują się ceny jednostkowe wyższe lub niższe od konkurencji. Stwierdzenie jednak tego rodzaju okoliczności nie dowodzi tego, że mamy do czynienia z ceną rażąco niską czy też czynem nieuczciwej konkurencji. Wymienione przez Odwołującego pozycje kosztorysowe z zakresu utrzymania strukturalnego mają marginalny wpływ na całkowitą cenę oferty i już tylko z tych względów uznać należy, że zarzut zaniechania wszczęcia przez Zamawiającego procedury z art. 90 ust. 1 Pzp jest niezasadny. Izba podzieliła także stanowisko przedstawione przez Przystępującego, który w oparciu o wykresy zawarte w piśmie procesowym, złożonym do akt sprawy wykazał, że z uwagi na to, że ceny jednostkowe niektórych ofert są znacznie zawyżone, średnia cen jednostkowych ze wszystkich części postępowania nie jest adekwatna do stwierdzenia zaniżenia ceny. Dla przykładu przy remoncie drogi z płyt JOMB i MON większość cen waha się na poziomie ok. 50 -100 zł, ale jest kilka ofert których ceny przekraczają 350 zł, przy naprawie płyt nawierzchni betonowej z betonu C25/30 większość cen oscyluje w granicach 1000zł, zaś dwie oferty przekraczają cenę 6000zł. (jedna nawet 7000zł). Podobnie, kształtują się ceny jednostkowe pozostałych pozycji kosztorysowych. Okoliczność ta powoduje, że odwoływanie się do średnich cen wszystkich złożonych w postępowaniu ofert jest zupełnie nieuzasadnione.

Z tych względów Izba uznała za nieprzydatny dla rozstrzygnięcia sprawy złożony przez Przystępującego dowód w postaci oferty pomiotu trzeciego na wykonanie kwestionowanych pozycji kosztorysowych (oferta z dnia 17.08.2017 ROBOZ P.P.).

Izba ustaliła, że konsorcjum Szablowski w poz. 1a kosztorysu Zimowe utrzymanie dróg podał kwotę - 135 460 zł/ m-c, co daje 1 625 520 zł/rok, w poz. 10 - Zimowe utrzymanie ścieżek i chodników - 12 655 zł, co daje 151 860 zł /rok. Łącznie cena za tzw. utrzymanie rutynowe wynosi 148 115 zł/m-c, 1 777 380 zł/rok. W zakresie pielęgnacja zieleni – koszenie trawy i utrzymanie zieleni – poz. 9 konsorcjum Szablowski zaoferowało cenę - 34 480 zł/m-c, co daje 413 760zł/rok.

W porównaniu z cenami zaproponowanymi przez Odwołującego w zakresie zimowego utrzymania dróg, zarówno w poz. 1a i 10 różnica w cenie między ofertami wynosi ponad 27%, zaś w przypadku utrzymania zieleni różnica w cenie między ofertami wynosi ponad 45%. (cena oferty Odwołującego 900 000zł/rok).

Wskazane pozycje dotyczące zimowego utrzymania dróg oraz pielęgnacji zieleni stanowią niemal 29% całości ceny oferty, co oznacza, że są to istotne elementy, mające wpływ na cenę oferty. Dodatkowo, Zamawiający w toku rozprawy potwierdził, że dotychczasowe wydatki na zimowe (ZUD) utrzymanie dróg na terenie Ostrołęka w latach 2013-2016 wynosiły od ponad 5 tys. w roku 2013 do ponad 3 tys. w roku 2016. Okoliczność ta nie była między stronami sporna i wynika z dowodu przedstawionego przez Odwołującego „Zestawienie wydatków na bieżące (BUD) i zimowe (ZUD) utrzymanie dróg krajowych na terenie GDDiKA Oddział w Warszawie w latach 2013-2016”.

W ocenie Izby, wskazane różnice cenowe pomiędzy dwoma ofertami złożonymi w tym zadaniu jak również dotychczasowe wydatki Zamawiającego na zimowe utrzymanie dróg, które były o ponad 50% większe niż cena oferty konsorcjum S., świadczą o tym, że Zamawiający powinien był powziąć wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty w pozycjach dotyczących zimowego utrzymania dróg (1a i 10). Z uwagi na powyższe Zamawiający winien wszcząć procedurę w trybie art. 90 ust. 1 Pzp względem oferty konsorcjum S. co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami przez niego określonymi. Stanowisko Zamawiającego, że uzasadnieniem dla obniżenia ceny za rutynowe utrzymanie jest wyłącznie okoliczność zmiany sposobu wynagrodzenia z kosztorysowego na ryczałtowe, jest w ocenie Izby niewystarczające. Sam sposób wynagrodzenia z tytułu realizacji tego samego zakresu przedmiotu zamówienia nie zwalnia wykonawcy od rzetelnej kalkulacji ceny oferty.

Przedłożone w toku rozprawy przez Przystępującego oferty: na odśnieżanie pasa drogowego w wysokości 14zł/km (oferta z dnia 18.08.2017r. M.M. Handle i Usługi Transportowe), koszenie pasa drogowego w wysokości 0,06gr/1m² (oferta z dnia 19.08.2017r. Firma Handlowo-Usługowa Er-Trans E.B.) stanowią w efekcie wyjaśnienie elementów składających się na cenę oferty i winny być przedłożone i ocenione przez samego Zamawiającego w toku postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Sąd

zasadnym jest, zdaniem Izby, nakazanie dokonania wezwania w trybie art. 90 ust. 1 Pzp w zakresie wyjaśnienia cen z poz. 1a, 10 i 9 kosztorysu ofertowego konsorcjum Szablowski.

W zakresie zdolności technicznych Izba ustaliła, że Zamawiający wymagał, aby wykonawca miał dostępne na etapie realizacji zamówienia dla każdego zadania, na które składa ofertę następujące narzędzia i urządzenia m.in:

pkt 2. Samochód patrolowy z miejscami siedzącymi dla kierowcy i zespołu patrolującego oraz przedziałem bagażowo-towarowym o pojemności min. 700 dm³, wyposażony w zespoloną lampę sygnalizacyjną (belkę świetlną) na dachu kabiny oraz z tyłu pojazdu znaki: A – 14 i obrotowy C – 9/10 oraz tablicę U – 3d, folia min. II generacji – 2szt.

pkt 5 frezarki drogowe sterowane elektronicznie o głębokości frezowania regulowanej w zakresie 0-10cm i szerokości frezowania 1,8m-2,0m – 1 szt.

pkt 8 – Walec ogumiony – min. 6 ton wyposażony w zespoloną lampę sygnalizacyjną (belkę świetlną) na dachu kabiny – 2 szt.

pkt 14 - ścinarka poboczy – 1 szt.

W celu potwierdzenia wymagań Zamawiający żądał złożenia wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami.

W pkt 10.2 i 10.3 SIWZ Zamawiający wskazał:

Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia (wzór zobowiązania stanowi Formularz 3.2.

Zamawiający oceni, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz zbada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13 - 22 ustawy Pzp oraz, o których mowa w pkt 8.2. IDW.

Celem potwierdzenia spełnienia wymagań w zakresie zdolności technicznej w dokumencie JEDZ konsorcjum S. wskazał, że będzie dysponował na potrzeby realizacji zamówienia: frezarką drogową Wirtgen sterowaną elektronicznie o głębokości frezowania regulowanej w zakresie 0 - 10cm i szerokości frezowania 1,8m-2,0m - 1 szt., walcem ogumionym Ammann - min. 6 ton wyposażonym w zespoloną lampę sygnalizacyjną (belkę świetlną) na dachu kabiny - 1 szt., walcem ogumionym Bomag - 6 ton wyposażonym w zespoloną lampę sygnalizacyjną (belkę świetlną) na dachu kabiny - 1 szt.

W oświadczeniu podmiotu trzeciego z dnia 8.08.2017r. - Drogi i Mosty J.K. zobowiązał się do oddania do dyspozycji wykonawcy: m.in. frezarki drogowej Wirtgen sterowanej elektronicznie o głębokości frezowania regulowanej w zakresie 0-10cm i o szerokości frezowania 1,8-2,0m, walca ogumionego: Ammann - 6 ton oraz walca Bomag - 6ton.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 6.10.2017r., konsorcjum Szablowski w dniu 11.10.2017r. przedłożył Zamawiającemu oświadczenie J.K. Drogi i Mosty, z którego wynika, że podmiot ten zarówno na dzień złożenia zobowiązania, składania ofert oraz obecnie dysponuje frezarkami Wirtgen jak również odpowiednią liczbą walców ogumionych. Urządzenie są i były w liczbie odpowiadającej wymaganiom każdej z części, na którą udzielił zobowiązania tj. na część 6 Ostrołęka: frezarka -1szt, walce -2szt, Ostrów Mazowiecka: frezarka -1szt., 2szt. walców. Oświadczył także, że na każde z zadań udostępnia osobne maszyny. Ponadto w piśmie z dnia 11.10.2017r. konsorcjum Szablowski oświadczył, że ścinarki poboczy jak i samochody patrolowe są własnym sprzętem wykonawcy.

W dniu 11.10.2017r. konsorcjum S. przedłożył wyjaśnienia dodatkowe, w których wskazał, że złożone uprzednio wyjaśnienia odnoszą się do części 6 i 7 postępowania i w każdym z zadań złożono odpowiednią ilość urządzeń i nie sytuacji, w której jedno urządzenie byłoby przyporządkowane do dwóch zadań.

W toku rozprawy Przystępujący przyznał, że podmiot trzeci – J.K. nie jest właścicielem frezarki Wirtgen, jednak podmiot ten ma ją w wyłącznej dyspozycji, zamówioną od dystrybutora maszyn drogowych - PPHU Notex T.N.. Na dowód tego złożył oświadczenie T.N. PPHU Notex z dnia 12.10.2017r. Tym samym, w ocenie Izby, wykonawca w sposób wiarygodny wykazał, że dysponuje i będzie miał dostępną na etapie realizacji zamówienia wymaganą frezarkę.

Zgodnie z treścią § 2 ust. 4 pkt 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016r. (Dz.U. 2016, poz. 1126) celem potwierdzenia spełniania warunków dotyczących zdolności technicznej wymaga się złożenia wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami.

W art. 22a ust. 1 Pzp ustawodawca dopuścił celem potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach, w odniesieniu do konkretnego zamówienia lub jego części, powoływanie się na zasoby podmiotów trzecich. Istotne jest to, aby wykonawca który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów udowodnił zamawiającemu, że realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia art. 22a ust. 2 Pzp).

Jednocześnie ustawodawca nałożył na zamawiającego obowiązek oceny, czy udostępnione wykonawcy przez inne podmioty zasoby pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz obowiązek zbadania czy nie zachodzą wobec podmiotu trzeciego podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5 Pzp.

Zauważyć należy, że przepisy Pzp nie regulują kwestii dotyczących zasad dysponowania odpowiednimi narzędziami czy sprzętem przez sam podmiot trzeci. Przyjąć należy zatem, że podmiot trzeci udostępniający wykonawcy swoje zasoby techniczne (sprzęt, narzędzia) może dysponować udostępnianym sprzętem nie tylko jako posiadacz samoistny (właściciel), ale także jako posiadacz zależny (najemca, dzierżawca, zastawnik). Innymi słowy, okoliczność na jakich zasadach podmiot trzeci dysponuje sprzętem, który udostępnia wykonawcy do realizacji zamówienia, jest bez znaczenia dla oceny czy udostępniony potencjał techniczny ma charakter realny. Istotne przy ocenie udostępnianego wykonawcy zasobu w postaci narzędzi i sprzętu jest wykazanie czy będzie on faktycznie temu podmiotowi dostępny na czas realizacji zamówienia.

Powyższe stanowisko znajduje zastosowanie w odniesieniu do zasobu dotyczącego potencjału technicznego co do którego nie jest konieczny bezpośredni udział samego podmiotu trzeciego przy realizacji zamówienia. Natomiast, w odniesieniu do innych zasobów np. wiedzy i doświadczenia nie ma możliwości powoływania się przez podmiot trzeci na doświadczenie jeszcze innego podmiotu.

Uwzględniając powyższe, Izba uznała, że w rozpatrywanym stanie faktycznym Przystępujący w sposób skuteczny udowodnił, że frezarka Wirtgen stanowi zasób podmiotu trzeciego J.K. Drogi i Mosty, którą podmiot ten zobowiązał się udostępnić wykonawcy na czas realizacji zamówienia publicznego. Na dowód faktycznego dysponowania przez podmiot udostępniający frezarką Wirtegn Przystępujący przedstawił oświadczenie z dnia 12.10.2017r. PPHU Notex T.N., w którym potwierdzono, że od dnia 15.07.2017r. Drogi i Mosty J.K. ma zamówione 2szt frezarek a urządzenia te pozostają do wyłącznej dyspozycji Drogi i Mosty J.K. od dnia zamówienia. Z przywołanego oświadczenia wynika, że frezarki stanowią zasób podmiotu trzeciego – J.K. od dnia zamówienia tj. od dnia 15.10.2017r., który to zasób podmiot ten udostępnił wykonawcy w sposób pozwalający na wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Izby, w sposób wiarygodny i realny wykazano, że podmiot trzeci może ten sprzęt udostępnić wykonawcy.

Twierdzenia Odwołującego odnośnie tego, że podmiot J.K. Drogi i Mosty nie dysponuje udostępnioną wykonawcy ilością (4 szt.) walców ogumionych pozostały gołosłowne. Odwołujący powołał się w tym zakresie wyłącznie na „ogólnie dostępną mu wiedzę”. Stanowisku Odwołującego przeczą złożone przez podmiot trzeci oświadczenia o udostępnieniu zasobów technicznych w ilości wymaganej dla potwierdzenia spełnienia wymagań stosowanie do części 6 i 7 zamówienia.

Podobne stanowisko, nie poparte dowodami dotyczy samochodów patrolowych i ścinarki poboczy. W tym zakresie również Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, który zaprzeczałby prawdziwości złożonego przez konsorcjum S. oświadczenia co do posiadania we własnych zasobach wymaganej ilości samochodów patrolowych oraz ścinarek poboczy. Dodatkowo, prawdziwość twierdzeń Przystępującego potwierdzają złożone przez niego jako dowód w sprawie faktury zakupu samochodów patrolowych i ścinarek poboczy.

Z uwagi na powyższe, Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt polegający na uznaniu, że wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej, w konsekwencji Izba uznała, że nie zachodzą przesłanki wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu określone w art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 24 ust. 1 pkt 16 i pkt 17.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: