

Sygn. akt: KIO 568/18

WYROK
z dnia 11 kwietnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:	Anna Chudzik
Członkowie:	Katarzyna Brzeska Anna Wojciechowska
Protokolant:	Zuzanna Idzkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 kwietnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 marca 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **BKW Usługi Komunalne Sp. z o.o. z siedzibą w Podegrodziu, Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe GODROM Sp. z o.o. z siedzibą w Gorlicach,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie,**

przy udziale wykonawcy **Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. z siedzibą we Wrocławiu,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego niewykazania przez Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 7.2.2 lit. a Tomu I SIWZ i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wezwanie ww. wykonawcy – na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie tego warunku;
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala;
3. Kosztami postępowania obciąża Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie i:

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
- 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 900 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy dziewięćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Krakowie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Całoroczne utrzymanie dróg krajowych województwa małopolskiego w latach 2018-2022 w podziale na 5 części, część 2 - obejmująca całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych województwa małopolskiego w zakresie części nr, obejmującej utrzymanie dróg krajowych Rejonu Nowy Sącz.*

W dniu 26 marca 2018 r. Konsorcjum: BKW Usługi Komunalne Sp. z o.o. Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe GODROM Sp. z o.o. wniosło odwołanie wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty Zakładu Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A., zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy z postępowania oraz zaniechania odrzucenia jego oferty. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7, art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 oraz art. 90 ust 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia wykonawcy ZABERD z postępowania Odwołujący wskazał, że w punkcie 7.2.2. lit. a IDW Zamawiający określił warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy w zakresie wykazania się wiedzą i doświadczeniem, w następujący sposób: *Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy – to w tym okresie: a) 1, 2 lub 3 zadań polegających na bieżącym utrzymaniu/utrzymywaniu dróg klasy min. GP oraz b) 1,2, lub 3 zadań polegających na zimowym utrzymaniu/utrzymywaniu dróg klasy min. GP o łącznej wartości brutto nie mniejszej niż 20 mln PLN brutto.* Zamawiający wskazał przy tym, że *przez bieżące utrzymanie rozumie się wykonywanie usług utrzymania drogi w zakresie co najmniej utrzymania: drogi, obiektów mostowych, odwodnienia, barier drogowych, zieleni oraz czystości, wykonywanych przez cały rok kalendarzowy. Przez zimowe utrzymanie rozumie się wykonywanie usług w zakresie odśnieżania, zapobiegania powstawaniu śliskości i likwidowania śliskości na drodze wykonywanych w sezonie zimowym - zakłada się okres od 1 października do 30 kwietnia.* Jednocześnie Zamawiający zastrzegł, że zgodnie z art. 23 ust. 5 ustawy Pzp warunek opisany w pkt. 7.2.2.a IDW nie podlega sumowaniu. Oznacza to, że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, jeden z wykonawców musi się wykazać całym wymaganym doświadczeniem (warunek nie będzie spełniony, jeżeli wszyscy Wykonawcy w sumie

wykazali się wymaganym doświadczeniem, ale żaden z nich samodzielnie nie wykazał się całym wymaganym doświadczeniem). W punkcie 9.7. IDW Zamawiający wskazał, że w celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu na wezwanie Zamawiającego Wykonawca zobowiązany jest do złożenia oświadczeń i dokumentów wymienionych przez Zamawiającego w IDW, w tym wykazu usług wykonanych w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie Wykonawcy. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający dokładnie opisał zakres czynności, jakie wykonawca musi wykonać i w jakich musi wykazać się doświadczeniem, dzieląc przedmiot zamówienia dla każdej części na grupy robót (w sumie 14 grup), a także zamieszczając wykaz asortymentów robót i usług przypisanych do danych grup w Tabelach Elementów Rozliczeniowych, zamieszczonych w Rozdziale 2 Tom 1 SIWZ.

Odwołujący podniósł, że wykonawca ZABERD nie spełnia warunków udziału w postępowaniu z powodu braku wymaganej wiedzy i doświadczenia, a nadto w wyniku zamierzonego działania lub co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził w błąd Zamawiającego co do bardzo istotnych informacji, dotyczących jego zdolności technicznej i zawodowej w zakresie wiedzy i doświadczenia, które to informacje wprowadziły w błąd Zamawiającego i spowodowały, że oferta tego wykonawcy została wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w wykazie usług ZABERD S.A. wskazał wyłącznie siebie jako podmiot wykonujący usługi referencyjne i przypisuje sobie 100% wartości realizacji usług referencyjnych, a tym samym wykaz ten zawiera nieprawdziwe informacje, mające istotny wpływ na wynik postępowania. Ze złożonych referencji jasno wynika, że w zakresie pierwszej usługi referencyjnej dotyczy ona umowy zawartej nie z ZABERD S.A., lecz konsorcjum: ZABERD S.A. oraz ELEKTROTIM S.A., zaś w zakresie drugiej usługi referencyjnej dotyczy ona umowy zawartej z konsorcjum w składzie: ZABERD S.A. oraz Przedsiębiorstwo DUBR Sp. z o.o.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający przyjął ten wykaz usług bez zastrzeżeń, chociaż on sam był odbiorcą tych usług referencyjnych i on sam wystawił referencje w zakresie realizacji usług referencyjnych, trudno więc przyjąć, że nie wiedział iż wykaz zawiera nieprawdziwe informacje. Zdaniem Odwołującego, takie działanie wykonawcy

powinno być podstawą do jego wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 17 albo 16 ustawy Pzp, gdyż powinien być mu postawiony zarzut co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, aczkolwiek w realiach niniejszego postępowania była to raczej udana próba zamierzonego działania w celu wprowadzania w błąd Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego jeszcze poważniejszym naruszeniem prawa w zakresie wiedzy i doświadczenia jest okoliczność, że wykonawca ZABERD złożył oświadczenie, że wykonał w sposób należyty wskazane roboty referencyjne, gdy tymczasem z treści obu referencji wynika, że w przypadku obu usług na wykonawcę zostały nałożone wysokie kary pieniężne za przekroczenie terminu realizacji prac utrzymaniowych. W tych okolicznościach złożenie oświadczenia o należyтым wykonaniu usług referencyjnych oraz ponowne wybranie przez tego samego Zamawiającego Wykonawcy ZABERD S.A. jako dającego rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia publicznego, jest rażącym naruszeniem prawa zamówień publicznych. Skoro bowiem żadna z usług referencyjnych nie została wykonana należyście, to oznacza, że wykonawca nie wykazał spełniania określonego warunku udziału w postępowaniu, a zatem powinien zostać wykluczony w oparciu o art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego, najpoważniejszą kwestią w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawcy ZABERD S.A. jest fakt, że nie posiada on faktycznie żadnej wiedzy i doświadczenia w zakresie realizacji usług wymaganych przez Zamawiającego. Nie dość bowiem, że usługi referencyjne wykonywał nie sam, lecz w konsorcjum z innymi firmami (co przemilczał), to na dodatek całość usług referencyjnych była wykonywana siłami podwykonawców, co wynika wprost z złożonych referencji, a także z umowy numer I/62/ZZ/Z-1/2014, w której w § 16 ust. 1 wpisano, że: *Wykonawca wykona przedmiot umowy, cały zakres robót przy udziale podwykonawców.*

Odwołujący wskazał, że również w niniejszym postępowaniu ZABERD S.A. podał, że zamierza powierzyć podwykonawcom wykonanie robót z zakresu wszystkich grup. Powstaje więc pytanie, jaką rolę pełni on w przedmiotowych postępowaniach, skoro ani nie posiada własnej wiedzy i doświadczenia, ani nie realizuje prac własnymi siłami, lecz w 100% zleca to podwykonawcom, ani też nie zamierza realizować osobiście robót w niniejszym postępowaniu. Odwołujący stwierdził, że wprawdzie nie jest zabronione ani przepisami prawa, ani treścią SIWZ, aby wykonawca zlecał prace podwykonawcom, jednakże Zamawiający w IDW pkt 5.6 lit. b wskazał, że *Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy.* Zdaniem Odwołującego użycie przez Zamawiającego określenia *części*, a nie *całości lub części* jednoznacznie wskazuje, że mimo iż Zamawiający nie wymagał osobistego wykonania części zamówienia, to jednak nie przewidywał, aby całość zamówienia była realizowana przez podwykonawców. W kontekście uczciwego

i rzetelnego rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia, którego wartość jest liczona w setkach milionów złotych, budzi uzasadnione wątpliwości także to, że wykonawca, który zamierza całość prac scedować na podwykonawców, a także poprzednio całość prac cedował na podwykonawców, w treści oferty był w stanie wskazać jedynie jednego małego podwykonawcę, któremu część robót powierzy, a taki stan rzeczy nie wzbudził żadnych wątpliwości Zamawiającego,

Odwołujący podkreślił, że obie usługi referencyjne realizowane były przez ZABERD S.A. w konsorcjum z innymi wykonawcami, którzy nie biorą udziału w przedmiotowym postępowaniu, a złożony wykaz usług nie zawiera charakterystyki zamówienia ani żadnych informacji potwierdzających, jakie elementy zamówienia były wykonywane przez każdego z konsorcjantów, w szczególności jakie czynności w ramach tych usług były wykonywane przez ZABERD S.A. Zdaniem Odwołującego pośrednia odpowiedź na to pytanie znajduje się w referencjach, skoro bowiem Zamawiający potwierdził, że w przypadku obu usług całość robót była wykonywana przez podwykonawców, to oznacza, że ZABERD S.A. nie wykonał żadnego zakresu zamówienia.

Odwołujący powołał się na wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C-387/14, dotyczący art. 48 ust. 3 Dyrektywy nr 2004/18/WE, z którego wynikają następujące tezy:

62) *[...], gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego.*

63) *[...], wykonawca nabywa realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców i bez względu na to, jaki miał w tę grupę wkład, lecz wyłącznie poprzez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców.*

64) *Wynika z tego, że wykonawca nie może polegać, do celów wymaganego przez instytucję zamawiającą doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału.*

Odwołujący wskazał, że TSUE stwierdził, iż art. 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji.

Zdaniem Odwołującego oznacza to, że ZABERD S.A. może w takim zakresie polegać na wiedzy i doświadczeniu konsorcjów, których był członkiem, w jakim rzeczywiście, faktycznie i konkretnie uczestniczył w realizacji powołanych usług referencyjnych – czyli w tym przypadku na żadnym. Przy doświadczeniu zawodowym liczy się stan faktyczny realizacji robót, w innym bowiem wypadku należałoby przyjmować, że np. bank który w konsorcjum z firmą drogową realizował budowę autostrady poprzez udostępnienie środków finansowych na realizację inwestycji posiada doświadczenie w budowie autostrad. Odwołujący powołał się na orzecznictwo Izby, odzwierciedlające pogląd wyrażony przez TSUE (orzeczenia w sprawach o sygn. akt: KIO 1987/17, KIO 326/18 i KIO 327/18).

Odwołujący wskazał, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia na inne części postępowania prowadzonego przez GDDKiA Oddział Kraków na całoroczne utrzymanie dróg krajowych województwa małopolskiego w latach 2018-2022 w podziale na 5 części przed Krajową Izbą Odwoławczą toczyły się dwa postępowania, dotyczące części 1 i 4 zamówienia (sygn. akt KIO 326/18, KIO 327/18). W sprawie o sygn. akt KIO 327/18 przedmiotem sporu były te same referencje, którymi w przedmiotowym postępowaniu posłużył się wykonawca ZABERD. Oba odwołania zostały przez Izbę uwzględnione.

Ponadto Odwołujący podniósł, że oferta wykonawcy ZABERD podlega odrzuceniu z uwagi na rażąco niskie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający, po otrzymaniu pisma Odwołującego, wezwał ZABERD S.A. do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, jednakże wezwanie to nie dotyczyło wszystkich rażąco zaniżonych cen jednostkowych, a wnikliwa ocena złożonych wyjaśnień i dowodów (tj. kosztorysów, do których Odwołujący uzyskał wgląd oraz ofert podwykonawców, do których Odwołujący nie uzyskał wglądu), powinny doprowadzić Zamawiającego do przekonania, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę. W świetle dokumentów, do których Odwołujący dotarł w ramach niniejszego postępowania, Zamawiający nie przeprowadził żadnej rzetelnej analizy cen grup i cen poszczególnych prac. W ocenie Odwołującego tak znaczące dysproporcje cen, które Odwołujący wskazał w zestawieniach do odwołania, muszą budzić wątpliwości każdego Zamawiającego, w szczególności w kontekście ustaleń, czy cena zawiera wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia. Jeżeli jest inaczej, oferta nie zawierająca wszystkich kosztów byłaby niezgodna z postanowieniami rozdziału 15 SIWZ, w szczególności zaś jego pkt. 15.2. Badanie poszczególnych cen jednostkowych i uwzględnienie wszelkich kosztów – stosownie do postanowień SIWZ – uwidacznia bardzo dużą dysproporcję cen jednostkowych pomiędzy cenami wskazanymi przez ZABERD

a cenami jednostkowymi innych wykonawców. Trudno bowiem przyjąć, że Zamawiający, który od lat i na dużą skalę zajmuje się całorocznym utrzymaniem dróg krajowych, nie potrafi w sposób prawidłowy i racjonalny oszacować ceny poszczególnych usług, składających się na przedmiot zamówienia, tym bardziej, że wynagrodzenie za realizację przedmiotu zamówienia ma charakter wynagrodzenia kosztorysowego. W tych okolicznościach każde odchylenie od cen rynkowych o więcej niż wynosi rozsądna granica różnic cen rynkowych, a na pewno o więcej niż 30% od wyceny Zamawiającego lub średniej cen innych wykonawców, powinno obligować Zamawiającego do żądania wyjaśnień w tym zakresie oraz zbadania, czy wyjaśnienia są wiarygodne i potwierdzają możliwość prawidłowego zrealizowania usług.

Odwołujący podniósł, że wykonawca ZABERD, na pisemne wezwanie Zamawiającego nie udowodnił, że cena oferty nie jest rażąco zaniżona. Wyznacznikiem rażąco niskiej ceny jest bowiem nie tylko jej odbieganie od cen rynkowych czy cen szacunkowych Zamawiającego, lecz przede wszystkim jej nierealność. Porównanie zarówno ceny ofertowej tego wykonawcy, jak również cen jednostkowych wskazuje, że ceny zaproponowane przez tego wykonawcę w kilkudziesięciu pozycjach kosztorysów są nierealne. Odwołujący załączył do odwołania tabele wyceny poszczególnych usług w ramach każdej grupy cenowej oraz zbiorcze zestawienie grup kosztowych, w których dokonuje porównania cen wskazanych przez ZABERD S.A. oraz cen i kosztów jednostkowych, przewidzianych przez Zamawiającego (kolorem czerwonym zaznaczono wszystkie pozycje, które w sposób rażący odbiegają od cen rynkowych). Odwołujący poinformował, że w dalszej części odniesie się do tych rażąco zaniżonych cen jednostkowych, które wskazał Zamawiającemu w swoim piśmie z 15 lutego 2018 r., a których Zamawiający należycie nie zweryfikował, natomiast inne pozycje przedstawi szczegółowo na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że dla przykładu cenami całkowicie nierealnymi są:

- W tabeli GRUPA PRAC NR 1 lb - Zimowe utrzymanie dróg dotyczącej Gotowość do ZUD gdzie wskazane przez wykonawcę ceny jednostkowe poszczególnych pozycji nie pokrywają nawet wymaganych przez Zamawiającego kosztów wynagrodzeń pracowników liczonych nawet po minimalnej stawce wynagrodzeń obowiązującej zgodnie z ustawą od 2018 r., podczas gdy Zamawiający wymaga, aby w ciągu 8 h pracy jednorazowo w Gotowości ZUD znajdowało się 31 osób i tak w ciągu 24 h zgodnie z przepisami Kodeksu Pracy muszą to być trzy zmiany na dobę, w tym część pracy będzie wykonywana w godzinach nocnych, za co pracownikowi przysługuje dodatek do każdej godziny nocnej (zgodnie z pkt. 3.4 str. II Specyfikacji technicznej GII-D- 66.01.00.). Zdaniem Odwołującego stawki te powinny być o wiele większe, gdyż założenie, że osoby pracujące na stanowiskach np. kierownik nadzoru, dyżurni ZUD, kierowcy, operatorzy

sprzętu, będą chciały pracować za minimalną płacę jest niedorzeczne, a ponad to wykonawca musi jeszcze pokryć koszty utrzymania baz, utrzymania sprzętu, itp.

- We wszystkich wyjaśnieniach dla poszczególnych Grup brak ujęcia w kosztorysach szczegółowych samochodu zabezpieczającego wymaganego zgodnie z Wymogami Ogólnymi D-M-00.00.00 (pkt. 1 ppkt. 1.5.3 tj. Zarządzenie nr 34 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 30 lipca 2014 r. w sprawie typowych schematów oznakowania robót prowadzonych w pasie drogowym). Zgodnie z ww. zarządzeniem wykonawca prowadzący pracę remontowe winien zabezpieczyć i oznakować miejsce pracy w sposób wskazany w typowych schematach. Przykład mogą stanowić schematy ujęte na rys. 82 lub rys. 81 w załączniku 1 część 2 do Zarządzenia.
- W tabeli GRUPA PRAC NR 4 „Utrzymanie systemu odwodnienia” poz. 7.1. „Oczyszczenie urządzeń odwadniających - odpady niebezpieczne” cena jednostkowa za m³ - 200 zł netto, przy czym koszty utylizacji wykazane przez wykonawcę (w przesłanym załączniku nr 1) wynosi 149 zł/m³, natomiast zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 22 grudnia 2017 r. Dz.U. z 2017 r. poz. 2490 w sprawie jednostkowych stawek opłat za korzystanie ze środowiska dla kodu odpadów 13 05 Odpady z odwodnienia olejów w separatorach, sama opłata środowiskowa wynosi 165.54 zł/Mg, co przewyższa wartość zaoferowaną przez wykonawcę, a nie uwzględniono w tym jeszcze kosztów utylizacji przez wyspecjalizowaną firmę.
- W kosztorysach szczegółowych będących Załącznikiem nr 1 do wyjaśnień w poszczególnych pozycjach działu zastosowano różne wysokości narzutu. Przykładowo w poszczególnych GRUPY PRAC NR 9 - Zieleń zastosowano różne wysokości narzutu od 7,6 % do 20.7% (jest to suma kosztów pośrednich i zysku). Taka wysokość narzutów skrajnie odbiega od ich rynkowej, realnej wartości. Zastosowane narzuty skrajnie odbiegają od wysokości narzutów podanych przez wykonawcę w załączniku nr 2.4.2.13 a i b do oferty (Wykaz stawek godzinowych), wynoszących łącznie 90%.
- Również zastosowane stawki godzinowe dla robocizny i sprzętu znacznie odbiegają od stawek określonych przez oferenta w załączniku nr 2.4.2.13a i b (Wykaz stawek godzinowych). Zastosowanie w kosztorysie szczegółowym stawek godzinowych zgodnych z załącznikiem nr 2.4.2.13 a i b (Wykaz stawek godzinowych) daje ceny jednostkowe znacznie wyższe, niż przedstawione w ofercie. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący załączył kalkulację, w której dla przykładu dokonano kalkulacji kosztów dotyczących kilku pozycji z Grupy prac nr 9 „Zieleń”, gdzie dla ilości czasu pracy wpisano stawki, które wykonawca powinien zastosować w przesłanych kosztorysach szczegółowych, czyli zgodnie z dołączonym przez niego do oferty wykazem 2.4.2.13 a i b.

Ponadto Odwołujący stwierdził, że kalkulacja cen przesłana Zamawiającemu jest niezgodna z wymaganiami określonymi w Specyfikacji Technicznej nr D-48.02.00, stanowiącej obowiązującą podstawę obliczenia ceny, ponieważ: a) nie uwzględnia niezbędnych czynności: - zabezpieczenia i oznakowania terenu; - frezowania pnia; - utylizacji materiału z wycinki; - transportu odpadu, b) nie uwzględnia kosztu pracy niezbędnego sprzętu: - podnośnik; - frezarka do pniaków; - rębak do gałęzi; - samochód samowyładowczy; - znaki, pachołki, bariery; - samochody zabezpieczające. Taka sama sytuacja powtarza się w kalkulacjach cen szczegółowych dotyczących innych grup prac przedstawionych w załączniku nr 1 przesłanym przez wykonawcę. Przykładowo w wyjaśnieniach dla Grupy nr 1 „Nawierzchnia” brak ujęcia w kosztorysach szczegółowych samochodu zabezpieczającego wymaganego zgodnie z Wymogami Ogólnymi D-M-00.00. Kolejnym elementem nie ujętym w kosztorysie szczegółowym jest pojazd prowadzący badania (odpowiednio oznakowany i wyposażony), który jest wymagany i ujęty w Specyfikacji Technicznej Szczegółowej dla Grupy Nawierzchnia D-41.10.00 pkt. 6 Kontrola Jakości Prac. Jeżeli Wykonawca zleci usługę firmie podwykonawczej winien uwzględnić w kalkulacji koszt takiej usługi. Dodatkowo Zamawiający oceniając wyjaśnienia nie uwzględnił, że całe zadanie wykonywane jest na różnych odcinkach dróg, które mają długość ponad 200 km i wykonawca w celu realizacji poszczególnych zadań musi przemieścić się średnio ponad 50 km od bazy, natomiast ZABERD S.A. nie uwzględnił tego w wycenie, gdyż przy tak niskich kosztach bezpośrednich oraz narzutach, jakie podał w wyjaśnieniach zał. nr 1 nie jest w stanie pokryć kosztów tych dojazdów.

W ocenie Odwołującego powyższe dowodzi, że cena istotnych pozycji przedmiarowych, mających istotny wpływ na cenę zamówienia, została wielokrotnie zaniżona. Nawet przyjmując, że wykonawca dokonał swoistej „inżynierii cenowej” i ukrył resztę ceny z tych pozycji w innych pozycjach, to działanie takie byłoby niezgodne z treścią wcześniej zacytowanych zapisów SIWZ, prowadząc również do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że co do zasady ocenie podlega cena za cały przedmiot zamówienia, jednak w pewnych okolicznościach badaniu powinny zostać poddane również elementy kalkulacyjne oferty. W piśmie z datą wypływu do Zamawiającego w dniu 13 lutego 2018 r. (a więc po terminie, który Zamawiający ustalił do dnia 12 lutego 2018 r. do godziny 14:00), złożonym na wezwanie Zamawiającego, wykonawca ZABERD w żaden sposób nie udowodnił, że zastosuje ceny, które nie są rażąco zaniżone. Przedstawiona w piśmie tabela zbiorcza poszczególnych pozycji kosztowych oraz zakładanego zysku wykonawcy została zrobiona „wirtualnie”, bez oparcia się na złożonej ofercie oraz realiach rynkowych, cenach zakupu materiałów, kosztach eksploatacji urządzeń, wynagrodzeń pracowników, itp.

W związku z tym, że Odwołujący nie miał dostępu do ofert podwykonawców, dołączonych do wyjaśnień, powstaje jeszcze zasadnicze pytanie, czy przypadkiem tak niskich cen nie oferują ci sami podwykonawcy, których zaniedbania doprowadziły do naliczania kar umownych w usługach referencyjnych.

Odwołujący stwierdził, że wobec powyżej przytoczonych okoliczności faktycznych oraz w świetle orzecznictwa Izby nie ma wątpliwości, że oferta złożona przez ZABERD S.A. zawiera rażąco niską cenę, wobec czego Zamawiający zobowiązany był odrzucić tę ofertę.

Ponadto przedmiotem wnikliwego badania przez Zamawiającego i żądania powinny być pozycje kosztorysowe, w których wykonawca ten proponuje ceny kilkukrotnie przewyższające ceny rynkowe oraz ceny przewidziane przez Zamawiającego. W związku z powyższym w ocenie Odwołującego oferta Wykonawcy Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. powinna zostać odrzucona także na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako oferta, której treść nie odpowiada SIWZ. Odwołujący stwierdził, że niezgodność oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polega na niezgodności zobowiązania, które przez złożenie swojej oferty chce zaciągnąć wykonawca, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje Zamawiający i które opisał w SIWZ, ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie lub potwierdzenia zakresu zobowiązania ofertowego (nawet przy jego materialnej zgodności z wymaganiami Zamawiającego). Przyjęte w doktrynie orzeczniczej interpretacje ww. przepisu potwierdzają – zdaniem Odwołującego – że niezgodność treści oferty ZABERD S.A. z treścią SIWZ ma charakter zasadniczy i nieusuwalny, a także dotyczy sfery niezgodności zobowiązania zawartego w ofercie z treścią SIWZ lub też polega na sporządzeniu lub przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ. W ocenie Odwołującego, niezależnie od niezgodności treści oferty z SIWZ, przerzucanie kosztów pomiędzy pozycjami stanowi również czyn nieuczciwej konkurencji, co wskazała Izba w wyroku z dnia 23 maja 2016 roku sygn. KIO 547/16, KIO 550/16.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wykluczenia wykonawcy Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. z postępowania i odrzucenia oferty tego wykonawcy, wezwania Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wymaganych przez Zamawiającego oświadczeń i dokumentów oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A., wnosząc o oddalenie odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

W zakresie zarzutów związanych z niewykazaniem przez Przystępującego spełnienia warunku doświadczenia Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W punkcie 7.2.2. lit. a Tomu I SIWZ (Instrukcja dla Wykonawców) Zamawiający określił warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy w zakresie wykazania się wiedzą i doświadczeniem, w następujący sposób: *Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy – to w tym okresie: a) 1, 2 lub 3 zadań polegających na bieżącym utrzymaniu/utrzymywaniu dróg klasy min. GP oraz b) 1,2, lub 3 zadań polegających na zimowym utrzymaniu/utrzymywaniu dróg klasy min. GP o łącznej wartości brutto nie mniejszej niż 20 mln PLN brutto. Przez bieżące utrzymanie rozumie się wykonywanie usług utrzymania drogi w zakresie co najmniej utrzymania: drogi, obiektów mostowych, odwodnienia, barier drogowych, zieleni oraz czystości, wykonywanych przez cały rok kalendarzowy. Przez zimowe utrzymanie rozumie się wykonywanie usług w zakresie odśnieżania, zapobiegania powstawaniu śliskości i likwidowania śliskości na drodze wykonywanych w sezonie zimowym – zakłada się okres od 1 października do 30 kwietnia. Zgodnie z art. 23 ust. 5 ustawy Pzp warunek opisany w pkt. 7.2.2.a IDW nie podlega sumowaniu. Oznacza to, że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, jeden z wykonawców musi się wykazać całym wymaganym doświadczeniem (warunek nie będzie spełniony, jeżeli wszyscy Wykonawcy w sumie wykazali się wymaganym doświadczeniem, ale żaden z nich samodzielnie nie wykazał się całym wymaganym doświadczeniem).*

Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku Przystępujący przedłożył Wykaz usług, w którym podał dwa zadania zrealizowane na rzecz GDDKiA Oddział w Krakowie:

- 1) Kompleksowe (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych województwa małopolskiego w zakresie cz. 1 utrzymanie dróg Rejon Kraków, drogi nr A4, S7, S52, 7, 52,79, 94 – klasa techn. GP, S, A, w tym letnie utrzymanie i zimowe utrzymanie; wartość: bieżące utrzymanie: 68 471 514,14 zł, zimowe utrzymanie: 16 649 505,09 zł,

stan wykonania na dzień 30.11.2017r., łącznie 85 121 019,23 zł; czas realizacji: 01.11.2014-30.04.2018;

- 2) Kompleksowe (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych województwa małopolskiego w zakresie cz. 1 utrzymanie dróg Rejon Nowy Sącz , drogi nr 28, 75, 87 - klasa techn. GP, G, w tym: letnie utrzymanie i zimowe utrzymanie; wartość: bieżące utrzymanie: 110 679 151,90 zł, zimowe utrzymanie: 16 968 690,11 zł, stan wykonania na dzień 30.11.2017 r. łącznie 127 647 842,01 zł; czas realizacji: 01.05.2014-30.04.2018.

W odniesieniu do obu ww. zadań w kolumnie 2 Wykazu (*Nazwa Wykonawcy (podmiotu), wykazującego posiadanie doświadczenia*) Przystępujący wpisał: ZABERD S.A., Wrocław.

Do wykazu Przystępujący załączył referencje wystawione przez GDDKiA Oddział w Krakowie. W referencjach z 8 stycznia 2018 r. stwierdzono, że: Konsorcjum firm w składzie: (...) *Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A., ELEKTROTIM S.A. realizuje usługę „Kompleksowego (letniego i zimowego) utrzymania dróg krajowych województwa małopolskiego w zakresie części nr 1, obejmującej kompleksowe utrzymanie dróg krajowych Rejonu Kraków” zgodnie z Umową nr 1/197/ZZZ-1/2014 z dnia 07.10.2014 r. obowiązującą od 01.11.2014 r. do 30.04.2018 r. (...). Usługi i roboty zostały wykonane przez Podwykonawców zatrudnionych przez Konsorcjum w znacznej części należycie - zgodnie ze standardami Zamawiającego w zakresie utrzymania dróg oraz z zasadami sztuki budowlanej. Niemniej jednak, podczas realizacji Kontraktu wystąpiły okoliczności, dla których Zamawiający naliczył karę umowną w wysokości 94 845,57 zł za przekroczenie terminu wykonania prac, wskazanego w poleceniu wykonania prac utrzymaniowych, brak zapewnienia prawidłowej organizacji ruchu podczas realizacji prac, brak odśnieżenia oznakowania pionowego.* W referencjach z 2 stycznia 2018 r. podano: (...) *Konsorcjum firm w składzie: 1. Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A., 2. Przedsiębiorstwo DUBR Sp. z o.o. realizuje usługę „Kompleksowego (letniego i zimowego) utrzymania dróg krajowych województwa małopolskiego w zakresie części nr 1/ obejmującej kompleksowe utrzymanie dróg krajowych Rejonu Nowy Sącz” zgodnie z Umową nr 1/62/ZZZ-1/2014 z dnia 18.04.2014 r. obowiązującą od 01.05.2014 r. do 30.04.2018 r. (...). Usługi i roboty zostały wykonane przez Podwykonawców zatrudnionych przez Konsorcjum w znacznej części należycie — zgodnie ze standardami Zamawiającego w zakresie utrzymania dróg oraz z zasadami sztuki budowlanej. Niemniej jednak, podczas realizacji Kontraktu wystąpiły okoliczności, dla których Zamawiający naliczył karę umowną w wysokości 52 775,71 zł za przekroczenie terminu wykonania prac, wskazanego w poleceniu wykonania prac utrzymaniowych.*

Zamawiający uznał, że powyższe dokumenty wykazują spełnianie warunku udziału w postępowaniu i w dniu 15 marca 2018 r. dokonał wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Czynność wykluczenia musi być jednak poprzedzona procedurą określoną w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

W ocenie Izby Przystępujący składając Wykaz usług oraz referencje nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 7.2.2. lit. a IDW, na podstawie tych dokumentów nie można bowiem stwierdzić, aby zadania, na które się powołał, zostały faktycznie przez niego wykonane.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że dysponowanie przez wykonawcę określonym potencjałem ma fundamentalne znaczenie z punktu widzenia zapewnienia prawidłowego wykonania zamówienia. Aby wykonawca dawał rękojmię należytej realizacji powierzonego zadania, musi wymagany potencjał rzeczywiście – a nie tylko formalnie – posiadać. W odniesieniu do doświadczenia oznacza to, że musi to być doświadczenie faktycznie przez danego wykonawcę nabyte poprzez realizację określonych zadań. Przyjęcie stanowiska przeciwnego byłoby tożsame z zezwoleniem na ukształtowanie się w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego szkodliwej praktyki, dopuszczającej fikcję w wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, dając możliwość uzyskania zamówień podmiotom, które nie są zdolne do ich właściwej realizacji. W tym kontekście szczególnego znaczenia nabiera kwestia realności dysponowania zasobami przedstawianymi na potwierdzenie zdolności do wykonania zamówienia. Wyrazem dążenia do urealnienia badania potencjału wykonawcy są przepisy art. 22a ust. 1 i 2 ustawy Pzp, wprowadzone nowelizacją ustawy Pzp z 28 lipca 2016 r., w których ustawodawca wprowadził możliwość posługiwania się potencjałem podmiotów trzecich w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, nakładając jednak na

wykonawcę obowiązek udowodnienia zamawiającemu okoliczności dysponowania udostępnianym mu potencjałem. Z kolei na zamawiającego nałożony został obowiązek oceny m.in. czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zasoby pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 22a ust. 3 ustawy Pzp), skorelowany z uprawnieniem do żądania od wykonawcy, w razie negatywnej oceny tej kwestii, zastąpienia podmiotu trzeciego innym podmiotem (podmiotami), bądź zobowiązania się przez wykonawcę do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, po wykazaniu spełnienia postawionych warunków udziału w postępowaniu (art. 22a ust. 6 ustawy Pzp).

Kwestia realności dysponowania wymaganym potencjałem dotyczy nie tylko sytuacji powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego, ale jest równie istotna w odniesieniu do zasobów przedstawianych zamawiającemu jako zasoby własne wykonawcy. Zagadnieniu temu poświęcony został wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt, w którym Trybunał wypowiedział się m.in. na temat możliwości i zakresu powoływania się przez wykonawcę na zamówienie wykonane przez niego wspólnie z innymi podmiotami. Trybunał podkreślił w tym wyroku, że zdobyte przez wykonawcę doświadczenie stanowi szczególnie istotne kryterium kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, gdyż umożliwia instytucji zamawiającej sprawdzenie, zgodnie z art. 44 ust. 1 dyrektywy 2004/18, predyspozycji kandydatów lub oferentów do realizacji danego zamówienia. Trybunał stwierdził, że: *gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego. (...) wykonawca nabywa realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców i bez względu na to, jaki miał w tę grupę wkład, lecz wyłącznie poprzez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców. Wynika z tego, że wykonawca nie może polegać, do celów wymaganego przez instytucję zamawiającą doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału. W świetle powyższego (...) art. 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji.* Uzasadnienie tego orzeczenia nie pozostawia wątpliwości, że

wykazywanie doświadczenia nabytego w związku z realizacją zamówienia w konsorcjum jest ograniczone do tej jego części, którą dany wykonawca rzeczywiście wykonywał.

W niniejszej sprawie przy ocenie doświadczenia, na które powołuje się Przystępujący, znaczenie mają dwie kwestie: po pierwsze – okoliczność, że stroną umów dotyczących zadań referencyjnych nie był Przystępujący, ale konsorcjum, którego Przystępujący był członkiem, po drugie – okoliczność, że realizacja tych zadań została powierzona podwykonawcom. Do pierwszej z tych kwestii należy odnieść wprost stanowisko TSUE wyrażone w przywołanym wyroku w sprawie Esaprojekt, który dotyczył właśnie takiego zagadnienia. W ocenie Izby również ocena drugiej z tych kwestii powinna być dokonywana z uwzględnieniem poglądów przedstawionych przez Trybunał w tym wyroku, należy bowiem zauważyć, że obie te kwestie sprowadzają się do realności doświadczenia, na które wykonawca się powołuje, a której to realności Trybunał przypisuje szczególne znaczenie. W tym kontekście, zdaniem Izby, nie mają zasadniczego i rozstrzygającego znaczenia relacje podmiotowe towarzyszące wykonywaniu zamówienia, tj. czy zamówienie było wykonywane wspólnie przez wykonawców działających w ramach konsorcjum, czy też przez wykonawcę i jego podwykonawców. Istotny jest zakres prac wymagany przez zamawiającego w warunku oraz to, w jakim każdy z podmiotów rzeczywiście partycypował w wykonywaniu tych prac. Przyjęcie odmiennego zapytywania skutkować mogłoby nierównym traktowaniem wykonawców, ponieważ możliwość wykazywania się doświadczeniem przez wykonawcę, który zrealizował zamówienie w konsorcjum ograniczona byłaby wyłącznie do wykonanej przez niego osobiście części tego zamówienia, podczas gdy ograniczenia takiego nie byłoby w przypadku wykonawcy, który zrealizował zamówienie przez podwykonawców. Ponadto interpretacja taka stanowiłaby wypaczenie rozumienia kwestii realności dysponowania tym zasobem. Sytuacja, w której oceniany wykonawca nie realizował danej części zamówienia, ponieważ wykonał ją inny członek konsorcjum, w którym wykonawca taki uczestniczył nie różni się zasadniczo od przypadku, gdy określoną część zamówienia wykonywał podwykonawca. W każdym z tych przypadków oceniany wykonawca – jakkolwiek był stroną umowy i odpowiadał wobec zamawiającego za jej realizację – nie nabywał doświadczenia wynikającego bezpośrednio z tych prac, które realizował inny podmiot (partner w ramach konsorcjum, podwykonawca).

Kierując się przedstawionymi powyżej poglądami należy stwierdzić, że w niniejszej sprawie rozstrzygające znaczenie ma to, czy Przystępujący w ramach wskazanych umów rzeczywiście wykonywał prace polegające na bieżącym utrzymaniu dróg wskazanych przez Zamawiającego klas o określonej wartości. W ocenie Izby na tak postawione pytanie należy udzielić odpowiedzi negatywnej.

Po pierwsze, Przystępujący nie był samodzielny wykonawcą tych umów, co wprost wynika z przedłożonych referencji, wystawionych na podmioty działające w konsorcjum. W kontekście poglądów wyrażonych w wyroku TSUE nie ma więc podstaw twierdzić, że Przystępujący nabył całość doświadczenia związanego z realizacją tych umów. Zamawiający natomiast, mimo wiedzy o wykonaniu zadań referencyjnych w konsorcjum, bezkrytycznie przyjął, że oba te zadania w całości stanowią doświadczenie Przystępującego i potwierdzają spełnianie przez niego warunku udziału w postępowaniu. Po drugie, z treści przedstawionych referencji wprost wynika, że zamówienia wskazane w wykazie usług w ogóle nie były realizowane ani przez Przystępującego, ani przez jego konsorcjantów, ale w całości powierzone podwykonawcom. Jednocześnie Zamawiający i Przystępujący nie złożyli żadnych dowodów, na podstawie których można byłoby stwierdzić, że Przystępujący wykonał jednak zadania wskazane w wykazie.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego, że Przystępujący brał udział w wykonaniu usług *w sposób aktywny oraz w całości*, stwierdzić należy, że twierdzenie to nie ma żadnego oparcia w materiale dowodowym. Natomiast w odniesieniu do twierdzenia Zamawiającego i Przystępującego o koordynowaniu zadania i kierowania jego wykonaniem przez personel Przystępującego (niepopartego zresztą żadnymi dowodami), zauważyć należy, że warunek udziału w postępowaniu dotyczył wykonania robót utrzymaniowych, a nie kierowania nimi. Czynności składające się na kierowanie, koordynację czy zarządzanie są niewątpliwie związane z realizacją zamówienia, tym niemniej Przystępujący nie wykazał, aby przez udział w tych czynnościach nabył doświadczenie w samym wykonywaniu usług utrzymaniowych, będących przedmiotem zamówienia. Analogicznie ocenić należy takie czynności jak organizowanie narad, dobór podwykonawców i zawieranie z nimi umów. Z kolei podnoszona okoliczność, że w ramach realizacji zadania nie istniał żaden formalny podział rzeczowy zadań, nie stoi na przeszkodzie ustaleniu faktycznego udziału poszczególnych podmiotów w ich wykonaniu. Jeśli nawet umowa konsorcjum, która określa wzajemne prawa i obowiązki współkonsorcjantów, nie określała takiego podziału, to przecież na etapie realizacji zamówienia konkretne podmioty wykonywały poszczególne czynności. Nie sposób przyjąć, że całość prac wykonywali obaj konsorcjanci oraz ich podwykonawcy w sposób łączny (zwłaszcza że referencje wprost potwierdzają, że prace wykonywali tylko podwykonawcy).

W związku z powyższym Izba stwierdziła, że Przystępujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu. Tym samym skład orzekający w niniejszej sprawie w pełni podzielił stanowisko wyrażone przez Izbę w sprawie o sygn. akt: KIO 326/18, KIO 327/18, w której ocenie Izby podlegało to samo zadanie referencyjne, które w niniejszej sprawie zostało przedstawione w poz. 2 Wykazu usług. Natomiast co do wnioskowanego przez

Odwołującego wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, stwierdzić należy, że byłaby to czynność przedwczesna, nie została bowiem poprzedzona wezwaniem z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Z tego powodu Izba nakazała Zamawiającemu dokonanie takiego wezwania.

Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut, że zadania wskazane przez Przystępującego w Wykazie usług nie zostały wykonane należycie.

Odnosząc się do tego zarzutu podkreślić należy, że nie każde uchybienie w realizacji umowy usprawiedliwia ocenę, że umowa została wykonana nienależycie. Podstawą takiej oceny mogą być jedynie tego rodzaju nieprawidłowości, które w sposób istotny zmieniają jakość przedmiotu zamówienia lub uniemożliwiają osiągnięcie celu, w jakim została zawarta umowa. W związku z tym ocena, czy zachodzą okoliczności uzasadniające uznanie zamówienia za wykonane nienależycie, wymaga odniesienia stwierdzonych nieprawidłowości do konkretnego przedmiotu zamówienia, jego zakresu i specyfiki. Przyjęcie, że każdy przypadek naliczenia kar umownych przesądza o nienależytym wykonaniu umowy prowadziłoby do nieuzasadnionego i masowego wykluczania wykonawców z postępowania, w praktyce bowiem niewiele umów (zwłaszcza podobnych rodzajowo do ocenianej w niniejszej sprawie) jest realizowanych bez żadnych, chociażby drobnych uchybień. W niniejszej sprawie niezakwestionowaną przez Odwołującego okolicznością jest to, że kary naliczone w umowach wskazanych w wykazie stanowiły ułamki procent wartości kontraktu, tj. 0,1% w przypadku zadania z poz. 1 Wykazu usług i 0,041% w przypadku zadania z poz. 2. Skala i rodzaj uchybień oraz wartość kar nie pozwalają stwierdzić, że usługi nie zostały w ogólności wykonane należycie, zwłaszcza że Odwołujący nie podjął nawet próby wykazania istotności zaistniałych uchybień, podnosząc, że sam fakt naliczenia kar jest wystarczający do stwierdzenia nienależytej realizacji zadań, z którym to twierdzeniem, z przyczyn wskazanych powyżej, nie sposób się zgodzić.

Izba nie dopatrzyła się zasadności wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się :

- wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów (pkt 16);

- wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (pkt 17);

W ocenie Izby nie może być mowy o przedstawieniu informacji wprowadzających w błąd w sytuacji, gdy wykonawca składa Zamawiającemu dokumenty wprost potwierdzające okoliczności, że stroną umów referencyjnych było konsorcjum, a nie samodzielnie Przystępujący oraz że całość prac została zlecona podwykonawcom. Natomiast wpisanie w Wykazie usług siebie jako wykonawcy mogło być spowodowane tym, że Przystępujący w korzystny dla siebie sposób zinterpretował fakt bycia stroną umów wskazanych w wykazie i podał swoje dane w kolumnie 2 zatytułowanej *Nazwa wykonawcy (podmiotu) wykazującego posiadane doświadczenie*, tj. wpisał nazwę podmiotu, który właśnie to doświadczenie wykazuje. Niewątpliwie Przystępujący błędnie uznał, że ma możliwość powołania się na to doświadczenie, błąd ten należy jednak uznać za wynikający z niewłaściwej interpretacji prawnej, w tym interpretacji skutków orzeczenia Trybunału w sprawie Esaprojekt. Tym samym nie zostały spełnione przesłanki wykluczenia Przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, które wymagają przypisania wykonawcy zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa (pkt 16) albo lekkomyślności lub niedbalstwa (pkt 17), co zresztą zostało całkowicie pominięte przez Odwołującego, który ograniczył się do gołosłownego i nieopartego żadnym wywodem twierdzenia o zaistnieniu ww. przesłanek.

Odnosząc się do przedstawionego w uzasadnieniu odwołania stwierdzenia, że Przystępujący zamierza powierzyć podwykonawcom wykonanie robót z zakresu wszystkich grup, podczas gdy zgodnie z pkt. 5.6. lit. b IDW wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy oraz że budzi to wątpliwości w kontekście uczciwego i rzetelnego rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia, stwierdzić należy, że nie sformułowano w tym zakresie żadnego konkretnego zarzutu, a jedynie zwrócono uwagę na ten fakt.

Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny.

W zakresie tego zarzutu Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W punkcie 15 IDW Zamawiający podał m.in. następujące wytyczne dotyczące sposobu obliczenia ceny oferty:

- cena oferty zostanie wyliczona w Zbiorczym Zestawieniu Kosztów, dotyczącym części przedmiotu zamówienia, na które składana jest oferta, w oparciu o Tabele Elementów Rozliczeniowych dla tej części; Zamawiający załączył do SIWZ wzory Tabel Elementów Rozliczeniowych i Zbiorczych Zestawień Kosztów (ppkt 15.1);

- wykonawca, uwzględniając wszystkie wymogi, o których mowa w SIWZ, w szczególności w rozdziale III „Opis przedmiotu zamówienia”, powinien w cenie oferty ująć wszelkie koszty związane z wykonaniem zamówienia, w tym koszty towarzyszące niezbędne dla pełnego i prawidłowego wykonania zamówienia (ppkt 15.2).

Według protokołu postępowania wartość szacunkowa części 2 została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 135.000.000 zł.

W zakresie części 2 zamówienia zostały złożone oferty z następującymi cenami:

- oferta nr 2 (Odwołującego): 134.587.148,39 zł
- oferta nr 3: 149.920.496,61 zł
- oferta nr 4: 138.355.738,20 zł
- oferta nr 7 (Przystępującego): 114.052.386,83 zł.

Pismem z 31 stycznia 2018 r. Zamawiający wezwał Przystępującego – na podstawie art. 90 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp – do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie czynników wskazanych w art. 90 ust 1 pkt 1-5 ustawy Pzp. Zamawiający zwrócił się o informacje dotyczące następujących cen jednostkowych: grupa prac nr 1 poz. 6.1, 8.1, 8.2, grupa prac nr 4 poz. 4.1, 4.2, 4.3, 7.1, grupa prac nr 7 poz. 5.1, 5.2, 5.3, grupa prac nr 8 poz. 8.1, 8.2, grupa prac nr 9 poz. 4.1, 4.2, 4.3, grupa prac nr 12 poz. 2, 3, 4, 10. Zamawiający zażądał wyjaśnienia, czy w tych cenach jednostkowych zostały uwzględnione wszystkie wymagania określone w odpowiednich specyfikacjach technicznych oraz przedstawienia szczegółowych kalkulacji dla tych pozycji kosztorysowych, z określeniem dla poszczególnych pozycji, wartości nakładów rzeczowych (kosztów bezpośrednich dotyczących robocizny, materiału i sprzętu), kosztów pośrednich oraz zysku. W odpowiedzi na wezwanie Przystępujący złożył wyjaśnienia, w których odniósł się do ceny całkowitej oraz odrębnie odniósł się do wskazanych przez Zamawiającego pozycji, potwierdzając uwzględnienie w nich wszystkich wymagań określonych przez Zamawiającego oraz wynikających z przepisów prawa. W odniesieniu do tych pozycji Przystępujący przedstawił szczegółową kalkulację, a także oferty podwykonawców, które zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Art. 90 ust. 3 ustawy Pzp 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.

Odwołujący oparł zarzut na założeniu o jedynie pozornej weryfikacji przez Zamawiającego cen złożonych w postępowaniu ofert oraz skupił się na porównywaniu cen poszczególnych grup robót składających się na przedmiot zamówienia i cen jednostkowych.

Zauważenia wymaga, że Odwołujący sformułował przedmiotowy zarzut w sposób wadliwy, z tego powodu, że okoliczności faktyczne stanowiące podstawy zarzutu przedstawił w odwołaniu jedynie na przykładach. Odwołujący dołączył do odwołania tabele zawierające porównania cen i kosztów jednostkowych i wyjaśnił, że kolorem czerwonym zaznaczył pozycje, które jego zdaniem istotnie odbiegają od cen rynkowych. Jednocześnie Odwołujący przedstawił podstawy faktyczne swoich zarzutów jedynie w odniesieniu do niektórych z nich i oświadczył, że *pozostałe pozycje przedstawi szczegółowo na rozprawie*. Taka sytuacja jest oczywiście niedopuszczalna, zarzuty muszą być bowiem sformułowane w odwołaniu, w terminie określonym na jego wniesienie. Określenie zarzutu nie może ograniczyć się do podania jego kwalifikacji prawnych i wypunktowania elementów oferty, których zarzut dotyczy, ale musi towarzyszyć temu przedstawienie okoliczności faktycznych i prawnych, w których Odwołujący upatruje naruszenia przepisów. Elementy te muszą być przedstawione w odwołaniu na tyle precyzyjnie, żeby strona przeciwna mogła się do zarzutów merytorycznie odnieść, niedopuszczalne jest natomiast precyzowanie zarzutów dopiero w toku rozprawy. Wobec tego ocenie Izby mogły podlegać tylko te kwestie, które w sposób formalnie prawidłowy zostały zakwestionowane w odwołaniu.

Kwestie te sprowadzają się do oceny realności niektórych cen jednostkowych. Jakkolwiek Izba zgadza się z Odwołującym, że w ramach badania ceny oferty należy mieć na uwadze również realność składających się na nią cen jednostkowych, tym niemniej nie jest wystarczające uzasadnianie zarzutów dotyczących cen jednostkowych wyłącznie na podstawie arytmetycznych różnic pomiędzy ceną danej oferty a szacunkami zamawiającego, bądź cenami ofert innych wykonawców, czy też zakwestionowanie ujęcia w cenie określonych elementów. Konieczne jest nie tylko wskazanie, że kwestionowane ceny jednostkowe są niskie, ale należy przedstawić jak kształtują się ceny rynkowe oraz wykazać, że są to elementy w sposób wymierny wpływające na całkowitą cenę oferty. Odwołujący nie przedstawił argumentacji w tym zakresie. Podobnie, podnosząc, że wezwanie do wyjaśnień nie dotyczyło wszystkich zaniżonych cen jednostkowych (choć formalnie nie podniósł zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania do ich wyjaśnienia), nie podjął nawet próby wykazania istotności tych elementów ceny. W takiej sytuacji nie jest obowiązkiem Izby ustalanie tej istotności z urzędu, byłoby to bowiem wyręczaniem Odwołującego w jego obowiązkach. Podkreślenia wymaga przy tym, że nałożony na wykonawcę wezwanego do wyjaśnień obowiązek wykazania realności ceny (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp) nie może być

interpretowany jako zwolnienie Odwołującego z wszelkich obowiązków dowodowych czy też z konieczności przedstawienia przekonującej argumentacji na poparcie swoich twierdzeń.

Nie zostało również wykazane, że wskazane w odwołaniu elementy nie zostały w cenie uwzględnione. Do wniosku takiego nie uprawnia niewyspecyfikowanie w wyjaśnieniach elementów składowych w takim stopniu szczegółowości, który obrazowałby dokładnie wszystkie szczegóły ceny, zwłaszcza że nie zostało wykazane, aby były to na tyle istotne składowe, że dla uznania wyjaśnień za wystarczające konieczne było ich wyszczególnienie.

W ocenie Izby Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przedstawił wyjaśnienia, kalkulacje oraz dowody pozwalające uznać cenę za wiarygodną. Co istotne – Przystępujący na potwierdzenie dokonanej wyceny przedstawił oferty podwykonawców, które podważają twierdzenia Odwołującego, co wobec nieprzedłożenia przez Odwołującego jakichkolwiek dowodów prowadzi do wniosku o niezasadności podniesionych zarzutów.

W odniesieniu do podniesionej w uzasadnieniu odwołania niezgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ z uwagi na zawyżenie niektórych cen jednostkowych, wskazać należy, że Odwołujący nie wymienił w treści odwołania pozycji, których to dotyczy oraz nie wskazał postanowienia SIWZ, z którym miałyby być to niezgodne. W odwołaniu podał jedynie, że cyt. *są pozycje kosztorysowe, w których ten Wykonawca proponuje ceny kilkukrotnie przewyższające ceny rynkowe oraz ceny przewidziane przez Zamawiającego.* Tak sformułowanego zarzutu nie sposób uznać za zasadny.

Podobnie należy ocenić – również podniesiony w uzasadnieniu odwołania – zarzut, że złożenie oferty przez Przystępującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na przerzucanie kosztów między pozycjami kosztorysu. Twierdzenie to nie zostało poparte żadnymi dowodami, a co więcej – Odwołujący nie określił nawet, który z czynów określonych w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji został popełniony oraz nie przedstawił żadnego uzasadnienia faktycznego i prawnego, ograniczając się do jednozdaniowego stwierdzenia o popełnieniu takiego czynu.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....