

Sygn. akt: KIO 2722/15  
KIO 2728/15

**WYROK**  
z dnia 15 stycznia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 29 grudnia 2015 r. i 11 stycznia 2016 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 14 grudnia 2015 r. przez wykonawcę **Remondis Gliwice Sp. z o.o., ul. Kaszubska 2, 44-100 Gliwice**

B. w dniu 14 grudnia 2015 r. przez wykonawcę **J.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą J.W. Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych, ul. W. Łokietka 4, 41-933 Bytom**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach, ul. Płowiecka 31, 44-121 Gliwice**

przy udziale:

A. wykonawcy **A.B. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Anka Firma Handlowo-Produkcyjno-Usługowa A.B., ul. Daszyńskiego 449, 44-151 Gliwice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2722/15 i KIO 2728/15 po stronie zamawiającego

B. wykonawcy **Zakład Robót Drogowych ORFIN Sp. z o.o. Sp. K., ul. Sikorskiego 5A, 41-922 Radzionków** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2722/15 i KIO 2728/15 po stronie zamawiającego

C. wykonawcy **M.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Drogowych i Komunalnych "DROMAR" M.K., ul. Gliwicka 25, 44-145 Stanica** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2722/15 i KIO 2728/15 po stronie zamawiającego

- D. wykonawcy **J.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą J.W. Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych, ul. W. Łokietka 4, 41-933 Bytom** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2722/15 po stronie zamawiającego
- E. wykonawcy **Remondis Gliwice Sp. z o.o., ul. Kaszubska 2, 44-100 Gliwice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2728/15 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2722/15,
2. Uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2728/15 i nakazuje zamawiającemu:
  - a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w rejonach 2, 4, 9, 11 i 12,
  - b) odrzucenie, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych, ofert wykonawców:
    - M.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Drogowych i Komunalnych "DROMAR" M.K., ul. Gliwicka 25, 44-145 Stanica - w zakresie rejonu 12,
    - Zakład Robót Drogowych ORFIN Sp. z o.o. Sp. K., ul. Sikorskiego 5A, 41-922 Radzionków – zakresie rejonów 4 i 9,
    - wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Firma Usługowo Handlowa NATEZJA sp.j., 44-153 Trachy, ul. Racioborska 25G, Walpex W.H., 44-153 Trachy, ul. Raciborska 25G – w zakresie rejonu 11,
  - c) wykluczenie z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych, wykonawcy M.K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Drogowych i Komunalnych "DROMAR" M.K., ul. Gliwicka 25, 44-145 Stanica - w zakresie rejonu 2,
  - d) powtórzenie czynności badania i oceny ofert w rejonach 2, 4, 9, 11 i 12.
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Remondis Gliwice Sp. z o.o., ul. Kaszubska 2, 44-100 Gliwice** i **Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach, ul. Płowiecka 31, 44-121 Gliwice** i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Remondis Gliwice Sp. z o.o., ul. Kaszubska 2, 44-100 Gliwice** i wykonawcę **J.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą J.W. Zakład Usługowy**

**Konserwacja Terenów Zielonych, ul. W. Łokietka 4, 41-933 Bytom** tytułem wpisów od odwołań,

- 3.2. zasądza od wykonawcy **Remondis Gliwice Sp. z o.o., ul. Kaszubska 2, 44-100 Gliwice** na rzecz **Zarządu Dróg Miejskich w Gliwicach, ul. Płowiecka 31, 44-121 Gliwice** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3.3. zasądza od **Zarządu Dróg Miejskich w Gliwicach, ul. Płowiecka 31, 44-121 Gliwice** na rzecz wykonawcy **J.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą J.W. Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych, ul. W. Łokietka 4, 41-933 Bytom** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt: KIO 2722/15,  
KIO 2728/15**

## **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający – Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach, ul. Płowiecka 31, 44-121 Gliwice, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Zimowe utrzymanie dróg na terenie Miasta Gliwice*”.

Dnia 4 grudnia 2015 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

### sygn. akt KIO 2722/15

Dnia 14 grudnia 2015 roku wykonawca Remondis Gliwice Sp. z o.o., ul. Kaszubska 2, 44-100 Gliwice (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

#### **W zakresie Rejonu 4:**

- 1) art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez nieprawidłową ocenę złożonych wyjaśnień i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Zakład Robót Drogowych Orfin spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. z siedzibą w Radzionkowie (dalej: „*Orfin*”), mimo, iż oferta tego wykonawcy zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś Orfin nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3 Pzp, ewentualnie, iż złożone przez ten podmiot wyjaśnienia potwierdzają, że zaoferowana cena ma charakter rażąco niski,
- 2) art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 uznk, poprzez zaniechanie ujawnienia całości wyjaśnień złożonych przez Orfin (dotyczy załączników do wyjaśnień z dnia 17 listopada 2015 r. w zakresie rażąco niskiej ceny), mimo iż zastrzeżone informacje nie spełniają przesłanek uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa i wykonawca nie wykazał zasadności dokonanego zastrzeżenia,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J.W. (dalej: „*ZUKTZ*”) do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny w rejonie 4 oraz zaniechanie odrzucenia oferty ZUKTZ, mimo iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. nr 47, poz. 211 ze zm.), dalej „*uznk*”, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Orfin i ZUKTZ, mimo, iż ich złożenie

stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na sprzedaży usług i towarów poniżej kosztów ich świadczenia/wytworzenia,

- 5) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Orfin i ZUKTZ, mimo iż oferty te są niezgodne z s.i.w.z. w zakresie, w jakim cena za dobę prowadzenia akcji zima w rejonie 4 - ulice 1 kolejności nie pokrywa wszystkich kosztów związanych ze świadczeniem usługi.

**W zakresie Rejonu 5:**

- 1) art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez nieprawidłową ocenę złożonych wyjaśnień i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Firmę Handlową Produkcyjno-Usługową ANKA A.B. (dalej: „ANKA”), mimo, iż oferta tego wykonawcy zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś ANKA nie złożyła wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3 Pzp, ewentualnie, iż złożone przez ten podmiot wyjaśnienia potwierdzają, że zaoferowana cena ma charakter rażąco niski,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania ZUKTZ do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny w rejonie 5 oraz zaniechanie odrzucenia oferty ZUKTZ, mimo iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. nr 47, poz. 211 ze zm.), dalej „*uznk*”, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert ANKA i ZUKTZ, mimo, iż ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na sprzedaży usług i towarów poniżej kosztów ich świadczenia/wytworzenia,
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez ANKA i ZUKTZ, mimo iż oferty te są niezgodne z s.i.w.z. w zakresie, w jakim cena za dobę prowadzenia akcji zima w rejonie 5 - ulice 1 kolejności nie pokrywa wszystkich kosztów związanych ze świadczeniem usługi,
- 5) art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 *uznk*, poprzez zaniechanie ujawnienia całości wyjaśnień złożonych przez ANKA (wyjaśnienia z dnia 17 listopada 2015 r. w zakresie rażąco niskiej ceny), mimo iż zastrzeżone informacje nie spełniają przesłanek uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa i wykonawca nie wykazał zasadności dokonanego zastrzeżenia,
- 6) art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania ANKA do uzupełnienia właściwego dokumentu potwierdzającego brak zaległości z uiszczeniem podatków, mimo iż w dokumentach załączonych do oferty Wykonawca nie wykazał braku podstaw do wykluczenia w ww. zakresie.

**W zakresie rejonu 7:**

- 1) art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez nieprawidłową ocenę złożonych wyjaśnień i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Zakład Usług Drogowych i Komunalnych Dromar, M.K. (dalej: „Dromar”), mimo, iż oferta tego wykonawcy zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś Dromar nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3 Pzp, ewentualnie, iż złożone przez ten podmiot wyjaśnienia potwierdzają, że zaoferowana cena ma charakter rażąco niski,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. nr 47, poz. 211 ze zm.), dalej „*uznk*”, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Dromar, mimo, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na sprzedaży usług i towarów poniżej kosztów ich świadczenia/wytworzenia,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Dromar, mimo iż oferta ta jest niezgodna z s.i.w.z. w zakresie, w jakim cena za dobę prowadzenia akcji zima w rejonie 7 - ulice 1 kolejności nie pokrywa wszystkich kosztów związanych ze świadczeniem usługi,
- 4) art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Dromar z postępowania, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, ewentualnie naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp ze względu na zaniechanie wezwania Dromar do uzupełnienia dokumentów lub udzielenia wyjaśnień w ww. zakresie,
- 5) art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Dromar z postępowania, pomimo iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, dotyczące wykazywanej wiedzy i doświadczenia na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- 6) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w ramach rejonów 4, 5 i 7 w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na naruszenie wyżej wymienionych przepisów ustawy.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla rejonów 4, 5 i 7;
- 2) dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert w rejonach 4, 5 i 7;
- 3) ujawnienia całości złożonych przez ANKA i Orfin wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;
- 4) wezwania ZUKTZ do wyjaśnień w zakresie elementów mających wpływ na wysokość ceny w rejonach 4 i 5;

5) odrzucenia ofert złożonych przez:

- Orfin w rejonie 4,
- ANKA w rejonie 5,
- ZUKTZ w rejonie 4 i 5,
- Dromar w rejonie 7;

6) w przypadku nieuwzględnienia ww. zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty ANKA - wezwania ANKA do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 3 Pzp, a w przypadku braku uzupełnienia dokumentów - wykluczenia ANKA z postępowania,

7) wykluczenia Dromar z postępowania ze względu na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz złożenie nieprawdziwych informacji, ewentualnie: wcześniejsze skierowanie wezwania do uzupełnienia dokumentów lub udzielenia wyjaśnień w ww. zakresie;

8) dokonania wyboru oferty Remondis, jako najkorzystniejszej w rejonach 4, 5 i 7.

#### Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż jest wykonawcą, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu m.in. na rejony 4, 5 i 7, w których został sklasyfikowany na pozycji 3 (rejony 4 i 5) i pozycji 2 (rejon 7). Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Orfin (rejon 4), ANKA (rejon 5), Dromar (rejon 7) i ZUKTZ (rejon 4 i 5), uniemożliwia odwołującemu wybór jego oferty jako oferty najkorzystniejszej, a tym samym, naraża go na poniesienie szkody polegającej na nie uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Również zaniechanie ujawnienia całej treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez ANKA i Orfin, uniemożliwia odwołującemu pełną weryfikację poprawności działania zamawiającego i ewentualnego skorzystania w tym zakresie z przysługujących mu środków ochrony prawnej.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego skuteczne przystąpienie zgłosili:

- A.B. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Anka Firma Handlowo-Produkcyjno-Usługowa A.B., ul. Daszyńskiego 449, 44-151 Gliwice,
- Zakład Robót Drogowych ORFIN Sp. z o.o. Sp. K., ul. Sikorskiego 5A, 41-922 Radzionków,
- M.K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Drogowych i Komunalnych "DROMAR" M.K., ul. Gliwicka 25, 44-145 Stanica,

- J.W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą J.W. Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych, ul. W. Łokietka 4, 41-933 Bytom.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba oddaliła odwołanie stwierdzając, iż odwołujący nie legitymuje się interesem w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, gdyż oferta odwołującego w zakresie skarżonych rejonów przestała wiązać, co z kolei, w przypadku uwzględnienia zarzutów uniemożliwia jej wybór, wskutek czego zastosowanie znajduje przepis art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, nakazujący Izbie oddalenie odwołania. Uwzględnienie odwołania, zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, może bowiem nastąpić w przypadku, jeżeli Izba stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, rozumiane jako możliwość pozyskania danego zamówienia przez wykonawcę odwołującego.

Izba stwierdziła, że w przedmiotowym postępowaniu, odwołujący nie dopełnił obowiązku wynikającego z przepisu art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, *wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym, że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni*, gdyż termin związania ofertą upłynął z dniem 13 grudnia 2015 roku, a odwołujący dopiero w dacie 14 grudnia 2015 r., po upływie terminu związania ofertą, przedłużył jej ważność. Tym samym, przerwanie terminu związania ofertą spowodowało „*wygaśnięcie*” oferty odwołującego, co z kolei wywołuje skutek uniemożliwiający zamawiającemu dokonanie wyboru tej oferty w tym postępowaniu.

Izba, w zakresie tego odwołania, w całości podziela stanowiska prezentowane przez zamawiającego i przystępujących, odnoszące się do braku interesu po stronie odwołującego.

Wskazać bowiem należy, że przepisy ustawy prawo zamówień publicznych traktują odwołanie jako środek ochrony prawnej skierowany na zmianę sytuacji wykonawcy, polegającej na możliwości uzyskania w danym postępowaniu zamówienia przez Odwołującego. Zatem Krajowa Izba Odwoławcza z urzędu (tak m.in. wyrok SO w Łodzi sygn. akt XIII Ga 379/12), w każdym rozpatrywanym przypadku zobowiązana jest do badania przesłanek wskazanych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. interesu w uzyskaniu danego



zamówienia oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody. Są to przesłanki materialno-prawne, co oznacza, iż odwołanie w przypadku ich braku lub nieudowodnienia podlega oddaleniu z uwagi na brak legitymacji do jego wniesienia, niezależnie od zasadności podnoszonych w odwołaniu zarzutów. Przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, wymaga wykazania łącznego spełnienia przesłanek posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wykazania możliwości poniesienia przez wykonawcę szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych. Odwołujący utracił możliwość wyboru jego oferty, jako najkorzystniejszej w momencie, gdy nie przedłużył terminu związania ofertą, w ten sposób, aby zapewnić jego ciągłość przez cały okres prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Podkreślić w tym miejscu należy, że odwołujący nie zaprzeczył okolicznościom wskazanym przez przystępującego ZUKTZ, a jedynie próbował wskazywać na istnienie związania ofertą w sposób dorozumiany z uwagi na fakt, że załączona do oferty gwarancja wadialna zabezpieczała ofertę do dnia 15 grudnia 2015 r. Takie stanowisko odwołującego stoi jednak w sprzeczności z jego oświadczeniem znajdującym się w formularzu oferty w brzmieniu: *uwazamy się związanych niniejszą ofertą przez okres 60 dni od daty składania ofert* - co powoduje zakończenie 60-cio dniowego terminu z końcem dnia 13 grudnia 2015 r.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 21 grudnia 2010 r. VI Wydział Gospodarczy (sygn. akt. VI Ga 240/10): *Uprawnionym do przedłużenia terminu związania ofertą jest także wykonawca, który taką zgodę, co do zasady powinien wyrazić z upływem tego terminu, z tym zastrzeżeniem, że taka zgoda nie może mieć charakteru dorozumianego, lecz powinna być oświadczeniem wykonawcy. Oświadczenie powinno być złożone bądź to w formie pisemnej lub innej, dopuszczonej przepisami ustawy zgodnie z wyborem zamawiającego. Sąd Okręgowy rozpoznający skargę w niniejszym składzie podziela stanowiska wyrażane w dotychczasowym orzecznictwie KIO odnośnie tego, że zgoda taka nie może mieć charakteru dorozumianego, lecz winna być oświadczeniem wykonawcy (vide: m. in. wyrok KIO z dnia 22.03.2010 r., sygn. KIO/UZP267/10, uchwała KIO z dnia 5.05.2010 r. KIO/KD46/10, wyrok KIO z dnia 14.06.2010 r. KIO/UZP 1021/2010). Orzecznictwo Sądów Okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej w tej kwestii jest jednolite. W sytuacji, gdy oferta odwołującego nie została wybrana w tym postępowaniu, nie będzie mogła już zostać wybrana, jako najkorzystniejsza z uwagi na upływ terminu związania ofertą.*

Odmienną kwestią jest prawo do podpisania umowy po upływie terminu związania ofertą (przywoływany przez odwołującego wyrok SO w Warszawie z dnia 16 lipca 2014 r. sygn. akt. XXIII Ca 924/14, przy czym jest to odmienna sytuacja od tej, w jakiej znalazł się odwołujący).

W przedmiotowym postępowaniu, aby doszło do rozpatrywania możliwości zawarcia umowy, oferta wykonawcy Remondis w pierwszej kolejności musi zostać wybrana, jako najkorzystniejsza, a to nie jest możliwe z uwagi na zastałą sytuację, związaną

z nieprzedłużeniem terminu związania ofertą (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 lutego 2015 r. (sygn. akt. KIO 217/15) „W zakresie terminu związania ofertą i skutków związanych z jego upływem, Izba stoi na stanowisku, że wybór oferty najkorzystniejszej winien być dokonany wyłącznie w okresie związania ofertą, przez danego wykonawcę. Stan związania ofertą to element konstytutywny oferty. Stanowisko to znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych. Wskazać tu należy w szczególności na wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie Sygn. akt. VI Ga 240/10 z dnia 21 grudnia 2010 r., gdzie sąd wskazał, że nie może budzić wątpliwości, wobec literalnego brzmienia art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, iż to wykonawca, chcąc uczestniczyć w dalszym ciągu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego poza terminem określonym jako termin związania ofertą, winien złożyć w związku z tym jednoznaczne i niebudzące wątpliwości oświadczenie. W podobnym sposób wypowiedział się Sąd Okręgowy w Łodzi w wyroku z dnia 21 września 2012 r. Sygn. akt XIII Ga 379/12 wskazując, że wykonawca chcąc być nadal uczestnikiem postępowania winien przedłużyć termin związania ofertą. Zaniechanie tej czynności rodzi bowiem skutek w postaci upływu terminu związania ofertą. Sąd Okręgowy w Tarnowie w wyroku z dnia 13 lutego 2013 r. Sygn. akt I Ca 495/13 podkreślił, że w ramach procedury przetargowej pozostaje nadal aktualne, że istnienie stanu związania ofertą jest immanentnym elementem konstrukcyjnym oferty, a skutki wygaśnięcia związania ofertą należy definiować i rozpoznawać w oparciu o normy Kodeksu cywilnego.

W innym orzeczeniu Izba wskazała, że „Wybór oferty najkorzystniejszej nastąpić musi w dacie związania ofertą. Upływ terminu związania ofertą powoduje jej wygaśnięcie, wobec czego nie sposób w takiej sytuacji mówić w ogóle o ofercie, jako wiążącym oferenta oświadczeniu woli (...). Ustawodawca nadał okoliczności związania ofertą znaczenie prawne, skoro wprowadził regulacje dotyczące terminu związania ofertą, możliwości jego przedłużania, czy sposobu liczenia biegu terminu (art. 85 p.z.p.). W tym aspekcie związanie oferty należy postrzegać, jako element konstruktywny oferty. Nie jest zatem możliwy wybór oferty najkorzystniejszej, której termin związania upłynął.” (wyrok KIO z dnia 27 lipca 2015 r. sygn. akt KIO 1470/15).

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 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), uwzględniając koszty poniesione przez zamawiającego związane z wynagrodzeniem pełnomocnika.

sygn. akt KIO 2728/15

Dnia 14 grudnia 2015 roku wykonawca J.W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą J.W. Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych, ul. W. Łokietka 4, 41-933 Bytom (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności zamawiającego podjętych w przedmiotowym postępowaniu, polegających na wyborze najkorzystniejszych ofert w Rejonach I, II, IV, V, VI, IX, X, XI, XII.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp, przez naruszenie zasady dotyczącej przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, w tym w szczególności w związku z dokonaniem wyboru najkorzystniejszych ofert w rejonie I, II, IV, V, VI, IX, X, XI, XII., w zakresie:
2. dla **Rejonu I, V, VI, X** dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Firma Handlowa Produkcyjno-Usługowa ANKA A.B., 44-151 Gliwice, ul. Daszyńskiego 449 (dalej „**ANKA**”), oraz zaniechaniem wykluczenia tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3), art. 24 ust. 2 pkt 4), odrzucenia Jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1), art. 89 ust. 1 pkt 2), art. 89 ust. 1 pkt 3), art. 89 ust. 1 pkt 4), art. 89 ust. 1 pkt 8) w związku z art. 90 ust. 1, art. 90 ust. 3 Pzp, oraz przepisami prawa materialnego wynikającego z pozostałych ustaw zgodnie ze szczegółowym uzasadnieniem przedstawionym w treści odwołania,
3. dla **Rejonu II i XII** dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Zakład Usług Drogowych i Komunalnych, M.K., 44-145 Stanica, ul. Gliwicka 25 (dalej „**Dromar**”), oraz zaniechaniem wykluczenia tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3), art. 24 ust. 2 pkt 4), odrzucenia Jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1), art. 89 ust. 1 pkt 2), art. 89 ust. 1 pkt 4), art. 89 ust. 1 pkt 8) w związku z art. 90 ust. 1, art. 90 ust. 3 Pzp, oraz przepisami prawa materialnego wynikającego z pozostałych ustaw zgodnie ze szczegółowym uzasadnieniem przedstawionym w treści odwołania,
4. dla **Rejonu IV i IX** dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Zakład Robot Drogowych Orfin sp. z o.o. sp. k. 42-922 Radzionków, ul. Sikorskiego 5a (dalej „**Orfin**”), oraz zaniechaniem wykluczenia tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3), art. 24 ust. 2 pkt 4), odrzucenia Jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1), art. 89 ust. 1 pkt 2), art. 89 ust. 1 pkt 4), art. 89 ust. 1 pkt 8) w związku z art. 90 ust. 1, art. 90 ust. 3 Pzp, oraz przepisami prawa materialnego wynikającego z pozostałych ustaw zgodnie ze szczegółowym uzasadnieniem przedstawionym w treści odwołania,
5. dla **Rejonu XI** dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum: Firma Usługowo Handlowa NATEZJA sp.j. 44-153 Trachy, ul. Racioborska 25G, Walpex W.H., 44-153 Trachy, ul. Raciborska 25G (dalej „**Natezja**”) oraz odrzucenia Jego oferty na

podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1), art. 89 ust. 1 pkt 2), art. 89 ust. 1 pkt 4), art. 89 ust. 1 pkt 8) w związku z art. 90 ust. 1, art. 90 ust. 3 Pzp, oraz przepisami prawa materialnego wynikającego z pozostałych ustaw zgodnie ze szczegółowym uzasadnieniem przedstawionym w treści odwołania,

6. dla **Rejonu IX i XII** zaniechania wykluczenia wykonawcy 2B K.B., 44-100 Gliwice, ul. Ligonia 37/3A (dalej „**2B K.B.**”) z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3), art. 24 ust. 2 pkt 4), odrzucenia Jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1), art. 89 ust. 1 pkt 2), art. 89 ust. 1 pkt 3), art. 89 ust. 1 pkt 4), art. 89 ust. 1 pkt 8) w związku z art. 90 ust. 1, art. 90 ust. 3 Pzp, oraz przepisami prawa materialnego wynikającego z pozostałych ustaw zgodnie ze szczegółowym uzasadnieniem przedstawionym w treści odwołania,
7. naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie przydziału punktów w ramach kryterium cena w sposób sprzeczny z zasadami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a tym samym nie na podstawie kryteriów oceny ofert i sposobu ich obliczania wynikających w dokumentacji postępowania.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w Rejonach I, II, IV, V, VI, IX, X, XI, XII.,
- 2) nakazanie zamawiającemu wykluczenia z postępowaniu wykonawców oraz odrzucenia ich ofert odpowiednio:
  - dla Rejonu I, V, VI, X wykonawcy „Anka”.
  - dla Rejonu II i XII wykonawcy „Dromar”
  - dla Rejonu IV i IX wykonawcy „Orfin”
  - dla Rejonu XI wykonawcy „Natezja”
  - dla Rejonu IX i XII wykonawcy „2B K.B.”
- 3) nakazanie zamawiającemu, dokonania ponownej oceny ofert, dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J.W. w Rejonach I, II, IV, V, VI, IX, X, XI, XII.,
- 4) zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego według faktury przedstawionej na rozprawie.

#### Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że interesie każdego wykonawcy ubiegającego o zamówienie publiczne, jest dążenie do tego, aby postępowanie to toczyło się zgodnie z zasadami wynikającymi z ustawy. W niniejszym postępowaniu zamawiający dokonał wyboru ofert najkorzystniejszych z naruszeniem prawa, co zostało szczegółowo opisane w uzasadnieniu

odwołania, dokonał przydziału punktów w ramach kryterium cena oferty brutto w sposób sprzeczny z przepisami prawa, oraz s.i.w.z., co w konsekwencji spowodowało, że oferta odwołującego została błędnie sklasyfikowana na drugiej pozycji w rankingu złożonych ofert, zaniechał wykluczenia wykonawców oraz odrzucenia ich ofert, co doprowadziło do realnej szkody w postaci braku uzyskania przedmiotowego zamówienia. Tym samym naruszony został interes odwołującego w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, co następuje.

Zaniechanie wykluczenia z postępowania oraz odrzucenia ofert firm „ANKA” A.B. oraz „2B” K.B. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3), art. 24 ust. 2 pkt 4) oraz odrzucenia lch w związku z brzmieniem art. 89 ust. 1 pkt 1) w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 8) oraz art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp:

Wykonawcy: „ANKA” oraz 2B K.B., złożyli oferty podlegające odrzuceniu. Formularze ofertowe obu ofert nie zawierają cen w rozumieniu przepisów prawa. W formularzach ofertowych podano jedynie cyfry, które nie posiadają oznaczenia nazwy jednostki pieniężnej (oznaczenia identyfikacji waluty). W złożonych przez firmy ofertach brak jest zapisów o zastosowanej walucie, jak również zapisów opartych na kodzie walutowym PLN lub potocznym symbolu waluty „zł”, co oznacza, że nie podano ceny oferty. Zaistniała wada nie może zostać poprawiona w żadnym z trybów przewidzianych w art. 87 Pzp. Zamawiający nie dokonał żadnej czynności związanej z poprawieniem wadliwie sporządzonych treści ofert, a mimo to w protokole z postępowania w pkt. 13, w którym znajduje się informacja o wyborze najkorzystniejszych ofert zawarł informację, że ceny ofert zostały złożone w PLN, co jest nieprawdą z punktu widzenia ich treści, oraz braku dokonania jakiegokolwiek czynności wyjaśniającej, czy próbie poprawienia zastałych wad.

Ponadto, w zakresie braku podania ceny, oferta nie podlega poprawieniu, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, jako oczywista omyłka pisarska. Nie jest również możliwe poprawienie oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż to na wykonawcy ciążył obowiązek podania ceny wraz z oznaczeniem waluty. Z uwagi na brak oznaczenia jednostek pieniężnych, oferta nie tylko nie spełnia wymagań prawnych stawianych wobec ceny, ale jej złożenie bez podania wartości nazwy pieniądza nie ma sensu ekonomicznego, nie jest wyceną i jest nieprzeliczalna na wartość finansową.

Z ostrożności, nawet gdyby uznać, że w tabelach formularzy ofertowych liczby stanowią cenę (z czym odwołujący się całkowicie nie zgadza z uwagi na argumentację przedstawioną powyżej), to „zapis” tam przedstawiony jest wadliwy, a okoliczność ta dodatkowo obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 8 ustawy Pzp. Zamawiający nie był bowiem w stanie dokonać oceny z uwagi na błędny - niejednoznaczny zapis wartości oferowanej (ewentualnej) kwoty. Wada oferty ujawnia się również w zapisie

słownym. „Zapis cyfrowy” nie jest w ofercie oznaczony jednostką pieniężną. Tym samym nie da się sumując liczby, otrzymać ceny w określonej jednostce pieniężnej.

Reasumując Formularze Ofertowe – załącznik nr 1 dla rejonów 1, 2, 5, 6, 9, 10 i 12 przedstawione przez firmy ANKA i 2B w ofertach zawierają błędny zapis wartości i brak w nich oznaczeń jednostek pieniężnych, co powoduje, że nie podano ceny oferty, podane wartości są sprzeczne z obowiązującym prawem, oferta jest sprzeczna z s.i.w.z., niejednoznaczna, nieczytelna i niespójna w treści. Wskazanych wad w ocenie odwołującego nie można poprawić, ponieważ dotyczą ceny, a jej dookreślenie będzie stanowiło istotną zmianę oferty. Oferty firm stanowią oświadczenie woli, które jest przedkładane drugiej stronie jako istotny zakres postanowień przyszłej umowy. Zdaniem odwołującego, nie jest to również oczywista omyłka pisarska odnosząca się do interpunkcji typu przecinek, czy kropka, albo zapis słowny. Znaki oddzielające w przypadku ceny mają inne istotne zastosowanie to separatory, które determinują sposób rozumienia zapisu. Brak oznaczenia jednostki waluty, nazwy pieniądza nie może też być uznane za inną pomyłkę, którą bez wątpliwości można jednoznacznie, w sposób oczywisty odczytać. Łączna wartość liczb jest nadal liczbą, a nie ceną, czyli liczbą wraz z jednostką pieniężną. Ponadto „wartość łączna” nie ma zastosowania i przeniesienia do przyszłej umowy. Prace rozliczane będą w oparciu o zaoferowane ryczałtowe wynagrodzenia za jedną dobę w zależności od zleconego wariantu działania. Wartości w tym zakresie nie zostały podane wraz z jednostką pieniężną, zarówno w wariancie cyfrowym, jak i słownym.

Zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców „ANKA” i 2B K.B. w oparciu o przepis art. 89 st. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Zdaniem odwołującego, z okoliczności niniejszego postępowania oraz ze złożonych ofert wynika, że wskazani wykonawcy wbrew zakazowi wynikającemu z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów porozumeli się, w celu naruszenia konkurencji na rynku, poprzez uzgadnianie warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac i ceny. Tym samym obie oferty powinny zostać odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, z późn. zm.) w skrócie u.z.n.k. definiuje czyn nieuczciwej konkurencji, jako działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, które zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy. W przypadku ww. przedsiębiorców mamy do czynienia z naruszeniem zakazu porozumień ograniczających konkurencję zwanych znową przetargową (art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.kk. ustawa z dnia 16 lutego 2007 r., Dz. U. z 2007 nr 50 poz. 331, z późn. zm.). Wskazany zarzut polega na tym, że wymienieni przedsiębiorcy w postępowaniu porozumeli się między sobą i ustalili wspólne ceny, które później

zapropowali w przetargu, jak również zakres prac oraz uzgodnili warunki składania ofert. Zawarcie porozumienia, w którym wykonawcy uzgadniają wyżej wskazane warunki składania ofert wyczerpuje pojęcie zмовы przetargowej, jako czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. Dowodem na potwierdzenie zarzutu są odpowiednio następujące działania przedsiębiorców i podobieństwa w ofertach:

- wspólne uzgodnienie cen zaproponowanych w przetargu - wartości-liczbowe zaoferowane na formularzach ofertowych - załącznik nr 1 zostały sporządzone jednym charakterem pisma i zawierają te same błędy formalne, pisemne, merytoryczne, prawne. Sporządzenie oferty tym samym pismem potwierdza uzgodnienie cen i wskazuje, iż osoba pisząca miała świadomość wartości cen innych oferentów, przed otwarciem ofert,

- strategia cenowa, ceny na tym samym poziomie, wspólna kalkulacja - analizując oferty omawianych przedsiębiorców nie sposób nie zauważyć analogicznych wartości liczbowych. I tak firma ANKA w pozycji doba prowadzenia akcji zima w rejonie 10 - ulice I kolejności (powierzchnia 235 744,00 m<sup>2</sup>) wpisała 2222,22 VAT 177.78 oraz 2400,00. Dla porównywalnej powierzchni firma 2B K.B. w rejonie 9 zaoferowała za dobę prowadzenia akcji zima w rejonie 9 - ulice I kolejności (powierzchnia 246 952,0 m<sup>2</sup>) 2222,22, VAT 177.78 oraz 2400,00. Widać to przez porównanie pozycji 2 w tabelach obu rejonów rzekomo niezależnych od siebie firm. Z analogiczną sytuacją do czynienia mamy przy porównaniu pozycji 3 z tabeli z rejonu 10 oferty firmy ANKA z pozycją 3 tabeli z rejonu 9 oferty firmy 2B. Omówione porównanie potwierdza wspólne kalkulacje i „ceny” zastosowane przez tych przedsiębiorców w ofertach. W ofertach obydwie podmioty wykazały tożsame „ceny”, co dowodzi, że wycena tych pozycji ofertowych nie była oparta o ponoszone koszty i rachunek ekonomiczny odrębnych, różnych przedsiębiorców, lecz jest wartością cenową ustaloną w porozumieniu,

- ustalenie zakresu prac i w konsekwencji podział rynku w celu uniknięcia konkurencji w ramach wspólnego działania - firma ANKA złożyła ofertę na rejon 1, 5, 6 i 10, zaś firma 2B K.B. na rejon 2, 9 i 12. Zdaniem odwołującego, podzielono rynek, oferty sporządzono w taki sposób, by podmioty wzajemnie ze sobą nie konkurowały. Pan K.B. właściciel firmy 2B jest równocześnie pełnomocnikiem w firmie ANKA A.B.. Informacja o tym znajduje się w CEIDG wydanym dla firmy ANKA A.B.. Pełnomocnictwo to nie jest niczym ograniczone, co dowodzi możliwości ustalenia zakresu prac przez pełnomocnika K.B.. Firmy te są powiązane rodzinie, potwierdzeniem na to jest załączona do oferty 2B informacja o niekaralności Pana K.B., z której to informacji wynika, że Pani A.B. jest matką K.B.. Biorąc pod uwagę więzi nie sposób nie domniemywać, że przedsiębiorcy ci uzgodnili zakres prac na gliwickim rynku w porozumieniu,

- wspólne warunki składania ofert - poza wyżej omówionymi okolicznościami przemawiającymi za możliwością współdziałania przy składaniu ofert, można odnaleźć

wspólne dokumenty i oświadczenia o tożsamej treści i grafice. Za takie dokumenty można uznać oświadczenie odnoszące się do powstawania obowiązku podatkowego u wykonawcy (dotyczące odwróconego VAT-u). Przedsiębiorca ANKA złożył takie oświadczenie na str. 28 oferty, zaś firma 2B oświadczenie o takiej samej treści, wykonane taką samą czcionką, w takim samym formacie graficznym załączyła na str. 27. Różnica w numeracji stron jest wynikiem tego, że firma 2B złożyła oferty tylko na 3 rejony, zaś ANKA na 4. Drugim dokumentem potwierdzającym wspólnie uzgodnienie treści oferty jest dokument przedstawiony na załączniku nr 8. Jest to oświadczenie o zastrzeżeniu informacji, jako tajemnica przedsiębiorstwa. W przypadku firmy ANKA jest to strona 30, a firmy 2B 31. Treść obu dokumentów nie była narzucona s.i.w.z., została ona wytworzona przez przedsiębiorców. Treść zastrzeżenia jest tożsama. Przedsiębiorcy ci objęli tajemnicą przedsiębiorstwa te same obszary działalności. Dokumenty te noszą takie same daty, pomimo, że oferty są sporządzane w innych datach. Nie jest możliwym sporządzenie tożsamej złożonej treści dokumentów bez ich wspólnego uzgodnienia,

- wspólne kanały komunikacji, w konsekwencji wspólne biuro - w obu ofertach przedsiębiorcy ci do kontaktów z zamawiającym wskazali ten sam numer telefoniczny, faksowy i e-mail,

- dokumenty i zaświadczenia uzyskiwane w tym samym dniu i mające kolejne numery - analiza dokumentów ofertowych ujawnia, że firmy te współpracowały przy opracowywaniu ofert. Dowodzą tego m.in. dokumenty pozyskiwane w celu spełnienia warunków w postępowaniu. Zamawiający wymagał by wykonawcy przedłożyli informacje z Krajowego Rejestru Karnego. Wykonawca A.B. wniosek o taką informację złożyła i opłaciła w dniu 16.09.2015 r., co potwierdzają pieczęcie, w tej samej dacie informacje te pozyskał K.B.. Podobnie, jeśli chodzi o zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach wystawionym przez Urząd Skarbowy. Oba podmioty uzyskały te zaświadczenia w tym samym dniu oraz zaświadczenia te mają następujące po sobie kolejne numery. A.B. do oferty załączyła zaświadczenie o niezaleganiu o numerze OB14-1/4066-1305/15 wydane w dniu 16.09.2015 r., z Pan K.B. zaświadczenie o numerze OB14-1/4066-1304/15 wydane w dniu 16.09.2015 r. Kolejnym dokumentem, który można wskazać, jako uzyskany w tym samym dniu, a nawet godzinie to dokument CEIDG wydrukowany 14.10.2015 r., w przypadku A.B. o godz. 18:19, a K.B. o godz. 18:21. Dowodzi to, że firmy te współpracowały przy opracowywaniu ofert. Bez wspólnej koordynacji działań nie było by możliwe pozyskanie tych dokumentów w tym samym czasie.

- Podobne zachowania należy odnieść do działań obu wykonawców w związku z uzupełnieniem dokumentów na wezwanie zamawiającego. Wyjaśnienia zostały napisane tą samą czcionką z zachowaniem podobnej szaty graficznej i formy. Tożsamy jest nagłówek adresowy, wstęp pisma od słowa "dotyczy" do "w zakresie zaproponowanych cen". Użyte



słowa np. "w przedmiocie" pokazują, że to ten sam styl i ten sam autor. Istotnym dowodem również jest numeracja dokumentów dokonana przez ZDM Gliwice w wyniku kontaktu osobistego. Pisma złożono w tej samej dacie i noszą kolejne numery ZDM-43898/2015 i ZDM-43897/2015. Wskazane powyżej elementy dowodzą, że przedsiębiorcy ci działając wspólnie uzgodnili ceny, zakres prac, strategię, a nawet treść ofert przed ich złożeniem. Działania takie, zdaniem odwołującego, uznać należało, za ograniczenie i naruszenie warunków konkurencji, w tym postępowaniu.

Istotnym argumentem na naruszenie warunków konkurencji, oraz zakazane dokonywanie uzgodnień w rozumieniu art. 6 ust. 1 pkt. 7 u.o.k.k jest też to, że przedsiębiorcy ci posiadają ograniczone możliwości i zasoby techniczno-osobowo-ekonomiczne. W poprzednim postępowaniu przetargowym, w tym przedmiocie zamówienia, które odbyło się w roku 2013 wykonawcy ci działali w ramach konsorcjum. Firma ANKA była liderem tego konsorcjum, natomiast firma 2B K.B. była członkiem konsorcjum. Wykonawcy ci w poprzednim postępowaniu realizowali umowę na 3 rejonach - 5, 8 i 11. Jako byli konsorcjanci dysponują więc wspólnym, tożsamym doświadczeniem. By podwoić to doświadczenie i złożyć oferty na większy zakres doświadczenia w sposób pozorny przedsiębiorcy ci się usamodzielнили. W obecnym postępowaniu zakres działania tych przedsiębiorców został podwojony do 7 rejonów. Tak więc posiadając doświadczenie i możliwości realizacyjne na określony zakres, sztucznie podwoili ten zakres dodatkowo nie konkurując ze sobą. Analizując możliwości i zasoby techniczne, osobowe i ekonomiczne z ofert przedłożonych do postępowania można uznać, że część ze złożonych ofert nie ma realnego pokrycia w zdolnościach wykonawczych. To oferty „pozorne”, których celem jest rozstawienie cen w celu uzyskania możliwie najwyższego wynagrodzenia.

Zgodnie z s.i.w.z., o uzyskanie zamówienia mogli się ubiegać wykonawcy, którzy dysponują odpowiednimi zasobami tj. posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie, dysponują odpowiednim potencjałem technicznym, osobami niezbędnymi do wykonania zamówienia oraz znajdują się w sytuacji ekonomicznej gwarantującej wykonanie umowy. Oświadczenie o spełnieniu tych zdolności należało złożyć na załączniku nr 2. Gdyby wykonawcy działali wspólnie, nie mogliby złożyć oferty na 7 rejonów, ponieważ nie posiadają wymaganej dla takiego zakresu wiedzy i doświadczenia. Wiedza i doświadczenie tych podmiotów jest tożsama. Rzekomo dzieląc się, zasób wiedzy i doświadczenia podwoili. Podział jest „pozorny”, fikcyjny, na potrzeby przetargu. Bowiem realizacja robót będzie odbywała się w oparciu o ten sam potencjał techniczny i osobowy w obu firmach. Pan K.B. zgodnie z wymogami s.i.w.z. na załączniku nr 2 złożył oświadczenie w trybie art. 22, że dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Jednakże treść złożonej oferty nie potwierdza tych zdolności. Z zaświadczenia o niezaleganiu z opłatami ZUS załączonego przez K.B. wynika, że nie dysponuje on w ogóle pracownikami. Wniosek

taki wynika z faktu, że opłaca on wyłącznie ubezpieczenie zdrowotne (pkt. 3 zaświadczenia). Możliwość redukcji opłat w tym zakresie na rzecz ZUS tylko do ubezpieczenia zdrowotnego jest możliwa wyłącznie wtedy, gdy działalność gospodarcza jest wykonywana jednoosobowo przez przedsiębiorcę, co dowodzi, że nie dysponuje on osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Zamawiający w załączniku nr 6 „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” wskazał, że dla realizacji rejonu potrzeba min. 3 samochodów ciężarowych, koparko ładowarki, bądź ładowarki, samochodu wywrotki i innych urządzeń. Pan K.B. ubiega się o trzy rejon, co oznacza, że do obsługi zamówienia potrzebuje 15 jednostek sprzętowych, do których obsługi w systemie całodobowym potrzeba nie mniej niż 45 osób (3 osoby na jednostkę w systemie trzymianowym). Ponadto jest zobowiązany do uruchomienia całodobowej dyspozytorni, która wymaga pracy 4 dyspozytorów. Powinien również dysponować osobą lub osobami do nadzorowania i kontroli zadań. W ocenie odwołującego, niezbędna struktura organizacyjna to około 50 osób. Taką grupą osób składając oświadczenia w trybie art. 22 ustawy Pzp powinien dysponować wykonawca, aby jego oświadczenie o spełnieniu warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia było prawdziwe. Usługa zimowego utrzymania rejonu o powierzchni 746 942,80 m<sup>2</sup>, przy pomocy 15 jednostek sprzętowych nie jest usługą, którą może wykonać jednoosobowo przedsiębiorca. Pan K.B. na formularzu ofertowym oświadczył, że nie przewiduje podwykonawcy przy wykonaniu zamówienia. W tym świetle oświadczenie złożone w trybie art. 22 jest nieprawdziwe. Po wygranym przetargu potencjał obu firm zostanie dopasowany do uzyskanego zamówienia.

Sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami działanie to sposób na uzyskanie przewagi konkurencyjnej, poprzez złożenie możliwie największej liczby ofert tzw. „blef ofertowy”. „Blef ofertowy”, to nieuczciwa taktyka mająca na celu uzyskanie przewagi w ofertowaniu w danym postępowaniu, poprzez wprowadzenie ofert niemających realnego pokrycia w zasobach i dzięki temu uzyskanie możliwości złożenia jak największej ilości ofert. Powyższe działania ANKA i 2B K.B. wyczerpują znamiona naruszenia zasady uczciwej konkurencji i zmowy przetargowej w ujęciu horyzontalnym. Ocenienie zmowy powinno być wykonywane na podstawie dowodów, rezultatów, ocenie taktyki działania, skutków i wszystkich okoliczności sprawy. Jak wynika z orzecznictwa u.o.k.i.k., pod pojęciem porozumienia rozumie się w prawie ochrony konkurencji wszelkie relacje między przedsiębiorcami będące wyrazem wspólnych zamierzeń odnośnie do podejmowanych zachowań rynkowych, nawet gdy nie przybierają formy prawnie wiążącej umowy. Zgodnie z art. 4 pkt 5 lit. b ustawy o ochronie konkurencji, przez porozumienie rozumie się uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki, *„definicja porozumienia przyjęta przez ustawodawcę odbiega od cywilistycznego rozumienia pojęcia porozumienia w tym sensie, że została zakreślona szeroko pozwalając przyjąć za*

*porozumienia, uzgodnienia, a zatem wszelkie formy skoordynowanych działań, które prowadzą do naruszenia konkurencji.*”. Z orzecznictwa antymonopolowego wynika, że zakaz porozumień ograniczających konkurencję obejmuje wszelkie formy koordynacji działań między przedsiębiorcami, które w wyniku praktycznej współpracy w sposób celowy prowadzą do wyeliminowania konkurencji oraz ryzyka gospodarczego i które powodują powstawanie warunków rynkowych sprzecznych z regułami wolnej konkurencji „(...) *istotą porozumień cenowych jest koordynacja zachowań przedsiębiorców nie w drodze nałożenia prawnie wiążącego obowiązku, lecz przez świadome wskazanie sposobu współdziałania, którego celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji. Do wykazania istnienia porozumienia ograniczającego konkurencję nie jest konieczne istnienie sformalizowanej umowy, wystarczające jest ustalenie, że nastąpiła świadoma koordynacja zachowań przedsiębiorców i przyjęcie sposobu współdziałania, którego skutkiem jest ograniczenie konkurencji.*”. Orzeczenia u.o.ki.k. wskazują na następujące okoliczności świadczące o współpracy przedsiębiorców w trakcie postępowań przetargowych (po złożeniu ofert): podobieństwa w pismach kierowanych przez nich do zamawiających oraz korzystanie z tego samego numeru faksu, identyczność pisma także pod względem formy - mają ten sam rodzaj i rozmiar czcionki, układ strony, układ tekstu, odstępy między wierszami, całokształt relacji między podmiotami, w tym związki między przedsiębiorcami, w tym organizacyjne, gospodarcze lub rodzinne. Podobnie oceniane jest utrzymywanie przez konkurentów regularnej współpracy biznesowej lub kontaktów towarzyskich. Okolicznością świadczącą o istnieniu zaawansowanych kontaktów i stałej współpracy gospodarczej między przedsiębiorcami jest fakt, że przedsiębiorcy wielokrotnie ubiegali się wspólnie - działając w formie konsorcjum - o zamówienia publiczne oraz wspólnie je realizowali. Okoliczności te, chociaż same w sobie nie są zabronione, to w powiązaniu z innymi okolicznościami uprawdopodobniają istnienie niedozwolonego porozumienia. Zatem jeśli wykonawcy nie podejmowali działań zmierzających do utrzymania w tajemnicy treści składanych ofert (sporządzenia oferty przez tę samą osobę), istniejące pomiędzy nimi relacje rodzinne daje to nieograniczone możliwości swobodnego porozumiewania się i dokonywania uzgodnień treści składanych ofert. W takich okolicznościach wnioskować należy, że przedsiębiorcy znali wzajemnie treść swoich ofert, a także, że współpracowali ze sobą.

Doktryna i orzecznictwo wypracowały pogląd, że uwzględniając brzmienie regulacji art. 6 ust. 1 pkt. 7 u.o.ki.k. przyjąć należy, że antykonkurencyjny cel i antykonkurencyjny skutek porozumienia nie muszą wystąpić łącznie i zakazane jest już samo zawarcie (istnienie) porozumienia ukierunkowanego na ograniczenie konkurencji, nie zaś osiągnięcie takiego skutku, natomiast efekt ograniczenia konkurencji wcale nie musi wystąpić. Art. 6 u.o.ki.k. jest katalogiem otwartym naruszeń o czym świadczy słowo „w szczególności” przed dokonaniem wyartykułowania pkt. 1-7 art. 6, w doktrynie wskazuje się, że „Przykładem porozumienia

niewymienionego w katalogu art. 6 jest porozumienie w wymianie informacji. Łączy ono w swojej konstrukcji elementy innych porozumień (cenowego, podziałowego, kontyngentowego), jednak samo w sobie stanowi nową jakość współpracy przedsiębiorców, która mogłaby uzasadniać wyodrębnienie porozumień o wymianie informacji (informacyjnych) jako odrębnej kategorii porozumień zakazanych przez art. 6. Praktyka decyzyjna i orzecznictwo skłaniają się ku kwalifikowaniu porozumień o wymianie informacji jako - w zależności od podmiotu i celu informacji - jedno z porozumień nazwanych, skatalogowanych w art. 6 ust. 1 (wyr. SN III SK 6/06, dec. Prezesa UOKiK z 9.5.2005 r., NR RKT-29/2005, Dz.Urz.UOKiK Nr 2, poz. 24).

W ocenie odwołującego, biorąc pod uwagę dowody, zasady logiki i doświadczenia życiowego należy przyjąć, że z wyżej opisanych okoliczności wprost wynika, że wykonawca ANKA i 2B K.B. nie złożyli ofert, aby ze sobą konkurować. Podzielili więc rynek, uzgodnili ceny, a nawet treść ofert. Za czyn nieuczciwej konkurencji uznaje się każde zachowanie rynkowe, któremu można przypisać cechy nieuczciwej konkurencji.

Ponadto wbrew okolicznościom faktycznym wykonawcy ci złożyli oświadczenie o braku przynależności do grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów, a faktycznie działają wspólnie oraz złożyli oferty w tym samym postępowaniu. Zamawiający wyklucza z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, gdy wykonawcy należący do tej samej grupy kapitałowej złożyli odrębne oferty w tym samym postępowaniu. Nie można uznać, że pomiędzy omawianymi przedsiębiorcami nie istnieją powiązania, które naruszają uczciwą konkurencję. Przeczy temu przedstawiona już analiza ich ofert. Definicja grupy kapitałowej została wskazana w art. 4 pkt 4 u.o.k.k. W rozumieniu tej definicji grupą kapitałową są wszyscy przedsiębiorcy, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę w tym również tego przedsiębiorcę. Definicja ta dotyczy wszystkich przedsiębiorców, w tym przedsiębiorców w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, czyli osoby fizyczne. O występowaniu w grupie decydują występujące w niej związki, a w szczególności możliwość posiadania kontroli w rozumieniu art. 4 pkt. 4 u.o.k.k.

Jak wynika z ofert analizowanych firm są one powiązane osobowo i rodzinnie. Właścicielem firmy ANKA jest Pani A.B., która jest matką Pana K.B. - właściciela firmy 2B. Wynika to z załączonych do ofert zaświadczeń o niekaralności. Relacja matka-syn najprawdopodobniej wywołuje też powiązanie majątkowe, spadkowe i dalej kapitałowe. Poza więzami rodzinnymi, co w tej sprawie najważniejsze, firmy te też są powiązane organizacyjnie. Ponadto Pan K.B. właściciel firmy 2B jest pełnomocnikiem w firmie ANKA. Wynika to z treści wypisu CEIDG A.B.. Powiązanie organizacyjne jest dowodem na to, że Pan K.B. jest związany umową-pełnomocnictwem nieograniczonym przewidującym zarządzanie przedsiębiorstwem Pani A.B.. Taka więź potwierdza możliwość kontroli innego

przedsiębiorcy w rozumieniu przepisu art. 4 ust. 4 pkt. f ustawy u.o.k.k., a to oznacza, że przedsiębiorstwa te należą do grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 luty 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów.

Ponadto złożone w ofercie wykonawcy 2B oświadczenia należy rozpatrywać przez pryzmat nieprawdziwych informacji. Zamawiający wyklucza z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdy wykonawcy złożą nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. W tym zakresie tak sformułowanego zarzutu odwołujący wskazał, co następuje.

Właściciel firmy ANKA Pani A.B. i właściciel firmy 2B K.B. złożą nieprawdziwe oświadczenia w zakresie przynależności do tej samej grupy kapitałowej. Pomędzy przedsiębiorcami występują więzi, które umożliwiają kontrolę przez jednego przedsiębiorcę całej grupy kapitałowej. Pan K.B. właściciel firmy 2B złożył nieprawdziwe oświadczenie na Formularzu ofertowym dla rejonu 2, 9 i 12, że nie uczestniczy w jakiegokolwiek innej ofercie dotyczącej tego samego zamówienia, jako wykonawca. Udzielone mu przez Panią A.B. pełnomocnictwo jest sprzeczne z tym oświadczeniem, co oznacza, że w ofercie zawarto informację nieprawdziwą, skutkiem czego wykonawca winien zostać wykluczony z postępowania.

Pan K.B. zgodnie z wymogami s.i.w.z., na załączniku nr 2 złożył oświadczenie w trybie art. 22, że dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Treść jego oferty nie potwierdza tych zdolności. Z zaświadczenia o niezaleganiu z opłatami ZUS załączonego przez K.B. wynika, że nie dysponuje on w ogóle pracownikami.

Zaniechanie wykluczenia z postępowania oraz odrzucenia oferty firmy - ZAKŁAD ROBÓT DROGOWYCH ORFIN sp. z o.o. sp.k., ul. Sikorskiego 5a. 42- 922 Radzionków - ubiegający się o rejon 4, 6, 10.

Zdaniem odwołującego, oferta Orfin powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 lub art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, z uwagi na przedstawienie ceny ofertowej, która nie spełnia wymogów prawa. Wartości liczbowe, które zostały przedstawione w ofercie nie mogą zostać uznane za ceny, ponieważ nie posiadają oznaczenia nazwy jednostki pieniężnej (oznaczenia identyfikacji waluty). Pełna argumentacja prawna została przedstawiona w uzasadnieniu zarzutów odrzucenia oferty „Anka” i „2B” i pozostaje wiążąca również w odniesieniu do tego wykonawcy.

Oferta Orfin zawiera również wady związane z prawidłowym przedstawieniem wartości (o ile liczby) uznano by za cenę, w związku z wadliwym zastosowaniem separatora, co powoduje, że zamawiający nie mógł mieć wiedzy jakie wartości przedstawiają tabele w formularzach ofertowych. Również w tym zakresie pełne uzasadnienie znajduje się

w części I uzasadnienia odwołania. Tym niemniej należy podkreślić, że jedynie separator w postaci przecinka daje podstawę do uznania, że to co znajduje się za nim jest wartością dziesiątek, co w terminologii odnoszącej się do cen oznacza grosze. Brak takiego zapisu powoduje, że zamawiający nie mógł sam przyjąć, że np. 297.56 nie stanowi błędnego zapisu i nie oznacza: 297.56...- co oznaczałoby brak jakiejś liczby, 29.756 - co oznaczałoby wadliwe postawienie separatora.

Oferta Orfin powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, z uwagi na błędny - zapis słowny wartości łącznej - „ceny brutto oferty”. Należy zwrócić uwagę, że zapis cyfrowy zaoferowanej wartości liczby bez oznaczenia kodu jednostki pieniężnej np. 15.893,18 rozdzielono spójnikiem „i”, przy czym jedną część słownej wartości liczby zapisano bez oznaczenia jednostki pieniężnej jako „piętnaście tysięcy osiemset dziewięćdziesiąt trzy”, a drugą część o wartości „18/100” oznaczono jednostką pieniężną „złoty”. Zastosowanie spójnika „i” tworzy koniunkcję zdania. W takiej formie zdania złożonego należy oceniać jego wartość logiczną po analizie każdego stwierdzenia oddzielnie. Poszczególne człony zdania złożonego mogą przyjąć dwie różne wartości logiczne (stosunek do faktów). W zależności od oceny logicznej każdego z członów uzyskamy różny sens logiczny całego zdania. Koniunkcja łączna całego zdania jest jednoznaczna wówczas, gdy obie części zdania są jednoznaczne. W omawianej sytuacji, gdy zdanie składa się z dwóch różnych części tj. liczby 15.893 i wartości pieniężnej 18/100 „złoty” nie można jednoznacznie stwierdzić, że to jest 15.893,18 „złoty”, ponieważ stwierdzenie takie jest niezgodne z rzeczywistością - fałszywe. Dla zobrazowania i wyjaśnienia w skrócie mówiąc przykładowo liczba 20 i wartość pieniężna 1 złoty to nie 21 złotych. Zdanie w koniunkcji jest prawdziwe tylko wtedy, gdy obie części zdania (stosunek do faktów) są prawdziwe. Prawdziwe i jednoznaczne więc jest stwierdzenie wtedy, gdy mamy do czynienia z zapisem 20 złotych i 1 złoty to 21 złotych. W przypadku, gdy pomiędzy członami zdania złożonego występuje rozbieżność to wynik logiczny jest niejednoznaczny, czyli jest to stwierdzenie fałszywe. Fałszywym więc jest stwierdzenie, że liczba 20 i wartość pieniężna 1 złoty to 21 złotych. W praktyce oznacza to, że aby uznać, że wskazana wartość jest w tej samej walucie oba człony zdania zapisu słownego musiałyby zawierać tę informację, a więc odnosząc to na grunt logiki być prawdziwe. W koniunkcji tylko dwa pojęcia prawdziwe niosące taką samą informację można uznać za prawdziwe. W każdej innej kombinacji, gdy jedno jest prawdziwe, a drugie fałszywe, lub gdy oba są fałszywe wynik jest negatywny-fałszywy, co w konsekwencji powoduje, że informacje o jednostce pieniężnej muszą odnosić się precyzyjnie do wartości, zwłaszcza wówczas, gdy w zapisie zastosowano spójnik „i”, a zdanie jest złożone. Inne zasady są, gdy nie używa się spójnika.

Zapis cyfrowy liczby np. 15.893,18 w zapisie słownym rozdzielono spójnikiem „i” tworząc zapis „piętnaście tysięcy osiemset dziewięćdziesiąt trzy i 18/100 złote”. Zapis słowny jest

więc wprost niezgodny z zapisem cyfrowym, ponieważ zapis cyfrowy nie zawiera spójnika „i”. Spójnik „i” nie powinien być wprowadzony do zapisu słownego. Znak „przecinek” w zapisie słownym, powinien być ignorowany (pomijany) lub oznaczony jedną pionową kreską ( | ). W miejsce znaku „przecinek” nigdy w zapisie pisemnych liczb nie stosuje się spójnika „i”. Jego wprowadzenie zmieniło treść zapisu liczbowego, jego znaczenie - jednoznaczność, komunikatywność i poprawne zrozumienie. Ponadto zapis cyfrowy np. 15.893,18 w FORMULARZU OFERTOWYM nie został oznaczony jednostką pieniężną, którą wprowadzono do zapisu słownego. W zapisie cyfrowym nie uwidoczniło kodu PLN. To również niezgodność dowodząca kolejną niespójność treści oferty. Zapis słowny nie odpowiada wartości wyrażonej liczbą.

Również sam zapis słowny obarczony również jest wadą prawną. Cena to wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych. W zapisach słownych używa się nazwy polskiej waluty „złoty” lub nazwy mniejszej jednostki waluty „groszy” w zależności od wartości, którą się opisuje. Użycie tych zapisów jest konsekwencją przyjętej polskiej normy PN-ISO 4217:2005.

Wskazanych wad nie można poprawić, ponieważ dotyczą ceny. Oferta stanowi oświadczenie woli i istotny zakres postanowień przyszłej umowy. Zawarcie umowy następuje na warunkach wskazanych w ofercie. Art. 144 Pzp zakazuje istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty. Gdy w treści oferty nie ma informacji o jednostce pieniężnej to nie sposób tą informację wprowadzić do treści umowy, bowiem spowodowałoby to sytuację w której faktyczną cenę za realizację ustala się po otwarciu ofert. Brak jednostki pieniężnej nie można nazwać błędem, czy omyłką nieistotną dla treści oświadczenia. Oferta to wartość pieniężna, której w przypadku oferty tego wykonawcy nie podano w ogóle. Nie jest to również oczywistą omyłką pisarską wadliwe zastosowanie separatorów. Również wprowadzenie spójnika „i” zmienia szyk zdania i jego wartość logiczną. W tym stanie rzeczy oferta podlega odrzuceniu.

Ponadto wykonawca Orfin podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp z uwagi na to, że nie wykazał, posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia.

Zdaniem odwołującego, z analizy załączonego do oferty wykazu usług str. 12 wynika, że w poz. 1 przedmiot wykonanej usługi był wykonany na pow. łącznej 1 070 327,5 m<sup>2</sup>, czego potwierdzeniem powinny być poświadczenia lub referencje. Pierwsze załączone referencje wystawione przez Miejskiej Zarząd Dróg i Mostów w Bytomiu z dnia 14.08.2013 r. potwierdzają wykonanie usługi zimowe utrzymania dróg, jedynie na pow. 799 524 m<sup>2</sup>. W wykazie zaś zadeklarowano 1 070 327,5 m<sup>2</sup>. Brak więc dowodu w formie poświadczenia na pow. 270 803,5 m<sup>2</sup>. Załączona referencja nie dowodzi zadeklarowanej powierzchni

wymaganej przez zamawiającego. Drugim poświadczeniem dokumentującym zakres wykazany w poz. 1 są trzy poświadczenia wystawione przez Miejski Zarząd Zieleni i Gospodarki Komunalnej w Bytomiu z dnia 02.09.2015 r. Poświadczenia nie odpowiadają postawionym warunkom przez zamawiającego w zakresie konieczności wykonania ich w jednym sezonie zimowym np. 2012/2013, a więc uwzględniając tę część roku, w której warunki zimowe występują. Usługa zrealizowana dla Miejskiego Zarządu Zieleni i Gospodarki Komunalnej w Bytomiu dotyczy okresu od 02.2013 r. do 06.2013 r. nie jest więc to usługa z zakresu zimowego utrzymania dróg tj. odpowiadającą przedmiotowi zamówienia.

Stosowanie do zapisu pkt. 14 ust. 1 s.i.w.z. (...) Wykaz usług zał. nr 5 i dowody potwierdzające należyte wykonanie/wykonywanie na każdy z oferowanych Rejonów należy wypełnić oddzielnie. Spółka zaś przedłożyła jeden wykaz wraz z załączonym jednym kompletem referencji i poświadczeń, a ubiegała się o 5 rejonów. Z uwagi na niedostosowanie się do zapisów s.i.w.z. nie jest możliwa ocena postawionego warunku w odniesieniu do danego rejonu. Załączony do oferty wykaz nie jest przyporządkowany do żadnego z rejonów. A zamawiający nie żądał w tym zakresie żadnych wyjaśnień.

Wykonawca Orfin powinien zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 w związku z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp z uwagi na to, że wykonawca ten nie wykazał, że posiada odpowiednią wiedzę i doświadczenie z uwagi na brak realnego udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci, na który się powołał. Zamawiający zaniechał tej czynności. Zdecydowaną część wiedzy i doświadczenia, które zostało zaprezentowane w wykazie usług na powierzchni 1 618 692,67 m<sup>2</sup> zostało udostępnione przez podmiot trzeci tj. Zakład Robót Drogowych J.O. z siedzibą w Orzechu, Bytomska 80. To aż 74 % powierzchni ujętej w wykazie, a więc proporcjonalnie też wiedzy i doświadczenia. By udowodnić zamawiającemu, że faktycznie wykonawca skorzysta z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego do oferty należało dołączyć pisemne zobowiązanie podmiotu, który użycza doświadczenia zgodnie z formularzem stanowiącym załącznik nr 7. Z załączonego przez spółkę zobowiązania można wyczytać, że udostępnieniu uległy zasoby, które wykazano w referencjach i poświadczeniach za usługi wykonane dla MZDiM Bytom, MZZiGK Bytom oraz MZUiM Chorzów. Dokumenty te potwierdzają zdobyte doświadczenie i wiedzę z wykonania prac przez Zakład Robót Drogowych J.O. z Orzecha, a więc dokumentują wiedzę i doświadczenie zdobyte przez to przedsiębiorstwo. Stosując normę zapisaną w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w załączonym zobowiązaniu należało również wskazać sposób wykorzystania zasobów. Z załączonego zobowiązania wynika, że do wykorzystania zasobów wiedzy i doświadczenia udostępnionych przez przedsiębiorstwo J.O. dojdzie poprzez umowę podwykonawstwa, w ramach której Pan J.O. będzie odpowiedzialny za koordynowanie



prowadzenia akcji zima. Potwierdzeniem tej formuły współpracy jest informacja zamieszczona na FORMULARZACH OFERTOWYCH. Deklaracje te są niezwykle istotne w przypadku oceny realności udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci, a także mają bezpośrednio wpływ na ocenę czy wykonawca spełnia warunek w zakresie art. 22 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp.

Analizując treść dokumentów stwierdzić należy, że Orfin wykazuje spełnienie opisanego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu aż w 74 % przez korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego, przy czym podmiot ten nie będzie faktycznym podwykonawcą części czy też całości świadczenia objętego świadczeniem, a jedynie udostępni zasoby poprzez pracę osobistą J.O. polegającą na bliżej nieokreślonych zadaniach w postaci koordynacji prowadzenia akcji.

Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia realnie, a nie tylko iluzorycznie poprzez przekazanie poświadczeń i referencji. Dzielenie się wiedzą w tym przedmiocie zamówienia to dzielenie się rozwiązaniami technologicznymi, czy organizacyjnymi, innowacyjnością, procedurami, know-how, wiedzą techniczną, wiedzą logistyczną itd., zaś dzielenie się doświadczeniem w tym zakresie zamówienia to możliwość przeniesienia zdobytych wcześniej umiejętności i doświadczeń do realizacji nowego kontraktu. Pojęcie zasobu wiedzy i doświadczenia ma pewną specyfikę. Pojęcie „doświadczenie” wiąże się jednoznacznie ze stroną praktyczną posiadanych umiejętności. Wiedzę teoretyczną można przekazać w postaci szkoleń, porad, konsultacji, ale doświadczenie jest inną kategorią pojęciową: obejmuje umiejętności praktyczne, nabywane w sposób empiryczny w zakresie danego zagadnienia. Aby tę empiryczną wiedzę uzyskać konieczny jest osobisty udział w wykonywaniu przedsięwzięć, a zatem nie można nabyć doświadczenia w procesie konsultacji, doradztwa. Odwołanie się przez wykonawcę do zasobów podmiotu trzeciego musi mieć charakter rzeczywisty w tym znaczeniu, że dane zasoby będą wykorzystywane przy wykonywaniu zamówienia. Należy mieć na uwadze, iż doświadczenie nie stanowi dobra, które może być przedmiotem samodzielnego obrotu. Doświadczenie stanowi składnik przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym i dzieli byt prawny takiego przedsiębiorstwa (art. z art. 55<sup>1</sup> i art. 55<sup>2</sup> k.c.). Nie jest zatem możliwe udostępnienie doświadczenia bez jednoczesnego udostępnienia przedsiębiorstwa, z którym to doświadczenie jest związane. Z tego też względu do wykazania dysponowania zasobami podmiotu trzeciego przy ocenie spełnienia warunków wiedzy i doświadczenia niezbędne jest

powołanie się na udział podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia. Przenosząc powyższe argumenty bezpośrednio do omawianej sprawy należy stwierdzić, że przedstawione przez spółkę dokumenty potwierdzające zobowiązanie Zakładu Robót Drogowych J.O. z Orzecha do udostępnienia posiadanej wiedzy i doświadczenia nie potwierdzają realnego przekazania tego doświadczenia spółce. Co prawda spółka zadeklarowała, że podwykonawcą będzie Pan J.O. - właściciel ZRD J.O., jednak z tej deklaracji nie wynika, że tym podwykonawcą będzie firma, a nie wyłącznie właściciel tej, firmy J.O.. Ze zobowiązania tego ponadto powinno wynikać, że udostępnienie zasobu jest rzeczywiste i że zapewni to spółce realną możliwość jego wykorzystania. Zimowe utrzymanie dróg to szeroki zakres wiedzy i doświadczenia. Potwierdza to również bezsprzecznie Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia - załącznik nr 6, gdzie opisano wiele obowiązków szczegółowych. Koordynacja prac, do której zobowiązał się Pan J.O. to jedynie niewielka część tego zakresu. Łączna powierzchnia 5 rejonów, na które spółka złożyła ofertę wynosi 1 950 364,60 m<sup>2</sup>. To 267,49 km, 506 ulic, na których będzie wykonywane świadczenie. Prace są wykonywane całodobowo, co powoduje, że jednoosobowe, osobiste doświadczenie jest niewystarczające, by wiedza była przekazana w sposób realny, rzeczywisty, umożliwiający należyte i prawidłowe wykonanie zamówienia. Zasady koordynacji, do której zobowiązał się Pan J.O. nie zostały w zobowiązaniu przedstawione. Z załączonego do oferty zobowiązania podmiotu trzeciego nie wynika więc jaką konkretną wiedzę, oraz doświadczenia w tym współdziałaniu zostaną przekazane. Dodatkowo sposób wykorzystania tej wiedzy zaś odnosi się wyłącznie do osoby fizycznej poprzez pracę Pana J.O. jako koordynatora. Czymś innym jest wiedza i doświadczenia ZRD J.O. od wiedzy personalnej J.O.. Bez wątpienia warunek dysponowania odpowiednią wiedzą i doświadczeniem dotyczył sprawdzenia warunków określonych w art. 22 ust. 1 pkt 2, a nie wiedzy personalnej osoby w zakresie art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Do obowiązków zamawiającego należy ustalenie czy wykonawca będzie rzeczywiście dysponował zdolnościami innego podmiotu. Już sama rozbieżność pomiędzy pojęciami zimowe utrzymanie, a koordynacja prowadzenia prac powinna wzbudzić poważne wątpliwości u zamawiającego i spowodować, co najmniej, wszczęcie procedury wyjaśniania i uzupełnienia dokumentów. Zamawiający badając oferty ma obowiązek dołożenia należytej staranności. Nie ma również zakazu pozyskiwania informacji z innych źródeł niż treść samej oferty. Z dostępnych publicznie dokumentów wynika, że Pan J.O. nie pełnił nigdy roli koordynatora w realizacji omawianych kontraktów.

W przypadku usługi realizowanej na rzecz MZUiM Chorzów poz. 2 Wykazu usług (załącznik nr 2) z §10 umowy nr 34/2012 z dnia 31.10.2012 r. wprost wynika, że osobą odpowiedzialną za wykonanie przedmiotu umowy, w tym koordynację był Pan Ł.B., a nie Pan J.O.. Delegowanie tych uprawnień na Pana Ł.B. potwierdza również formularz ofertowy z

oferty, która została przedstawiona na realizację tego kontraktu, a podpisana przez J.O.. W formularzu tym czytamy, że osobą wyznaczoną i upoważnioną do nadzoru i kontroli robót jest Pan Ł.B.. W umowach, które zostały poświadczane w referencjach J.O. był stroną umowy, zaś osobą, która realizowała przedmiot umowy, w tym koordynowała pracę był Pan Ł.B.. Nie wykonując tego zakresu w umowach J.O. nie może się podzielić zdobytą wiedzą i doświadczeniem, bo taką posiada Ł.B.. Analogicznie należy wskazać w odniesieniu do poz. 1 wykazu, w przypadku realizacji tam wskazanej odpowiedzialną za koordynowanie zimowego utrzymania dróg nie był Pan J.O.. Z przekazanej odwołującemu informacji przez MZZiGK w Bytomiu wynika, że obowiązki koordynatora pełnił Dyrektor Miejskiego Zarządu Dróg i Mostów Pan J.B.. Zamawiający nie zweryfikował w sposób należyty realnej możliwości udostępnienia wiedzy i doświadczenia przez podmiot trzeci i posiadania takiej wiedzy i doświadczenia.

Reasumując omówione powyżej zastrzeżenia wskazać należy, że spółka powinna zostać wykluczona na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 lub w związku z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp z uwagi na to, że wykonawca ten nie wykazał, że posiada odpowiednią wiedzę i doświadczenie umożliwiające realizację zamówienia. Z ostrożności należy podnieść, że w stosunku do tego wykonawcy, co najmniej, winno nastąpić wezwanie do uzupełnienia brakujących dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu o ile Izba oceniając stawiane zarzuty nie dojdzie do wniosku, że faktycznie mamy do czynienia z nieprawdziwością przedłożonych informacji.

Powyższe argumenty należy bowiem również odnieść do przesłanki wykluczenia z postępowania wskazanej w art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp. Stan faktyczny opisany powyżej w odniesieniu do złożenia oświadczenia o posiadaniu wiedzy i doświadczenia w zakresie koordynacji prowadzeni akcji zima, wraz ze złożeniem zobowiązania, jako podmiotu trzeciego rzekomo posiadającego takie doświadczenie w zderzeniu z pozyskanymi dowodami ww. umową oraz informacją publiczną oznacza, że jego oświadczenie złożone w zakresie zobowiązania podmiotu trzeciego, że udostępni wiedzę we wskazanym zakresie jest nieprawdziwe. Związek przyczynowo skutkowy pomiędzy złożeniem przez wykonawcę biorącego udział w postępowaniu informacji nieprawdziwej, a jej wpływem na wynik postępowania lub prawdopodobieństwem zaistnienia wpływu na wynik postępowania jest oczywisty.

Oferta spółki powinna być odrzucona. Oferta posiada również liczne wady formalne, które nie zostały naprawione w toku badania ofert. W tym zakresie należy wskazać, że zgodnie z pkt. 14.5 s.i.w.z. „załączone do oferty dokumenty powinny być przedstawione odpowiednio

woryginale lub jako kopia poświadczona za zgodność z oryginałem przez wykonawcę lub uprawnionego przedstawiciela wykonawcy". Zgodnie z pkt. 14 s.i.w.z. oferta powinna być sporządzona pisemnie czytelnie, a podpis osoby lub osób upoważnionych musi pozwalać na identyfikację imienia i nazwiska. Oferta spółki nie została w sposób odpowiedni podpisana lub nie jest podpisana w ogóle. Nie został podpisany załącznik nr 7 - Zobowiązanie podmiotu trzeciego strona 23. Podpis znajduje się na stronie 24, która nie zawiera żadnej treści. Wykonawca nie podpisał wszystkich załączników do oferty, pomimo, że zgodnie z pkt. 14.5 s.i.w.z. załączone do oferty dokumenty powinny być podpisane przez wykonawcę. W tym świetle należy uznać, że niektóre dokumenty załączone do oferty nie zostały złożone w prawidłowej formie i nie mogą być podstawą oceny tej oferty.

Niezależnie od powyższych argumentów należy wskazać, że oferta spółki powinna zostać również odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, z uwagi na to, że oferta przedstawia rażąco niską cenę, a złożone wyjaśnienia nie obalają domniemania istnienia rażąco niskiej ceny, jakie zaistniało już w chwili skierowania wezwania do złożenia wyjaśnień.

W odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia elementów oferty wykonawca przekazał bardzo ogólne wyjaśnienia, w których powołał się na następujące czynniki, które jego zdaniem wpłynęły na wysokość ceny oferty. W odpowiedzi wyjaśniał, że:

- specjalizuje się w wykonawstwie usług i robót w branży drogowej. Specjalizacja ta zapewnia mu wielomilionowy roczny przerób pozwalający na optymalizację i harmonię wykonywanych usług i procesu budowlanego.

Zdaniem odwołującego, wysokość osiągniętych wielomilionowych rocznych przerobów nie ma wpływu na poziom zaoferowanej ceny. Gdyby przyjąć takie wyjaśnienia za prawdziwe to najtańsze usługi świadczyłyby korporacje międzynarodowe, których skala obrotu jest nieporównywalnie większa niż omawianej spółki. Na rynku nie istnieje zależność pomiędzy obrotem a zaoferowaną ceną. Cena jest odzwierciedleniem kosztów, a nie obrotu firmy. Należy dodać, że usługi zimowego utrzymania dróg to nie roboty budowlane, które można poddać harmonizacji. Świadczenie to jest związane ze zmiennymi warunkami atmosferycznymi, co uniemożliwia ich zaplanowanie i zharmonizowanie. Nie znana jest także wielkość zamówienia, bo to zależy od zmiennych warunków atmosferycznych.

- wynegocjował rabaty i upusty od współpracujących od lat dostawców. Obok dużych rabatów w zakresie materiałów budowlanych i kruszyw, wykonawca mógł uzyskać ponad przeciętne rabaty na zakup oleju napędowego. Podkreślił, iż w okresie cen najbardziej

korzystnych poczynił duże zapasy oleju napędowego, co znajduje bardzo korzystne odzwierciedlenie w cenach ofert częściowych.

Działanie takie jest jedynie oszczędnością bieżącą. Zamówienie na zimowe utrzymanie dróg na terenie miasta Gliwice ma być realizowane w okresie od podpisania umowy do 30.04.2017 r. W wyjaśnieniach wykonawca stwierdził, że zużywa olej napędowy w ilości tysięcy litrów w skali tygodnia. Niewiarygodnym więc jest by był w stanie zgromadzić paliwo na realizację kontraktu z terminem do 30.04.2017 r., a więc na okres 2 lat. Jak wiadomo ceny oleju napędowego zależą od wielu czynników geopolitycznych i praktycznie pozostają bez możliwości stałej regulacji. Nie jest więc rozsądne obniżanie ceny w oparciu o chwilowy spadek ceny oleju napędowego, czy okazyjny jego zakup. Gromadzenie paliwa powoduje również powstanie kosztów magazynowania, których nie uwzględniono w cenie, a które biorąc pod uwagę czasookres są bardzo wysokie. Własna stacja paliw również pozostaje bez wpływu na cenę usług. Wręcz odwrotnie utrzymywanie dystrybutorów generuje koszty ich utrzymania i obsługi. Wskazane argumenty nie pozwalają na znaczący upust ceny, a w przypadku uznania, że zastosowano rabat z uwagi na ponadprzeciętne rabaty czy też zgromadzone paliwo podważa wiarygodność zastosowanych cen.

- uzupełnieniem atrakcyjnych cen paliw jest nowoczesny tabor ekonomicznych pojazdów i sprzętu o ograniczonym zapotrzebowaniu na paliwo.

Stwierdzenie to jednak pozostaje bez dalszego rozwinięcia, co powoduje, że nie ma możliwości odniesienia się do tej pozycji wyjaśnień. Nadmienić jednak należy, że zamawiający w s.i.w.z. narzucił wymagania sprzętowe, co powoduje, że zaoferowane również przez innych wykonawców jednostki sprzętowe nie mogą odbiegać od oferty spółki, tak znacząco by jej ceny mogły się różnić aż o 57 % od pozostałych ofert. Nawet najbardziej ekonomiczne pojazdy nie są w stanie wypracować takiej przewagi w zaoferowanych cenach. Regułą też jest, że wysokie standardy ekonomiczne pojazdów skutkują ich wysoką ceną. Bardzo trudno jest ustalić zysk płynący z realizacji ceną pojazdu do oszczędności, które wynikają z jego możliwości. Tak więc argument ten nie stanowi jakiegokolwiek okoliczności mające wpływ na obniżenie ceny u tego wykonawcy.

- spółka zatrudnia doświadczonych i zaufanych pracowników i kierowców, którzy potrafią w sposób sprawny, a przy tym ekonomiczny użytkować powierzony sprzęt i samochody ciężarowe, co zostało odzwierciedlone w cenach ofertowych.

Twierdzenie takie stoi w sprzeczności z ofertą spółki, z której wynika, że nie posiada ona doświadczenia w zimowym utrzymaniu dróg o takiej wielkości by mogła ona samodzielnie

wykonać zamówienie. Jak wynika z wykazu usług (załącznik nr 5) aż 74 % doświadczenia obliczonego w oparciu o obsługiwaną powierzchnię jest zasobem podmiotu trzeciego. Spółka nie dysponuje kadrami osobowymi, które mogłyby samodzielnie wykonać zamówienie. Z oferty wynika, że by wykonać to zamówienie musi część prac podzlecić. W tym świetle trudno uznać, że posiadane przez spółkę doświadczenie jest w stanie doprowadzić świadomie do wypracowania konkurencyjnej ceny. Zaufanie do pracowników również nie jest elementem, który może mieć wpływ na obniżenie ceny. Pozostaje on bez związku z ceną.

- przewidział możliwość uzyskania w Powiatowego Urzędu Pracy w Tarnowskich Górach refundacji części wynagrodzeń pracowniczych i obciążeń ZUS.

Deklaracja ta stoi w sprzeczności z wcześniejszą informacją związaną z zatrudnieniem doświadczonych i zaufanych pracowników i kierowców. Pracownicy, którzy są pozyskiwani z zasobów Powiatowego Urzędu Pracy to raczej ludzie niedoświadczeni. Jak wynika z deklaracji zatrudnienie takie jest dopiero przewidywane. By pomoc taką uzyskać firma musi spełnić szereg warunków, które są weryfikowane przez PUP. W praktyce również nie zawsze jest możliwe pozyskanie w wyniku takiej współpracy pracowników, którzy byli by w stanie wykonać świadczenie objęte postępowaniem przetargowym. Spółka na dzień dzisiejszy nie dysponuje więc osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w ramach pomocy uzyskanej z Powiatowego Urzędu Pracy w Tarnowskich Górach.

- nie ponosi dodatkowych kosztów związanych z dzierżawą nieruchomości.

Przedmiotem zamówienia są usługi zimowego utrzymania dróg wykonywane w Gliwicach. Zamawiający nie przewidział prac, które wymagają posiadania bazy przedsiębiorstwa typu biura, garaże i warsztaty. Opłaty związane z biurem wykonawcy, które służy jego wygodzie, a nie są związane z przedmiotem zamówienia, pozostają zatem bez związku z ceną.

- przedmiot zamówienia będzie wykonywany z wykorzystaniem sprzętu będącego własnością wykonawcy, w związku z czym nie będzie konieczności przenoszenia na cenę ofertową dodatkowych kosztów leasingów czy kredytów.

Posiadanie własnego sprzętu do realizacji zamówienia nie tworzy różnicy, która przy obecnym dostępie do środków finansowych może skutkować 50 % obniżką ceny. Możliwość wykorzystania własnego sprzętu wynika z faktu, że spółka wypracowuje zysk. Takie wyjaśnienie to informacja o sposobie finansowania majątku trwałego spółki, a nie wyjaśnienie odnoszące się do poziomu zaoferowanej ceny.

Wykonawca oświadczył również, że na poziom ceny wpływa okoliczność, że przedmiot

zamówienia wykona siłami własnymi, bez udziału podmiotów trzecich, ani podwykonawców. Takie rozwiązanie pozwala zredukować ewentualne koszty pośrednie, czy administracyjne.

W tej kwestii należy podnieść, że takie oświadczenie jest nieprawdziwe, ponieważ w swojej ofercie na formularzu ofertowym wykonawca ten zadeklarował, że część zamówienia zamierza podzlecić podwykonawcy. Deklaracja taka znajduje się w zakresie wszystkich rejonów, o które się wykonawca ubiega. Tak więc wyjaśnienia wykonawcy są niespójne z ofertą, z okoliczności deklaracji konieczności zatrudnienia podwykonawców należy zatem wysnuć wniosek wręcz odmienny od prezentowanego w wyjaśnieniu i prowadzący do stwierdzenia, że cena jest ceną rażąco niską.

- na obniżenie ceny wpływa również brak rozbudowanego działu administracyjnego.

Odwołujący wskazał, że przedmiotem umowy, o którą ubiega się spółka jest zimowe utrzymanie dróg. Przedmiot zamówienia nie obejmuje zarządu drogami, a jedynie wykonanie usługi, co oznacza, że dział administracyjny jest zbędny i pozostaje bez wpływu na wysokość kosztów usługi.

- koszt bieżącego utrzymania sprzętu i maszyn został przez wykonawcę ograniczony do minimum, z uwagi na fakt, że zatrudnia wykwalifikowanego mechanika.

W tym zakresie należy wskazać, że taka samodzielna obsługa jedynie w części związanej z wyliczeniem robocizny mechanika może, jeśli w ogóle, to mieć ewentualnie marginalny wpływ na koszty funkcjonowania zakładu. Głównym elementem cenotwórczym w przypadku utrzymania sprzętu i maszyn oraz taboru samochodowego są środki eksploatacyjne, tj. części, opony, ubezpieczenia, smary, oleje itd. Praca mechanika to marginalny koszt, bez znaczenia dla oferowanej ceny. Jeden pracownik nie jest w stanie wypracować upustu w wysokości 50 % ceny. Ponadto wykonawca informacje o kosztach pracy ograniczył do informacji o poziomie stawki roboczogodziny, którą zastosował w wysokości 10,00 zł netto. W zaoferowanych cenach koszty pracy to nie tylko stawka roboczogodziny, ale przede wszystkim informacja o nakładach, jakie założono w wycenie. Ustalenie realnych kosztów pracy jest możliwe jedynie z uwzględnieniem warunków ich wykonania oraz całości procesów technologicznych i organizacyjnych. Stawka roboczogodziny nie oddaje tej informacji, to jedynie założenie kalkulacyjne, a nie koszt pracy. W zakresie kosztów pracy wyjaśnień nie udzielono, pomimo bezpośredniego zapytania o ich poziom w wezwaniu. Tym samym wyjaśnienie nie może odnosić się do wezwania. Wskazane przez spółkę elementy to okoliczności ogólne informujące raczej o sposobie funkcjonowania przedsiębiorstwa. Wyjaśnienia te nie obalają domniemania istnienia rażąco niskiej ceny.

Zdaniem odwołującego, wykonawca nie przedstawił żadnych wyjaśnień pomimo, że zamawiający precyzyjnie wskazał w wezwaniu, o które elementy chodzi i dlaczego budzą jego wątpliwości. Tym samym istnieje bezpośrednia okoliczność odrzucenia oferty wynikająca z brzmienia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Wykonawca nie przedstawił również żadnej metody wykonania zamówienia, która umożliwiłaby mu zastosowanie upustów na poziomie około 50 % w zakresie omawianych cen w stosunku do średniej ceny na rynku. Same ogólne stwierdzenia związane z kwestią podmiotową nie mogą być uznane za wskazanie oszczędnej metody wykonania pracy, która jest przedmiotem zamówienia.

Przedstawiona powyżej analiza, zdaniem odwołującego, jednoznacznie pokazuje, że spółka nie udzieliła odpowiedzi na wezwanie w wymaganym zakresie, ponieważ nie wyjaśniła trzech elementów cenowych, a także nie wskazała metod, warunków, kosztów pracy i uzyskanej pomocy. Wykonawca nie złożył żadnych dowodów potwierdzających ogólne stwierdzenia zawarte w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny.

Zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum: FIRMA USŁUGOWO-HANDLOWA NATEZJA sp. j., ul. Raciborska 25G, 44-153 Trachy, Walpex W.H., ul. Raciborska 25G, 44-153 Trachy - ubiegającego się o rejonu 11.

Oferta konsorcjum powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 1 i art. 89 ust. 1 pkt. 8 z uwagi na przedstawienie ceny ofertowej, która nie spełnia wymogów prawa. Wartości liczbowe, które zostały przedstawione w formularzu ofertowym nie mogą zostać uznane za ceny, ponieważ nie posiadają oznaczenia nazwy jednostki pieniężnej (oznaczenia identyfikacji waluty). Pełna argumentacja prawna została przedstawiona w uzasadnieniu zarzutów odrzucenia oferty „Anka” i „2B” i pozostaje wiążąca również w odniesieniu do tego wykonawcy.

Zdaniem odwołującego, w związku z brakiem udowodnienia prawidłowości dokonanej kalkulacji ceny oferty oferta wykonawcy NATEZJA powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, z uwagi na to, że oferta przedstawia rażąco niską cenę, a złożone wyjaśnienia dotyczące najważniejszych składników cenotwórczych są lakoniczne, nieprzekonywujące i niepoparte żadnymi dowodami, które obrazowałyby ogólnikowe treści wskazane w wyjaśnieniach.

W odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty wykonawca przekazał bardzo ogólne wyjaśnienia, w które nie obalają istniejącego domniemania. W odpowiedzi wyjaśniał, że:



- jego oferta jest realna, nieodbiegająca od cen rynkowych, gwarantuje mu osiągnięcie zysku i utrzymanie rentowności. Poparciem tego stanowiska jest szereg wyroków sądowych i KIO, których sygnatury przytoczył.

Przytoczone orzecznictwo dotyczy zupełnie innych stanów faktycznych i nie może być dowodem, oraz stanowić uzasadnienia złożonych wyjaśnień w konkretnej sprawie. W ocenie odwołującego cena oferty jest nierealna i znacząco odbiega od cen rynkowych zarówno tych z lat poprzednich, jak i aktualnych. Oferta konsorcjum z ceną 3 996,00 zł jest ofertą z ceną rażąco niską. Biorąc pod uwagę sposób wykonania świadczenia, który polega na dużym zaangażowaniu pracy fizycznej nie sposób jest wykonać zamówienia za zaoferowaną cenę.

- zatrudnia 9 osób, które pracując 8 godz. dziennie x 3 zmiany wykonają nakład pracy 216 godzin, co przy założonej stawce 10,90 zł za godzinę ustala wartość pracy na poziomie 2 570,40 zł.

Tak złożona oferta jest niezgodna z obowiązującymi w Polsce przepisami z zakresu prawa pracy, jest ona niewiarygodna. W przypadku opadów śniegu przystanki muszą być odśnieżane nawet kilkakrotnie. Wykonawca ma obowiązek usunąć śnieg do 3 godz. od ustania opadów. 9-cio osobowy zespół, nawet przy uwzględnieniu jego ponadstandardowego zaangażowania nie jest w stanie sprostać temu zadaniu. Dziwi zatem okoliczność, że Zamawiający przyjął taką argumentację za wiarygodną, podczas, gdy zwykłe wyliczenie matematyczne obala prawdziwość twierdzeń w nim zawartych.

- posiada przewagę konkurencyjną ze względu na to, że świadczy usługi dla MZUK Gliwice oraz UM Gliwice w okresie letnim, co za tym idzie osoby, które tą pracę wykonują będą mogły być zaangażowane do zimowego utrzymania.

Wykorzystanie personelu zatrudnionego w okresie letnim do prac w okresie zimowym nie zapewnia przewagi konkurencyjnej, na którą się powołuje wykonawca. Płace pracowników to koszty bezpośrednie, które są zużywane na bieżąco, zatem argumentacja ta nie ma żadnego wpływu na możliwość obniżenia ceny

- obsługiwał również Gminę Pilchowice w czasie zimowego utrzymania dróg. Posiada zatem informacje istotne z punktu widzenia logistyki i planowania usług, a także przewidywania ich skali.

Zdaniem odwołującego, doświadczenie zdobyte w Gminie Pilchowice przez Pana W.H. przy wykonywaniu prac utrzymaniu dróg ciągnikiem opłuzonym nie jest tożsame z przedmiotem zamówienia. Pozyskane w wyniku tej realizacji doświadczenie na pewno nie

zapewnia mu przewagi konkurencyjnego na rynku. Pozostaje to także bez związku z logistyką wykonania prac w Gliwicach, planowaniem tych prac, a także przewidywaniem ich skali, w tym także opadów śniegu, który należy usunąć. Dla realizacji przedmiotu zamówienia należy dysponować fachową kadrą posiadającą wiedzę i umiejętność przewidzenia skali opadów śniegu na przełomie lat 2015-2017. Wiedzy takiej na pewno nie można było pozyskać wykonując usługę zimowego utrzymania dróg ciągnikiem w Pilchowicach.

- posiada doświadczenie, co pozwala mu oszacować cenę zamówienia.

Odwołujący podniósł, że firma nie udowodniła, że posiada doświadczenie, na które się powołuje.

- w sposób ciągły świadczy usługi, co zapewnia mu wykorzystanie sprzętu, który jest amortyzowany.

Odwołujący podniósł, że argument ten pozostaje bez związku z realizacją umowy, wobec czego nie ma wpływu na wycenę.

- ze względu na stałą współpracę uzyskuje korzystne rabaty od kontrahentów na konserwację.

Działanie może być uznane jedynie, jako oszczędność bieżąca. Zamówienie na zimowe utrzymanie dróg na terenie miasta Gliwice ma być realizowane w okresie od podpisania umowy do 30.04.2017 r. W tak długim okresie nie sposób przewidzieć cen usług za naprawy sprzętu, które będą się kształtować na rynku.

- dysponuje doświadczonym zespołem pracowników, a posiadane przez nich doświadczenie posiada na optymalne wykorzystanie ich czasu pracy.

Twierdzenie takie stoi w sprzeczności z ofertą spółki, z której wynika, że nie posiada ona doświadczenia w zimowym utrzymaniu przystanków. Do oferty stosownie do wymagań zamawiającego przedłożono poświadczenie z wykonania prac, które polegały na utrzymaniu dróg ciągnikiem opłuzonym. To zupełnie inne doświadczenie niż obsługa 373 przystanków. Należy dodać, że tym skromnym doświadczeniem dysponuje jedynie członek konsorcjum firma WALPEX. Brak doświadczenia w wykonywaniu tego rodzaju prac wynika wprost z oferty. Nieprawdą jest, że jego pracownicy mają ogromne doświadczenie, które uzyskali przy realizacji zamówienia w takim samym przedmiocie.

- zdaniem konsorcjum okolicznością korzystną jest lokalizacja bazy na terenie Gminy Sośnicowice.

Odnosząc się do przedstawionych w wyjaśnieniach argumentów, odwołujący zwrócił uwagę, że wszyscy wykonawcy ubiegający się o zamówienie dysponują podobną lokalizacją. Warunkiem przetargu było m.in. zapewnienie lokalizacji bazy sprzętowo- materiałowej, z której dojazd wynosi maksymalnie 60 min. Parametr ten więc pozostaje bez wpływu na warunki konkurencji w postępowaniu, w tym również na kształtowanie ceny. Wykonawca ten nie świadczył usług zimowego utrzymania przystanków, o które się ubiega.

Przedstawiona powyżej analiza jednoznacznie pokazuje, że konsorcjum nie udzieliło odpowiedzi na wezwanie w wymaganym zakresie. Złożone wyjaśnienia nawet w pewnych przypadkach są sprzeczne z treścią oferty. Wykonawca oświadczył, że ma doświadczenie, które nie znajduje potwierdzenia w ofercie. Wykonawca udzielając wyjaśnień powinien przede wszystkim wskazać na ponoszone przez siebie w związku z realizacją zamówienia i ujęte w ofercie koszty. Takim kosztem w przypadku realizacji tego zamówienia jest użycie sprzętu tj. 2 samochodów ciężarowych do 3,5 t oraz jednostki pływającej, a także środków uszorstniających do likwidacji oblodzeń. Wykonawca, w swoich wyjaśnieniach pominął całkowicie koszty dyspozycyjności, komunikacji, ubezpieczeń, dyżurów, odzieży roboczej, podręcznych narzędzi. Jest to główny i niezbędny element wyjaśnień. Nie przedstawiono żadnych obliczeń czy kalkulacji, które mogłyby pokazać, w jaki sposób obliczono cenę oferty.

Zakład Usług Drogowych i Komunalnych DROMAR M.K., ul. Gliwicka 25, 44-145 Stanica - ubiegający się o rejon 1, 2, 7, 9,12.

Oferta wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 lub art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, z uwagi na przedstawienie ceny ofertowej, która nie spełnia wymogów prawa. Wartości liczbowe w formularzu ofertowym dla rejonu 12 przedstawione w ofercie nie mogą zostać uznane za ceny, ponieważ nie posiadają oznaczenia nazwy jednostki pieniężnej [oznaczenia identyfikacji waluty). W konsekwencji nie ma możliwości zsumowania liczb i cen tak, aby uzyskać cenę (dwa różne wyrażenia nie sumują się). W konsekwencji wada oferty w postaci braku podania ceny nie może skutkować dokonaniem jakiegokolwiek poprawy w jej treści. Pełna argumentacja prawna została przedstawiona w I części uzasadnienia odwołania i pozostaje wiążąca również w odniesieniu do tego wykonawcy w zakresie istnienia podstaw, co do wadliwie sporządzonej oferty w zakresie wypełnienia formularza cenowego (rejon 12).

Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie

posiadania wiedzy i doświadczenia.

Zdaniem odwołującego, czynność wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, była dokonana przez zamawiającego wadliwie z uwagi na okoliczność, że pierwotnie załączone do oferty dokumenty są dokumentami nieprawdziwymi. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem w przypadku nieprawdziwych informacji nie jest możliwe zastosowanie wezwania do uzupełnienia dokumentów celem zmiany, uzupełnienia lub poprawy wadliwie załączonych do oferty informacji, z którym musi wynikać spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Jak wynika z załączonego do ofert poświadczenia wykonana usług wymagane doświadczenie firma DROMAR uzyskała realizując zamówienie na rzecz firmy FBSerwis S.A. poprzez zimowe utrzymanie odcinka autostrady A1 na odcinku od węzła Sośnica (bez węzła) do granicy państwa z Republiką Czeską w miejscowości Gorzyczki. Z dostępnych informacji publicznych można ustalić, że przywołany odcinek autostrady jest utrzymywany w systemie „utrzymaj standard” przez konsorcjum firm Budimex Budownictwo Sp. z o.o., oraz Ferroval Servicios S.A. Firma FBSerwis S.A., która wystawiła poświadczenie jest jedynie zatwierdzonym podwykonawcą konsorcjum. Zarządca GDDKiA Oddział Katowice w udzielonej odpowiedzi oświadczyła, że firma DROMAR M.K. nie jest zgłoszony, jako podwykonawca i nie wykonuje żadnych robót, ani usług w systemie „utrzymaj standard” na tym odcinku autostrady. Tożsamą odpowiedź udzielono na pytanie innego podmiotu. Odpowiedzi udzielone przez ostatecznego odbiorcę usług wykonywane na tym odcinku autostrady mogą oznaczać, że wykonawca ten przedstawił nieprawdziwy wykaz wraz z poświadczeniem, co w konsekwencji w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, winno skutkować wykluczeniem go z postępowania z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Ponadto, umowa realizowana dla GDDKiA jest realizowana w systemie „utrzymaj standard”, która jest realizowana przez konsorcjum firm. Jak wynika z załączonego do oferty poświadczenia wykonania usług firma DROMAR M.K. wykonała jedynie część kompleksowego świadczenia. Z załączonego poświadczenia nie wynika jednak, jaki zakres i charakter miało to poświadczenie i czy jest to zgodne z wymaganiami podmiotowymi zamówienia, o które obecnie ubiega się firma DROMAR. Jak wynika z korespondencji przekazanej przez GDDKiA umowa o podwykonawstwo zawarta została niezgodnie z regulacjami zawartymi w ustawie Pzp. Realizując część zamówienia z całości zamówienia w systemie „utrzymaj standard” bez ustalenia zakresu nie jest możliwe uznanie, że zamówienie podwykonawcy to wyodrębnione zamówienie, którego opis przedmiotu zamówienia odpowiada warunkom postawionym w s.i.w.z. Mogłyby to być jedynie świadczenia powiązane z przedmiotem zamówienia. W nowych wykazach (uzupełnionych na wezwanie zamawiającego) wykonawca ujawnił również wartość świadczenia, jakie wykonał

dla FBSerwis S.A. Wartość prac rzekomo wykonanych w ciągu sezonu zimowego 2014/2015 na pow. 1198 988 m<sup>2</sup> wynosiła 15 000,00 zł. Zdaniem odwołującego, oświadczenie dokumentujące te prace, a także wykaz to najprawdopodobniej oświadczenia nieprawdziwe. Odnosząc wartość rzekomego świadczenia za cały sezon w wysokości 15 000,00 zł do wartości świadczenia za 1 dobę zimowego utrzymania na porównywalnej powierzchni, o którą ubiega się wykonawca tj. dla rejonów 1, 2, 7 i 9 to jego oferta wynosi 34 908,00 zł brutto za dobę. Już samo porównanie tych kwot pokazuje, że poświadczenie wystawione przez firmę FBSerwis to fikcyjne oświadczenie, którego celem jest uprawdopodobnienie doświadczenia. To również pokazuje, że wykazane przez niego poświadczenie w tym zakresie jest nieporównywalne z przedmiotem zamówienia i usługą, o którą się ubiega wykonawca. Zdaniem odwołującego, wykonawca ma świadomość, że informacje te są weryfikowane przez innych uczestników postępowania. Dlatego też dokonał uzupełnienia oferty poprzez użyczenie doświadczenia, jak również marginalne doświadczenie własne. Przy czym zebrane doświadczenie uzupełnił na rejonach, na których spodziewał się pozytywnego dla siebie rozstrzygnięcia. Najprawdopodobniej zabieg taki został wykonany jedynie w celu wytrącenia innym wykonawcom możliwości podnoszenia zarzutu złożenia w ofercie nieprawdziwej informacji z uwagi na brzmienie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego również uzupełnione na wezwanie dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Dla rejonu II wykonawca posłużył się zobowiązaniem podmiotu trzeciego firmy FENIKS GT Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Lipowej 19a, 44-207 Rybnik. Jak wynika z załączonego doświadczenia firma FENIKS GT była członkiem konsorcjum, która zrealizowała kontrakt pn „Bieżące utrzymanie (letnie i zimowe) dróg wojewódzkich w powiecie wodzisławskim w okresie od 01.11.2012 do 31.10.2015 r.”. „Poświadczenie” wystawił lider konsorcjum. Już sama ta okoliczność stanowi brak prawidłowego potwierdzenia należytego wykonania usługi, bowiem poświadczenie winno być wystawione przez podmiot, na rzecz którego była realizowana usługa. W tym przypadku takie poświadczenie mogło zostać wystawione na konsorcjum lub na każdy z podmiotów je tworzących. Przepisy rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. dopuszczają poświadczenie za pomocą oświadczenia własnego wykonawcy tylko wtedy, gdy z uzasadnionych przyczyn o obiektywnych charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia. Tak więc dokument wystawiony przez Przedsiębiorstwo Remontowo Utrzymaniuowe i Sprzętowo Projektowe DOMINIK F.E. na rzecz FENIKS GT - członka tego konsorcjum jest oświadczeniem wykonawcy, a konsorcjum faktycznie sobie samemu poświadczyło należyłą realizację zlecenia. W konsekwencji złożony dokument nie mógł zgodnie z przepisami zostać zatytułowany „Poświadczenie”, a „oświadczenie”. Przepisy rozporządzenia nie przewidują formy Poświadczenia - jako informacji własnej wykonawcy.

Jak wynika z treści tego dokumentu, a także z ogłoszenia o udzieleniu zamówienia na „*Bieżące utrzymanie (letnie i zimowe) dróg wojewódzkich w powiecie wodzisławskim w okresie od 01.11.2012 do 31.10.2015 r.*” termin tego zamówienia kończył się w dniu 31.10.2015 r. (termin składania ofert był 15.10.2015 r.). Zgodnie z rozporządzeniem w przypadku gdy poświadczenie odnosi się do nadal wykonywanych usług okresowych lub ciągłych poświadczenie powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące od daty składania ofert. Datowane więc powinno być nie wcześniej niż na 14.07.2015 r. Tymczasem załączony dokument nie zawiera w ogóle daty. Termin zakończenia omawianego zamówienia upłynął w dniu 31.10.2015 r., a więc dwa tygodnie po terminie składania ofert, który był 15.10.2015 r. Poświadczenie zaś obejmuje pełen okres realizacji umowy tj. do 31.10.2015 r. oraz pełną wartość zamówienia. Tak więc już sama treść tego dokumentu rodzi wątpliwości co do wiarygodności zawartych tam informacji, zakresu i sposobu realizowania usług.

Oferta wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, z uwagi na to, że oferta przedstawia rażąco niską cenę w stosunku do średniej złożonych ofert, a złożone wyjaśnienia nie obaliły istniejącego domniemania.

W odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia trzech elementów oferty wykonawca przekazał bardzo ogólne i bezwartościowe wyjaśnienia, w których powołał się na następujące czynniki, które jego zdaniem wpłynęły na wysokość ceny oferty. W odpowiedzi wyjaśniał, że jest to wynikiem oszczędnej metody wykonania zamówienia, a w szczególności: doświadczenia pracowników; bardzo dobrej znajomości sposobu wykonania zadań; bardzo dobrej znajomości terenu objętego zamówieniem tj. lokalizacji ulic, wyłączeń i włączeń, skrzyżowań, parkingów. Dodatkowo wyjaśnił, że w oparciu o te czynniki jest w stanie świadomie unikać zatorów w ciągach komunikacyjnych, zna zasady działania komunikacji miejskiej, lokalizacji miejsc publicznych, śledzi harmonogram masowych imprez, wydarzenia odbywające się w mieście, podchodzi do zadań łącząc określone schematy działań związanych z technologią i elastycznym podejściem do wydarzeń w ciągach komunikacyjnych. Oszczędności uzyskuje z przemyślanej organizacji zadań, czy też z pojedynczych przejazdów. Działania wykonywane przez pracowników, którzy mają ogromne doświadczenie i uzyskali je w tym samym terenie, co działania objęte zamówieniem są w znaczący sposób lepiej wykonywane, skutecznie i oszczędniej.

Odnosząc się do przedstawionych w wyjaśnieniach argumentów, zdaniem odwołującego, jest oczywistym, że w każdej sytuacji wykonawca, a nawet poszczególni kierownicy kierując się zdrowym rozsądkiem unikają świadomie zatorów. To rutynowe działanie i trudno uznać

za szczególną metodę wykonania zamówienia. Zasady działania komunikacji miejskiej w Gliwicach, czy też lokalizacja miejsc publicznych, skrzyżowań, parkingów nie są tajemnicą dostępną wyłącznie dla wykonawcy DROMAR. Ta niezwykła wiedza, którą posiadał w tym zakresie, nie tworzy więc przewagi konkurencyjnej w stosunku do innych wykonawców, którzy również mogą bez trudu ją pozyskać. Śledzenie na bieżąco harmonogramu imprez masowych, czy wydarzeń odbywających się w mieście pozostaje bez związku z przedmiotem zamówienia. W przypadku zaś powoływania się na doświadczenie pracowników to należy uznać, że ten zasób jest również w posiadaniu innych wykonawców, gdyż warunkiem uczestnictwa w postępowaniu jest m.in. posiadanie takiego doświadczenia. Ponadto należy zwrócić uwagę, że doświadczeni pracownicy mogą pomóc w lepszej organizacji pracy, jednak z uwagi na swoje doświadczenie oczekują wyższego wynagrodzenia, co w konsekwencji przedkłada się na wyższe koszty usługi. Jak wynika z oferty firma DROMAR posiada niewielkie własne doświadczenie w wykonywaniu prac związanych z zimowym utrzymaniem dróg, co powoduje, że w tym zakresie nie posiada przewagi konkurencyjnej. Wykonawca ten nie świadczył usług zimowego utrzymania na żadnym z rejonów, o które się ubiega. Nieprawdą, więc jest, że jego pracownicy mają ogromne doświadczenie, które uzyskali na tym samym terenie, co działania objęte zamówieniem. W przypadku rejonu 2 usługę wykonywała firma ZUKTZ J.W..

- korzysta z wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia, jakie są jemu dostępne. W tym zakresie wskazał: bliską lokalizację bazy, która pozwala mu na zmniejszenie kosztów, czasu dojazdu i szybkość reakcji, doświadczenie z prac wykonywanych na terenie miasta oraz dysponuje doświadczonymi, chętnymi i zapałem do pracy pracownikami.

Odnosząc się do przedstawionych w wyjaśnieniach argumentów należy zwrócić uwagę, że wszyscy wykonawcy ubiegający się o zamówienie dysponują podobną lokalizacją i pracownikami z "zapałem" do pracy. Warunkiem przetargu było m.in. zapewnienie lokalizacji bazy sprzętowo-materiałowej, z której dojazd wynosi maksymalnie 60 min. Parametr ten więc pozostaje bez wpływu na warunki konkurencji w postępowaniu, w tym również na kształtowanie ceny. Szybki czas reakcji nie jest elementem, który ma wpływ na cenę, jest niezależnym kryterium w postępowaniu. Zapał i chętni pracownicy, aczkolwiek pożądati również pozostają bez związku z wyceną realizacji zamówienia. W tym zakresie bardzo trudno jest ustalić wartość zapału i chęci, a w szczególności wpływ "zapału" na kształtowanie się cen ofertowych. Wykonawca ten nie świadczył usług zimowego utrzymania na żadnym z rejonów, o które się ubiega. Nieprawdą więc jest, że jego pracownicy mają ogromne doświadczenie, które uzyskali na tym samym terenie co działania objęte

zamówieniem. W przypadku rejonu 2 usługę wykonywała firma ZUKTZ J.W.. W związku z tym wykonawca ten nie posiadając doświadczenia nie może powoływać się, że posiada w tym zakresie przewagę nad innymi wykonawcami.

- koszty pracy ma niskie i zgodne z ustawą o minimalnym wynagrodzeniu. Wynika to z tego, że firma zatrudnia 12 osobową kadrę zatrudnioną na umowę o pracę i nie posiada rozbudowanego działu administracji.

Z treści wyjaśnień można również ustalić, że stawka roboczogodziny operatora pługa wynosi 25 zł na godzinę, przy czym nie wiadomo czy jest to wynagrodzenie netto, czy brutto. W zaoferowanych cenach koszty pracy to nie tylko stawka roboczogodziny, ale przede wszystkim informacja o nakładach, jakie założono w wycenie. Ustalenie realnych kosztów pracy jest możliwe jedynie z uwzględnieniem warunków ich wykonania oraz całości procesów technologicznych i organizacyjnych. Stawka roboczogodziny nie oddaje tej informacji, to jedynie założenie kalkulacyjne, a nie koszt pracy. W zakresie kosztów pracy wyjaśnień nie udzielono, pomimo bezpośredniego pytania o ich poziom.

- wykonawca wskazał, że: jest w stanie nabyć paliwo tańsze niż w ubiegłych latach.

Ta okoliczność jest dostępna wszystkim konsumentom na rynku z uwagi na okresowy spadek cen paliwa i bez wątpienia brana jest pod uwagę przez wszystkich oferentów, a mimo wszystko cena kwestionowanej oferty odbiega od średniej cen pozostałych złożonych ofert, dysponuje materiałami uszorstniającymi, które kupuje u dostawcy po korzystnych cenach, wycenił zamówienie w sposób taki, że przewidział również narzuty na odpowiednim poziomie gwarantujące osiągnięcie zysku.

Odnosząc się szczegółowo do poszczególnych elementów oferty wykonawca przedstawił metody wykonania zamówienia dla poszczególnych zadań. Rejon 12 - przejazd alarmowy.

W zakresie tego zadania do jego realizacji wymagany jest: całodobowy punkt dyspozytorski gwarantujący łączność z zamawiającym i pomiędzy poszczególnymi jednostkami, gotowość do pracy we wszystkie dni trwania umowy, środki chemiczne do usuwania śliskości, środki techniczne w postaci minimum 3 jednostek, w tym 1 pojazd o DMC o min. 3,5 t z piaskarką nie większą niż 1,5 m<sup>3</sup>, 1 pojazd o DMC o min. 3,5 t z piaskarką o poj. min. 1,5 m<sup>3</sup> a max 4 m<sup>3</sup> oraz 1 pojazd o DMC o min.3,5 t z piaskarką o poj. min. 7 m<sup>3</sup>. Przejazd alarmowy obejmuje odśnieżenie oraz zabezpieczenie przed śliskością max. 5 lokalizacji o maksymalnej pow. 5 000 m<sup>2</sup>. Wykonawca kalkulując obowiązki i zakres prac wyjaśnił, że koszt pracy sprzętu na jedną godzinę składa się z: paliwo 70,00 zł, praca sprzętu 60,00 zł, materiał



(środki uszorstniające i chemiczne) 100,00 zł. Razem koszt 1 godz. wynosi 230,00 zł. Określił również nakłady takiego przejazdu alarmowego uznając, że wykonanie jednorazowego działania wyniesie maksymalnie 2 godz., co oznacza koszt świadczenia na poziomie 460,00 zł.

W ocenie odwołującego, przedstawiona kalkulacja nie wyjaśnia czy przedstawione ceny to wartość netto, czy brutto. Wykonawca ten również poprzez ustalenie różnicy pomiędzy ceną świadczenia, która wynosi 477,00 zł brutto, a omawianym kosztem wskazał, że jego zysk z jednej interwencji to 17,00 zł. Opisując sposób, w jaki to wykona wyjaśnił, że pojazdy będą wykorzystywane również do innych zamówień, samą zaś pracę wykona osobiście właściciel firmy, bez dodatkowych kosztów zatrudnienia i opłacenia pracownika. Na takie rozwiązanie pozwalają mu uprawnienia i doświadczenie. Dyżur dyspozytorski będzie pełnił osobiście właściciel firmy będąc całą dobę pod telefonem. Opisana metoda nie gwarantuje należytego wykonania świadczenia z uwagi na fakt, że nie uwzględniono w wycenie kosztów pracy pracownika, który wydaje się być niezbędny z uwagi na fakt, że do realizacji zadania przewidziano 3 pojazdy, usługa musi być wykonywana przez 24 godziny, wymagana jest 24 godzinna dyspozycyjność, a także niezależny dyżur dyspozytora. Z uwagi na te okoliczności nie wydaje się możliwe by właściciel firmy, nawet z olbrzymim doświadczeniem i uprawnieniami mógł sam wykonać te wszystkie obowiązki i zapisany zakres. Wskazany przez wykonawcę zysk w wysokości 17,00 zł nie jest płacą za pracę pracownika. Zysk przedsiębiorcy to wynagrodzenie za jego działalność gospodarczą. Jak wynika z wyjaśnień stawka roboczogodziny wynosi 25,00 zł co w przypadku 2 godz. nakładu pracy daje niedobór w wycenie w wysokości 50,00 zł. Należy również wskazać, że przedstawiona kalkulacja jest niepełna, ponieważ nie zawiera następujących nakładów kosztów: kosztów dyspozytora; całodobowej gotowości do działania pracowników - dyżurów; gotowości do działania sprzętu; kosztów składowania materiałów szorstkich; amortyzacji sprzętu; kosztów załadunku materiałów szorstkich; ubezpieczeń i ryzyk, kosztów zaplecza technicznego; kosztów środków telekomunikacyjnych wymaganych do realizacji zamówienia typu telefon, faks, e-mail; kosztów pracy i wielu innych. Wskazana kalkulacja jest również błędna w zakresie ustalenia kosztów środków uszorstniających i chemicznych. Środki uszorstniające i chemiczne z uwagi na swój charakter zawsze kalkulowane są w jednostkach miary typu dawka na m<sup>2</sup>, m<sup>3</sup>, t, itp. Nie są kalkulowane w jednostce czasu - na godz., tak jak to zaprezentował wykonawca. Wskazane uchybienia dowodzą braku doświadczenia i całkowitej nieznamomości zasad związanych z usługą zimowego utrzymania.

Dodatkowo powyższa argumentacja w sposób jednoznaczny pokazuje, że wykonawca popełnił błąd w obliczeniu ceny, bowiem jego cena nie zawiera wszystkich niezbędnych

elementów do wykonania przedmiotu zamówienia, przez co dodatkowo oferta podlega odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Podobne uwagi można wnieść w zakresie oceny metod przewidzianych w zakresie realizacji rejonu 7 i 9. Firma DROMAR ubiegała się łącznie o 5 rejonów, na które wymagane jest 12 pojazdów spełniających funkcję pługopiaskarki oraz 2 koparkoładowarki. Pojazdy te mają pracować w przypadku warunków zimowych 24 godziny. Zgodnie ze złożonymi wyjaśnieniami firma Pana M.K. zatrudnia 12 osobową kadrę, w tym 1 osoba odpowiedzialna jest za bieżącą organizację zamówień i koordynację prac. Liczba personelu jest więc niewystarczająca do obsługi wymaganego sprzętu w zakresie jednej zmiany. Należy pamiętać, że kierowca nie może być zatrudniony 24 godz. na dobę. Czas pracy kierowców jest regulowany przez przepisy dotyczące normy czasu pracy. Praca kierowcy nie może trwać dłużej niż 9 godz. w okresie doby. Ponadto należy zwrócić również uwagę, że w wyjaśnieniach w przypadku rejonu 12 wykonawca ujawnił, że zamierza wykorzystać sprzęt nieodpowiadający warunkom zapisanym w s.i.w.z., co oznacza, że jego oferta w tym zakresie jest sprzeczna z zamysłem zamawiającego. W przypadku przejazdu alarmowego pojazdy wykorzystywane do tego działania zostały określone jako DMC min. 3,5 t, wykonawca zaś skalkulował cenę w oparciu o pojazdy do 3,5 t oraz powyżej 3,5 t. To zupełnie inne parametry. Wszystkie podniesione uchybienia wskazują, że przyjęta metoda wykonania zamówienia jest niewiarygodna, nierealna, oderwana od rzeczywistości, obciążona ryzykiem naruszenie przepisów prawa pracy i innych. Pozostałe wskazane przez wykonawcę elementy to okoliczności ogólne informujące raczej o sposobie funkcjonowania przedsiębiorstwa, nie wyjaśniają konkretnych elementów oferty o które pytał zamawiający w wezwaniu. Zamawiający wzywał do wyjaśnienia wysokości cen w zakresie prowadzenia akcji zima na ulicach I kolejności rejon 7, 9, 12. W zakresie tych elementów wyceny wykonawca nie przedstawił żadnych wyjaśnień pomimo, że zamawiający precyzyjnie wskazał w wezwaniu, o które elementy chodzi i dlaczego budzą jego wątpliwości. W swoich wyjaśnieniach nie ujawnił również, żadnych wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia, dostępnych dla niego. Wskazane przez niego czynniki są dostępne również powszechnie dla innych przedsiębiorców. Inni wykonawcy również posiadają podobną wiedzę i w podobny sposób gospodarują. To normalne ekonomiczne działanie, które nie można uznać za wyjątkowe sprzyjające warunki. Wykonawca był również wezwany do ujawnienia kosztów pracy. W tym zakresie w ogóle nie udzielono odpowiedzi, poprzestając jedynie na informacji o zastosowanej stawce roboczogodziny. Roboczogodzina to nie koszty pracy, które przedsiębiorca ponosi w związku z prowadzoną działalnością. Koszty pracy to przede wszystkim wynagrodzenia i świadczenia bezpośrednio dla pracowników (płace i ich opodatkowanie, nagrody). Płace to nakłady godzinowe na wykonanie danej pracy wraz z ich

wartością. Za takie koszty należy również uznać wynagrodzenia i świadczenia pośrednie (odszkodowania, składka ubezpieczeniowa, podróże służbowe, dojazdy do pracy, BHP). Kosztami pracy jest również zarządzanie personelem, a więc wydatki na doskonalenie personelu, rekrutację, selekcję, działalność socjalną. Wyżej wskazane składniki to koszty pracy. Zakres ten więc jest dużo szerszy niż stawka roboczogodziny, która jest jedynie jednym z elementów, który nie wyjaśnia stawianych przez zamawiającego zarzutów. Zamawiający wzywał do wyjaśnienia m.in. składników cenotwórczych kosztów pracy, których wykonawca nie wyjaśnił. Przy pomocy tak lakonicznej informacji nie sposób stwierdzić, czy wykonawca uwzględnił w swych cenach podatki, świadczenia socjalne i ubezpieczeniowe, prognozy w zakresie zmiany minimalnego wynagrodzenia. Wykonawca również nie wskazał i nie udowodnił, że korzysta z pomocy publicznej, która mogła by mieć wpływ na poziom zaoferowanej ceny.

Zdaniem odwołującego, przedstawiona analiza jednoznacznie pokazuje, że wykonawca nie udzielił odpowiedzi na wezwanie w wymaganym zakresie, ponieważ nie wyjaśniła trzech elementów cenowych, a także nie wskazała metod, warunków, kosztów pracy i uzyskanej pomocy, które uzasadniałyby poziom zaoferowanej ceny. Wykonawca nie przedstawił również dowodów na poparcie swoich wyjaśnień. Złożone wyjaśnienia nawet w pewnych przypadkach są sprzeczne z treścią oferty. Wykonawca udzielając wyjaśnień powinien przede wszystkim wskazać na ponoszone przez siebie w związku z realizacją zamówienia i ujęte w ofercie koszty. Jest to główny i niezbędny element wyjaśnień. Wykonawca przedstawił lakoniczne kalkulacje, które nie mogły pomóc w ustaleniu wartości koniecznych wydatków, a w dalszej kolejności również kwot oszczędności, na które się powołuje. Znaczna różnicach w cenach powinna znaleźć uzasadnienie w złożonych wyjaśnieniach, a tak nie jest. W tym świetle oferta wykonawcy musi być uznana za ofertę z rażąco niską cenę, która stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

#### Niewłaściwy sposób przydziału punktów w ramach kryterium Cena.

Zdaniem odwołującego, zamawiający nie podstawiał do wzoru cen, lecz wartość wynikającą z sumy cen, które powinny podlegać osobno ocenie. Zamawiający błędnie poddał ocenie wartość łączną (sumę cen) ryczałtowego wynagrodzenia za jedną dobę dla różnych wariantów świadczenia, a nie oferowane przez wykonawców ceny w odniesieniu do wymaganych zakresów. Wzięta pod ocenę i punktację wartość łączna (suma cen) ryczałtowego wynagrodzenia nie jest ceną za towar i usługę. To suma łączna wynagrodzeń za dobę różnych alternatywnych wariantów wykonania prac, które łącznie nigdy nie nastąpią.

Wartość ta nie jest więc ceną bowiem nie odnosi do zakresu stanowiącego przedmiot zamówienia i nigdy nie będzie brana pod uwagę przy rozliczaniu usługi. Składniki wchodzące w wycenę wartości łącznej (które zamawiający poddał ocenie w ramach kryterium ceny), to wycena wykonania różnych niezwiązanych ze sobą prac na obszarze całego rejonu lub w jego części, w różnych wariantach wynikających z warunków pogodowych, które wykluczają się, co oznacza, że zlecenie wykonania jednego z zakresów wyklucza możliwość zlecenia innego zakresu na tym samym obszarze. Decyzja, co do zakresu świadczenia jest uzależniona od jego faktycznych potrzeb podyktowanych aktualnymi warunkami pogodowymi. Zamawiający w s.i.w.z. nigdzie nie wskazał, że dla oceny ofert w ramach kryterium cena dokona sumowania cen za poszczególne warianty i tak uzyskany wynik podstawia do wzoru. W ogłoszeniu i w s.i.w.z. mowa jest wyłącznie o cenie, która będzie podlegała punktacji. Zapisano, że *„oferta będzie oceniana w odniesieniu do najkorzystniejszych warunków przedstawionych przez wykonawców w zakresie danego kryterium”*. Poszczególne składniki oferty będą punktowane w taki sposób: *„oferta spełniająca w najwyższym stopniu wyżej wymienione kryterium otrzyma maksymalną liczbę punktów”*. Dopiero po przypisaniu odpowiedniej ilości punktów nastąpi zsumowanie poszczególnych elementów oferty. O takim postępowaniu przesądza pkt. 18.4 s.i.w.z. *„za ofertę najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, która w sumie uzyska najwyższą liczbę punktów”*. Zamawiający wbrew tak określonym zasadom dokonał zsumowania cen, a nie ich punktów czym spowodował istotną zmianę we wcześniej ustalonym kryterium oceny ofert. W konsekwencji zastosowany przez zamawiającego sposób oceny ofert nie prowadzi do wyboru najkorzystniejszej oferty. Cena jaką zamawiający przyjął do obliczenia punktów nie jest odnośnikiem ekonomicznej wartości wykonania usługi, a poddanie ocenie łącznej wartości wypacza wynik przetargu. Uznanie wartości łącznej, sumy cen za wartość ofertową to zaakceptowanie podwójnego wynagrodzenia za te same prace w zakresie ulic I kolejności. To zdublowanie wynagrodzenie nie jest odnośnikiem ekonomicznej wartości wykonania usługi i nie prowadzi do wyboru najkorzystniejszej oferty. Przyjęcie założenia, że kryterium oceny ofert miałyby stanowić suma cen za różne usługi, pozostaje w sprzeczności z art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, bowiem taka zsumowana wartość w żaden sposób nie jest powiązana z przedmiotem zamówienia. Kryteria oceny ofert muszą odnosić się do przedmiotu zamówienia, a „wartość łączna” takim kryterium z uwagi na swoją alternatywność nie jest.

Potwierdzeniem stanowiska, iż zamawiający uznawał za ceny - nie zsumowane wartości, ale ceny za wykonywane usługi - jest również projekt umowy (załącznik nr 4). W projekcie tym w § 6 nie przewidziano jakiegokolwiek możliwości zastosowania "ceny łącznej". Również poprzez te postanowienia zamawiający dał w sposób oczywisty wyraz, w jaki sposób należy rozumieć „CENĘ” w tym postępowaniu, a zmiana stanowiska nastąpiła dopiero po otwarciu

ofert. Należy zaznaczyć, że w § 6 ust. 3 załącznika nr 4 zamawiający wskazał: *„Wynagrodzenie całkowite za wykonane usługi stanowić będzie iloczyn ilości dób w których prowadzone były usługi zgodnie z zestawieniem miesięcznym i CENY RYCZAŁTOWE BRUTTO za jedną dobę powadzenia Akcji Zima określoną w pkt. 2 przy czym wartość całkowitego wynagrodzenia za jeden sezon zimowy nie może przekroczyć kwoty.... Brutto.”* Rozliczenie pomiędzy stronami będzie odbywać się w oparciu o podane w formularzu ofertowym ceny: doby prowadzenia akcji zima w danym rejonie lub doby prowadzenia akcji zima w danym rejonie (a) - ulice 1 kolejności lub doby prowadzenia akcji zima w danym rejonie - ulice 1 kolejności lub zimowy przejazd alarmowy. Tak więc ceną jest cena poszczególnych zakresów (doby prowadzenia akcji, jednego przejazdu - rejon I, II, przejazdu alarmowego - rejon XII) i to te wartości winny być podstawione do wzoru. Sam zamawiający dokonując badania złożonych ofert wzywał poszczególnych wykonawców do składania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny powołując jako „cenę” i przyrównując ją do cen innych wykonawców, „cenę” za rodzaj wykonywanych czynności a nie „wartość łączną”. Również takie rozumienie ceny wynika z praktyki realizowania usługi u samego zamawiającego. Wskazać należy, że wykonawca Dromar składając wyjaśnienia na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, podparł się danymi zamawiającego w zakresie zleczanych usług w sezonach 2013/2014 z których wynika, że wykonuje się jeden określony zakres usługi.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, że zamawiający w sposób wadliwy przyznał punkty w kryterium cena. Pojęcie ceny kilkakrotnie powtarzane w ustawie Pzp musi być za każdym razem rozumiane tak samo. Zamawiający zaś odmiennie rozumie pojęcie cena z art. 90 ust. 1 pzp - gdzie w przypadku wezwania ceną dla Niego jest cena za jeden rodzaj czynności, inaczej rozumie pojęcie ceny z art. 91 ust. 2 - gdzie w kryterium uznaje, że ceną jest suma cen za poszczególne rodzaje czynności. Dla prawidłowości oceny ofert zamawiający winien przedzielić punkty za kryterium cena - przyjmując rzeczywistą cenę realizacji przedmiotu zamówienia.

W przypadku odmiennego stanowiska Zamawiającego na tym etapie postępowania, a nie wyartykułowanego w s.i.w.z., należy uznać, że przedmiotowe postępowanie obarczone jest wadą w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 91 ust. 2 w związku z art. 36 ust. 1 pkt. 13 ustawy Pzp, bowiem w s.i.w.z. nie ma nigdzie informacji, że za kryterium oceny ofert należy uznać „wartość łączną” za wszystkie możliwe warianty wykonywania usługi, co z resztą miałyby się nijak do ceny, jaką zamawiający zapłaci za przedmiot zamówienia.

Zmawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego skuteczne przystąpienie zgłosili:

- A.B. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Anka Firma Handlowo-Produkcyjno-Usługowa A.B., ul. Daszyńskiego 449, 44-151 Gliwice,
- Zakład Robót Drogowych ORFIN Sp. z o.o. Sp. K., ul. Sikorskiego 5A, 41-922 Radzionków,
- M.K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Drogowych i Komunalnych "DROMAR" M.K., ul. Gliwicka 25, 44-145 Stanica,
- Remondis Gliwice Sp. z o.o., ul. Kaszubska 2, 44-100 Gliwice.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie, w części, zasługuje na uwzględnienie. W części, w której Izba nie uwzględniła zarzutów odwołania, odwołanie podlegało oddaleniu.

Krajowa Izba Odwoławcza rozstrzygając przedmiotowe odwołanie, dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania, tj. treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, treści ofert, treści wezwań kierowanych przez zamawiającego oraz udzielonych przez wykonawców odpowiedzi oraz dokumentów zgłoszonych przez odwołującego i przystępujących w ramach pism procesowych, jak i na rozprawie.

Izba uwzględniła odwołanie na podstawie przepisu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż stwierdzone przez Izbę naruszenia przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych, mają

wpływ na wynik prowadzonego postępowania, w zakresie rejonów wskazanych w sentencji orzeczenia.

Izba rozpoznała przedmiotowe odwołanie w zakresie zarzutów podniesionych w treści odwołania, zgodnie z przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp.

Na wstępie (uwaga ogólna), Izba stwierdziła, że zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w zakresie kryteriów oceny ofert podał, że przy wyborze oferty będzie kierował się następującymi kryteriami i ich znaczeniem:

- cena – 90%,
- czas dojazdu do rejonu – 10%.

Zamawiający, w treści oferty, żądał podania ceny całkowitej, która obejmowała:

- cenę za dobę prowadzenia akcji zima w rejonie (...),
- cenę za dobę prowadzenia akcji zima – ulice 1 kolejności,
- cenę za dobę prowadzenia akcji zima w rejonie (...) a,

która z kolei była przedmiotem oceny, w ramach kryteriów oceny ofert.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej cena całkowita oferty, była żądana przez zamawiającego, jedynie w celu dokonania porównania ofert i przydzielenia im punktów w ramach kryterium „cena”. Powyższa okoliczność wynika bezpośrednio z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający bowiem, w żadnym innym miejscu dokumentacji postępowania nie wskazał, dlaczego żąda podania takiej wartości (ceny całkowitej). Jak wynika natomiast z treści wzoru umowy, zamawiający każdy element wyceniony w ofercie przez wykonawców, będzie rozliczał oddzielnie. Powyższe prowadzi zatem do wniosku, że każdy odrębny przedmiot wyceny, stanowi osobną, integralną część przedmiotu zamówienia, który musi być w taki sposób wyceniony, aby wykonawca świadczący daną usługę nie ponosił strat, a wręcz aby świadczona usługa przynosiła mu zysk. Tym samym, każdy z wykonawców był zobowiązany do oszacowania kosztów świadczenia usługi dla akcji zima w danym rejonie – 1 kolejności odśnieżania, odśnieżania przystanków, wyjazdów awaryjnych - w sposób gwarantujący prawidłowe wykonanie usługi.

Oдноśnie zarzutów odwołującego dotyczących **rejonu I, V, VI, X** i dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Firma Handlowa Produkcyjno-Usługowa ANKA A.B., 44-151 Gliwice, ul. Daszyńskiego 449 [dalej „**ANKA**”), oraz zaniechaniem wykluczenia tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3), art. 24 ust. 2 pkt 4), odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1), art. 89 ust. 1 pkt 2), art. 89 ust. 1 pkt 3), art. 89 ust. 1 pkt 4), art. 89 ust. 1 pkt 8) w związku z art. 90 ust. 1, art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, oraz oдноśnie zarzutów odwołującego dotyczących **rejonu IX i XII** i zaniechania wykluczenia wykonawcy 2B K.B., 44-100 Gliwice, ul. Ligonía 37/3A (dalej „**2B K.B.**”) z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3), art. 24 ust. 2 pkt 4), odrzucenia jego oferty

na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1), art. 89 ust. 1 pkt 2), art. 89 ust. 1 pkt 3), art. 89 ust. 1 pkt 4), art. 89 ust. 1 pkt 8) w związku z art. 90 ust. 1, art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, oraz przepisami prawa materialnego wynikającego z pozostałych ustaw, Izba stwierdziła, co następuje.

W zakresie zarzutów dotyczących braku oznaczenia waluty oferty, błędów w zakresie możliwości zastosowania znaków interpunkcyjnych, błędu dotyczącego zapisu słownego ceny oferty oraz braku możliwości poprawienia powyższych błędów w oparciu o przepisy art. 87 ustawy Pzp (dalej „zarzuty walutowości”), Izba uznała zarzuty odwołującego **za niezasadne**.

W powyższym zakresie, w ocenie Izby, argumentacja odwołującego ukierunkowana jest na stworzenie sytuacji, w której profesjonalni uczestnicy rynku zamówień publicznych, w tym również szeroko pojętego obrotu gospodarczego nie wiedzą, czy też nie są świadomi treści oświadczeń składanych im przez kontrahentów. Odwołujący prezentując swoje stanowisko próbuje zaczerpnąć obraz polskiego przedsiębiorcy (w tym zamawiającego), jako rozumnego i inteligentnego członka struktury handlowej, który w sposób bezwolny i zdaje się nierozumny (jak należy wywieść ze stanowiska odwołującego), nie potrafi odczytać intencji wynikających wprost z treści składanych oświadczeń. W zakresie ww. zarzutów, przy ocenie treści złożonych oświadczeń, należy brać bowiem pod uwagę treść przepisu art. 65 ust. 1 Kodeksu Cywilnego, który stanowi, że *„Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje”*. W powyższym zakresie koniecznym staje się w tym miejscu odniesienie do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 14 czerwca 2012 roku, sygn. I CSK 485/11, w którym Sąd stwierdził, że *„Ustalając znaczenie oświadczenia woli należy zacząć od sensu wynikającego z reguł językowych, z tym że przede wszystkim należy uwzględnić zasady, zwroty i zwyczaje językowe używane w środowisku, do którego należą strony, a dopiero potem ogólne reguły językowe. Trzeba jednak przy tym mieć na uwadze nie tylko interpretowany zwrot, ale także jego kontekst. Dlatego nie można przyjąć takiego znaczenia interpretowanego zwrotu, który pozostawałby w sprzeczności z pozostałymi składnikami wypowiedzi. Klóciłoby się to bowiem z założeniem o racjonalnym działaniu uczestników obrotu prawnego.”* Przyjmując zatem, że odwołujący jako profesjonalny uczestnik rynku zamówień publicznych, zna zasady, obyczaje oraz zachowania uczestników tego rynku, to należało przyjąć, że odwołujący ma świadomość bezzasadności stawianych zarzutów.

Powyższą argumentację odnieść należy do wszystkich wykonawców, co do których odwołujący stawia tożsame zarzuty.



Krajowa Izba Odwoławcza **nie uznała również za zasadne**, zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia wykonawców ANKA i 2B na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. W ocenie Izby brak było podstaw do stwierdzenia, że złożenie ofert, przez tych dwóch wykonawców, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i stanowi *de facto* tzw. „zmowę przetargową”. Co prawda odwołujący powołał szereg okoliczności i dowodów mających potwierdzać słuszność stawianych zarzutów, jednakże w ocenie Izby, są to jedynie niczym nie udowodnione domniemania, które przedstawione w sposób umiejętny mogą wywołać wrażenie, które próbuje osiągnąć odwołujący. Jednakże Izba, analizując złożony materiał dowodowy, w szczególności biorąc pod uwagę wyjaśnienia przystępującego ANKA, nie doszła do przekonania, że odwołujący udowodnił, iż złożenie ofert przez wykonawców ANKA i 2B stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i stanowi zmowę przetargową. Z okoliczności przedmiotowej sprawy nie można bowiem wysnuć wniosku i stawiać wykonawcom zarzutu z umowy przetargowej, ponieważ wykonawcy są rodziną, korzystają z tego samego pomieszczenia biurowego, tego samego faksu, dokumenty przez nich pozyskane są podobne, wystawiane w bezpośredniej bliskości czasowej, zawierają podobne błędy, itp. Faktem niekwestionowanym przez strony jest, iż p. A.B. (ANKA), jest matką K.B. (2B). Wywodzenie z tej okoliczności z umowy przetargowej, tym bardziej, że obydwaj wykonawcy złożyli oferty na inne rejony, jest zdaniem Izby zbyt daleko idące. Ponadto wywodzenie, że przedsiębiorcy ci działając wspólnie uzgodnili ceny, zakres prac, strategię, a nawet treść ofert przed ich złożeniem, poprzez dokonanie wydruku z CEIDG w dwuminutowym odstępie, czy pozyskanie zaświadczenia z ZUS (z numeracją kolejną), czy wreszcie poprzez uzyskanie kolejnej numeracji, nadanej przez zamawiającego, pismom składanym przez ww. wykonawców (po terminie składania ofert), jest, w ocenie Izby bardzo daleko posuniętym domniemaniem. Jednakże jest to jedynie domniemanie. Wskazać bowiem należy, że ww. wykonawcy do tej pory realizują usługi zimowego odśnieżania w Gliwicach, jako konsorcjum, stąd zbieżność okoliczności.

Co do zarzutu dotyczącego wadliwego oświadczenia tych wykonawców, w zakresie grupy kapitałowej, zdaniem Izby **zarzut powyższy jest bezzasadny**. W ocenie Izby, aby móc uznać zarzut za zasadny, należałoby ustalić czy w danym postępowaniu (w tym przypadku rejonie) istnieją oferty przynajmniej dwóch wykonawców, które w sposób określony przepisami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów są ze sobą powiązane w taki sposób, który przypisywałby ich do jednej grupy kapitałowej. W przedmiotowym postępowaniu nie mamy do czynienia z taką sytuacją. Skoro bowiem wykonawca ANKA złożył ofertę na inne rejony niż wykonawca 2B, to brak jest bezpośredniego związku polegającego na konkurowaniu dwóch wykonawców w sposób zapewniający uczciwą konkurencję w ramach tego samego rejonu. Fakt udzielenia pełnomocnictwa, czy powiązań rodzinnych również nie wpływa na uznanie tego zarzutu za zasadny. W powyższym

zakresie, w związku z poczynionymi ustaleniami, **za niezasadny Izba uznała zarzut** dotyczący naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż ww. wykonawcy nie złożyli informacji nieprawdziwych. **Za bezzasadne Izba uznała również zarzuty** dotyczące p. K.B. (nieprawdziwe oświadczenie, że nie uczestniczy w jakiegokolwiek innej ofercie) oraz (nieprawdziwe oświadczenie o posiadaniu potencjału osobowego) stwierdzając, że w pierwszym zarzucie odwołujący nie udowodnił, że p. K.B. uczestniczył w ofercie ANKA, powyższej okoliczności nie sposób wyprowadzić z faktu, że p. K.B. jest ustanowionym pełnomocnikiem przedsiębiorstwa ANKA, co do drugiego zarzutu odwołujący nie udowodnił stawianej tezy.

Odwołujący postawił również inne zarzuty, poprzez wskazanie konkretnych przepisów ustawy Pzp, tj. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4, w związku z art. 90 ust. 1, art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jednakże w żaden sposób tych zarzutów nie uzasadnił, nie przeprowadził również żadnego dowodu w zakresie stawianych zarzutów, dlatego też Izba uznała te zarzuty za bezzasadne.

Odnośnie zarzutu odwołującego dotyczącego **rejonu II i XII** i dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Zakład Usług Drogowych i Komunalnych, M.K., 44-145 Stanica, ul. Gliwicka 25 (dalej „**Dromar**”), oraz zaniechaniem wykluczenia tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3), art. 24 ust. 2 pkt 4), odrzucenia Jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1), art. 89 ust. 1 pkt 2), art. 89 ust. 1 pkt 4), art. 89 ust. 1 pkt 8) w związku z art. 90 ust. 1, art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, oraz przepisami prawa materialnego wynikającego z pozostałych ustaw, Izba stwierdziła, co następuje.

Odnośnie zarzutu „walutowości” oferty, Izba podtrzymuje argumentację jw.

Odwołujący podniósł zarzuty dotyczące wykonawcy DROMAR w zakresie rejonu 2 i 12 i w tym zakresie Izba rozpoznała przedmiotowe odwołanie.

Zamawiający dnia 10.11.2015 r. wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności oczekiwał wyjaśnień w zakresie rejonu 7, 9 i 12, gdzie jego wątpliwości budziła cena ryczałtowa za dobę prowadzenia akcji zima na ulicach pierwszej kolejności odśnieżania oraz cena usługi za przejazd jednorazowy w zakresie zadania 12. W przypadku rejonu 7 wykonawca zaoferował cenę za dobę prowadzenia akcji zima na ulicach I kolejności w wysokości 677,00 zł. Cena ta była niższa o 49 % od średniej złożonych ofert, a także stanowiła 6,9 % ceny za obsługę całości rejonu, w którego skład wchodzi ulice I kolejności utrzymania w zakresie 42,7 % całości. W zakresie rejonu 9 cena wynosiła 1 533,24 zł, była niższa od średniej złożonych ofert o 32 % . W zakresie zaś rejonu 12 cena wynosiła 477,00 zł i była niższa aż 52 % od średniej złożonych ofert.

W odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia elementów oferty, wykonawca przekazał bardzo ogólne wyjaśnienia.

Co do zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny w zakresie rejonu 12, Izba stwierdziła, że treść wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Dromar nie obaliła domniemania rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia, w ocenie Izby, są ogólnikowe i nie zawierają szeregu elementów kosztochłonnych występujących w trakcie świadczenia usługi, takich jak: dyżurów, kosztów amortyzacji sprzętu, ubezpieczeń i ryzyk, kosztów pracy pracownika, który mógłby zastąpić właściciela w trakcie choroby bądź nieobecności, kosztów środków telekomunikacyjnych, itp. Oferta wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Co do rejonu 2, to odwołujący nie udowodnił, że cena przedstawiona przez wykonawcę jest rażąco niska, odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na tę okoliczność, tym bardziej były one wymagane, gdyż zamawiający w zakresie rejonu 2 nie wzywał wykonawcy do wyjaśnienia ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 10 listopada 2015 r., wezwał wykonawcę do uzupełnienia wykazu wykonanych usług i dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług. Wezwanie było wynikiem różnic w deklarowanych powierzchniach. Wykonawca ubiegał się o rejony 1, 2, 7, 9 i 12, których powierzchnia wynosi 1 320 000 m<sup>2</sup>, a przedłożone przez wykonawcę w ofercie referencje, poświadczają wykonanie usługi na powierzchni 1 198 988 m<sup>2</sup>. Na wezwanie zamawiającego wykonawca ten przedłożył wykazy usług wraz z poświadczeniami, przy czym dla niektórych rejonów, poprzestał na wcześniej złożonej deklaracji w zakresie wiedzy i doświadczenia, zaś dla innych rejonów, przedłożył dodatkowe dokumenty.

W uzupełnieniu dokumentów dotyczących doświadczenia w zakresie rejonu 12, wykonawca Dromar, uzupełnił wykaz i referencje w sposób prawidłowy i co do tego rejonu odwołujący nie podnosił żadnych zarzutów.

W uzupełnieniu dokumentów dotyczących doświadczenia w zakresie rejonu 2, wykonawca Dromar, załączył wykaz wykonanych usług, wraz z referencjami. W ocenie Izby, co do poz. 1 wykazu (opisanej jako 2), wykonawca nie wykazał spełnienia warunku, gdyż usługi tam wskazane zostały wykonane w ramach uczestników konsorcjum i przez nich poświadczone. Brak jest zatem wykazania na czyją rzecz konsorcjum wykonywało usługi oraz brak jest poświadczenia od odbiorcy (zlecającego) usługi. W zakresie poz. 2 wykazu (opisanej jako 1) wykonawca Dromar ponownie powołał się na doświadczenie w wykonywaniu usług na rzecz FB Serwis S.A. Jednakże w toku prowadzonej rozprawy zostało udowodnione (pisma GDDKiA, która była zleceniodawcą usługi), że wykonawca DROMAR takiej usługi nie wykonywał na kontrakcie. Ponadto wykonawca Dromar, nawet w przypadku gdyby świadczył usługi na rzecz FB Serwis S.A., to powinien wykazać się

poświadczeniem potwierdzającym, że wykonawca FB Serwis S.A., jako podwykonawca Budimex prawidłowo wykonywał zleconą usługę. Koniecznym w tym zakresie jest wykazanie się ciągiem poświadczeń, tak aby zamawiający był pewny, że wykonawca świadczący usługi miał do tego prawo i faktycznie je wykonywał. Ponadto wątpliwości u zamawiającego powinien wzbudzić fakt, iż półroczne świadczenie usługi, na powierzchni prawie 1 200 000 m<sup>2</sup> wynosiło jedynie 15 000 zł, gdzie przy głównej kontrakcie GDDKiA/Budimex, miesięczny koszt świadczenia usługi wynosił ok. 250 000 zł. Tym samym Izba stwierdziła, że wykonawca Dromar nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu, w zakresie rejonu 2, tym samym winien być wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Ponadto odwołujący podniósł, że zamawiający nie powinien wzywać wykonawcy Dromar do uzupełnienia dokumentów, gdyż przedłożone już do oferty wykaz i referencje były informacjami nieprawdziwymi, mającymi wpływ na wynik postępowania, tym samym wykonawca ten powinien zostać wykluczony na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W ocenie Izby przedstawione przez wykonawcę Dromar dokumenty, nie mogły i nie stanowiły podstawy do uznania, że informacje w nich zawarte są informacjami nieprawdziwymi, dlatego też zarzut odwołującego należało uznać za bezzasadny. Uznać bowiem należało, że dokument od firmy FB Serwis S.A., co najwyżej może stanowić podstawę do powzięcia wątpliwości, czy wykonawca Dromar świadczył zleconą usługę i za jaką kwotę. Mogła bowiem zaistnieć sytuacja, w której zlecający usługę GDDKiA, pomimo zastrzeżeń kontraktowych, nie posiadał informacji, który wykonawca ostatecznie świadczył referencyjną usługę. Dopiero dokładne wyjaśnienie powyższej kwestii może spowodować prawidłowe ustalenie czy i w jakim zakresie wykonawca Dromar uczestniczył w realizacji referencyjnej usługi.

Odnośnie zarzutu odwołującego dotyczącego **rejonu IV i IX** i dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Zakład Robot Drogowych Orfin sp. z o.o. sp.k., ul. Sikorskiego 5a; 42-922 Radzionków, (dalej „**Orfin**”), oraz zaniechaniem wykluczenia tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3), art. 24 ust. 2 pkt 4), odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1), art. 89 ust. 1 pkt 2), art. 89 ust. 1 pkt 4), art. 89 ust. 1 pkt 8) w związku z art. 90 ust. 1, art. 90 ust. 3 Pzp, oraz przepisami prawa materialnego wynikającego z pozostałych ustaw, Izba stwierdziła, co następuje.

Zamawiający w s.i.w.z. w pkt. 8.1 postawił warunki w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zgodnie z nimi wykonawca musiał wykazać zrealizowanie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, jednej usługi odpowiadającej swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia. Warunek ten dookreślono w taki sposób, że zamawiający wskazał, że uzna posiadanie wiedzy doświadczenia, gdy wykonawca udowodni, że wykonał w jednym

sezonie zimowym (2012/2013, 2013/2014, 2014/2015) usługę/lub usługi zimowego utrzymania dróg na powierzchni odpowiadającej poszczególnym regionom. Wykonawca Orfin, złożył oferty na rejony, których powierzchnie odpowiednio powinien potwierdzić wykonaniem prac w zakresie: rejon 3 (400 000 m<sup>2</sup>), rejon 4 (600 000 m<sup>2</sup>), rejon 6 (170 000 m<sup>2</sup>), rejon 9 (400 000 m<sup>2</sup>), rejon 10 (300 000 m<sup>2</sup>). Łączna powierzchnia wymaganego doświadczenia winna wynosić w przypadku tych rejonów 1 870 000 m<sup>2</sup>.

Informacje o doświadczeniu należało wykazać w załączniku nr 5.

Zgodnie z pkt. 14 ust. 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (...) Wykazy usług zał. nr 5 i dowody potwierdzające należyte wykonanie/wykonywanie na każdy z oferowanych Rejonów należy wypełnić oddzielnie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej wykaz wykonanych usług sporządzony przez wykonawcę Orfin, potwierdza spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a załączone do tego wykazu referencje, poświadczają prawidłowość wykonanych usług. Wątpliwości Izby budzi jedynie treść zobowiązania załączonego do oferty, gdyż zgodnie z przedstawionym wykazem udostępniający swoje zasoby podmiot, udostępnił je wykonawcy w ramach posiadanego doświadczenia zdobytego poprzez świadczenie usług zimowego utrzymania dróg. Udostępniający swoje zasoby wykonawca nie podzielił się swoim doświadczeniem w zakresie koordynowania pracami. Dlatego też w ocenie Izby, przedmiotowe zobowiązanie podlegałoby uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Jednakże Izba, nie nakazała zamawiającemu dokonania takiej czynności z uwagi na okoliczność, iż oferta wykonawcy Orfin podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. W ocenie Izby wykonawca nie udowodnił zamawiającemu, że cena za prowadzenie Akcji Zima na ulicach I kolejności odśnieżania nie jest ceną rażąco niską.

Zamawiający pismem z dnia 10 listopada 2015 r., wezwał wykonawcę Orfin, do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności zamawiający oczekiwał wyjaśnień w zakresie rejonu 4, 9 i 10, gdzie jego wątpliwości budziła cena ryczałtowa za dobę prowadzenia akcji zima na ulicach pierwszej kolejności odśnieżania. W przypadku rejonu 4 wykonawca Orfin zaoferował cenę za dobę prowadzenia akcji zima na ulicach I kolejności w wysokości 1 611,96 zł. Cena ta była niższa o 57,2 % od średniej arytmetycznej złożonych ofert w tym zakresie, a także stanowiła 9,2 % ceny za obsługę całości rejonu, w którego skład wchodzi ulice I kolejności utrzymania w zakresie 65,7 % całości. W zakresie rejonu 9 cena wynosiła 1 350,99 zł, była niższa od średniej złożonych ofert o 40 %, w zakresie zaś rejonu 10 wynosiła 1 304,33 zł i była niższa o 44,6 % od średniej złożonych ofert. Zamawiający zastrzegł, że wyjaśnienia i przedstawione dowody powinny ujawniać najważniejsze składniki cenotwórcze jak np.: oszczędność metody wykonania zamówienia; wyjątkowo sprzyjające warunki dostępne wykonawcy; koszty pracy;

informacje na temat uzyskanej pomocy publicznej. Zamawiający poinformował również, że udzielając wyjaśnień zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy.

Zdaniem Izby, zamawiający powziął uzasadnione wątpliwości, co do wykonawcy Orfin, w zakresie rejonów 4, 9 i 10, w zakresie ceny za dobę prowadzenia akcji zima 1 kolejność odśnieżania i zgodnie z przepisem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zwrócił się do tego wykonawcy o złożenie stosownych wyjaśnień. Wykonawca złożył wyjaśnienia, jednakże w ocenie Izby, nie obaliły one domniemania ceny rażąco niskiej. W powyższym zakresie Izba podziela stanowisko prezentowane przez odwołującego, dotyczące braku złożenia przez wykonawcę Orfin, stosownych wyjaśnień. Zdaniem Izby, wyjaśnienia wykonawcy są ogólnikowe i nie dotyczą elementów merytorycznie istotnych, mających wpływ na sporządzenie ceny oferty. Wykonawca nie wyjaśnił bowiem okoliczności, które spowodowały tak znaczne obniżenie ceny za dobę akcję zima – 1 kolejność odśnieżania, w porównaniu do ceny za dobę akcji zima dla całego rejonu. Podnieść bowiem należy, że akcja zima dla całego rejonu różni się od akcji zima – 1 kolejność odśnieżania jedynie dwoma elementami: - powierzchnią oraz czasem reakcji (1 godzina/3 godziny). Przyjmując, że czas reakcji nie ma znaczenia dla oszacowania wartości usługi, pozostaje drugi element, zdecydowanie kosztochłonny, tj. powierzchnia. Przyjmując, że dla 1 m<sup>2</sup> koszt świadczenia usługi jest taki sam dla całego rejonu, jak i dla 1 kolejności odśnieżania, to cena ofertowa za te dwie czynności winna być oszacowana proporcjonalnie, tj. skoro cena za cały 4 rejon wynosi 17 539,83 zł, przy powierzchni 584 661 m<sup>2</sup>, to cena za ulice 1 kolejności odśnieżania powinna być proporcjonalnie wyliczona do powierzchni 384 224 m<sup>2</sup>. Natomiast cena za ulice 1 kolejność odśnieżania w wysokości 1 611,96 zł, z całą pewnością nie stanowi proporcjonalnego wyliczenia odnoszonego do powierzchni. Jak słusznie wskazał zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, cena usługi za 1 kolejność odśnieżania stanowi zaledwie 9,2 % ceny całości rejonu podczas gdy powierzchnia ulic w 1 kolejności odśnieżania to 65,7 % całości.

W zakresie wyjaśnień wykonawcy Orfin i podnoszonego argumentu dotyczącego możliwości skorzystania z pomocy publicznej (PUP Tarnowskie Góry), to Izba stwierdziła, że argument ten odnosi się jedynie do sytuacji hipotetycznej. Wykonawca Orfin, na dzień składania ofert, nie potwierdził umową, czy też jakimkolwiek innym dokumentem, dostępu do refundowanych wynagrodzeń pracowniczych. Ponadto kalkulacja ceny następuje przed terminem składania ofert, zatem ewentualna, przyszła i niepewna okoliczność pozyskania pracowników w przyszłości nie mogła mieć żadnego wpływu na tę kalkulację.

Zdaniem Izby, wykonawca Orfin, w swoich wyjaśnieniach nie ujawnił żadnych wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia, dostępnych dla niego. Wskazane przez niego oszczędności w postaci rabatów na zakup oleju napędowego, zaufanych pracowników,

własny sprzęt i inne, są dostępne powszechnie innym przedsiębiorcom i nie stanowią jakichkolwiek wyjątkowo sprzyjających warunków jedynie dla tego wykonawcy.

Wykonawca był również wzywany do ujawnienia kosztów pracy. W tym zakresie, wykonawca Orfin, w ogóle nie udzielił odpowiedzi, poprzestając jedynie na informacji o zastosowanej stawce roboczogodziny. Koszty pracy to przede wszystkim wynagrodzenia i świadczenia bezpośrednie dla pracowników (płace i ich opodatkowanie, nagrody). Płace to nakłady godzinowe na wykonanie danej pracy wraz z ich wartością. Za takie koszty należy również uznać wynagrodzenia i świadczenia pośrednie (odszkodowania, składki ubezpieczeniowe, podróże służbowe, dojazdy do pracy, BHP, itp.). Kosztami pracy jest również zarządzanie personelem, a więc wydatki na doskonalenie personelu, rekrutację, selekcję, działalność socjalną, itp. W tym zakresie wykonawca Orfin, nie złożył wyjaśnień i nie udowodnił prawa do obniżenia ceny oferty. Zamawiający wzywał do wyjaśnienia m.in. składników cenotwórczych kosztów pracy, których wykonawca Orfin nie wyjaśnił. Natomiast złożone wyjaśnienia, w zakresie podwykonawstwa są sprzeczne z treścią oferty. Wykonawca udzielając wyjaśnień powinien przede wszystkim wskazać na ponoszone przez siebie w związku z realizacją zamówienia i ujęte w ofercie koszty. Jest to główny i niezbędny element wyjaśnień. Wykonawca Orfin, nie przedstawił żadnych obliczeń czy kalkulacji, które mogłyby pomóc w ustaleniu wartości koniecznych wydatków, a w dalszej kolejności również kwot oszczędności, na które się powołuje. Wykonawca nie wykazał żadnej metody, ani w jaki sposób wykazane przez niego oszczędności w sposób realny i faktyczny wpłynęły na cenę. W związku z powyższym, oferta wykonawcy Orfin musiała być uznana za ofertę z rażąco niską ceną. Do takiego stanowiska może przekonać również stwierdzenie z wyjaśnień wykonawcy, który oświadczył, cyt. *„z uwagi na fakt, iż usługi objęte niniejszym postępowaniem nie będą stanowić dla wykonawcy usług o kluczowym - z punktu widzenia rentowności - znaczeniu, możliwe było zaproponowanie takich cen jak w Formularzu ofertowym ZRD”*. Deklaracja ta, w ocenie Izby, może oznaczać, że przedsiębiorca ten zaoferował ceny poniżej kosztów ich wytworzenia, np. bez stosowanego przez niego zysku dla innych robót lub, że też jest w stanie do tych usług dopłacać by zminimalizować straty wynikające z przestojów.

Rekapitułując powyższe rozważania Izba stwierdziła, że w zakresie podnoszonych zarzutów, w określonych przez odwołującego rejonach 4 i 9, oferta wykonawcy Orfin podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba nie stwierdziła, aby wykonawca Orfin złożył informacje nieprawdziwe, tym samym brak jest podstaw do wykluczenia tego wykonawcy z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tym bardziej, że w zakresie podnoszonych zarzutów (dot. doświadczenia), odwołujący wskazał, że zachodzi konieczność, co najmniej wezwania wykonawcy do uzupełnienia brakujących dokumentów.

Oдноśnie zarzutu odwołującego dotyczącego **rejonu XI** i dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Firma Usługowo Handlowa NATEZJA sp.j., Walpex W.H., (dalej „**Natezja**”) oraz odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1), art. 89 ust. 1 pkt 2), art. 89 ust. 1 pkt 4), art. 89 ust. 1 pkt 8) w związku z art. 90 ust. 1, art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, oraz przepisami prawa materialnego wynikającego z pozostałych ustaw, Izba stwierdziła, co następuje.

Oдноśnie zarzutów dotyczących „walutowości”, Izba podtrzymuje stanowisko jw.

Zamawiający pismem z dnia 10 listopada 2015 r. wezwał konsorcjum Natezja do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności zamawiający oczekiwał wyjaśnień w zakresie rejonu 11, gdzie jego wątpliwości budziła cena ryczałtowa za dobę odśnieżania przystanków. Wykonawca Natezja, zaoferował cenę za dobę w wysokości 3 996,00 zł. Cena ta była niższa o 64 % od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert. Przeliczając wartość oferty przez liczbę przystanków, cena za utrzymanie 1 przystanku została ustalona na poziomie 10,71 zł brutto. Zamawiający uznał, że cena taka jest ceną niewiarygodną, w związku z czym skierował do wykonawcy wezwanie do złożenia wyjaśnień. Zamawiający zastrzegł, że wyjaśnienia i przedstawione dowody powinny ujawniać najważniejsze składniki cenotwórcze jak np.: oszczędność metody wykonania zamówienia; wyjątkowo sprzyjające warunki dostępne wykonawcy; koszty pracy; informacje na temat uzyskanej pomocy publicznej.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, wykonawca Natezja, przekazał bardzo ogólne wyjaśnienia, które nie obaliły istniejącego domniemania RNC.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Natezja, na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że zarzut odwołującego jest zasadny. Izba w całości podziela prezentowaną, w ww. zakresie, argumentację odwołującego. W ocenie Izby, wykonawca na etapie postępowania przed zamawiającym (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp), a następnie zamawiający na etapie postępowania przed Izbą (art. 190 ust. 1a ustawy Pzp) nie udowodnili, że cena przedstawiona w ofercie nie jest ceną rażąco niską. Izbę dziwi fakt, iż zamawiający bezkrytycznie przyjął wyjaśnienia wykonawcy, tym bardziej, że zamawiający miał wątpliwości, co do ceny wykonawcy, czy za cenę 10,71 zł można świadczyć dobowe usługi odśnieżania 1 przystanku przy łącznej ich ilości 373. Zdaniem Izby wykonawca nie udowodnił, że koszty, jakie będzie ponosił w trakcie realizacji zamówienia zostały ujęte w cenie oferty, w szczególności takie jak, transport pracowników, koszty sprzętu, koszty paliwa, koszty materiałów uszorstniających, itp. Dlatego też w ocenie Izby oferta wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.



Wskazane przez konsorcjum Natezja elementy, to okoliczności ogólne, informujące raczej o sposobie funkcjonowania przedsiębiorstwa, które nie wyjaśniają konkretnych elementów oferty, o które pytał zamawiający w wezwaniu. Zamawiający wzywał do wyjaśnienia wysokości ceny oferty w zakresie usługi utrzymania zimowego przystanków. W zakresie wyceny wykonawca nie przedstawił żadnych wyjaśnień pomimo, że zamawiający precyzyjnie wskazał w wezwaniu, że oczekuje jej wyjaśnienia i przedstawienia stosownych dowodów. Wykonawca nie przedstawił również żadnej metody wykonania zamówienia, która umożliwiłaby mu zastosowanie upustów na poziomie około 64 % w zakresie omawianych cen w stosunku do średniej ceny na rynku. Same ogólne stwierdzenia związane z kwestią podmiotową nie mogą być uznane za wskazanie oszczędnej metody wykonania pracy, która jest przedmiotem zamówienia. Wyjaśnienia nie są związane z elementami wyceny, które budziły wątpliwości zamawiającego. W swoich wyjaśnieniach, wykonawca nie ujawnił również żadnych, wyjątkowo sprzyjających, warunków wykonania zamówienia, dostępnych dla niego. Wskazane przez wykonawcę oszczędności w postaci rabatów przy naprawach sprzętu, „doświadczonych pracowników”, amortyzowanego sprzętu są dostępne również powszechnie dla innych przedsiębiorców. Konsorcjum Natezja wezwano również do ujawnienia kosztów pracy. W tym zakresie, wykonawca Natezja, w ogóle nie udzielił odpowiedzi, poprzestając jedynie na informacji o zastosowanej stawce roboczogodziny. Konsorcjum również nie wskazało i nie udowodniło, że korzysta z pomocy publicznej, która mogłaby mieć wpływ na poziom zaoferowanej ceny.

Oдноśnie zarzutu odwołującego dotyczącego naruszenia art. 91 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie przydziału punktów w ramach kryterium cena w sposób sprzeczny z zasadami określonymi w s.i.w.z., a tym samym nie na podstawie kryteriów oceny ofert i sposobu ich obliczania wynikających w dokumentacji postępowania, Izba stwierdziła, że zarzut powyższy jest zarzutem spóźnionym, gdyż mógł być podnoszony na etapie publikacji ogłoszenia o zamówieniu i treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż to już w tym momencie odwołujący powziął informację o postanowieniach, które w jego ocenie są wadliwe.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 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), uwzględniając koszty poniesione przez odwołującego związane z wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

**Przewodniczący:** .....