

WYROK
z dnia 12 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala
Magdalena Grabarczyk
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lutego 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 stycznia 2021 r. przez wykonawcę **AVR S.A., ul. Józefa Dietla 93/4, 31-031 Kraków,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającego przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Katowicach, ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Hedar Centrum Serwisowe sp. z o.o., ul. Hutnicza 3, 43-170 Łaziska Górne** oraz **PHU LARIX sp. z o.o., ul. Klonowa 11, 42-700 Lubliniec,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego **AVR S.A., ul. Józefa Dietla 93/4, 31-031 Kraków,** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od odwołującego: **AVR S.A., ul. Józefa Dietla 93/4, 31-031 Kraków,** na rzecz zamawiającego: **Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającego przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Katowicach, ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice,** kwotę **3 600 zł 00 gr** (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działający przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Katowicach, ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zimowe utrzymanie autostrady A1 administrowanej przez GDDKiA, Oddział w Katowicach w sezonach zimowych 2020/2021, 2021/2022, 2022/2023 na terenie Rejonu w Częstochowie”, numer referencyjny: O.KA.D-3.2413.42.2020. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18.08.2020 r., nr 2020/S 159-388318.

Pismem z dnia 31.12.2020 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Hedar Centrum Serwisowe sp. z o.o. oraz PHU Larix sp. z o.o.

W dniu 11.01.2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę AVR S.A., ul. Józefa Dietla 93/4, 31-031 Kraków (dalej: „odwołujący”), w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust 1 polegające na dokonaniu, z naruszeniem przepisów, wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Hedar Centrum Serwisowe Sp. z o.o., PHU Larix Sp. z o.o., co skutkuje naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady legalizmu,
- 2) art. 90 ust. 3 i 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty ww. konsorcjum z powodu „rażąco niskiej” ceny jego oferty, albowiem wykonawca ten nie uczynił zadość ciążącemu na nim obowiązku i nie wyjaśnił zamawiającemu w sposób wystarczający ceny swojej oferty, składając wyjaśnienia ogólne, wymijające i abstrakcyjne, które winno kwalifikować się jako brak złożenia wyjaśnień,
- 3) art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1a pkt 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4, polegające na wielokrotnym wzywaniu ww. konsorcjum do wyjaśnienia ceny oferty, w sytuacji gdy wykonawca na takie wezwanie nie zasłużył, a jego oferta winna zostać odrzucona przez zamawiającego z powodu nieuczynienia zadość obowiązkowi wynikającemu z „pierwszego wezwania” w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp,

- 4) art. 24 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 oraz 22d ust. 1 i art. 7 ust 1 i 3 polegające na zaniechaniu wykluczenia z postępowania ww. konsorcjum, które w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadziło zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, iż spełnia warunek określony w Tomie I Rozdziale 1 pkt 7.2.3 siwz, co doprowadziło do wyboru oferty konsorcjum jako najkorzystniejszej,
- 5) art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 oraz art. 22d ust. 1 i art. 7 ust 1 i 3 polegające na zaniechaniu wykluczenia z postępowania ww., które w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło informacje wprowadzające zamawiającego w błąd dotyczące spełniania warunku określonego w Tomie I Rozdziale 1 pkt 7.2.3. siwz, mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, co doprowadziło do wyboru oferty ww. konsorcjum jako najkorzystniejszej,
gdyby Izba uznała, iż zarzuty powyższe nie zasługują na uwzględnienie, zarzucono ponadto naruszenie:
- 6) art. 26 ust. 3 i 4 polegające na zaniechaniu przez zamawiającego wyjaśnienia treści złożonego przez ww. konsorcjum w dniu 9 listopada 2020 r. „Wykazu usług”, pomimo iż z treści przedłożonego wykazu nie wynikało potwierdzenie spełnienia warunku określonego w Tomie I Rozdziale 1 pkt 7.2.3. SIWZ w zakresie niektórych pozycji tego „Wykazu”, a w szczególności: kategorii drogi, na której prace wykonywano, wykonania czynności wpisujących się w definicję „zimowego” utrzymania dróg,
- 7) art. 26 ust. 3 i 4 polegające na zaniechaniu wyjaśnienia przez zamawiającego okoliczności, w jakim zakresie kwotowym „podmiot udostępniający zasoby” tj. Zakład Wielobranżowy Hedar H. Ł. samodzielnie wykonał wszystkie prace zadeklarowane w „Wykazie usług”, co jest konieczne - w świetle orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 r. C-387/14 ws. Esaprojekt z uwagi na fakt, iż umowy wskazane w pkt 1 i 2 „Wykazu usług” realizowały konsorcja, tj. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

Rażąco niska cena.

„(...) a) Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie - Hedar Centrum Serwisowe sp. z o.o. oraz PHU Larix sp. z o.o. nie przedłożyli zdaniem Odwołującego dowodów, które wyjaśniałyby okoliczność tak drastycznego zniżenia ceny swej oferty. Większość dowodów załączonych do „pierwszych” i „drugich” wyjaśnień (pomijając zasadność ponownego wezwania do „wyjaśnienia ceny” w stanie niniejszym, a także możliwość składania w „drugich wyjaśnieniach” „nowych dowodów”) jak np.:

- a) Referencje z dnia 1 września 2020 r.,
- b) licencja nr 0113479 na wykonywanie krajowego transportu drogowego rzeczy,
- c) wydruki z CEIDG dla Zakład Wielobranżowy „HEDAR” H. Ł., KRS P.H.U. LARIX sp. z

O.O.,

d) umowy nr GI.272.5.2020 z dnia 29 czerwca 2020 r. oraz umowa nr PZD 2222.48.2019, w ogóle nie przyczyniły się do wyjaśnienia ceny złożonej oferty, nie uwiarygadniają jednocześnie dlaczego mogła być ona zaniżona tak dalece.

Wymienione dowody nie uwiarygadniają także zdaniem Odwołującego lakonicznych wyjaśnień ceny oferty, albowiem w tych drugich nie wskazuje się w jaki sposób okoliczności wskazane w dowodach mogłyby bezpośrednio wpłynąć na cenę oferty.

b) Wykonawca, pomimo tego, iż Zamawiający tego oczekiwał nie wskazał, żadnych „obiektywnych czynników”, które miały wpływ na kalkulację ceny oferty, a byłyby dostępne tylko temu Wykonawcy. Jak wynika z dobrze ugruntowanej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej - w przypadkach jak ten omawiany w niniejszym odwołaniu - nie chodzi o przedstawienie takich czynników obiektywnych, które są dostępne dla każdego wykonawcy, który ubiega się o to zamówienie, które są nieskonkretyzowane i abstrakcyjne, ale wskazanie takich, które odróżniają sytuację badanego wykonawcy od innych, a jednocześnie mają wymierne przełożenie na cenę" (...).

W ocenie Odwołującego trudno za takowe uznać niekonkretne stwierdzenia zawarte w wyjaśnieniach Wykonawcy, stosownie do treści których:

- „wycena naszej oferty oparta jest na wieloletnim doświadczeniu w realizacji zamówień o podobnym charakterze” (str. 2 pisma z dnia 25 września 2020 r.),

„*Podkreślenia wymaga, iż przez w/w firmy pomyślnie zrealizowane były kontrakty, gdzie liczba wymaganego sprzętu, ilości obsługiwanych Rejonów, liczba kilometrów do obsługi, a tym samym wartość kontraktów była znacznie wyższa niż przedmiotowe zamówienie, co poparte jest referencjami...*” (str. 2 pisma z dnia 25 września 2020 r.)

- „*nasze doświadczenie pozwala na optymalizację czasu pracy ZUD*”, (str. 3 pisma z dnia 25 września 2020 r.),

- „*część sprzętu ZUD wykorzystywany jest poza sezonem zimowym do innych celów prowadzonej działalności - chociażby przy działalności prowadzonej przez Partnera Konsorcjum PHU Larix sp. z o.o. w zakresie budowy dróg ~ toteż koszty stałe, jak ubezpieczenia, podatki, przeglądy techniczne, koszty bieżącej obsługi i koszty utrzymania są relatywnie niższe w przeliczeniu na każdy miesiąc sezonu zimowego....*” (str. 3 pisma z dnia 25 września 2020 r.),

- „*zapewnia sobie dostęp do paliwa po korzystnych cenach, zasadniczo niższych niż oferowane na rynku....*” (str. 4 pisma z dnia 25 września 2020 r.),

Tym samym, zdaniem Odwołującego brak jest w wyjaśnieniach Konsorcjum jakichkolwiek „obiektywnych czynników”, które miały wpływ na kalkulację ceny oferty, co niewątpliwie poddaje w wątpliwość możliwość zaniżenia ceny oferty Konsorcjum, aż o 45,14% w stosunku do wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT.

c) Kolejnym elementem, który należy poddać omówieniu w kontekście złożonych wyjaśnień jest kwestia oddania „części” usługi podwykonawcy, którym jest podmiot udostępniający „zasoby” Konsorcjum.

Na konieczność przedstawienia elementów cenotwórczych również w stosunku do tych części przedmiotu oferty, które mają być wykonywane przy pomocy podwykonawcy zwracano wielokrotnie uwagę w orzecznictwie KIO jak i sądów okręgowych sprawujących nadzór instancyjny na orzecznictwem Izby (...).

Tymczasem Konsorcjum w swych wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu dnia 25 września 2020 stwierdza: *„Z uwagi na fakt, że znaczną część realizacji kontraktu konsorcjum zmierza powierzyć podwykonawcom - co zostało zadeklarowane w JEDZ - w tym firmie Zakład Wielobranżowy HEDAR H. Ł., która udostępnia Wykonawcy swój potencjał wiedzy i doświadczenia - nasza kalkulacja została oparta na ofercie Zakład Wielobranżowy HEDAR, Konsorcjum zawarło z tym podwykonawcą umowę o świadczenie ZUD Uzgodnione stawki cenowe za które podwykonawca świadczył będzie usługi ZUD, zapewniły Wykonawcy osiągnięcie zysku z każdej jednostki sprzętu ZUD oraz każdego kilometra...”*

Na dowód tego do wyjaśnień z dnia 25 września 2020 r., załączono ofertę z dnia 11 września 2020 r., oraz umowę zawartą dnia 17 września 2020 r. Co istotne z umowy nie wynika (w zakresie interesującym Zamawiającego) nic poza wynagrodzeniem ryczałtowym (miesięcznym) podwykonawcy za pracę solarki, pługów, zestawów autostradowych wraz z obsługą operatorską, a także wynagrodzeniem ryczałtowym (miesięcznym) pracy ładowarki z obsługą operatorską. Do tego w § 7 umowy podwykonawczej określono stawkę jednostkową za 1 km odśnieżania i zwalczania gołoledzi.

Ponieważ załączone do wyjaśnień z dnia 25 września 2020 r. dowody w postaci: umów o pracę, faktury nr 920323233 z dnia 23 września 2020 r., opieczętowne są pieczęcią spółki PHU LARIX sp. z o.o. trudno uznać, by Wykonawca podjął chociażby próbę wykazania (również za pomocą dowodów) ceny którą w przedłożonej ofercie zaproponował podwykonawca dla - kluczowej co trzeba podkreślić - części zamówienia.

Powyższe jest istotne nie tylko w kontekście jednoznacznego stanowiska w zakresie takiego „tłumaczenia ceny oferty” opartej na ofercie podwykonawcy, ale i treści wezwania z dnia 21 września 2020 r. w którym co należy raz jeszcze przypomnieć Zamawiający żądał złożenia *„wyjaśnień w zakresie wskazanym poniżej (wraz z przedłożeniem dowodów np. w postaci kalkulacji cenowej z rozbiciem poszczególnych elementów cenotwórczych.... ”* i wyjaśnienia *„Jakie elementy (czynniki) dostępne Wykonawcy miały wpływ na wysokość zaoferowanej ceny oferty w tym cen jednostkowych określonych w Formularzu cenowym”*.

Ponieważ koncepcja prac przyjęta przez Wykonawcę w ramach przedmiotowego zamówienia przyjmuje, że część prac wykonywać będzie podwykonawca (na ofercie

załączonej do wyjaśnień wykazany jest tylko ułamek niezbędnego sprzętu), a pozostałą pracownicy Konsorcjum konieczne - dla skutecznego złożenia wyjaśnień - było przedstawienie metodologii konstrukcji ceny oferty Zakład Wielobranżowy HEDAR H. Ł. (wynagrodzenia, koszt paliwa, koszty napraw i ubezpieczenia sprzętu itd.). Brak tych danych sprawia, iż uznać należy, że w zakresie powyższym Wykonawca nie uczynił zadość ciężącemu na nim obowiązкови, o którym mowa w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp.

Warto na koniec zwrócić uwagę, iż sam Odwołujący w jednej ze spraw zawisłych przed Izba nie zyskał jej aprobaty dla tego sposobu wyjaśnienia ceny oferty: „Odwołujący A. poprzestał bowiem jedynie na złożeniu ofert podwykonawców i to ogólnych, albowiem w szczególności takiej, jaką zaprezentowano w formularzu cenowym. W tej sytuacji jedyną wartością dodaną, jaką uzyskał zamawiający w wyniku przedstawionych wyjaśnień było zatem ujawnienie marży samego odwołującego A. Powyższe uniemożliwiło zamawiającemu zweryfikowanie prawidłowości kalkulacji tych pozycji ofertowych. Na konieczność przedstawienia elementów cenotwórczych również w stosunku do tych części przedmiotu oferty, które mają być wykonywane przy pomocy podwykonawcom zwracano wielokrotnie uwagę w orzecznictwie KIO jak i sądów okręgowych sprawujących nadzór instancyjny nad orzecznictwem Izby (...)” (wyrok KIO z dnia 26 września 2018 r. [KIO 1357/18](#)).

Na koniec okoliczności podnoszonych w tym miejscu należy wyraźnie podkreślić dwie rzeczy:

1. Oferta podwykonawcy - załączona jako dowód potwierdzający, iż cena oferty nie jest „rażąco niska” - została podpisana przez H. Ł. podpisem kwalifikowanym o godz. 16:18 dnia 25 września 2020 r., a więc nie tylko po złożeniu oferty, ale i PO wystosowaniu wezwania z dnia 21 września 2020 r.,
2. Po wtóre, również umowa podwykonawcza została podpisana przez H. Ł. podpisem kwalifikowanym o godz. 16:24 dnia 25 września 2020 r., tj. także PO złożeniu oferty przez Konsorcjum 18 września 2020 r., ale i PO wystosowaniu wezwania z dnia 21 września 2020 r.

W związku z powyższym Odwołujący kwestionuje realność tych dowodów i możliwość, ich wykorzystania przy kalkulacji ceny oferty, która została podpisana w dniu 17 września 2020, a złożona dzień później.

d) Niekompletne i niewystarczające są także wyjaśnienia Konsorcjum zaprezentowane w tabelach zatytułowanych „Kalkulacja dla formularza cenowego dla zamówienia pod nazwą...

Zdaniem Odwołującego wyliczenia te mają charakter ogólny, abstrakcyjny, a przede wszystkim nie wyjaśniają konkretnie metodologii kalkulacji ceny w zakresie tam zaprezentowanym (potwierdza to - niesłusznie zdaniem Odwołującego - „ponowne” wezwanie Zamawiającego z dnia 19 października 2020 r.)

Ze wskazanych zestawień nie można wyczytać także w jakim udziale procentowym, osobowym czy sprzętowym poszczególni członkowie tworzący Konsorcjum będą brać udział w zamówieniu. Utrudnia to „rozumienie” wyjaśnień, które w ocenie Odwołującego takiego przymiotu nie posiadają. Co więcej brak jest dokładnych informacji odnośnie sprzętu koniecznego do prowadzenia akcji ZUD, tj. normy emisji spalin, nr rejestracyjnych, roczników ich produkcji, tak aby można było ocenić, że pojazdy spełniają wymagania SIWZ, a także wyliczenia dla nich przyjęte są realne (np. amortyzacja, norma spalania). Podobne okoliczności odnoszą się do pługów, posypywarek i ładowarek w zakresie ich parametrów technicznych.

e) Odwołujący pragnie zauważyć, iż nie można uznać, że Wykonawca wyjaśnił cenę swojej oferty, wówczas gdy na zaledwie kilku kartach komentarza do załączonych dowodów stwierdza w sposób niezwykle ogólny m.in.:

- „wycena naszej oferty oparta jest na wieloletnim doświadczeniu w realizacji zamówień o podobnym charakterze”,
- „...także na doświadczeniu pozyskanym podczas realizacji usług dla GDDKIA Oddział w Katowicach w latach 1990 - nadal”
- „Zdobyte wieloletnie doświadczenie - znacznie przewyższające zakresem to, które wymagane jest przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu umożliwiło rzetelne oszacowanie niezbędnych nakładów rzeczowych i finansowych”,
- „nasza kalkulacja została oparta na otrzymanej ofercie od firmy Zakład Wielobranżowy HEDAR”,
- „Nasze doświadczenie pozwala na optymalizację czasu pracy operatorów sprzętu ZUD”,
- „koszty stałe - związane z zatrudnieniem pracownika na pełny etat na umowę o pracę są relatywnie niższe, gdyż koszt ich zatrudnienia rozkłada się również na inne przedsięwzięcia członków Konsorcjum”,
- „część sprzętu ZUD wykorzystywany jest poza sezonem zimowym do innych celów prowadzonej działalności”.

Takie wyjaśnienia nie czynią zadość regułom wykształconym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i doktrynie i jako nieczyniące zadość wezwaniu, niewyjaśniające ceny oferty winny zostać potraktowane jako niezłożone, co w kontekście art. 90 ust. 3 ustawy pzp i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp skutkować winno odrzuceniem oferty z powodu zbyt niskiej ceny oferty.

f) Umowy o prace przedłożone przez Konsorcjum jako dowód.

Podkreślić należy, iż złożone wraz z wyjaśnieniami umowy o pracę nie mogą stanowić dowodu, co kluczowe, rzetelnego i miarodajnego wynagrodzenia kierowców zatrudnianych przez Konsorcjum.

Jak wynika bowiem z ich treści, umowy te to tzw. umowy na okres próbny, które, co jest

okolicznością niesporną, wielokrotnie cechuje niższa stawka wynagrodzenia.

Po wtóre, co jest również istotne, żadna z przedłożonych umów w momencie składania ofert już nie obowiązywała albowiem kończyły się one odpowiednio: 2, 18, 21 i 31 sierpnia 2020 r.

Tym samym trudno uznać by umowy o pracę z pracownikami, którzy na moment składania wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1a pkt 2 ustawy pzp nie pracowali u Wykonawcy mogły uwiarygadniać ceny, którymi Wykonawca ten posługiwał się w swej ofercie.

Pytaniem zasadniczym, które należy sobie zadać jest to dlaczego Konsorcjum nie przedłożyło umów zawartych na „czas określony” lub „nieokreślony”, a przede wszystkim umów trwających jeszcze w trakcie procedury wyjaśniania ceny oferty.

W ocenie Odwołującego się przedłożenie takich dokumentów (dowodów) utrudniłoby uwiarygodnienie też, według których kierowcy pojazdów specjalnych (pługów autostradowych ze specjalnymi zestawami do płużenia) zarabialiby minimalne wynagrodzenie.

g) „Optymalizowanie” kosztów kontraktu, poprzez jego wykonywanie przez pracowników zatrudnionych przy realizacji innych zadań.

Jednym z „rozwiązań” Konsorcjum na obniżenie kosztów kontraktu jest wykorzystywanie do jego obsługi pracowników Wykonawcy realizujących inne zadania (vide pkt 4 wyjaśnień z 25 września 2020 r., i pkt 1 wyjaśnień z dnia 23 października 2020 r. oraz umowy nr GI.272.5.2020 z dnia 29 czerwca 2020 r. oraz umowa nr PZD 2222.48.2019).

Po pierwsze przedłożone wraz z wyjaśnieniami z dnia 23 października 2020 r. umowy to dowody „nowe”, których nieprzedłożenie na pierwotnym etapie wyjaśniania ceny poddaje w wątpliwość możliwość ich wykorzystania i przyjęcia za podstawę wyjaśnień, o czym będzie mowa dalej.

Po wtóre, pkt 4 wyjaśnień z 25 września 2020 r., w żaden sposób nie konkretyzuje „systemu” Konsorcjum na optymalizowanie kosztów związanych z wykorzystaniem pracowników pracujących w innych lokalizacjach. Omawiany fragment jest niezwykle ogólny, w związku z powyższym nie ma możliwości „dopytywania” o niego w wezwaniu „powtórny” i konsekwentnie nie ma możliwości rozwijania nowego wątku i składania nowych dowodów w wyjaśnieniach z dnia 23 października 2020 r.

Dlatego wskazać należy, że w omawianym „wątku wyjaśnień” brak jest jakichkolwiek szczegółów, jak taka „optymalizacja” miałaby wyglądać. Pomimo, iż wątek ten nie powinien być kontynuowany (rozwijany, nadbudowywany w wyjaśnieniach z 23 października 2020 r.) szczegółów tej „optymalizacji” brakuje i w następnych wyjaśnieniach, a to m.in. w zakresie :

- sposobu przemieszczania się pracowników pomiędzy kontraktami,
- kosztów przemieszczania się pracowników,
- czasu, w którym pracownicy uzyskają zgodną z dokumentacją postępowania „zdolność do podjęcia czynności na autostradzie A1”,

- nie wskazano dokładnego miejsca realizacji prac niezwiązanych z ZUD, z których Konsorcjum mogłoby alokować kierowców (w wyjaśnieniach z dnia 25 września w ogóle nie było żadnych nawet przybliżonych lokalizacji),
- nie odniesiono się do tego czy SIWZ obecnego postępowania i umów już trwających pozwalają w każdej chwili na taką alokację,
- nie dokonano w wyjaśnieniach analizy zaproponowanego rozwiązania pod kątem przepisów prawa pracy w szczególności zaś czasu pracy pracowników,
- nie wskazano ilości pracowników oddelegowanych do pracy w takim trybie.

Zdaniem Odwołującego tak ogólne założenia nie mogą się ostać i nie zasługują na dalsze wyjaśnianie, albowiem narusza to treść art. 7 ust. 1 i 3 ustawy PZP. (...)

W kontekście powyższego, Odwołujący pragnie uzupełniająco zakwestionować także możliwość „douzupelnienia” złożonych dnia 25 września 2020 r. wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1a pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy pzp. Poza sporem pozostaje, iż w niektórych wypadkach możliwe jest wielokrotne wzywianie Wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego do wyjaśnień ceny oferty. Kwestią kluczową jednakowoż, na którą należy zwrócić uwagę - także w ocenianym stanie faktycznym - jest, czy Wykonawca „zasłużył” na taki przywilej po złożeniu pierwszych wyjaśnień oraz jaka jest zawartość wyjaśnień składanych w ramach procedury „uzupełniającej” wyjaśnienia.

Przenosząc przywołane orzecznictwo (...) na płaszczyznę ocenianego stanu faktycznego oraz oceniając czynności Zamawiającego przez pryzmat w/w wyroków warto wskazać co następuje:

- a) Konsorcjum nie powinno zostać wezwane do uzupełnienia złożonych wyjaśnień, albowiem już te z dnia 25 września 2020 r. kwalifikowały się do zastosowania art. 90 ust. 3 ustawy pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP z powodu ich ogólności, nieprecyzyjności i abstrakcyjności, a także nieuczynieniu zadość wezwaniu Zamawiającego z dnia 21 września 2020 r.,
- b) Nawet gdyby przyjąć, iż Zamawiający mógł zastosować procedurę ponownego wezwania do wyjaśnienia ceny oferty Konsorcjum to nie mógł, o co wnioskował w wezwaniu, żądać nowych dowodów i wyjaśnień (...),
- c) Konsorcjum winno więc ewentualnie odnieść się do informacji już przekazanych Zamawiającemu, dowodów już będących w jego posiadaniu (...),
- d) Konsorcjum tymczasem przedłożyło zupełnie nowe dowody: karty pracy piaskarek, zestawienia tabelaryczne, zakresy obowiązków pracowników firmy LARIX sp. z o.o., Licencje na wykonywanie transportu, faktury wraz ze zleceniami, umowy firmy LARIX SP. z o.o., które pominiawszy niewielką wartość dla wyjaśnienia ceny oferty mogły być złożone wcześniej (wraz z pierwotnymi wyjaśnieniami z dnia 25 września 2020 r.),

a przede wszystkim nie stanowiły doprecyzowania informacji wyjaśnień już istniejących, lecz dla zamawiającego nieczytelnych.

- e) Kwestią istotną, na którą pragnie zwrócić uwagę Odwołujący, jest również fakt, że kalkulacje zawarte w piśmie z dnia 23 października 2020 r, nie stanowią „wyjaśnienia” okoliczności niejasnych, ale „rozwińcie” wyjaśnień o zupełnie nowe wyliczenia, dane, których pierwotnie nie było w wyjaśnieniach z dnia 25 września 2020 r., choć zgodnie z treścią wezwania powinny się tam znaleźć.

(...)

Wprowadzenie w błąd zamawiającego.

Wśród przedłożonych dokumentów i oświadczeń Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia złożyli - na potwierdzenie spełniania warunku zawartego w Tomie I Rozdziale 1 pkt 7.2.3. SIWZ - „Wykaz usług” w którym w pkt 1 i 2 kolumny nr 1 („Lp”) wykazali doświadczenie podmiotu, na zasoby którego powoływali się. W dokumencie tym wskazano, iż Zakład Wielobranżowy Hedar H. Ł. zrealizował wylistowane w „Wykazie usług” zamówienia, odpowiednio na pełne kwoty 5.278.035,51 złotych brutto (tj. 4.887.069,92 złotych netto) dla pierwszego z zadań oraz 5.189.169,44 złotych brutto (tj. 4.804.786,52 złotych netto). (...)

Analiza treści referencji załączonych do „Wykazu usług” wskazuje, że zarówno zadanie wskazane jako DOZ. 1 jak i DOZ. 2 realizowane było przez Konsorcja Wykonawców (Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia). W obu przypadkach w skład tych Konsorcjów wchodziło 5 podmiotów, w tym podmiot Zakład Wielobranżowy Hedar H. Ł. - udostępniający zasoby Wykonawcom wspólnie ubiegającym się o zamówienie tj. Hedar Centrum Serwisowe sp. z o.o. oraz PHU Larix sp. z o.o.

Również z treści obu załączonych do „Wykazu usług” referencji wynika, że zadań nie realizował jeden podmiot ale ich grupy (... Konsorcjum wykonywało (a więc wszyscy jego członkowie - przyp. Odwołującego) do dnia dzisiejszego wyżej wymienione usługi w sezonach zimowych 2017/2018, 2018/2019, 2019/2020 na ogólną wartość”).

Poza sporem więc pozostaje, iż zadeklarowanych w „Wykazie usług” zadań nie wykonywał sam Zakład Wielobranżowy Hedar H. Ł., ale Konsorcjum, a więc to Konsorcjum, a konkretnie jego członkowie nabywali doświadczenie w zakresie realizowanym przez każdego z nich (także co do kwoty).

Podobne okoliczności wynikają z zawartych przez GDDKIA O/Katowice umów, w posiadaniu których jest aktualnie Odwołujący (nr O.KA.D-3.2413.45.2017 cz.5 z dnia 17 listopada 2017 r. oraz O.KA.D-3.2413.45.2017 cz.6 z dnia 30 listopada 2017 r.).

Dla przykładu wskazać trzeba, iż z § 8 ust 1 umowy O.KA.P-3.2413.45.2017 cz.5 z dnia 17 listopada 2017 r. wynika, iż „Przedstawicielem Wykonawcy” i „koordynatorem usług zimowego utrzymania dróg” jest Pan B. Ł. z firmy Zakład Wielobranżowy „DRÓG - BUS” Ł.

B., który w imieniu Wykonawców wspólnie realizujących te Urnowe sygnował. Przy okazji wskazać należy, iż informacja ta jest sprzeczna z oświadczeniem Wykonawcy w aktualnie badanym postępowaniu (złożonym w piśmie z dnia 16 grudnia 2020 r.) w którym stwierdza się „Pan H. Ł. pełnił funkcję koordynatora, w ramach której koordynował wszelkie prace związane z realizacją umowy”.

Z kolei w tym samym § 8 ust. 1 umowy O.KA.D-3.2413.45.2017 cz.6 z dnia 30 listopada 2017 r., a więc drugiej ze wskazanych umów, w „Wykazie” podano, iż „Przedstawicielem Wykonawcy” - koordynatorem zimowego utrzymania dróg jest „Pan Z. W. (...)”, co jednoznacznie wskazuje, że Przedstawicielem Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia był pracownik Lidera Konsorcjum — F.T.U.H AN-BUD A. I. (...). Podobnie jak w przypadku umowy wymienionej wcześniej, również i tu jako „koordynatora zimowego utrzymania dróg” wskazano nie Pana H. Ł., a inną osobę, co także stoi w sprzeczności z oświadczeniem z pisma z dnia 16 grudnia 2020 r.(dla umowy O.KA.D-3.2413.45.2017 cz.6 z dnia 30 listopada 2017 r.). (...)

Weryfikacja „należytej staranności” w przypadku podmiotów zawodowo prowadzących działalność gospodarczą jest oczywiście surowsza od staranności ogólnie wymaganej, ponieważ w istotę działalności gospodarczej wkomponowane jest wymaganie niezbędnej wiedzy fachowej, obejmującej nie tylko czysto formalne kwalifikacje, ale także doświadczenie wynikające z praktyki zawodowej oraz ustalone zwyczajowo standardy wymagań (...)

Fakt, iż podmiot „udostępniający zasoby” nie zrealizował sam wylistowanych w „Wykazie usług” wynika z dokumentów referencji, umów omawianych powyżej, konstrukcji Konsorcjum - gdzie podmiot ten nie był nawet „Liderem” oraz innych okoliczności.

Podobnie z treści pisma z dnia 16 grudnia 2020 r, wynika, iż Wykonawca Hedar Centrum Serwisowe SP z o.o. oraz PHU Larix sp. z o.o. wiedział, że umowa nr O.KA.D-3.2413.45.2017 cz.6 z dnia 30 listopada 2017 r. „realizowało” kilka podmiotów.

Co istotne a co nie powinno uciec uwadze, istnieje tożsamość podmiotowa pomiędzy właścicielem Hedar Centrum Serwisowe SP Z o.o., które tworzy Konsorcjum z Larix SP z o.o. – H. Ł., a właścicielem Zakład Wielobranżowy Hedar, którym jest także H. Ł. (jest to ta sama osoba, siedziby firm znajdują się pod tym samym adresem - ul. Hutnicza 3, 43 - 170 Łaziska Górnej. Trudno więc zakładać, iż nie wiedział on w jaki sposób realizowane były usługi, w których jego firma uczestniczyła „wspólnie konsultowali i uzgadniali wszelkie podejmowane decyzje w kwestiach organizacyjnych, logistycznych i innych związanych z Umowa”.

W świetle powyższego w ocenie Odwołującego wystąpiły przesłanki do zastosowania przez Zamawiającego zarówno art. 24 ust 1 pkt 16 ustawy pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy pzp oraz 22d ust 1 ustawy pzp i art. 7 ust 1 i 3 ustawy pzp, jak i art. 24 ust 1 pkt 17 ustawy pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy pzp oraz art. 22d ust 1 ustawy pzp art. 7 ust 1 i 3

ustawy pzp. (...)

Informacja wskazana w „Wykazie usług” miała istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, bo jak wskazano na jej podstawie ugruntował się on w przekonaniu, iż „podmiot udostępniający zasoby” sam wykonał usługi za zadeklarowane w „Wykazie” kwoty, i w konsekwencji Zamawiający uznał, iż spełniony zastał „kwotowy element warunku” z Tomu I Rozdziale 1 pkt 7.2.3 SIWZ (zrealizowana została usługa za ponad 4.000.000 złotych netto).

(...) W załączonym w dniu 9 listopada 2020 r. „Wykazie usług” brak jest następujących informacji, które mogą potwierdzić spełnianie przez Wykonawcę zakreślonego warunku:

a) Zarówno z „Wykazu usług” jak i złożonych w dniu 16 grudnia 2020 r. w trybie art. 26 ust 4 ustawy pzp wyjaśnień nie wynika, czy prace wylistowane w pkt 1 i 2 (kolumny 1 „Lp”) wykonano na drogach, które mają co najmniej kategorii GP,

b) Z treści „Wykazu usług” nie wynika czy realizowane prace wskazane w pkt 1 i 2 (kolumny 1 „Lp”) wpisują się w definicję „zimowego utrzymania”, które swoim zakresem - zgodnie z definicją zawartą na str. 6 SIWZ - winno obejmować „odśnieżanie, zapobieganie powstawania śliskości, likwidowanie śliskości na drogach”. Również nie wyjaśnia kwestii powyżej pismo Wykonawcy z dnia 16 grudnia 2020 r., które stanowi odpowiedź na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust 4 ustawy pzp. Z dokumentu tego nie dowiadujemy się bowiem - na zadane pytanie dotyczące zakresu prac usług wykazanych w „Wykazie” - czy obejmował on „zapobieganie śliskości na drogach” jeden z trzech elementów koniecznych dla uznania danej usługi za „zimową” wg Zamawiającego. W tym miejscu z ostrożności wskazać należy, iż skoro Zamawiający korzysta z trybu art. 26 ust 4 ustawy pzp to nie znajduje się w „posiadaniu” dokumentów i oświadczeń, o których mowa w art. 26 ust 6 ustawy pzp.

Kwestią odrębną, którą należy omówić osobno - jest zagadnienie związane z zadeklarowaniem przez Konsorcjum, iż podmiot na zasoby którego Wykonawca powołuje się zrealizował wylistowane w „Wykazie usług” zamówienia odpowiednio na kwoty 5.278.035,51 złotych brutto (tj. 4.887.069,92 złotych netto) dla pierwszego z zadań oraz 5.189.169,44 złotych brutto (tj. 4.804.786,52 złotych netto).

Zdaniem Odwołującego wskazanie przez Konsorcjum wartości powyższych - celem potwierdzenia spełnienia warunku należy zakwalifikować przynajmniej jako „przedstawienie w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia”, co skutkować winno wykluczeniem Wykonawcy z postępowania.

Jak wynika bowiem z referencji załączonych do „Wykazu usług” zarówno zadanie wskazane jako poz. 1 jak i poz. 2 realizowane było przez Konsorcja Wykonawców. W obu przypadkach

w skład tych Konsorcjów wchodziło 5 podmiotów, w tym podmiot udostępniający zasoby Wykonawcom wspólnie ubiegającym się o zamówienie tj. Hedar Centrum Serwisowe sp. z o.o. oraz PHU Larix sp. z o.o. (...)

Z powyższego wynika, że usług nie wykonywał sam Zakład Wielobranżowy Hedar H. Ł., ale Konsorcjum, a więc to Konsorcjum, a konkretnie jego członkowie nabywali doświadczenie w zakresie realizowanym przez każdego z nich (także co do kwoty). (...)

Powyższe oznacza więc, że podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia nie może powoływać się na doświadczenie całej grupy Wykonawców w ramach której realizował wcześniej zamówienie.

Skoro tak jest to również podmiot „udostępniający zasoby” - jak Zakład Wielobranżowy Hedar H. Ł. - nie może udostępniać „wiedzy i doświadczenia”, które w ramach wykazanych realizacji nr 1 i 2 nabyło szereg podmiotów, co jest okolicznością bezsporna, a potwierdzoną chociażby brzmieniem referencji. Analogicznie podmiot ten nie może wskazywać, iż zrealizował prace za określona kwotę - celem spełnienia warunku - podczas gdy w istocie kwota ta ulega podziałowi pomiędzy członków Konsorcjum.

Ponieważ trudno uznać by „podmiot zawodowo zajmujący się utrzymywaniem dróg” nie dostrzegł okoliczności, iż wykazane usługi realizował w strukturze Konsorcjum, to przypisywanie sobie przez niego pełnego kwotowo zakresu robót należy rozpatrywać przynajmniej w kontekście art. 24 ust 1 pkt 17 ustawy PZP.

Gdyby Izba jednak uznała, iż zarzut powyższy nie zasługuje na uwzględnienie, konieczne staje się wówczas zastosowanie przez Zamawiającego w pierwszej kolejności art. 26 ust 4 ustawy pzp, a następnie art. 26 ust 3 ustawy pzp i „uzupełnienie Wykazu usług”, albowiem ten niewątpliwie nie odzwierciedla stanu faktycznego.”

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tj. Hedar Centrum Serwisowe sp. z o.o. oraz PHU Larix sp. z o.o.,
2. odrzucenia oferty ww. konsorcjum,
3. dokonania ponownego badania złożonych ofert,
oraz alternatywnie o:
4. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez ww. konsorcjum,
5. dokonania ponownego badania złożonych ofert,
6. wezwania ww. konsorcjum do złożenia wyjaśnień w zakresie dotyczącym spełniania warunku zakreślonego w Tomie I Rozdziale 1 pkt 7.2.3. SIWZ, wykazywanego przez konsorcjum w „Wykazie usług”.

Pismem z dnia 15.01.2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Hedar Centrum Serwisowe, ul. Hutnicza 3, 43-170 Łaziska Górne oraz PHU LARIX sp. z o.o., ul. Klonowa 11, 42-700 Lubliniec (dalej: „przystępujący”), zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 10.02.2021 r. zamawiający przekazał odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest zimowe utrzymanie autostrady A1 administrowanej przez GDDKiA Oddział w Katowicach w sezonach zimowych 2020/2021, 2021/2022, 2022/2023 na terenie Rejonu w Częstochowie. Zakres zamówienia obejmuje zimowe utrzymanie autostrady A1, chodników, ścieżek rowerowych, kładek dla pieszych znajdujących się w poprzek autostrady na terenie Rejonu w Częstochowie. Zimowe utrzymanie będzie odbywać się przy pomocy:

- a) zestawu autostradowego / nośnika z solarką i pługami wykonawcy - w ilości 4 kompletów,
- b) nośnika z solarką i pługiem wykonawcy w ilości - 8 kompletów,
- c) ładowarki z obsługą wytwórni solanki w ilości - 1 komplet.

Wartość szacunkowa zamówienia powiększona o podatek VAT, po zaktualizowaniu, wynosi 10.429.554,38 zł brutto. Średnia arytmetyczna cen ofert wynosi 7.703.182,00 zł brutto. Przystępujący złożył ofertę z ceną 5.721.345,00 zł brutto. Oznacza to, że cena oferty przystępującego jest niższa o ok. 45% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT oraz o ok. 26% od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert.

W pkt 7.2.3. siwz zamawiający wskazał, że wykonawca zdolny do należytego wykonania zamówienia to taki, który wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub wykonuje:

1 (jedno) zamówienie (umowę) obejmujące swym zakresem lub polegające na zimowym utrzymaniu dróg klasy co najmniej GP, przez okres co najmniej 2 (dwóch) sezonów zimowych, o wartości zamówienia co najmniej 4.000.000,00 PLN netto (słownie złotych: cztery miliony).

W przypadku zamówienia wykonywanego (trwającego) wykonawca musi wykazać, że usługa zimowego utrzymania dróg klasy co najmniej GP obejmowała co najmniej 2 sezony zimowe, które zostały zakończone w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert.

Za usługę zimowego utrzymania zamawiający uzna prace obejmujące odśnieżanie, zapobieganie powstawania śliskości, likwidowania śliskości na drogach.

Za jeden sezon zimowy należy rozumieć okres co najmniej czterech kolejnych miesięcy kalendarzowych pomiędzy listopadem danego roku a marcem następnego roku. Jako jedno zamówienie należy rozumieć jedną umowę.

Za drogę zamawiający uzna drogę w rozumieniu ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz.U, z 2020 r., poz. 470 ze zm.).

Pismem z dnia 21.09.2020 r. zamawiający, na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 2 ustawy Pzp, wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w sprawie ceny jego oferty „wraz z przedłożeniem dowodów np. w postaci kalkulacji cenowej z rozbiem poszczególnych elementów cenotwórczych, ofert podwykonawców”. Zamawiający zapytał też, jakie elementy (czynniki) dostępne wykonawcy miały wpływ na wysokość zaoferowanej ceny oferty, w tym cen jednostkowych określonych w Formularzu cenowym załączonym do oferty, jak też wezwał do wskazania czynników, które wykonawca uzna za istotne „mając na uwadze m.in. zaangażowanie osobowe, rzeczowe, sprzętowe, finansowe i związane z tym niezbędne do poniesienia koszty”.

Pismem z dnia 25.09.2020 r. przystępujący złożył wyjaśnienia, które zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa i do których dołączył:

- 1) kalkulacje uśrednionej ceny jednostkowej ryczału miesięcznego zimowego utrzymania dróg dla poszczególnych jednostek sprzętowych ZUD oraz 1 km,
- 2) kopie referencji,
- 3) wydruki z tabeli amortyzacyjnych,
- 4) kopię umowy na dostawę paliwa z PKN ORLEN S.A. wraz z fakturami,
- 5) ofertę podwykonawcy,
- 6) umowę z podwykonawcą,
- 7) kopie umów o pracę.

Pismem z dnia 19.10.2020 r. zamawiający ponownie wezwał przystępującego, na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 2 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny zawartych w przedłożonych dokumentach, „tj. w zakresie:

- 1) poz. 3 „Robocizna: stawka operatora + obsługa komputera” dla kalkulacji dotyczącej „nośnik z solarką Wykonawcy i pługiem Wykonawcy” (kalkulacja_1);
- 2) poz. 3 „Robocizna: stawka operatora + obsługa komputera” dla kalkulacji dotyczącej „nośnik z solarką Wykonawcy i pługiem Wykonawcy” (kalkulacja_2);
- 3) poz. 3 „Robocizna: stawka operatora + obsługa komputera” dla kalkulacji dotyczącej „nośnik z solarką Wykonawcy i pługiem Wykonawcy” (kalkulacja_3);
- 4) poz. 3 „Robocizna: stawka operatora + obsługa komputera” dla kalkulacji dotyczącej „nośnik z solarką Wykonawcy i pługiem Wykonawcy” (kalkulacja_4);
- 5) poz. 3 „Robocizna: stawka operatora + obsługa komputera” dla kalkulacji dotyczącej „zestaw autostradowy: nośnik z solarką i pługiem /czołowy + boczny/ Wykonawcy” (kalkulacja_5);
- 6) poz. 3 „Robocizna: stawka operatora + obsługa komputera” dla kalkulacji dotyczącej „zestaw autostradowy: nośnik z solarką i pługiem /czołowy + boczny/ Wykonawcy” (kalkulacja_6);
- 7) oferta podwykonawcy i umowa z podwykonawcą H. Ł. prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą Zakład Wielobranżowy „HEDAR”;

W zakresie kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia dotyczyły całkowitej ceny oferty i nie rozwiąły wątpliwości Zamawiającego co do właściwego skalkulowania przez Wykonawcę ceny w zakresie kosztów pracy wskazanych w ww. pozycjach kosztorysów przedstawionych przez Wykonawcę. Zamawiający wskazuje, że zgodnie z SIWZ (§ 5 ust. 1 projektu umowy) „Czas dyspozycji personelu Wykonawcy w sezonie zimowym powinien wynosić 24 godziny na dobę”.

Pismem z dnia 23.10.2020 r. przystępujący złożył wyjaśnienia, które zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa i do których dołączył:

- 1) karty pracy piaskarek – 15 sztuk,
- 2) zestawienie tabelaryczne,
- 3) zakres obowiązków na stanowisku kierowca mechanik obowiązujący w firmie Zakład Wielobranżowy HEDAR,
- 4) zakres obowiązków na stanowisku kierowca obowiązujący w firmie LARIX,
- 5) licencję na wykonywanie transportu międzynarodowego firmy Zakład Wielobranżowy HEDAR,
- 6) licencję na wykonywanie transportu firmy LARIX,
- 7) faktury wraz ze zleceniami firmy Zakład Wielobranżowy HEDAR – 3 SZT,

- 8) umowy firmy LARIX – 3 szt.,
- 9) wydruk z KRS firmy LARIX,
- 10) wydruk z CEIDG firmy Zakład Wielobranżowy HEDAR.

Pismem z dnia 14.12.2020 r. zamawiający odtajnił wyjaśnienia przystępującego wraz z załącznikami.

Pismem z dnia 05.11.2020 r. zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał przystępującego do złożenia stosownych oświadczeń i dokumentów. Następnie, pismem z dnia 14.12.2020 r. zamawiający, m.in. wezwał przystępującego, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu spełnienia warunku doświadczenia. Zamawiający stwierdził bowiem, że wykazane w ramach doświadczenia usługi, były wykonane przez podmiot udostępniający zasoby, który wykonywał je w ramach konsorcjum. W związku z tym zamawiający zapytał:

„1. Proszę o wskazanie, jaki był faktyczny zakres prac wykonanych przez Zakład Wielobranżowy HEDAR H. Ł. przy realizacji:

- Zamówienia nr 1: Zimowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Katowicach z podziałem na części Część 5 Zimowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Rejon w Zabrze;

- Zamówienia nr 2 pn.: Zimowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Katowicach z podziałem na części - Część 6 Zimowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Rejon w Zawierciu,

Proszę o wskazanie dokładnego zakresu rzeczowego, które zostały wykonane przez Zakład Wielobranżowy HEDAR H. Ł. przy realizacji ww. zamówień.

2. Proszę o wskazanie zakresu prac, które Wykonawca zamierza powierzyć Zakład Wielobranżowy HEDAR H. Ł. na podstawie umowy podwykonawczej, przy realizacji niniejszego zamówienia.

3. Proszę o wskazanie, w jaki sposób Wykonawca zorganizuje swoją współpracę z Zakład Wielobranżowy HEDAR H. Ł. w celu zapewnienia realnego wykorzystania przekazanych zasobów przy realizacji niniejszego zamówienia.”

Pismem z dnia 16.12.2020 r. przystępujący wskazał, że dokumenty potwierdzające jego doświadczenie są w dyspozycji zamawiającego, gdyż wskazane w wykazie usługi były realizowane na jego rzecz, jak też dodał:

Co do usługi wykonywanej w Rejonie Zabrze - „Zakład Wielobranżowy Hedar H. Ł. realizował w sposób ciągły umowę w sezonach zimowych 2017/2018; 2018/2019, 2019/2020 i realizuje nieprzerwanie do nadal, tj. zapewniając wymagany sprzęt służący do Zimowego

Utrzymania Dróg wraz z obsługą operatorską, a mianowicie: solarki i pługi czołowy i boczny – tzw. zestaw autostradowy, solarki, pługi , UNIMOG, ładowarki.

Zakład Wielobranżowy Hedar H. Ł. odpowiadał również za odśnieżanie chodników, ścieżek rowerowych, kładek dla pieszych, a także ustawienie, utrzymanie i demontaż zasłon przeciwnieźnych.

Zakład Wielobranżowy HEDAR H. Ł. realizował prace polegające na: odśnieżaniu dróg sprzętem ZUD, usuwaniu śliskości – zgodnie z dyspozycjami dyżurnych poszczególnych Obwodów Drogowych. Na OD Brzezinka i OD Racibórz uczestniczył w wykonywaniu usługi polegającej na odśnieżaniu i zimowym utrzymaniu chodników i ciągów pieszo – rowerowych.

Realizował obsługę wytwórni solanki oraz usługę ładowarką polegającą na pracach załadunkowych soli i solanki.”

Co do usługi wykonywanej w Rejonie Zawiercie – „Zakład Wielobranżowy HEDAR H. Ł. realizował prace polegające na: odśnieżaniu dróg sprzętem ZUD, usuwaniu śliskości – zgodnie z dyspozycjami dyżurnych poszczególnych Obwodów Drogowych.

Realizował obsługę wytwórni solanki oraz usługę ładowarką polegającą na pracach załadunkowych soli i solanki.”

Co do udostępnienia zasobów – „Zakład Wielobranżowy HEDAR H. Ł. zapewni sprzęt zimowego utrzymania dróg wraz z obsługą operatorską, a mianowicie:

- 1) Nośnik z solarką i pługiem Wykonawcy– 4 szt. wraz z obsługą operatorską
- 2) Zestaw autostradowy, tj. nośnik z solarką i pługami (czołowy i boczny) Wykonawcy – 2 szt. wraz z obsługą operatorską
- 3) Ładowarka z obsługą wytwórni solanki – 1 szt. wraz z obsługą operatorską

W/w podwykonawca będzie realizował prace polegające na: odśnieżaniu dróg sprzętem ZUD, usuwaniu śliskości – zgodnie z dyspozycjami dyżurnych Obwodu Drogowego, oraz zgodnie z wytycznymi zawartymi w Specyfikacji Technicznej. Uczestniczył będzie w wykonywaniu usługi polegającej na odśnieżaniu i zimowym utrzymaniu chodników i ciągów pieszo – rowerowych.

Będzie realizował obsługę wytwórni solanki oraz usługę ładowarką polegającą na pracach załadunkowych soli i solanki. (...)”

Pismem z dnia 31.12.2020 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019).

Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowaną czynność zamawiającego. W tym zakresie Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego i przystępującego o braku interesu odwołującego we wniesieniu odwołania z powodu tego, że jego oferta jest sklasyfikowana na ostatnim miejscu w rankingu ofert. Należy zauważyć, że w świetle przepisów obowiązujących w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj. art. 25a oraz art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, a także w sytuacji zastosowania przez zamawiającego tzw. procedury odwróconej, o której mowa w art. 24aa ustawy Pzp, zamawiający bada pod kątem podstaw wykluczenia i spełnienia warunków udziału w postępowaniu jedynie tego wykonawcę, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza. Tym samym tylko w stosunku do niego i jego oferty inni wykonawcy są w stanie sformułować ewentualne zarzuty w odwołaniu. Nie jest to możliwe w stosunku do wykonawców, których oferty zostały sklasyfikowane na pozycji drugiej, trzeciej, itd., skoro nie została wobec nich przeprowadzona jeszcze procedura badania (i nie wiadomo, czy do niej dojdzie). Wobec powyższego, także wykonawca, którego oferta została sklasyfikowana na dalszych pozycjach rankingu ofert, w tym nawet na ostatniej pozycji, może kwestionować w odwołaniu wybór najkorzystniejszej oferty, nie wnosząc jednocześnie zarzutów wobec innych ofert. Wykonawca taki ma bowiem interes w tym, aby w wyniku uwzględnienia odwołania, została unieważniona czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i aby zwiększyły się tym samym jego szanse na wybór jego oferty. Dlatego też Izba stwierdziła, że odwołujący w niniejszej sprawie wykazał interes we wniesieniu odwołania i rozpoznała to odwołanie.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego ceny rażąco niskiej, należy zauważyć, że zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów,

zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zgodnie z art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

- 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
- 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, zaś zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ponadto zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W świetle wyżej cytowanych przepisów, w pierwszej kolejności należy stwierdzić, co nie jest też sporne pomiędzy stronami, że zamawiający zasadnie wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny jego oferty. Cena ta bowiem była o ponad 30% niższa od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług. Sytuacja taka została przez ustawodawcę uznana za zawsze budzącą wątpliwości i

wymagającą obligatoryjnie uzyskania od wykonawcy wyjaśnień. Jednocześnie należy podkreślić, że ani fakt wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, ani różnica procentowa między ceną oferty a wskaźnikami, o których mowa w art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, nie przesądzają o tym, że cena ta jest rażąco niska. Dopiero złożone przez wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami, stanowią podstawę do dokonania oceny w tym zakresie.

Należy także dodać, że zamawiający może w wezwaniu do złożenia wyjaśnień ograniczyć się do przytoczenia treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, ale może także wskazać wykonawcy konkretne kwestie, które budzą jego wątpliwości. Każdorazowo odpowiedź wykonawcy powinna uwzględniać treść wezwania, czyli zawierać informacje w tym zakresie, który został wskazany w wezwaniu, jak też zawierać odpowiedzi na te pytania, które zostały zadane. Nie można zatem czynić wykonawcy zarzutu z faktu, że nie zawarł on w wyjaśnieniach informacji, o które nie był wzywany.

W niniejszej sprawie zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w sprawie ceny jego oferty „wraz z przedłożeniem dowodów np. w postaci kalkulacji cenowej z rozbiciem poszczególnych elementów cenotwórczych, ofert podwykonawców”. Zamawiający zapytał też, jakie elementy (czynniki) dostępne wykonawcy miały wpływ na wysokość zaoferowanej ceny oferty, w tym cen jednostkowych określonych w Formularzu cenowym załączonym do oferty, jak też wezwał do wskazania czynników, które wykonawca uzna za istotne „mając na uwadze m.in. zaangażowanie osobowe, rzeczowe, sprzętowe, finansowe i związane z tym niezbędne do poniesienia koszty”. Zamawiający wskazał także część okoliczności wymienionych w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i w nawiasie każdą z nich skonkretyzował, np. co do oszczędności metody wykonania zamówienia – „wraz ze wskazaniem gdzie i na jakim etapie te oszczędności zaistnieją oraz w jakiej wysokości”, co do kosztów pracy – „wraz ze wskazaniem, w jaki sposób wykonawca dokonał wyceny powyższych elementów rozliczeniowych - w rozbiciu na poszczególne koszty pracownika i pracodawcy oraz koszty narzutu wykonawcy”, co do podwykonawstwa – „wraz ze wskazaniem w jakim zakresie oraz jakie efekty ekonomiczne przynosi”.

W odpowiedzi na tak sformułowane wezwanie, przystępujący wskazał, co następuje:

- 1) kalkulacja cenowa – Przystępujący wskazał w wyjaśnieniach, że „cena zawiera wszystkie koszty niezbędne i konieczne do poniesienia przez Wykonawcę, w tym w szczególności amortyzacja, koszty remontów bieżących, koszty zatrudnienia, koszty paliwa, koszty pośrednie. Zakłada również zysk w celu realizacji zamówienia zgodnie z wymogami SIWZ”. Dołączył do wyjaśnień kalkulacje cenowe uśrednionej ceny jednostkowej ryczałtu miesięcznego zimowego utrzymania dróg dla 1 kompletu nośnik z solarką wykonawcy i pługiem wykonawcy oraz dla 1 kompletu zestawu autostradowego, nośnik z solarką i pługiem wykonawcy (czołowy + boczny), przy czym we wszystkich kalkulacjach wskazano

koszty amortyzacji, remontów bieżących, robocizny (stawka operatora + obsługa komputera), koszty pośrednie i zysk. Ponadto przystępujący dodał kalkulację uśrednioną ceny jednostkowej za 1 km pracy dla jednostki sprzętowej, w której uwzględniono koszty zużycia paliwa, koszty pośrednie i zysk.

- 2) oferty podwykonawców – Przystępujący wskazał w wyjaśnieniach, że „Uzgodnione przez strony umowy stawki cenowe, za które podwykonawca świadczył będzie usługi ZUD zapewniły Wykonawcy osiągnięcie zysku z każdej jednostki sprzętu ZUD oraz z każdego kilometra”. Przystępujący dołączył do wyjaśnień: ofertę podwykonawcy na świadczenie usług przy pomocy określonych jednostek sprzętowych oraz kopię umowy z podwykonawcą, w której wskazano zobowiązania podwykonawcy oraz ceny ryczałtowe za jeden miesiąc pracy nośników z solarką i pługiem oraz zestawów autostradowych wraz z obsługą operatorską, a także ładowarki z obsługą operatorską.
- 3) oszczędności – Przystępujący nie użył w wyjaśnieniach sformułowania: „Oszczędności zaistnieją”, co by jednoznacznie korespondowało z formą użytą w wezwaniu do złożenia wyjaśnień i byłoby zapewne bardziej jasne dla odwołującego, niemniej jednak wskazał w wyjaśnieniach okoliczności, z których te oszczędności wynikają. Poza umową z ww. podwykonawcą, przystępujący wskazał przede wszystkim na koszty paliwa, które są istotne dla realizacji tej usługi i które jeden z członków konsorcjum przystępującego kupuje po niższych cenach dzięki umowie ramowej zawartej z PKN ORLEN. Przystępujący dołączył do wyjaśnień w tym zakresie umowę z PKN ORLEN oraz fakturę z PKN ORLEN. Ponadto przystępujący wskazał, że sprzęt będący w większości jego własnością został już wcześniej w części zamortyzowany, co pozwala „na zaproponowanie znacznie bardziej konkurencyjnej ceny bez konieczności uwzględniania w niej amortyzacji sprzętu”. Jako dowód przystępujący przedłożył wydruki z tabeli amortyzacyjnych. Przystępujący dodał także, że część sprzętu wykorzystywana jest poza sezonem zimowym do innych celów prowadzonej działalności, dzięki czemu koszty stałe, takie jak: ubezpieczenia, podatki, przeglądy techniczne, koszty bieżącej obsługi i koszty utrzymania, są niższe.
- 4) koszty pracy – przystępujący wskazał w wyjaśnieniach, że: „Nasze doświadczenie pozwala na optymalizację czasu pracy operatorów sprzętu ZUD. Do obsługi tego sprzętu dedykowani są pracownicy na stałe zatrudnieni na stanowisku kierowcy, którzy w okresach ataków zimy, na wezwanie dyżurnych poszczególnych Rejonów delegowani są do pracy jako operatorzy sprzętu ZUD, natomiast w czasie braku opadów śniegu lub dodatnich temperatur wykonują inne zadania dla swoich pracodawców, którzy prowadzą również działalność gospodarczą w innych dziedzinach niezwiązanych z usługami ZUD. Toteż koszty stałe – związane z zatrudnieniem pracownika na pełny etat na umowę o pracę są relatywnie niższe, gdyż koszt ich zatrudnienia rozkłada się również na inne

przedsięwzięcia członków Konsorcjum. Pracownicy, którzy będą brać udział w realizacji przedmiotu zamówienia zatrudnieni są na umowę o pracę z minimalnym wynagrodzeniem za pracę wymagany obowiązującymi przepisami – na dowód przedkładamy przykładowe kopie zanonimizowanych umów o pracę.” Jako dowody dołączył umowy o pracę, które rzeczywiście - jak wskazano w odwołaniu – dotyczą tylko osób zatrudnionych w okresie próbnym.

Z powyższego wynika, że przystępujący odniósł się w wyjaśnieniach do kwestii podniesionych przez zamawiającego, w szczególności przedstawił kalkulacje cenowe i ofertę podwykonawcy (które w wezwaniu były wskazane jedynie jako dowody przykładowe). Wskazał też czynniki (paliwo, amortyzacja, wykorzystanie pracowników i sprzętu poza realizacją tego zamówienia), które – zgodnie z wytycznymi zamawiającego - uznał za istotne „mając na uwadze m.in. zaangażowanie osobowe, rzeczowe, sprzętowe, finansowe i związane z tym niezbędne do poniesienia koszty”. W ocenie Izby, ww. wyjaśnienia przystępującego, poza częścią dotyczącą kosztów pracy, są wystarczające do przyjęcia, że przystępujący rzetelnie skalkulował cenę swojej oferty z uwzględnieniem niezbędnych kosztów oraz możliwych do osiągnięcia oszczędności.

W tym miejscu należy odnieść się do podniesionego w odwołaniu zarzutu dotyczącego niedopuszczalności skierowania do przystępującego drugiego wezwania do złożenia wyjaśnień. W związku z tym należy zauważyć, że zamawiający mają prawo ponowić wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 lub 1a ustawy Pzp, ale mają też obowiązek mieć na uwadze treść art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, który przewiduje podstawowe zasady udzielania zamówień, tj. zachowanie przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W zależności od konkretnych okoliczności faktycznych ponowne wezwanie może wynikać przede wszystkim z braku szczegółowego sformułowania pierwotnego wezwania, czego konsekwencją są również nie dość szczegółowe wyjaśnienia wykonawcy, jak też może dotyczyć sytuacji, kiedy wykonawca już za pierwszym razem udzielił konkretnych, spójnych wyjaśnień, które jedynie w niektórych kwestiach wymagają doprecyzowania czy uzupełnienia. W niniejszej sprawie zachodzi druga z wymienionych sytuacji, ponieważ przystępujący udzielił wyjaśnień zawierających co do zasady informacje wymagane przez zamawiającego, niemniej jednak wymagających doprecyzowania w zakresie dotyczącym kosztów pracy.

W związku z powyższym zamawiający zasadnie wezwał przystępującego po raz drugi do złożenia wyjaśnień, tym razem w celu doprecyzowania sposobu wyliczenia robocizny w kalkulacjach dotyczących nośnika z solarką i pługiem wykonawcy oraz zestawu autostradowego: nośnik z solarką i pługiem (czołowy + boczny) wykonawcy, a także w umowie z podwykonawcą.

W odpowiedzi przystępujący wskazał, że zarówno on, jak i podwykonawca, prowadzą poza zimowym utrzymaniem dróg, także inną działalność gospodarczą, co powoduje, że pracownicy są wykorzystywani nie tylko do zimowego utrzymania dróg, a co za tym idzie - koszt ich zatrudnienia rozkłada się na różne przedsięwzięcia. Na dowód przystępujący dołączył m.in. umowy, zlecenia i faktury, na potwierdzenia prowadzenia również innej działalności przez członka konsorcjum przystępującego i przez podwykonawcę, a także zakresy obowiązków pracowników na potwierdzenie świadczenia przez nich pracy na różnych stanowiskach. Przystępujący wyjaśnił też podstawy prawne, które w jego ocenie, umożliwiają taki sposób wykorzystywania pracowników. Ponadto przystępujący wskazał, jaki jest faktyczny czas świadczenia usługi zimowego utrzymania dróg w miesiącu i na potwierdzenie tego wyliczenia dołączył zestawienie tabelaryczne jako syntezę danych z kart drogowych oraz przykładowe trzy karty pracy piaskarek i obsługujących je operatorów w sezonie zimowym 2019/2020 z podziałem na poszczególne miesiące z Obwodu Drogowego Brzezinka Rejon Zabrze. Na podstawie tych danych oraz najniższej stawki godzinowej za pracę, przystępujący wyliczył koszty pracy i wykazał, że w stosunku do tego wyliczenia przewidział jeszcze naddatek w wysokości ok. 6000 zł.

W ocenie Izby, przystępujący wystarczająco wyjaśnił kalkulację kosztów pracy i wykazał, że koszty te są realne i umożliwiają należyte wykonanie zamówienia. Łącznie zatem, z obu wyjaśnień wynika, że przystępujący kalkulując cenę oferty uwzględnił koszty niezbędne do realizacji zamówienia, wykorzystał zasoby podwykonawcy, własną wiedzę w zakresie rzeczywistego czasu pracy oraz sprzyjające mu okoliczności, takie jak dostępność do paliwa po niższych cenach.

Odwołujący skupia się w odwołaniu przede wszystkim na tych fragmentach wyjaśnień przystępującego lub na tych dowodach, które faktycznie nie mają istotnego znaczenia dla wyjaśnienia ceny oferty, ale jednocześnie odwołujący pomija te z nich, które potwierdzają realność tej ceny. Ponadto odwołujący podnosi zarzuty, które częściowo (jak: normy emisji spalin, numery rejestracyjne, roczniki produkcji sprzętu), dotyczą kwestii zgodności oferty z siwz, a nie rażąco niskiej ceny, a ponadto kwestie te, podobnie jak np. szczegóły relokacji pracowników, nie były przedmiotem wezwań zamawiającego. Odwołujący powołuje się też na orzecznictwo, które jednak nie może być uwzględniane automatycznie, gdyż - biorąc pod uwagę różnice między różnymi rodzajami zamówień - to, co nie jest wystarczającym wyjaśnieniem/dowodem w sprawie jednego zamówienia, może być właściwym wyjaśnieniem i dowodem w przypadku innego zamówienia. Rażąco niska cena oferty nie może być oceniana w oderwaniu od m.in. rodzaju, zakresu, sposobu wykonania, stopnia skomplikowania, czy wartości zamówienia. Tym samym również orzecznictwo dotyczące tej tematyki nie może być stosowane w sposób automatyczny bez uwzględniania realiów danego zamówienia.

W niniejszej sprawie Izba stwierdziła, że wyjaśnienia przystępującego należy uznać za rzetelne, co oznacza, że nie zachodzi podstawa do odrzucenia jego oferty w oparciu o art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, jak też nie zachodzi podstawa do uznania ceny jego oferty za rażąco niską i odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego, odnosząc się do podniesionych przez odwołującego na rozprawie argumentów dotyczących dodatkowych braków w wyjaśnieniach przystępującego (w tym: chodniki, viatolle, GPS, wytworzenie solanki), należy podnieść, że zgodnie z art. 555 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019) Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, natomiast art. 516 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 tejże ustawy stanowi, że odwołanie zawiera wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zwięźle przedstawienie zarzutów oraz wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Z przepisów tych wynika zatem, że samo wskazanie czynności zamawiającego oraz naruszonych przez niego przepisów ustawy nie tworzy zarzutu. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one określają granice rozpoznania odwołania. W związku z tym nowe argumenty wskazujące na inne niż podniesione w odwołaniu braki w złożonych wyjaśnieniach, nie mogą być brane pod uwagę w trakcie rozpoznania odwołania przez Izbę, gdyż byłoby to niezgodne z ww. przepisami. Ponadto w razie uwzględnienia okoliczności niepodniesionych w odwołaniu doszłoby do zachwiania zasady równości stron cechującej kontradyktoryjne postępowanie odwoławcze, gdyż zamawiający lub przystępujący o tym, jakie konkretnie zarzuty są kierowane, dowiadywaliby się dopiero na rozprawie, co uniemożliwiłoby im przygotowanie argumentacji i zgromadzenie ewentualnych dowodów przemawiających na ich korzyść. Dlatego też Izba, rozpoznając odwołanie, pominęła podniesione przez odwołującego na rozprawie nowe argumenty dotyczące złożonych przez przystępującego wyjaśnień, gdyż nie były one zawarte w treści odwołania.

Odnosząc się do drugiego z podniesionych zarzutów, tj. zarzutu dotyczącego wprowadzenia zamawiającego w błąd przy wykazaniu spełnienia warunku zdolności zawodowej i technicznej w zakresie doświadczenia, należy zauważyć, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

16) wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne

kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów,

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

W niniejszej sprawie przede wszystkim nie potwierdził się zarzut odwołującego, zgodnie z którym zamawiający został wprowadzony w błąd, ponieważ przystępujący nie wskazał w wykazie usług, że podmiot udostępniający mu zasoby wykonywał usługi w ramach konsorcjum. Należy zauważyć, że w wykazie usług rzeczywiście nie ma takiej informacji, niemniej jednak do wykazu przystępujący załączył referencje, w których wyraźnie wskazano wszystkich członków konsorcjów, które te usługi wykonywały. Tym samym nie można uznać, że zamawiający został w tym zakresie wprowadzony w błąd. Nie można także uznać, że konsekwencją wykonywania usługi w ramach konsorcjum było wprowadzenie zamawiającego w błąd co do kwestii spełnienia warunku w zakresie wartości usług. Przede wszystkim zamawiający nie mógł zostać wprowadzony w błąd, skoro jak wskazano wyżej, wiedział o wykonywaniu wykazanych usług przez konsorcja, a tym samym musiał być świadomy tego, że podmiot trzeci jako współkonsorcjant mógł nie realizować zamówienia w całości. Jest bowiem faktem notoryjnym, że wykonawcy w ramach konsorcjum zwykle dzielą się zadaniami. Powyższe okoliczności prowadzą do wniosku, że nie zachodzą podstawy wykluczenia przystępującego z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, skoro nie została spełniona przesłanka wprowadzenia zamawiającego w błąd.

Ponadto należy zauważyć, że warunek doświadczenia był skonstruowany w taki sposób, że jedno zamówienie oznaczało jedną umowę, umowa ta miała obejmować zimowe utrzymanie dróg i miała mieć wartość min. 4 mln zł. Tym samym wartość w opisie warunku odnosiła się do umowy, a nie do wykonanego zimowego utrzymania dróg, które miało być jedynie objęte zakresem rzeczowym tej umowy. Abstrahując od zasadności takiego opisu warunku, na obecnym etapie postępowania należy uznać, że przystępujący wykazał jego spełnienie. Skoro bowiem z wyjaśnień przystępującego z dnia 16.12.2020 r. wynika, że podmiot udostępniający zasoby wykonuje zadania zgodne z zakresem rzeczowym zimowego utrzymania dróg wg definicji zawartej w siwz (czyli: odśnieżanie, zapobieganie powstawania śliskości, likwidowania śliskości na drogach), a wartość każdej z wykazanych umów przekracza kwotę 4 mln zł netto, to nie ma podstaw, by uznać, że przystępujący nie wykazał spełnienia warunku. Tym samym w świetle tego warunku, fakt wykonywania usług przez konsorcjum, nie ma znaczenia dla sposobu wykazywania wartości każdej z umów.

Co do kwestii klasy dróg, które nie zostały wskazane ani w wykazie usług ani w referencjach, należy zauważyć, że zarządcą tych dróg jest ten sam zamawiający, przed

którym toczy się przedmiotowe postępowanie. Zgodnie zaś z 26 ust. 6 ustawy Pzp, wykonawca nie jest obowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3, jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz.U. z 2019 r. poz. 700, 730, 848 i 1590). Skoro zamawiający w niniejszej sprawie jest zarządcą dróg, na których były wykonywane wykazane usługi i udzielał także zamówień na te usługi, to niewątpliwie posiada stosowne dokumenty potwierdzające klasę tych dróg, co oznacza, że przystępujący w świetle ww. przepisu był zwolniony z obowiązku podania informacji w tym zakresie.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, że nie zachodzi podstawa do wykluczenia przystępującego z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, jak też nie zachodzi podstawa do wzywania przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie spełnienia przez niego warunku doświadczenia w oparciu o art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, w tym przede wszystkim wezwania zamawiającego oraz składane przez przystępującego wyjaśnienia i dokumenty. Ponadto Izba postanowiła dopuścić dowody złożone na rozprawie w postaci zdjęć maszyn przeznaczonych do wykonywania przedmiotowej usługi oraz wykazu dróg administrowanych przez GDDKiA w obwodzie drogowym w Brzezince.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła, że nie potwierdziły się zarzuty zawarte w odwołaniu. Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodniczący

.....

.....