

**Sygn. akt: KIO 3093/22
KIO 3094/22**

**WYROK
z 9 grudnia 2022 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie 5 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 21 listopada 2022 r. przez wykonawców:

1. R.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Projekt-Bruk R.K. z siedzibą w Łubowie (sygn. akt KIO 3093/22),
2. L.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Transportowo-Uługowo-Handlowe z siedzibą w Łubowie (sygn. akt KIO 3094/22),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu z siedzibą w Poznaniu, przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

1. ZABERD Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w sprawie o sygn. akt KIO 3093/22,
2. Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BADER-DROG Sp. z o. o. Sp. k. z siedzibą w Łubowie i T.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BADERA Firma Produkcyjno - Handlowo - Uługowa T.B. z siedzibą w Dalachowie w sprawie o sygn. akt KIO 3094/22.

orzeka:

1. Oddala oba odwołania.
2. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 3093/22 obciąża odwołującego R.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Projekt-Bruk R.K. z siedzibą w Łubowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania.
3. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 3094/22 obciąża odwołującego: L.K.

prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Transportowo-Uslugowo-Handlowe z siedzibą w Łubowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710) 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

Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu z siedzibą w Poznaniu (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019, dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zimowe utrzymanie dróg na terenie 9-u Rejonów Dróg Wojewódzkich”, nr postępowania: WZDW.WZP.271-55/22. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 13 maja 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 093-255401.

KIO 3093/22

21 listopada 2022 r. wykonawca R.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Projekt-Bruk R.K. z siedzibą w Łubowie (dalej: Odwołujący I lub Odwołujący Projekt-Bruk), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego w części VI postępowania, zarzucając mu naruszenie:

1. art 226 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 przez odrzucenie oferty Odwołującego ze względu na uznanie, że oferta zawierała rażąco niską cenę mimo, że Odwołujący złożył wyjaśnienia, których Zamawiający nie zakwestionował i które ocenił w sposób dowolny, nie uwzględniając postanowień SWZ istotnych dla tej oceny, alternatywnie nie zbadał wpływu poz. 18 Formularza ofertowego na cenę zaoferowaną przez Odwołującego;
2. art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 3 oraz art. 15 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: Uznk) przez brak podstaw do stwierdzenia, że oferta Odwołującego została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, bowiem do żadnego przerwania kosztów pomiędzy pozycjami Formularza cenowego nie doszło, a nadto Zamawiający nie wykazał ziszczenia się przesłanek identyfikujących czyn nieuczciwej konkurencji i dokonał niedopuszczalnej oceny prawnej (kumulacji czynów nieuczciwej konkurencji);
3. art. 226 ust. 1 pkt 5 przez przyjęcie, że oferta Odwołującego została sporządzona niezgodnie z warunkami zamówienia mimo, że Zamawiający nie stwierdził niezgodności oferty, a rzekomą niezgodność wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej

ceny, nie wyspecyfikował warunków zamówienia, z którymi oferta/wyjaśnienia były niezgodne i nie uwzględnił w toku oceny postanowień SWZ, które potwierdzały prawidłowość kalkulacji Odwołującego;

4. art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 3 ust. 1 alternatywnie ust. 2 Uznk przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ZABERD sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: Przystępujący) podczas, gdy wykonawca ten naruszył dobre obyczaje kupieckie w postępowaniu oraz nakłaniał do rozwiązania lub niewykonania umów, zawartych z Odwołującym, czym utrudniał dostęp do rynku, co zagraża interesowi Odwołującemu,
a w konsekwencji naruszenie art. 17 ust. 2 Pzp przez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami i z pogwałceniem podstawowych zasad prawa zamówień publicznych, tj. równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 16 pkt 1 Pzp).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej;
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego i nakazania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Ponadto w zakresie zarzutu nr 4 Odwołujący Projekt-Bruk wniósł o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadków:

1. L.K.,
2. M.K,

oraz z przesłuchania strony.

KIO 3094/22

21 listopada 2022 r. wykonawca L.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Transportowo-Usługowo-Handlowe z siedzibą w Łubowie (dalej: Odwołujący II lub Odwołujący PTUH), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodnie z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego w części II postępowania, zarzucając mu naruszenie:

1. art. 226 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 przez odrzucenie oferty Odwołującego ze względu na uznanie, że oferta zawierała rażąco niską cenę mimo, że Odwołujący złożył wyjaśnienia, których Zamawiający nie zakwestionował i które ocenił w sposób

dowolny, nie uwzględniając postanowień SWZ istotnych dla tej oceny, alternatywnie nie zbadał wpływu poz. 18 Formularza ofertowego na cenę zaoferowaną przez Odwołującego;

2. art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 3 oraz art. 15 Uznk przez brak podstaw do stwierdzenia, że oferta Odwołującego została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, bowiem do żadnego przerzucania kosztów pomiędzy pozycjami Formularza cenowego nie doszło, a nadto Zamawiający nie wykazał ziszczenia się przesłanek identyfikujących czyn nieuczciwej konkurencji i dokonał niedopuszczalnej oceny prawnej (kumulacji czynów nieuczciwej konkurencji);
3. art. 226 ust. 1 pkt 5 przez przyjęcie, że oferta Odwołującego została sporządzona niezgodnie z warunkami zamówienia mimo, że Zamawiający nie stwierdził niezgodności oferty a rzekomą niezgodność wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, nie wyspecyfikował warunków zamówienia, z którymi oferta/wyjaśnienia są niezgodne i nie uwzględnił w toku oceny postanowień SWZ, które potwierdzały prawidłowość kalkulacji Odwołującego;
a w konsekwencji naruszenie przepisu art. 17 ust. 2 Pzp przez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami i z pogwałceniem podstawowych zasad prawa zamówień publicznych, tj. równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 16 pkt 1 Pzp).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawców, którzy złożyli ofertę uznaną za najkorzystniejszą,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego i nakazania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zarzutów wspólnych dla obu odwołań (zarzuty nr 1 – 3) Odwołujący wskazali m.in.:

10 listopada 2022 r. Zamawiający odrzucił ofertę na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 , art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 3 oraz 15 Uznk. Podstawową przyczyną było uznanie przez Zamawiającego, że Odwołujący nie wyjaśnił w sposób należyty ceny wskazanej w poz. 18 formularza ofertowego.

Cena rażąco niska to jednak cena za całość oferowanego świadczenia. Wynika to z samej definicji ceny (por. art. 2), a także z odniesienia do przedmiotu zamówienia (tj. całości świadczenia). Nie może więc być powodem odrzucenia na podstawie tej przesłanki zaoferowanie za jakiś element świadczenia ceny znacząco odbiegającej od cen rynkowych, a nawet ceny nierealnej. Jeśli wielkość taka zostaje następnie skompensowana cenami za inne elementy świadczenia i w całości cena nie nabiera charakteru ceny rażąco niskiej, zamawiający nie powinien ingerować w zasady przeprowadzania kalkulacji wewnętrznej (w obrębie przedmiotu zamówienia) dokonanej przez wykonawcę (W. D. i in: Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Lex, 2021).

Przesłanką odrzucenia oferty ze względu na nieadekwatną (rażąco niską) cenę może być wyłącznie zaniżenie ceny całkowitej. Zamawiający nie stwierdził, że zakwestionowana pozycja 18 Formularza ofertowego miała tak istotny wpływ na cenę oferty, że dawało to podstawy

do przyjęcia, że ceną oferty była nierealna, a tylko w tych okolicznościach mogłaby stanowić podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy. Zamawiający w ogóle takiego badania nie przeprowadził. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnień w przedmiocie jedynie poz. 18 Formularza cenowego, a nie w jakimkolwiek innym zakresie. Stąd też Zamawiający nie mógł nawet powziąć wiedzy, jaki wpływ ma cena z poz. 18 Formularza cenowego na cenę ofert, nie miał więc podstaw do przyjęcia, że cena oferty Odwołującego nie była uzasadniona.

Relacja ceny z poz. 18 Formularza cenowego do ceny oferty Odwołującego kształtowała się na poziomie poniżej 1%.

Nie można również było pominąć, że zakres prac objętych OPZ w odniesieniu do sprzętu pomocniczego (ciężkiego) został przez Zamawiającego określony następująco:

- a. usuwanie i rozpychanie zasp śnieżnych, których nie można usunąć sprzętem odśnieżnym podstawowym, powstałych przy intensywnych opadach śniegu;
- b. poszerzanie odśnieżanych odcinków dróg;
- c. usuwanie naboju śnieżnego, czyli nieusuniętej zlodowaciałej lub ubitej warstwy śniegu o znacznej grubości, powstałego po intensywnych opadach śniegu;
- d. usuwanie dużych pojazdów (również członowych) blokujących drogę i umożliwiających pracę sprzętu ZUD oraz odholowanie tych pojazdów z drogi, na najkrótszą odległość i miejsce pozwalające na przywrócenie przejezdności drogi;
- e. zabezpieczenie kierowania ruchem podczas ww. prac usuwania pojazdów.

Z powyższego zatem wynikało, że sporna pozycja dotyczyła usług pomocniczych, a nie podstawowych, a zatem z faktu akcesoryjności tych usług nie sposób wywieść twierdzenia,

że były one istotne, skoro sam Zamawiający nie używa w stosunku do nich określenia podstawowe, a więc za takie ich nie uznaje.

Wycena owej spornej pozycji dotyczyła użycia sprzętu w warunkach, jak wynika z cytowanego wyżej zakresu robót, skrajnie niekorzystnych, a więc w sytuacji, w której sprzęt lekki, podstawowy byłby niewystarczający. Dotyczy to zaś na tyle intensywnych opadów śniegu,

że użycie sprzętu podstawowego nie przyniosłoby oczekiwanego rezultatu.

Nie wiadomo z jakiej przyczyny Zamawiający przyjął do oceny wyjaśnień Odwołującego 4h pracy sprzętu i tym samym stawkę 78,80 zł. Nie było jasne, czymże są te 4h pracy sprzętu i z jakich założeń wynikały, tym bardziej zaś budził zastrzeżenia fakt przyjęcia stawki 78,80 zł w sytuacji, w której sporna pozycja miała być wyceniana w m-g.

Co do kosztów paliwa i sprzętu Zamawiający podniósł brak ewentualnych napraw i eksploatacji oraz kosztów podatkowych związanych z formą udostępnienia sprzętu. Zamawiającemu nie przysługiwało uprawnienie do określania sposobu kalkulacji poszczególnych pozycji kosztorysowych. Spoczywa to na wykonawcy, który ma wiedzę, jakim sprzętem dysponuje i jakie koszty z tego tytułu wynikają. Niewystarczającym uzasadnieniem było twierdzenie, że w kosztach paliwa i sprzętu brakowało „kosztów podatkowych związanych z formą udostępnienia sprzętu”. Zamawiający nie podał, o jaki podatek chodzi i w oparciu o jaką podstawę ustalił fakt, że Odwołujący jest jego podatnikiem. Zamawiający nie wziął również pod uwagę, że Odwołujący wskazał cenę hurtową paliwa, a nie jak przyjął Zamawiający - rynkową.

Co do średniego spalania paliwa, to odwoływanie się przez Zamawiającego do bliżej nieokreślonych statystyk nie mogło być podstawą weryfikacji oferty.

Zamawiający pominął również, że prace związane z usuwaniem i rozpychaniem zasp śnieżnych, poszerzania odśnieżanych odcinków dróg, czy usuwania naboju śnieżnego są ściśle związane z usługą wywozu śniegu. Do obu czynności wykorzystywany będzie też przynajmniej w części tożsamy sprzęt (pkt III i VII OPZ). Nadto, podstawą płatności przy wywozie śniegu jest koszt dojazdu na wyznaczone miejsce prac i powrotu z niego, a także załadunek śniegu, wywóz śniegu, posprzątanie miejsca wywozu. Zatem, jak najbardziej uprawnione było ujmowanie części kosztów w pozycjach kosztorysowych immamentnie ze sobą związanych.

Biorąc pod uwagę fakt, że Odwołujący wykazał, że nie było tak, jak twierdził Zamawiający, że doszło do przerzucenia kosztów między pozycjami Formularza ofertowego, bowiem kwestionowane przez Zamawiającego koszty mogły być skalkulowane w wielu pozycjach tego Formularza, o żadnym czynnie nieuczciwej konkurencji nie mogło być mowy.

Dokonana przez Zamawiającego kwalifikacja prawna była błędna. Skoro czyn nieuczciwej konkurencji polegać miał – w przekonaniu Zamawiającego – na zaniżeniu kosztów wykonania spornej pozycji, to mechanizm ten należałoby oceniać przez pryzmat przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 Uznk, odnoszącego się m.in. do sprzedaży usług poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców (tu – Odwołującego), nie zaś art. 3 ust. 1 Uznk, przewidującego tzw. ogólną postać czynu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający nie wskazał, o jaki czyn z art. 15 Uznk chodziło. Zamawiający nie wykazał przy tym, że działanie Odwołującego zagrażało lub naruszało interes innego przedsiębiorcy. Wobec powyższego brak podstaw do stwierdzenia jakiegokolwiek postaci czynu nieuczciwej konkurencji.

Jeśli idzie o odrzucenie oferty Odwołującego z powodu niezgodności z warunkami zamówienia - Zamawiający nie wskazał, z jakimi konkretnie postanowieniami SWZ oferta Odwołującego była niezgodna. Dla odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp niezbędne jest stwierdzenie i wykazanie przez zamawiającego niezgodności treści oferty z określonymi przez niego warunkami zamówienia.

W zakresie uzasadnienia zarzutu nr 4 odwołania KIO 3093/22 Odwołujący Projekt-Bruk wskazał:

„Jednocześnie wskazać należy, że według mojej wiedzy, o czynnościach sprawdzających Zamawiającego powziął wiedzę również konkurencyjny Wykonawca, który podjął działania zmierzające do zniweczenia współpracy z podmiotami, które wskazał Wykonawca w treści wyjaśnień.

Niezależnie od faktu, że wyjaśnienia te stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa, z niewiadomych źródeł powziął on informację o podmiotach tam wskazanych i w terminie, w którym pisma trafiły do podmiotów deklarujących współpracę z Wykonawcą, skontaktował się telefonicznie nakłaniając rzeczne podmioty do nieudzielania odpowiedzi albo udzielania negatywnej odpowiedzi wskazując, że powyższe spowoduje nieudzielenie mi zamówienia publicznego,

a moja oferta w tych warunkach zostanie odrzucona, a jednocześnie w zamian oferując współpracę tymże podmiotom w toku realizacji przedmiotowego zamówienia.

Przywołane działania są nie tylko bardzo niepokojące, to jednocześnie wydaje się, że nie mieszczą się w granicach prawa. Dodatkowo, wskazać należy, że Wykonawca nie ma żadnych narzędzi, żeby tego rodzaju działaniom zapobiec. (...) podjęcie wyżej opisanych działań nie mieści się w granicach prawa i jest sprzeczne z dobrymi obyczajami kupieckimi — uczciwością kupiecką i z całą pewnością zagraża mojemu interesowi. W tych okolicznościach Zamawiający winien odrzucić ofertę konkurencyjnego Wykonawcy, o którym mowa w petitum odwołania”.

30 listopada 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołania i wniósł o:

1. oddalenie zarzutów naruszenia art. 226 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp oraz art. 226 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 oraz 15 Uznk (zarzuty nr 1 i 2),
2. odrzucenie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Przystępującego Zaberd na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 alternatywnie ust. 2 Uznk (zarzut nr 4 odwołania KIO 3093) – jako spóźnionego w związku z art. 515 ust. 3 pkt 1 Pzp,
3. odrzucenie zarzutów naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp (zarzut nr 3 odwołań) – jako spóźnionych oraz jako niedopuszczalnych, z uwagi na fakt, że Zamawiający nie odrzucił oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, zatem odwołanie dotyczy czynności, której Zamawiający nie podjął,
4. odrzucenie odwołań w zakresie art. 224 ust. 1 Pzp - jako spóźnionych w związku z art. 515 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz niedopuszczalnego na podstawie art. 527 Pzp.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m. in.:

1. Odrzucenie odwołania w zakresie art. 224 ust. 1 Pzp - jako spóźnionego w związku z art. 515 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Zarzut ten nie został wprost wyartykułowany wśród zarzutów odwołania, jednak Odwołujący w pierwszej kolejności podjął polemikę z możliwością badania przez Zamawiającego ceny jednostkowej (strona 7 odwołania). Wobec nieuporządkowania treści zawartych w odwołaniu, Zamawiający z ostrożności procesowej wskazał na konieczność odrzucenia odwołania w zakresie art. 224 ust. 1 Pzp - jako niedopuszczalnego z uwagi na złożenie po terminie w związku z art. 515 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz niedopuszczalnego na mocy art. 527 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 Pzp został wniesiony po terminie wynikającym z art. 515 ust. 1 pkt 1 Pzp, gdyż okoliczności faktyczne przywołane w uzasadnieniu odwołania powinny zostać wniesione w ramach odwołania od wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oferty z 3 sierpnia 2022 r. Odwołanie z 17 września 2022 r. w przeważającej mierze zawiera okoliczności i zarzuty, zmierzające do wykazania bezzasadności wezwania w sytuacji, gdy badana przez Zamawiającego cena jednostkowa nie stanowiła, zdaniem Odwołującego istotnej części przedmiotu zamówienia.

2. Odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 alternatywnie ust. 2 Uznk.

Zarzut ten, w ocenie Zamawiającego był spóźniony. Odwołujący pismem z 7 listopada wskazał na możliwość naruszenia przez jednego z oferentów zasad dobrych praktyk kupieckich. Mając na uwadze ustawowe terminy wskazane w art. 515 ust. 3 pkt 1 Pzp, od tego dnia biegł Odwołującemu termin do podjęcia określonych działań prawnych. Termin ten upłynął

17 listopada 2022 r.

3. Odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp
Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp, art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 oraz 15 Uznk. Wśród podstaw odrzucenia nie wskazał art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. W tej sytuacji zarzut winien zostać odrzucony jako niedopuszczalny, z uwagi na fakt, że Zamawiający nie odrzucił oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, zatem odwołanie dotyczyło czynności, której Zamawiający nie podjął.

W części VI postępowania oferty złożyli:

1. Przystępujący za cenę 11 990 116,80 zł, czas reakcji w wysokości 1,0 h oraz reakcję serwisową działania GPS (MEF) 3 dni;
2. Odwołujący Projekt-Bruk za cenę 10 000 713,60 zł, czas reakcji w wysokości 1,0 h oraz reakcję serwisową działania GPS (MEF) 3 dni.

W części II postępowania oferty złożyli:

1. Przedsiębiorstwo Transportowo Usługowo-Handlowe L.K. – Odwołujący za cenę 9 662 587,20 zł, czas reakcji w wysokości 1,0 h oraz reakcję serwisową działania GPS (MEF) 3 dni;
2. Konsorcjum: BADER-DROG Sp. z o.o. Sp.k, BADERA Firma Produkcyjno Handlowo Usługowa T.B. za cenę 9 925 200,00zł, czas reakcji w wysokości 1,0 h oraz reakcję serwisową działania GPS (MEF) 3 dni.

Poniższa argumentacja Zamawiającego odnosiła się do odwołania o sygn. akt KIO 3093/22, ale w zakresie drugiego z odwołań Zamawiający przedstawił analogiczną argumentację:

Zamawiający w pkt 17.3 Instrukcji dla Wykonawców, Tom I, Rozdział 1 Specyfikacji Warunków Zamówienia wyraźnie wskazywał, że wymaga, aby Wykonawca ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia w odniesieniu do każdej z cen jednostkowych uwzględnił następujące koszty:

1. efektywnego odśnieżania i posypania 1 km drogi;

2. zakupu wszystkich niezbędnych materiałów do prac ZUD;
3. dojazdu na wyznaczone miejsce rozpoczęcia pracy;
4. prowadzenia dyżurów;
5. objazdu dróg przez Dyżurnego Wykonawcy samochodem osobowym;
6. związane z całością systemu GPS;
7. zakupu, montażu i serwisu kamer z kartami pamięci do kabin kierowców sprzętu ZUD;
8. wynajęcia składowiska materiałów ZUD;
9. usuwania pojazdów blokujących drogi.

Odwołujący w poz. 18 formularza cenowego „ZUD - sprzęt ciężki” wskazał cenę jednostkową w kwocie 10 zł za 1 motogodzinę. Zaproponowana cena jednostkowa budziła wątpliwości Zamawiającego w zakresie możliwości rzetelnego wykonania zamówienia. W celu wyjaśnienia wątpliwości Zamawiający wezwał Wykonawcę 20 lipca 2022 r. do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie zaoferowanej ceny na sprzęt ciężki przy ZUD i przedstawienie szczegółowej kalkulacji ceny oraz przedłożenie dowodów, że za deklarowaną cenę jest możliwe zrealizowanie zamówienia z użyciem sprzętu ciężkiego.

Odwołujący pismem z 23 lipca 2022 r. wyjaśnił m.in, że użycie sprzętu ciężkiego nie jest „kluczowym elementem zadania” oraz uznał, że wynagrodzenie, które Zamawiający będzie płacił za tzw. „gotowość” w kwocie 35.000 zł za miesiąc. Wykonawca jednak nie przedłożył dokumentów potwierdzających wycenę badanej pozycji.

Wobec niewyjaśnienia przez Odwołującego, że za zaproponowaną cenę jest w stanie rzetelnie wykonać zamówienie, Zamawiający na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp 3 sierpnia 2022r., zwrócił się o udzielenie wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny wraz z przedstawieniem szczegółowej kalkulacji. Wykonawca pismem z 8 sierpnia 2022r. wyjaśnił, że na zaproponowaną cenę miały wpływ:

1. fakt, że prowadzona przez Wykonawcę firma ma różnorodny profil działalności,
2. posiada własne środki transportu,
3. dodatkowe źródła finansowania paliwa,
4. atrakcyjne formy zatrudnienia, m.in. osób z urzędu pracy.

Ze względu na lakoniczność odpowiedzi oraz ponowny brak przedstawienia kalkulacji ceny, Zamawiający działając na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp 10 sierpnia 2022r., zwrócił się o udzielenie wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny i ponownie wezwał do przedstawienia szczegółowej kalkulacji.

Wykonawca pismem z 16 sierpnia 2022 r. wyjaśnił, że na zaproponowaną cenę składają się następujące miesięczne koszty:

1. koszt zatrudnienia 10 pracowników 2.157,00 zł,

2. środki transportu – 4,17 zł,
3. koszt placu – 0 zł,
4. zysk – 12.599,95 zł.

5. Oddalenie odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp

Zamawiający zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 3 października 2022r. (sygn. akt: KIO 2452/22 i 2453/22) powtórzył czynność badania i oceny ofert w postępowaniu i ponownie przeanalizował oferty złożone w części VI postępowania.

W ocenie Zamawiającego ceny jednostkowe wskazane przez wykonawców w formularzu ofertowym nie były jedynie składnikiem ceny łącznej (wynagrodzenia wykonawcy), lecz pełniły funkcję samodzielnych cen, w oparciu, o które będzie naliczane wynagrodzenie za wykonanie wyodrębnionych prac, stanowiących jeden z niezależnych elementów przedmiotu zamówienia. Ceny zawsze powinny pokrywać rzeczywiste koszty, jakie będzie musiał ponieść wykonawca realizujący daną czynność, w tym koszty pracy, sprzętu, materiałów, zakupu, jeśli takie występują. Zamawiający nie badał wpływu pojedynczych cen na całkowitą cenę oferty. Zamawiający w dokumentacji zamówienia wskazał, jak należy skalkulować pojedyncze ceny i jakie koszty oferenci winni uwzględnić przy ustalaniu pojedynczych cen. Zatem bez znaczenia dla zasadności zarzutu były rozważania Odwołującego na temat stosunku ceny jednostkowej do ceny całkowitej i braku działań Zamawiającego w tym zakresie.

Praca ciężkiego sprzętu przy zimowym utrzymaniu dróg stanowi kluczowy element dla prawidłowego wykonania zadania. W sytuacjach nagłych, nadzwyczajnych i ekstremalnych warunkach pogodowych, należy zapewnić działanie sprzętu ciężkiego w celu przywrócenia przejezdności dróg. Bez użycia takiego sprzętu niemożliwe byłoby, w przypadku wystąpienia dużych opadów śniegu, zagwarantowanie przejezdności dróg. Czas realizacji ZUD objętego postępowaniem obejmuje cztery sezony zimowe. Nie sposób przewidzieć jakie warunki pogodowe będą występowały w poszczególnych latach. Należy zatem założyć, że każda z prac w ramach ZUD będzie wykonywana z równą częstotliwością.

Odwołujący dokonał nadinterpretacji pojęcia „usług pomocniczych”. Zdaniem Zamawiającego nie należało wiązać tego określenia z istotnością części składowej. Sprzęt ciężki jest akcesorium pomocniczym, który ma zostać użyty podczas nie tylko występujących ciężkich warunków atmosferycznych, ale także podczas blokady drogi podczas łżejszych warunków atmosferycznych. Jest to sprzęt, który nie będzie używany podczas posypywania dróg, ale jest to sprzęt potrzebny przy zapewnieniu przejezdności drogi. Sprzęt ciężki nie jest używany tylko i wyłącznie podczas warunków skrajnie ekstremalnych, czy intensywnych opadów

śniegu. Sprzęt ciężki może służyć nawet podczas wystąpienia śliskości, gdy jest konieczne wyciągnięcie z rowu pojazdu ciężarowego, który swoją naczepą blokuje przejezdność drogi. Zamawiający wskazał, że ze złożonych wyjaśnień wprost wynikało, że stawka Odwołującego w poz. 18 formularza cenowego nie pozwalała na pokrycie kosztów pracy.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego Zamawiający wyjaśnił w Ogłoszeniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z 10 listopada 2022 r. przyczyny, dla których przyjął, że jednorazowy przejazd sprzętu ciężkiego w ramach prac ZUD to min. 4 godziny pracy tego sprzętu. Tym samym czas pracy pracownika to ponad 4 godziny. Mnożąc stawkę minimalnego wynagrodzenia 19,70 zł x średni czas pracy sprzętu, otrzymujemy 78,80 zł.

Jednak w ocenie Zamawiającego kwestią kluczową były twierdzenia Odwołującego zawarte na stronach 12-14 odwołania. Wynikało z nich jednoznacznie, że Odwołujący zastosował przy kalkulowaniu oferty inżynierię finansową. Odwołujący bowiem wskazał:

„nieuprawnione jest twierdzenie Zamawiającego, jakoby w spornej pozycji należało ujmować określone koszty, tym bardziej, że sporna pozycja związana jest również z wywozem śniegu (...)

„Zamawiający całkowicie pomija również, że prace związane z usuwaniem i rozpychaniem zasp śnieżnych odcinków dróg, czy usuwaniem naboju śnieżnego są ściśle związane z usługą wywozu śniegu. Do obu czynności wykorzystywany jest też przynajmniej w części tożsamy sprzęt (pkt III i VII OPZ). Nadto podstawą płatności przy wywozie śniegu jest koszt dojazdu

na wyznaczone miejsce prac i powrót z niego, a także załadunek śniegu, wywóz śniegu, posprzątanie miejsca wywozu. Zatem, jak najbardziej uprawnione było ujmowanie części kosztów w pozycjach kosztorysowych immanentnie ze sobą związanych”.

„(...) Z powyższego wynika zatem, że poz. 18 Formularza cenowego jest ściśle związana z wykonywaniem usług odśnieżania i zwalczania gołedzi, zawartych w poz. 1-16 Formularza cenowego”.

„Tego rodzaju postanowienia odnajdujemy również w pkt IV OPZ, gdzie Zamawiający wskazał, że do zimowego utrzymania przejść podziemnych i schodów należy wykorzystać ładowarki,

a więc sprzęt ciężki. To z kolei uprawnia do wniosku, że również w poz. 21 Formularza cenowego pozostaje w nierozdzielalnym związku ze sporną poz. 18”.

„W związku z powyższym Odwołujący miał możliwość uwzględnienia czynników występujących w kilku pozycjach opisu przedmiotu zamówienia w Formularzu cenowym w sposób, który uznał za właściwy, nie naruszając jednocześnie postanowień SWZ”.

„Jak wskazano wyżej sporna pozycja zawiera czynności, które są wykonywane i rozliczane w ramach innych pozycji Formularza cenowego, a zatem nie ma podstaw do ich kwestionowania”.

Zamawiający podkreślił, że pozycje Formularza cenowego od 1 do 22, są pozycjami niezależnymi, które należało skalkulować indywidualnie, uwzględniając czynniki cenotwórcze wskazane przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania.

Odwołujący twierdził, że miał możliwość uwzględnienia czynników występujących w kilku pozycjach opisu przedmiotu zamówienia w Formularzu cenowym w sposób, który uznał za właściwy, nie naruszając jednocześnie postanowień SWZ. Gdyby tak było, to mając na uwadze art. 224 ust. 5 Pzp, konsekwencją wezwania do złożenia rażąco niskiej ceny jest nałożenie na takiego Wykonawcę ciężaru dowodu, że dana pozycja jest wyceniona prawidłowo, Odwołujący w swych trzykrotnych wyjaśnieniach ograniczył się do powoływania twierdzeń, które w większości okazały się nawet sprzeczne ze stanem faktycznym (brak możliwości zatrudnienia osób na preferencyjnych warunkach, bezkosztowe dysponowanie placami na składowiska).

Dowodem na zaoferowanie przez Odwołującego wykonania czynności ZUD sprzętem ciężkim (poz. 18 Formularza cenowego) za rażąco niską cenę było uzasadnienie wskazane w piśmie z 24 lipca 2022 r., w którym wskazano, że na zaoferowanie tak korzystnych cen przy pracach ZUD (tylko z poz. 18 Formularza) jest wynagrodzenie, które będzie wypłacać Zamawiający, w sytuacji, gdy wykonawca w danym miesiącu nie wykona żadnych czynności ZUD. Niedopuszczalne na gruncie PZP jest pokrywanie kosztów zaniżonych cen, perspektywa uzyskania hipotetycznych środków finansowych (ich wypłata została obwarowana przez Zamawiającego pewnymi warunkami). Praktyki takie kwalifikowane są przez KIO jako przykłady czynów nieuczciwej konkurencji. Są one również dowodami na zaoferowanie rażąco niskiej ceny.

W świetle przedłożonych wyjaśnień i dowodów, jak również treści obowiązujących przepisów prawa nie budzi wątpliwości, że oferta podlegała odrzuceniu na podstawie zarówno art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 5 i 6 Pzp, ponieważ wykonawca nie wykazał, że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami uzasadniają podaną w ofercie cenę lub koszt.

5. art. 226 pkt 7 PZP w zw. z art. 3 oraz 15 Uznk

Za czyn nieuczciwej konkurencji należy uznać zachowania zmierzające do wygrania postępowania za wszelką cenę, przez oferowanie nierealnych warunków realizacji zamówienia. Zaoferowanie zatem warunków nierealnych, które nie są w warunkach rzeczywistych możliwe do spełnienia, godzi w dobre obyczaje i narusza zasadę uczciwej konkurencji. Zamawiający wykazał, że działania Odwołującego polegające na zniżeniu ceny w poz. 18 formularza cenowego powinny być zakwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść specyfikacji warunków zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i przystępujących zawarte w odwołaniu, odpowiedziach na odwołania, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołań, wynikających z art. 528 Pzp.

Izba oddaliła tym samym wniosek Zamawiającego o odrzucenie części zarzutów odwołania.

Odwołujący w sposób jednoznaczny wskazali jakie przepisy naruszyć miał Zamawiający odrzucając ich oferty. Wśród tych zarzutów nie było zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 Pzp, co za tym idzie nie było możliwości odrzucenia tego zarzutu. W ocenie Izby Odwołujący nie polemizowali z zasadnością wezwania do wyjaśnień cen ich ofert.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp Izba wskazuje, że nie ma podstaw do uznania, że odwołania w tym zakresie są niedopuszczalne. Odwołujący ma prawo kwestionować określone czynności zamawiającego, również w przypadku uznania, że dana czynność nie została przeprowadzona w sposób należyście sformalizowany. W konsekwencji Odwołujący mieli prawo podjąć próbę wykazania, że ich oferty zostały odrzucone również na podstawie przepisu nieujętego w uzasadnieniu odrzucenia.

Odwołujący Projekt-Bruk – wbrew twierdzeniu Zamawiającego, nie miał podstaw do wniesienia odwołania w terminie liczonym od daty przekazania Zamawiającemu pisma z informacjami

o czynnościach, których miał dopuścić się Przystępujący. Dopiero w chwili informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty Odwołujący dowiedział się, że Zamawiający mimo ww. informacji, nie odrzucił oferty Przystępującego. Z tego względu, skoro Odwołujący uważał, że zaniechanie odrzucenia tej oferty było sprzeczne z przepisami Pzp, to termin na wniesienia odwołania został zachowany.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. Dokumentacji postępowania ze szczególnym uwzględnieniem SWZ z załącznikami,
2. Ofert złożonych przez wykonawców w części II i VI postępowania,
3. Korespondencji Zamawiającego z Odwołującymi I i II w zakresie wyjaśnień cen poz. 18 w ofertach odwołujących,
4. Dokumentów złożonych jako dowody przez strony i przystępujących.

Izba oddaliła wniosek Odwołującego Projekt-Bruk o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadków. Odwołujący I nie podjął żadnej próby uprawdopodobnienia zarzutu dopuszczenia się przez Przystępującego Zaberda czynu nieuczciwej konkurencji, mimo, że w zasięgu jego możliwości było choćby złożenie pisemnych wyjaśnień osób, z którymi miał kontaktować

się Przystępujący. Odwołujący I poprzestał na sformułowaniu ogólnikowego uzasadnienia zarzutu i wniesieniu o przesłuchanie świadków. W ocenie Izby była to próba przerwania ciężaru dowodu na Izbę, a tym samym obejście dyspozycji art. 534 ust. 1 Pzp, który stanowi: strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ponadto w zarzucie Odwołujący I nie opisał nawet działań jakich miał dopuścić się Przystępujący, nie wskazał kiedy miały one miejsce i kto mógł w nich uczestniczyć. Przesłuchanie świadków musiałoby zatem prowadzić do niedopuszczalnej konkretyzacji zarzutu i rozszerzenia jego uzasadnienia, co jest niedopuszczalne. W konsekwencji Izba uznała, że dowód wnioskowany przez Odwołującego Projekt-Bruk został powołany jedynie dla zwłoki, ponieważ nie mógł służyć potwierdzeniu zarzutu w takim zakresie w jakim został określony w odwołaniu.

Zarzut nr 1 – odwołanie KIO 3093/22 i KIO 3094/22

Zgodnie z informacją z 24 czerwca 2022 r. Zamawiający przeznaczył na realizację przedmiotu zamówienia 93 908 641,08 zł, w tym na:

Część II - 11 476 688,64 zł,

Część VI - 11 055 560,36 zł.

W części II postępowania oferty złożyli:

1. Odwołujący II z ceną 9 662 587,20 zł,
2. Konsorcjum Bader-Drog z ceną 9 925 200,00 zł.

W części VI natomiast:

1. Odwołujący I z ceną 10 000 713,60 zł,
2. Przystępujący Zaberda z ceną 11 397 672,00 zł.

Zgodnie z wzorem formularza cenowego wykonawcy wycenić mieli następujące pozycje:

1. Odśnieżanie – standard II (191 km x 5 odśnieżeń),
2. Odśnieżanie – standard IIA (93 km x 5 odśnieżeń),
3. Odśnieżanie – standard III (11 km x 5 odśnieżeń),
4. Odśnieżanie – standard IV,

5. Odśnieżanie – standard V,
6. Zwalczanie gołoledzi (NaCl)– st. II (191 km x 20 posypań),
7. Zwalczanie gołoledzi (NaCl)– st. IIA (93 km x 20 posypań),
8. Zwalczanie gołoledzi (NaCl) – st. III (6 km x 20 posypań),
9. Zwalczanie gołoledzi (NaCl) – st. IV,
10. Zwalczanie gołoledzi (NaCl) – st. V,
11. Zwalczanie gołoledzi (NaCl/CaCl₂) – (291 km x 2 posypania),
12. Jednoczesne odśnieżanie i zwalczanie gołoledzi (NaCl) – standard II (191 km x 10 odśn./posyp.),
13. Jednoczesne odśnieżanie i zwalczanie gołoledzi (NaCl) – standard IIA (93 km x 10 odśn./posyp.),
14. Jednoczesne odśnieżanie i zwalczanie gołoledzi (NaCl) – standard III (6 km x 10 odśn./posyp.),
15. Jednoczesne odśnieżanie i zwalczanie gołoledzi (NaCl) – standard IV,
16. Jednoczesne odśnieżanie i zwalczanie gołoledzi (NaCl) – standard V,
17. ZUD - patrolowanie (296 km X 20),
18. ZUD - sprzęt ciężki,
19. ZUD - chodniki, ścieżki pieszo-rowerowe i drogi rowerowe o szerokości od 1,5m do 3,5m - odśnieżanie (63 km x 3),
20. ZUD - chodniki, ścieżki pieszo-rowerowe i drogi rowerowe o szerokości od 1,5m do 3,5m - usuwanie śliskości (63 km x 3),
21. ZUD - przejść podziemnych i schodów (3 szt. x 60),
22. Wywóz śniegu.

Obaj Odwołujący w pozycji 18 zaoferowali realizacji zadania za cenę 10 zł za jedną motogodzinę pracy sprzętu ciężkiego.

Po przeprowadzeniu dowodu z korespondencji Zamawiającego z Odwołującymi Izba uznała, że chronologia oraz zakres wezwań do wyjaśnień ceny poz. 18 i odpowiedzi opisana przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie jest zgodna ze stanem faktycznym.

Zgodnie z punktem 5.10 SWZ: „Wykonawca przed przekazaniem terenu wykonywania przedmiotu umowy złoży Zamawiającemu wykaz osób (...) wraz z oświadczeniem, że są one zatrudnione na umowę o pracę. Każdorazowa zmiana osób, o których mowa powyżej wymaga korekty wykazu osób wykonujących zamówienie”.

W Opisie przedmiotu zamówienia w zakresie usługi "sprzęt pomocniczy (ciężki)" Zamawiający wskazał, że obejmuje on prowadzenie prac zimowego utrzymania dróg w warunkach niekorzystnych, przy użyciu sprzętu ciężkiego, do których zalicza się:

- a) usuwanie i rozpychanie zasp śnieżnych, których nie można usunąć sprzętem odśnieżnym podstawowym, powstałych przy intensywnych opadach śniegu;
- b) poszerzanie odśnieżanych odcinków dróg;
- c) usuwanie naboju śnieżnego, czyli nieusuniętej złodowaciałej lub ubitej warstwy śniegu o znacznej grubości, powstałego po intensywnych opadach śniegu;
- d) usuwania dużych pojazdów (również członowych) blokujących drogę i uniemożliwiających pracę sprzętu ZUD oraz odholowanie tych pojazdów z drogi na najkrótszą odległość i miejsce pozwalające na przywrócenie przejezdności drogi;
- e) zabezpieczenie kierowania ruchem podczas ww. prac usuwania pojazdów.

We wzorze umowy Zamawiający przewidział kosztorysowy sposób wynagradzania wykonawcy przedmiotu zamówienia. Zgodnie z § 3 ust. 2 Wzoru umowy: „Zamawiający zapłaci wynagrodzenie ustalone na podstawie rzeczywiście wykonanych i odebranych prac zgodnie z § 8 Umowy, na podstawie cen jednostkowych podanych w formularzu cenowym załączonym przez Wykonawcę do oferty”.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego II Zamawiający wskazał m. in.: „Zamawiający przeanalizował wszystkie złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia i przyjął następujące wnioski:

1) koszty pracownicze:

Zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 15.09.2021 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 r.:

§ 1. Od dnia 1 stycznia 2022 r. ustala się minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 3 010 zł.

§ 2. Od dnia 1 stycznia 2022 r. ustala się minimalną stawkę godzinową w wysokości 19,70 zł.

Jednorazowy przejazd sprzętu ciężkiego w ramach prac ZUD to min. 4 godzin pracy tego sprzętu. Oznacza to, iż czas pracy pracownika obsługującego ten sprzęt, to ponad 4 godziny (łącznie z dojazdem pracownika do i z pracy). Zatem mnożąc stawkę minimalnego wynagrodzenia 19,70 zł x średni czas pracy sprzętu, otrzymujemy 78,80 zł. Co w sposób jednoznaczny wskazuje, iż nie możliwe jest zatrudnienia pracowników za przyjętą przez Wykonawcę stawkę za godzinę oraz na przyjętą przez Wykonawcę część etatu.

Biorąc pod uwagę, zgodnie z wytycznymi SWZ, iż:

- rzeczywisty czas pracy pracownika jest dłuższy niż czas pracy sprzętu - z uwagi na konieczność dojazdu pracownika do i z pracy,
- koszty pracy (na które składają nie tylko minimalne wynagrodzenie, ale również m.in. składki społeczne, zdrowotne, podatki) muszą być w pełnym zakresie uwzględnione w cenie jednostkowej, to skalkulowanie przez Wykonawcę Przedsiębiorstwo Transportowo Usługowo-Handlowe L.K. ceny jednostkowej na poziomie 10 zł nie uwzględnia wszystkich kosztów pracodawcy ponoszonych w związku z zatrudnieniem osób na umowę o pracę.

Całkowity koszt pracowniczy wskazany przez Wykonawcę (stawka za godzinę) jest większy od minimalnego wynagrodzenia za godzinę, ale również większy od zaproponowanej kwoty 10 zł za kompleksową usługę.

2) koszty paliwa i sprzętu:

Wykonawca wskazał w wyjaśnieniach stawkę pracy sprzętu, wskazując przy tym tylko koszt paliwa bez kosztów ewentualnych napraw i eksploatacji oraz kosztów podatkowych związanych w formą udostępnienia sprzętu.

Ponadto wskazane koszty paliwa są o ok. 27% niższe od średnich cen obowiązujących w miesiącu czerwcu na rynku ogólnopolskim paliw. Dodatkowo wątpliwości Zamawiającego budzi również przyjęte średnie spalanie sprzętu, gdyż ze statystyk publikacji sprzętowych wynika, że jest to na poziomie od 8-15l/m-g. Wykonawca wskazał w wyjaśnieniach koszt paliwa tylko ładowarek własnych szt. 2 co stanowi 12,5 % całego sprzętu, bez uwzględnienia sprzętu wynajmowanego.

Według Zamawiającego, przy założeniu podanych kosztów miesięczny koszt pracy sprzętu kształtuje się na poziomie ok 9.280 zł.

Praca ciężkiego sprzętu przy zimowym utrzymaniu dróg stanowi kluczowy element dla prawidłowego wykonania zadania. W sytuacjach nagłych, nadzwyczajnych i ekstremalnych warunkach pogodowych, należy zapewnić działanie sprzętu ciężkiego w celu przywrócenia przejezdności dróg.

Zaznaczyć przy tym należy, iż w trudnych warunkach pogodowych obowiązkiem zarządcy drogi jest zapewnienie jej przejezdności. Zgodnie z OPZ to Zamawiający decyduje jaki sprzęt ma zostać użyty do zwalczania skutków zimy. Sprzęt ciężki jest akcesorium pomocniczym, który oprócz zastosowania przy ciężkich warunkach atmosferycznych, ma zastosowanie także podczas blokady drogi podczas łżejszych warunków atmosferycznych. Jest to sprzęt, który nie będzie używany do posypywania dróg, ale będzie potrzebny przy zapewnieniu przejezdności drogi. Sprzęt ciężki jest używany nie tylko podczas występowania warunków skrajnie ekstremalnych czy intensywnych opadów śniegu ale może służyć nawet podczas

wystąpienia śliskości, gdy jest konieczne wyciągnięcie z rowu pojazdu ciężarowego, który swoją naczepą blokuje przejezdność drogi.

3) koszty placu na składowisko soli i piasku:

Zamawiający w pkt.7.2.4b) Instrukcji dla Wykonawców, Tom I, Rozdział 1 Specyfikacji Warunków Zamówienia wskazał, że wymaga wykazania się min. 3 składowiska solanki i piasku, które będą wykorzystywane podczas robót ZUD. Lokalizacja ta musi spełniać warunek, iż długość obsługiwanych z tej lokalizacji, nie może być większa niż 50 km od składowiska. W Opisie Przedmiotu Zamówienia wskazano, że każde z ww. składowisk musi być wyposażone w wytwornicę solanki oraz ciągniki ciężkie kołowe muszą mieć lokalizację umożliwiającą sprawną obsługę dróg całego RDW, odpowiadającą lokalizacji składowisk materiałów ZUD, przy założeniu maksymalnego oddalenia 50 km od najdalej obsługiwanego możliwego punktu. Ilość ciągników ciężkich kołowych musi odpowiadać wymaganej ilości składowisk materiałów ZUD.

Wykonawca Przedsiębiorstwo Transportowo Usługowo-Handlowe L.K. wskazał trzy lokalizacje na składowiska, w tym jedną będącą siedzibą jego firmy. Według OPZ każdy z 3 deklarowanych ciągników powinien być usytuowany w jednej z trzech zadeklarowanych lokalizacji składowisk. (Łubowo-Murowana Goślina-Wągrowiec). Z dokumentów jakie przedstawił Wykonawca wynika, że tylko plac w Łubowie jest jego własnością i teoretycznie może nie generować kosztów. Dwa pozostałe place według deklaracji wykonawcy będą podnajmowane od podmiotów trzecich i cena dzierżawy powinna zostać doliczona do wartości pozycji.

Ponadto deklarowany sprzęt zgodnie z zawartą umową musi zostać przetransportowany do miejsca docelowego (Murowana Goślina i Wągrowiec) oraz wrócić po okresie użytkowania, co generuje dodatkowe koszty, które nie zostały uwzględnione we wcześniejszych wyjaśnieniach wykonawcy. Zamawiający nie jest w stanie określić ceny wynajmu placów, na których będą stacjonowały ciągniki i transportu sprzętu do miejsc docelowych, przez co wyjaśnienia wykonawcy nie są spójne z wcześniej złożonymi oświadczeniami.

Zamawiający pismem z dnia 28.10.2022 r. zwrócił się do podmiotów udostępniających wykonawcy Przedsiębiorstwo Transportowo Usługowo-Handlowe L.K. składowiska soli i piasku do zimowego utrzymania dróg (wykaz zgodnie z pismem wykonawcy z dnia 13.07.2022 r.). W przypadku pozostałych dwóch lokalizacji składowisk Zamawiający uzyskał informację od podmiotów nimi dysponujących, które nie potwierdziły faktu dysponowania placami na warunkach wskazanych przez Wykonawcę, w tym kosztów dysponowania nimi.

Mając powyższe na uwadze, w ocenie Zamawiającego, rzeczywista kalkulacja przy uwzględnieniu kalkulacji kosztów zgodnie z SWZ prowadzi do wniosku, iż przy zaoferowanej stawce 10 zł za 1 motogodzinę pracy sprzętu Wykonawca poniesie stratę finansową (...).

Analogiczna argumentacja Zamawiającego dotyczyła odrzucenia oferty Odwołującego Projekt-Bruk z części VI postępowania.

Biorąc pod uwagę ustalony i opisany wyżej stan faktyczny Izba uznała, że zarzuty nr 1 obu odwołań nie potwierdziły się, a odrzucenie ofert obu wykonawców na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp było prawidłowe i uzasadnione.

Obaj Odwołujący nie byli w stanie w wiarygodny sposób wyjaśnić sposobu kalkulacji stawki za jedną motogodzinę pracy sprzętu ciężkiego. Biorąc pod uwagę, że Zamawiający wymagał, by personel wykonawcy był zatrudniony na podstawie umowy o pracę to stawka sprzętu musiała uwzględniać m. in. koszty pracy w wysokości przynajmniej wynikającej z przepisów prawa pracy. Co oczywiste koszty te są znacznie wyższe niż 10 zł. Nie ulega przy tym wątpliwości, że koszt pracy sprzętu to nie tylko koszty pracownicze. Istotny jest jednak fakt,

że biorąc pod uwagę wskazany wyżej kosztorysowy sposób wynagradzania wykonawcy przedmiotu zamówienia to wykonawcy mieli obowiązek skalkulować wszystkie stawki w formularzu ofertowym tak, by nie ponosić strat. Nie jest więc przy tym istotne, że w ocenie Odwołujących różnice w cenach całkowitych ofert złożonych w części II i VI były stosunkowo niewielkie. Ostateczna wysokość wynagrodzenia wykonawcy zależeć będzie od faktycznie zrealizowanego zakresu prac wycenionych w formularzu cenowym, a wykonawca nie ma praktycznie żadnego wpływu na ilość tych prac. Z tego powodu każda pozycja wyceniana w formularzu ma istotne znaczenie. Dlatego niewykazanie realności stawki określonej w poz. 18 musiało skutkować uznaniem, że oferty Odwołujących podlegają odrzuceniu z postępowania. Odwołujący przyznał przy tym w wyjaśnieniach, że część kosztów z poz. 18 przeniósł do rozliczenia w ramach innych pozycji, przy czym nie opisał na jakich zasadach i na jakiej podstawie.

Ustalenie to jest wystarczające dla uznania czynności Zamawiającego za prawidłową, z tego względu kwestie dotyczące kosztów paliwa i sprzętu oraz placu na składowisko soli i piasku nie mogły zmienić pozytywnej oceny czynności odrzucenia ofert obu Odwołujących na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp.

Zarzut nr 2 - odwołanie KIO 3093/22 i KIO 3094/22

W uzasadnieniu odrzucenia ofert obu Odwołujących na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 i 15 Uznk Zamawiający przedstawił argumentację będącą dopełnieniem przytoczonej w ramach stanowiska Izby dotyczącego zarzutu nr 1 uzasadnienia odrzucenia ofert art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp:

„Takie działanie Wykonawcy należy oceniać również w świetle ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. 2022 poz.1233), który stanowi w art. 3, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przerzucanie kosztów pomiędzy cenami jednostkowymi będącymi podstawą wypłaty wynagrodzenia w ten sposób, iż koszty realnie ponoszone w części pozycji przenoszone są do innych pozycji najczęściej wykonywanych w toku realizacji zamówienia z pewnością jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami i narusza interes zamawiającego. Celem takiego działania nie jest zaoferowanie zamawiającemu jak najkorzystniejszych warunków, czy konkurowanie ceną, a jedynie wykorzystanie przyjętych w specyfikacji założeń obliczenia ceny. Za czyn nieuczciwej konkurencji należy uznać zachowania zmierzające do wygrania postępowania za wszelką cenę, poprzez oferowanie nierealnych warunków realizacji zamówienia. Zaoferowanie zatem warunków nierealnych, które nie są w warunkach rzeczywistych możliwe do spełnienia, godzi w dobre obyczaje i narusza zasadę uczciwej konkurencji.

Potwierdza to orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, (...).

Mając na uwadze powyższe nie budzi wątpliwości, że: W świetle przedłożonych wyjaśnień i dowodów, jak również treści obowiązujących przepisów prawa nie budzi wątpliwości, iż oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp,

art. 226 ust. 1 pkt.7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 oraz 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ponieważ wykonawca nie wykazał, że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Nieuwzględnienie w cenie jednostkowej pełnych kosztów pracy, wbrew wymaganiom SWZ skutkuje bowiem koniecznością uznania, iż cena nosi znamiona rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jest to bowiem jeden z podstawowych wyznaczników pozwalających na ocenę czy rzetelnie wyceniono wszystkie koszty wykonania zamówienia w cenie oferty.

Nie sposób natomiast tej wartości wykazać w ramach ceny jednostkowej opiewającej na 10 zł (poz. 18). Ustawodawca zobowiązuje zamawiających do odrzucania ofert wykonawców którzy nie respektują zasad wynagradzania za pracę ustalonych w przepisach powszechnie obowiązujących (...).

Mając na uwadze powyższe nie budzi wątpliwości, iż jednym z elementów nieuwzględnionych przez wykonawcę w cenie jednostkowej są koszty pracy wynikające z obowiązujących przepisów prawa, w tym koszty ubezpieczenia.

W tym miejscu należy zauważyć, iż ze względu na istotę rozliczeniową kontraktów utrzymaniowych orzecznictwo KIO w ostatnim okresie jednoznacznie zmierza ku uznaniu, iż nieuwzględnienie w cenie jednostkowej dla danej usługi wszystkich kosztów wyszczególnionych przez Zamawiającego w opisie stanowi podstawę do uznania oferty za sporządzoną niezgodnie z warunkami zamówienia i jej odrzucenia (...).

Także pokrywanie przez Wykonawcę ewentualnych strat wynikających z zaniżenia ceny zyskami z innych źródeł, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (KIO 337/22) i stanowi dowód na zaoferowanie rażąco niskiej ceny.

Praca ciężkiego sprzętu przy zimowym utrzymaniu dróg stanowi kluczowy element dla prawidłowego wykonania zadania. W sytuacjach nagłych, nadzwyczajnych i ekstremalnych warunkach pogodowych, należy zapewnić działanie sprzętu ciężkiego w celu przywrócenia przejezdności dróg. Bez użycia takiego sprzętu niemożliwe byłoby, w przypadku wystąpienia dużych opadów śniegu, zagwarantowanie przejezdności dróg. Czas realizacji ZUD objętego postępowaniem obejmuje cztery sezony zimowe. Nie sposób przewidzieć jakie warunki pogodowe będą występowały w poszczególnych latach. Należy zatem założyć, że każda z prac w ramach ZUD będzie wykonywana z równą częstotliwością.

Wykonawca Przedsiębiorstwo Transportowo Usługowo-Handlowe L.K. zaproponował wykonanie tej usługi na poziomie nierynkowym, rażąco niskim i w ocenie Zamawiającego, niemożliwym do realizacji. Średnia cen innych, przykładowych ofert w ramach postępowania została określona na poziomie 183 zł/m-g. Zaproponowana przez Wykonawcę cena jest niemal 20 - krotnie niższa od średniej cen ofert złożonych w postępowaniu.

W ocenie Zamawiającego, Wykonawca w swoich wyjaśnieniach nie wykazał, że jest w stanie zrealizować wskazane prace po cenach jednostkowych wskazanych w ofercie. W związku z powyższym Zamawiający uznał, że ceny jednostkowe, które są w przedmiotowym postępowaniu cenami samodzielnymi za wykonanie wyodrębnionych prac, są cenami rażąco niskimi”.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że zarzuty nr 2 obu odwołań są zasadne w zakresie twierdzenia Odwoływających o braku wykazania przez Zamawiającego spełnienia przesłanek ustawowych określonych w art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Oczywistym jest, że Zamawiający podejmując decyzję o odrzuceniu ofert z postępowania miał obowiązek należytego uzasadnienia tej czynności – tak pod względem prawnym jak i faktycznym. Przytoczone wyżej uzasadnienie nie pozwala na poznanie motywów jakimi kierował się Zamawiający i to w najbardziej podstawowym zakresie. Zamawiający ograniczył

się do kilku ogólnikowych zdań, przytoczenia fragmentów kilku orzeczeń KIO oraz argumentacji dotyczącej rażąco niskich cen w poz. 18 ofert Odwołujących. Nie wykazał natomiast spełnienia przesłanek pozwalających na zakwalifikowanie działań Odwołujących jako czynu nieuczciwej konkurencji. Uzasadnienie takie urąga zasadzie jawności postępowania.

W konsekwencji Izba uznała, że brak jest podstaw do stwierdzenia, że w zakresie wskazanym przez Zamawiającego Odwołujący dopuścili się czynu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Wobec oddalenia zarzutu nr 1 Izba uznała, że zasadność zarzutu nr 2 nie ma wpływu na wynik postępowania. Oferty obu Odwołujących zostały zasadnie odrzucone z postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp. Co za tym idzie bezpodstawne odrzucenie tych ofert również na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp nie zmienia ogólnego wyniku postępowania. Dlatego też zarzut nr 2 podlegał oddaleniu.

Zarzut nr 3 – odwołanie KIO 3093/22 i KIO 3094/22

Zamawiający nie odrzucił ofert Odwołujących na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Odwołujący nie wykazali przy tym, by faktyczne podstawy odrzucenia dotyczyły również okoliczności wskazujących na uznanie przez Zamawiającego ich ofert za niezgodne z warunkami zamówienia. Co za tym idzie stanowisko Odwołujących dotyczyło czynności, która nie miała miejsca. W konsekwencji zarzut podlegał oddaleniu.

Zarzut nr 4 – odwołanie KIO 3093/22

7 listopada 2022 r. Odwołujący Projekt-Bruk skierował do Zamawiającego pismo, w którym wskazał m. in.:

„Według wiedzy mojego Mandanta Zamawiający podjął czynności zmierzające do weryfikacji treści dowodów przedłożonych przez Wykonawcę w toku wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. W świetle powyższego wskazać należy, iż brak po stronie Zamawiającego podstaw normatywnych do takiego działania (...).

Jednocześnie wskazać należy, że według wiedzy mojego Mandanta, o przedmiotowych czynnościach Zamawiającego powziął wiedzę również konkurencyjny Wykonawca, który

podjął działania zmierzające do zniweczenia współpracy z podmiotami, które wskazał Wykonawca w treści wyjaśnień.

Niezależnie od faktu, że wyjaśnienia te stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa, z niewiadomych źródeł powziął on informację o podmiotach tam wskazanych i w terminie, w którym pisma trafiły do podmiotów deklarujących współpracę z Wykonawcą, skontaktował się telefonicznie nakłaniając rzeczne podmioty do nieudzielania odpowiedzi albo udzielania negatywnej odpowiedzi wskazując, że powyższe spowoduje nieudzielenie zamówienia publicznego mojemu Mandantowi, którego oferta w tych warunkach zostanie odrzucona, a jednocześnie

w zamian oferując współpracę tymże podmiotom w toku realizacji przedmiotowego zamówienia.

Przywołane działania są nie tylko bardzo niepokojące, to jednocześnie wydaje się, iż nie mieszczą się w granicach prawa. Dodatkowo, wskazać należy, że Wykonawca nie ma żadnych narzędzi, żeby tego rodzaju działaniom zapobiec (...).

W tych okolicznościach wnoszę o podjęcie przez Zamawiającego działań, które stanowią realizację podstawowych zasad prawa i mieszczą się w jego granicach”.

18 listopada 2022 r. Zamawiający odpowiedział na pismo Odwołującego Projekt-Bruk, ale nie odniósł się do informacji dotyczących możliwości dopuszczenia się czynu nieuczciwej konkurencji przez innego z wykonawców biorących udział w postępowaniu. Zamawiający nie podjął również żadnych działań zmierzających do sprawdzenia podanych przez Odwołującego informacji.

Biorąc pod uwagę dowody dotyczące zarzutu nr 4 Izba uznała, że Zamawiający nie naruszył art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 3 ust. 1 alternatywnie ust. 2 Uznk przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego Zaberd. W konsekwencji zarzut ten został oddalony.

Podkreślenia wymaga, że w piśmie, które zdaniem Odwołującego Projekt-Bruk winno obligować Zamawiającego do podjęcia działań zmierzających do ewentualnej eliminacji Przystępującego z postępowania, Odwołujący nie wskazał choćby jego nazwy. Przy założeniu, że Odwołujący i Zamawiający przestrzegali zasady pisemności postępowania (a brak podstaw do uznania, że tak nie było) to Zamawiający nie wiedział nawet który z wykonawców miał dopuścić się działań na szkodę Odwołującego Projekt-Bruk. Sam fakt, że w części VI postępowania oferty złożyli jedynie dwaj wykonawcy nie dawał Zamawiającemu wystarczającej podstawy do uznania, że Odwołującemu chodziło o Przystępującego Zaberd, równie dobrze mógł to być konkurencyjny wykonawca biorący udział w postępowaniu, ale w innej jego części. Skoro Odwołujący oczekiwał, by Zamawiający podjął określone działania to winien przedstawić wszystkie istotne fakty i okoliczności świadczące o czynie nieuczciwej konkurencji na szkodę Odwołującego. Tymczasem z pisma z 7 listopada 2022 r. nie wynika jednoznacznie kto miał dopuścić się tego czynu i na czym konkretnie on

polegał. Odwołujący również w bardzo ogólnikowy sposób wskazał podmioty, z którymi miał kontaktować się konkurencyjny wykonawca. Trudno w tej sytuacji dziwić się Zamawiającemu, że nie podjął żadnych działań w sprawie.

Na etapie postępowania odwoławczego Odwołujący skonkretyzował swoje twierdzenie jedynie w zakresie wskazania „sprawcy” czynu, tj. Przystępującego Zaberda. W pozostałym zakresie stanowisko Odwołującego było również ogólnikowe i gołosłowne jak w piśmie z 7 listopada

2022 r.

Z powyższych przyczyn Izba oddaliła zarzut uznając go za całkowicie bezpodstawny.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący: