

WYROK

z dnia 15 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: członek Krajowej Izby Odwoławczej **Barbara Bettman**

Protokolant: **Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 października 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **4 października 2013 r.** przez wykonawcę: **Jacka W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Jacek W. Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych” ul. W. Łokietka 4, 41-933 Bytom,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach ul. Płowiecka 31; 44-121 Gliwice,** przy udziale wykonawcy:

- konsorcjum: **Aniela B. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą ANKA Firma Handlowo Produkcyjno – Usługowa Aniela B. (lider), ul. Daszyńskiego 449, 44-151 Gliwice** i **Krzysztof B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą 2B Krzysztof B.,**
- zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

- 1.1. Unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty na część III i IX zamówienia;

- 1.2. Odrzucenie oferty konsorcjum: **Aniela B.** prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą **ANKA Firma Handlowo Produkcyjno –Usługowa Aniela B. i Krzysztofa B.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **2B Krzysztof B.** na część III i IX zamówienia;
- 1.1. Ponowienie czynności oceny i wyboru ofert w zakresie części III i IX zamówienia.
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach ul. Płowiecka 31; 44-121 Gliwice,**
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego: **Jacka W.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „**Jacek W. Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych**” ul. W. Łokietka 4, 41-933 Bytom, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego **Zarządu Dróg Miejskich w Gliwicach ul. Płowiecka 31; 44-121 Gliwice** na rzecz odwołującego: **Jacka W.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „**Jacek W. Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych**” ul. W. Łokietka 4, 41-933 Bytom, kwotę **18 600,00 zł** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie w przetargu nieograniczonego na „Zimowe utrzymanie dróg na terenie miasta Gliwice” ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 10.07.2013 r. pod pozycją 2013/S 132-228669, w dniu 4 października 2013 r. zostało złożone w formie pisemnej odwołanie przez wykonawcę Jacka W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Jacek W. Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych” z siedzibą w Bytomiu, w kopii przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym.

Odwołanie dotyczyło zadania III, VIII i IX i zostało wniesione skutkiem powiadomienia za pośrednictwem faksu w dniu 25 września 2013 r. o wynikach prowadzonego postępowania - informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, w której wskazano, że w zakresie zadania III, VIII i IX zamówienia za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: FHPU ANKA Aniela B. i Krzysztof B..

Odwołujący zarzucił zamawiającemu Zarządowi Dróg Miejskich w Gliwicach naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej zwanej Pzp, tj.:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: FHPU ANKA Aniela B. i Krzysztof B. mimo niezgodności tej oferty z treścią SIWZ;
2. art. 90 ust. 2 Pzp poprzez uznanie, że wyjaśnienia przedłożone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: FHPU ANKA Aniela B. i Krzysztof B. potwierdzają, że cena nie jest rażąco niska, a w konsekwencji również art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę;
3. art. 89 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: FHPU ANKA Aniela B. i Krzysztof B. mimo, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji

również art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. nr 47, poz. 211 ze zm.), dalej zwaną „uznk” ponieważ złożenie tej oferty w okolicznościach niniejszej sprawy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;

4. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy) oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, a także inne przepisy wskazane lub wynikające z uzasadnienia niniejszego odwołania.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania: III, VIII i IX przedmiotowego zamówienia;
2. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert w zakresie zadania: III, VIII i IX;
3. odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia FHPU ANKA Aniela B. i Krzysztof B. w zakresie zadania: III, VIII i IX;
4. dokonania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania: III, VIII i IX.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że złożona przez niego oferta została zakwalifikowana na drugim miejscu w rankingu ofert w zakresie zadania III, VIII i IX. W wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż w przypadku prawidłowego działania zamawiającego oferta złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia FHPU ANKA Aniela B. i Krzysztof B., dalej jako „konsorcjum B.”, powinna zostać odrzucona, a za najkorzystniejszą powinna zostać uznana oferta odwołującego. Ponadto, objęte odwołaniem czynności zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez odwołującego - polegającej na uniemożliwieniu uzyskania zamówienia.

Argumentując podnoszone zarzuty odwołujący podał, co następuje.

1. Niezgodność oferty konsorcjum B. z treścią SIWZ.

1. W piśmie z dnia 5 września 2013 r. - odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny - konsorcjum B. wskazało, że przy kalkulacji ceny „sednem sprawy” była możliwość zakupu taniej solanki. Wykonawca ten

wskazał ponadto, że ma zamiar oprócz solanki o stężeniu 20-25 % soli, stosować również nawilżoną sól w proporcji 10 % soli drogowej i 90 % solanki.

2. odwołujący wskazał, że w treści SIWZ jednoznacznie określono, że do posypywania ulic wykonawca ma zapewnić odpowiednią ilość soli i piasku (por. pkt 3.2 tiret 7, 17 SIWZ).

W pkt 8.2 SIWZ zamawiający wskazał, że „każdy pojazd wykorzystywany do prowadzenia Akcji zima na terenie miasta powinien być niezawodny, odpowiednio przystosowany do posypywania powierzchni mieszanką piasku i soli (chodniki) lub solą drogową (ulice) oraz do płuzenia ww. powierzchni. Zdaniem odwołującego, z powyższego wynika, że zamawiający wymagał, aby wykonawca zaoferował w swojej ofercie oraz skalkulował cenę za środki w postaci soli i piasku.

W pkt 8.2. SIWZ dla Rejonu III, VIII oraz IX zamawiający wskazał, co prawda, aby jednostki płujące były „przystosowane do posypywania ulic zwilżoną solą (na zasadzie solarki)”, jednak w praktyce będzie to posypywanie solą, a nie tylko zwilżonym roztworem NaCl (tzn. nawet w tym przypadku sól będzie stanowiła większość składu).

3. Konsorcjum B., oferując w znacznej mierze wodny roztwór NaCl – solankę (roztwór taki zawiera 75 % wody H₂O i 20-25 % soli NaCl), zdaniem odwołującego w istocie przyznało, że nie oferuje przedmiotu zamówienia, który był wymagany treścią SIWZ.

Zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada specyfikacji, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W piśmiennictwie przyjmuje się, że „Oferta nieodpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta powinna przejawiać się przede wszystkim w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji. Może przejawiać się też w innym sposobie sporządzenia oferty, niż żądał zamawiający, przy czym powinny to być elementy składające się na treść oferty, odnoszące się do jej aspektów formalnych i materialnych, ale nie do sposobu spełnienia obydwu aspektów (J. Pieróg, Komentarz do ustawy Prawo zamówień publicznych, wyd. 11, Warszawa 2012, Legalis). Powyższe zostało również potwierdzone orzecznictwem KIO:

- a. „(...) wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ (...) dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i

wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega - co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ, ewentualnie uzupełniającymi treść SIWZ modyfikacjami, wyjaśnieniami, odpowiedziami zamawiającego. Reasumując powyższe, można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie.”, (wyrok KIO z dnia 6 marca 2013 r., KIO 401/13);

- b. Sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ zachodzi wówczas, gdy przedmiot zaoferowany w ofercie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia i rozbieżności te dotyczą istotnych elementów (wyrok KIO z dnia 10 stycznia 2012 r. KIO 2749/11).

W wyniku udzielonych wyjaśnień, konsorcjum B. w istocie ujawniło, że treść jego zobowiązania ofertowego jest niezgodna z oczekiwaniami zamawiającego. Odwołujący podkreślił, że zaistniała niezgodność dotyczy aspektów merytorycznych (oferowanego przedmiotu zamówienia) oraz nie podlega poprawieniu przez zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W praktyce solanka jest jedynie elementem wspierającym działanie soli i nie jest możliwym zastąpienie soli solanką. Oparcie wyceny głównie na zastosowaniu technologii wykorzystującej solankę o stężeniu 25 % jest niezgodne z treścią SIWZ, która takich rozwiązań nie przewiduje.

O niezgodności oferty konsorcjum B. z treścią SIWZ świadczy również zaoferowana proporcja mieszanki soli z solanką, którą zamierza zastosować ten wykonawca. W udzielonych wyjaśnieniach wykonawca wykazał, że proporcją soli drogowej i solanki będzie wartość: 10% do 90%.

Deklaracja taka, według odwołującego - jest niezgodna z przyjętymi technologiami, w których za właściwą proporcję w przypadku nawilżania soli uważa się proporcję 30 % solanki o stężeniu 20-25% + 70 % suchej soli. Proporcja 30% solanki do 70% soli suchej jest standardowym rozwiązaniem stosowanym w instrukcjach technologicznych na drogach podległych GDDKiA, a drogi 1 kolejności utrzymania to drogi utrzymywane na takim samym standardzie utrzymania zimowego, jak drogi krajowe. Wymagania GDDKiA są powszechnie przyjmowane za wzorcowe i wedle wiedzy odwołującego, jest to jedyna instytucja, która ma zestandaryzowane (w skali kraju) procedury zimowego utrzymania dróg.

Zgodnie z pkt 6.2 „Wytycznych Zimowego Utrzymania Dróg” (Załącznik do Zarządzenia nr 18 Generalnego dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 30 czerwca 2006 r.) w przypadku zastosowania soli zwilżonej jako materiału chemicznego do usuwania i łagodzenia skutków śliskości zimowej prawidłowo zastosowana proporcja powinna kształtować się następująco: 30% solanki (roztworu NaCl lub CaCh o stężeniu 20-25%) + 70% soli suchej NaCl.

- Takie same proporcje technologiczne jako wzorzec tj. 30% solanki (roztworu NaCl lub CaCh o stężeniu 20-25%) + 70% soli suchej NaCl zostały również wskazane w pkt. 6 „Zapobieganie powstawaniu i likwidacja śliskości” w Przeglądzie Techniki Drogowej i Mostowej - Zimowe utrzymanie dróg publicznych część I wydanie z 2002 roku, wydanym przez Instytut Badawczy Dróg i Mostów (zespół ekspercki).

- Ten sam sposób proporcji stosowania nawilżonej soli tj. 30 % solanki (roztworu NaCl lub CaCl₂ o stężeniu 20-25%) + 70% soli suchej NaCl określili specjaliści w Ogólnej Specyfikacji Technicznej D - 10.10.01c „Zapobieganie powstawaniu i likwidacja śliskości zimowej” wydanej przez Branżowy Zakład Doświadczalny Budownictwa Drogowego i Mostowego Sp. z o.o. Warszawa 2007 r.

Odwołujący podkreślał, iż w rozumieniu ww. dokumentu GDDKiA - sól zwilżona (wymagana przez zamawiającego w dokumentacji przetargowej) oraz solanka to różne materiały (vide pkt. 6.2. Wytycznych), dlatego zdaniem odwołującego - nie może budzić wątpliwości fakt, że konsorcjum B. zaoferowało rozwiązanie, które nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego.

Odwołujący stwierdził, że oferty złożone przez konsorcjum B. i resztę wykonawców są nieporównywalne, ponieważ pozostali wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia skalkulowali swoje ceny w oparciu o inne, zgodne z SIWZ założenia (ceny w niniejszym postępowaniu byłyby inne, gdyby wszyscy wykonawcy uwzględnili w swoich ofertach tańsze rozwiązanie - solankę - zamiast soli i piasku).

II. W odniesieniu do zarzutu nieprawidłowej oceny wyjaśnień złożonych przez konsorcjum B., odwołujący podnosił, że zamawiający pismem z dnia 4 września 2013 r. wezwał konsorcjum B. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny za realizację przedmiotu zamówienia w zakresie zadania III, VIII i IX dla ulic 1 kolejności odśnieżania:

a. Cyt. „proszę o przedstawienie sposobu kalkulacji cen w rejonach 3, 8 i 9 dla 1 kolejności odśnieżania,

b. Cyt. „Proszę o przedstawienie szczegółowej kalkulacji ceny oferty w w/w zakresie”.

Oceniając wyjaśnienia, których udzieliło konsorcjum B., odwołujący stwierdził, że są one bardzo lakoniczne i ogólnikowe, a tym samym nie mogą zostać uznane za potwierdzające, iż cena zaoferowana przez tego wykonawcę nie jest ceną rażąco niską.

Konsorcjum B. w piśmie z dnia 5 września 2013 r. przedstawiło wyjaśnienia w których stwierdzono, że „cena jest przemyślana i nie jest wynikiem złej kalkulacji.” Ograniczyło się jednak w swoich wyjaśnieniach jedynie do kilku lakonicznych stwierdzeń, nie przedstawiając przy tym żadnych dowodów na ich poparcie. Co więcej, nie przedstawiło związku pomiędzy zaprezentowanymi w wyjaśnieniach czynnikami, a zaoferowaną ceną. W wyjaśnieniach tych, konsorcjum B. nie przedstawiło również żadnej kalkulacji kosztowej obrazującej sposób obliczenia ceny, czy branych pod uwagę czynników cenotwórczych (takich jak np.: cen materiałów bezpośrednich, tj. cen środków chemicznych do usuwania skutków śliskości, cen soli drogowej – chlorku sodu (NaCl), cen materiałów bezpośrednich, środków nie chemicznych, uszorstniających takich jak np. piasek, kosztów funkcjonowania całodobowego, 24 - godzinowego punktu dyspozytorskiego, kosztów zagwarantowania bazy sprzętowo - materiałowej dla potrzeb realizacji zadania itp.).

Konsorcjum B. wskazało w treści wyjaśnień, iż istotnym czynnikiem była lokalizacja firmy na terenie Gliwic (bardzo szybki dojazd na rejon). W wyjaśnieniach, nie określono jednak, w jaki sposób czynnik ten wpływa na zaoferowaną przez wykonawcę cenę (nie wskazano, w jaki sposób i w jakim zakresie lokalizacja firmy wpływa na jej obniżenie).

Wykonawca ten w opinii odwołującego, *de facto* nie przedstawił wyjaśnień, a w konsekwencji złożona przez niego oferta powinna zostać odrzucona na podstawie przepisu art. 90 ust. 3 Pzp. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej:

a. wyrok KIO z dnia 12 marca 2013 r., sygn. akt KIO 458/13 „W ocenie Izby złożone przez przystępującego wyjaśnienia z dnia 6 lutego 2013 roku są lakoniczne i nie wskazują na żadne obiektywne czynniki, które mogłyby uzasadniać tak niską kalkulację ceny oferty. Wyjaśnienia te nie dają zamawiającemu zatem pewności co do tego, że zamówienie za cenę zaproponowaną w ofercie zostanie zrealizowane w sposób rzetelny. Poza ogólnikowym stwierdzeniem, że kalkulacja ceny zawiera wszelkie niezbędne koszty związane z realizacją zamówienia, zapewnia zysk, uwzględnia koszty własne i inne czynniki kosztotwórcze, przystępujący Groneko nie powołał żadnej konkretnej kalkulacji oraz nie wskazał na żadne obiektywne czynniki, które potwierdziłyby możliwość realizacji zamówienia za zaproponowaną cenę. Za czynniki obiektywne, które mają wpływ na zaproponowaną cenę nie można uznać okoliczności, że wykonawca wykonuje zadania własnymi pracownikami i posiada własny sprzęt. Okoliczności te nie są elementami obiektywnymi, przynależnymi

wyłącznie temu wykonawcy. W oparciu o złożone wyjaśnienia niemożliwym jest ustalenie w jaki sposób czynniki przywołane przez przystępującego Groneko (dysponowanie własnymi pracownikami, sprzętem i transportem) przekładają się na cenę zaoferowaną w tym postępowaniu. Za obiektywne czynniki, które uzasadniają skalkulowanie ceny oferty nie może być także uznane zestawienie przeciętnych cen brutto za demontaż i usuwanie odpadów zawierających azbest w roku 2012 na terenie województw ościennych. Dane te, niezależnie od tego, że nie wiadomo czy obejmują porównywalny zakres przedmiotu zamówienia, pozostają bez wpływu na kalkulację ceny oferty przystępującego Groneko. Z powyższych względów wyjaśnienia złożone przez odwołującego należało uznać za zbyt ogólne, w efekcie uniemożliwiające zamawiającemu jednoznaczne stwierdzenie, czy cenę skalkulowano w sposób rynkowy i zgodny z zasadami uczciwej konkurencji. Reasumując, Izba stwierdziła, że złożone przez przystępującego Groneko wyjaśnienia nie pozwalają na uznanie, że wykonawca ten podał obiektywne czynniki, mające wpływ na wysokość ceny. Wobec braku wykazania, że cena nie ma charakteru rażąco niskiej, zamawiający zobligowany był do odrzucenia złożonej przez przystępującego Groneko oferty, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.” Wyrok KIO z dnia 30 listopada 2010 r., sygn. akt KIO 2515/10 „Skoro więc stosowne wyjaśnienia składa podmiot zainteresowany w sprawie to same wyjaśnienia, o ile nie są szczegółowe, a wręcz ogólnikowe i lakoniczne nie mogą być obiektywne. To na wykonawcy spoczywa bowiem obowiązek udowodnienia prawdziwości swoich twierdzeń. Tymczasem konsorcjum MBZ udzielając wyjaśnień bardzo ogólnie wskazało elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Na obniżenie kosztów miała mieć bowiem wpływ okoliczność, iż zespół kluczowych ekspertów stanowią mieszkańcy Włocławka i okolic, co miało zmniejszyć koszty związane z pokonywaniem znacznych odległości, jak również zapewnienia im zakwaterowania. Niemniej jednak nie wskazało jakiego rzędu są to kwoty, jak również w jakim stopniu okoliczność ta spowoduje obniżenie kosztów przedmiotowej usługi. Podobnie należy się odnieść do kwestii posiadanego przez konsorcjum MBZ biura spełniającego wymogi SIWZ. Powyższe nie może stanowić podstawy do stwierdzenia, iż w niniejszym stanie faktycznym nie mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Izba w tym zakresie w pełni podziela stanowisko SO we Wrocławiu wyrażone w wyroku z dnia 8 listopada 2007 r. w sprawie o sygn. akt Ga 294/06, w którym stwierdzono, iż "posiadanie (...) dobrze prosperującego biura, dysponowanie szerokopasmową siecią teleinformatyczną z wykorzystaniem zaawansowanych narzędzi informatycznych, dysponowanie zapleczem techniczno - organizacyjno - logistycznym, dysponowanie kadrami wykwalifikowanych pracowników etatowych oraz doświadczenie związane z bieżącym wykonywaniem kontraktów podobnych nie stanowią obiektywnych czynników, które mogły mieć istotny wpływ na obniżenie wysokości ceny oferty. Czynniki te powinny być bowiem uwzględnione w

ofercie każdego wykonawcy, gdyż tego rodzaju przedsięwzięcia nie mogą być realizowane bez dysponowania odpowiednim zapleczem techniczno-organizacyjnym i logistycznym, siecią informatyczną, wykwalifikowanymi pracownikami i doświadczeniem w realizowaniu podobnych kontraktów". Oznacza to więc, iż wykonawca składający wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny ma obowiązek wskazania obiektywnych czynników, czy też elementów mających wpływ na zaoferowaną cenę, ale i dowodów na potwierdzenie tych okoliczności. Czynnikiem takim, w świetle powyższego, nie może być więc sam fakt wskazania posiadania takiego biura nawet jeżeli znajduje się ono w miejscu, gdzie będzie realizowane zamówienie. Koniecznym jest bowiem przedstawienie szczegółowych kalkulacji, oszczędności wynikających z tego właśnie faktu, jak i zależności pomiędzy miejscem siedziby biura, a zaoferowaną ceną usługi będącej przedmiotem niniejszego zamówienia. (...) Tak złożone wyjaśnienia Zamawiający powinien był uznać za zbyt ogólne, a więc takie, które nie pozwalają na uznanie, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Konsorcjum MBZ nie wykazało bowiem, iż cenę oferty skalkulowano w sposób rynkowy. Należało więc uznać, iż Konsorcjum MBZ tego typu informacji nie przedstawiło, a wskazane przez niego jako czynniki obiektywne w istocie takimi czynnikami nie są. Tak więc same ogólnikowe wyjaśnienia, zawierające niekonkretne i niczym nie udokumentowane twierdzenia, jakich niewątpliwie konsorcjum MBZ użyło w złożonych wyjaśnieniach, można uznać za niezłożone (stanowisko takie zawarł SO w Częstochowie w wyroku z dnia 12 sierpnia 2005 r., sygn. akt VI Ca 464/05), gdyż to na wykonawcy spoczywa obowiązek złożenia wyczerpujących wyjaśnień, które pozwoliłyby Zamawiającemu na ocenę, czy przedmiotowa cena nie jest ceną rażąco niską. Zamawiający ma obowiązek dokonania obiektywnej oceny złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, biorąc pod uwagę wszystkie wskazane w nich okoliczności."

Przenosząc przytoczone poglądy na grunt prowadzonego postępowania, odwołujący przekonywał, że wzywając do wyjaśnień - zamawiający oczekiwał wyodrębnionych kalkulacji dla każdego zadania (rejonu) III, VIII i IX. W formularzu ofertowym - załącznik nr 1 do SIWZ cena była kalkulowana za jedną dobę prowadzenia akcji zima odrębnie na poszczególne rejonu. Każdy rejon to odrębna cena, czyli odrębna kalkulacja. Poszczególne rejonu to różne dzielnice Gliwic, o różnej powierzchni, różnym układzie komunikacyjnym, różnym stopniu trudności wykonania usługi, różnych kosztach. Dostosowując się do wezwania wykonawca miał przedstawić wyjaśnienia w zakresie szczegółowych kalkulacji cen w rejonach III, VIII i IX - taka dyspozycja oznacza odrębne kalkulacje. Konsorcjum B. w swojej odpowiedzi nie odniosło się do poszczególnych rejonów. W piśmie zawarto wyłącznie bardzo ogólną informację o zaplanowanej przez tego wykonawcę technologii. „Opisanie” technologii nie jest jednak kalkulacją ceny z wyliczeniem jej na każdy odrębny od siebie rejon oraz podaniem wpływu tej technologii na cenę oferty w przedmiotowym zakresie.

Konsorcjum B. w treści swoich wyjaśnień wskazało, że atrakcyjność ceny jest skutkiem m.in. ceny za jaką może nabyć solankę (30 zł/1000 l w stężeniu 25%). Pomijając kwestię niezgodności proponowanego rozwiązania z treścią SIWZ, odwołujący podnosił, że nawet sama kalkulacja zaproponowanej technologii jest przeprowadzona wadliwie, co stanowi potwierdzenie tezy, że wyjaśnienia złożone przez konsorcjum B. są niewiarygodne i nierealistyczne.

Solanka stosowana w zimowym utrzymaniu dróg może być używana do bezpośredniego skrapiania nawierzchni lub jako środek nawilżający sól w rozsypywarkach w dawkach określonych w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 27 października 2005 roku w sprawie rodzajów i warunków stosowania środków, jakie mogą być używane na drogach publicznych oraz ulicach i placach (Dz. U. nr 230, poz. 1960), dalej rozporządzenie” (SIWZ str. 2). Zgodnie z powołanym aktem prawnym środki chemiczne w postaci zwilżonej - roztwór wodny chlorku sodu (solanka) może być stosowana do -6 °C. Poniżej wskazanej temperatury solanka jest nie skuteczna. Wskazane w SIWZ rozporządzenie określa, że solankę można stosować wyłącznie do usuwania:

- gołoledzi w dawce 40-100 ml/ m² (pod warunkiem zastosowania natychmiast po wystąpieniu gołoledzi);
- oblodzenia 80-100 ml/m² (pod warunkiem zastosowania natychmiast po wystąpieniu gołoledzi);
- zapobiegania oblodzeniu 100-160 ml/m² (pod warunkiem zastosowania na początku opadu śniegu).

Rozporządzenie nie przewiduje stosowania solanki w celu usuwania skutków opadu - śniegu, gradu, marznącej mżawki i innych hydrometeorów. Można ją stosować wyłącznie profilaktycznie.

Te uwarunkowania przesądzają, że solankę można stosować skutecznie w ograniczonym zakresie głównie przy zabiegach zapobiegawczych i profilaktyce. Nie jest używana do likwidacji gołoledzi i oblodzenia w temperaturach poniżej -6 °C oraz do likwidacji śliskości pośniegowej powstałej po opadach śniegu czy pozostałości świeżego opadu po przejściach pługopiasek. Po opadzie śniegu, lub w trakcie opadu należy stosować środki chemiczne w postaci stałej lub środki chemiczne zwilżone.

W przypadku opadów śniegu konieczna jest przynajmniej dwukrotna usługa rozsypania środków chemicznych. Pierwszy raz na początku opadu w celu zapobieganiu przymarzania śniegu do nawierzchni i drugi raz w trakcie opadów śniegu lub po opadzie śniegu w celu likwidacji warstwy śniegu, której nie usunięto pługiem. W praktyce dwukrotna usługa wystarcza jedynie w przypadku krótkotrwałych opadów o niskim stopniu nasilenia. W przypadku opadów ciągłych, wielkoskalowych lub iterowanych, usługę trzeba w ciągu doby

parokrotnie powtarzać. Zamawiający w SIWZ (str. 2,pkt 3.2 tiret 9 SIWZ) nałożył obowiązek odśnieżania i posypywania ulic I kolejności utrzymania stale - wielokrotnie cyt. „W pierwszej kolejności Wykonawca odśnieżał będzie i posypywał główne ulice i szlaki komunikacyjne wraz z pasami włączeń i wyłączeń, skrzyżowania oraz pasy dla relacji skrzyżowanych w ich obrębie na terenie miasta tj. wszystkie ulice zaliczane do I kolejności zimowego utrzymania. Obiekty muszą być przejezdne i zabezpieczone przed śliskością (czarne, mokre) do jednej godziny po ustaniu opadów śniegu. W trakcie intensywnych i długotrwałych (powyżej 3 godzin) opadów śniegu Wykonawca będzie wykonywał prace stale nie dopuszczając do zalegania na jezdni warstwy błota pośniegowego grubszej niż 8 cm.”

Wykorzystując podaną przez konsorcjum cenę „taniej solanki” w wysokości 30,00 zł/1000 l (0,00003 zł/ml); (3x10⁵ zł/ml) oraz normatywy jej użycia określone w rozporządzeniu, odwołujący wyliczył, że zaoferowana cena nie pokrywa kosztów użycia solanki. Podkreślił, że swoje poniższe obliczenia wykonał przy założeniu, że wszystkie inne czynniki poza solanką tj. koszty wynagradzania pracowników, koszty wykorzystania sprzętu, paliwa, załadunku itd. będą pominięte (nie będą brane pod uwagę). W prezentacji wyliczenia pominął również rozważania z użyciem 10 % soli drogowej i 90 % solanki (nawilżona sól). Zaznaczył, że opcja z zastosowanym materiałem - solanką jest najtańszym rozwiązaniem założonym przez konsorcjum B..

Dla części III zamówienia – (REJON III – dla akcji: GOŁOLEDŹ; OBLODZENIE, ZAPOBIEGANIE OBLODZENIU) podał obliczenie z tabeli, że przy zastosowaniu maksymalnej dawki czynnika odmrażającego koszt jednokrotnego utrzymania ulic wynosiłby 1 154,84 zł dwukrotnego – 2 309,68 zł, wykonawca wybrany podał cenę 1 615,00 zł.

Dla części VIII zamówienia – (REJON VIII – dla akcji: GOŁOLEDŹ; OBLODZENIE, ZAPOBIEGANIE OBLODZENIU) odwołujący wyliczył odpowiednio: 711,79 zł; 1423,58 zł i cenę oferty w tej części wykonawca wybrany podał – 1 298,00 zł.

Dla części IX zamówienia – (REJON IX – dla akcji: GOŁOLEDŹ; OBLODZENIE, ZAPOBIEGANIE OBLODZENIU) odwołujący wyliczył odpowiednio: 757,82 zł; 1515,64 zł i cenę oferty w tej części wykonawca wybrany podał – 1 400,00 zł.

Z przedstawionych wyliczeń własnych, odwołujący wywiódł wnioski, że koszt dwukrotnego utrzymania ulicy solanką jest wyższy niż zaoferowana cena. Zaznaczył, że w praktyce nie zdarza się by można było usługę wykonać przy pomocy jednokrotnego utrzymania ulicy. Jak wcześniej zostało podniesione, w przypadku opadów śniegu jednokrotne utrzymanie trzeba wykonać przed opadem śniegu, drugie w trakcie, a kolejne po zaniku tego opadu. Nawet gdy opad jest niewielki, śladowy, to koniecznym jest wykonanie dwukrotnej usługi: przed wystąpieniem opadu i po opadzie.

Odwołujący przyznał, że co prawda konsorcjum B. stwierdziło, że rozwiązanie to będzie stosowane „przy odpowiednich warunkach”, jednakże nie wyjaśniło co przez to rozumie. Powyższe również potwierdza, zdaniem odwołującego, że wyjaśnienia przekazane przez wybranego wykonawcę - są zbyt ogólnikowe.

Odwołujący podkreślił, że nawet tak marginalne dane jak wartość jednego czynnika cenotwórczego, który został ujawniony przez konsorcjum B. potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ponadto, w treści wyjaśnień konsorcjum B. wskazało, że „Wnioskiem wynikającym z naszego wieloletniego uczestnictwa jako wykonawca w ZUD na terenie Gliwic oraz dokładnej analizy SIWZ jest fakt, że drogi 1 kolejności do tej pory były uruchamiane tylko w przypadku minimalnego opadu lub na zasadzie profilaktyki (zapobiegania śliskości), co miało również wpływ na kalkulację. Wypadkową tej analizy są podane przez nas ceny”.

Zdaniem odwołującego odpowiedź taka oznacza, że wykonawca ten ustalając cenę skalkulował ją przy uwzględnieniu wyjątkowo korzystnych warunków pogodowych, tymczasem rzetelna kalkulacja wymaga od wykonawcy uwzględnienia wszelkiego ryzyka w zaoferowanej cenie oferty.

Odwołujący sugerował, że cena oferty skarżonego konkurenta nie obejmuje więc wszystkich możliwych wariantów pogodowych, a nawet tych standardowych - normalnych. W okresie zimowym opady są zmiennie i różne. Występują opady śniegu o różnym nasileniu, intensywności, stanie i właściwościach, zmieniające się temperatury i ciśnienie atmosferyczne.

Kalkulacja oparta na skrajnym wariancie (najkorzystniejsze warunki pogodowe) nie jest reprezentatywna, normalna dla okresu zimowego. Ujawnione przez konsorcjum B. założenie - powoduje, że kalkulacja taka jest niewiarygodna i nie odpowiada przedmiotowi zamówienia – jak utrzymywał odwołujący.

Według odwołującego, wycena zastosowana przez konsorcjum B. nie uwzględnia kosztów realizacji zamówienia w przeciętnych warunkach pogodowych, a jedynie warunki nadzwyczaj korzystne. Wykonawca ten kalkulując cenę przyjął własne, nierzeczywiste prognozy pogodowe i kierując się nimi obliczył cenę dla nadzwyczaj korzystnych warunków pogodowych tj. minimalnego opadu lub przy założeniu, że prace wykonywane będą jedynie na zasadzie profilaktyki (zapobiegania śliskości).

Zdaniem odwołującego, że złożonych przez wykonawcę wybranego wyjaśnień nie wynika co w przypadku, gdy pogoda będzie inna od tej przez niego oczekiwanej. Jest bardzo małe prawdopodobieństwo, że założenia wykonawcy się sprawdzą. Założenia pogodowe przyjęte przez wykonawcę B. nie znajdują oparcia w zapisach SIWZ.

Zamawiający w § 3 ust. 3 Wzoru Umowy (zał. nr 4 do SIWZ) wskazał jedynie, że „Wykonawca na telefoniczne polecenie Zamawiającego wykonywał będzie prace wyłącznie na ulicach zaliczanych do I kolejności zimowego utrzymania lub równocześnie na I i II kolejności zimowego utrzymania.” Odwołujący argumentował, że zapis ten nie zawiera żadnych założeń odnoszących się do warunków pogodowych.

Reasumując, odwołujący stwierdził, iż konsorcjum B. nie odpowiedziało na wezwanie zamawiającego, który to wymagał przedstawienia kalkulacji ceny, a nie enigmatycznego wyjaśnienia dwóch czynników cenotwórczych. Wyjaśnienia udzielone przez konsorcjum B., odwołujący ponownie ocenił jako lakoniczne i ogólnikowe, a ponadto potwierdzające, że zaoferowana cena nie odzwierciedla wszystkich kosztów związanych z realizacją przedmiotowego zamówienia. Wobec tego, uznanie przez zamawiającego, że oferta złożona przez konsorcjum B. nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, według odwołującego - stanowi rażące naruszenie art. 90 ust. 2 Pzp, a w konsekwencji również art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez tegoż wykonawcę.

III. Postawiony wprost zarzut rażąco niskiej ceny oferty konsorcjum B. i naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez zaniechanie uznania ceny zawartej w ofercie tego konsorcjum za cenę rażąco niską, pomimo, iż w znaczący sposób odbiega od cen zaoferowanych przez innych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym nie jest to ceny rynkowa i realistyczna, odwołujący uzasadniał w poniższy sposób.

Zgodnie z przepisem art. 89 ust. 4 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W orzecznictwie przyjmuje się, iż „Dla ustalenia faktu wystąpienia ceny rażąco niskiej konieczne jest zdefiniowanie tego typu pojęcia. Przede wszystkim wskazywał na brzmienie przepisów odnoszących tego typu cenę w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia. Tym samym to realna, rynkowa wartość danego zamówienia jest punktem odniesienia dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i

funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających.” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 sierpnia 2011 r., sygn. akt: KIO 1562/11).

Odwołujący wyjaśniał, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający wymagał, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia podali w formularzu ofertowym po dwie ceny dla każdego zadania - cenę za cały rejon (ulic 1 i 2 kolejności utrzymania) oraz cenę za ulice 1 kolejności utrzymania.

W piśmie z dnia 6 sierpnia 2013 r. - zawiadomieniu o modyfikacji treści SIWZ - zamawiający poinformował, że „dla porównania ofert w tych rejonach będzie się przyjmować sumę cen (tj. cenę brutto dla całego rejonu + cenę brutto dla ulic 1 kolejności).” Tym samym, zgodnie z intencją zamawiającego sumowanie cen dla całego rejonu, jak i ulic 1 kolejności utrzymania ma odniesienie jedynie do ustalania pozycji wykonawcy w rankingu ofert.

Odwołujący zaznaczał, że rozróżnienie cen jest jednak istotne w świetle postanowień Wzoru Umowy - § 5 ust. 1, ponieważ określa, że na etapie realizacji umowy zamawiający i w wykonawca będą rozliczali się w oparciu o dwa rodzaje wynagrodzeń - inne za cały rejon, a inne za ulice 1 kolejności utrzymania. Wobec tego, że sam zamawiający wprowadził w formularzu ofertowym, jak i we wzorze umowy przedmiotowe rozróżnienie, oddzielne badanie ceny zaoferowanej za ulice 1 kolejności utrzymania pod kątem rażąco niskiej ceny jest zdaniem odwołującego prawidłowe.

Na taki zamiar zamawiającego według odwołującego - wskazuje również fakt wystosowania do konsorcjum B. wezwania do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp co do ceny zaoferowanej za ulice 1 kolejności odśnieżania.

Zdaniem odwołującego, istotne znaczenie przy ocenie rażąco niskiego charakteru zaoferowanej ceny za ulice 1 kolejności utrzymania należy przypisać porównaniu ocenianej wartości z cenami usług porównywalnych do przedmiotu zamówienia, występujących na tym samym rynku. Najlepszym odzwierciedleniem cen rynkowych odnoszących się do przedmiotu zamówienia jest porównanie badanych cen z cenami za ulice 1 kolejności utrzymania pozostałych wykonawców biorących udział w tym samym postępowaniu. Takie, utrwalone w orzecznictwie stanowisko potwierdza m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lipca 2012 r., sygn. KIO 1377/12, KIO 1337/12: „Izba stoi na stanowisku, iż punktem odniesienia dla badania charakteru ceny oferty - dla zamawiającego nie powinna być wyłącznie ustalona przez niego wartość zamówienia, ale także ceny zaoferowane przez innych wykonawców, biorących udział w danym postępowaniu, ceny ofert zbliżonych zamówień, monitorowanie cen rynkowych w danej branży, np. odnoszonych do ceny jednostkowej 1 mb danego rodzaju inwestycji liniowych. itp. Jeżeli bowiem zamawiający ma prawidłowo ocenić ofertę wykonawcy pod względem tego – czy nie podaje ona ceny

zaniżonej poniżej kosztów produkcji - musi mieć niezbędne rozeznanie rynkowe, które pozwoliłoby mu na prawidłową weryfikację ceny i ewentualne podjęcie czynności odrzucenia oferty z tej przyczyny.”

Odwołujący wskazywał, że w przypadku zadania III - ceny przedstawione przez innych wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu dla usługi polegającej na utrzymaniu ulic 1 kolejności odśnieżania - zawarły się w granicach od 6.003,78 zł do 7.313,99 zł, co daje średnią cenę z 4 ofert na poziomie 6.591,87 zł. Konsorcjum B. zaoferowało cenę na poziomie 1. 615,00 zł, co oznacza, że zaoferowana cena to jedynie 17,67 % ceny średniej. Podobnie w zadaniu VIII, gdzie średnia cena dla utrzymania ulic 1 kolejności wynosi 3.914,84 zł, co odnosząc do oferty złożonej przez konsorcjum B. w wysokości 1.298,00 zł daje 33 % ceny średniej. W zadaniu IX cena średnia wyniosła 4.281,71 zł, oferowana przez konsorcjum B. 1.400,00 zł, co kształtuje proporcje cen na poziomie 32,69 %. Dysproporcja w wycenie, jak wyżej - pokazuje, że zaoferowane ceny przez konsorcjum B. - odbiegają od szacunków innych wykonawców.

Zaoferowane ceny również nie mają odniesienia do ogólnych cen rynkowych, jak argumentował odwołujący. Zgodnie z założeniami, cena ryczałtowa za 1 dobę prowadzenia akcji zima w danym rejonie powinna uwzględniać w szczególności (choć nie wyłącznie) koszty odśnieżania i posypywania wszystkich ulic w ramach danego rejonu przy pełnym wykorzystaniu środków technicznych wymienionych w ofercie wraz z kosztem zakupu materiału, pracą sprzętu, a nawet wywozem śniegu, ze stałą gotowością do działania.

Odnosząc te obowiązki do zaoferowanej ceny za 1 dobę utrzymania dróg 1 kolejności np. dla zadania III w wysokości 1. 615,00 zł brutto, odwołujący ustalił, że 1 godzina utrzymania całego rejonu to zaledwie 67,29 zł za godzinę (1 615,00 zł/24 godziny). Nie jest możliwym za takie wynagrodzenie zaangażowanie 4 jednostek płużących tj. traktor, koparka lub samochód ciężarowy o masie całkowitej pow. 3,5 t wraz z osprzętem do zimowego utrzymania dróg. Odwołujący podsumował, że zaoferowana cena jest nieprawdopodobna, nierealna i nie jest możliwe wykonanie usługi za kwotę tej wysokości.

Ceny, które zaoferowano w ofercie konsorcjum B. za usługi wykonywane na drogach 1 kolejności utrzymania, poczytał odwołujący za równie nie ekwiwalentne i nieproporcjonalne w stosunku do ceny utrzymania dróg 1 i 2 kolejności przedmiotu zamówienia (dla całego rejonu). Dla przykładu w rejonie nr IX dróg utrzymywanych w 1 i 2 kolejności łącznie jest 312.118 m², w tym 252.608 m dróg 1 kolejności. Drogi 1 kolejności stanowią więc aż 81 % całego rejonu, zaś cena zaoferowana za wykonanie usług na tych drogach to 1.400,00 zł. Tak określone wynagrodzenie jest odwrotnie proporcjonalne do stosunku powierzchni, bo wynosi 13,46 % ceny całości zamówienia. Proporcja ta pokazuje, że jest to rażąco niska

cena w odniesieniu do całego zamówienia - 312.118 m² dróg w dobie utrzymania. Wykonawca za realizację 81 % zamówienia (dróg 1 kolejności utrzymania) skalkulował wynagrodzenie na poziomie 1.400,00 zł, a pozostałe 19 % tego zamówienia (drogi 2 kolejności utrzymania) skalkulował za 9.000,00 zł. Odwołujący przyjął to za oczywisty brak ekwiwalentności w stosunku do przedmiotu zamówienia określonego w okresie 1 doby świadczenia usługi. Tak niska cena za wykonanie utrzymania dróg 1 kolejności, zdaniem odwołującego sugeruje, że wykonawca tę część zamówienia planuje wykonać poniżej kosztów wytworzenia. Nie można wykluczyć, że w przypadku zimy bezśnieżnej (o minimalnym opadzie) usługi będą zlecane przez zamawiającego wyłącznie w zakresie 1 kolejności utrzymania, bo w pozostałym zakresie (dróg 2 kolejności utrzymania) nie będzie takiej konieczności. Na drogach 2 kolejności utrzymania konieczność wykonania prac pojawia się dopiero przy większym opadzie śniegu. Przy małym opadzie nie powstają trudności komunikacyjne, opad nie utrudnia ruchu. Jak było podnoszone, skutków opadu śniegu nie można usunąć przy pomocy solanki, jak twierdził odwołujący. Liczba dni o natężeniu opadów śniegu odkładającym warstwę o grubości 5 cm w całym sezonie zimowym w ostatnich 5 latach zamykała się w przedziale od 6 do 10 dni. Jest duże prawdopodobieństwo, że dopiero przy takim opadzie usługi będą wykonywane na obszarze całego rejonu. Historyczne dane meteorologiczne, odwołujący pozyskał z Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej – Państwowego Instytutu Badawczego w Warszawie, a opracowano je w oparciu o stację meteorologiczną zlokalizowaną w Zabrze Rokitnicy. Stacja ta jest oddalona od Gliwic o około 3 km, co powoduje, że dane te są reprezentatywne dla warunków zamówienia. Biorąc pod uwagę wielkość opadów, odwołujący założył, że przede wszystkim usługa będzie wykonywana w zakresie dróg 1 kolejności utrzymania, bo tam jej wykonanie będzie konieczne i niezbędne. Nie jest możliwym w przypadku omawianego IX rejonu wykonanie usługi zimowego utrzymania na powierzchni 252.608 m przez 24 godziny 4 jednostkami sprzętowymi (pługopiaskarkami) za cenę 1.400.00 zł. (podobne wnioski wysnuł odwołujący także w zakresie zadania III i VIII zamówienia). Podważał, że w cenie tej wykonawca wywiezie śnieg, odśnieży skrzyżowania ulic 2 kolejności, postawi skrzynie na piasek i będzie je uzupełniał, zapewni dyspozytora, a po okresie zimowym pozamiata te drogi z zanieczyszczeń i je zutylizuje. Drogi 1 kolejności to główne arterie miasta, których utrzymanie jest bezwzględnie konieczne i musi być wycenione i ocenione w sposób racjonalny, a nie spekulacyjny. Mała wiarygodność oferty - to wysokie ryzyko dla zamawiającego przy realizacji kontraktu w przyszłości.

W świetle przedstawionych powyżej okoliczności, za bezsporne odwołujący przyjął, iż cena zaoferowana przez konsorcjum B. jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu

zamówienia. Tym samym podtrzymał żądanie, aby oferta złożona przez tego wykonawcę została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

IV. Zarzut czynu nieuczciwej konkurencji za strony konsorcjum B., uzasadniał odwołujący następująco.

Złożenie oferty przez konsorcjum B. stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co winno skutkować odrzuceniem tej oferty również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk. Jak zostało wskazane powyżej konsorcjum B. w wyjaśnieniach udzielonych zamawiającemu przyznało, że kalkulując cenę oferty w zakresie ulic 1 kolejności utrzymania wzięło pod uwagę możliwość zakupu taniej solanki. Jedyń - jak się wydaje - korzyścią zastosowania takiego rozwiązania (niezgodnego z wymaganiami zamawiającego) jest obniżenie kosztów zakupu i realizacji zamówienia.

Zgodnie bowiem z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. W rozumieniu art. 3 ust. 1 uznk czynem nieuczciwej konkurencji jest także działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, jeżeli narusza interes innego przedsiębiorcy. Nie budziło wątpliwości odwołującego, iż zaoferowanie przez Konsorcjum B. rażąco niskiej ceny za ulice 1 kolejności utrzymania w zadaniach III, VIII i IX przedmiotu zamówienia stanowi sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, a zatem wypełnia dyspozycję przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przedstawione powyżej stanowisko potwierdza także opinia Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 4 lutego 2003 r. interpretacja przepisów nowelizacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. Urz. UOKiK z 2003 r. Nr 1, poz. 240). W opinii tej UOKiK napisał m. in.: Na wstępie należy wskazać, że nie każde utrudnianie dostępu do rynku jest czynem nieuczciwej konkurencji. Jest nim tylko takie utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, które może być uznane za sprzeczne z ustawą, czyli nieuczciwe. Aby tak się stało, muszą być spełnione przesłanki z art. 15 uznk. Za takie będą więc uznawane tylko działania, które naruszają klauzulę generalną ustawy (art. 3 ust. 1) są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a równocześnie skutkują utrudnieniem dostępu do rynku i polegają w szczególności na zachowaniach wskazanych w przepisie szczególnym, którym w tym wypadku jest art. 15 ustawy. Utrudnianie dostępu do rynku ma miejsce wtedy, gdy przedsiębiorca podejmuje działania, które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy rynkową konfrontację produkowanych przez niego towarów, w efekcie czego swoboda uczestniczenia w działalności gospodarczej, czyli swoboda wejścia na rynek, oferowania na nim swoich towarów lub usług lub wyjścia z

danego rynku, ulega ograniczeniu. Jeżeli działania te nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków nieznajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji.

W okolicznościach niniejszej sprawy, odwołujący wskazywał, że obniżenie ceny za ulice 1 kolejności utrzymania dla zadań III, VIII i IX przedmiotu zamówienia - jest działaniem nie wynikającym z istoty konkurencji, lecz zostało podjęte w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków nie znajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji.

Zastosowanie przez zamawiającego kryterium ceny zmusiło wykonawców do szczególnie starannej kalkulacji oferty. Działanie takie jest korzystne dla zamawiającego, tylko gdy wykonawcy konkurują ceną, a nie jakością. Zastosowanie w kalkulacji ceny solanki, zamiast soli i piasku (jak wymagał zamawiający) pozwoliło na obniżenie ceny oferty kosztem jakości rozwiązania. Wobec tego, są to działania, które naruszają zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Działanie konsorcjum B. wyczerpuje również przesłanki działania sprzecznego z dobrymi obyczajami kupieckimi, które narusza interesy odwołującego (por. art. 3 ust. 1 uznk). Konsorcjum B. dopuściło się bowiem manipulacji cenami poprzez przerzucenie części kosztów za ulice 1 kolejności utrzymania do kosztów skalkulowanych w pozycji za cały rejon (jak było podnoszone powyżej - chociaż przy ustalaniu rankingu ofert zamawiający sumował ceny za rejon i ulice 1 kolejności utrzymania, to sama cena za ulice 1 kolejności utrzymania - będzie miała istotne znaczenie przy kwestii rozliczania wartości umowy). Złożenie oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów uznk stanowi osobną przesłankę odrzucenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, określoną w art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.: Wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 13 lipca 2007 r., sygn. akt II Ca 431/07: „Niewątpliwie w procedurach zamówieniowych czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym wykonawcom dostępu do rynku poprzez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych wykonawców, jednocześnie ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów przewiduje zakaz porozumień ograniczających konkurencję oraz zakaz nadużywania pozycji dominującej.” Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 15 grudnia 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/O- 3740/05: „Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub

świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu, w celu eliminacji innych przedsiębiorców.”

Złożenie oferty przez konsorcjum B., w której dopuszczono się manipulacji cenowej i zaferowano ceny dumpingowe – jak utrzymywał odwołujący - stanowi zatem czyn nieuczciwej konkurencji. Tym samym, zamawiający powinien dokonać odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę także na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 7 października 2013 r. odebrane osobiście przez przystępującego, pisemne przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosiło w dniu 9 października 2013 r. konsorcjum B. (w kopii przekazane stronom), wnosząc o oddalenie odwołania – jako bezpodstawnego, które powoływało się na interes w utrzymaniu w mocy wyboru jego oferty do realizacji zamówienia.

Izba postanowiła dopuścić konsorcjum B. do udziału w postępowaniu odwoławczym, uznając że jego interes w popieraniu stanowiska zamawiającego na rzecz utrzymania czynności wyboru złożonej oferty tego wykonawcy - jako najkorzystniejszej w zadaniu III, VIII i IX - jest niewątpliwy.

Zamawiający nie uwzględnił odwołania - podtrzymał stanowisko wyrażone w powiadomieniu o wynikach przetargu i wnosił o oddalenie całości przedstawionych zarzutów.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania z załącznikami, z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z wyjaśnieniami, oferty konsorcjum B., korespondencji zamawiającego z uczestnikiem.

Izba dopuściła dowody zgłoszone przez odwołującego, dołączone do pisma z dnia 14 października 2013 r. złożonego na rozprawie, na okoliczność cen rynkowych materiałów do utrzymywania zimowej przejezdności dróg.

Nadto, Izba rozważyła stanowiska stron i uczestnika postępowania, przedstawione w pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując odwołanie w granicach podnoszonych zarzutów, podtrzymanych na rozprawie - stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Zamówienie zostało podzielone na 11 części, a odwołanie dotyczy części III, VIII i IX.

Przedmiotem zamówienia jest „Zimowe utrzymanie dróg na terenie miasta Gliwice” z podziałem na 11 części, inaczej zwanych „rejonami”.

Rozdział 3 SIWZ zawiera opis przedmiotu zamówienia

4.3. Opis przedmiotu zamówienia:

1. Przedmiotem zamówienia jest zimowe utrzymanie dróg o łącznej długości 426,4 km i powierzchni 3 036 883,1 m² na terenie Miasta Gliwice. Odśnieżaniem objętych jest 664 ulice na terenie miasta w ramach I i II kolejności odśnieżania wraz z miejscami parkingowymi oraz chodniki i ścieżki rowerowe o łącznej powierzchni 777 806,72 m², oraz 347 Przystanków Komunikacji Miejskiej.

Uruchamianie akcji zima przez Zamawiającego obejmuje uruchomienie jednej doby utrzymania zimowego całego rejonu. Zamawiający ma prawo oddzielnie uruchomić I kolejność odśnieżania w danym rejonie lub cały rejon tj. I i II kolejność odśnieżania. Zamówienie będzie realizowane w podziale na zadania, przy czym każdemu spośród zadań odpowiada jeden rejon odśnieżania. WYKAZ W-1 zawiera szczegółowy wykaz wszystkich (11) rejonów odśnieżania oraz przyporządkowanych rejonom ulic i głównych szlaków komunikacyjnych podlegających zimowemu utrzymaniu.

Zamawiający wyjaśniał, że w ramach zleceń realizacyjnych mógł uruchomić akcje odśnieżania dróg I kolejności w danym rejonie, bądź w całości rejonu.

2) Przygotowanie techniczne, potencjał osobowy i zakres usług.

- Zamawiający zastrzega sobie prawo do przeprowadzenia kontroli ilości i jakości środków chemicznych i uszorstniających zgromadzonych na terenie bazy sprzętowo - materiałowej, a także do ponowienia tożsamyh kontroli w trakcie trwania sezonu oraz podczas realizacji prac. Zamawiający wymaga, ażeby lokalizacja baz sprzętowo - materiałowych, z których pług-posypywarki będą wyjeżdżały do akcji, zapewniała, by czas dojazdu do każdego rejonu objętego przedmiotem umowy poza szczytem komunikacyjnym) wynosił max. 60 minut.

- Wykonawca w ramach realizacji zamówienia zapewni całodobowy punkt dyspozytorski i zagwarantuje całodobową łączność telefoniczną z Zamawiającym. Wykonawca zapewni łączność radiową lub telefoniczną pomiędzy poszczególnymi jednostkami odśnieżającymi. Wykonawca wyraża gotowość do pracy 24 godziny na dobę. W ramach prowadzenia punktu dyspozytorskiego Wykonawca będzie prowadził obserwacje stanów pogody oraz DZIENNIK OBSERWACJI METEO, zawierający rejestrację temperatury powietrza i opadów śniegu w ciągu doby, mierzonych w odstępach 3-godzinnych.

- Wykonawca w ramach prowadzonej Akcji Zima doprowadzi drogi i chodniki do stanu przejezdności i zabezpieczy je przed śliskością do godziny 6.00 rano, przed zwiększeniem się natężenia ruchu na ulicach i chodnikach. Prace związane z zimowym utrzymaniem wykonywane będą w dniach, gdy wymagają tego warunki atmosferyczne (opady śniegu, mróz). O rozpoczęciu i zaprzestaniu odśnieżania w ramach Akcji Zima zadecyduje

upoważniony przedstawiciel Zamawiającego. O decyzji Zamawiającego Wykonawca będzie powiadomiony telefonicznie, co zostanie niezwłocznie potwierdzone faxem. Na dzień przed prognozowanym atakiem zimy, Wykonawca powinien pozostawać w pełnej gotowości do działania, o czym zawiadomi telefonicznie Zamawiającego.

- Nawet w przypadku bezśnieżnej zimy, Wykonawca pozostaje w stanie pełnej gotowości. Po otrzymaniu jednoznacznego polecenia ze strony upoważnionego przedstawiciela Zamawiającego, Wykonawca rozpoczyna odśnieżanie.

Zamawiający, w każdej chwili, jeżeli uzna dalszą akcję odśnieżania za zbędną, może zatrzymać pracę sprzętu i wezwać Wykonawcę do zaprzestania akcji. Za przepracowany czas pracy (liczbę dób, jaka upłynęła od momentu rozpoczęcia akcji odśnieżania) Wykonawca otrzyma określone umową wynagrodzenie.

Zamawiający nie będzie płacił Wykonawcy za czas spoczynku, kiedy nie są prowadzone prace w zakresie odśnieżania lub posypywania, np. w okresie bezśnieżnej zimy.

- Wynagrodzenie za każdą dobę odśnieżania płatne będzie przez Zamawiającego po zakończeniu bieżącego miesiąca, na podstawie protokołu odbioru. Protokół odbioru ma być sporządzony jako ZESTAWIENIE MIESIĘCZNE obrazujące łączną ilość dób w ciągu miesiąca, kiedy prowadzone było odśnieżanie oraz panujące w tym czasie warunki pogodowe. Prowadzenie działań związanych z odśnieżaniem miasta rozliczane będzie według stawki za każdą dobę zimowego utrzymania określonej w formularzu ofertowym i w umowie. Cena ryczałtowa za jedną dobę prowadzenia akcji zima w danym rejonie powinna uwzględniać w szczególności: koszt odśnieżania i posypywania wszystkich ulic w ramach danego rejonu (zgodnie z WYKAZEM W-1) przy pełnym wykorzystaniu środków technicznych wymienionych w ofercie, koszt zakupu materiału, pracy sprzętu, wywozu śniegu i tzw. gotowości do działania. Przesyłane do Zamawiającego (każdego ostatniego dnia miesiąca) ZESTAWIENIE MIESIĘCZNE, zawierać będzie informację na temat: łącznej liczby przepracowanych godzin i dób, godzin rozpoczęcia i zakończenia pracy sprzętu, zakresu i rodzaju wykonanych prac (odśnieżanie, posypywanie) oraz ilości zużytego w ciągu miesiąca materiału.

- Codziennie o godz. 8.00 rano Wykonawca przesyłać będzie za pomocą faxu, do siedziby Zamawiającego DZIENNY RAPORT O STANIE DRÓG informujący, jakie ulice i o której godzinie zostały odśnieżone w ciągu minionej doby, oraz jaki jest aktualny stan nawierzchni ulic wchodzących w zakres umowy. Przesyłane raporty będą stanowić podstawę do dokonywania wizji w terenie i rozliczania Wykonawcy z wykonanego zadania. Jeżeli wynik kontroli przeprowadzonej w terenie (w przypadku intensywnych opadów śniegu - po 1-3 godzinach od ich ustania) potwierdzi, że ulice lub ciągi piesze, o których mowa w raporcie,

nie zostały należycie odśnieżone lub zabezpieczone przed śliskością, to Wykonawca zostanie każdorazowo obciążony karą umowną określoną w § 11 tej umowy. Każdorazowe nie nadesłanie w terminie przedmiotowego Raportu skutkować będzie karą określoną w § 11 umowy.

- Wykonawca we własnym zakresie zabezpieczy odpowiednią ilość soli i piasku, która wystarczy na prowadzenie Akcji Zima w ciągu całego sezonu zimowego.

Wykonawca przy realizacji przedmiotu zamówienia zobowiązany jest do stosowania:

- Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 27 października 2005 roku w sprawie rodzaju i warunków stosowania środków, jakie mogą być używane na drogach publicznych oraz ulicach i placach (Dz. U. Nr 230 póź. 1960). Na drogach publicznych i ulicach środki chemiczne powinny być stosowane w sposób najmniej szkodzący terenom zieleni oraz drzewostanowi. Posypywanie nawierzchni piaskiem bądź środkami chemicznymi powinno zostać poprzedzone mechanicznym odgarnięciem śniegu:

- Ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody (Dz. U. z 2009 r. Nr 151. poz. 1220 ze zm). Środki chemiczne powinny być stosowany w sposób najmniej szkodzącym terenom zieleni i zadrzewieniom, a stosujący je w sposób znacząco szkodzący - podlega karze aresztu lub grzywny.

Materiały chemiczne stosowane w ramach Akcji Zima, muszą być składowane w odpowiednich, ekologicznych magazynach, nie powodujących uciążliwości dla środowiska. Wykonawca uzupełniał będzie ewentualne niedobory soli i piasku na bieżąco, odpowiednio wcześniej i na własny koszt. Wykonawca w ZESTAWIENIU MIESIĘCZNYM przedstawi Zamawiającemu pisemną informację dotyczącą ilości zużytego materiału.

- W pierwszej kolejności Wykonawca odśnieżał będzie i posypywał główne ulice i szlaki komunikacyjne wraz z pasami włączeń i wyłączeń, skrzyżowania oraz pasy dla relacji skrzyżnych w ich obrębie na terenie miasta tj. wszystkie ulice zaliczone do I kolejności zimowego utrzymania. Obiekty te muszą być przejezdne i zabezpieczone przed śliskością do jednej godziny po ustaniu intensywnych opadów śniegu. Ulice objęte II kolejnością odśnieżania muszą być przejezdne i zabezpieczone przed śliskością do trzech godzin po ustaniu intensywnych opadów śniegu. Szczególnie dokładnie należy wykonać płuzenie przy krawężnikach, aby odkryć studzienki odwadniające i umożliwić spływ wody do wpustów deszczowych, w przypadku nieskuteczności metody mechanicznej w tych miejscach należy zastosować metodę ręczną odśnieżania.

- W przypadku braku możliwości mechanicznego odśnieżania miejsc parkingowych, wykonawca zastosuje metodę ręcznego odśnieżania.

- W pierwszej kolejności Wykonawca odśnieżał będzie przystanki komunikacji miejskiej oznaczone przez Zamawiającego gwiazdką* ujęte w załączniku do SIWZ W-1-Rejon10.

Przystanek komunikacji miejskiej w ramach zimowego utrzymania to prostokąt 30 mb na 4 mb przyjmując wiatę przystankową bądź słupek przystankowy jako środek tego obszaru.

- W przypadku obfitych opadów śniegu, w ramach odśnieżania Rejonu Nr 5 (ulice Starówki) ul. Jana Pawła II, Boh. Getta Warszawskiego i (Rejon nr.9) (...), śnieg zgromadzony na poboczach i w obrębie przejść dla pieszych, będzie przyzwoany i wywożony przez Wykonawcę nieodpłatnie, na wezwanie Zamawiającego, w ciągu 24 godzin od momentu pisemnego zgłoszenia. Zakazuje się zrzucania śniegu do rzek i zbiorników wodnych.

- W przypadku nie przystąpienia do bezzwłocznego odśnieżania i usuwania śliskości zimowej, co stanowi zagrożenie bezpieczeństwa i zdrowia osób trzecich, lub w przypadku nie wykonania innych prac objętych niniejszą umową - Zamawiający zastrzega sobie prawo zlecenia prac innemu podmiotowi i potrącenia kosztów poniesionych z tego tytułu z wynagrodzenia Wykonawcy, niezależnie od kar przewidzianych w umowie. Ustalenie faktu nie wywiązania się z zakresu czynności będzie potwierdzone PROTOKOŁEM POWTÓRNEJ KONTROLI.

- Zamawiający może żądać od Wykonawcy wydruków z tachometrów poszczególnych pojazdów biorących udział w Akcji Zima oraz wydruków GPS, jeżeli Wykonawca nimi dysponuje, obrazujących drogę przejazdu oraz pracę sprzętu. Powyższe dokumenty Wykonawca przedstawi w ciągu 24 godzin od momentu wezwania.

- W ramach zadań o numerach: 2, 3, 4, 8, 9, Wykonawca przygotuje i rozstawi na terenie miasta (w miejscach wskazanych w załączniku WYKAZ W-2) drewniane skrzynie o wymiarach: 60x120x75 cm, wypełnione mieszaniną piasku i soli, które będą na bieżąco uzupełniane przez Wykonawcę. W razie kradzieży Wykonawca dostarczy nową skrzynię z materiałem. W przypadku wystąpienia szczególnie niekorzystnych warunków atmosferycznych, Wykonawca posypie miejsca newralgiczne (o których mowa m.in. w WYKAZIE W-2) takie jak: strome podjazdy, odcinki wlotowe dróg podporządkowanych do skrzyżowań z drogami z pierwszeństwem przejazdu, przejścia dla pieszych znajdujące się w obrębie skrzyżowań, mieszaniną soli i piasku. Kierowca pojazdu płużącego ma obowiązek wozić ze sobą, a w razie konieczności użyć do ręcznego posypywania lub odśnieżania, sprzęt typu: drewniana łopata. Odśnieżaniu i posypywaniu podlega nie tylko tor ruchu pojazdu, ale w przypadku skrzyżowań, również odcinki dróg wlotowych krzyżujących się w ramach jednego skrzyżowania z drogami z pierwszeństwem przejazdu, co ma zapobiec powstawaniu zwałów śniegu w miejscach skrzyżowań z drogami podporządkowanymi. Drogi

wlotowe powinny być odśnieżane na odcinku min.10 metrów. Odśnieżaniu podlegają również parkingi i zatoki autobusowe, pasy włączeń i wyłączeń które muszą być odśnieżane przez Wykonawcę w ramach odśnieżania ulicy, na której się znajdują. Powyższe stanie się przedmiotem kontroli w terenie, a za zaniedbania w zakresie odśnieżania i posypywania ww. odcinków dróg wlotowych, zatok, przejść dla pieszych i parkingów, Wykonawca zostanie każdorazowo obciążony karą umowną określoną w umowie.

Wykorzystując i magazynując chlorek sodu do prowadzenia Akcji Zima oraz wywożąc przyzmy śniegu zebranych z ulic, Wykonawca powinien zawsze postępować w sposób zgodny z wymaganiami ochrony środowiska, określonymi przepisami prawa.

- Wykonawca ma obowiązek zapewnić koordynację działań, przestrzegać zasad i przepisów BHP oraz przepisów p.poż w ramach wykonywanych usług.

Wykonawca Rejonów nr 1, 2, 3, 4, 6, 8, 9, zapewni wystarczającą ilość zasłon przeciwśnieżnych na odcinkach ulic na których zachodzi taka konieczność. Ulice, których powyższe dotyczy zostały odpowiednio zaznaczone w Wykazie W-1 (zasłony przeciwśnieżne).

Okres realizacji umowy (sezony zimowe - od 15 października do 1 maja) tj. od podpisania umowy do 1 maja 2015 r.

Opis sposobu obliczenia ceny rozdział 16 SIWZ – cenę podaną w ofercie należy obliczyć uwzględniając zakres zamówienia określony w niniejszej specyfikacji.

Rozdział 18 SIWZ Kryterium oceny ofert – najniższa cena.

W formularzu oferty wykonawca był zobowiązany podać dwie ceny, tj.:

- za jedną dobę prowadzenia akcji zima w odniesieniu do całego rejonu;
- za jedną dobę prowadzenia akcji zima w odniesieniu do ulic objętych pierwszą kolejnością odśnieżania.

W wyjaśnieniach z 6 sierpnia do SIWZ w punkcie 16 sposób obliczenia ceny, zamawiający postanowił, iż dodaje się punkt 6. Dla porównania ofert, między innymi w rejonie 3, 8 i 9 będzie się przyjmować sumę cen, tj. cenę brutto dla całego rejonu plus dla ulic objętych pierwszą kolejnością odśnieżania.

Zgodnie z § 5 ust. 2 i ust. 3 i ust. 4 wzoru umowy wynagrodzenie całkowite za wykonanie usługi stanowić będzie iloczyn ilości dób, w których prowadzone były usługi (wg zestawienia miesięcznego) i ceny ryczałtowej brutto za jedną dobę prowadzenia akcji zima (według ust. 1, gdzie podano zarówno stawkę w odniesieniu do całego rejonu, jak i w odniesieniu do ulic 1-jej kolejności odśnieżania. Wynagrodzenie będzie płatne za okresy miesięczne.

Na część III oferty złożyli:

Konsorcjum KBU sp. z o.o. cena a) 9 393,25, cena b) 6 003,78 odrzucona oferta z powodu nie przyjęcia wyjaśnień wykonawcy w odniesieniu do zaoferowanej ceny,

Odwołujący cena a) 18 007,90 zł cena b) -6 505,60 zł

Konsorcjum B. cena a) 19 390 cena b) 1615,00 zł

ZRD ORFIN cena a) 19 287,07, cena b) 7 313,99 zł

Remondis Gliwice cena a) 18 670,40 cena b) 6 544,10 zł

Na część VIII oferty złożyli:

Odwołujący cena a) 14 757,29 zł cena b) 3 677,58 zł

ZRD ORFIN cena a) 14 181,13 zł; cena b) 4 270,73 zł,

Konsorcjum B. cena a) 13 250,00 zł cena b) 1 298,00 zł

Remondis Gliwice cena a) 13 738,02 zł; cena b) 3 796 21 zł

Na część IX oferty złożyli:

Odwołujący cena a) 9 675,66 zł; cena b) 4 269,08 zł

Konsorcjum B. cena a) 10 400,00 zł, cena b) 1 400,00 zł

Remondis Gliwice cena a) 10 299,89 zł; cena b) 4 294,34 zł

Zamawiający przyznał, że biorąc pod uwagę sumę cen za jedną dobę odśnieżania całego rejonu i dróg I kolejności oferta konsorcjum B. zawierała niższą od cen odwołującego w zadaniu III i IX.

W zawiadomieniu o wynikach przetargu z dnia 25.09.2013 r. dla zadania VIII, podano że konsorcjum B. otrzymało 100 pkt, REMONDIS GLIWICE 82,97 pkt, a odwołujący 78,92 pkt. Z czego wynika, że nawet odrzucenie oferty B. nie skutkowałoby otrzymaniem zamówienia przez odwołującego w oparciu o kryterium ceny najniższej, gdyż wówczas zamówienie otrzymałby REMONDIS GLIWICE.

Zamawiający wezwał konsorcjum B. – pismem z 4 września 2013 r. na podstawie art. 90 ustawy Pzp o pisemne udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Wezwanie miało następującą treść:

W imieniu Zamawiającego wzywam Państwa do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Proszę o przedstawienie sposobu kalkulacji cen w rejonach 3, 8 i 9 dla 1 kolejności odśnieżania. Średnia cen zaproponowanych przez pozostałych Wykonawców w w/w rejonach dla 1 kolejności odśnieżania wynosi:

- dla Rejonu nr 3 - 6 591, 87 zł,
- dla Rejonu nr 8 - 3 914, 84 zł,
- dla Rejonu nr 9 - 4 281, 71 zł,

co sprawia, że Państwa oferta stanowi odpowiednio 17,67 %, 33% i 32, 69 % średniej ceny zaproponowanej przez konkurencję.

Tak ogromna dysproporcja budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości rzetelnej realizacji usługi objętej zamówieniem.

Proszę o przedstawienie szczegółowej kalkulacji ceny oferty w w/w zakresie.

Wyżej wymienione wyjaśnienia należy dostarczyć do dnia 11.09.2013 r. do godz. 12:00 do siedziby Zamawiającego. Nie złożenie wyjaśnień w terminie spowoduje odrzucenie Państwa oferty.

Pismem z dnia 5 września 2013 r. konsorcjum B. udzieliło następujących wyjaśnień. W odpowiedzi na Wasze pismo wzywające do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty na ZUD I kolejności oświadczamy, że podana przez nas cena jest przemyślana i nie jest wynikiem złej kalkulacji.

Mając na uwadze lokalizację firmy na terenie Gliwic (bardzo szybki dojazd na rejon), a także co stanowi sedno sprawy, możliwość zakupu taniej solanki (30 zł /1000 ltr. o stężeniu ok. 25%) posiadającej atest higieniczny, jesteśmy w stanie za zaproponowaną przez nas kwotę wykonać usługę w sposób należyty. Ważną informację również stanowi fakt, że posiadane przez nas solarki mają możliwość dobierania dowolnej proporcji sól drogowa/solanka np. mamy zamiar stosować przy odpowiednich warunkach mieszankę: 10% soli drogowej 90% solanki co znacznie obniża usługi. Dlatego też kwoty odśnieżania dróg I kolejności nie są rażąco niskie przy tej technologii. Stosowanie solanki jest nowoczesne, ekologiczne, a przede wszystkim ekonomiczne i skuteczne.

Ponadto analizując kwoty utrzymania całego rejonu i dróg I kolejności skalkulowaliśmy biorąc pod uwagę to, że w założeniu zamawiającego jest odśnieżanie i zabezpieczenie przed śliskością wszystkich dróg na terenie miasta. Wnioskiem wynikającym z naszego wieloletniego uczestnictwa jako wykonawca w ZUD na terenie Gliwic oraz dokładnej analizy SIWZ jest fakt, że drogi I kolejności do tej pory były uruchamiane tylko w przypadku minimalnego opadu lub na profilaktyki (zapobiegania śliskości), co miało również wpływ na kalkulacje. Wypadkową tej analizy są podane przez nas ceny.

Informacje dotyczące stosowanej przez nas w/w techniki zabezpieczenia przed śliskością, cena zakupu solanki pozostają tajemnicą firmy, gdyż daje nam to ogromną przewagę nad konkurencją.

Okolicznością bezsporną pozostawało, że konsorcjum B. nie załączyło żądanej przez zamawiającego kalkulacji cenowej.

Zamawiający odrzucił ofertę konsorcjum, KBU Sp. z o.o. Kraków i Licuas S.A. do którego również zwracał się o wyjaśnienia ceny. Zamawiający następująco uzasadnił czynność odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Działając na podstawie art. 92 ust. 1 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych Zamawiający informuje, że w prowadzonym postępowaniu zostały odrzucone następujące oferty; Oferta nr1 złożona przez konsorcjum firm: KBU Sp. z o.o. (...) i Licuas S.A. (...). Przyjmuje się, że z rażąco niską ceną mamy do czynienia kiedy jest ona „niewiarygodna, nierealistyczna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień”.

Zamawiający zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zwrócił się w dniu 20.09.2013 r. do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Przedstawione pismem z dnia 24.09.13 r. wyjaśnienia utwierdziły zamawiającego, że oferta nr 1 przedstawia istotne dysproporcje w stosunku do wysokości cen rynkowych podobnych zamówień oraz cen przedstawionych przez innych Wykonawców dla zadania nr 3. Po szczegółowej analizie przedstawionej przez Wykonawcę kalkulacji stwierdzono co następuje; - wskazana w wyjaśnieniach kwota za materiały wg wyliczeń zamawiającego jest zdecydowanie za niska, zważywszy na ceny rynkowe koniecznych do realizacji zadania materiałów. Podanie w wyjaśnieniach jedynie kwoty za całość materiałów nie pozwala zamawiającemu zweryfikować ich rzeczywistych ilości. Przyjmując do wyliczeń nawet najniższe spotykane na rynku ceny materiałów nie sposób uzyskać ilości potrzebnych do 60-dobowego utrzymania zimowego rejonu – nr 3."

Dysproporcje są tak duże, że wg obliczeń zamawiającego, przy założeniu łagodnej zimy wycenione materiały nie wystarczą na przewidziany okres działań przy zimowym utrzymaniu dróg.

- zaangażowanie do realizacji zamówienia zgodnie z ofertą: 4 jednostek płużących wraz z kosztami paliwa oraz kosztem utrzymania pracowników i bazy, zdaniem zamawiającego nie jest możliwe za podaną w wyjaśnieniach kwotę.

Reasumując, w przedstawionych wyjaśnieniach oraz kalkulacji Wykonawca nie udowodnił, że jest w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie za cenę podaną w ofercie, co poddaje w wątpliwość realność złożonej oferty i czyni zasadnym jej odrzucenie zgodnie z art.90 ust.3 ustawy Pzp.

Zawiadomienie o wyborze ofert na część II, VIII oraz IX zostało przesłane wykonawcom dnia 25 września 2013 r.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący wykazał legitymację do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp w odniesieniu do części III i IX zamówienia. Ubiega się o przedmiotowe zamówienie, mógł zatem wykazywać, iż czynności zamawiającego zostały przedsięwzięte z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, co godziło w interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia i mogło go narażać na poniesie szkody.

Izba natomiast nie uznała, aby odwołujący wykazał interes w zakresie części VIII zamówienia. Biorąc pod uwagę sumę cen brutto: za jedną dobę odśnieżania całego rejonu i dróg I kolejności, przyjmowaną zgodnie z postanowieniami SIWZ do oceny ofert, oferta wykonawcy REMONDIS GLIWICE zawierała niższą cenę od oferty odwołującego w zadaniu VIII i z tego względu otrzymała wyższą punktację, zatem nawet potwierdzenie się stawianych zarzutów wobec oferty konsorcjum B., nie mogłoby doprowadzić do wyboru oferty odwołującego - na tę część zamówienia.

Izba może uwzględnić odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania - art. 192 ust. 2 Pzp. Każda część zamówienia, na które zostało ono podzielone (11 części, inaczej zwanych rejonami) stanowi odrębne zamówienie, jak postanawia art. 32 ust. 4 ustawy Pzp.

W zawiadomieniu o wynikach przetargu dla zadania VIII, podano że konsorcjum B. otrzymało 100 pkt, REMONDIS GLIWICE 82,97 pkt, natomiast odwołujący 78,92 pkt. Z czego wynika, że nawet odrzucenie oferty B. nie skutkowałoby otrzymaniem zamówienia przez odwołującego w oparciu o ustalone kryterium najniższej ceny, gdyż wówczas zamówienie otrzymałby wykonawca REMONDIS GLIWICE.

W tych okolicznościach, mimo tożsamej oceny wyjaśnień przystępującego, Izba nie była uprawniona aby uwzględnić odwołanie w zakresie VIII części zamówienia.

Potwierdzenie natomiast znalazł zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego błędną wykładnię i niezastosowanie, przejawiające się w braku odrzucenia oferty konsorcjum B., mimo iż wykonawca ten nie złożył wystarczających wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, a tym samym nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny złożonej oferty w zakresie zadania nr III i IX.

Okolicznością bezsporną pozostawało, że zamawiający wezwał konsorcjum B. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Przedmiotem oceny przez Izbę stała się zatem treść tych wyjaśnień, które wykonawca wybrany przedstawił zamawiającemu, w kontekście wystosowanego wezwania i wskazań dyspozycji art. 90 ust. 2 ustawy Pzp.

Nie jest niezbędne, aby zamawiający podał w wezwaniu - w jakim zakresie wyjaśnień oczekuje, ale nie jest też zabronione, aby zamawiający z takiej możliwości skorzystał i w wezwaniu dookreślił zakres żądanych wyjaśnień, tj. czynników, które uważa za istotne dla poprawnego skalkulowania ceny oferty. Zamawiający w tym przypadku ograniczył się do ogólnego wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny brutto w odniesieniu do usługi odśnieżania dróg I kolejności zimowego utrzymania, żądając wyjaśnień o jakich mowa w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, branych pod uwagę jako obiektywne czynniki, mogące rzutować na wysokość ceny oferty.

Nie można było przy tym pominąć, że zamawiający żądał od wykonawcy wraz z wyjaśnieniami – przedstawienia *„sposobu kalkulacji cen w rejonach 3,8 i 9 dla dróg 1 kolejności odśnieżania, pisząc również „Proszę o przedstawienie szczegółowej kalkulacji ceny oferty w ww. zakresie.”*

Wykonawca wybrany konsorcjum B. w swoich wyjaśnieniach pominął zupełnie przedstawienie „kalkulacji ceny.” Podał wrywkowe dane odnośnie możliwej ceny, za którą jest zdolny nabyć solankę, do tego z zastrzeżeniem, iż wskazana w wyjaśnieniach technologia używania mieszanki 10% soli drogowej i 90% solanki może być stosowana w „odpowiednich warunkach” bliżej niesprecyzowanych - nie są to zatem kompletne składniki cenotwórcze, które mają wpływ na wysokość zaoferowanej przez wykonawcę ceny.

Wyjaśnienia, jak udzielił przystępujący, nie zostały przedstawione w sposób wyczerpujący i w ujęciu, o jakim stanowi art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, to znaczy w kontekście wykazania wpływu danych czynników na wysokość oferowanej ceny.

Przykładowo rzecz ujmując, wykonawca wybrany mógłby podać w oparciu o dane księgowe realizacji tej usługi w poprzednim okresie – przyjmując np. przeciętne warunki pogodowe: koszty robocizny ponoszone na wykonanie usług zakładanego rodzaju, koszty pracy sprzętu i jego utrzymania, koszty utrzymania bazy, punktu dyspozytorskiego, koszty paliwa, koszty zakupu materiałów do odśnieżania, wysokości narzutów kosztów ogólnych odnoszonych do danego zamówienia, rezerwy na koszty nieprzewidziane, zakładanego zysku itp.

Dopiero taki rodzaj kalkulacji pozwoliłby na ocenę, że oferta pozostała wyceniona na realnym poziomie, zatem oczekiwane wynagrodzenie zabezpiecza wykonawcy możliwość prawidłowej i terminowej realizacji zamówienia i nie naraża zamawiającego na konsekwencje

ewentualnych zaniedbań w trakcie wykonywania umowy – ze względu na brak środków, które w niewystarczającej wysokości wykonawca zabezpieczył na prowadzenie Akcji Zima.

Nawet jeżeli wezwanie odnosiło się do ceny za utrzymanie dróg I-jej kolejności odśnieżania, to obydwie ceny podane w ofercie stanowią ceny całościowe, przyjmowane do faktycznych rozliczeń, będące istotną treścią oferty i wykonawca wezwany winien dostosować się do dyspozycji zamawiającego, ewentualnie wykazując, iż oznaczone elementy kosztowe - dla wyeliminowania ich zdublowania – ujął w kosztach kalkulacji ceny dla całości danego rejonu, obejmującego również drogi I-jej kolejności utrzymania.

Izba opowiada się za powszechnie aprobowanym poglądem, iż samo skorzystanie przez zamawiającego z instytucji określonej art. 90 ust. 1 ustawy Pzp - wezwania wykonawcy do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę, stwarza wzruszalne domniemanie faktyczne – że cena oferty pozostaje rażąco niską. Począwszy od daty wezwania – na wykonawcy spoczywa *onus probandi* – obalenia tego domniemania.

Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp mówi jedynie o wezwaniu do złożenia wyjaśnień, a nie dowodów. O ocenie wyjaśnień wraz z przedłożonymi dowodami wspomina natomiast art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 55 ust. 1 i 2 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, stanowiąc, że podmiot zamawiający jest zobowiązany dokonać weryfikacji poszczególnych elementów (...) z uwzględnieniem przedstawionych dowodów.

Oznacza to, zdaniem Izby, że wykonawca może poprzestać na samych szczegółowych i weryfikowalnych wyjaśnieniach, może też je poprzeć stosownymi dowodami, aby uczynić treść swoich wyjaśnień bardziej wiarygodnymi dla zamawiającego.

Izba uznała, pomijając nawet kwestię dowodów, które nie zostały przedstawione mimo ich żądania (kalkulacja), iż sama treść wyjaśnień złożonych przez wykonawcę wybranego konsorcjum B. ich zakres, ogólnikowość nie jest wystarczająca, aby mogły upoważniać zamawiającego do ich zaakceptowania, szczególnie przy odnotowanych różnicach stwierdzonych między ceną oferty wykonawcy konsorcjum B. a średnią ceną ofert pozostałych wykonawców w rejonach III, VIII i IX dla 1 kolejności odśnieżania wynoszących odpowiednio 17,6%, 33% i 32,69%.

Postanowienie art. 55 ust. 1 przywołanej wyżej Dyrektywy mówi wyraźnie, iż chodzi o szczegółowe wyjaśnienia elementów oferty, które rzutują na jej cenę.

Konfrontując wyjaśnienia wykonawcy wybranego - konsorcjum B. z wezwaniem zamawiającego oraz podstawami normatywnymi, należało stwierdzić, iż pozostają one

ogólnikowe, nie nawiązują w sposób skonkretyzowany do indywidualnej sytuacji oferenta, nie poddają się jakiegokolwiek weryfikacji, w szczególności co do wpływu podanych czynników na zaoferowaną cenę.

Wyjaśnienia niedostateczne są równoznaczne w skutkach – jak nie złożone – nie obalają zatem domniemania spowodowanego wezwaniem, iż oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę.

Obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, materializuje się nie tylko w sytuacji, gdy oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, ale i wówczas, gdy wykonawca nie potrafił wykazać, iż zaoferowana cena nie pozostaje rażąco niską.

W ocenie Izby, taka sytuacja zachodzi w tym przypadku, konsorcjum B. nie zdołało wykazać przez złożone wyjaśnienia, iż za zaoferowaną cenę jest zdolne wykonać należycie zamówienie. Zamówienie na zimowe utrzymanie dróg i głównych szlaków komunikacyjnych przebiegających przez miasto, podlegających 1-ej kolejności odśnieżania jest specyficzne. Zakres faktycznie wykonywanych prac będzie zależał w dużym stopniu od warunków pogodowych. Zamawiający ustalił tak warunki przetargu, że będzie płacił za usługi faktycznie wykonane, które będzie zlecał na bieżąco według swego uznania i w zależności od warunków atmosferycznych. Nawet zatem bezśnieżna zima nie gwarantuje wykonawcy, że w takim przypadku zaoszczędzi na ponoszonych mniejszych kosztach. Mając na uwadze, wymóg, aby wykonawca utrzymywał bazę, materiały i jednostki sprzętowe wraz z obsługą w gotowości, należało przyjąć, że generuje to duże koszty, które wykonawca powinien skalkulować w cenie oferty. Obiektywnie bardziej opłacalna dla wykonawcy byłaby sytuacja, gdyby warunki pogodowe obligowały zamawiającego do udzielania zleceń realizacyjnych, przynajmniej przez większość okresu zimowego objętego umową.

W takich okolicznościach wykonawca ubiegający się o przedmiotowe zamówienie powinien założyć odpowiednio wysoką kwotę kosztów na ryzyka, które nie były możliwe do ustalenia w momencie składania oferty. Wykazywane ogólne czynniki: jak posiadanie solarek, które umożliwiają dobieranie odpowiednich proporcji soli drogowej i solanki – nie były wystarczające, aby rozwiać wątpliwości w odniesieniu do ceny oferty wykonawcy wybranego, szczególnie w obliczu zanotowanych różnic w odniesieniu do ceny oferty odwołującego.

Nie skonkretyzowany argument o wykonywaniu usług tego rodzaju w poprzednim sezonie zimowym na rzecz zamawiającego w wartościach podobnych, nie mógł być podstawą pozytywnej oceny złożonych wyjaśnień. Faktem jest, że firma B. realizowała poprzednie zamówienie na odśnieżanie dla zamawiającego – i jak wynika z referencji zdołała je wykonać należycie. W stosunku do poprzedniego zamówienia, stawki jednostkowe w

obecnie złożonej ofercie konsorcjum zostały nieznacznie obniżone, jednak z uwagi na nieporównywalność warunków pogodowych – nie można było przyjąć tego za argument przemawiający za realnością zaoferowanej ceny.

Izba uwzględniła również okoliczność, iż zamawiający odrzucił ofertę innego wykonawcy, tj. konsorcjum firm: KBU Sp. z o.o. i Licuas S.A. na część III zamówienia, w następstwie uznania za niewystarczające złożonych pismem z dnia 24.09.13 r. wyjaśnień w odniesieniu do proponowanej ceny. Obiektywnie, wyjaśnienia tego wykonawcy były bardziej sprecyzowane i poparte kalkulacją. Mimo tego, zamawiający podał, że po szczegółowej analizie przedstawionej przez wykonawcę kalkulacji stwierdzono, iż wskazana w wyjaśnieniach kwota za materiały wg wyliczeń zamawiającego jest zdecydowanie za niska, zważywszy na ceny rynkowe koniecznych do realizacji zadania materiałów. Podanie w wyjaśnieniach jedynie kwoty za całość materiałów nie pozwalały zamawiającemu zweryfikować ich rzeczywistych ilości. Przyjmując do wyliczeń nawet najniższe spotykane na rynku ceny materiałów nie sposób uzyskać ilości potrzebnych do 60-dobowego utrzymania zimowego rejonu – nr 3. Dysproporcje są tak duże, że wg obliczeń zamawiającego, przy założeniu łagodnej zimy wycenione materiały nie wystarczą na przewidziany okres działań przy zimowym utrzymaniu dróg. Zaangażowanie do realizacji zamówienia zgodnie z ofertą: 4 jednostek płużących wraz z kosztami paliwa oraz kosztem utrzymania pracowników i bazy, zdaniem zamawiającego nie jest możliwe za podaną w wyjaśnieniach kwotę. Zdaniem zamawiającego, w przedstawionych wyjaśnieniach oraz kalkulacji wykonawca ten nie udowodnił, że jest w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie za cenę podaną w ofercie, co poddaje w wątpliwość realność złożonej oferty i czyni zasadnym jej odrzucenie zgodnie z art. 90 ust.3 ustawy Pzp.

Powyższe dowodzi odmiennego podejścia przez zamawiającego do oceny wyjaśnień wybranego konsorcjum B..

Izba poddaje ocenie czynności zamawiającego w takim kształcie - jak zostały wykonane w oparciu o dokumentację akt postępowania i zakomunikowania o podjętych czynnościach, które stały się podstawą dla podnoszonych w odwołaniu zarzutów.

Z uwagi na powyższe potwierdzenie znalazły zarzuty naruszenia:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy poprzez ich błędną wykładnię i zastosowanie, przejawiające się w braku odrzucenia oferty wykonawcy, konsorcjum B., mimo iż wykonawca ten nie złożył wystarczających wyjaśnień - dotyczących rażąco niskiej ceny, a tym samym nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny;
2. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez jego błędną wykładnię i zastosowanie, polegające na wyborze oferty konsorcjum B. na część III i IX, która to oferta winna zostać odrzucona;

Izba nie znalazła natomiast podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia pozostałych przepisów ustawy Pzp, wskazywanych przez odwołującego, tj.

1. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez jego błędną wykładnię i niezastosowanie, polegające na braku odrzucenia oferty konsorcjum B. pomimo, iż oferta tego wykonawcy stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż odwołujący nie udowodnił, iż wykonawca ten prowadził celowe działania, aby poprzez zaniżanie cen na swoje usługi, eliminować z rynku właściwego konkurencję ze strony innych przedsiębiorców, którzy musieli by ograniczać działalność – nie wytrzymując nieuczciwej konfrontacji cenowej z firmą B.. Twierdzenie odwołującego, że konsorcjum B. kalkulując cenę pokrywało koszty jednej działalności z innej, przy założeniach zamawiającego, że w stawce dobowej brutto za utrzymanie zimowe całego rejonu mieści się też utrzymanie dróg I kategorii utrzymania - nie mogło stanowić trafego argumentu,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez jego błędną wykładnię i zastosowanie, polegające na braku odrzucenia oferty konsorcjum B., pomimo iż oferta ta była niezgodna z treścią SIWZ i nie można jej było poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Izba nie podzieliła poglądów odwołującego. Nie zachodziły podstawy do przyjęcia - w wyniku udzielonych wyjaśnień, że konsorcjum B. w istocie ujawniło, że treść jego zobowiązania ofertowego jest niezgodna z oczekiwaniami zamawiającego. Z wyjaśnień tych nie wynika, aby konsorcjum B. zupełnie wykluczyło stosowanie w szczególności mieszanki soli drogowej i piasku. SIWZ odsyła ogólnie do przepisów odrębnych, w zakresie dopuszczonych materiałów i metod odśnieżania dróg, tj. rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 27 października 2005 r. w sprawie rodzaju i warunków, stosowania środków jakie mogą być używane na drogach publicznych oraz ulicach i placach (Dz. U. nr 230, poz. 1960). Zamawiający nie wskazał, w jakich proporcjach i jakich materiałów powinien używać wykonawca przy konkretnej temperaturze i warunkach atmosferycznych - dla osiągnięcia stanu zimowego utrzymania dróg – zakładanego w postanowieniach SIWZ. Szczegółowe warunki stosowania środków chemicznych w postaci zwilżonej określa załącznik nr 2 do powołanego rozporządzenia, gdzie dopuszczone zostało stosowanie roztworów wodnych, między innymi chlorku sodu. W ocenie Izby, konsorcjum B. przedstawiło jedynie pewien wybrany element kalkulacyjny swojej oferty, z zastrzeżeniem stosowana danej metody w bliżej nie oznaczonych „odpowiednich warunkach pogodowych”, który nie musiał być miarodajny dla sposobu realizacji całego zakresu zamówienia. Zamawiający nie jest jednostką podlegającą dyspozycji Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad i odwołujący

nie wykazał, iżby zamawiający był zobowiązany do stosowania instrukcji wydawanych przez ten podmiot w zakresie sposobu zimowego utrzymania dróg. W odniesieniu do przedłożonego zarządzenia nr 320/2001 z dnia 14 sierpnia 2001 r. w sprawie ustalenia środków chemicznych oraz warunków ich stosowania na ulicach, placach i innych drogach publicznych województwa śląskiego – zachodziły wątpliwości - co do obowiązywania tego aktu.

W następstwie stwierdzonych naruszeń przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych - wymienionych wyżej, które miały istotny wpływ na wynik postępowania - przez wybór oferty podlegającej odrzuceniu dla zadania III i IX, zamawiający naruszył zasady określone w art. 7 ust 1 tej ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W tym stanie rzeczy Izba orzekła jak sentencji na podstawie art. 192 ust. 1,2 i 3 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę, kosztami postępowania w sprawie należało więc obciążyć zamawiającego.

Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18 600,00 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania i kosztów zastępstwa przez pełnomocnika, w oparciu o złożony rachunek, na podstawie § 3 pkt 1 i 2b) oraz § 5 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....