Sygn. akt: KIO 1462/19

POSTANOWIENIE
z dnia 9 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Katarzyna Odrzywolska
Marzena Ordysińska

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 9 sierpnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 lipca 2019 r. przez wykonawcę Saferoad Grawil sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie

przy udziale wykonawców:

1/ BUDREX-KOBI Sp. z o.o. ul. Hetmańska 9215-727 Białystok

2/ GZD Sp. z o. o. ul. Lipowa 49a11-042 Jonkowo

3/ JD Inżynieria Ruchu D. J. ul. Sienkiewicza 45, 05-220 Zielonka

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;

2. nakazuje Urzędowi Zamówień Publicznych dokonanie zwrotu kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy Saferoad Grawil sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku poniesionej z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 1462/19

Uzasadnienie

Zamawiający: Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, prowadzący postępowanie - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Całoroczne utrzymanie i konserwacja oznakowania pionowego (w tym aktywnego), poziomego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego wraz z barierami drogowymi na sieci dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie w podziale na części I-IV" (dalej jako „Postępowanie"). Nr ogłoszenia i data publikacji: 2019/S 112-274166, 13.06.2019 r. GDDKiA.O.WA.D-3.2412.36.2019. Wartość zamówienia przekracza wyrażoną w złotych polskich równowartość kwoty euro - zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów w sprawie kwot wartości zamówień, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołujący: Saferoad Grawil Sp. z o.o. we Włocławku wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego z dnia 18 lipca 2019 r. obejmującej wyjaśniania (określenie) treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) w postępowaniu.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 38 ust. 1 ustawy Pzp przez nieudzielenie odpowiedzi na zadane pytania bądź nieprecyzyjne i/lub lakoniczne udzielenie odpowiedzi na pytania, które dotyczą istotnych wątpliwości, a brak precyzyjnych, jednoznacznych i merytorycznych odpowiedzi znacząco utrudnia lub uniemożliwia Odwołującemu, jak i wszystkim wykonawcom biorącym udział w Postępowaniu, prawidłowe oszacowanie ryzyka związanego z udziałem w postępowaniu i skalkulowanie ceny oferty;

2. art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 oraz ust. 2 w zw. z art. 38 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, z użyciem niedostatecznie dokładnych oraz niezrozumiałych określeń w związku z zaniechaniem udzielenia jasnej, precyzyjnej i merytorycznej odpowiedzi na wskazane w odwołaniu pytania złożone w celu wyjaśnienia przez Zamawiającego treści SIWZ, bez wskazania (doprecyzowania) wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a objętych ww. pytaniami, co uniemożliwia odwołującemu, jak i wszystkim wykonawcom, prawidłowe oszacowanie ryzyka związanego z udziałem w

Postępowaniu i skalkulowanie ceny oferty w sposób odpowiedni do tego ryzyka oraz co może powodować nieporównywalność ofert złożonych w postępowaniu;

3. art. 38 ust. 1 w zw. z art. 29 ustawy Pzp przez zaniechanie udzielenia jasnej, precyzyjnej i merytorycznej odpowiedzi na wskazane w odwołaniu pytania złożone w celu wyjaśnienia przez Zamawiającego treści SIWZ, co uniemożliwia odwołującemu, jak i wszystkim wykonawcom, prawidłowe oszacowanie ryzyka związanego z udziałem w postępowaniu i skalkulowanie ceny oferty w sposób odpowiedni do tego ryzyka oraz może powodować nieporównywalność ofert złożonych w postępowaniu;

4. art. 38 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, co z kolei prowadziło do naruszenia art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353.1 KC, przez udzielenie 18 lipca 2019 r. odpowiedzi na pytanie nr 45 i potwierdzenie uzależnienia zapłaty za wykonane prace od treści faktury VAT (prawidłowo wystawionej faktury VAT), co wykracza poza swobodę kontraktowania określoną w KC, a przez co odwołujący, jak i wszyscy wykonawcy nie są w stanie prawidłowo ocenić ryzyka związanego z udziałem w postępowaniu i skalkulować ceny oferty w sposób odpowiedni do tego ryzyka;

5. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wyrażający się tym, iż niejednoznaczność i brak wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia wraz z zaniechaniem wykonania obowiązku wyjaśnienia zgłoszonych w tym przedmiocie wątpliwości wykonawcy de facto uniemożliwia złożenie przez wykonawców porównywalnych ofert.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty Odwołujący wnosi o:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności udzielenia wyjaśnień do treści SIWZ w zakresie odpowiedzi na przywołane w odwołaniu pytania;

- nakazanie Zamawiającemu ponownego udzielenia jednoznacznych i wyczerpujących odpowiedzi na przywołane w odwołaniu pytania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, z uwzględnieniem wskazanych w treści odwołania uwag;.

W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 186 ust. 2 ustawy Pzp) Odwołujący żąda od Zamawiającego dokonania czynności zgodnie ze wskazanym powyżej żądaniem Odwołania.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

Pismem z 18 lipca 2019 r. (nr pisma O.WA.D-3.2412.36.2019.nmk_567.2019) Zamawiający działając w trybie art. 38 ust. 2 ustawy Pzp przekazał treść pytań, które do niego wpłynęły, wraz z wyjaśnieniami. Przedmiotem odwołania i postawionych zarzutów są następujące pytania:

I. Pytanie nr 45 - uzależnienie zapłaty za wykonane prace od treści faktury VAT (prawidłowo wystawionej faktury VAT)

45. Pytanie

W paragrafie 5 (Rozliczenie płatności) ustęp 7 Umowy zawarto zapis, że w przypadku nieprawidłowo wystawionej faktury VAT lub braku określonych dokumentów następuje przerwanie biegu 30-dniowego terminu płatności i liczeniu go od nowa od momentu dostarczenia prawidłowych lub brakujących dokumentów.

Co Zamawiający rozumie przez określenie „od nowa"? Czy termin będzie liczony od zera czy też od dnia przerwania? Jeżeli termin będzie liczony od zera to prosimy o określenie terminu, w jakim Zamawiający dokona weryfikacji złożonej faktury. Brak określenia takiego terminu przy liczeniu terminu od zera daje możliwość Zamawiającemu wydłużenia terminu płatności poprzez zgłaszanie uwag do złożonej faktury w możliwie późnym terminie.

Odpowiedź

Określenie „od nowa" w § 5 ust 7 Wzoru umowy (Rozdział 1, Tom II SIWZ) oznacza, że 30-dniowy termin liczony będzie od momentu dostarczenia prawidłowej faktury VAT lub brakujących dokumentów. Zamawiający nie dokona zmiany Wzoru umowy w zakresie określenia terminu weryfikacji złożonej faktury.

Udzielając odpowiedzi na powyższe pytanie Zamawiający dokonał interpretacji treści § 5 ust. 7 projektu Umowy, potwierdzając że termin zapłaty za wykonane prace będzie zależny nie od rzeczywiście wykonanych - zgodnie z umową - prac, ale od treści wystawionej faktury VAT, dokumentujących te prace. W ocenie Odwołującego uzależnianie zapłaty od treści faktury VAT jest nieuzasadnione i nie mieści się w swobodzie kontraktowej stron umowy. W orzecznictwie przyjmuje się bowiem powszechnie, że zapłata należy się za wykonane prace i ma miejsce na podstawie postanowień umowy, a nie na podstawie faktury. Faktura co do zasady może świadczyć o istotnych postanowieniach umowy, jeżeli jej treść nie została utrwalona w innej formie.

Jeżeli, w ocenie Zamawiającego, faktura została wystawiona nieprawidłowo, to można zastosować przepis art. 106k ustawy o podatku od towarów i usług z dnia 11 marca 2004 r. (Dz.U. Nr 54, poz. 535 ze zm.; ustawa o VAT) i wystawić notę korygującą, albo 106j ustawy o VAT i zażądać od Wykonawcy wystawienia faktury korygującej - w zależności od zastrzeżeń co do treści dokumentu.

Z kolei jeżeli prace objęte umową zostały prawidłowo wykonane i odebrane, nieprawidłowości w treści faktury nie powinny stanowić przeszkody w zapłacie wynagrodzenia. W orzecznictwie wskazuje się, że nawet w przypadku braku odbioru robót (braku sporządzenia protokołu przewidzianego w umowie) wynagrodzenie również może być należne. Przyjmuje się, że „gdy zamawiający z przyczyn leżących po jego stronie uchybia obowiązkowi odbioru robót, następują skutki zwłoki po jego stronie i takie zachowanie pozostaje bez wpływu na roszczenie wykonawcy, który uprawniony jest do żądania wynagrodzenia i roszczenie wykonawcy staje się wymagalne z chwilą, w której po spełnieniu obowiązków przez wykonawcę, odbiór winien nastąpić" (tak wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 13 kwietnia 2011 r. w sprawie VI ACa 1200/10). Ponadto „do oddania dzieła może dojść np., poprzez wystawienie faktur VAT, co świadczy o tym, iż dzieło - w ocenie przyjmującego zamówienie - zostało wykonane. Oddanie nie jest jednak jednoznaczne z

odbiorem przez zamawiającego, a o odbiorze - w przypadku braku protokołu odbioru - mogą świadczyć określone czynności faktyczne, jak np. zapłata części wynagrodzenia, dysponowanie dziełem, zlecenie poprawek dzieła innemu podmiotowi." (tak wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 24 stycznia 2013 r. w sprawie V ACa 1019/12)

Mając na uwadze powyższe, ustalanie terminu zapłaty przez Zamawiającego w ten sposób, że może nastąpić przerwa w biegu tego terminu jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego - w rozumieniu art. 3531 KC, który wprowadza zasadę swobody umów.

Sam brak wystawienia faktury VAT nie wpływa na ocenę merytoryczną roszczenia, ani jego wymagalność. Jest to dokument rozliczeniowy, wystawiany dla celów podatkowych, nie kreuje on stosunku prawnego, ani nie wpływa na obowiązek zapłaty wynagrodzenia. Brak wystawienia faktury, czy też wystawienie faktury przed zakończeniem prac, w kontekście nie zakwestionowania przez pozwanego roszczenia powoda w sensie materialnoprawnym, w żaden sposób nie decyduje o zasadności żądania powoda. Umowa stron jest umową wzajemną. Wobec tego w sytuacji kiedy jedna ze stron spełnia w całości swoje świadczenie, a fakt wykonania przedmiotu umowy nie został zakwestionowany, powstrzymywanie się przez drugą stronę z zapłatą wynagrodzenia jest niezasadne (art. 488 § 2 KC). Z upływem terminu wymagalności następuje też prawna możliwość naliczania odsetek (art. 481 § 1 KC). W orzecznictwie wskazuje się także, że o odbiorze robót co do zasady nie może świadczyć samo zaksięgowanie i rozliczenie spornej faktury. Zaksięgowanie faktury i rozliczenie podatku nie stanowi bowiem oświadczenia woli czy wiedzy strony o wykonaniu umowy przez drugą stronę. Jest to czynność wyłącznie techniczna dla celów podatkowych i nie odnosi skutków w sferze cywilnoprawnej. W sytuacji, gdy wystawca faktury umieszczając na niej termin zapłaty i doręczając ją dłużnikowi skutecznie wzywa tegoż do zapłaty roszczenia, nie oznacza samo przez się, że roszczenie w ogóle istnieje, a tym bardziej, iż jest ono zasadne. Odwołujący przytoczył orzeczenia Sądu Najwyższego:

- wyrok - Izba Cywilna, z 20 lutego 2003 r., I CKN 7/2001, w którym stwierdzono ,że znaczenie przyjęcia faktury polega na oświadczeniu przez dłużnika gotowości podjęcia czynności mających na celu sprawdzenie zasadności świadczenia oraz wykonania czynności księgowo-finansowych przygotowujących spełnienie świadczenia; samo podjęcie tych czynności w trybie wewnętrznego urzędowania właściwych służb dłużnika, z których nie wynika zamiar wywołania przez nie skutku prawnego w postaci akceptacji należności, nie może być zakwalifikowane jako oświadczenie wyrażające taką wolę wobec wierzyciela ;

wyrok - Izba Cywilna, z 15 marca 2002 r., II CKN 729/99, w którym stwierdzono, że przepisy o zasadach fakturowania należności oraz obliczania podatku VAT nie stanowią materialno-prawnej podstawy orzekania w sporze o zapłatę ceny.

Wyroki te potwierdzają stanowisko co do skutków cywilnoprawnych przyjęcia i zaksięgowania faktur oraz rozliczenia podatku VAT przez zamawiającego.

Wystawienie faktury i jej zaksięgowanie by mogło być zatem co najwyżej dowodem na okoliczność zasadności roszczeń strony powodowej, ale w powiązaniu jeszcze z innymi dowodowymi świadczącymi o rzeczywistym zakresie wykonania umowy (tak wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z 20 listopada 2013 r., sygn. akt. sygn. akt IX GC 397/13).

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosi o ponowne udzielenie jednoznacznej i wyczerpującej odpowiedzi na pytanie nr 45, w tym w szczególności w zakresie uzależnienia zapłaty za wykonane prace (bieg terminu zapłaty wynagrodzenia, bieg terminu „od nowa") od treści faktury VAT (prawidłowo wystawionej faktury VAT).

II. Pytanie nr 29 i 30 - termin realizacji umowy

29. Pytanie

Zamawiający wskazuje, że umowa zostaje zawarta na okres 36 miesięcy od daty podpisania umowy lub do wyczerpania kwoty, o której mowa w par. 4 ust. 1, w zależności od tego, która z tych okoliczności nastąpi pierwsza. Prosimy o wyjaśnienie co w przypadku kiedy kwota umowy zostanie wyczerpana przed upływem 36 m-cy przez wykonywanie zleceń strukturalnych poza zakres przewidziany w przetargu, tym samym Wykonawca nie otrzyma wynagrodzenia ryczałtowego za roboty rutynowe, których koszt musi ująć w kwocie ryczałtowej podzielonej na okres 36 miesięcy.

Odpowiedź

Zgodnie z § 3 ust. 2 Wzoru Umowy (Tom II, Rozdział 1 SIWZ), dzień, w którym zostanie wyczerpana kwota, o której mowa w § 4 ust. 1 Wzoru, jest terminem zakończenia obowiązywania przedmiotowej Umowy.

30. Pytanie

Zamawiający wskazuje, że umowa zostaje zawarta na okres 36 miesięcy od daty podpisania umowy lub do wyczerpania kwoty, o której mowa w par. 4 ust. 1, w zależności od tego, która z tych okoliczności nastąpi pierwsza. Ze względu na to, że kwota umowy może zostać wyczerpana przed upływem 36 miesięcy poprzez wykonywanie zleceń strukturalnych poza zakres przewidziany w przetargu, tym samym Wykonawca nie otrzyma wynagrodzenia ryczałtowego za roboty rutynowe, których koszt musi ująć w kwocie ryczałtowej podzielonej na okres 36 miesięcy. W związku z powyższym wnioskujemy o wykreślenie zapisu „lub do wyczerpania kwoty, o której mowa w par. 4 ust. 1

Odpowiedź

Zamawiający pozostawia zapis § 4 ust. 1 Wzoru umowy (Tom II, Rozdział 1 SIWZ) bez zmian.

Odwołujący oczekuje, że część ryczałtowa wynagrodzenia będzie wypłacana przez z góry określoną, niezmienną w czasie realizacji umowy ilość miesięcy. Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosi o ponowne udzielenie jednoznacznej i wyczerpującej odpowiedzi na pytanie nr 29 i 30.

III. Pytanie nr 44 - doprowadzenie do standardu / Pytanie nr 72 - doprowadzenie do standardu w ujęciu ogólnym

44.Pytanie. Z posiadanych przez nas Informacji wynika, że aktualnie obowiązujące Umowy na utrzymanie i konserwację oznakowania dróg i urządzeń bezpieczeństwa ruchu wraz z barierami posiadane przez Zamawiającego kończą się z początkiem lipca. W czasie od końca lipca do podpisania umów z Wykonawcami wyłonionymi w trakcie przedmiotowego postępowania przetargowego na pewno na drogach pojawią się uszkodzenia infrastruktury {oznakowania, barier itp.). Czy zadaniem Wykonawców będzie naprawa tych uszkodzeń? Jeśli tak to jak zostaną rozliczone te prace?

Odpowiedź. Zgodnie z OPZ część A pkt. 18 „w ramach wynagrodzenia Cyklicznego (utrzymania rutynowego) Wykonawca powinien również skalkulować wszystkie koszty doprowadzenia do standardu asortymentu objętego niniejszym zamówieniem, który nie spełnia wymogów opisanych w niniejszym OPZ/' Zamawiający planuje kontynuowanie utrzymania przedmiotowego asortymentu.

72. Pytanie. Zgodnie z punktem 18. Części A. OPZ, Wykonawca powinien w ramach wynagrodzenia cyklicznego (utrzymania rutynowego) skalkulować wszystkie koszty doprowadzenia do standardu asortymentu objętego niniejszym zamówieniem. Jest to wymóg praktycznie niemożliwy do oszacowania bez szczegółowej wiedzy dotyczącej stanu technicznego Istniejących znaków i urządzeń brd (np. poziom odblaskowości wszystkich znaków pionowych, zgodność ustawienia z zatwierdzonym projektem organizacji ruchu). Czy Zamawiający może przekazać przewidywane zakresy robót związanych z doprowadzeniem tych asortymentów do właściwego stanu lub określić, że tego typu prace realizowane będą z puli wynagrodzenia za prace strukturalne?

Odpowiedź. Zamawiający nie posiada danych o ilości asortymentu objętego zamówieniem, który nie spełnia wymogów opisanych w OPZ. Zamawiający pozostawia zapis w części A punkcie 18 OPZ (Tom III SIWZ) informujący o doprowadzeniu do standardu w ramach wynagrodzenia cyklicznego bez zmian.

Mając na uwadze udzieloną przez Zamawiającego odpowiedź na pytanie nr 44 wskazującą na to, że wszystko co ulegnie uszkodzeniu w okresie „przerwy" od zakończenia realizacji aktualnych umów trzeba będzie wykonać w ramach nowej umowy jako doprowadzenie do standardu w ramach wynagrodzenia rutynowego (ryczałtowego). Z uwagi na okoliczność, że postępowania przetargowe w celu zawarcia nowej umowy potrafią przedłużać się w czasie i w chwili obecnej żaden z zainteresowanych wykonawców nie wie od kiedy rozpocznie się realizacja nowej umowy, a tym samym jaki może być zakres prac polegających na doprowadzeniu do standardu, Zamawiający całe ryzyko ustalenia i ewentualnego wzrostu zakresu prac przeniósł na Wykonawcę.

Wobec powyższego Odwołujący żąda, co odnosi się także do innych zakresów prac obejmujących doprowadzenie do standardu, aby Zamawiający określił ilościowo zakres prac polegających na doprowadzeniu do standardu wg aktualnej wiedzy Zamawiającego, a jeśli w momencie rozpoczęcia realizacji umowy okaże się, że zakres koniecznych działań jest większy, rozliczenie tych dodatkowych zakresów z kosztorysów strukturalnych, wg cen jednostkowych i rzeczywistych obmiarów prac. Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosi o ponowne udzielenie jednoznacznej i wyczerpującej odpowiedzi na pytanie nr 29 i 30 oraz nr 72.

IV. Pytanie nr 31 - brak przepisów wykonawczych dot. tablicy zamykającej zespolonej z poduszką zderzeniową

31. Pytanie. Zgodnie z OPZ cz. B.I pkt. 2.2 „Wykonawca na podstawie sporządzonego przez siebie I zatwierdzonego przez Zamawiającego projektu czasowej organizacji ruchu zobowiązany jest zabezpieczyć odpowiednią ilość pojazdów, znaków drogowych, urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego i elementów zabezpieczających tj. np. tablica zamykająca U~26a/b zespolona z poduszką zderzeniową, które zostały wskazane w projekcie i być gotowym do wprowadzenia odpowiedniej organizacji ruchu zależnie od potrzeb.". Ze względu na brak regulacji prawnych w zakresie tablic zamykających U-26a/b zespolonych z poduszką zderzeniową prosimy o wykreślenie zapisu.

Odpowiedź. Zamawiający pozostawia zapis W część; B.Ł punkt 2,2, ORZ (Tom III SIWZ) bez zmian.

V. Pytanie nr 14, 23, 49, 55, 68, 81 - zakresy ilościowe

14. Pytanie. W związku, z tym, że Zamawiający oczekuje od Wykonawcy doprowadzenia oznakowania do wymaganego standardu do dnia 31 lipca 2020 r. zwracamy się z prośbą o określenie zakresów oznakowania, które tych standardów nie spełnia w celu dokonania rzetelnej wyceny.

Odpowiedź. Zamawiający, z uwagi na stałą eksploatację infrastruktury drogowej, nie jest w stanie określić ilości oznakowania, które nie spełnia standardów utrzymania określonych w SST. Wykonawcy; przed złożeniem Oferty, zaleca się wykonać czynności opisane w OPZ część A punkt 12. oraz wziąć pod uwagę zapisy w część A pkt 18 ORZ (Tom III SIWZ).

23. Pytanie. Zamawiający oczekuje od Wykonawców utrzymania oznakowania poziomego grubowarstwowego w ramach utrzymania rutynowego. Aby wykonać rzetelną wycenę i przede wszystkim by Wykonawca ,mógł skalkulować prawidłowo Swoją ofertę niezbędne jest wskazanie przez Zamawiającego jakiego typu oznakowanie grubowarstwowe jest na poszczególnych odcinkach dróg w danym Rejonie (oznakowanie grubowarstwowe z mas termoplastycznych lub oznakowanie z mas chemoutwardzalnych). Ceny materiałów dla mas termoplastycznych ora2 mas chemoutwardzalnych różnią się, w związku z czym; nie można przygotować jednej uśrednionej ceny dla tak dużego zakresu oznakowania poziomego grubowarstwowego. Potrzebujemy informacji Me jest oznakowania z mas termoplastycznych a ile z mas chemoutwardzalnych do wykonania na poszczególnych Rejonach.

Odpowiedź. Zamawiający nie posiada ewidencji ilościowej oznakowania grubowarstwowego w zależności od materiału tj. z podziałem na oznakowanie wykonane z mas termoplastycznych oraz z mas chemoutwardzalnych, jednakże w przeważającej ilości oznakowanie grubowarstwowe wykonane jest w technologii z mas chemoutwardzalnych. Wykonawcy, przed złożeniem Oferty, zaleca się wykonać czynności opisane w część A punkt 12 OPZ (Tom III SIWZ).

49. Pytanie. W OPZ w części A., (Wstęp) w punkcie 12 (strona 23) zawarto zapis zalecający dokonanie wizji w zakresie oznakowania pionowego/ (w tym aktywnego), poziomego i urządzeń brd wraz z barierami oraz uzyskanie niezbędnych informacji w ramach przedmiotowego zamówienia W związku z powyższym prosimy o podanie ilości ww. asortymentu, który nie spełnia właściwych im przepisów I tym samym wymagają wymiany/naprawy.

Odpowiedź. Zamawiający nie prowadzi wnioskowanej ewidencji.

55. Pytanie. W punkcie 2.2.3 części B OPZ (strona 54) jest zapis, że moc akumulatora do znaków aktywnych należy dobrać tak by zapewniał on sprawność działania przez co najmniej 7 dni bezsłonecznych. Prosimy o informację Me jest punktów na sieci, gdzie funkcjonują źle dobrane akumulatory, które nie spełniają ww, funkcjonalności, a które wymagać będą wymiany na o większej pojemności.

Odpowiedź. Zamawiający nie dysponuje takimi informacjami.

68. Pytanie. Czy Zamawiający może udostępnić zestawienie barier drogowych z lokalizacją, poziomem powstrzymywania, intensywnością zdarzenia, wychyleniem, producentem systemu dla poszczególnych dróg?

Odpowiedź. Zamawiający nie posiada takiego zestawienia.

81.Pytanie. "Zamawiający zgodnie z OPZ wymaga, aby Wykonawca zabezpieczył na czas - realizacji przynajmniej dwa; mobilne systemy VMS, na każdy z Rejonów Drogowych. Kto będzie dysponentem przedmiotowych tablic, Wykonawca czy Zamawiający? Czy tablice mają być zdeponowane w siedzibie Rejonu, czy też mogą być przechowywane w siedzibie Wykonawcy znajdującej się w obrębie dróg administrowanych przez Rejon"

Odpowiedź. Dysponentem przedmiotowych tablic jest Zamawiający. Zamawiający

dopuszcza stacjonowanie tablic mobilnych VMS w siedzibie Wykonawcy znajdującej się w obrębie dróg administracyjnych przez Rejon, jednak zaleca się zdeponowanie przedmiotowych urządzeń w siedzibie Rejonu,

Udzielone przez Zamawiającego odpowiedzi na powyższe pytania, przy obecnej treści dokumentacji przetargowej posiadają wady uniemożliwiające rzetelną wycenę i terminowe wykonanie zamówienia.

Z zapisów SIWZ jednoznacznie wynika, że znaczną częścią zadania jest doprowadzenie istniejących znaków drogowych i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego do wymogów zgodnych z obowiązującymi przepisami zarówno w zakresie stanu technicznego jak i ich lokalizacji, co w przeważającej większości przypadków jest równoznaczne z ich wymianą lub odbudową. Przy czym - jak wynika z pytań i odpowiedzi, nikt (łącznie z Zamawiającym) nie zna stanu faktycznego, a więc zakresu ilościowego prac.

Przykładowo można wskazać, że w zakresie oznakowania aktywnego Zamawiający nie określił ilości i stanu znaków aktywnych zlokalizowanych przy administrowanych przez niego drogach:

a) w załącznikach do OPZ podano ilości kompletów, co nie jest równoznaczne z ilością znaków: komplet może zawierać od 1 szt. do np. 4 szt., a w przypadku znaków ustawianych na łukach zakrętów być może za komplet przyjęto nawet ilości około 10 szt., co przy cenie rynkowej znaku wynoszącej około tysiąca zł za sztukę znaku stanowi niebagatelną różnicę,

b) nie podano ilości elementów kwalifikujących się do wymiany (pytanie 49),

c) nie podano ilości i parametrów zainstalowanych akumulatorów (pytanie 55).

Zamawiający koszt dostosowania elementów oznakowania do wymaganego standardu zalicza do robót rutynowych (rozliczanych comiesięcznym ryczałtem) dając jednocześnie 1-2 miesięcy na wykonanie prac, co jest terminem nierealnym. Przy utrzymaniu założonych wymogów terminowych należy przewidzieć nakładane na wykonawcę kary umowne. Biorąc pod uwagę stawki kar mogą być to milionowe kwoty w skali kontraktu. Kalkulacja tak wysokich kar umownych w cenie oferty nie jest jednak wyjściem z sytuacji.

Ponadto podając kolejny przykład, w odniesieniu do znaków aktywnych, można stwierdzić, że:

a) Należy wykonać inwentaryzację i sprawdzenie wszystkich znaków aktywnych (pomiar odblaskowości znaków, pomiar sprawności paneli fotowoltaicznych, pomiar pojemności i ocena stanu wszystkich akumulatorów). Według wiedzy Odwołującego chodzi tutaj o kilka tysięcy elementów;

b) W sytuacji, kiedy prace te należy wliczyć w prace rutynowe, wykonawca staje przed wyborem, czy sfinansować wszystkie te prace z własnych środków i odzyskiwać te środki przez 36 miesięcy (!), czy podnieść comiesięczny ryczałt do takiego poziomu, by odzyskać środki w np. 2-3 miesiące. Może to skutkować olbrzymim wzrostem ceny oferty.

Wobec powyższego, aktualne zapisy SIWZ, oraz brak podania przez Zamawiającego zakresów ilościowych prac skutkuje niemożnością rzetelnej wyceny oferty opartej o przesłanki ekonomiczne, a także wykonania prac w terminach określonych przez Zamawiającego.

Zamawiający wymaga w OPZ, by Wykonawca zapewnił co najmniej 2 mobilne znaki zmiennej treści. Z udzielonej odpowiedzi na pytanie (pytanie nr 81) wynika, że dysponentem tych znaków będzie Zamawiający. Należy stwierdzić, że:

a) Wymóg ten, w sytuacji, kiedy dysponentem znaków ma być Zamawiający, zawarty jedynie w OPZ (brak w SIWZ i we wzorze umowy) nie ma nic wspólnego z przedmiotem zamówienia, którym jest konserwacja oznakowania i urządzeń BRD;

b) Zarówno zapisy IPU, jak i przywołany w §1 IPU („Przedmiot Umowy") pkt 2 części A OPZ nie zawierają żadnej informacji o konieczności zapewnienia ww. znaków. Wymóg ten nie ma żadnego uzasadnienia w odniesieniu do przedmiotu zamówienia;

c) Odpowiedź, że dysponentem przedmiotowych znaków będzie Zamawiający stoi również w sprzeczności z załącznikiem 11 b (cz. III, pkt. 1, str. 3): „Wykonawca samodzielnie decyduje o użyciu i rozlokowaniu mobilnych VMS" (podkreślenia własne);

d) „Zapewnienie", jak to określa Zamawiający mobilnych znaków zmiennej treści jest równoznaczne z przekazaniem ich na trzy lata Zamawiającemu (nie stanowi to przedmiotu zamówienia), przy czym wszelkie ryzyka wynikające z ewentualnych uszkodzeń ponosi

Wykonawca (łącznie z bardzo wysokimi karami: np. za niedostarczenie w przypadku awarii lub zniszczenia kolejnej sprawnej przyczepy do Rejonu w ciągu 12 godzin - 5000 zł za każdą godzinę opóźnienia).

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosi o ponowne udzielenie jednoznacznej i wyczerpującej odpowiedzi na pytanie nr 14, 23, 49, 55, 68, 81.

VI. Podsumowanie

Z mocy przepisu art. 38 ust. 1 ustawy Pzp wykonawcy przysługuje uprawnienie do żądania od zamawiającego wyjaśnienia treści SIWZ. Instytucja wyjaśnień nie służy formalnemu wykonaniu obowiązku wyartykułowanego we wskazanym przepisie, a ma umożliwić wykonawcom powzięcie wiedzy niezbędnej do podjęcia decyzji co do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i sporządzenia oferty. Tymczasem w okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający zdaje się w sposób jedynie formalny, niekiedy wymijający, dokonać wyjaśnienia treści SIWZ. Nie dokonał jasnego, precyzyjnego i merytorycznego wyjaśnienia treści SIWZ.

Wykonawca powinien otrzymać wyjaśnienia umożliwiające mu przygotowanie oferty zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego. Brak udzielenia szczegółowych i precyzyjnych wyjaśnień na pytania prowadzi do naruszenia zasad określonych w art. 7 ustawy Pzp. Zamawiający dopuścił się zaniechania udzielenia wyczerpujących odpowiedzi na pytania skierowane przez wykonawców. Zamawiający powinien odnieść się do wszystkich wątpliwości skierowanych przez wykonawców, a dotyczących treści przekazanej przez zamawiającego SIWZ. Udzielane wyjaśnienia mają służyć wyeliminowaniu wątpliwości co do brzmienia SIWZ. W niniejszej sprawie Zamawiający nie wypełnił swojego ustawowego obowiązku bowiem udzielił niewyczerpujących odpowiedzi, odnosząc się zaś jedynie do części kwestii podnoszonych przez wykonawców, pozostawił cześć treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia bez jakiegokolwiek wyjaśnienia.

Jak przyjmuje się w orzecznictwie kwestia potrzeby zadawania pytań zamawiającemu winna być postrzegana przez pryzmat obowiązku wykonawcy należytego wykonania zamówienia i co się z tym wiąże złożenia ważnej oferty (KIO 1822/16). Zamawiający lakonicznymi lub wymijającymi odpowiedziami uniemożliwia złożenie takiej ważnej oferty, a także naraża wykonawcę na ryzyko nienależytej realizacji zamówienia, w przypadku jego pozyskania. Udzielone przez Zamawiającego odpowiedzi na pytania objęte niniejszym odwołaniem powodują naruszenie także przepisu art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez

brak umożliwienia potencjalnemu wykonawcy bez wątpliwości i dodatkowych interpretacji zidentyfikowanie w OPZ, z jakich elementów składa się zamówienie, a także co będzie konieczne i niezbędne do jego realizacji,

brak umożliwienia potencjalnemu wykonawcy na podstawie skorygowanego OPZ skalkulowania ceny oferty zgodnie z opisem sposobu obliczenia ceny zamieszczonym w SIWZ,

sformułowanie OPZ w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję przez sporządzenie OPZ w sposób uniemożliwiający przygotowanie rzetelnej oferty - brak wskazania w zakresie utrzymania rutynowego spójnego przedmiotu zamówienia, mimo zgłaszanych przez potencjalnych wykonawców zastrzeżeń w toku postępowania w tym przedmiocie w procedurze wyjaśniania treści SIWZ.

O ile OPZ w zakresie robót o charakterze strukturalnym nie budzi jak się zdaje większych zastrzeżeń ponad te wskazane przez potencjalnych wykonawców w procedurze wyjaśniania treści SIWZ, to w zakresie doprowadzenia do standardu i robót o charakterze rutynowym , mimo przedstawienia przez potencjalnych wykonawców zastrzeżeń w tym przedmiocie w procedurze pytań i odpowiedzi, OPZ w dalszym ciągu pozostawia szereg wątpliwości uniemożliwiających przygotowanie rzetelnej oferty w zakresie doprowadzenia do standardu i robót o charakterze rutynowym, zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji.

W szczególności przedmiar skonstruowany przez Zamawiającego (OPZ - część A, pkt 4) przy jednoczesnym utrzymaniu wynagrodzenia jako ryczałtowego w zakresie doprowadzenia do standardu i robót o charakterze rutynowym (odpowiedź na pytanie 66, Formularz 2.3, § 4 ust. 5 zd. 1, § 5 ust. 2 projektu umowy) nie ma charakteru przedmiaru w rozumieniu wynagrodzenia kosztorysowego określonego w art. 628 § 1 i 629 KC.

Ponadto opis przedmiotu zamówienia w zakresie doprowadzenia do standardu pozostawia niedookreślonym zakres robót pozostający przedmiotem wyceny. Nie stanowiłoby to większego problemu, gdyby zakres doprowadzenia do standardu był rozliczany kosztorysowo, a nie ryczałtowo.

W obecnym kształcie SIWZ potencjalny wykonawca w oparciu o niejasne przedmiary musi

skalkulować ryczałtowo wszelkie ryzyka i zgodnie z OPZ - część A, pkt 4 ponosi w całości ryzyko w przypadku niedoszacowań/ przeoczeń, ponieważ przedmiar nie ma charakteru wiążącego.

Ww. okoliczności w zakresie doprowadzenia do standardu oraz utrzymania rutynowego i jednocześnie ustalenie wynagrodzenia w sposób ryczałtowy za ten zakres stanowią naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i do momentu ich zmiany uniemożliwiać będą złożenie prawidłowej oferty przez potencjalnego wykonawcę. Jednocześnie utrzymanie takiego sposobu rozliczenia, z uwagi na jego niespójność i niedookreśloność, z dużą dozą prawdopodobieństwa będzie rodzić spory pomiędzy Zamawiającym a wyłonionym w toku postępowania wykonawcą.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący postuluje przy żądaniu ponownej odpowiedzi na przywołane w odwołaniu pytania, taką modyfikację SIWZ, która alternatywnie (alternatywa łączna) przewiduje:

A. utrzymanie wynagrodzenia za utrzymanie standardu jako wynagrodzenia ryczałtowego, przy zmianie formy wynagrodzenia doprowadzenia do standardu z obecnie projektowanego ryczałtowego na kosztorysowe

B. wprowadzenie do OPZ wiążących ilości i asortymentów robót stanowiących zakres doprowadzenia do standardu i utrzymania rutynowego (nie mających charakteru przedmiaru).

Zdaniem Odwołującego alternatywa ta spowoduje usunięcie naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i umożliwi prawidłowe, rzetelne i nie naruszające zasad uczciwej konkurencji sporządzenie oferty przez potencjalnych wykonawców.

Dokonana przez Odwołującego na obecnym etapie Postępowania analiza dokumentacji przetargowej nie wskazuje, jaka ilość i zakres ma być doprowadzony do standardu i które asortymenty z ilościami kwalifikują się do doprowadzenia do standardu. Jest to wątpliwość, która przewija się w licznych pytaniach potencjalnych wykonawców i jak dotychczas nie została przez Zamawiającego wyjaśniona.

Doprowadzenie do standardu opiera się przykładowo na doprowadzeniu elementów infrastruktury do stanu odpowiadającego wymaganiom wskazanym w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowych warunków technicznych dla znaków i sygnałów drogowych oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego i warunków ich umieszczania na drogach z dnia 3 lipca 2003 r. Obecne ukształtowanie SIWZ oznacza przesunięcie na potencjalnych wykonawców obowiązku zinwentaryzowania stanu dróg przed przystąpieniem do Postępowania i stanowi przy takim obszarze utrzymania naruszenie ekwiwalentności - wymaga nieadekwatnie wysokich nakładów w toku fazy przetargowej ponoszonych równolegle, przez wszystkich potencjalnych wykonawców.

Niezależnie od tego, potencjalny wykonawca nie ma w obecnym kształcie SIWZ (OPZ - część A, pkt 4) mimo przygotowania rzetelnej inwentaryzacji prywatnej na potrzeby przetargowe podstawy do uznania, że przygotowana na potrzeby przetargu inwentaryzacja prywatna będzie jakkolwiek wiążąca, z uwagi na sposób ukształtowania obowiązku doprowadzenia do standardu, a co za tym idzie również wynagrodzenia za doprowadzenie do standardu oraz utrzymanie rutynowe.

Ponadto takie ukształtowanie wynagrodzenia przenosi na potencjalnych wykonawców ryzyko związane z tym, że elementy infrastruktury zinwentaryzowane prywatnie na potrzeby przetargowe jako stanowiące zasadniczą podstawę dla wyceny nie będą się pokrywały z elementami infrastruktury rzeczywiście dostosowywane do standardu i utrzymywanej rutynowo - z uwagi na upływ czasu, możliwe dalsze zniszczenia, korozję, dewastację, itp.

Te problemy mogą zostać usunięte np. przez zaproponowane wyżej rozwiązania, a przede wszystkim rzetelne - jasne, precyzyjne i merytoryczne odpowiedzi Zamawiającego na przywołane w odwołaniu pytania. W ocenie Odwołującego przy 36-miesięcznym okresie utrzymania w interesie wszystkich partnerów pozostaje wypracowanie możliwie korzystnego modelu współpracy z Zamawiającym, a w szczególności zminimalizowanie ryzyk związanych z wyceną.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego podzielając stanowisko zgłosili wykonawcy:

1/ BUDREX-KOBI Sp. z o.o., ul. Hetmańska 9215-727 Białystok

2/ GZD Sp. z o. o. ul. Lipowa 49a11-042 Jonkowo

3/ JD Inżynieria Ruchu D. J. ul. Sienkiewicza 4505-220 Zielonka,

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 8 sierpnia 2019 r. złożonej w wersji elektronicznej w tym dniu, a w formie pisemnej dnia 9 sierpnia 2019 r. na posiedzeniu, przedstawił stanowisko w sprawie.

Zamawiający uznał zarzut odwołania w zakresie następujących punktów uzasadnienia: pkt III w całości i pkt V w części dotyczącej odpowiedzi na pytania nr 14, 49, 55 tj. doprecyzowania informacji pod względem ilości asortymentu ewentualnie wymagającego doprowadzenia do standardu w ramach wynagrodzenia ryczałtowego, oraz dokonał dnia 8 sierpnia 2019 r. zmiany opisu przedmiotu zamówienia w części A pkt 18 tom III siwz; oraz pkt V w części dotyczącej odpowiedzi na pytanie nr 81 tj. podmiotu będącego dysponentem znaków VMS.

W zakresie pozostałych zarzutów zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania w części tj. w zakresie zarzutów z następujących punktów uzasadnienia odwołania: z pkt I w całości, z pkt II w całości, IV w całości oraz V w części dotyczącej odpowiedzi na pytania nr 23 i 68 z uwagi na to, że zarzuty są spóźnione, a w przypadku nieuwzględnienia tego wniosku, z ostrożności procesowej wniósł o oddalenie odwołania w części tj. w zakresie zarzutów z następujących punktów uzasadnienia odwołania z pkt I w całości, z pkt II w całości, IV w całości oraz V w części dotyczącej odpowiedzi na pytania nr 23 i 68.

Jednocześnie w przypadku wycofania przez odwołującego pozostałych zarzutów nieuwzględnionych przez zamawiającego, na podstawie art. 186 ust. 3a ustawy pzp, wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz wzajemne zniesienie kosztów.

Odwołujący Saferoad Grawil sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku, na podstawie przepisu art. 186 ust. 3a ustawy pzp, wobec uznania przez zamawiającego części zarzutów odwołania z dnia 29 lipca 2019 r., cofnął wszystkie pozostałe nieuwzględnione przez zamawiającego zarzuty odwołania i mając powyższe na uwadze, wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego oraz wzajemne zniesienie kosztów postępowania.

Izba rozpoznając przedmiotowe odwołanie na posiedzeniu z udziałem stron stwierdziła, że postępowanie odwoławcze należało umorzyć na podstawie przepisu art. 186 ust. 3a ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 3a ustawy Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 2a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), z których wynika, że jeżeli zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu przed rozpoczęciem rozprawy, koszty postępowania znosi się wzajemnie.

Przewodniczący: