

Sygn. akt: KIO 2598/20

WYROK

z dnia 9 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 października 2020 r. przez wykonawcę **J. W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W., ul. Władysława Łokietka 4, 41-933 Bytom** postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach, ul. Płowiecka 31, 44-121 Gliwice**

przy udziale wykonawcy **Balcer Sp. z o.o., ul. Daszyńskiego 449, 44-151 Gliwice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zarządowi Dróg Miejskich w Gliwicach unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Części nr 2 zamówienia i ponowne dokonanie badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy **Balcer Sp. z o.o.** na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia wyjaśnień w zakresie środków chemicznych i uszorstniających, jakich wykonawca ten zamierza użyć do realizacji przedmiotu zamówienia,
2. Kosztami postępowania obciąża **Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach, ul. Płowiecka 31, 44-121 Gliwice** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **J. W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W., ul. Władysława Łokietka 4, 41-933 Bytom** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Zarządu Dróg Miejskich w Gliwicach, ul. Płowiecka 31, 44-121 Gliwice** na rzecz wykonawcy **J. W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W., ul. Władysława Łokietka 4, 41-933 Bytom** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) poniesioną tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

Przewodniczący :

Sygn. akt: KIO 2598/20

Uzasadnienie

Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Zimowe utrzymanie dróg na terenie miasta Gliwice w latach 2020-2022 r.”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 sierpnia 2020 r. pod pozycją 2020/S 150-368225.

W dniu 12 października 2020 r. wykonawca J. W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W. z siedzibą w Bytomiu (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego dokonanych w ramach części zamówienia opisanej jako REJON Nr 2.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz naruszeniem zasady proporcjonalności i przejrzystości, a w konsekwencji dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób sprzeczny z ustawą,

2. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 2 pkt 5) ppkt a) ustawy Pzp ze względu na wybór oferty złożonej przez Balcer sp. z o.o., która nie jest najkorzystniejszą w rozumieniu ustawy i SIWZ,

3. art. 24 pkt 17 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak zastosowania tych przepisów i zaniechanie wykluczenia wykonawcy Balcer sp. z o.o. z postępowania, pomimo iż wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd w ten sposób, że w celu uzyskania zamówienia zaniżył cenę poprzez zastosowanie innego niż wymagany sposób wykonania zamówienia.

4. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez brak zastosowania tego przepisu i zaniechanie odrzucenia oferty Balcer sp. z o.o., pomimo iż oferta jest niezgodna z treścią SIWZ,

5. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez brak zastosowania tego przepisu i zaniechanie odrzucenia oferty Balcer sp. z o.o., pomimo iż złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,

6.art. 89 ust. 5 i 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Balcer sp. z o.o., pomimo, iż Balcer sp. z o.o. podlega wykluczeniu z postępowania,

7.art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez brak zastosowania tego przepisu i zaniechanie odrzucenia oferty Balcer sp. z o.o., pomimo iż oferta nie uwzględnia wszystkich pozycji wynikających ze Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia, co jest sprzeczne z postanowieniami Rozdziału 17 pkt 2) SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu w zakresie Rejonu nr 2:

- 1.Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2.Dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert,
- 3.Wykluczenia Balcer sp. z o.o. z postępowania,
- 4.Odrzucenia oferty złożonej przez Balcer sp. z o.o.,
- 5.Dokonania wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał na szereg postanowień SIWZ, które mają znaczenie dla rozpoznania przedmiotowej sprawy:

W Rozdziale 4 SIWZ Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych.

W Rozdziale 3 SIWZ Zamawiający wskazał, że

•3.1. przedmiotem zamówienia jest zimowe utrzymanie dróg o długości ~436 km oraz dróg wewnętrznych o długości ~40 km,

•3.2. wykonawcy mogli złożyć oferty na maksymalnie 4 części (spośród 12 części).

W Rozdziale 17 pkt 2) SIWZ Zamawiający wskazał, że cenę należało obliczyć z uwzględnieniem zakresu zamówienia zawartego w SIWZ, w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia oraz w Wykazie W 1 (opis Rejonu).

W Rozdziale 17 pkt 7 SIWZ Zamawiający zawarł tożsamą regulację, jak w załączniku 12b: „Szacunek ilościowy prac określony w Formularzu cenowym - Zał Nr 12a-I, został określony wyłącznie po to aby dać Wykonawcom wspólną podstawę wyceny oferty”.

Zamawiający w Załączniku nr 6 do SIWZ opracował Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia. Zgodnie z postanowieniami tego załącznika, Zamawiający ustalił wymagania wspólne dla wszystkich Wykonawców i wszystkich Rejonów oraz wymagania szczególne dla poszczególnych Rejonów.

•Dla wszystkich Rejonów Zamawiający wymagał w pkt 2. g):

„g) Wykonawca we własnym zakresie zabezpieczy odpowiednią ilość środków chemicznych i uszorstniających, 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 poz. 1960). Na drogach publicznych

i ulicach środki chemiczne powinny być stosowane w sposób najmniej szkodzący terenom zielonym 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 stosowane w sposób najmniej szkodzący terenom zielonym. Stosujący je w sposób znacząco szkodzący, podlega karze aresztu lub grzywny/podmiot/osoba. Materiały chemiczne stosowane w ramach Akcji Zima, muszą być składowane w odpowiednich, ekologicznych magazynach, nie powodujących uciążliwości dla środowiska. Wykonawca uzupełniał będzie ewentualne niedobory materiałów, odpowiednio wcześniej i na własny koszt. Wykonawca w ZESTAWIENIU MIESIĘCZNYM przedstawi Zamawiającemu pisemną informację dotyczącą ilości zużytego materiału”

•Dla Rejonu 1 i 2 Zamawiający ustalił w pkt 3. a) takie same wymagania w zakresie potencjału technicznego i nie wskazał różnic w sposobie wykonania, a zatem w obu Rejonach należy stosować ww. rozporządzenie 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 poz. 1960) i ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody (Dz. U. z 2009 r. Nr 151. poz. 1220 ze zm).

W Załączniku nr 5 zawierającego wzór umowy m.in. dla Rejonu 2 Zamawiający wskazał:

•W §1 ust. 1 - zlecenie jest zgodne z SIWZ i Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia.

•W §4 ust. 16: W trakcie realizacji prac Wykonawca zobowiązany jest do bezwzględnego przestrzegania przepisów i zasad BHP oraz p.poż.

•W §6 ust. 1: zasadę ryczałtowego rozliczania wykonywanych usług.

W Załączniku 12b zawierającego formularze cenowe dla Rejonów Zamawiający wskazał, że Szacunek ilościowy prac, został określony wyłącznie po to, aby dać Wykonawcom wspólną podstawę wyceny oferty.

Zgodnie z postanowieniami Rozdziału 19 pkt 1) SIWZ oferty złożone na Rejon 2 Zamawiający oceniał w trzech kryteriach:

a.Cena - o wadze: 60%

b.Czas rozpoczęcia prac w Rejonie - o wadze: 30%,

c.Czas ukończenia poziomego zmiatania - o wadze: 10%.

Stawiając tezę, że Balcer sp. z o.o. powinna zostać wykluczona z postępowania, a jej oferta odrzucona, Odwołujący podniósł, że zgodnie z Rozdziałem 17 pkt 7 SIWZ, szacunek ilościowy prac został określony wyłącznie po to, aby dać Wykonawcom wspólną podstawę wyceny oferty. Odwołujący zauważył, że w sytuacji, gdy sposób wykonania prac nie jest zgodny z wymaganiami podanymi w SIWZ, to nawet przy uwzględnieniu takiej samej ilości prac wycena nie będzie porównywalna.

Odwołujący stwierdził, że nie może zyskać akceptacji sytuacja, w której niska ceny uzyskiwana jest kosztem zastosowania rozwiązań sprzecznych z SIWZ - co ma miejsce w odniesieniu do oferty Balcer sp. z o.o. - w takim przypadku oferta winna być odrzucona nie tylko na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 4 ustawy Pzp, ale też na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Jak zauważył Odwołujący, Balcer sp. z o.o. była wezwana do wyjaśnień ceny w zakresie Rejonu 1. Odwołujący zaznaczył, że sposób świadczenia usługi - zgodnie z postanowieniami SIWZ - jest taki sam dla Rejonu 1 jak i dla Rejonu 2. Identyczność wymagań dla obu Rejonów potwierdziła Balcer sp. z o.o. w swych wyjaśnieniach z dnia 22 września 2020 r. (strona pierwsza ostatni wers). W konsekwencji, w ocenie Odwołującego, jeżeli Balcer sp. z o.o. w opisie sposobu wykonywania zamówienia dla Rejonu 1 oświadcza, że wykona je niezgodnie z SIWZ, to odrzuceniu podlega także oferta złożona dla Rejonu 2. Odwołujący wskazał, że Zamawiający dokonując oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, ma obowiązek zweryfikowania ich realności. Art. 90 ust. 3 ustawy Pzp nakazuje Zamawiającemu badanie wyjaśnień i dowodów, a zatem weryfikacja musi być szczególnie dokładna.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w swych wyjaśnieniach z dnia 22 września 2020 r. Balcer sp. z o.o. wskazała m.in. że:

a.(...) „przyjęto także 2 wariant szacunku (...) czyli przy wystąpieniu tzw. ostrej zimy” - k.4;

b.„Przyjęta ilość środków (soli i solanki) oraz paliwa zapewnia wykonanie prac zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego.” - k.5;

c.„Pługopiaskarki wyposażone są w nowoczesny sprzęt (...) których wykorzystanie umożliwi płynny dobór ilości i proporcji soli drogowej do solanki (...). Użycie solarek, które mają możliwość używania samej solanki (...) pozwala na osiągnięcie dodatkowych oszczędności” - k.5;

d.„W celu zwalczania śliskości, spółka stosuje (...) środki chemiczne w postaci stałej - chlorek sodu (NaCl), dalej sól drogowa, chemiczne w postaci zwilżonej: chlorek sodu (NaCl), dalej: sól zwilżona, roztwór wodny chlorku sodu (NaCl)(stężenia 25%), dalej solanka.” - k.7;

e.Na stronie 8 wyjaśnień przedstawiono tabelę ujawniając temperatury i dawkowanie soli - NaCl (g/m²) jakie zamierza stosować Balcer sp. o.o. zgodnie z przyjętą ofertą. W tabeli tej przy temperaturze -10 st. C odpowiednio dla pkt. 1, 2 i 3 dokonano wykreślenia dawki, dawki nie podano.

Odwołujący podniósł, że w wyjaśnieniach z dnia 22 września 2020 r. Balcer sp. z o.o. jako jedyny środek chemiczny wskazała chlorek sodu - NaCl - (w postaci suchej, zwilżonej i w postaci roztworu) i nie wskazała żadnego środka uszorstniającego, a przede wszystkim nie uwzględniła chlorku wapnia - CaCl₂ i chlorku magnezu MgCl₂, środków, które są niezbędne do zapobiegania likwidacji oblodzeń, gołoledzi, śliskości pośniegowej, a także likwidacji świeżego opadu śniegu, gołoledzi w temperaturach poniżej -10 st. C. Jak zaznaczył Odwołujący, bez tych środków chemicznych nie jest możliwe zapobieganie i usunięcie niekorzystnych skutków opadu z nawierzchni drogi w temperaturze poniżej -10 st. C wyłącznie przy użyciu soli drogowej (NaCl). Odwołujący podał również, że rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 27 października 2005 r. w Załączniku 1 i 2 właśnie mieszaniny soli drogowej z chlorkiem wapnia lub chlorkiem magnezu wskazuje jako jedynie skuteczne środki przy temperaturach poniżej -10 st. C. Odwołujący stwierdził, że Balcer sp. z o.o. nie uwzględniła tych środków w swojej ofercie, oferta ta jest niezgodna z SIWZ, nie uwzględnia materiałów niezbędnych do wykonania zabezpieczenia i usuwania skutków opadów na drogach w postaci środków chemicznych chlorku wapnia i chlorku magnezu.

Jak wskazał Odwołujący, zgodnie z SIWZ usługa ma być wykonywana zgodnie z rozporządzeniem 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). Rozporządzenie to stanowi jednoznacznie, iż (vide §2) na drogach publicznych oraz ulicach i placach używa się środków nie chemicznych (piasek i kruszywo) oraz chemiczne. Środkami chemicznymi są chlorek sodu, chlorek magnezu i chlorek wapnia. Załączniki do rozporządzenia określają czas i sposób stosowania środków dopuszczonych do stosowania. Jak wynika z ww. załączników do rozporządzenia, rodzaj oraz stężenie stosowanego środka chemicznego uzależnione jest przede wszystkim od temperatury otoczenia i celu stosowania. Zapobieganie powstawania oblodzenia - gołoledzi i powstawaniu śliskości pośniegowej w temperaturze poniżej -10 st. C jest skuteczne z użyciem mieszaniny NaCl z CaCl₂ (MgCl₂) w proporcjach od 4:1 do 3:1. Likwidacja zaś skutków wystąpienia gołoledzi, oblodzenia, śliskości pośniegowej czy świeżego opadu w temperaturze poniżej -10°C wymaga większych proporcji NaCl z CaCl₂ (MgCl₂) aż 2:1, co oznacza, że połowa środków chemicznych to CaCl₂ lub MgCl₂. Odwołujący podkreślił, że już z ww. rozporządzenia wynika, że środki nie chemiczne nie usuwają niepożądanych skutków opadów, nie są też stosowane do zapobiegania. Nie jest więc możliwe ich zastąpienie środkami chemicznymi w postaci chlorku wapnia (CaCl₂) lub chlorku magnezu (MgCl₂).

Odwołujący zwrócił uwagę, że Balcer sp. z o.o. jednoznacznie oświadczyła, iż stosować będzie jedynie sól drogową, sól zwilżoną i solankę. Co więcej, z wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę wynika, iż praktyka taka jest stosowana od lat. Odwołujący zaznaczył przy tym, że rozporządzenie w sprawie rodzaju i warunków stosowania środków, jakie mogą być używane na drogach publicznych oraz ulicach i placach jednoznacznie wskazuje, iż:

a.sól drogowa, sól zwilżona i solanka mogą być stosowane w ograniczonym zakresie, a w szczególności nie może być stosowana przy temperaturze niższej niż 10 st. Celsjusza.

b.dla zwalczania gołoledzi, oblodzenia i przy zapobieganiu oblodzeniu sól (NaCl) nie stosuje się poniżej 6 st. C.

Odwołujący stwierdził, że poza sporem pozostaje, że chlorek magnezu i chlorek wapnia są produktami droższymi niż sól, a zatem brak skalkulowania tych materiałów (pomimo założenia tzw. ostrej zimy) skutkowało obniżeniem ceny.

Odwołujący przypomniał, że Zamawiający informował, że szacunek ilościowy prac został określony wyłącznie po to, aby dać wykonawcom wspólną podstawę wyceny oferty. Aby oferty były porównywalne, muszą dotyczyć „tego samego” - tak samo jak zaniżenie powierzchni przeznaczonych do zimowego utrzymania, zaniżenie ceny surowców, pominięcie materiałów, uniemożliwia uzyskanie wspólnej podstawy wyceny. Tym samym, oferta Balcer sp. z o.o. jest nieporównywalna z innymi ofertami i nie zawiera wyceny zgodnej ze Szczegółowym Opisem Przedmiotu Zamówienia, co powinno skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2), 3), 6) ustawy Pzp. Dla przykładu Odwołujący podał, że obecnie na rynku ceny tych produktów przedstawiają się następująco (oferta ze stron Allegro):

- Sól drogowa (NaCl) - 260,00 zł / tona,
- Chlorek magnezu (MgCl₂) - 1 229,00 zł / tona,
- Chlorek wapnia (CaCl₂) - 1499,00 zł / tona.

Zdaniem Odwołującego, działanie Balcer sp. z o.o. jest działaniem świadomym, podjętym w celu uzyskania zamówienia publicznego w sposób sprzeczny z SIWZ i sprzeczny z przepisami prawa. Tym samym, w opinii Odwołującego, oferta jest nie tylko niezgodna z SIWZ - bo sposób świadczenia jest inny niż wynikający z ww. rozporządzenia, ale też jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący stwierdził, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy czyn nieuczciwej konkurencji polega na tym, iż zaniechanie stosowania materiałów nakazanych do zastosowania przez Zamawiającego w SIWZ bezpośrednio wpłynęło na obniżenie ceny oferty. Cena była kluczowa dla uzyskania zamówienia, a zatem działanie Balcer sp. z o.o. miało na celu wyeliminowanie przedsiębiorstw konkurencyjnych i niedopuszczenie ich do świadczenia usługi. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1042/20, oraz wyrok Izby z dnia 20 maja 2019 r., sygn. akt KIO 766/19. Odwołujący zwrócił uwagę, że z udostępnionych wyjaśnień Balcer sp. z o.o. wynika, że wykonawca ten nie przewiduje stosowania chlorku magnezu i chlorku wapnia. Odwołujący zauważył, że nawet jeśli obecnie stwierdzonoby, że jest inaczej, to byłoby to swoiste ukrywanie kosztów, a takie działanie jest czynem nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący ponadto podniósł, że oferta Balcer sp. z o.o. jest niezgodna z treścią SIWZ przez zastosowanie soli w miejsce wymaganych przez Zamawiającego chlorku magnezu i chlorku wapnia, a co za tym idzie, powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby odwoławczej z dnia 28 maja 2020 r., sygn. akt KIO 555/20 i zaznaczył, że ww. niezgodność nie jest kwestią formalną, a merytoryczną.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający opracował formularz oferty - Załącznik nr 1 do SIWZ. Każdy z wykonawców musiał zatem złożyć oświadczenie woli o tożsamej treści. Jednym z elementów tego oświadczenia było:

„Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: Zimowe utrzymanie dróg na terenie miasta Gliwice w latach 2020 -2022 Rejon nr 2”.

„Oświadczam(y), że: załączony do specyfikacji istotnych warunków zamówienia wzór umowy - ZAŁĄCZNIK NR 5, został przeze mnie (przez nas) zaakceptowany i zobowiązuję(emy) się w przypadku wyboru mojej (naszej) oferty do zawarcia umowy na określonych w nim warunkach w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego”;

Odwołujący zauważył, że umowa wskazuje, że Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia jest jej częścią, a Opis ten odsyła do rozporządzenia 27 października 2005 r. Jeżeli zatem Balcer sp. z o.o. nigdy nie miała zamiaru stosować środków chemicznych innych niż sól drogowa, sól zwilżona i solanka - co wynika z wyjaśnień z dnia 22 września 2020 r. - to składając oświadczenie o treści zgodnej z formularzem oferty wprowadziła Zamawiającego w błąd co do sposobu wykonania zamówienia. Odwołujący wskazał, że działanie takie okazało się „skuteczne” w tym sensie, że Zamawiający uznał ofertę Balcer sp. z o.o. za najkorzystniejszą - uszło uwadze Zamawiającego, że oświadczenie to jest nieprawdziwe i Balcer sp. z o.o. nie miała zamiaru wykonać zamówienia zgodnie z SIWZ. Co więcej, jak zaznaczył Odwołujący, wykonawca dzięki temu w sposób niedopuszczalny (bo sprzeczny z SIWZ) obniżył cenę oferty.

Odwołujący stwierdził, że Balcer sp. z o.o. powinna zostać wykluczona z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, a jej oferta odrzucona. Odwołujący podał, że ww. czynność wykluczenia znajduje oparcie w orzecznictwie. Odwołujący wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1077/20 oraz wyrok Izby z dnia 10 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 736/20. Odwołujący podał ponadto, że analogiczna sprawa była rozstrzygana przez KIO – wyrok z dnia 3 grudnia 2019 r, sygn. akt KIO 2332/19.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Balcer Sp. z o.o.
Izba ustaliła:

Wartość przedmiotowego zamówienia została oszacowana przez Zamawiającego na kwotę 36 242 111,11 zł, co stanowi równowartość 8 489 005,48 euro, w tym Część 2 została oszacowana na 1 759 629,63 zł, co stanowi równowartość 412 158,82 euro (pkt 2 Protokołu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego). Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości brutto 27 958 200,00 zł brutto, w tym na Część 2 zamówienia 1 900 400,00 zł. (pkt 11 Protokołu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego).

W terminie na składanie ofert oferty na Rejon 2 złożyło trzech wykonawców:

- Odwołujący z ceną 1 937 470,60 zł,
- M. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ZUDIK Dromar K. M. z ceną 3 146 342,08 zł,
- Balcer sp. z o.o. z ceną 1 754 924,40 zł.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy wymieniony w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że zaistniały podstawy do jego uwzględnienia.

W przedmiotowej sprawie rozstrzygnięcia wymagało przede wszystkim zagadnienie, czy zaistniały podstawy do zbadania przez Zamawiającego oferty Balcer sp. z o.o. pod kątem sposobu realizacji zamówienia.

Izba stwierdziła, że z treści SIWZ w sposób jednoznaczny wynikał wymóg zabezpieczenia odpowiedniej ilości środków chemicznych i uszorstniających w ciągu całego sezonu zimowego. Zgodnie z pkt 2 lit. g Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia, wykonawca we własnym zakresie zobowiązany jest zabezpieczyć odpowiednią ilość środków chemicznych i uszorstniających, która wystarczy na prowadzenie Akcji Zima w ciągu całego sezonu zimowego. Zamawiający w tym miejscu wskazał ponadto, że wykonawca przy realizacji przedmiotu zamówienia zobowiązany jest do stosowania m.in. rozporządzenia w sprawie rodzaju i warunków stosowania środków, jakie mogą być używane na drogach publicznych, ulicach i placach. Przedmiotowe rozporządzenie określa m.in. rodzaje środków chemicznych, jakie mogą być używane, oraz warunki ich stosowania. Zgodnie z §2 ww. rozporządzenia, na drogach publicznych oraz ulicach i placach używa się następujących rodzajów środków: niechemiczne (piasek o średnicy od 0,1 do 1mm, kruszywo naturalne lub sztuczne o uziarnieniu do 4mm), chemiczne w postaci stałej (chlorek sodu, chlorek magnezu, chlorek wapnia), chemiczne w postaci zwilżonej (chlorek sodu, chlorek magnezu, chlorek wapnia), a także mieszkanki środków nie chemicznych i chemicznych. Z treści Załączników do ww. rozporządzenia określających szczegółowe warunki stosowania poszczególnych środków wprost wynika, że chlorek sodu nie znajduje zastosowania w poszczególnych warunkach, jakie mogą zaistnieć w sezonie zimowym, że zastosowanie powinny znaleźć także chlorek wapnia i chlorek magnezu.

Rozpoznając przedmiotową sprawę Izba miała na uwadze, że Odwołujący oparł swoje zarzuty o wyjaśnienia Balcer sp. z o.o. z dnia 22 września 2020 r. złożone w ramach Części 1 zamówienia. Izba uznała jednak, że złożone przez Balcer sp. z o.o. wyjaśnienia

w Części 1 zamówienia mogą i powinny budzić wątpliwości Zamawiającego także w ramach oceny ofert w Części 2 ze względu na okoliczność, że obie części miałyby realizować ten sam wykonawca, z dużym prawdopodobieństwem w analogiczny sposób, przy użyciu tych samych materiałów, które zadeklarował w ramach Części 1. Powyższe potwierdziła Balcer sp. z o.o. na stronie 1 ww. wyjaśnień stwierdzając: „Należy podkreślić, że wymagania dla rejonu 1 i 2 są identyczne.”. W treści przedmiotowych wyjaśnień Balcer sp. z o.o. odpowiadając na zapytanie Zamawiającego o sposób kalkulacji ceny zaoferowanej za realizację przedmiotu zamówienia w Części 1 wskazała wyłącznie na środki w postaci soli i solanki. W żadnym miejscu wyjaśnień Balcer sp. z o.o. nie odniosła się do innych środków, treść wyjaśnień nie wskazuje na kalkulację użycia innych środków. W toku postępowania odwoławczego Balcer sp. z o.o. również nie przedstawiła argumentacji zmierzającej do wykazania, że oferta złożona na Część 2 zamówienia obejmuje sposób realizacji zamówienia zgodny z przepisami wskazanego rozporządzenia. W tym miejscu zauważenia wymaga, że treść rozporządzenia w sprawie rodzaju i warunków stosowania środków, jakie mogą być używane na drogach publicznych, ulicach i placach nie pozwala na dowolny dobór środków, którymi wykonawcy posługują się przy realizacji tego typu usług, czy ich ilości.

Izba stwierdziła, że ze względu na analogiczne wymagania określone przez Zamawiającego dla Części 1 i Części 2, oświadczenia Balcer sp. z o.o. w zakresie materiału, jakiego zamierza użyć i jaki skalkulował w cenie oferty w Części 1 zamówienia, powinny stać się podstawą do powzięcia przez Zamawiającego wątpliwości co do zaoferowania przez Balcer sp. z o.o. prawidłowego sposobu realizacji zamówienia w Części 2. Wątpliwości te powinny zostać wyjaśnione w trybie przewidzianym w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Obowiązkiem Zamawiającego jest stworzenie na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ram dla uczciwego konkurencyjnego wykonywania usług, a obowiązkiem wykonawców jest właściwe konkurencyjne wyrażenie ofert.

Izba miała na względzie, że Odwołujący nie wskazał na naruszenie przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, jednak Odwołujący podniósł zarzuty dalej idące, zmierzające do wykluczenia Balcer sp. z o.o. z postępowania i odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę. Izba uznała jednak, że przed dokonaniem tak daleko idących czynności, Zamawiający zobowiązany jest wezwać Balcer sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w spornym zakresie. Zasadność takiego wezwania wykazał Odwołujący przytoczonymi okolicznościami faktycznymi. Zauważyć należy, że Krajowa Izba Odwoławcza nie jest związana podstawą prawną podaną przez Odwołującego przy dokonywaniu kwalifikacji naruszenia prawa przez Zamawiającego. Sąd Najwyższy w swoich orzeczeniach podkreśla, iż sąd nie jest związany wskazaną przez powoda podstawą prawną roszczenia – przeciwnie, sąd jest obowiązany rozpatrzyć sprawę wszechstronnie i wziąć pod rozwagę wszystkie przepisy prawne, które powinny być zastosowane w rozważanym przypadku (por. wyroki Sądu Najwyższego: z 13 lipca 2005 r., sygn. akt I CK 132/05, z 2 grudnia 2005 r., sygn. akt II CK 277/05, z 29 października 2008 r., sygn. akt IV CSK 260/08, z 27 marca 2008 r., sygn. akt II CSK 524/07, z 12 grudnia 2008 r., sygn. akt II CSK 367/08, z 19 marca 2012 r., sygn. akt II PK 175/11, z 28 marca 2014 r., sygn. akt III CSK 156/13). Przenosząc ten pogląd na grunt postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą Izba stwierdziła, że jest uprawniona do orzekania w sytuacji, gdy okoliczności faktyczne, podniesione w zarzutach odwołania, a także opis czynności lub zaniechań Zamawiającego, wskazują na faktyczne naruszenie przepisów ustawy Pzp.

Z uwagi na fakt, że wyjaśnienia Balcer sp. z o.o. zostały złożone w ramach oceny ofert w Części 1 zamówienia, nie mogły one stanowić podstawy do nakazania przez Izbę wykluczenia Balcer sp. z o.o. czy odrzucenia złożonej przez tego wykonawcę oferty. Tak daleko idące decyzje Zamawiający zobowiązany będzie ewentualnie powziąć po otrzymaniu wyjaśnień treści oferty i ich ocenie.

Podkreślenia wymaga, że wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają prawo oczekiwać, że złożone w postępowaniu oferty zostaną ocenione zgodnie z wymaganiami Zamawiającego wyartykułowanymi w dokumentacji postępowania, z poszanowaniem wymogów stawianych przez powszechnie obowiązujące przepisy prawa, zaś Zamawiający wykona ciążące na nim ustawowe obowiązki rzetelnego zbadania złożonych ofert, gwarantując tym samym

zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp 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 rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r., poz. 972), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego uzasadnione koszty poniesione tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika w łącznej wysokości 18 600 zł.

Przewodniczący :.....