Sygn. akt: KIO 1881/20, KIO 2053/20

WYROK

z dnia 8 września 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 września 2020 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 i 24 sierpnia 2020 roku przez wykonawców:

1) AVR Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie (KIO 1881/20)

2) TURBO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie (KIO 2053/20)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Skarb Państwa, Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie z siedzibą w Rzeszowie

przy udziale wykonawców:

1) B. K. i W. K. wspólnicy spółki ReDrog Spółka cywilna z siedzibą w Porąbce Iwkowskiej, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (sygn. akt KIO 1881/20);

2) L. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą L. K. Firma Usługowo Handlowo Produkcyjna z siedzibą w Raniżowie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (sygn. akt KIO 1881/20 oraz KIO 2053/20);

3) wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie:

(1) Autostrada Mazowiecka Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz

(2) Przedsiębiorstwo Drogowo - Mostowe S.A. z siedzibą w Dębicy, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego (sygn. akt KIO

1881/20)

orzeka:

1. oddala oba odwołania,

2. kosztami postępowania obciąża:

2.1. wykonawcę AVR Spółkę Akcyjną z siedzibą w Krakowie (KIO 1881/20) i:

2.1.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr

(słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę AVR Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie (KIO 1881/20) tytułem wpisów od odwołania,

2.1.2. zasądza od wykonawcy AVR Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie

(KIO 1881/20) na rzecz Zamawiającego Skarbu Państwa, Generalnego

Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie z siedzibą w Rzeszowie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

2.2. wykonawcę TURBO Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie (KIO 2053/20)i:

2.2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr

(słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę

TURBO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie

tytułem wpisów od odwołania,

2.2.2. zasądza od wykonawcy TURBO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą w Lublinie na rzecz Zamawiającego Skarbu Państwa, Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie z siedzibą w Rzeszowie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 1881/20, KIO 2053/20

UZASADNIENIE

Sygn. akt KIO 1881/20

Dnia 7 sierpnia 2020 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na

podstawie art. 180 ust 1 w zw. z art. 182 ust 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019r., poz. 1843 ze zmianami) (dalej jako: „ustawa Pzp") odwołanie złożył wykonawca AVR S.A. z siedzibą w Krakowie (dalej jako „Odwołujący" lub „AVR").

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie wraz ze wszystkimi elementami z podziałem na dwie części zamówienia: Część nr 1 rejon w Rzeszowie OUA Dębica, część nr 2 rejon w Krośnie" (nr postępowania O.RZ.D-

3.2413.10.2020) prowadzi Zamawiający - Skarb Państwa, Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, z siedzibą w Rzeszowie. Nr ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2020/S 087-207755.

Odwołanie wniesiono w zakresie część nr 1 rejon w Rzeszowie OUA Dębica wobec niezgodnej z prawem czynności Zamawiającego, polegającej na:

- wystosowaniu do Wykonawców postępowania - w tym AVR S.A. - wezwania w trybie art. 90 ust 1a pkt 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 87 ust 1 ustawy Pzp, celem wyjaśnienia ceny oferty złożonej w postępowaniu oraz zbadania, czy oferta Wykonawcy jest zgodna z SIWZ, o treści naruszającej zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w ten sposób, iż dopuszczającą niezgodne z zapisami OPZ przenoszenie kosztów pomiędzy „elementami" składowymi kosztorysu, a w konsekwencji dopuszczającą modyfikację złożonej oferty.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1) Art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp, w tym równe traktowanie Wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji,

2) Art. 90 ust 1a pkt 1 i 2 ustawy Pzp oraz 87 ust 1 ustawy Pzp w. zw. art. 7 ust 1 ustawy Pzp, art. 89 ust 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp poprzez wystosowanie do Wykonawców postępowania - w tym AVR S.A. - wezwania do wyjaśnienia ceny złożonej oferty oraz ustalenia jej zgodności z treścią SIWZ, o treści dopuszczającej złożenie wyjaśnień niezgodnych z SIWZ i OPZ, zmodyfikowanie treści oferty, co z kolei wpływa na równe traktowanie Wykonawców i zachowanie uczciwej konkurenci i może doprowadzić do wypaczenia wyniku postępowania poprzez wybór oferty Wykonawcy złożonej i wybranej w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp.

Odwołujący AVR wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wezwania Wykonawców (w tym AVR S.A) do wyjaśnienia ceny złożonych ofert i ich zgodności z SIWZ z uwagi na fakt, iż wezwanie to dopuszczało - jak w przypadku AVR S.A. - niedopuszczalną zapisami OPZ możliwość przenoszenia kosztów pomiędzy pozycjami („W części opisowej dla każdej pozycji załączonych formularzy Zamawiający prosi również o jednoznaczne wskazanie, czy wszystkie koszty dotyczące danej pozycji zostały ujęte w cenie przypisanej tej pozycji. W przypadku gdy zostały one przeniesione należy wskazać pozycję w których dane koszty zostały ujęte oraz wysokość kwoty, która została do danej pozycji przeniesiona"),

- ponownego wystosowania wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust 1a pkt 1 i 2 ustawy Pzp i art. 87 ust 1 ustawy Pzp z uwzględnieniem zapisów przewidzianych Rozdziałem B.I pkt pkt 5 OPZ [„wartość za utrzymanie elementu" (utrzymanie rutynowe) jak i „ceny jednostkowe" (związane z wykonywaniem robót o charakterze strukturalnym) muszą uwzględniać „wszystkie koszty związane z wykonaniem poszczególnych rodzajów robót, w zakresie określonym w niniejszym OPZ, w specyfikacjach technicznych oraz wszelkie koszty pośrednie].

Odwołujący wskazał, iż w dniu 30 lipca 2020 roku otrzymał od Zamawiającego, drogą elektroniczną (platforma eB2B) informację o wezwaniu w trybie art. 90 ust 1a pkt 1 i 2 ustawy Pzp oraz 87 ust 1 ustawy Pzp w zakresie dotyczącym jego oferty złożonej w postępowaniu. Zatem dochowany został termin do wniesienia odwołania. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołujący zaznaczył, iż, posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący złożył ofertę, która z uwagi na samą zaoferowaną cenę, uplasowała się na czwartej pozycji na sześć złożonych ofert, z czego oferta ta oraz trzy oferty ją poprzedzające, zawierają cenę o ponad 30% niższą od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług ustalony przed wszczęciem postępowania, jak również od

wartości zamówienia zaktualizowanej po uwzględnieniu okoliczności zaistniałych po wszczęciu postępowania. Różnica stosunku ceny oferty Odwołującego do wartości przedmiotu zamówienia jest nie tylko najmniejsza z czterech wspomnianych wyżej ofert, ale przede wszystkim niewielka (wynosi 31,47% w odniesieniu do wartości zamówienia ustalonej przed wszczęciem postępowania oraz 31,92% w odniesieniu do wartości zamówienia zaktualizowanej po wszczęciu postępowania). Ewentualne uznanie cen zaoferowanych przez wykonawców, którzy złożyli oferty z cena niższa niż oferta Odwołującego za „rażące" i w konsekwencji dokonanie czynności odrzucenia ich ofert, da Odwołującemu możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający wzywając AVR S.A. do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, dopuścił możliwość niezgodnego z zapisami OPZ przenoszenia kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami kosztorysu, a w konsekwencji modyfikacji złożonej oferty. Zakładając, że Zamawiający skierował podobne wezwanie do wszystkich wykonawców, których stosunek ceny oferty do wartości zamówienia jest mniejszy o co najmniej 30%, interes Odwołującego przejawia sie również w przeprowadzeniu procedury badania rażąco niskiej ceny w sposób zgodny z brzmieniem SIWZ, OPZ i przepisami prawa zamówień publicznych. Niezgodne z prawem dopuszczenie przez Zamawiającego możliwości dokonywania przez wykonawców przesunięć kosztów pomiędzy poszczególnymi cenami jednostkowymi może doprowadzić w toku procedury badania rażąco niskiej ceny do modyfikacji ich ofert, a w konsekwencji, niesłusznego w takim przypadku) uznania przez Zamawiającego, że pierwotnie zaoferowane ceny nie były rażące, bądź, że brak tych znamion został należycie wykazany, co potencjalnie może mieć wpływ na możliwość uzyskania zamówienia przez Odwołującego.

Na marginesie w sprawie bez znaczenia pozostaje fakt, iż w chwili składania odwołania, cena oferty Odwołującego jest dopiero czwartą w kolejności najkorzystniejszą spośród cen ofert złożonych w postępowaniu. Po pierwsze dlatego, że Zamawiający w postępowaniu zastosował procedurę odwróconą, o której w mowa w art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp, polegającą na tym, że w pierwszej kolejności dokonuje oceny ofert złożonych w postępowaniu, a dopiero potem przystępuje do badania, czy wykonawca, którego oferta oceniona została jako najkorzystniejsza nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu. Po drugie, na obecnym etapie postępowania nie jest jeszcze nawet możliwa analiza pozycji poszczególnych ofert w rankingu, gdyż Zamawiający może umieścić w nim jedynie oferty, które nie podlegają odrzuceniu, a więc m.in. nie zawierają rażąco niskiej ceny. Jeśli cena złożonej oferty lub ofert wypełnia przesłanki określone w art. 90 ust. 1 lub 1a ustawy Pzp, Zamawiający obwiązany jest w pierwszej kolejności wezwać do złożenia wyjaśnień w tym przedmiocie każdego z wykonawców, a dopiero w dalszej kolejności uprawniony jest do sporządzenia rankingu punktacji ofert składającego się wyłącznie z ofert niepodlegających odrzuceniu, a więc również niezawierających rażąco niskiej ceny.

Dlatego też, interes Odwołującego we wniesieniu odwołania i w uzyskaniu zamówienia jest realny, jako, że odwołanie odnosi się do zgodności z prawem działań

Zamawiającego podjętych przy badaniu ofert wykonawców w kontekście rażąco niskiej ceny, co może mieć bezpośredni wpływ na wynik postępowania i wybór najkorzystniejszej oferty. Dopuszczenie w wezwaniu do wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny możliwości przenoszenia kosztów pomiędzy pozycjami kosztorysu i modyfikacji złożonych ofert, może w konsekwencji prowadzić do utraty przez Odwołującego szansy na uzyskanie zamówienia, może spowodować po jego stronie wystąpienie szkody, szczególnie w postaci utraconych korzyści tj. zysku z udzielenia zamówienia, pomimo faktu, że byłby on zdolny wykazać, że jego cena nie jest rażąco niska oraz, że spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu.

W uzasadnieniu zarzutów podniesiono, że stosownie do treści Rozdziału B.I. pkt 5 OPZ ppkt 4 („Ustalenia ekonomiczne") dla części 1 postępowania:

„4. Za wykonanie Robót i Usług objętych Umową Wykonawca otrzymywał będzie Wynagrodzenie za dany okres rozliczeniowy będące sumą:
a. wynagrodzenia za realizację w tym okresie rozliczeniowym czynności i prac

o charakterze rutynowym zwanego dalej Cyklicznym Wynagrodzeniem,
b. wynagrodzenia o charakterze strukturalnym, ustalone na podstawie obmiaru

zleconych, wykonanych i odebranych Robót i/lub Usług w danym okresie rozliczeniowym".

Co kluczowe w tym samym rozdziale OPZ w Rozdziale B.I pkt pkt 5 Zamawiający wskazał w sposób nie budzący wątpliwości, iż każdy <<„element", „cena jednostkowa" winna zawierać „wszystkie koszty związane z wykonaniem poszczególnych rodzajów robót w zakresie określonym w niniejszym OPZ, w specyfikacjach technicznych oraz wszelkie koszty pośrednie, w tym w szczególności

Powyższe oznacza, iż Zamawiający w zapisie przesądził, iż „cena jednostkowa" występująca w pozycjach każdego z formularzy kosztorysowych, musi zawierać „wszystkie konieczne koszty", które co istotne nie mogą być „ukryte", czy też przeniesione do pozycji innych lub sąsiednich.

Na okoliczność, iż Wynagrodzenie Cykliczne za realizację zadania obliczane będzie wg wzoru z Rozdziału A pkt 15 lit a (str. 7 OPZ), gdzie składową tego algorytmu są np. „C(i) - Wartość jednostkowa netto cyklicznego miesięcznego wynagrodzenia za n-ty element zgodnie z warunkami OPZ" oraz „w(i)—„Cena jednostkowa netto" dla pozycji utrzymania sieci drogowej Utrzymanie rutynowe dróg i obiektów inżynierskich, określonych rzeczywistym zakresem prac do wykonania w każdym roku". Wreszcie Rozdział B.I pkt 5 ppkt 10 - 12 wskazano, że „10. Cykliczne Wynagrodzenie za dany okres rozliczeniowy będzie stanowiło sumę wartości cyklicznych wynagrodzeń za utrzymanie elementów wyliczonych wg wzoru na obliczenie Cyklicznego Wynagrodzenia za realizację robót i usług o charakterze rutynowym w okresie rozliczeniowym (rozdział A pkt 15 (a)). 11. Wykonawca wyceni koszt realizacji poszczególnych grup robót wraz z wyceną kluczowych elementów tych grup (wskazanych w zestawieniu tabelarycznym kosztorysu ofertowego). 12. Wyceną wartości danej grupy prac będzie suma wartości elementów kluczowych (wskazanych w zestawieniu tabelarycznym Formularza Cenowego) oraz wartości innych prac wymienionych w OPZ i koniecznych do realizacji by spełnić wymagania utrzymania danego elementu Drogi"

W świetle powyższego zastrzeżenia Odwołującego budzi treść wezwania Zamawiającego z dnia 30 lipca 2020 r. W dokumencie tym, którego celem jest wyjaśnienie ceny oferty - zgodnie z brzmieniem art. 90 ust 1 i 1a pkt 1a pkt 1 i 2 ustawy Pzp - wskazano wprost: „W części opisowej dla każdej pozycji załączonych formularzy Zamawiający prosi również o jednoznaczne wskazanie czy wszystkie koszty dotyczące danej pozycji zostały ujęte w cenie przypisanej tej pozycji. W przypadku gdy zostały one przeniesione, należy wskazać pozycje, w których dane koszty zostały ujęte oraz wysokość kwoty, która została do danej pozycji przeniesiona".

Zdaniem AVR w Rozdziale B.I pkt 5 OPZ - str. 59 - 61 Zamawiający przesadził, iż „wartość za utrzymanie elementu" (utrzymanie rutynowe), jak i „ceny jednostkowe" (związane z wykonywaniem robót o charakterze strukturalnym) muszą uwzględniać „wszystkie koszty związane z wykonaniem poszczególnych rodzajów robót, w zakresie określonym w niniejszym OPZ, w specyfikacjach technicznych oraz wszelkie koszty pośrednie". Takie sformułowanie zapisów SIWZ, którego OPZ jest integralną częścią pozwala na stwierdzenie, iż dopuszczenie - jak w wezwaniu - przez Zamawiającego do przeniesienia kosztów pomiędzy niezależnymi pozycjami, skutkuje naruszeniem art. 7 ust 1 ustawy Pzp i innych przepisów ustawy. Po wtóre, wskutek tak sformułowanego wezwania, zezwala się Wykonawcom na modyfikację treści złożonych ofert w obszarze cen jednostkowych za tzw. „elementy" wyspecyfikowane w „kosztorysach" załączonych do formularza ofertowego. Wreszcie, dopuszczenie „przenoszenia kosztów" pomiędzy pozycjami stoi w jawnej sprzeczności z przywoływanymi zapisami OPZ, albowiem dokument ten w sposób nie budzący wątpliwości nakładał na Wykonawcę obowiązek „wkalkulowania" w pojedynczy „element" wszystkich kosztów, nie zaś kalkulowania takiego „elementu" w oparciu o sumę ceny kilku z nich. Akceptowanie stanu rzeczy polegającego na „przenoszeniu kosztów" pomiędzy pozycjami skutkować będzie tym, iż Zamawiający legitymizował będzie zachowania, które mieszczą sie pojęciu „oferty niezgodnej z postanowieniami SIWZ", a w konsekwencji kwalifikującej się do odrzucenia w oparciu o treść art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał za orzecznictwem (m.in. wyrok KIO z dnia 24 sierpnia 2018 r., sygn. KIO 1578/18) i doktryną, iż praktyka, którą „dopuszcza" Zamawiający w wezwaniu określa się jako "manipulowanie ceną", które sprowadza się do przerzucania kosztów pomiędzy poszczególnymi elementami cenotwórczymi. Celem takiej "optymalizacji" jest nic innego jak uzyskanie przewagi nad innymi wykonawcami wedle przyjętych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert. Jest to działanie, które prowadzi do wynaturzeń pozbawiających system zamówień publicznych jego ekonomicznego sensu, jak również narusza to interes innych przedsiębiorców. Na kanwie walki z tym zjawiskiem ukształtowała się obszerna i jednolita linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej, w ramach której KIO wskazuje, że działanie wykonawców w postaci manipulowania cenami jednostkowymi (przerzucanie kosztów):

a) jest sprzeczne z dobrymi obyczajami rozumianymi jako normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych, a więc pozaprawnymi normami postępowania, którymi powinni kierować się przedsiębiorcy (tzw. uczciwość kupiecka). Istotne znaczenie mają tu oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo (tak: wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 czerwca 2007 V AC 71/07);

b) co najmniej zagraża interesom innych przedsiębiorców, którzy kalkulując cenę uczciwie nie mogą w ten sposób realnie konkurować z podmiotem, który dopuszcza się manipulowania ceną, a w konsekwencji ich dostęp do rynku jest ograniczany przez podmiot popełniający delikt uczciwej konkurencji.

Tytułem przykładu podano orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej: wyrok z dnia 5 kwietnia 2011 r., KIO 640/11; wyrok KIO z dnia 26 września 2012 r., KIO 1934/12; wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2013 r., KIO 7/13; wyrok z dnia 19 lutego 2014 r., KIO 216/14; wyrok KIO z dnia z dnia 17 września 2015 r., KIO 1945/15; wyrok z dnia 14 listopada 2016 r., KIO 2038/16; wyrok KIO z dnia 10 sierpnia 2017 r. KIO 1476/17; wyrok z dnia 28 marca 2017 r., KIO 473/17.

Odwołujący podkreślił, iż dopuszczenie tego typu praktyk w postępowaniu na etapie wyjaśnienia cen złożonych ofert, pozwala na wyjaśnienie pozycji („elementów") rażąco niedoszacowanych. Dopuszczenie do niezgodnego z zapisami OPZ „przenoszenia" kosztów pomiędzy pozycjami kosztorysu („elementami"), pozwalać będzie na zmianę treści oferty Wykonawców, co istotne, kształtowanie jej w sposób niezgodny z SIWZ i OPZ, a finalnie doszacowanie niskich cen poszczególnych „elementów" kosztem innych.

W ofercie Redrog s.c. B. K. & W. K., dostrzec można kilka rażąco niedoszacowanych zdaniem Odwołującego „elementów", które należy oceniać przez pryzmat brzmienia Rozdziału B.I pkt pkt 5 OPZ:
- „Utrzymanie czystości oraz estetyki na pozostałych odcinkach dróg w szczególności zbieranie zanieczyszczeń organicznych i nieorganicznych z pasa drogowego drogi krajowej wraz z utylizacją"

- „Zimowe Utrzymanie Dróg - odśnieżanie i zwalczanie śliskości jezdni wraz z koordynacją działań (drogi dojazdowe)".

Z kolei w ofercie FB Serwis S.A. takimi najbardziej jaskrawymi przykładami zaniżenia cen „elementów" są :

- „Profilowanie wraz z humusowaniem powierzchni zielonych pasa drogowego wraz z obsianiem trawą"

- „Utrzymanie Miejsc Obsługi Podróżnych wraz z wyposażeniem"

- „Utrzymanie Dróg Dojazdowych"

- „Mycie ekranów akustycznych, osłon przeciwchlapaniowych i osłon energochłonnych"

- „Utrzymanie czystości oraz estetyki na pozostałych odcinkach dróg w szczególności zbieranie zanieczyszczeń organicznych i nieorganicznych z pasa drogowego drogi krajowej wraz z utylizacją"

- „Zimowe Utrzymanie Dróg - odśnieżanie i zwalczanie śliskości jezdni wraz z koordynacją działań (drogi dojazdowe)

- „Zimowe Utrzymanie Dróg - odśnieżanie i zwalczanie śliskości chodników i ścieżek rowerowych wraz z koordynacją działań"

Dodatkowo zaniżono także cenę całej grupy prac:

- Bieżące utrzymanie czystości obiektów mostowych
- Usuwanie zanieczyszczeń z trudno dostępnych miejsc (SST_ OJ-czystość M-21.01.00)

- Zamiatanie pomostu (SST_ OI-czystość M-21.02.00)

- Mycie elementów obiektu mostowego/przepustu (S5T_ OI-czystość M-21.03.00)

- Usuwanie roślin (SST_ OI-czystość M-21.04.00)

- Koszenie traw i niszczenie chwastów (SST_OI-czystość M-21.05.00)

- Czyszczenie urządzeń dylatacyjnych (SST_ OI-czystość M-21.06.00)

- Czyszczenie elementów systemu odwodnienia (SST_ OI-czystość M-21.07.00)

- Czyszczenie elementów konstrukcyjnych obiektu mostowego/przepustu z produktów korozji ługującej oraz czynników mogących wywoływać korozję biologiczną (SST_ OI-czystość M-21.08.00)

- Utrzymanie czystości w otoczeniu obiektu mostowego/przepustu (SST_OI-czystośćM-21.09.00)

- Utrzymanie zimowe (SST_ OI-czystość M-21.10.00)

- Bagrowanie przepustu (SST_ OI-czystość M-21.11.00)

Natomiast w ofercie Eurovia Polska S.A. za rażąco niedoszacowane uznać trzeba następujące „elementy" kosztorysu:

-„Utrzymanie znaków granicznych i świadków punktów granicznych pasa drogowego ",

- „Mycie ekranów akustycznych, osłon przedwchlapaniowych i osłon energochłonnych ",
-„Utrzymanie przepustów (rozplantowanie na miejscu łub wywóz uzyskanego gruntu) z wyjątkiem przepustów pod zjazdami"

-„Utrzymanie elementów odwodnienia - ścieki przydrożne (oczyszczanie, udrażnianie i utylizacja odpadów)"

-„Utrzymanie elementów odwodnienia - studzienki ściekowe, studnie rewizyjne, (oczyszczanie, udrażnianie i utylizacja odpadów)",

-„Pielenie chwastów w Skupinach krzewów ozdobnych i wokół żywopłotów zlokalizowanych

w pasie drogowym",

-„Utrzymanie czystości oraz estetyki na pozostałych odcinkach dróg w szczególności zbieranie zanieczyszczeń organicznych i nieorganicznych z pasa drogowego drogi krajowej wraz z utylizacją".

Dodatkowo zaniżono cenę całej grupy:

- Bieżące utrzymanie czystości obiektów mostowych

- Usuwanie zanieczyszczeń z trudno dostępnych miejsc (SST_ OI-czystość M-21.01.00)

7 1000 m 2

- Zamiatanie pomostu (SST_ OI-czystość M-21.02.00)

- Mycie elementów obiektu mostowego/przepustu (SST_ OI-czystość M-21.03.00)

- Usuwanie roślin (SST_ OI-czystość M-21.04.00)

- Koszenie traw i niszczenie chwastów (SST_OI- czystość M-21.05.00)

- Czyszczenie urządzeń dylatacyjnych (SST OI-czystość M-21.06.00)

- Czyszczenie elementów systemu odwodnienia (SST_ OI-czystość M-21.07.00)

- Czyszczenie elementów konstrukcyjnych obiektu mostowego/przepustu z produktów korozji ługującej oraz czynników mogących wywoływać korozję biologiczną (SST_ OI-czystość M-21.08.00)

- Utrzymanie czystości w otoczeniu obiektu mostowego/przepustu (SST_ OI-czystość M-21.09.00)

- Utrzymanie zimowe (SST_OI-czystość M-21.10.00)

- Bagrowanie przepustu (SST_ OI-czystość M-21.11.00)

Z uwagi na powyższe, wyjaśnianie ceny oferty z pominięciem zastrzeżeń wyrażonych w Rozdziale B.I pkt 5 OPZ postępowania, a następnie przyjęcie takich wyjaśnień jako zgodnych z OPZ i ustawą, skutkować będzie tym, iż w postępowaniu pozostaną oferty (skalkulowane w sposób niezgodny z SIWZ i OPZ), których „elementy" wyrażone w pozycjach kosztorysu, nie będą uwzględniać „wszelkich kosztów związanych z wykonaniem poszczególnych rodzajów robót, w zakresie określonym w niniejszym OPZ, w specyfikacjach technicznych oraz wszelkich kosztów pośrednie". Ponadto Wykonawcy w stosunku do pierwotnie zaproponowanych cen za wykonanie każdego „elementu" dokonają - za zgodą Zamawiającego wynikającą z treści wezwania - modyfikacji pierwotnie złożonej oferty. Dopuszczanie takiego manipulowania ceną jednostkową poszczególnych

„elementów", która wpływa na cenę globalną oferty, skutkuje także, a w pewnych przypadkach uniemożliwia ustalenie „wynagrodzenia za wykonane usługi" ustalonego w sposób opisany na str. 7 OPZ (Rozdział A pkt 15). Można sobie wyobrazić sytuację, iż w przypadku „częściowego wyłączenia z utrzymania elementu drogi" (o czym mowa w Rozdziale A pkt 15 lit d), niemożliwa stanie się korekta Wynagrodzenia Cyklicznego, albowiem nie będzie jasne czy korekta ta ma nastąpić o „ceny jednostkowe" z Oferty Wykonawcy (jak wskazuje w lit d OPZ), czy też jak wynika z wezwania o „ceny jednostkowej z Oferty powiększonej o koszty ukryte w innych pozycjach". Zgoda na „inżynierię cenową" w złożonych ofertach i „przenoszenie kosztów pomiędzy elementami wskazanymi w kosztorysie" uniemożliwi także wycenę dodatkowych robót i zleceń, w trybie o którym mowa w lit c Rozdziału A pkt 15.

Odwołujący w kontekście podniesionych zarzutów zwrócił również uwagę na wyjaśnienia do SIWZ i OPZ - w szczególności te oznaczone nr 123 i 124 - z których wprost wynika waga i sens „uwzględnienia wszelkich kosztów" dla każdego z „elementów" zawartego w kosztorysach dołączonych do oferty.

Z uwagi na powyższe, zdaniem AVR odwołanie wydaje się zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Sygn. akt KIO 2053/20

24 sierpnia 2020 roku w prowadzonym postępowaniu w CZĘŚĆ NR 2 REJON W KROŚNIE odwołanie złożył wykonawca TURBO Sp. z o. o. z siedzibą w Lublinie (dalej „Odwołujący 2" lub „Turbo").

Informacja o Wykonawcach, których oferty zostały odrzucone została doręczona w dniu 13 sierpnia 2020 roku za pośrednictwem poczty elektronicznej.

Czynności i zaniechania Zamawiającego, którym Odwołujący Turbo zarzuca niezgodność z przepisami ustawy to:

- odrzucenie oferty Odwołującego;
- zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1

PZP;

• wadliwe opisanie przedmiotu zamówienia, w sposób niejednoznaczny i przede wszystkim w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Odwołujący Turbo zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

• art. 89 ust 1 pkt 2 PZP poprzez odrzucenia oferty wykonawcy TURBO oraz przyjęcie przez Zamawiającego, że wystąpiła niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, w sytuacji gdy Odwołujący wypełnił Formularz cenowy „Formularz 2.2.a." w sposób prawidłowy (zgodny z SIWZ oraz OPZ), a także zawarł w jego treści wszystkie usługi stanowiące przedmiot zamówienia;

• art. 89 ust. 1 pkt 6 PZP poprzez odrzucenie oferty wykonawcy TURBO wskutek bezpodstawnego uznania przez Zamawiającego, iż złożona oferta zawierała błędy w obliczeniu ceny, w sytuacji gdy złożona oferta była spójna, zawierała wszystkie usługi wymagane w SIWZ i OPZ przez Zamawiającego, a także została wyliczona prawidłowo;

• art. 29 ust. 1 PZP w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6 PZP poprzez wadliwe opisanie przedmiotu zamówienia, w sposób niejednoznaczny i przede wszystkim w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a więc także nie zawierający zakresu lub wielkości zamówienia, co wynika z błędów znajdujących się w Załączniku nr 1a. do Opisu Przedmiotu Zamówienia, polegające na wykreśleniu przez Zamawiającego kol. 4-oraz kol. 5 w poz. 31 „Utrzymanie sygnalizacji świetlnej", co wprowadziło Odwołującego w błąd i skutkowało odrzuceniem jego oferty;

• art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 PzP w zw. z art. 87 ust. 1 PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo braku wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty;

• art. 87 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień w zakresie złożonej oferty, w sytuacji gdy wątpliwości co do prawidłowego wypełnienia

formularza cenowego, Formularza 2.2.a. wynikały z treści załącznika do OPZ (Załącznik nr 1.a. do Opisu Przedmiotu Zamówienia).

Odwołujący TURBO wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego.

Wynikający z art. 182 ust. 1 pkt 1 PZP 10-cio dniowy termin na wniesienie odwołania został zachowany, Odwołujący przesłał Zamawiającemu kopię odwołania zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 5 PZP oraz uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołujący Turbo wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP, tym samym posiada

legitymację czynną niezbędną do wniesienia odwołania. Jest Wykonawcą biorącym udział w postępowaniu, którego oferta została niezasadnie odrzucona. Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP. Szkoda będzie polegać na tym, iż pomimo poniesionych kosztów przygotowania oferty i udziału w postępowaniu nie uzyska zamówienia.

Do dnia wniesienia odwołania Zamawiający nie dokonał jeszcze wyboru najkorzystniejszej oferty i w konsekwencji nie poinformował wykonawców o punktacji przyznanej ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łącznej punktacji. Z dokonanej przez Odwołującego symulacji wynika, iż w przypadku dokonania przez Zamawiającego czynności zgodnie z przepisami, to oferta Odwołującego mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą.

Zamawiający poinformował spółkę TURBO o odrzuceniu oferty. Uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, iż podstawę prawną odrzucenia stanowiły przepisy art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 PZP.

Przesłanka nr 1 odrzucenia oferty Odwołującego (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP).

Zamawiający wskazał, iż w wyniku sprawdzenia oferty Wykonawcy, a ściślej Formularza 2.2.a. „Formularz cenowy - utrzymanie rutynowe (BUM, ZUD, BUM)" stwierdzono, że Wykonawca w Grupie I. Remonty nawierzchni dróg w poz. 17 „Awaryjne remonty cząstkowe nawierzchni" w kolumnie 5 nie podał wartości jednostkowej netto miesięcznego wynagrodzenia cyklicznego za utrzymanie elementu zgodnie z warunkami OPZ z wyłączeniem ilości jednostek wymaganych do wykonania w ciągu roku określonych w kol. 7 [PLN/jedn/m-c], a tym samym brak jest wartości jednostkowej netto miesięcznego wynagrodzenia cyklicznego za utrzymanie elementu zgodnie z warunkami OPZ z wyłączeniem ilości jednostek wymaganych do wykonania w ciągu roku określonych w kol. 7 [PLN/jedn/m-c].

Ponadto Zamawiający poinformował, że w wyniku sprawdzenia oferty stwierdzono, że Wykonawca w Formularzu 2.2.a. Formularz cenowy - utrzymanie rutynowe (BUM, ZUD, BUM) w Grupie II. Utrzymanie i remont urządzeń bezpieczeństwa ruchu (oznakowanie i bezpieczeństwo) w poz. 14 „Utrzymanie sygnalizacji świetlnej" dokonał wykreślenia tej pozycji w kolumnach 4-6, a tym samym brak jest wartości jednostkowej netto miesięcznego wynagrodzenia cyklicznego za utrzymanie elementu zgodnie z warunkami OPZ z wyłączeniem ilości jednostek wymaganych do wykonania w ciągu roku określonych kol. 7[PLN/jedn/m-c].

Powyższe skutkowało przyjęciem przez Zamawiającego, że w związku z brakiem w pozycjach wartości jednostkowych netto Zamawiający dokonał analizy postanowień OPZ i STWiORB pod kątem ewentualnego uzupełnienia dla tych pozycji cen jednostkowych netto poprzez ich dopisanie na podstawie danych zawartych w innych pozycjach w Formularzu

2.2.a. oraz w Formularzu 2.2.b, brak jest pozycji, dla których wymagania opisane w OPZ i STWiORB byłyby takie same jak wymagania dla poz. 17 w Grupie I oraz dla poz. 14 w Grupie II, w związku z czym Zamawiający uznał, iż nie zachodzą przesłanki (ani możliwość) wyliczenia cen jednostkowych, jak również w konsekwencji wartości tych pozycji jako poprawienie omyłek na zasadzie art. 87 ust. 1 pkt 3 PZP. Podniósł również, iż nie dysponuje informacjami, które pozwalałyby wyodrębnić - na podstawie treści oferty Wykonawcy - cenę jednostkową w poz. 17 oraz cenę jednostkową w poz. 14. Z przedłożonej przez Wykonawcę oferty nie można wywieść woli zaoferowania danych usług lub robót, ani cen jednostkowych, co przesądzało - zdaniem Zamawiającego - o tym, iż oferta nie odpowiada treści SIWZ, a brak wskazania wyżej omówionych wartości implikuje to, iż Wykonawca w ogóle nie zaoferował Zamawiającemu gotowości wykonania przedmiotowych usług.

Przesłanka nr 2 odrzucenia oferty Odwołującego.

Wedle pkt 15.2. IDW SIWZ wymagane było, ażeby Formularze cenowe, o których

mowa w pkt. 15.1. ppkt a) i b) sporządzone zostały metodą kalkulacji uproszczonej ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych we wzorach formularzy. Jednym z obowiązków oferenta (Wykonawcy) miało być bowiem określenie kwot (wartości) netto dla wszystkich pozycji wymienionych w formularzach. Tymczasem z braku wypełnienia pozycji 17 w Grupie I oraz pozycji 14 w Grupie II Zamawiający wyciągnął wniosek, iż Wykonawca nie zaoferował świadczenia przedmiotowych usług.

Uzasadnienie zarzutów.

Formularz 2.2.a. Wartość robót „Remont nawierzchni tłuczniowej", poz. 17 Grupa I

W kolumnie 5 formularza 2.2.a. Wykonawca obowiązany był do wskazania wartości jednostkowej netto miesięcznego wynagrodzenia cyklicznego za utrzymanie elementu zgodnie z warunkami OPZ z wyłączeniem wykonywania ilości jednostek wymaganych do wykonania w ciągu roku określonych w kol. 7 [PLN/jedn/m-c].

W omawianej części formularza ofertowego nie wskazano żadnej wartości numerycznej, co zdaniem Zamawiającego skutkowało niewypełnieniem formularza ofertowego i prowadziło do odrzucenia oferty.

Wykonawca obowiązany był do wskazania w Grupie I sumy wartości utrzymania elementu przez cały okres trwania umowy, zgodnie z warunkami OPZ. Powyższy obowiązek został wypełniony przez Wykonawcę, bowiem ustalił on sumę wartości utrzymania elementu przez cały okres trwania umowy zgodnie z warunkami OPZ na „0,00" złotych.

Ujęcie podsumowania w wyżej wskazany sposób nie pozostaje bez znaczenia dla prawidłowości wypełnienia poz. 17, otóż odnieść należy się do kol. 6. Zgodnie z nią Wykonawca obowiązany był do wskazania „Wartości utrzymania elementu zgodnie z warunkami OPZ", przy czym Zamawiający w treści Formularza 2.2.a. wyraźnie wskazał, iż powyższe powinno być obliczone według następującego wzoru: [4]x[5]x72 m-ce. Mając to na uwadze Wykonawca był obowiązany do wypełnienia omawianej części formularza poprzez wpisanie iloczynu wartości wskazanych w kol. 4 oraz kol. 5. Z kolei w kol. 4 Wykonawca zawarł ilość jednostek elementów drogi do utrzymania poprzez wskazanie wartości: „176,924", Zatem wskutek dokonanych obliczeń w kol. 6 wykazane zostało, iż wartość utrzymania elementów zgodnie z warunkami OPZ wynosić będzie „0,00". Zestawiając powyższe dane do wskazanego powyżej wzoru (tj. kol. [4]x kol. [5] x 72 miesiące) można wskazać wyłącznie jedną, prawidłową konkluzję, iż „wartość jednostkowa netto miesięcznego wynagrodzenia cyklicznego za utrzymania elementu zgodnie z warunkami OPZ wynosi zero. Wynika to z działania matematycznego, bowiem 176,924 x 0,00 = 0,00. Wobec powyższego nie można podzielić stanowiska wyrażonego przez Zamawiającego, iż nie dysponuje informacjami, które pozwalałyby wyodrębnić - na podstawie treści oferty Wykonawcy - cenę jednostkową w poz. 17 „Awaryjne remonty cząstkowe nawierzchni" w kolumnie 5 Grupie I.

Tym samym nie można przyjąć, iż oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny, który skutkowałby zastosowaniem art. 89 ust, 1 pkt 6 PZP i odrzuceniem oferty wykonawcy. Uzupełnienie tego pola wymagało wyłącznie dokończenia działania matematycznego, a więc można mówić co najwyżej o oczywistej omyłce rachunkowej, co nie może stanowić podstawy odrzucenia oferty. W tym przypadku Zamawiający zobowiązany jest do ich poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 PZP z uwzględnieniem konsekwencji dokonanych zmian.

Wbrew twierdzeniom Zamawiającego TURBO wykazał wolę oraz wskazał wartość poszczególnych usług, zgodnie z wymogami SIWZ. Wykonawca zwrócił uwagę na to, iż w poz. 12 Formularza 2.2.a. zobowiązany był on do wyliczenia wartości usług: „Remont nawierzchni z kostki betonowej". Tym samym w kolumnie 7, poz. 12 Grupa I. wskazał ilość jednostek wymaganych dla wykonania w ciągu roku, wykazując wartość „5000,00", następnie szacując cenę jednostkową tych robót (kol. 8 poz. 12 Grupa I.) na kwotę 62,73 złotych netto. W konsekwencji czego „Wartość wykonania robót określonych w kol. 7 z uwzględnieniem krotności ich wykonania [7]x[8]x6=krotność (kol. 9 12 Grupa I) wykazano kwotą 1 881 900,00 złotych. Do kwoty tej wliczono bowiem wartość awaryjnych remontów nawierzchni - w kwocie 80,000,00 złotych netto.

Stanowisko Zamawiającego, z którego wynika, iż Wykonawca nie przedłożył w swojej ofercie wyliczenia wartości prac ujętych pod poz. 17 w kolumnie 5 „Awaryjne remonty cząstkowe nawierzchni" w Grupie I, uznać należy za błędne. Wykonawca zaoferował przedmiotowe usługi oraz ujął je w przedłożonym formularzu ofertowym, wskazując ich wartość jako składnik wartości wyliczonej w kol. 9 poz. 12 Grupa I.

Utrzymanie i remont urządzeń bezpieczeństwa ruchu, utrzymanie sygnalizacji

świetlnej, poz. 14 w Grupie II.

Uzasadniając odrzucenie oferty Zamawiający wskazał, iż jedną z podstaw było dokonanie wykreślenia przez Odwołującego w Formularzu 2.2.a. Formularz cenowy- utrzymanie rutynowe (BUM, ZUD, BUM) w Grupie II. Utrzymanie i remont urządzeń bezpieczeństwa ruchu (oznakowanie i bezpieczeństwo) w poz. 14 „Utrzymanie sygnalizacji świetlnej" - tej pozycji w kolumnach 4-6. Skłoniło to Zamawiającego do uznania, iż Odwołujący nie wykazał tym samym wartości jednostkowej netto miesięcznego wynagrodzenia cyklicznego za utrzymanie elementu zgodnie z warunkami OPZ.

Wyceniając usługi objęte postępowaniem Odwołujący TURBO uwzględnił czynności związane z utrzymaniem sygnalizacji świetlnej. Wartość usług utrzymania sygnalizacji świetlnej została ujęta w poz. 9 Grupy II Utrzymanie i remont urządzeń bezpieczeństwa ruchu (oznakowanie i bezpieczeństwo). Odwołujący wyjaśnił, iż dla omawianej pozycji wskazał, że ilość jednostek elementów drogi do utrzymania wynosiła 70 485 (kol. 4), z kolei wartość jednostkowa netto miesięcznego wynagrodzenia cyklicznego za utrzymanie elementu zgodnie z warunkami OPZ (kol. 5) została wskazana na kwotę 0,56 złotych netto, co skutkowało sumarycznym przyjęciem wartości utrzymania elementu zgodnie z warunkami OPZ (kol. 6) na wysokości 2 841 955,20 złotych w łącznej skali 72 miesięcy (okresu obowiązywania umowy). Na powyższą kwotę składają się wartości ujęte w zestawieniu tabelarycznym przez Odwołującego (Utrzymanie sygnalizacji świetlnej: Bieżące naprawy, Bieżące przeglądy, Coroczna kontrola, wykonanie pomiarów dla urządzeń elektrycznych, usuwanie ognisk korozji, odnowa powłoki malarskiej, Coroczne mycie, Interwencyjne mycie, interwencyjne czyszczenie, prowadzenie rejestru wykonanych prac, zmiana programu sygnalizacji na polecenie zamawiającego).

Kontynuując wyjaśnienie „braku wskazania (przekreślenia) pozycji 14 kolumn 4 -6 w Grupie II Formularza 2.2.a. Turbo wskazał, iż pozostałe usługi zawarte w ramach tej pozycji dotyczą stricte utrzymania barier energochłonnych. Ich udział w omawianej pozycji zaprezentowano w ujęciu tabelarycznym podając koszt, ilość i wartość netto dla każdej pozycji (demontaż barier po kolizji, ustawienie nowych barier, regulacja prostolinijności).

Zatem Odwołujący 2 zawarł w treści swojej oferty wymagane przez Zamawiającego w treści SIWZ (oraz OPZ) usługi związane z zadaniami, powyższe wyjaśnienie nie stanowi zmiany oferty, a jest szczegółową kalkulacją pozycji zawartych w ofercie, która nie mogła zostać rozwinięta na etapie sporządzania Formularzy cenowych stanowiących załącznik do dokumentacji przetargowej wymaganej przez Zamawiającego, bowiem możliwość taka nie została przewidziana w wytworzonych przez Zamawiającego dokumentach przetargowych.

Niespójność załączników do SIWZ mająca wpływ na treść oferty Odwołującego i Formularza 2.2.9.

Sposób wypełnienia przez Odwołującego 2 Formularza 2.2.a. został dokonany zgodnie z warunkami zawartymi w SIWZ oraz OPZ, a w szczególności z treścią Załącznika nr 1.a. do Opisu Przedmiotu Zamówienia. Zamawiający w treści tego załącznika do OPZ, w poz. 31 „Utrzymanie sygnalizacji świetlnej" dokonał wykreślenia kol. 4 oraz 5. Zatem Zamawiający tworząc wymagania skierowane do wykonawców skonstruował dokumenty przetargowe tak, iż Odwołujący 2 mógł zostać wprowadzony w błąd, że Zamawiający nie nałożył obowiązku przedstawienia przez nich: ilości jednostek elementów drogi do utrzymania, ilości jednostek wymaganych do wykonania w ciągu roku w zakresie „Utrzymania sygnalizacji świetlnej".

Za bezzasadne należy uznać odrzucenie oferty Odwołującego 2. W takiej sytuacji Zamawiający w sposób niejednoznaczny dokonał opisu przedmiotu zamówienia, czego konsekwencją było wprowadzenie w błąd Odwołującego 2 oraz uchybienie przepisowi art. 29 ust. 1 PZP, co miało wpływ na odrzucenie oferty Odwołującego 2.

Opis przedmiotu zamówienia powinien być tak sporządzony, by wykonawcy nie mieli wątpliwości, jakie usługi, dostawy czy roboty budowlane należy wykonać i jaki będzie ich zakres zgodnie z wymaganiami zamawiającego, a jednocześnie aby mogli oni w sposób prawidłowy dokonać wyceny złożonych ofert (wyrok z dnia 27 grudnia 2011 r., KIO 2649/11). Zamawiający dokonał opisu w sposób wewnętrznie sprzeczny, a więc odrzucenie oferty, która została faktycznie złożona zgodnie z załącznikami do Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowi naruszenie przepisów ustawy Pzp, bowiem oczekiwanie od wykonawców posiadania pełnej wiedzy o przedmiocie zamówienia, w przypadku gdy zamawiający zaniechał wskazania informacji niezbędnych do przygotowania oferty na równych warunkach przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji wyrok z dnia 19 sierpnia 2008 r., KIO/UZP 798/08).

Obowiązek jednoznacznego i wyczerpującego określenia przedmiotu zamówienia ciąży zatem na zamawiającym. Natomiast sam Opis przedmiotu zamówienia (więc i tym samym załączników stanowiących jego integralną część) powinien zostać tak sporządzony

przez zamawiającego, aby wykonawca składający ofertę miał możliwość przygotowania tej oferty z uwzględnieniem wszystkich czynników (tak wyrok z dnia 23 lipca 2010 r., KIO 1447/10).

Zaznaczono, iż czynności z zakresu utrzymania sygnalizacji świetlnej na odcinku dróg zarządzanych przez Zamawiającego, zbieżnych z odcinkiem drogi objętej przedmiotem zamówienia, wykonują inne podmioty: B. K i S. Sp. J., z siedzibą w Tarnowie - Lider, WIMED Sp. z o. o., z siedzibą w Tarnowie - Partner, Zakład Elektroniki i Automatyki TECHVISION G. M., M. M., z siedzibą w Tarnobrzegu - Partner, które to podmioty zawarły z Zamawiającym - po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Konserwacja i bieżące utrzymanie sygnalizacji świetlnych, aktywnych znaków kasetonowych D-6, aktywnych znaków C-9, U-6a, U-5a i U-3e, awaryjne wymiany podzespołów urządzeń regulacji ruchu na drogach krajowych województwa podkarpackiego" rozstrzygniętego przez Zamawiającego - umowę.

Tym samym Zamawiający nie zadbał o to, ażeby w związku ze sporządzonym przez niego OPZ nie wystąpiły wątpliwości natury faktycznej, które wpływałyby na finalną treść oferty wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

W celu potwierdzenia powyższej okoliczności, Odwołujący Turbo złożył do GDDKiA wniosek w trybie ustawy z dnia 6 czerwca 2001 roku o dostępie do informacji publicznej, aby pozyskać treść opisaną wcześniej umowy i tym samym wskazać, iż za przekreśleniem poz. 14 w Grupie II. przemawiały nie tylko okoliczności związane z niejednoznaczną SIWZ, OPZ oraz załączników do OPZ (tj. treścią załącznika nr 1.a. do Opisu Przedmiotu Zamówienia), a również to, iż na odcinku drogi będącym przedmiotem postępowania, tożsame usługi (w zakresie utrzymania sygnalizacji świetlnej) świadczy inny podmiot.

W przypadku wystąpienia wątpliwości natury faktycznej dotyczących wątpliwości co do zakresu przedmiotu zamówienia, to wątpliwości te powinny być rozstrzygnięte na korzyść wykonawcy, który nie powinien ponosić ich negatywnych konsekwencji (tak wyrok z dnia 28 marca 2013 roku, KIO 1945/13; wyrok KIO z dnia 17 lipca 2013 roku, sygn. 1606/13).

Przesłanka odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 6 PZP (brak wskazania wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w formularzach)

Zamawiający uzasadnił odrzucenie oferty Odwołującego 2 tym, że wskutek niewypełnienia w kolumnie 5 dla poz. „Awaryjne remonty cząstkowe nawierzchni” w Grupie

1. Remonty nawierzchni dróg oraz wykreśleniem pozycji w kolumnach od 4 - 6 dla poz. 14 „Utrzymanie sygnalizacji świetlnej" w Grupie II. Utrzymanie i remont urządzeń bezpieczeństwa ruchu (oznakowanie i bezpieczeństwo), Odwołujący nie wypełnił cen jednostkowych, co skutkowało brakiem określenia wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w formularzach. Zarzut i jego uzasadnienie ma charakter pochodny wobec omówionych już w odwołaniu i Odwołujący 2 nie zgadza się z Zamawiającym, iż w postępowaniu spełniona została przesłanka odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 6 PZP.

Zaniechanie Zamawiającego polegające na niewezwaniu Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 PZP

Reasumując Odwołujący 2 wskazał, że nie popełnił błędu, który uzasadniałby odrzucenie złożonej przez niego oferty, wypełnił formularz 2.2.a, sugerując się postanowieniami SIWZ, OPZ oraz załączników do tych dokumentów, co nawet jeśli skutkowało nieprawidłowościami, to wynikały oni z niespójności powyższych dokumentów.

Z treści art. 87 ust. 1 PZP wynika, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Co do zasady czynność polegająca na żądaniu złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty stanowi uprawnienie, a nie obowiązek zamawiającego. Jednakże, jeżeli wymagają tego okoliczności sprawy, zamawiający działając zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jest nie tylko uprawniony, co wręcz zobowiązany do żądania przedstawienia wyjaśnień wobec powziętych wątpliwości dotyczących treści oferty. Zamawiający powinien bowiem zbadać rzeczywistą treść oświadczenia woli wykonawcy zawartego w ofercie, która powinna być tłumaczona z uwzględnieniem nie tylko okoliczność w jakich została złożona, ale również panujących w danej branży zwyczajów oraz zasad współżycia społecznego. Taka sytuacja powinna mieć zastosowanie do stanu faktycznego właściwego dla przedmiotowego zamówienia (tak wyrok z dnia 3 października -2017 r., sygn. akt KIO 1926/17, wyrok z dnia 27 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2383/17).

Konieczność dokonania przez zamawiającego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień treści oferty przed jej odrzucenie dotyczy w szczególności przypadku wystąpienia wątpliwości w zakresie zgodności treści oferty z postanowieniami SIWZ. W sytuacji, gdy istnieję prawdopodobieństwo odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP,

w określonych okolicznościach tym bardziej zasadnym będzie poprzedzenie czynności odrzucenia oferty wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień treści takiej oferty (tak wyrok z dnia 28 stycznia 2019r., sygn. akt KIO 53/19; wyrok z dnia 17 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2503/18).

W związku z powyższym, jeżeli w okolicznościach sprawy występują wątpliwości dotyczące zgodności oferty z SIWZ mogące podlegać poprawieniu jako omyłki niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, zamawiający powinien w pierwszej kolejności wezwać wykonawcę do wyjaśnienia, w tym w zakresie zasadności poprawienia innych omyłek oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP. Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP bez uprzedniego rozstrzygnięcia wątpliwości dotyczących zgodności oferty Odwołującego 2 z postanowieniami SIWZ na podstawie wyjaśnień przedstawionych przez wykonawcę będzie powodowało naruszenie nie tylko art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP ale również art. 87 ust. 1 PZP, bowiem Zamawiający był obowiązany - ze względu na okoliczności - wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień.

Mając na uwadze powyższe, zdaniem Odwołującego Turbo odwołanie uznać należy za zasadne oraz konieczne.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc

pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w SIWZ, złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia ofertach, wyjaśnieniach, odwołaniu, pismach procesowych, pozostałym materiale dowodowym, a także wyrażone ustnie i pisemnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Sygn. akt KIO 1881/20

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Możliwość dokonania w sposób nieprawidłowy czynności wezwania do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, co w efekcie w procesie badania i oceny ofert może doprowadzić do nieprawidłowej oceny oferty, pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego, zgłoszenie przystąpień zgłosili następujący Wykonawcy:

- po stronie Zamawiającego:

1) B. K. i W. K. wspólnicy spółki ReDrog S.c. z siedzibą w Porąbce Iwkowskiej;

2) L. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą L. K. Firma Usługowo Handlowo Produkcyjna z siedzibą w Raniżowie;

- po stronie Odwołującego:

3) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie: (1) Autostrada Mazowiecka Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz (2) Przedsiębiorstwo Drogowo - Mostowe S.A. z siedzibą w Dębicy.

Izba potwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień.

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, ustalono że w dniu 30 lipca 2020 roku Zamawiający, działając w trybie art. 87 ust. 1 oraz

art. 90 ust. 1a pkt 1) i pkt 2) w związku z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego AVR do złożenia wyjaśnień (w tym złożenia dowodów) w zakresie wysokości zaoferowanej ceny w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SIWZ.

Zamawiający podał, że cena całkowita oferty Wykonawcy wynosi 77 335 534,09 zł brutto, co w porównaniu z wartością zamówienia powiększoną o należny podatek od towarów i usług, ustaloną przed wszczęciem postępowania wynoszącą 112 847 337,04 zł brutto wskazuje, że cena całkowita oferty Wykonawcy jest niższa o 31,47 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania.

Zamawiający odniósł również cenę całkowitą oferty Wykonawcy do wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, która wynosi 113 598 486,16 zł brutto, co wskazuje, że cena całkowita oferty Wykonawcy jest niższa o 31,92 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania.

W związku z powyższym, Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SIWZ, zwrócił się o udzielenie wyczerpujących wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny.

Oceniając przedłożone przez Wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami na ich potwierdzenie, Zamawiający wskazał, że będzie brał pod uwagę obiektywne czynniki, a w szczególności w zakresie:

1. oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę;

2. pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;

3. wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

4. wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

5. powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Ponadto Zamawiający prosił o wyjaśnienie, czy przedmiot zamówienia został wyceniony zgodnie z SIWZ oraz potwierdzenie, że zaproponowana w ofercie cena jest realna. Ocena wyjaśnień dokonywana przez Zamawiającego ma na celu ustalenie, czy cena skalkulowana była rzetelnie i czy w związku z tym Wykonawca będzie w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie.

Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności wyjaśnienia kwestii ujęcia w cenie oferty wszystkich kosztów towarzyszących wykonywaniu przedmiotu zamówienia, wraz z podaniem ich wartości.

W celu udowodnienia, że zaoferowana przez Wykonawcę cena jest realna, Zamawiający prosił o wyjaśnienie kwestii ujęcia w cenie oferty wszystkich kosztów towarzyszących wykonywaniu przedmiotu zamówienia, w rozbiciu na poszczególne pozycje formularzy cenowych 2.1, 2.1.a, 2.1.b, z wyszczególnieniem kosztów robocizny, sprzętu i materiałów, kosztów pośrednich, zysku i innych kosztów mających wpływ na wycenę poszczególnych pozycji. Przedmiotowe koszty należało wyszczególnić z odpowiednim przyporządkowaniem do poszczególnych pozycji w załączonych do wezwania formularzach cenowych 2.1.1, 2.1.1.a, 2.1.1.b.

Zamawiający prosił również o przedstawienie przez Wykonawcę, odnośnie do każdej pozycji załączonych formularzy 2.1.1, 2.1.1.a, 2.1.1.b opisu, jakie zakresy i jakie działania założył Wykonawca w ramach realizacji danej pozycji. Wyjaśnienia/opis działań i innych okoliczności związanych z realizacją tychże pozycji zawrzeć należy w sposób zwięzły i konkretny w części opisowej wyjaśnień.

W części opisowej dla każdej pozycji załączonych formularzy Zamawiający prosił

również o jednoznacznie wskazanie, czy wszystkie koszty dotyczące danej pozycji zostały ujęte w cenie przypisanej tej pozycji. W przypadku, gdy zostały one przeniesione, należy wskazać pozycje, w których dane koszty zostały ujęte oraz wysokość kwoty, która została do danej pozycji przeniesiona.

Zamawiający prosił o szczegółowe wyjaśnienie jakie obiektywne czynniki spowodowały obniżenie ceny oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena została obniżona, jednocześnie Wykonawca powinien wykazać jakie indywidualne możliwości i okoliczności, dostępne i właściwe tylko dla Wykonawcy przy realizacji tego zamówienia, umożliwiły obniżenie ceny oferty.

Podsumowując, Zamawiający zwraca uwagę, że przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami muszą być merytoryczne, a Wykonawca musi dostarczyć wystarczający materiał do sformułowania przez Zamawiającego oceny zaoferowanej w ofercie kwoty, za którą Wykonawca ma zamiar wykonać przedmiot zamówienia. Zwrócono się z prośbą o przesłanie jednoznacznych i precyzyjnych informacji oraz dowodów, co najmniej w kwestiach wskazanych w wezwaniu, na temat sposobu obliczenia ceny zamówienia, a których Zamawiający nie wymienił powyżej m.in. zaangażowanie osobowe, rzeczowe, sprzętowe i finansowe i związane z tym niezbędne do poniesienia koszty a także zakładany poziom zysku.

Zamawiający zaznaczył, że w przypadku, gdy Wykonawca w określonym terminie nie złoży wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający odrzuci ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący AVR zwrócił się wydłużenie terminu do złożenia wyjaśnień, jednocześnie podkreślając, że przesłane przez Zamawiającego formularze są niezgodne ze złożonymi formularzami ofertowymi (wskazano pozycje nr 9,16,28, XI). Ponadto zaznaczono, że z uwagi na COVID-19, pracę rotacyjna, sezon wakacyjno - urlopowy konieczny jest dłuży czas na złożenie rzetelnych i pełnych wyjaśnień.

Zamawiający odpowiadając na wnioski wykonawców, w tym Odwołującego AVR przesłał ponownie treść formularzy kosztorysowych do wypełnienia. Ponadto, w nawiązaniu do pytań wykonawców i wniesionego odwołania AVR podkreślił, że podtrzymuje treść postanowień ppkt. 5 Rozdziału B.I pkt 5 OPZ („Ustalenia ekonomiczne") i wskazał, że zarówno wartość za utrzymanie elementu w całym okresie trwania umowy (związana z wykonywaniem robót o charakterze rutynowym), jak i ofertowe ceny jednostkowe (związane z wykonywaniem robót o charakterze strukturalnym) muszą uwzględniać wszystkie koszty związane z wykonaniem poszczególnych rodzajów robót, w zakresie określonym w OPZ, w specyfikacjach technicznych oraz wszelkie koszty pośrednie, w tym w szczególności:

a) koszty ogólne, koszty pośrednie, zysk kalkulacyjny i ryzyko,

(...)

z) wszystkie inne koszty niezbędne do realizacji przedmiotu umowy.

Jednocześnie Zamawiający podtrzymał wezwanie o jednoznaczne wskazanie w części opisowej dla każdej pozycji załączonych formularzy, czy wszystkie koszty dotyczące danej pozycji zostały ujęte w cenie przypisanej tej pozycji. W przypadku, gdy zostały one przeniesione (Wykonawca przewiduje ich poniesienie w ramach realizacji innej pozycji) o wskazanie pozycji, w których dane koszty zostały ujęte oraz wysokość kwoty, która została do danej pozycji przeniesiona. Uzyskane informacje i dane posłużą Zamawiającemu ocenie ofert Wykonawców w ramach badania rażąco niskiej ceny ofert oraz ich zgodności z SIWZ. Jednocześnie Zamawiający wydłużył termin na złożenie wyjaśnień.

Następnie Odwołujący AVR zwrócił się do Zamawiającego o doprecyzowanie treści wezwania w trybie art 90 ust 1a ustawy Pzp. AVR prosił o prosi o udzielenie jednoznacznej i nie budzącej wątpliwości odpowiedzi na następujące pytanie: „Czy Zamawiający dopuszcza w postępowaniu przenoszenie kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami zawartymi w Formularzach".

Wątpliwości Odwołującego AVR płyną z faktu, iż w piśmie z dnia 11 sierpnia 2020 r.

Zamawiający wskazał, że wprawdzie podtrzymuje treść postanowień ppkt. 5 Rozdziału B.I. pkt 5 OPZ i wymaga, aby wskazywane w kosztorysach ceny za utrzymanie elementu w całym okresie trwania umowy (w odniesieniu do robót o charakterze strukturalnym) oraz ceny jednostkowe (w odniesieniu do robót o charakterze strukturalnym) uwzględniały wszystkie koszty związane z wykonaniem poszczególnych rodzajów robót w zakresie określonym w OPZ, specyfikacjach technicznych oraz wszelkie koszty pośrednie, jednocześnie podtrzymując również treść wezwania z dnia 30 lipca 2020 r., w którym żądano wskazania czy wykonawcy dla każdej pozycji ujęli w jej cenie wszystkie koszty, a jeśli nie tj. jeśli koszty były pomiędzy pozycjami przenoszone, to wskazanie pozycji, w których koszty te zostały ujęte oraz ich wysokości, co doprowadziło do wewnętrznej sprzeczności treści wezwania z treści OPZ, co z kolei przełożyło się na decyzję o wniesieniu odwołania do KIO.

Odpowiadając na pytania, w odpowiedzi 123 w zakresie Formularza cenowego 2.2.a pozycja 16, OPZ B.II punkt 4 podpunkt 16 (Utrzymanie innych nie wymienionych elementów oraz wykonywanie pozostałych prac i czynności utrzymaniowych wynikających z realizacji umowy), gdzie Wykonawca zwrócił uwagę, że opis pozycji jest niejasny, zapisy mogą być różnie interpretowane na etapie wykonywania zamówienia oraz że nie ma możliwości stwierdzić czego Zamawiający tak naprawdę oczekuje od wykonawcy, proszono o wyszczególnienie wszystkich elementów/czynności jakie Wykonawca ma przyjąć w kalkulacji pozycji oraz podania ich ilości i jednostek obmiarowych, minimalnych terminów napraw dla poszczególnych elementów, Zamawiający wyjaśnił, że w pozycji zawrzeć należy wszystkie koszty związane z utrzymaniem drogi i jej elementów znajdujących się w pasie drogowym nie wyszczególnione w pozycjach pozostałych Formularza cenowego do szczegółowego rozliczenia a wymienione w SIWZ Tom III OPZ Część 2 pkt B.I 5.5., dla których Zamawiający nie wyszczególnił konkretnych zakresów robót/usług do utrzymania.

Czas naprawy Zamawiający wyznaczy na podstawie obiektywnych przesłanek i będzie zależy od zakresu robót i wpływu na bezpieczeństwo ruchu.

Pytanie 124 dotyczyło nieścisłości zapisów SIWZ, OPZ B.I punkt 15 podpunkt d, OPZ B.I punkt 12, OPZ B.I punkt 11, gdzie Zamawiający zastrzegł prawo do częściowego wyłączenia z utrzymania elementu drogi, innego niż objęty zmniejszeniem Wynagrodzenia Cyklicznego opisanego w pkt 12. Wynagrodzenie Cykliczne zostanie skorygowane proporcjonalnie do zakresu zmiany z wykorzystaniem cen jednostkowych z oferty Wykonawcy, a w przypadku braku bezpośredniego odniesienia - w drodze negocjacji cen. Odcinki dróg, obiekty mostowe, przepusty lub konstrukcje oporowe, które w trakcie realizacji zamówienia zostaną poddane remontom lub przebudowie będą wyłączane z utrzymania na okres ich trwania, a wynagrodzenie Wykonawcy zostanie skorygowane zgodnie z regułami określonymi w pkt 10 i 11. Zgodnie z pkt 11 w przypadku oddania przez Zamawiającego innym Zarządcom odcinków dróg, obiektów mostowych, przepustów lub konstrukcji oporowych wskazanych w zestawieniach, wynagrodzenie Wykonawcy zostanie ustalone na podstawie cen ryczałtowych z oferty Wykonawcy, zgodnie z zasadami pkt 11.1 - 11.3, z zachowaniem zasad wynikających z pkt B.I.5.

Wykonawcy prosili o wyjaśnienie co będzie w przypadku, gdy odcinek zostanie wyłączony z utrzymania wg pkt 10 i 11 a Zamawiający zdecyduje w tym samym czasie wyłączyć około 50% powierzchni koszenia z wykorzystaniem cen jednostkowych z oferty? Pozycja koszenia zostanie w takim przypadku na odcinku wyłączonym z utrzymania podwójnie zmniejszona. Proszono o zmianę zapisów OPZ dotyczących wyłączanych lub przekazywanych odcinków na zmniejszenie lub zwiększenie elementami a nie długością odcinka.

Zamawiający odpowiedział, że nie dokonuje zmiany SIWZ w tym zakresie.

W pozostałym zakresie treść dokumentów mających znaczenie dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania została wiernie w nim przytoczona i nie wymagała powtórzenia.

Zamawiający na rozprawie złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił argumentację przemawiającą za jego oddaleniem w całości. Przystępujący po jego stronie wykonawcy popierali jego stanowisko. Przystępujący po stronie Odwołującego złożył pismo procesowe, w którym przedstawił argumentację wspierającą zarzuty odwołania, którego jego zdaniem zasługuje na uwzględnienie.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę skład orzekający Izby uznał, że odwołanie nie

zasługiwało na uwzględnienie i w całości podlegało oddaleniu.

Na początku rozważań podkreślenia zdaniem Izby wymaga, iż Zamawiający wzywając wykonawcę do złożenia wyjaśnień odnośnie do rażąco niskiej ceny, musi należycie uzasadnić swoje wątpliwości oraz dokładnie wskazać, w jakim zakresie oferta jego zdaniem może zawierać elementy wskazujące na wystąpienie rażąco niskiej ceny. Jeżeli wezwanie będzie miało ogólny charakter albo cytowało będzie jedynie brzmienie przepisów, otrzymane wyjaśnienia mogą utrudnić Zamawiającemu dokonanie oceny, czy rzeczywiście mamy do czynienia z ceną rażąco niską. Na ogólnie sformułowane wezwanie przedstawienie ogólnych wyjaśnień może okazać się niewystarczające do oceny ceny ofertowej.

W przedmiotowym postępowaniu wystosowana do wykonawców treść wezwania nie ma charakteru ogólnego. Jasno referuje ona do treści przepisów ustawy Pzp dotyczących rażąco niskiej ceny, wskazuje czemu zastosowanie danych regulacji prawa jest konieczne, ale precyzyjnie również Zamawiający określa jakie elementy wykonawcy mają w wyjaśnieniach przedstawić. Zamawiający wymaga odpowiedzi na pytanie, czy w cenie oferty ujęto wszystkie koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia. Wykonawcy mają przedstawić owe koszty towarzyszące w rozbiciu na poszczególne pozycje formularzy cenowych i wyszczególnić koszty robocizny, sprzętu i materiałów, koszty pośrednie, zysk, inne koszty. Zamawiający oczekuje również przedstawienia w sposób opisowy w ramach każdej pozycji formularza opisu jakie zakresy, działania wykonawcy założyli celem realizacji tej pozycji. Jednym tylko z wielu elementów wezwania jest zdanie, które wzbudziło wątpliwości Odwołującego AVR, mianowicie określenie przez wykonawcę, czy wszystkie koszty dotyczące danej pozycji zostały w niej ujęte, a jeżeli nie, to czy zostały gdzieś przeniesione, jeżeli tak - to gdzie i w jakiej wysokości.

W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący AVR wiąże z kwestionowanym fragmentem wezwania nadmierne obawy i wątpliwości.

Nie przedstawiono Izbie dowodów, że zdaniem tym Zamawiający dopuszcza i akceptuje przenoszenie kosztów między poszczególnymi pozycjami formularzy cenowych. Okoliczność, że Zamawiający nawiązuje do takiego stanu rzeczy w treści wezwania, nie musi od razu oznaczać, że Zamawiający tak przedstawione przez wykonawcę wyjaśnienia uzna za prawidłowe. Treść wezwania może co najwyżej sugerować, że Zamawiający miał już takie doświadczenia podczas prowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i stąd wspomina o tej regule w wezwaniu. Z pewnością z treści wezwania nie można antycypować, że Zamawiający niejako pozwala wykonawcom na argumentację o przeniesieniu kosztów i podczas oceny tak złożonych wyjaśnień dopuści takie działania.

Bez wątpienia także w ocenie Izby z zapisów SIWZ i OPZ wynika, że Zamawiający wymagał, by cena jednostkowa w danej pozycji formularza cenowego zawierała wszystkie koszty związane z wykonaniem poszczególnych rodzajów robót w zakresie określonym w OPZ, w specyfikacjach technicznych oraz wszelkie koszty pośrednie, co zdaje się uniemożliwiać przenoszenia kosztów między poszczególnymi pozycjami kosztorysu. Jeżeli Odwołujący AVR podziela takie zapatrywania, nic nie stoi na przeszkodzie, był swoje wyjaśnienia właśnie w ten sposób zbudował. Z pewnością treść wezwania takiego zachowania nie uniemożliwia.

Do decyzji poszczególnych wykonawców pozostawiono wybór strategii i sposobu złożenia wyjaśnień, opisania i przedstawienia okoliczności, które przełożyły się na obniżenie ceny ofertowej, przy czym to na wykonawcach spoczywa obowiązek złożenia takich wyjaśnień, które będą pozostawały w zgodzie w opisem przedmiotu zamówienia, opisem sposobu obliczenia ceny oferty i innymi wymaganiami SIWZ. Zamawiający działa w pewnych ogólnych ramach, natomiast to dany wykonawca przywołuje, wskazuje, określa, pokazuje czynniki szczególnie sprzyjające kalkulacji jego ceny ofertowej. Istotą wyjaśnień jest rozwianie wątpliwości co do pewnych okoliczności: w przypadku wyjaśnień odnoście ewentualności zaoferowania rażąco niskiej ceny - przedstawienie przekonującej argumentacji, przytoczenie zobiektywizowanych przesłanek pozwalających na skalkulowanie ceny na niskim poziomie, wykazanie, że cenę skalkulowano prawidłowo, w sposób uwzględniający wszystkie istotne czynniki, wreszcie - załączenie dowodów.

Nie jest rolą Zamawiającego odgadywać jakie założenia przyjmą poszczególni wykonawcy przy składaniu wyjaśnień. Doświadczenie życiowe i zawodowe Izby pokazuje, że ilość stanów faktycznych, które mogą zaistnieć podczas składania wyjaśnień i ich oceny przez zamawiających jest nieograniczona i trudna do przewidzenia.

Skład orzekający Izby pragnie dostrzec, że tezy odwołania o akceptacji przez Zamawiającego przy składaniu wyjaśnień przez wykonawców tzw. inżynierii cenowej i modyfikacji treści ofert są co najmniej przedwczesne oraz gołosłowne. Ponadto Odwołujący AVR czysto hipotetycznie domniemywa, że tak skonstruowane wyjaśnienia mogą się

pojawić. Nawet jeżeli doszłoby do takiej sytuacji, to wykonawcy na ocenę wyjaśnień innego podmiotu służy możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej i złożenie odwołania, które już do konkretnych czynności Zamawiającego będzie się odnosiło. Na obecnym etapie postępowania takie rozważania mają charakter czysto teoretyczny i nie wskazują na konkretne nieprawidłowości w działaniach Zamawiającego bowiem do takich sytuacji nie doszło w postępowaniu, a tym samym czynnościom Zamawiającego nie można przypisać nagannego wydźwięku. Także zarzuty odnoszące się do czynu nieuczciwej konkurencji dotyczą sytuacji przyszłej i niepewnej, która może nie wystąpić.

Izba nie podziela stanowiska zaprezentowanego w odwołaniu, że doszło do naruszenia art. 87 ustawy Pzp oraz że Zamawiający dopuszcza możliwość następczej modyfikacji treści oferty po złożeniu ofert. Nawet jeżeli jakiś wykonawca zdecydował się na przeniesienie kosztów, to dotyczyć to może sytuacji z przeszłości, przed terminem składania ofert, zatem złożenie wyjaśnień w przedmiocie ceny nie tworzy nowego stanu, nowego oświadczenia woli, a jedynie stanowi prezentację warstwy kalkulacji ceny ofertowej. Ponownie podkreślić należy, iż celem uzyskania przez Zamawiającego wyjaśnień jest pozyskanie informacji w jaki sposób dokonano wyceny pracy i czy wycena ta jest zgodna z założeniami SIWZ, a przy zastosowaniu art. 87 ustawy Pzp także uzyskanie informacji, czy czy oferta merytorycznie odpowiada określonym wymogom. W ocenie składu treść wezwania nie kreuje nowego brzmienia zapisów SIWZ, ani również tych zapisów nie zmienia. Jeżeli natomiast konkretne zapisy SIWZ budziły uzasadnione wątpliwości Odwołującego, mógł on skorzystać z ich wyjaśnienia w trybie złożenia zapytania przed terminem składania ofert, a nawet wniesienia środka ochrony prawnej.

Z całą stanowczością nie zasługiwały na uwzględnienie zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, jakoby Zamawiający naruszył zasadę przejrzystości działania w postępowaniu. Przykładów takiego działania Izbie nie przedstawiono, nie określono na czym owo naruszenie miałoby polegać, zwłaszcza wobec Odwołującego AVR, w sytuacji gdy treść wezwania do wyjaśnień wobec wszystkich wykonawców zachowuje jednakowe brzmienie.

Konkludując, Izba nie dopatrzyła się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów wskazanych w petitum odwołania i uznała, że podlegało ono oddaleniu w całości.

Sygn. akt KIO 2053/20

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Możliwość dokonania w sposób nieprawidłowy czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Odwołującego Turbo, pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego, zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego zgłosił Wykonawca L. K. prowadzący

działalność gospodarczą pod firmą L. K. Firma Usługowo Handlowo Produkcyjna z siedzibą w Zielonce, dalej jako „FUHP K.”. Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił argumentację przemawiającą za jego oddaleniem w całości. Przystępujący FUHP K. popierał jego stanowisko.

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, Izba ustaliła, że w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Turbo Zamawiający podał, że w wyniku sprawdzenia oferty - Formularza 2.2.a. Formularz cenowy - utrzymanie rutynowe (BUM, ZUD, BUM) stwierdzono, że Wykonawca w Grupie I. Remonty nawierzchni dróg w poz. 17 „Awaryjne remonty cząstkowe nawierzchni" w kolumnie 5 nie podał wartości jednostkowej netto miesięcznego wynagrodzenia cyklicznego za utrzymanie elementu zgodnie z warunkami OPZ z wyłączeniem ilości jednostek wymaganych do wykonania w ciągu roku określonych w kol. 7 /PLN/jedn/m-c/, a tym samym brak jest wartości jednostkowej netto miesięcznego wynagrodzenia cyklicznego za utrzymanie elementu zgodnie z warunkami OPZ z wyłączeniem ilości jednostek wymaganych do wykonania w ciągu roku określonych w kol. 7 /PLN/jedn/m-c/.

Ponadto stwierdzono, że Wykonawca w Formularzu 2.2.a. Formularz cenowy - utrzymanie rutynowe (BUM, ZUD, BUM) w Grupie II. Utrzymanie i remont urządzeń bezpieczeństwa ruchu (oznakowanie i bezpieczeństwo) w poz. 14 „Utrzymanie sygnalizacji świetlnej" dokonał wykreślenia tej pozycji w kolumnach 4 - 6, a tym samym brak jest wartości jednostkowej netto miesięcznego wynagrodzenia cyklicznego za utrzymanie elementu zgodnie z warunkami OPZ z wyłączeniem ilości jednostek wymaganych do wykonania w ciągu roku określonych w kol. 7 CPLN/jedn/m-c.

W związku z brakiem w pozycjach wartości jednostkowych netto Zamawiający dokonał analizy postanowień OPZ i STWiORB pod kątem ewentualnego uzupełnienia dla tych pozycji cen jednostkowych netto poprzez ich dopisanie na podstawie danych zawartych w innych pozycjach w Formularzu 2.2.a oraz w Formularzu 2.2.b.

W wyniku analizy stwierdzono, że wśród pozycji wymienionych w Formularzu 2.2.a i Formularzu 2.2.b. brak jest pozycji, dla których wymagania opisane w OPZ i STWiORB byłyby takie same jak wymagania dla poz. 17 oraz dla poz. 14 w zakresie ich wykonania i odbioru, w związku z czym brak jest możliwości wyliczenia cen jednostkowych, jak również w konsekwencji wartości tych pozycji, jako poprawienie omyłek na zasadzie art. 87 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający nie ma żadnych informacji, które pozwalałyby wyodrębnić — na podstawie treści oferty Wykonawcy — cenę jednostkową w poz. 17 oraz cenę jednostkową w poz. 14. Z treści oferty Wykonawcy, w tym z danych zawartych w formularzach cenowych, nie da się wywieść ani woli zaoferowania danych usług/robót, ani ich cen jednostkowych, co przesądza o tym, że oferta nie odpowiada treści SIWZ.

Zamawiający stwierdził, że brak podania wartości jednostkowej netto miesięcznego wynagrodzenia cyklicznego dla poz. 17 oraz dla poz. 14 oraz wykreślenie dla poz. 14 „Utrzymanie sygnalizacji świetlnej" w Grupie II. Utrzymanie i remont urządzeń bezpieczeństwa ruchu (oznakowanie i bezpieczeństwo) w zakresie kolumn 4 - 6 stanowi, de facto iż zakres zawartych w nich prac w ogóle nie został zaoferowany Zamawiającemu. Nadto Formularze cenowe zawierają w sobie określenie przedmiotu oferty, a także zawierają określenie ceny, czyli zawierają istotne elementy oferty. Dlatego nie można powiedzieć, że dana treść formularza cenowego jest tylko wymogiem formalnym.

Ponadto Zamawiający, zgodnie z pkt 15.2 IDW SIWZ wymagał, aby Formularze cenowe, o których mowa w pkt. 15.1 ppkt. a) i b) sporządzone zostały metodą kalkulacji uproszczonej, ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych we wzorach formularzy. Wykonawca miał określić kwoty (wartości) netto dla wszystkich pozycji wymienionych w formularzach. Następnie w Formularzu Cenowym — zestawienie zbiorcze (Formularz 2.1/2.2) zsumować wartości netto poszczególnych formularzy składowych, wyliczy wartość podatku VAT dla wartości netto poszczególnych formularzy cenowych i wyliczy wartość brutto. Wyliczoną w Formularzu Cenowym - zestawienie zbiorcze (Formularz 2.1/2.2) kwotę „Razem brutto" Wykonawca zobowiązany był podać w Formularzu Oferty. Kwota „Razem brutto" stanowić miała Cenę oferty.

W związku z brakiem podania wartości jednostkowej netto miesięcznego wynagrodzenia cyklicznego za utrzymanie elementu zgodnie z warunkami OPZ z wyłączeniem ilości jednostek wymaganych do wykonania w ciągu roku dla wskazanych pozycji, a tym samym brakiem wskazania przez Wykonawcę ceny jednostkowej i wartości w zakresie Formularza 2.2.a. Formularz cenowy - utrzymanie rutynowe (BUM, ZUD, BUM) w pozycjach, cena oferty została obliczona w sposób niezgodny ze sposobem jej obliczenia podanym w dokumentacji przetargowej.

W związku z powyższym zdaniem Zamawiającego oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę skład orzekający Izby uznał, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i w całości podlegało oddaleniu.

W kolumnie 5 Zamawiający określił, że wykonawca ma podać wartość jednostkową netto miesięcznego wynagrodzenia cyklicznego za utrzymanie elementu zgodnie z warunkami OPZ z wyłączeniem wykonania ilości jednostek wymaganych do wykonania w ciągu roku określonych w kolumnie 7. W kolumnie 4 określono ilość jednostek elementów drogi do utrzymania na 176,924. W kolumnie 6 należało podać wartość utrzymania elementu zgodnie z warunkami OPZ (4x5x72 m-ce). Sumę należało wpisać w wiersz znajdujący się poniżej wiersza nr 17 tabeli, w kolejny wiersz należało wpisać sumę wartości wykonania robót określonych w kolumnie 7 w całym okresie obowiązywania umowy i dokonać sumowania tych elementów w wierszu następnym, sumującym wartości dla Grupy I.

Zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty omyłkowo wskazał, że brak określenia kwoty w kolumnie 5 formularza 2.2.a Odwołującego Turbo dotyczył pozycji nr 17, prostując powyższe na rozprawie, iż brak podania wartości ceny jednostkowej odnosił się samodzielnie do kolumny 5. Słusznie zatem podniósł Odwołujący Turbo w odwołaniu, że wiersz 17 został przez niego wypełniony, co jednak nie wpłynęło na zasadność zarzutów odwołania. Istotą bowiem błędu formularza ofertowego było niewypełnienie kolumny nr 5, o czym Zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Wykonawcę poinformował.

Dostrzeżenia zdaniem Izby wymaga, iż bezsprzecznie z treści formularza cenowego na załączniku 2.2.a złożonego przez Odwołującego Turbo dla Grupy I wynika, że nie wypełniono kolumny nr 5. Nie polegają zatem na prawdzie twierdzenia Odwołującego Turbo, że do kolumny tej wstawiono wartość zero złotych („0 zł") i że była to świadoma decyzja Wykonawcy. Kolumna nr 5 ponad wszelką wątpliwość nie została wypełniona, co dopiero skutkowało pojawieniem się w wierszu poniżej pozycji nr 17 (p.n. Suma wartości utrzymania elementu przez cały okres trwania umowy zgodnie z OPZ) wartości 0,00. Jest to oczywiste, z uwagi na zastosowanie w tej komórce formuły matematycznej, skoro bowiem przy przyjętym sposobie wyliczenia nie podano jednego z elementów dla wyliczenia formuły, otrzymano wartość 0,00. Wbrew jednak stanowisku Odwołującego nie była to wartość 0,00 zł za cenę danego elementu ale po prostu automatycznie w komórce (wierszu) pojawiła się liczba 0,00. Dodatkowo liczba ta nie była wpisana do kolumny nr 5, ale znalazła się w wierszu 18 tabeli.

Izba uważa stanowisko Zamawiającego przedstawione w Informacji o odrzuceniu ofert za prawidłowe. Wykonawca Turbo nie podał wartości kwotowej miesięcznego wynagrodzenia cyklicznego za wykonanie elementu zgodnie z OPZ w kolumnie 5 i nie podał łącznej wartości dla wyznaczonej liczby jednostek wynikającej z kolumny 4, co oznacza, iż treść formularza nie odpowiada treści i wymaganiom określonym w SIWZ. Brak podania tej wartości należało uznać za wystąpienie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ oraz za wystąpienie błędu w obliczeniu ceny. Można byłoby dyskutować, czy możliwe było

wstawienie wartości „0,00" w przedmiotową kolumnę nr 5 i czy taka wycena zgodna jest z zapisami SIWZ oraz czy sytuację taką można określić jako wystąpienie błędu w obliczeniu ceny, jednakże nie jest to okoliczność, z którą mamy do czynienia w przypadku formularza cenowego Odwołującego Turbo. Odwołujący świadomie, bądź nieświadomie (przez przeoczenie) kolumny nr 5 nie wypełnił, a pojawienie się wartości 0,00 w wierszu 18 tabeli jest jedynie wynikiem działań matematycznych właściwych dla danego wiersza, a właściwie braku jednego z elementów do przeprowadzenia tego działania. Nie są zatem uprawnione twierdzenia Odwołującego Turbo, że w sposób celowy i świadomy podał on wartość 0,00 zł w kolumnie 5, taka bowiem okoliczność z treści oferty nie wynika. Kolumna nr 5 nie ma żadnej treści, do której można byłoby prowadzić rozważania teoretyczne, czy takie jej wypełnienie było prawidłowe i uprawnione.

Izba podziela argumentację Zamawiającego, iż niepodanie wymaganych wartości jest istotnym brakiem treści oferty, oznacza bowiem brak określenia elementów ceny jednostkowej czyli elementów istotnych dla przyszłego zobowiązania umownego, na podstawie których wyliczane będzie wynagrodzenie wykonawcy oraz dokonywane będą zmiany tego wynagrodzenia w dopuszczalnym zakresie. Brak ten powoduje, że oferta danego Wykonawcy w warstwie merytorycznej nie odpowiada wymaganiom SIWZ, ponieważ treścią oferty nie objęto całego zakresu przedmiotowego przyszłego zobowiązania, nie wyceniając jednego z istotnych jego elementów, płaconego w formie ryczałtu. Brak podania wartości ceny jednostkowej netto powoduje, że niemożliwe jest ustalenie wynagrodzenia za wykonanie elementu umowy w toku jej realizacji. Jest to istotna nieścisłość treści oferty Wykonawcy, której Zamawiający nie może samodzielnie poprawić, brak bowiem możliwości samodzielnego wyliczenia tej wartości na podstawie innych danych wynikających z formularza cenowego. Nie jest także możliwe zwrócenie się do Wykonawcy w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie treści oferty, bowiem taka treść nie istnieje. Wyjaśniać można elementy oferty istniejące w momencie składania oświadczenia woli w postaci oferty przez Wykonawcę. W przedmiotowej sprawie zastosowanie art. 87 ust.1 ustawy Pzp doprowadziłoby do powstania nowych elementów oferty, już po wyznaczonym terminie składania ofert, co uznać należy za prowadzenie niedopuszczalnych między Zamawiającym a Wykonawcą negocjacji. Zamawiający w sposób prawidłowy zastosował

dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp co do oferty Odwołującego Turbo.

Izbie trudno także sobie wyobrazić w jaki sposób Zamawiający mógłby dokonać poprawienia w treści oferty innej omyłki, nie powodującej istotnej zmiany w treści oferty, skoro podstawowy element oświadczenia woli danego wykonawcy - czyli cena jednostkowa za określony rodzaj prac, z formularza nie wynika. W takiej sytuacji każda zmiana treści formularza przez Zamawiającego miałaby charakter zmiany istotnej, skoro z innych danych znajdujących się w formularzu cenowym nie dało się wywieść cen jednostkowych dla brakującej pozycji.

Taki brak w treści oferty należało również uznać za błąd w obliczeniu ceny, z uwagi na określenie przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania w jaki sposób tę cenę należało obliczyć.

Błędem w obliczeniu ceny, w rozumieniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, jest błąd co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, nie zaś wadliwe od strony technicznej wykonanie czynności arytmetycznych składających się na obliczenie ceny. Błąd w obliczeniu ceny zachodzi, jeśli cena oferty została obliczona w sposób niezgodny ze sposobem jej obliczenia podanym w dokumentacji przetargowej lub gdy w cenie oferty przykładowo uwzględniono niewłaściwą stawkę podatku VAT. Błędem będzie także zastosowanie niewłaściwych jednostek miar, niewłaściwych ilości lub zakresu czynności. Błędy w obliczeniu ceny charakteryzują się tym, że nie można ich w żaden sposób poprawić. Z takim właśnie błędem w obliczeniu ceny mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający podał bowiem sposób obliczenia ceny dla określonych kategorii prac ujętych w formularzu cenowym w kolumnach 4 i 5, a wynikowo w wierszu 18 tabeli, a Odwołujący Turbo dokonał kalkulacji w sposób odmienny od wymaganego.

W uchwale z dnia 6 marca 2012 r., KIO/KD 25/12, zwrócono uwagę, że: „O błędzie w obliczeniu ceny będziemy mogli mówić w sytuacji, gdy cena została skalkulowana

w sposób, który nie uwzględnia cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu i warunków

realizacji". Wykonawca nie podając wartości jednostkowej netto miesięcznego wynagrodzenia cyklicznego za utrzymanie elementu zgodnie z warunkami OPZ (z wyłączeniem wykonania ilości jednostek wymaganych do wykonania w ciągu roku określonych w kolumnie 7) zachował się właśnie w sposób nie uwzględniający zakresu i warunków realizacji przyszłego świadczenia.

Odwołujący Turbo na rozprawie wycofał twierdzenia odwołania, że w poz. 12 Formularza 2.2.a. „Remont nawierzchni z kostki betonowej" ujęto wartość usług wynikającą z kolumny nr 5, więc Izba nie zajmuje stanowiska co do poprawności takiego działania i takiej konstrukcji oferty.

W przypadku pozycji nr 14 Grupy II - Utrzymanie sygnalizacji świetlnej - Izba ustaliła, że Zamawiający w treści Załącznika 2.2.a formularza cenowego, którego wzór mieli wypełnić wykonawcy, określił jednostkę miary w kolumnie 3 (kpl) oraz ilość w kolumnie 4 (10). Do wypełnienia dla wykonawców pozostawały kolumny 5 i 6. Odwołujący Turbo w ofercie ujął w tabeli swojego formularza jedynie jednostkę miary (kolumna 3), przekreślając i pozostawiając bez treści kolumny 4 do 6 formularza.

Także w przypadku tej pozycji formularza cenowego bezsprzecznie należy stwierdzić, iż sposób jej wypełnienia w kwestiach merytorycznych nie odpowiada wymaganiom SIWZ. Wykonawca nie podając wartości w kolumnach 4 do 6 wiersza 14. Grupa II nie objął zakresem świadczenia umownego tych elementów opisu przedmiotu zamówienia, nie określił cen jednostkowych za utrzymanie sygnalizacji świetlnej. Być może powodem powyższego była pewna nieścisłość, na którą Odwołujący Turbo zwrócił uwagę na rozprawie i w odwołaniu, mianowicie okoliczność, że opis przedmiotu zamówienia (pozycja 31 Załącznik 1a do OPZ, punkt 2.13 OPZ „utrzymanie sygnalizacji świetlnej - zapis fakultatywny") zawierał przekreślone kolumny 4 do 6. Dostrzeżenia zdaniem Izby jednak wymaga, że decydujący wpływ dla kształtu oferty, czyli określenia zakresu przyszłego zobowiązania umownego danego wykonawcy miała treść załącznika 2.2.a do SIWZ. Tę bowiem tabelę wypełniali wykonawcy określając jakich cen jednostkowych netto oczekują za opisane przez Zamawiającego czynności do wykonania, czyli opis przedmiotu umowy. Izba nie dopatrzyła się w działaniach Zamawiającego wprowadzenia wykonawców w błąd, że nie nałożono na nich obowiązku przedstawienia: ilości jednostek elementów drogi do utrzymania, ilości jednostek wymaganych do wykonania w ciągu roku w zakresie „Utrzymania sygnalizacji świetlnej". Zamawiający w Załączniku 2.2.a podał ilość jednostek do wykonania (10 kpl) i taką ilość miał wycenić każdy z wykonawców. Odwołujący temu obowiązkowi nie sprostał. Izba nie znalazła podstaw do uznania, że Zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 ustawy Pzp podczas opisu przedmiotu zamówienia, z pewnością nie można stwierdzić, że opis przedmiotu zamówienia nie określał jego zakresu i ilości w ramach pozycji

14 Grupy II formularza cenowego. Dane te zostały w precyzyjny sposób określone, do Wykonawcy należała wycena elementu, czego Odwołujący Turbo nie uczynił.

Na zasadność odwołania nie mogła wpłynąć przywołana w nim okoliczność, że utrzymanie sygnalizacji świetlnej na odcinku dróg zarządzanych przez Zamawiającego, zbieżnym z odcinkiem drogi objętej przedmiotem zamówienia, wykonują inne podmioty, z którymi Zamawiającego łączy obecnie odrębna umowa. Motyw ten nie był częścią opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiający nie wspominał o umowie w SIWZ, a jak ustalił sam Odwołujący w trybie dostępu do informacji publicznej, rzeczona umowa obowiązuje do 31 maja 2022 roku, podczas gdy przedmiotowa umowa zawierana jest na 6 lat, czyli okres dużo dłuży. W takiej sytuacji, zdaniem Izby, Zamawiający miał prawo wymagać od wykonawców podania stawki za utrzymanie sygnalizacji świetlnej, co zabezpieczy jego uzasadnione potrzeby i zabezpiecza wykonanie prac w przyszłości.

Za zupełnie oderwane od rzeczywistości i treści złożonego przez Odwołującego Turbo formularza ofertowego, należy uznać dywagacje odwołania, że prace w pozycji nr 14 zostały wycenione w poz. 8 Grupy II - Utrzymanie barier ochronnych (błędnie w odwołaniu wskazano pozycję 9 formularza). Ponadto tak zaprezentowane stanowisko jest wewnętrznie sprzeczne. Skoro bowiem Odwołujący jest przekonany o braku obowiązku wyceny danego elementu, nieuzasadniona wydaje się więc jego wycena w innej pozycji formularza, na dodatek odnoszącej się do kompletnie odmiennego typu prac i innych elementów przedmiotu zamówienia (bariery ochronne). Abstrahując od oceny czy w ogóle na podstawie zapisów SIWZ przedmiotowego postępowania taka możliwość istniała, trudno zgodzić się ze stanowiskiem, że Zamawiający w tej kwestii przed odrzuceniem oferty Odwołującego 2, powinien zastosować art. 87 ust. 1 ustawy Pzp lub też, że powinien „domyślić się", że pozycja nr 8 obejmuje również wycenę elementu dla pozycji nr 14. Przede wszystkim podkreślić należy, iż taka informacja nie wynika z żadnego elementu Załącznika 2.2.a złożonego wraz z ofertą Odwołującego. W pozycji nr 8 (ani żadnej innej formularza) nie ma dodatkowego komentarza, że wycena obejmuje prace inne, dodatkowe niż wynikające z danej pozycji. Twierdzenia Odwołującego nie są poparte żadnymi dowodami wynikającymi z treści oferty, natomiast dołączone do odwołania i złożone na rozprawie kalkulacje dodatkowe dla pozycji nr 8 mają charakter wtórny do treści tej pozycji i nie dowodzą, że wyceniono w niej inne niż wymagane elementy prac, poza tym kalkulacje te powstały najprawdopodobniej już po terminie składania ofert i nie były częścią oferty. Pozycja nr 8 ma także określoną inną jednostkę miary (mb). Wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień odnośnie do treści oferty może mieć miejsce, gdy ta treść rodzić może po stronie Zamawiającego wątpliwości, tymczasem w przedmiotowym postępowaniu o takich wątpliwościach nie może być mowy, bowiem treść oferty w tym zakresie nie istniała, nie istniała zatem możliwość jej interpretacji.

Taką sytuację, która zaistniała w pozycji 14 formularza cenowego również uznać należy za błąd w obliczeniu ceny. Argumentacja Izby jest w tej mierze zbieżna z przedstawioną w odniesieniu do kolumny 5 formularza. Wykonawca przyjął mylne założenia, bowiem punktem wyjścia do skalkulowania ceny jest inny stan faktyczny niż wynika ze SIWZ. Powyższe wskazuje, że chodzi o błąd, który każdy z wykonawców może popełnić, czyniąc podstawą wyceny zamówienie, które nie odpowiada opisowi przedmiotu zamówienia, a więc temu, czego oczekiwał Zamawiający. Z błędem w obliczeniu ceny będziemy mieli do czynienia w sytuacji, w której kalkulacja ceny oferty nie obejmuje całego przedmiotu zamówienia.

Reasumując, Izba nie dopatrzyła się wskazywanych w petitum odwołań naruszeń przepisów ustawy Pzp w zakresie merytorycznie rozpoznanych zarzutów, co skutkowało koniecznością ich oddalenia.

W niniejszej sprawie odwołania, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie podlegały oddaleniu w całości. W tej sytuacji odpowiedzialność za wynik postępowania odwoławczego ponosili w całości poszczególni Odwołujący AVR i Turbo. Zatem to te Strony obciążono całością kosztów postępowania odwoławczego w poszczególnych sprawach. Na koszty postępowania odwoławczego składały się wpisy uiszczone przez Odwołujących oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w poszczególnych sprawach, ustalone na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b oraz na podstawie § 5 ust. 4 w zw. z § 3 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 (t. jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Na podstawie art. 192 ust. 8 w związku z art. 189 ust. 1 ustawy Pzp w sprawie wydano łączne orzeczenie.

Przewodniczący: .....