

Sygn. akt: KIO 275/24

WYROK

Warszawa, dnia 19 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Ewa Sikorska

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 stycznia 2024 roku przez wykonawcę **K.Ł.** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Gminę Trzebinia w Trzebini**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: wykonawcy: **AVR Spółka akcyjna w Krakowie**

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **K.Ł.** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **K.Ł.** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **K.Ł.** na rzecz zamawiającego – **Gminy Trzebinia w Trzebini** – kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 275/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Trzebinia w Trzebini – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest zimowe utrzymanie dróg 2024 – 2026.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 roku, poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 26 stycznia 2024 roku wykonawca **K.Ł.**, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **K.K.** (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty **Krymex** z uwagi na jej rzekomą niezgodność z warunkami zamówienia, pomimo że oferta odwołującego w pełni uwzględnia wymagania ujęte w dokumentach zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

2.1.art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez odrzucenie oferty odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia, pomimo że treść oferty odwołującego w pełni odpowiada warunkom zamówienia, w związku z art. 16 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości;

2.2.na wypadek dokonania przez Izbę odmiennej oceny stanu faktycznego niż zaprezentowana w uzasadnieniu zarzutu 2.1. i w konsekwencji uznania przez Izbę, że specyfikacja warunków zamówienia (SWZ) jest niejednoznaczna w stopniu uniemożliwiającym wykonawcom złożenie porównywalnych ofert, odwołujący zarzucił naruszenie art. 255 pkt 6 w związku z art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p. ewentualnie art. 255 pkt 6 ustawy P.z.p. w związku z art. 58 Kodeksu cywilnego lub w związku z art. 70(5) kodeksu cywilnego (dalej: „KC”) oraz w związku z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez brak unieważnienia postępowania, pomimo że jest ono obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, ze względu na prowadzenie go w sposób nie zapewniający uczciwej konkurencji i przejrzystości z uwagi na skonstruowanie formularzy wycen cen ofertowych w poszczególnych częściach (sektorach) w sposób, który umożliwił różną ich interpretację i przyjęcie różnych danych co do kilometrażu dróg w zakresie posypywania do wycen, w wyniku czego nie jest możliwe zbadanie zgodności treści ofert z warunkami zamówienia, a złożone w postępowaniu oferty są nieporównywalne.

Mając na względzie powyższe zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

3.1. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy AVR S.A. (dalej także: przystępujący);

3.2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Krymex;

3.3. dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Krymex;

na wypadek dokonania przez Izbę odmiennej oceny stanu faktycznego niż zaprezentowana w uzasadnieniu zarzutu 2.1. i w konsekwencji uznania przez Izbę, że SWZ jest niejednoznaczna w stopniu uniemożliwiającym wykonawcom złożenie porównywalnych ofert, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

3.1. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy AVR S.A.;

3.2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego;

3.4. unieważnienia postępowania;

Ponadto odwołujący wniósł o:

3.5. o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwołujący podniósł, że posiada interes we wniesieniu odwołania, w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Oferta odwołującego ma najniższą cenę spośród złożonych ofert w postępowaniu, tym samym w sytuacji, gdyby zamawiający bezpodstawnie jej nie odrzucił, to oferta odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza. Odwołujący może więc ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów prawa, bowiem, gdyby zamawiający przeprowadził czynności w postępowaniu zgodnie z przepisami ustawy P.z.p., nie doszłoby do odrzucenia oferty odwołującego. W konsekwencji to odwołujący uzyskałby zamówienie, co umożliwiłoby mu uzyskanie zysków z jego realizacji. Wadliwe działania zamawiającego spowodowały brak uzyskania zamówienia przez odwołującego i generują szkodę w postaci nieuzyskania zysków wynikających z realizacji zamówienia.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 13 lutego 2024 roku wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca AVR Spółka akcyjna w Krakowie. Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 13 lutego 2024 roku wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie: „Zimowe utrzymanie dróg 2024-2026”. Postępowanie zostało wszczęte w dniu 18 października 2023 roku.

Dowód: ogłoszenie o zamówieniu z dnia 18 października 2023 roku

Zgodnie z pkt. V ust. I Specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), zamówienie jest podzielone na 6 sektorów/części - części zamówienia stanowią sektory od A do G:

Część I Sektor A Drogi gminne na terenie Miasta Trzebini oraz Sołectwa Młoszowa- 40,27 km. (zał. nr A do SWZ)

Część 2 Sektor B Drogi gminne na terenie Miasta Trzebini- 75,39 km (zał. nr B do SWZ)

Część 3 Sektor C Sołectwa Myślachowice, Płoki, Czyżówka- 24,26 km. (zał. nr C do SWZ)

Część 4 Sektor D Sołectwo Lgota- 5,6 km (zał. nr D do SWZ)

Część 5 Sektor E Sołectwa Psary, Karniowice, Dulowa —27,31 km. (zał. nr E do SWZ)

Część 6 Sektor F Sołectwa Młoszowa, Piła Kościelecka, Bołęcín - 25,1 km. (zał. nr F do SWZ).

„Standardy utrzymania dróg:

Odsnieżanie i posypywanie dróg gminnych odbywać się będzie zgodnie ze standardami utrzymania dróg na terenie Miasta i Gminy Trzebienia, które zostały opisane w załączniku H do SWZ W celu zapewnienia przejeźdności:

1) na drogach gminnych w sektorze I i III objętych: I standardem zimowego utrzymania należy zastosować posypywanie piaskiem z solą lub solanką (zastosowanie solanki do - 5°C natomiast posypywanie piaskiem z solą poniżej -5°C), usuwanie błota śnieżnego oraz zlodowaciałych warstw śniegu,

2) na drogach gminnych w sektorze I objętych: II, III i IV standardem zimowego utrzymania należy zastosować posypywanie piaskiem z solą lub solanką (zastosowanie solanki do - 5°C natomiast posypywanie piaskiem z solą poniżej - 5°C), usuwanie błota śnieżnego oraz zlodowaciałych warstw śniegu,

3) na drogach gminnych w sektorach III, V, VI objętych: II standardem zimowego utrzymania należy zastosować posypywanie piaskiem, usuwanie błota śnieżnego oraz ubitych i zlodowaciałych warstw śniegu".

Zgodnie z Załącznikiem H zamawiający określił następujące standardy:

Lp	Standard	Opis stanu utrzymania drogi dla danego standardu	Dopuszczalne odstępstwa od standardu			
			po ustaniu opadów śniegu		od stwierdzenia występowania zjawisk	
1	2	3	4		5	
1.	I	Jezdnia odśnieżona na całej szerokości Jezdnia posypana na całej długości	<ul style="list-style-type: none"> •• • luźny •• • błoto pośniegowe •• • zajeżdżony (cienka warstwa nie utrudniająca ruchu) 	<ul style="list-style-type: none"> • 4 godz • 4 godz • występuje 	<ul style="list-style-type: none"> • goleleź • szron • szadź • pośniegowa • lodowica 	<ul style="list-style-type: none"> • 3 godz • 3 godz • 3 godz • 4 godz • 4 godz
2.	II	Jezdnia odśnieżona na całej szerokości Jezdnia posypana na: <ul style="list-style-type: none"> ••• skrzyżowaniach □ z drogami ••• skrzyżowaniach □ z koleją ••• odcinkami o nachyleniu > 4% ••• przystankach autobusowych ••• innych miejscach ustalonych przez zarząd drogi 	<ul style="list-style-type: none"> •• • luźny •• • zajeżdżony •• • zaspasy, języki śniegowe: lokalnie <p>utrudnienia dla samochodów osobowych</p>	<ul style="list-style-type: none"> ••• 6 godz ••• w występuje □ ••• 6 godz 	<p>w miejscach wyznaczonych:</p> <ul style="list-style-type: none"> • goleleź • szron • szadź • pośniegowa • lodowica 	<ul style="list-style-type: none"> • 5 godz • 5 godz • 5 godz • 6 godz • 5 godz
3.	III	Jezdnia odśnieżona na całej szerokości Jezdnia posypana na odcinkach decydujących o możliwości ruchu	<ul style="list-style-type: none"> •• • luźny •• • zajeżdżony •• • języki śnieżne •• • zaspasy <p>Dopuszcza się przerwy w komunikacji do 8 godz.</p>	<ul style="list-style-type: none"> ••• 8 godz ••• w występuje ••• w występują ••• do 8 godz. 	<p>w miejscach wyznaczonych:</p> <ul style="list-style-type: none"> • goleleź • pośniegowa • lodowica 	<ul style="list-style-type: none"> • 8 godz • 10 godz • 8 godz
4.	IV	Prowadzi się interwencyjne odśnieżania w zależności od potrzeb Jezdnia odśnieżona w miejscach zasp, odśnieżony co najmniej jeden pas ruchu z wykonaniem mjanek Jezdnia posypana □ na odcinku decydującym o możliwości ruchu	<ul style="list-style-type: none"> •• • luźny •• • zajeżdżony •• • nabój śnieżny •• • zaspasy <p>Dopuszcza się przerwy w komunikacji do 16 godz.</p>	<ul style="list-style-type: none"> ••• 16 godz ••• w występuje ••• w występuje ••• w występują do 16 godz. 	<p>w miejscach wyznaczonych:</p> <ul style="list-style-type: none"> • goleleź • pośniegowa 	<ul style="list-style-type: none"> • 8 godz

W postanowieniach wzoru umowy, stanowiącego Załącznik nr 3 do SWZ, wskazano, że:

„§ 1

Zamawiający zleca, a Wykonawca przyjmuje do realizacji świadczenie usług polegających na „Zimowym utrzymaniu dróg 2024 - 2026 w 6 sektorach:

Odśnieżanie i posypywanie dróg gminnych odbywać się będzie zgodnie ze standardami utrzymania dróg na terenie Miasta i Gminy Trzebinia, które zostały opisane w załączniku nr 3 do umowy.

W celu zapewnienia przejezdności na drogach gminnych w sektorze A, B i C objętych: I standardem zimowego utrzymania należy zastosować posypywanie piaskiem z solą lub solanką (zastosowanie solanki do 5°C natomiast posypywanie piaskiem z solą poniżej -5°C), usuwanie błota śnieżnego oraz zlodowaciałych warstw śniegu.

Na drogach gminnych w sektorze A i B objętych: II, III i IV standardem zimowego utrzymania należy zastosować posypywanie piaskiem z solą lub solanką (zastosowanie solanki do 5°C natomiast posypywanie piaskiem z solą poniżej -5°C), usuwanie błota śnieżnego oraz zlodowaciałych warstw śniegu.

Na drogach gminnych w sektorach C, D, E i F objętych: II standardem zimowego utrzymania należy zastosować posypywanie piaskiem, usuwanie błota śnieżnego oraz ubitych i zlodowaciałych warstw śniegu

Powyższe prace we wszystkich standardach utrzymania dróg należy wykonywać sukcesywnie, aby zapewnić przejezdność oraz bezpieczeństwo na drogach.”

Wedle § 2 ust. 2 wzoru umowy:

„2. Wykonawca zobowiązuje się do świadczenia usług sukcesywnie i w sposób gwarantujący stałą przejezdność dróg”.

Zgodnie z Rozdz. XIX SWZ „Sposób obliczenia ceny:

1. Cena ma być podana jako cena ryczałtowa brutto oraz obowiązujący podatek VAT z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku dla każdego roku osobno - załącznika 1a do 1f do oferty. Zaoferowana cena brutto w ofercie winna stanowić sumą kwot brutto za rok 2024, rok 2025 i rok 2026 wskazaną na załączniku do oferty- wycena ofertowa dla każdego sektora na załącznikach odpowiednio od 1a,2a, 3a do 1f.

2. Cena oferty musi zawierać wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia wynikające wprost z dokumentacji przetargowej. Niedoścadowanie, pominięcie oraz brak rozpoznania zakresu przedmiotu umowy nie może być podstawą do zwiększenia wynagrodzenia.

Zgodnie z rozdz. XX SWZ, jedynym kryterium w postępowaniu była cena o wadze 100%.

Zgodnie z Rozdz. XVI „Opis sposobu przygotowania i składania oferty ust. 23 SWZ, wraz z formularzem ofertowym stanowiącym zał. 1 do SWZ w terminie składania ofert wykonawca zobowiązany był złożyć m.in. wycenę ofertową — odpowiednio załącznik od 1a, 2a, 3a do 1f do oferty.

Wyceny w poszczególnych sektorach miały polegać na uzupełnieniu przygotowanych przez zamawiającego formularzy, zawierających tabele, w których zamawiający przewidział i wypełnił sam następujące rubryki w odniesieniu do każdego standardu utrzymania dróg: numer standardu (I-IV), rodzaje czynności do wykonania (odśnieżanie, posypywanie), długość dróg w kilometrach (wskazana osobno dla odśnieżania i osobno dla posypywania), krotność czynności w miesiącu. Następne rubryki, które miały zostać wypełnione już przez wykonawców, to: cena za 1 km, wartość netto za 1 miesiąc, wartość netto za 5 miesięcy, wartość brutto za 1 miesiąc, wartość brutto za 5 miesięcy.

Pod tabelą zamieszczony został następujący tekst:

Założenia

1) Standard I - odśnieżanie minimum 30 x w miesiącu i posypywanie minimum 30x w miesiącu na całej długości

2) Standard II- odśnieżanie minimum 30x w miesiącu na całej długości, posypywanie minimum 30 x w miesiącu na ½ długości

3) Standard III- odśnieżanie na całej długości, posypywanie na ¼ długości minimum 30 razy w miesiącu

4) Standard IV - odśnieżanie na całej długości, posypywanie na 1/10 długości minimum 30 razy w miesiącu.

W sektorze A przyjęto cztery standardy utrzymania dróg na długościach:

- I standard – 12,05 km do odśnieżania, 12,05 km do posypywania,
- II standard – 18,75 km do odśnieżania, 9,37 km do posypywania,
- III standard – 17,45 km do odśnieżania, 1,86 km do posypywania,
- IV standard – 2,02 km do odśnieżania, 0,2 km do posypywania.

W sektorze B przyjęto cztery standardy utrzymania dróg na długościach:

- I standard - 9,78 km do odśnieżania, 9,78 km do posypywania,
- II standard – 18,3 do odśnieżania, 9,15 km do posypywania,
- III standard – 41,22 km do odśnieżania, 10,03 km do posypywania,
- IV standard – 6,09 km do odśnieżania, 0,6 km do posypywania.

W sektorze C przyjęto dwa standardy utrzymania dróg na długościach:

- I standard – 1,12 km do odśnieżania, 1,12 km do posypywania,
- II standard – 23,14 km do odśnieżania, 11,57 km (1/2 długości odśnieżania)

W sektorze E przyjęto jeden standard utrzymania dróg na długościach:

- II standard – 27,31 km do odśnieżania, 13,66 km do posypywania

W sektorze F przyjęto jeden standard utrzymania dróg do posypywania na długościach:

- II standard – 25,1 km do odśnieżania, 12,55 km do posypywania.

Dowód: SWZ

W dniu 24 listopada 2023 r. zamawiający dokonał otwarcia ofert w postępowaniu. Zamawiający podał następujące informacje: Kwota przeznaczona na realizację zamówienia to: część 1: 2 724 433,82 PLN, część 2: 3 454 372,35 PLN, część 3: 983 400,69 PLN, część 4: 218 576,23 PLN, część 5: 1 066 116,60 PLN, część 6: 979 689,86 PLN brutto.

Otwarto oferty złożone przez następujących Wykonawców:

CZĘŚĆ I Sektor A:

Oferta nr 1

K.Ł., Konstytucji 69/14, 41-906 Bytom, REGON: 243462382

Cena - 1 753 192,19 PLN

Oferta nr 2

AVR S.A. ul. J.D. 93/4, 31-031 Kraków, REGON: 144407454 Cena - 2 329 436,23 PLN

CZĘŚĆ II Sektor B:

Oferta nr 1

K.Ł., Konstytucji 69/14, 41-906 Bytom, REGON: 243462382

Cena - 2 607 179,98 PLN,

Oferta nr 2

AVR S.A. ul. J.D. 93/4, 31-031 Kraków, REGON: 144407454 Cena - 2 971 170,07 PLN

CZĘŚĆ III Sektor C:

Oferta nr 1

K.Ł., Konstytucji 69/14, 41-906 Bytom, REGON: 243462382

Cena - 741 518,13 PLN,

Oferta nr 2

AVR S.A. ul. J.D. 93/4, 31-031 Kraków, REGON: 144407454 Cena - 905 504,18 PLN

CZĘŚĆ IV Sektor D:

Oferta nr 1

AVR S.A. ul. J.D. 93/4, 31-031 Kraków, REGON: 144407454 cena - 207 567,36 PLN

CZĘŚĆ V Sektor E:

Oferta nr 1

K.Ł., Konstytucji 69/14, 41-906 Bytom, REGON: 243462382, Cena – 753 741,71 PLN,

Oferta nr 2

AVR S.A. ul. J.D. 93/4, 31-031 Kraków, REGON: 144407454 Cena - 977 900,04 PLN

CZĘŚĆ VI Sektor F:

Oferta nr 1

K.Ł., Konstytucji 69/14, 41-906 Bytom, REGON: 243462382, Cena - 762 412,50 PLN,

Oferta nr 2

AVR S.A. ul. J.D. 93/4, 31-031 Kraków, REGON: 144407454, Cena - 898 630,20 PLN.

Dowód: informacja z otwarcia ofert z dnia 24 listopada 2023 roku

Pismem z dnia 6 grudnia 2023 roku zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień, wskazując, co następuje:

Zamawiający wzywa do wyjaśnienie czy przedmiot zamówienia został wyceniony zgodnie SWZ oraz potwierdzenie na podstawie stosownej kalkulacji i dowodów, że zaproponowana w ofercie cena w Sektorach A, B, C, E i F dot. posypywania dróg jest realna.

W sektorze A cena posypywania jest niższa od kwoty kosztorysowej Zamawiającego o 498%.

W sektorze B cena posypywania jest niższa od kwoty kosztorysowej Zamawiającego o 544%. W sektorze C cena posypywania jest niższa od kwoty kosztorysowej Zamawiającego o 516 %. W sektorze E cena posypywania jest niższa od kwoty kosztorysowej Zamawiającego o 532 %.

*W sektorze F cena posypywania jest niższa od kwoty kosztorysowej Zamawiającego o 441 %. Sposób rozliczenia nie może być uzależniony od rażącego zaniżenia ceny w asortymencie dot. czynności *posypywania, która to czynność była odrębnym elementem wyceny i stanowi kluczową składową wyceny kosztów zimowego utrzymania dróg.*

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 przedmiot umowy, którym nie jest tylko odśnieżanie dróg, ale również zwalczanie śliskości i goleddzi. Zamawiający w celu ustalenia czy oferty zawierają 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 wyjaśnień kwestii ujęcia w cenie oferty wszystkich kosztów towarzyszących wykonaniu przedmiotu umowy (zamówienia) w zakresie czynności posypywania dróg wraz z podaniem wartości tych czynności.

Zamawiający prosi o szczegółowe wyjaśnienia jakie obiektywne czynniki spowodowały obniżenie ceny posypywania.

Podsumowując Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień dotyczących posypywania potwierdzając realność, opłacalność i rynkowość dokonywanej wyceny.

Przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami muszą być merytoryczne a przedstawienie kalkulacji i dowodów muszą dostarczyć Zamawiającemu materiał do oceny.

W sektorze A jednostkowa cena posypywania, która kształtuje cenę globalną asortymentu posypywanie w Państwa ofercie wynosi od 24,00 zł do 24,10 w okresie realizacji umowy tj. 2024, 2025, 2026. Średnia cena tego asortymentu to 24,05 zł/ 1 km posypywania. Cena ta stanowi 24,05 zł do 119,82 zł ceny Zamawiającego sporządzonej na podstawie rzetelnego kosztorysu inwestorskiego zgodnego z Rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 27 października 2005 r. w sprawie rodzajów i warunków stosowania środków, jakie mogą być używane na drogach publicznych oraz ulicach i placach oraz z wytycznymi dotyczącymi zimowego utrzymania dróg.

W sektorze B jednostkowa cena posypywania, która kształtuje cenę globalną asortymentu posypywanie w Państwa ofercie wynosi 22,00 zł w okresie realizacji umowy tj. 2024, 2025, 2026.

Średnia cena tego asortymentu to 22,00 zł/ 1 km posypywania. Cena ta stanowi 22,00 zł do 119,82 zł ceny Zamawiającego sporządzonej na podstawie rzetelnego kosztorysu inwestorskiego zgodnego z Rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 27 października 2005 r. w sprawie rodzajów i warunków stosowania środków, jakie mogą być używane

na drogach publicznych oraz ulicach i placach oraz z wytycznymi dotyczącymi zimowego utrzymania dróg.

W sektorze C jednostkowa cena posypywania, która kształtuje cenę globalną asortymentu posypywanie w Państwa ofercie wynosi od 18,00 zł do 22,00 w okresie realizacji umowy tj. 2024, 2025, 2026. Średnia cena tego asortymentu to 19,33 zł/ 1 km posypywania. Cena ta stanowi 19,33 zł do 99,80 zł ceny Zamawiającego sporządzonej na podstawie rzetelnego kosztorysu inwestorskiego zgodnego z Rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 27 października 2005 r. w sprawie rodzajów i warunków stosowania środków, jakie mogą być używane na drogach publicznych oraz ulicach i placach oraz z wytycznymi dotyczącymi zimowego utrzymania dróg.

W sektorze E jednostkowa cena posypywania, która kształtuje cenę globalną asortymentu posypywanie w Państwa ofercie wynosi 15,00 zł w okresie realizacji umowy tj. 2024, 2025, 2026. Średnia cena tego asortymentu to 15,00 zł/ 1 km posypywania. Cena ta stanowi 15,00 zł do 79,84 zł ceny Zamawiającego sporządzonej na podstawie rzetelnego kosztorysu inwestorskiego zgodnego z Rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 27 października 2005 r. w sprawie rodzajów i warunków stosowania środków, jakie mogą być używane na drogach publicznych oraz ulicach i placach oraz z wytycznymi dotyczącymi zimowego utrzymania dróg.

W sektorze F jednostkowa cena posypywania, która kształtuje cenę globalną asortymentu posypywanie w Państwa ofercie wynosi od 18,00 zł do 18,10 w okresie realizacji umowy tj. 2024, 2025, 2026. Średnia cena tego asortymentu to 18,07 zł/ 1 km posypywania. Cena ta stanowi 18,07 zł do 79,84 zł ceny Zamawiającego sporządzonej na podstawie rzetelnego kosztorysu inwestorskiego zgodnego z Rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 27 października 2005 r. w sprawie rodzajów i warunków stosowania środków, jakie mogą być używane na drogach publicznych oraz ulicach i placach oraz z wytycznymi dotyczącymi zimowego utrzymania dróg.

Dowód: pismo z 6 grudnia 2023 roku

W odpowiedzi z dnia 13 grudnia 2023 roku odwołujący zawarł informacje, z których wynika między innymi, że przyjął on następujące długości dróg do posypywania:

Sektor A:

- I standard - 12,05 km
- II standard - 4,68 km
- III standard - 20,46 km
- IV standard - 0,02 km.

Sektor B:

- I standard - 9,8 km
- II standard - 4,58 km
- III standard - 2,58 km
- IV standard - 0,06 km.

Sektor C:

- I standard - 1,12 km
- II standard - 5,78 km

Sektor E:

- II standard - 6,83 km

Sektor F:

- II standard - 6,28 km.

Dowód: pismo z dnia 13 grudnia 2023 roku

Pismem z dnia 18 grudnia 2023 roku zamawiający poinformował o wyborze oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w sektorach A, B, C, E i F.

Dowód: pismo z dnia 18 grudnia 2023 roku

Pismem z dnia 22 grudnia 2023 roku zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności wyboru oferty w sektorze A, B, C, E i F.

Dowód: pismo z dnia 22 grudnia 2023 roku

Pismem z dnia 15 stycznia 2024 roku zamawiający poinformował o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w sektorach A, B, C, E i F. Jednocześnie zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego we wskazanych sektorach na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p., tj. z tego powodu, że oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ zaferowana i wyceniona usługa posypywania w każdym z sektorów jest niezgodna z wymaganiami postawionymi w SWZ. Zamawiający wskazał, że odwołujący nie dokonał obliczenia ceny zgodnie z założeniami zamawiającego poprzez zaniżenie kilometrażu do posypywania dróg. Oferta nie została sporządzona zgodnie z SWZ.

Dowód: pismo z 15 stycznia 2024 roku

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez odrzucenie oferty odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia, pomimo że treść oferty odwołującego w pełni odpowiada warunkom zamówienia, w związku z art. 16 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości. W ocenie Izby odwołujący złożył ofertę, która jest niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ zaferowana i wyceniona usługa jest niezgodna z wymaganiami postawionymi w SWZ. Izba podziela stanowisko zamawiającego, wyrażone w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej, iż odwołujący przyjął zaniżone ilości kilometrów do posypywania.

W ocenie Izby argumentacja odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. Analiza treści wskazanych przez odwołującego postanowień SWZ nie budzi wątpliwości Izby. Spór pomiędzy stronami wynikał w istocie z treści przygotowanych przez zamawiającego wzorów formularzy cenowych, zawierające tabele, w których zamawiający przewidział i wypełnił sam następujące rubryki w odniesieniu do każdego standardu utrzymania dróg: numer standardu (I-IV), rodzaje czynności do wykonania (odsnieżanie, posypywanie), długość dróg w kilometrach (wskazana osobno dla odsnieżania i osobno dla posypywania), krotność czynności w miesiącu. Następne rubryki, które miały zostać wypełnione już przez wykonawców, to: cena za 1 km, wartość netto za 1 miesiąc, wartość netto za 5 miesięcy, wartość brutto za 1 miesiąc, wartość brutto za 5 miesięcy.

Pod tabelą zamieszczony został następujący tekst:

Założenia

- 1) Standard I - odsnieżanie minimum 30 x w miesiącu i posypywanie minimum 30x w miesiącu na całej długości*
- 2) Standard II- odsnieżanie minimum 30x w miesiącu na całej długości, posypywanie minimum 30 x w miesiącu na ½ długości*
- 3) Standard III- odsnieżanie na całej długości, posypywanie na ¼ długości minimum 30 razy w miesiącu*
- 4) Standard IV - odsnieżanie na całej długości, posypywanie na 1/10 długości minimum 30 razy w miesiącu.*

Z danych zawartych w rubrykach „Długość dróg w kilometrach” wynika, że zamawiający, uzupełniając je, uwzględnił już założenia zawarte pod tabelą, wpisując całą długość dróg do odsnieżenia oraz wymaganą długość dróg do posypywania, tj. całą długość w standardzie I, ½ długości w standardzie II, ¼ długości w standardzie III i długości w standardzie IV. Okoliczność ta jest w ocenie Izby oczywista, widoczna na pierwszy rzut oka i niewymagająca, dla jej weryfikacji, wykonywania skomplikowanych operacji matematycznych. Zaakceptowanie odmiennego stanowiska, tj. stanowiska prezentowanego przez odwołującego, polegającego na przemnożeniu podanych przez zamawiającego długości dróg do posypywania przez podane w założeniach ułamki (odpowiednio ½, ¼ i dla standardu II, III i IV) jest o tyle nieuzasadnione, iż wymagałoby przyjęcia, że długość dróg o danym standardzie utrzymania jest różna, zależna od czynności, które należy na nich wykonać. Takie stwierdzenie byłoby kuriozalne w sytuacji, gdy długość dróg w danym standardzie jest stała. Różne są jedynie długości, która powinny być odsnieżone albo od długości, które powinny być posypane.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 255 pkt 6 w związku z art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p., ewentualnie art. 255 pkt 6 ustawy P.z.p. w związku z art. 58 Kodeksu cywilnego lub w związku z art. 70(5) kodeksu cywilnego (dalej: „KC”) oraz w związku z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez brak unieważnienia postępowania, pomimo że jest ono obciążone wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, ze względu na prowadzenie go w sposób nie zapewniający uczciwej konkurencji i przejrzystości z uwagi na skonstruowanie formularzy wycen cen ofertowych w poszczególnych częściach (sektorach) w sposób, który umożliwił różną ich interpretację i przyjęcie różnych danych co do kilometrażu dróg w zakresie posypywania do wycen, w wyniku czego nie jest możliwe zbadanie zgodności treści ofert z warunkami zamówienia, a złożone w postępowaniu oferty są nieporównywalne.

Na wstępie rozważań dotyczących przytoczonego wyżej zarzutu Izba wskazuje, że nie podziela stanowiska odwołującego, jakoby złożone oferty były nieporównywalne. Podtrzymując stanowisko zawarte wyżej, Izba podkreśla, że zamawiający określił jasne i zrozumiałe warunki zamówienia, które w takim samym stopniu dotyczyły wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu, a wykonawcy ci konstruowali oferty z uwzględnieniem wskazanych warunków. W ocenie Izby obiektywna ocena ofert na podstawie wskazanych w SWZ warunków zamówienia jest najbardziej możliwa.

Jednocześnie Izba wskazuje, że zgodnie z art. 255 pkt 6 ustawy P.z.p. zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Przepis art. 255 pkt 6 ustawy P.z.p. ogranicza katalog podstaw do unieważnienia postępowania wyłącznie do podstaw wskazanych w treści art. 457 ust. 1 ustawy P.z.p. Ustawodawca zrezygnował bowiem z zamieszczenia w ustawie P.z.p. przepisu analogicznego do tego, który zawarty był w nieobowiązującej już ustawie z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019, poz. 1843 ze zm.), zgodnie z którym Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Możliwość unieważnienia umowy została zatem ograniczona wyłącznie do okoliczności wskazanych w art. 457 ust. 1 ustawy P.z.p.

Zgodnie z art. 457 ust. 1 ustawy P.z.p., umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający:

1) z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert;

2) zawarł umowę z naruszeniem art. 264 lub art. 308 ust. 2 lub 3 lub art. 421 ust. 1 lub 2 albo art. 577, jeżeli uniemożliwiło to Krajowej Izbie Odwoławczej uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy;

3) zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w art. 216 ust. 2;

4) z naruszeniem art. 314 ust. 1 pkt 3, ust. 3 i 4, art. 315 lub art. 422 ust. 2 lub 3 udzielił zamówienia objętego umową ramową;

5) z naruszeniem art. 323, art. 324 lub art. 391 ust. 4 lub 5 udzielił zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów.

Izba nie dostrzegła, by w przedmiotowym postępowaniu zaszły przesłanki, w których mowa w art. 457 ust. 1 ustawy P.z.p., zatem żądanie unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy P.z.p. należy uznać za nieuzasadnione.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....