

Sygn. akt KIO 1770/15
KIO 1772/15
KIO 1777/15
KIO 1784/15

WYROK
z dnia 3 września 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 września 2015 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 sierpnia 2015 r. przez:

- A. wykonawcę: **WŁODAN A. W. sp. j., Porszewice 31, 95 – 200 Pabianice,**
- B. wykonawcę: **MARKBUD Sp. z o. o., ul. Targowa 7, 99-200 Poddębice,**
- C. wykonawcę: **„GNOM” Sp. z o.o., ul. Techniczna 20, 92-518 Łódź,**
- D. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - **Konsorcjum:**
Budia Standard Sp. z o.o., T. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą
„BADERA” Firma Produkcyjno-Handlowo-Uslugowa T. B., Przedsiębiorstwo
Handlowo-Uslugowe „LARIX” Sp. z o.o.,
ul. Kopernika 11 E, 56-400 Oleśnica,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Generalna Dyrekcja Dróg**
Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, ul. Irysowa 2, 91 – 857 Łódź,

przy udziale:

- A. wykonawcy **„GNOM” Sp. z o.o., ul. Techniczna 20, 92-518 Łódź** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1770/15 po stronie zamawiającego,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum:**
Budia Standard Sp. z o.o., „BADERA” Firma Produkcyjno-Handlowo-Uslugowa
T. B., Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe „LARIX” Sp. z o.o.,
ul. Kopernika 11 E, 56-400 Oleśnica zgłaszających przystąpienie do postępowania

1

odwoławczego o sygn. akt KIO 1770/15, KIO 1772/15, KIO 1777/15 po stronie zamawiającego,

- C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum:**
FBSerwis S.A., Ferroser Infraestructuras S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1770/15, KIO 1772/15, KIO 1777/15, KIO 1784/15 po stronie zamawiającego,
- D. wykonawcy **MARKBUD Sp. z o.o., ul. Targowa 7, 99-200 Poddębice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1770/15, KIO 1777/15 po stronie zamawiającego,
- E. wykonawcy **WŁODAN A. W. sp. j., Porszewice 31, 95-200 Pabianice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1772/15, KIO 1777/15 oraz KIO 1784/15 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **A. oddala odwołanie o sygn. akt KIO 1770/15,**
B. oddala odwołanie o sygn. akt KIO 1772/15,
C. oddala odwołanie o sygn. akt KIO 1777/15,
D. uwzględnia odwołanie o sygn. akt KIO 1784/15 i nakazuje zamawiającemu
unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum:
Budia Standard Sp. z o.o., T. B. prowadzący działalność gospodarczą pod
firmą „BADERA” Firma Produkcyjno-Handlowo-Uslugowa T. B.,
„LARIX” Sp. z oraz Przedsiębiorstwo Handlowo-
Usługowe o.o.

i badania oceny ofert, powtórzenie czynności
w tym wezwanie ww. wykonawcy w trybie art. 87 ust. 1 Pzp do wyjaśnienia
czasu zaoferowanego likwidacji błota treści oferty

w zakresie

pośniegowego (program 2.1) oraz zadeklarowanej wysokości zieleni
w koronie drogi (program 2.2) w zadaniu nr I i nr II,

2. kosztami postępowania obciąża odwołujących się wykonawców: **WŁODAN A. W. sp. j., Porszewice 31, 95 – 200 Pabianice, MARKBUD Sp. z o. o., ul. Targowa 7, 99-200 Poddębice, GNOM" Sp. z o.o., ul. Techniczna 20, 92-518 Łódź** oraz zamawiającego: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, ul. Irysowa 2, 91 – 857 Łódź, i:**

- 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **60 000 zł 00 gr** (słownie: sześćdziesiąt tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej przez 2

odwołujących się, w tym:

- A. kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez wykonawcę: **WŁODAN A. W. sp. j., Porszewice 31, 95 – 200 Pabianice,**
B. kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez wykonawcę: **MARKBUD Sp. z o. o., ul. Targowa 7, 99-200 Poddębice,**
C. kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez wykonawcę: **„GNOM" Sp. z o.o., ul. Techniczna 20, 92-518 Łódź,**
D. kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - **Konsorcjum: Budia Standard Sp. z o.o., T. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „BADERA" Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa T. B., Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe "LARIX" Sp. z o.o., ul. Kopernika 11 E, 56-400 Oleśnica,**

- 2.2 zasądza kwotę **10 800 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy osiemset złotych zero groszy) od wykonawców: **WŁODAN A. W. sp. j., Porszewice 31, 95 – 200 Pabianice, MARKBUD Sp. z o. o., ul. Targowa 7, 99-200 Poddębice, GNOM" Sp. z o.o., ul. Techniczna 20, 92-518 Łódź** na rzecz zamawiającego: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, ul. Irysowa 2, 91 – 857 Łódź,** stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, w tym:

- A. kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy: **WŁODAN A. W. sp. j., Porszewice 31, 95 – 200 Pabianice,**
B. kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy: **MARKBUD Sp. z o. o., ul. Targowa 7, 99-200 Poddębice,**
C. kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy: **„GNOM" Sp. z o.o., ul. Techniczna 20, 92-518 Łódź,**

- 2.2 zasądza kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od zamawiającego: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, ul. Irysowa 2, 91 – 857 Łódź** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Budia Standard Sp. z o.o., "BADERA" Firma Produkcyjno-**

3

Handlowo-Usługowa T. B., Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe "LARIX" Sp. z o.o., ul. Kopernika 11 E, 56-400 Oleśnica, stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013, poz. 907, z późn. zm.) na wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego

doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do
Sądu Okręgowego w Łodzi.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1770/15
Sygn. akt KIO 1772/15
Sygn. akt KIO 1777/15 4

Sygn. akt KIO 1784/15

Uzasadnienie

Zamawiający: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na: Całoroczne, kompleksowe utrzymanie drogi ekspresowej S8 na odcinku od węzła Wieluń (z węzłem) do węzła Łask (bez węzła) w km 128+896,18-203+159,18 wraz ze wszystkimi jej elementami w okresie 72 miesięcy od daty podpisania umowy z podziałem na dwa zadania". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 kwietnia 2015 r. pod numerem 2015/S 076-134444.

W dniu 7 sierpnia 2015 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu I i zadaniu II, wskazując ofertę złożoną przez Konsorcjum: FBSerwis S.A., Ferroser Infraestructuras S.A., zwanego w dalszej części odwołania „Konsorcjum FBSerwis” oraz odrzucił oferty złożone przez wykonawców: WŁODAN A. W. sp. j., MARKBUD Sp. z o.o., GNOM Sp. z o.o. oraz Konsorcjum Budia Standard Sp. z o.o., T. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „BADERA” Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa T. B., Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe "LARIX" Sp. z o.o., zwane dalej „Konsorcjum BUDIA Standard”.

KIO 1770/15

Wykonawca WŁODAN A. W. sp. j. wniósł odwołanie w zakresie zadania II, w którym zarzucił Zamawiającemu:

1. dokonanie wadliwego badania i oceny ofert, co doprowadziło do wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum FBSerwis,
2. naruszenie art 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust 1 pkt. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013, poz. 907, z późn. zm.), zwanej dalej w skrócie „Pzp”, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum FBSerwis pomimo tego, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a niezgodności zawartych w ofercie nie można poprawić na podstawie art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt. 3 Pzp w związku z art. 3 ust 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. nr 153 poz. 150 z późn. zm.), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum FBSerwis pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
3. z ostrożności procesowej – naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art 90 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum FBSerwis do złożenia wyjaśnień w przedmiocie elementów składowych oferty określonych w pkt 23, 24 i 25 oferty, mających wpływ na wysokość ceny;

5

-
4. zaniechanie odrzucenia na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 oraz 89 ust 2 pkt 3 Pzp z powodu niezgodności oferty z zapisami SIWZ w zakresie nieuwzględnienia w wycenie najniższego wynagrodzenia ofert złożonych przez wykonawców: GNOM Sp. z o.o., MARKBUD Sp. z o.o., Usługi Transportowo-Drogowo-Mostowe J. O., Konsorcjum BUDIA Standard,

5. zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum FBSerwis jako najkorzystniejszej, -
- powtórzenia czynności oceny i badania ofert, w szczególności pod kątem zgodności -
- z warunkami określonymi w SIWZ oraz przepisami prawa i w jej wyniku odrzucenia oferty Konsorcjum FBSerwis na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 i 3 Pzp;
- powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- ewentualnie – wezwania Konsorcjum FBSerwis do złożenia wyjaśnień dotyczących

elementów składowych oferty określonych w pkt 23, 24 i 25 oferty, mających wpływ na wysokość ceny.

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes w podejmowaniu środków ochrony prawnej przewidzianych ustawą Pzp, ponieważ gdyby Zamawiający dokonał prawidłowo czynności badania i oceny ofert, wówczas odrzuciłby ofertę Konsorcjum FBSerwis, zaś za najkorzystniejszą w zadaniu II zostałaby uznana oferta Odwołującego.

Niezgodność oferty Konsorcjum FBSerwis ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia

Zamawiający w SIWZ w pkt 10.3. TOM I określił sposób skalkulowania ceny oferty. Zamawiający wymagał m.in.: „Wykonawca w cenie oferty winien uwzględnić koszty pracy, których wartość nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 13141). Koszty te winny być uwzględnione niezależnie od tego, czy Wykonawca lub podmiot, który udostępnia Wykonawcy potencjał kadrowy, zatrudnia osoby skierowane do wykonania zamówienia na podstawie umowy o pracę, czy umów cywilnoprawnych”. Odwołujący przywołał także brzmienie projektu umowy w § 5 dotyczącego wynagrodzenia wykonawcy (pkt 5, 6 i 8). Wskazał, że zgodnie z procedurą określania Wartości Cyklicznego Wynagrodzenia Wykonawcy zawartą w pkt 8 Opisu Przedmiotu Zamówienia, Cykliczne Wynagrodzenie przysługuje tylko i wyłącznie za: „Utrzymanie elementów protokolarnie przekazanych Wykonawcy do utrzymania (Zamawiający przewiduje możliwość zmniejszenia zakresu niektórych elementów np.

6

wskutek przekazania ich nowym zarządom, co może dotyczyć dróg o innej funkcji niż krajowa, MOP-ów, jak również zwiększenia niektórych elementów wskutek porealizacyjnych decyzji administracyjnych i innych),”

W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego, ceny jednostkowe wskazane w Formularzu Oferty Wykonawcy (tabela wyceny) - Formularz 2.1 i/lub Formularz 2.2 mają charakter samodzielnych cen za wykonanie poszczególnych pozycji składających się na przedmiot zamówienia i powinny być badane i oceniane w sposób odrębny, niezależny.

Odwołujący podniósł, że w toku oceny i badania ofert Zamawiający ma ustawowy obowiązek badania poprawności oferowanego świadczenia oraz ustalenia niewadliwej kalkulacji ceny oferty. W związku z tym powinien zaproponowane przez wykonawców ceny jednostkowe przeanalizować przez pryzmat kosztów, jakie poniesie wykonawca przy realizacji poszczególnych zadań określonych w OP2, PDR, PZJ oraz przygotowanej i załączonej do oferty Koncepcji działań.

W trakcie badania i oceny oferty Konsorcjum FBSerwis wątpliwości Zamawiającego powinny były wzbudzić zaproponowane przez wykonawcę ceny jednostkowe w pozycjach: 23, 24 i 25, które są jednymi z najniższych wśród zaproponowanych przez wykonawców, którzy złożyli oferty w części 2 (zadanie II) postępowania. Zdaniem Odwołującego, zaproponowane przez Konsorcjum FBSerwis kwoty nie pokryją wszystkich kosztów, jakie przy prawidłowej kalkulacji, tj. zgodnej z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ, OPZ i przepisach prawa, poniósłby wykonawca podczas realizacji usługi. Odwołujący wskazał na zakres obowiązków wykonawcy związanych z utrzymaniem MOPów.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp, koszty pracy, których wartość została przyjęta do ustalenia ceny, nie mogą być niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314).

Odwołujący przedstawił miesięczny koszt utrzymania obiektu, z zastrzeżeniem, że jest to koszt szacunkowy, bardzo uproszczony, nieuwzględniający wszystkich niezbędnych elementów. Wskazał, że przy uwzględnieniu średniomiesięcznego czasu pracy w wymiarze 168 godzin oraz zapisów art. 137 k.p. dotyczącego rozliczania czasu pracy dla osób zatrudnionych przy pilnowaniu mienia, aby nie doszło do zabronionego przepisami prawa „planowania nadgodzin” przy uwzględnieniu jednomiesięcznego okresu rozliczeniowego należałoby liczyć się, w odniesieniu do każdego z Miejsc Obsługi Pasażera, z koniecznością zatrudnienia w wymiarze ok. 4,5 etatu. Dodatkowo konieczne jest uwzględnienie w kalkulacji absencji chorobowych i urlopowych, co prowadzi do wniosku,

4, przy założeniu obiektywnych kryteriów, jest niewystarczające. Nie mniej jednak przyjęcie minimalnej liczby 4 pracowników zapewniających ochronę obiektów stanowi koszt co najmniej: $4 \times 1.750 \text{ PLN} = 7.000,00 \text{ PLN}$ (przy kalkulacji brutto uwzględniającej oskładkowanie pracodawcy $4 \times 2110 \text{ zł} = 8440 \text{ zł}$). Kwoty powyższe nie uwzględniają dodatkowych kosztów pracodawcy, w tym nakładów na bezpieczeństwo, odzież ochronną, doskonalenie, działalność socjalno-bytową, składkę ubezpieczeniową i inne pozapłacowe obciążenia, które obciążają pracodawcę.

Biorąc powyższe pod uwagę, dla prawidłowości wyceny utrzymania jednego MOPa minimalny koszt samej robocizny powinien kształtować się na poziomie ok. 10 000,00 zł w skali miesiąca. Analiza kosztów samego zapewnienia fizycznej ochrony obiektów wskazuje, że zaproponowana przez Konsorcjum FBService kwota jest niewystarczająca na pokrycie kosztów, czyli jest ceną nierealną i nierynkową, niegwarantującą realizacji przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami SIWZ.

Analogiczna sytuacja występuje w zakresie utrzymania OUS, w którym koszt ochrony jest jednym z elementów niezbędnych do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia.

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący stwierdził, że Konsorcjum FBService, przy kalkulacji cen jednostkowych dla pozycji 23, 24, 25 Formularza Oferty, nie uwzględniło wymagań określonych w pkt 10.3 SIWZ w zakresie uwzględnienia przy obliczeniu ceny najniższego wynagrodzenia, co oznacza, że oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom, a w konsekwencji prowadzi do niezgodności oferty z treścią SIWZ. Taka wada oferty, zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym w wyroku z dnia 20 stycznia 2014 r. sygn. akt 5/14, jest niemożliwa do poprawienia na podstawie art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp. Zachodzą zatem przesłanki do odrzucenia oferty Konsorcjum FBService na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp, ponieważ zawiera niezgodność, która ma charakter zasadniczy i nieusuwalny, mającą istotne znaczenie dla przedmiotu zamówienia i oczekiwań zamawiającego (za wyrokami KIO z dnia 30 września 2014 r., KIO 1897/14; KIO 1899/14, 13 listopada 2013 r., KIO 2478/13).

Czyn nieuczciwej konkurencji

Nie uwzględnienie wymagań Zamawiającego odnośnie najniższego wynagrodzenia przy wycenie utrzymania MOPów i OUS doprowadziło w konsekwencji do celowego zaniżenia ceny oferty. Takie działanie wykonawcy spełnia przesłanki art. 89 ust 1 pkt 3 Pzp - złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ponieważ utrudnia w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami dostęp do rynku dla innych wykonawców. Przyjęcie przez Zamawiającego oferty Konsorcjum FBService jako prawidłowej, zgodnej z wymaganiami SIWZ i przepisami prawa narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż stawia

w gorszej sytuacji tych wykonawców, którzy działając w zaufaniu do wymagań Zamawiającego, złożyli oferty z ceną obliczoną, zgodnie z postanowieniami SIWZ.

Zaniechanie przeprowadzenia procedury przewidzianej w art. 90 ust. 1 Pzp

Na wypadek, gdyby Izba nie podzieliła powyższych zarzutów zmierzających do wykazania, że oferta FBService jest sprzeczna z SIWZ oraz, że stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, Odwołujący wskazał, że Zamawiający naruszył przepis art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie wskazania podstaw do ustalenia wysokości elementów składowych oferty określonych w pkt 23, 24 i 25 oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Zaniechanie odrzucenia ofert: GNOM Sp. z o.o., MARKBUD Sp. z o.o., Usługi Transportowo-Drogowo-Mostowe J. O., Konsorcjum BUDIA Standard

Wymienione oferty podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 oraz 89 ust 2 pkt 3 - z uwagi na niezgodność treści oferty z zapisami SIWZ w zakresie nieuwzględnienia w wycenie najniższego wynagrodzenia wykonawców, ponieważ złożone przez nich oferty, podobnie jak oferta Konsorcjum FBService, są niezgodne z SIWZ z opisanych powyżej względów.

Wykonawca "GNOM" Sp. z o.o., Konsorcjum BUDIA Standard, Konsorcjum:

FBSerwis, wykonawca MARKBUD Sp. z o.o., zgłosili swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zamawiający złożył na posiedzeniu odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania. Podniósł, że ceny jednostkowe oferty FBSerwis w pozycjach 23, 24 i 25 formularza nie odbiegają znacznie od cen innych ofert w tych pozycjach. Wskazał, że obecny koszt utrzymania dwóch MOP-ów wynosi ok. 17 tys. zł, przy znacznie mniejszym zakresie przedmiotu zamówienia. Zamawiający wyjaśnił, że ceny jednostkowe zawarte w formularzu będą służyły wyłącznie do dokonywania potrąceń przewidziany w umowie, a nie do rozliczenia wykonania przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie narzucił wykonawcom w jakiej pozycji formularza należy umieścić jakie koszty. Wykonawca mógł więc alokować koszty w dowolny sposób. Istotne było tylko, aby wykonawca uwzględnił wszystkie pozycje i oszacował zgodnie z wymaganiami SIWZ. Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie przedstawił dowodów na to, że wykonawca Konsorcjum FBSerwis nie uwzględnił najniższego wynagrodzenia w cenie oferty, zatem nie może być mowy o celowym zaniżeniu ceny oferty. Zamawiający nie stwierdził również, aby zaoferowane przez wykonawcę ceny wskazywały na fakt nieuwzględnienia w ofercie pełnego zakresu zamówienia lub wyceny oferty poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia. Zamawiający wyjaśnił,

9

że dokonał oceny wstępnej wszystkich ofert pod kątem ewentualnego zaniżenia ceny, w tym oferty wybranej i stwierdził, że cena ta jest niższa od wartości zamówienia o 19,68% oraz od średniej arytmetycznej pozostałych ofert o 1%, a tym samym nie wystąpiła konieczność badania tej oferty w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących pozostałych ofert Zamawiający podtrzymał argumentację przedstawioną wobec zarzutów dotyczących oferty Konsorcjum FBSerwis.

KIO 1772/15

Odwołujący: MARKBUD Sp. z o.o. zarzucił w odwołaniu, że Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego uchybił następującym przepisom ustawy Pzp:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez niezasadne i niezgodne z prawem odrzucenie oferty Odwołującego.

Czynność odrzucenia oferty Odwołującego została dokonana przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż - zdaniem Zamawiającego - treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ w zakresie przedstawionej wraz z ofertą Koncepcji działań - Program nr 1 oraz Program nr 2.1, które to programy były punktowane w kryterium oceny ofert *Wartość techniczna*.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz ponowną ocenę ofert z udziałem oferty Odwołującego,

Odwołujący wyjaśnił, że ma interes w złożeniu odwołania, gdyż złożył ofertę (na część II zadania), która zawiera korzystniejszą niż oferta wybrana cenę, co w połączeniu z możliwymi do uzyskania punktami w kryterium *Wartość techniczna* dawałoby ofercie Odwołującego pierwsze miejsce w części II zadania.

Zarzut w zakresie Programu nr 1.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego wskazał, że „Zgodnie z zapisami pkt. 14.3.4.1 IDW, wymaganym elementem Programu nr 1 było przedstawienie harmonogramu przygotowania do zimowego utrzymania z uwzględnieniem dat (mm-dd) i poszczególnych czynności przygotowawczych. Wykonawca złożył Koncepcję działań zawierającą Program nr 1, w którym nie przedstawił harmonogramu przygotowania do ZUD z podaniem dat poszczególnych czynności. Dodatkowo, oświadczenie Wykonawcy iż do 15 października zapewniona będzie odpowiednia ilość personelu, sprzętu i materiałów jest niezgodne z wytycznymi zimowego utrzymania dróg GDDKiA, określonymi w Zarządzeniu nr 18 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 30 czerwca 2006 r. w sprawie

10

harmonogram prac przygotowawczych do zimowego utrzymania dróg), zgodnie z którym szkolenie kierowców i dyżurnych ma być zakończone do 1.10 każdego roku.”

Odwołujący podniósł, że postawiony zarzut jest niezgodny ze stanem faktycznym oraz ze sposobem dokonywania oceny ofert, opisanym w IDW. Zamawiający w pkt. 14.3 IDW w zakresie sposobu przeprowadzania oceny przedstawianych przez wykonawców w *Koncepcji działań* poszczególnych programów wskazał m.in., iż propozycje tych Programów mają mieć na celu wdrożenie i utrzymanie określonego w Opisie Przedmiotu Zamówienia (OPZ) standardu Drogi oraz innych określonych w umowie standardów. Tworzona przez wykonawców *Koncepcja działań* miała być zgodna z wymaganiami zawartymi w OPZ. W ramach opisu kryterium *Wartość techniczna* Zamawiający wskazał co powinno znaleźć się w *Koncepcji działań* dla każdego z poszczególnych Programów. Dla Programu nr 1 Zamawiający wymagał m.in. przedstawienia harmonogramu przygotowania do zimowego utrzymania z uwzględnieniem dat (mm-dd) i poszczególnych czynności przygotowawczych.

Zgodnie z ww. wymogiem Zamawiającego, Odwołujący w *Koncepcji działań* dla Programu 1 w pkt. 1.6 (Zakres działań ZUD) przedstawił harmonogram, w którym wskazał:

- najpóźniej do 15 października każdego roku będzie zapewniał odpowiednią ilość personelu, sprzętu oraz środków niezbędnych do zimowego utrzymania drogi zgodnie z postanowieniami SIWZ,

- będzie świadczył stałą gotowość do zimowego utrzymania dróg, polegającą na utrzymaniu stałej gotowości technicznej sprzętu i personelu obsługującego do podjęcia akcji zimowej,
- do 15 kwietnia każdego roku trwania umowy będzie utrzymywana stała gotowość do zimowego utrzymania dróg.

Odwołujący wymienił również czynności, jakie zalicza się do zimowego utrzymania dróg. Odwołujący przedstawił zatem harmonogram z uwzględnieniem dat, działań i czynności, jakie są niezbędne do zimowego utrzymania drogi i przedstawił go w formie, jaką uznał za zasadną, dlatego też nie można uznać, że w odniesieniu do oferty Odwołującego zaszczył którekolwiek z przesłanek z pkt. 14.3.3 IDW do odrzucenia oferty. Podkreślił, że Zamawiający w IDW nie określił żadnych wymogów co do formy harmonogramu, a więc pozostawił wykonawcom dowolność w tym zakresie.

Odwołujący zaprzeczył twierdzeniu, że zadeklarował przeszkolenie kierowców i dyżurnych do 15 października, gdyż nigdzie w treści przedstawionej *Koncepcji działań* takiej deklaracji nie zamieścił. Trudno jest tu także mówić o jakichkolwiek niezgodnościach z przywoływanym przez Zamawiającego Zarządzeniem nr 18 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, skoro dokument ten nie był przywoływany w żadnym miejscu SIWZ.

11

Zamawiający nie uwzględnił go w zakresie sposobu oceny ofert. Sposób dokonywania oceny ofert w zakresie przedstawianych *Koncepcji działań* miał odnosić się tylko i wyłącznie do opisanych wymagań w pkt. 14.3 i dalszych IDW oraz do OPZ, a tam Zamawiający nie wskazał na ww. Zarządzenie i tym samym nie przypisał mu żadnej roli w sposobie oceny i badania ofert.

Obowiązkiem Zamawiającego jest określenie w SIWZ sposobu i oceny ofert i tylko w oparciu o zawarte tam wymogi może dokonywać oceny złożonych ofert. Zarówno wykonawców, jak i Zamawiającego obowiązują ustalone postanowienia SIWZ i po upływie terminu składania ofert nie mogą być one zmieniane, gdyż wówczas naruszona zostałaby zasada zawarta w art. 7 Pzp.

Na marginesie Odwołujący wskazał, że wymóg dotyczący przedstawienia harmonogramu nie miał znaczenia z punktu widzenia przyznawanych punktów w ramach kryterium *Wartość techniczna* dla Programu nr 1, ponieważ punkty były przyznawane w odniesieniu do częstotliwości dokonywania objazdów drogi.

Zarzut w zakresie Programu nr 2.1.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego wskazał „Zgodnie z zapisami pkt. 14.3.4,2.1 IDW, wymaganym elementem Programu 2.1 był opis technologii i organizacji pracy utrzymaniowej wraz ze schematem wykonywania pracy na drodze ze wskazaniem czasu reakcji i likwidacji skutków danego zjawiska atmosferycznego:

- a) szadzi;
- b) lodowicy;
- c) szronu;

- d) zajeżdżonego (ubitego) lub nawiewanego śniegu
- e) gołoledzi/oblodzenia;
- f) błota pośniegowego;
- g) przelotnych lub ciągłych opadów śniegu.

W przedstawionym przez Wykonawcę Programie 2.1 brakuje określenia czasu reakcji na takie zjawiska jak szron, gołoledź, zajeżdżony śnieg, błoto pośniegowe i przelotne lub ciągłe opady śniegu.”

Odwołujący podniósł, że wbrew twierdzeniu Zamawiającego, w koncepcji działań dla Programu 2.1 w ofercie Odwołującego zostały przedstawione wszystkie wymagane informacje, zgodnie z postanowieniami SIWZ. Ocena koncepcji działań była prowadzona w oparciu o wymagania zawarte w OPZ. W odniesieniu do Programu 2.1 Zamawiający wskazał, że punkty będą przyznawane, gdy wykonawca zapewni wyższy standard zimowego utrzymania drogi poprzez likwidację występujących zimowych zjawisk atmosferycznych w czasie krótszym niż wymaga Zamawiający w OPZ. Dodatkowo, w tym kryterium

12

Zamawiający zamieścił uwagę, iż czas krótszy niż wymagany w OPZ oznacza likwidację zimowych zjawisk atmosferycznych w czasie krótszym o min. 1 godzinę niż Zamawiający wymaga w OPZ. Tak więc wykonawcy mieli przy określaniu czasów reakcji bazować na wymogach opisanych w OPZ i określonych tam standardach. Natomiast zgodnie z postanowieniami pkt. 1.1 OPZ, standardy drogi zostały opisane w załączniku nr 3 do OPZ określonego jako *Standardy dla elementów drogi do utrzymania*. W załączniku nr 3 do OPZ na stronie 6 została zamieszczona tabela II. *Elementy Drogi i jej wyposażenia podlegające ocenie*, gdzie w pkt.1 *Nawierzchnia jezdni* zostały określone w wierszu nr 4 tabeli czasy reakcji opisane w sposób następujący: *4 godziny po ustaniu opadów w zakresie śniegu, a w zakresie gołoledzi, lodu, szadzi 3 godziny*. W odniesieniu do tak określonych standardów dla czasów reakcji na zjawiska atmosferyczne Odwołujący w koncepcji działań dla Programu nr 2.1 wskazał:

Standard zamawiającego drogi: 4 godziny po ustaniu opadów śniegu a w zakresie gołoledzi, lodu, szadzi 3 godziny.

Standard wykonawcy drogi: 3 godziny po ustaniu opadów śniegu a w zakresie gołoledzi, lodu, szadzi 2 godziny.

Tym samym Odwołujący określił czasy do podanych standardów Zamawiającego obniżając je o 1 godzinę, co miało zapewnić mu uzyskanie maksymalnej ilości punktów w tym kryterium. Dodatkowo, Odwołujący wskazał w pkt. 2.1.1. koncepcji działań, że „Roboty prowadzone będą zgodnie z Dokumentami kontraktowymi, OPZ, PZJ, Wytocznymi Zimowego Utrzymania Dróg, obowiązującym zarządzeniem GDDKiA w sprawie standardów zimowego utrzymania dróg oraz przepisami ochrony środowiska”.

Odwołujący, wskazując czasy reakcji w oparciu o wymagania Zamawiającego, zadośćuczynił wymaganiom z postanowień pkt. 14.3.4.2.1 IDW, gdyż przestrzegał reguł narzuconych w OPZ, do których bezwzględnie odwoływał się Zamawiający przy dokonywaniu oceny tego kryterium. Odwołujący wskazał, że z postanowień pkt. 14.3.4.2.1 IDW nie wynikało, iż wykonawcy są zobowiązani przy podawaniu czasu reakcji do wymienienia z nazwy każdego zjawiska atmosferycznego wyszczególnionego w tym punkcie. Gdyby zamierzeniem Zamawiającego był rzeczywiście taki wymóg, to zapewne w Załączniku nr 3 do OPZ zostałyby określone standardy dla czasów reakcji każdego wymienionego zjawiska atmosferycznego. Jak widać, Zamawiający pośrednio, poprzez opisanie standardów czasów reakcji dla wymienionych zjawisk atmosferycznych, tj. dla śniegu, gołoledzi, lodu i szadzi w tabeli w załączniku nr 3 do OPZ, uznał, że te zjawiska atmosferyczne obejmują również pozostałe zjawiska atmosferyczne, tj. szron, błoto pośniegowe, zajeżdżony śnieg i przelotne lub ciągłe opady śniegu.

Taki stan rzeczy i takie podejście do oceny oferty w tym zakresie potwierdził sam

13

Zamawiający, który w uzasadnieniu odrzucenia ofert wskazał, że np. w odniesieniu do zjawiska atmosferycznego w postaci błota pośniegowego wskazany przez jednego z wykonawców czas reakcji - 5 godzin jest niezgodny z OPZ, gdyż jak wskazano w załączniku nr 3 do OPZ maksymalny wymagany czas na usunięcie błota pośniegowego wynosi 4 godziny. Zaznaczyć należy, że w załączniku nr 3 do OPZ standard 4 godzin odnosi

się do ustania opadów w zakresie śniegu i nie ma wyodrębnionego wprost czasu reakcji na usunięcie błota pośniegowego.

Zatem, sposób, w jaki Odwołujący opisał i przedstawił czasy reakcji w *Koncepcji działań* dla Programu nr 2.1 obejmuje wszystkie zjawiska atmosferyczne, co w pełni odpowiada i jest zgodne z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w IDW i OPZ, jak i ze sposobem dokonywanej oceny przez Zamawiającego.

Wykonawca WŁODAN A. W. sp.j., Konsorcjum BUDIA Standard, Konsorcjum: FBSerwis, zgłosili swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zamawiający złożył na posiedzeniu odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający podniósł, że skoro wykonawca dopuszcza, że zgromadzi personel po dniu 1 października, a to wynika ze sformułowania „do 15 Października każdego roku”, to w tym zakresie treść oferty jest sprzeczna z wymaganiem „Wytocznych zimowego utrzymania dróg”, w których wskazano termin 1 października jako ostateczny termin zakończenia przeszkolenia wszystkich kierowców i dyżurnych (Załącznik nr 5 do Zarządzenia nr 18 Dyrektora Generalnego DKiA z dnia 30 czerwca 2006 r.). Zamawiający wskazał ponadto, że pojęcie harmonogramu jest powszechnie przyjęte i nie wymagało zdefiniowania w SIWZ, niezależnie od formy, którą mogli przyjąć wykonawcy. Jest to zestawienie czynności i przypisanych im dat. Taki harmonogram nie został zawarty w ofercie Odwołującego. Jest to brak w odniesieniu do wymaganej treści oferty, a zatem nie podlega on uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp oraz nie stanowi omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp

Zamawiający wyjaśnił, że wszystkie obowiązujące wewnętrzne akty prawne Zamawiającego są dostępne na jego stronie internetowej, w tym także ww. Zarządzenie nr 18 Dyrektora Generalnego. Zamawiający wskazał, że w opracowanej *Koncepcji działań* Odwołujący przedstawił zapisy i rysunki skopiowane z tego Zarządzenia, co jednoznacznie świadczy o tym, że wykonawca zdawał sobie sprawę z jego obowiązywania w tym

14

postępowaniu i miał do niego dostęp.

W zakresie niekompletności programu 2.1. Zamawiający wyjaśnił, że Odwołujący w ofercie wyszczególnił jedynie czas, jaki oferuje na likwidację skutków danego zjawiska nie podając czasów reakcji, w jakich podejmie czynności zmierzające do likwidacji skutków wskazanych zjawisk atmosferycznych. Zamawiający wymagał bowiem podania czasu reakcji i czasu likwidacji skutków danego zjawiska. Zamawiający nigdzie w SIWZ nie określił czasów reakcji i to było właśnie rolą wykonawcy. Wykonawca nie rozróżnia tych dwóch pojęć, gdyż w odwołaniu posługuje się nimi zamiennie.

KIO 1777/15

Wykonawca GNOM Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi wniósł odwołanie wobec czynności podjętych przez Zamawiającego w zakresie zadania I i II, podnosząc, że Zamawiający naruszył następujące przepisy:

- art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż jest ona zgodna z treścią SIWZ;
- art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo, iż nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż Odwołujący złożył wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z dowodami, a tym samym potwierdził, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- art 90 ust 1 Pzp, poprzez wadliwe sformułowanie wezwania skierowanego do Odwołującego, z ostrożności poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień;
- art. 90 ust. 2 Pzp, poprzez uznanie, iż Odwołujący nie wypełnił obowiązku ustawowego, pomimo że złożył obszerne wyjaśnienia, poparte dowodami, a tym samym wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
- z ostrożności art. 87 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty;

- z ostrożności - art. 91 ust 3 Pzp, poprzez bezzasadne zastosowanie w niniejszej sprawie;
- art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu (w zakresie zadania I i II): unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert i wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej..

Odwolujący wyjaśnił, że posiada interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia, ponieważ w wyniku uwzględnienia odwołania oferta Odwołującego zostałaaby uznana za 15

najkorzystniejszą.

Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego w zadaniu I i II. Zamawiający uznał, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ oraz że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas gdy Odwołujący złożył w dniu 17 czerwca 2015 r. obszernie wyjaśnienia wraz z załączeniem dowodów na poparcie tych wyjaśnień.

Zarzut dotyczący niezgodności treści oferty z treścią SIWZ - Koncepcja działań - zadanie I i II.

Zgodnie z postanowieniami SIWZ, wykonawcy zobowiązani byli przedłożyć wraz z ofertą Koncepcję działań (pkt 14 SIWZ). Odwołujący złożył wraz z ofertą wymagane opracowanie uwzględniające wszystkie określone w SIWZ Programy.

Natomiast Zamawiający stwierdził, że przedstawione przez Odwołującego w ramach Koncepcji działań Programy są niezgodne z SIWZ w następującym zakresie:

- a) Program nr 1 - brak wymaganego harmonogramu przygotowania do ZUD z podaniem dat poszczególnych czynności. Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący przedstawił jedynie informację w zakresie terminów przygotowania sprzętu do ZUD;
- b) Program nr 2.1 - brak opisu technologii i organizacji pracy utrzymaniowej na drodze w przypadku wystąpienia takich zjawisk jak szadź, gołoledź, lodowica, błoto pośniegowe, zajeżdżony (ubity) śnieg lub nawiewany śnieg;
- c) Program 2.2 - brak opisu technologii i organizacji pracy przy utrzymywaniu roślinności niskiej (trawy) w koronie drogi, od przeciwskarp do linii rozgraniczających oraz w rowach;
- d) w zakresie Programu 2.3, brak opisu organizacji pracy utrzymania czystości na drodze innej niż krajowa oraz na MOP.

Odwolujący podniósł, że złożył wymaganą postanowieniami SIWZ Koncepcję działań zawierającą wszystkie Programy, w tym elementy, których brak Zamawiający podniósł. Odnosząc się po kolei do podniesionych w zawiadomieniu braków Odwołujący wskazał, co następuje:

Ad. 1) Zgodnie z zapisami pkt 14.3.4.1 SIWZ w zakresie Programu nr 1, Zamawiający wymagał, aby wykonawca przedstawił m.in. harmonogram przygotowania do zimowego utrzymania z uwzględnieniem dat (mm-dd) i poszczególnych czynności przygotowawczych.

W załączonej do oferty Odwołującego Koncepcji działań (zarówno dla zadania I, jak i zadania II) zostały podane daty przygotowań sprzętu do zimowego utrzymania oraz termin składowania materiału. Jednocześnie Odwołujący powołał na str. 8 Koncepcji Załącznik do Rozporządzenia nr 18 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 30 czerwca 2006 roku, z którego wynika, iż harmonogram przygotowania ma być zgodny z wytycznymi

16

GDDKiA. Załącznik nr 5 do tego Zarządzenia podaje dokładne daty poszczególnych czynności związanych z przygotowaniem do okresu zimowego. Mając na uwadze powyższe oraz treść OPZ, Odwołujący zobowiązał się do wykonania tych czynności, zgodnie z tym harmonogramem przygotowania poszczególnych czynności. Z kolei w zakresie przygotowania sprzętu do zimowego utrzymania oraz terminu składowania materiału Odwołujący zaproponował terminy krótsze niż te wynikające z Załącznika nr 5 do ww. Zarządzenia.

Ad 2) Zgodnie z zapisami pkt 14.3.4.2.1. SIWZ w zakresie Programu nr 2.1, wykonawca winien był przedstawić opis technologii i organizacji pracy utrzymaniowej wraz ze schematem wykonywania pracy na drodze ze wskazaniem czasu reakcji i likwidacji skutków danego zjawiska atmosferycznego: a) szadź, b) lodowicy, c) szronu, d) zajeżdżonego

(ubitego) lub nawiewanego śniegu, e) gołoledzi/oblodzenia, f) błota pośniegowego, g) przelotnych lub ciągłych opadów śniegu.

Odwołujący, zarówno w Koncepcji dla zadania I i zadania II, przedstawił wymaganą przez Zamawiającego technologię i organizację pracy na stronach 9-11. Określił, w jaki sposób będzie prowadzone odśnieżanie czy posypywanie odcinka drogi oraz jak organizacyjnie jest to rozwiązane. Wszystkie zjawiska atmosferyczne są usuwane w taki sam sposób przedstawiony przez Odwołującego, z różnicą czasową danych zjawisk, także przedstawioną w Koncepcji.

Ad. 3) Zgodnie z pkt 14.3.4.2.2 SIWZ, Program 2.2 Zamawiający wymagał, aby w zakresie utrzymania zieleni, wykonawca przedstawił opis technologii i organizacji pracy utrzymania roślinności niskiej (trawy) w poniższych obszarach: a) od przeciwskarp do linii rozgraniczających; b) w koronie drogi; c) w rowie.

Odwołujący przedstawił w Koncepcji dla zadania I, jak i zadania II opis technologii i organizacji pracy w kwestionowanym zakresie; maksymalne długości traw w poszczególnych elementach drogi, jak również sposób koszenia (sprzęt oraz kolejność koszenia) (str. 11-12 obu Koncepcji).

Ad 4) Zgodnie z pkt 14.3.4.2.3 Program 2.3, w ramach utrzymania czystości na Drodze, wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia opisu organizacji pracy utrzymania porządku i czystości Drogi ze wskazaniem czasu doprowadzenia do wymaganego standardu: a) w koronie drogi; b) na drodze o innej funkcji niż krajowa; c) na MOP.

Odwołujący wyjaśnił, że przedstawił opis organizacji pracy utrzymania czystości w całym pasie drogi, zaliczając do tego MOP-y, jak również drogi inne niż krajowe, należące do pasa drogowego drogi S-8 na stronach 12-13 Koncepcji.

Odwołujący wskazał ponadto, że Zamawiający nie poprzedził odrzucenia jego oferty wezwaniem do wyjaśnienia treści oferty. Podniósł, że jak wskazuje się w orzecznictwie,

17

zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jest możliwe jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ (vide: wyrok KIO z dnia 16.07.2014., KIO 1366/14).

Zarzut rażąco niskiej ceny

Zamawiający wskazał, iż Odwołujący w wyjaśnieniach złożonych w dniu 17 czerwca 2015 r. nie wskazał na szczególne, obiektywne czynniki, które mają wpływ na wysokość skalkulowanych cen w obu zadaniach, w szczególności: oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Odwołujący podniósł, że m.in. na str. 3 ww. wyjaśnień powołał się na wieloletnie doświadczenie, jakie posiada przy realizacji podobnych zamówień, zaplecze techniczne i osobowe oraz na str. 15 wskazał na oferty cenowe, które pozwoliły na obniżenie cen oraz na fakt bycia właścicielem ciągników, kos, solarek, samochodów patrolowych, pługów. Podkreślił, że doświadczenie Odwołującego nie budziło żadnych zastrzeżeń Zamawiającego. Stąd też niezrozumiały jest argument, że Odwołujący nie wskazał szczególnych, obiektywnych czynników, które miały wpływ na wysokość skalkulowanych w ofercie cen.

Zamawiający wskazał także w uzasadnieniu odrzucenia oferty, że cena oferty Odwołującego jest nierealna i nie gwarantuje wykonania zamówienia w sposób określony w SIWZ. Podniósł, iż przyjęte w wyjaśnieniach z dnia 17 czerwca 2015 r. założenia i planowane wydatki/koszty, mimo przedstawionych wyliczeń nie zostały uprawdopodobnione i uzasadnione, nie wspominając o ich udokumentowaniu.

Tymczasem Odwołujący podkreślił, że przedstawił Zamawiającemu szczegółowe wyliczenia kosztowe, przedstawił oferty handlowe niektórych produktów czy usług, z których wynika realność zaoferowanych cen. Zamawiający nie wymagał natomiast przedłożenia wraz z wyjaśnieniami szczegółowych kalkulacji. Nie wymagał również, aby każde z założeń i planowanych wydatków/kosztów było udowodnione.

Zamawiający wskazał także w swojej decyzji, iż Odwołujący pominął wiele istotnych elementów i związanych z nimi kosztów, które zgodnie z OPZ będzie musiał ponosić, a wiele przyjętych założeń uniemożliwia wykonanie zamówienia w sposób opisany w OPZ. Odwołujący wyjaśnił, że elementy te dotyczą jednak informacji zastrzeżonych przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa, dlatego zostały omówione w odrębnej części odwołania, którą Odwołujący zastrzegł jako objętą tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zamawiający złożył na posiedzeniu odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania. Odnośnie braku harmonogramu w Programie nr 1, Zamawiający powtórzył argumentację podaną wobec oferty MARKBUD Sp. z o.o. w identycznym zakresie. Podkreślił, że Odwołujący tylko dla dwóch wskazanych w SIWZ czynności przypisał daty ich wykonania pomijając szereg innych, o którym mowa w Załączniku nr 5 do Wytycznych ZUD. Jednocześnie podniósł, że odwołanie się do treści tego dokumentu nie czyni zadość wymaganemu oświadczeniu wykonawcy co do szczegółowego zadeklarowania terminów wykonania poszczególnych czynności przygotowawczych. Ponadto, Odwołujący w ofercie zadeklarował, że harmonogram będzie zgodny z wytycznymi ZUD, co oznacza, że wykonawca planuje dopiero opracowanie harmonogramu poszczególnych czynności, co jest niezgodne z wymaganiem SIWZ odnośnie złożenia harmonogramu w ofercie.

Odnośnie Programu nr 2.1 Zamawiający wskazał, że oferta Odwołującego zawiera jedynie ogólny opis czynności, a nie zawiera opisu technologii i organizacji pracy utrzymaniowej na drodze w przypadku wystąpienia zjawisk: szadzi, gołoledzi, lodowicy, błota pośniegowego, zajeżdżonego (ubitego) śniegu lub nawiewanego śniegu. Wykonawca nie opisał działań, które będą prowadzone, a jedynie zapewnił o ich zgodności z wymaganiami ZUD.

Odnośnie Programu nr 2.2 Zamawiający wyjaśnił, że przedłożona przez Odwołującego Koncepcja działań w ramach tego programu nie zawiera opisu technologii i organizacji pracy przy utrzymaniu roślinności niskiej (trawy) w obszarze korony drogi, od przeciwskarp do linii rozgraniczających oraz w rowach. Zdaniem Zamawiającego, przedstawione przez wykonawcę informacje co do wysokości trawy, czasu usuwania nieprawidłowości, okresu ostatniego koszenia, czynności wykonywanych przy drzewach i krzewach (które nie stanowią roślinności niskiej) oraz wskazanie sprzętu i kolejności wykonywanych czynności nie stanowią opisu technologii i organizacji pracy przy utrzymaniu roślinności niskiej, gdyż nie przedstawiono ciągu zdarzeń, opisu procesu utrzymania zieleni, opisu sposobu wykorzystania urządzeń w tym procesie, informacji jaki sprzęt będzie wykorzystany do jakich czynności itp. Zdaniem Zamawiającego, pojęcie „technologia” nie wymagało zdefiniowania w SIWZ.

W zakresie Programu nr 2.3 Zamawiający wyjaśnił, że Odwołujący nie opisał technologii i organizacji pracy utrzymania czystości na MOP oraz na drogach innych niż krajowe. Wykonawca nie podał w ofercie, że pod pojęciem pasa drogi rozumie także MOP-y i inne drogi niż krajowe. Zamawiający wskazał, że zgodnie z ustawową definicją pasa drogi nie obejmuje on innych dróg niż sama droga właściwa, a zawiera tylko elementy związane z tą drogą. Odwołujący wśród wskazanych czynności dotyczących pasa drogi nie wymienił

czynności charakterystycznych dla utrzymania czystości na MOP, co nie pozwala na przyjęcie, że uwzględnił je w opisie dotyczącym pasa drogi. W zakresie MOP Odwołujący określił jedynie czas usunięcia usterki w przypadku toalet i nawierzchni na MOP wraz z chodnikami.

W zakresie zarzutów odnoszących się do ceny oferty Odwołującego i złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, Zamawiający podniósł, że w wyniku badania ofert pod kątem podejrzenia rażącego zaniżenia ceny oferty stwierdził, że cena oferty Odwołującego w zadaniu nr I jest niższa o 37,99% a w zadaniu nr II o 39,61% od wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia, a od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert - odpowiednio o 27,58% i 12,60%. W związku z powyższym, wezwał wykonawcę w dniu 11 czerwca 2015 r. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Wątpliwości Zamawiającego wzbudziła niska wartość kosztów przewidzianych w ofercie na utrzymanie 1 km drogi ekspresowej na jeden miesiąc rozliczeniowy. W wezwaniu Zamawiający wskazał na konieczność szczegółowego wyjaśnienia wszystkich aspektów mających wpływ na cenę oraz przedstawienia dowodów w tym zakresie. Zamawiający miał na uwadze w szczególności zakres i charakter zamówienia oraz 6-cio letni okres realizacji umowy. W dniu 17 czerwca 2015 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia, których całość objął tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia wykonawcy poddał wnikliwej ocenie. Zamawiający stwierdził, że złożone wyjaśnienia nie zawierały powiązania z obiektywnymi czynnikami wyjątkowo dostępnymi temu wykonawcy sprzyjającymi przy realizacji tego zamówienia. Zdaniem Zamawiającego, podniesione w wyjaśnieniach argumenty ogólne nie wyróżniają Odwołującego od innych wykonawców w taki sposób, że mógł on złożyć ofertę niższą o prawie 40% od wartości zamówienia. Ponadto, wynikające z przedstawionej kalkulacji założenia kosztowe są nieprecyzyjne, niekompletne, pomijają wiele istotnych elementów mających wpływ na cenę oferty. Zostały one wyspecyfikowane w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty. Powyższe oznacza, że Odwołujący nie uwzględnił w cenie oferty wszystkich elementów składających się zakres przedmiotu zamówienia, a w związku z tym wykonawca nie będzie w stanie zrealizować pełnego zakresu zamówienia za zaoferowaną cenę. Złożone wyjaśnienia nie przedstawiają kosztów składających się na koszt utrzymania 1 km drogi ekspresowej na 1 miesiąc rozliczeniowy. W odniesieniu do wielu elementów Zamawiający stwierdził sprzeczność wyjaśnień z wartościami podanymi przez Odwołującego w Formularzu cenowym. Ponadto Odwołujący oparł się na danych nieznajdujących potwierdzenia w załączonych do wyjaśnień materiałach.

Odnosząc się do uzasadnienia odwołania objętego zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiający wskazał, że Odwołujący zawarł w tej części odwołania informacje wskazujące w jakiej części Formularza cenowego wycenił wskazane przez

20

Zamawiającego brakujące czynności i koszty. Potwierdził tym samym, że w tym zakresie nie złożył wyjaśnień na wezwanie Zamawiającego. Zdaniem Zamawiającego, uzupełnienie w tym zakresie w ramach odwołania należy uznać za stworzone wyłącznie na potrzeby postępowania odwoławczego. Zamawiający podkreślił, że w ramach postępowania przed Izbą ocenie podlega prawidłowość konkretnych czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a zatem nie powinno ono obejmować nowych dowodów, czy wyjaśnień składanych na etapie postępowania odwoławczego.

Zamawiający stwierdził, że prowadził przedmiotowe postępowanie Podsumowując, z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

KIO 1784/15

Odwołujący, Konsorcjum BUDIA Standard, wniósł odwołanie w zakresie zadania I i II, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty w zakresie zaproponowanego czasu reakcji na usunięcie zjawiska błota pośniegowego oraz zadeklarowanej wysokości zieleni w „koronie drogi”;
- art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego innej omyłki w Koncepcji działań w zakresie zaproponowanego czasu reakcji na usunięcie zjawiska błota pośniegowego oraz zadeklarowanej wysokości zieleni w „koronie drogi”;
- art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego ze względu na jej rzekomą niezgodność z wymaganiami SIWZ w zakresie zaproponowanego czasu reakcji na usunięcie zjawiska błota pośniegowego oraz zadeklarowanej wysokości zieleni w „koronie drogi”;
- art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób błędny, bez uwzględnienia oferty Odwołującego;

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego, wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes w złożeniu odwołania, ponieważ zaniechania i czynności Zamawiającego prowadzące do odrzucenia jego oferty, uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Cena zaproponowana przez Odwołującego w zadaniu I i II jest niższa od ceny oferty wybranej, a waga kryterium ceny wynosiła 90%. Zaniechanie przez Zamawiającego wyjaśnienia oraz poprawienia omyłek, które wkradły się do Koncepcji działań doprowadziło do niezasadnego jej odrzucenia. 21

wykonawcy mieli przygotować Koncepcję działań (dla każdej części zamówienia odrębnie), tj. opracowanie dotyczące utrzymania drogi, zawierające przygotowany przez wykonawcę opis działań mających na celu wdrożenie i utrzymanie określonego w OPZ standardu drogi oraz innych standardów.

Zamawiający w pkt 14.3.3 IDW wskazał, iż odrzuci ofertę w przypadku przedłożenia Programu Koncepcji działań o nr 1, 2.1, 2.2, 2.3, 2.4, 3 nie zapewniającego dotrzymania standardów utrzymania wymaganych w OPZ. Szczegółowe wymagania dotyczące sposobu realizacji usług utrzymania drogi ekspresowej Zamawiający opisał w OPZ oraz w załącznikach do OPZ. Przygotowane przez wykonawców Programy składające się na Koncepcję działań musiały pozostawać w zgodności z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w OPZ.

Załącznik nr 3 do OPZ określa wymagania w zakresie usług zimowego utrzymania dróg oraz utrzymania zieleni Drogi.

Zgodnie ze szczegółowymi wymaganiami, dotyczącymi usług zimowego utrzymania Drogi, wykonawca był zobowiązany do prowadzenia działań prewencyjnych, tj. do usuwania śniegu, zajeżdżonego śniegu, błota pośniegowego, gołoledzi, lodu i innych zjawisk lub zanieczyszczeń wynikających z zimowych warunków atmosferycznych. Zamawiający dla wskazanej usługi wymagał maksimum 4 godziny reakcji po ustaniu opadów w zakresie śniegu, a w zakresie gołoledzi, lodu i szadzi — 3 godziny.

Z kolei w szczegółowych wymaganiach dla usług utrzymania zieleni Zamawiający ustalił, iż wykonawca będzie zobowiązany do pielęgnacji roślinności niskiej (trawy) w obszarze pasa rozdziału nieutwardzonego, rowów, skarp nasypu oraz skarp wykopu i utrzymania jej do wysokości 20 cm.

W uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Zamawiający wskazał, że Odwołujący zaoferował w Programie 2.1 oraz 2.2 rozwiązania Koncepcji działań, które pozostają w sprzeczności z zapisami SIWZ. Odwołujący bowiem w zakresie usługi zimowego utrzymania dróg zaproponował 5 godzin, jako czas reakcji na usunięcie zjawiska w postaci błota pośniegowego, podczas gdy z wymagań zawartych w OPZ wynika, iż maksymalnym dopuszczalnym czasem reakcji są 4 godziny. Ponadto, Odwołujący zaproponował w Programie 2.2 niewłaściwe rozwiązanie z zakresu utrzymania zieleni, bowiem zaoferował utrzymanie roślinności niskiej (trawy) w koronie drogi na poziomie 25 cm, podczas gdy z załącznika nr 3 do OPZ wynika jasno, iż wysokość trawy dla tej części drogi wynosi maksymalnie 20 cm.

W ocenie Odwołującego, w okolicznościach niniejszej sprawy, Zamawiający nie mógł kategorycznie przesądzić o niezgodności jego oferty z treścią SIWZ. Podniósł,

22

że nie zaoferował w Programie 2.1 oraz 2.2 rozwiązania sprzecznego z OPZ. Zamawiający, dokonując oceny oferty Odwołującego, pominął ważne oświadczenia zawarte w jego ofercie, a tym samym, ocena Zamawiającego była dokonana na podstawie wybiórczych oświadczeń zawartych w Koncepcji działań, podczas gdy Zamawiający jest zobowiązany do całościowej oceny oferty, zgodnie z zasadami wynikającymi z art. 65 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy Pzp.

Odwołujący przyznał, że w Programie 2.1 dotyczącym zimowego utrzymania dróg, w zakresie czasu reakcji na usunięcie zjawiska błota pośniegowego, Odwołujący wskazał 5 godzin, podczas gdy załącznik nr 3 do OPZ dopuszcza maksymalnie 4 – godziny. Jednakże, Odwołujący złożył dodatkowe oświadczenie w Programie 2.1 pkt 6 ppkt VII (strona 11 Koncepcji działań) wskazując, iż „Prace przy likwidacji zjawiska atmosferycznego zakończą się w czasie krótszym o 1 godzinę niż wymaga Zamawiający w OPZ”. Z powyższego oświadczenia wynika, iż Odwołujący zaoferował czas reakcji w wysokości 3 godzin, co zgadzałoby się z czasem wynikającym z OPZ obniżonym o 1 godzinę. Tymczasem na stronie 12 Koncepcji działań w rubryce „Czasy dostosowania do standardu”, jako maksymalny czas likwidacji warunków zimowych na S-8 dla błota pośniegowego Odwołujący wskazał - 5 h, który nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego.

Oferta Odwołującego zawierała zatem dwa oświadczenia dotyczące sposobu realizacji przedmiotu zamówienia, z których jedno było zgodne z wymaganiami SIWZ, drugie zaś z nimi sprzeczne.

Wskazana sytuacja powinna zostać wyjaśniona na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Pierwotne brzmienie oferty nie daje bowiem pewności, jaki dokładnie czas reakcji na likwidację błota pośniegowego Odwołujący proponuje. Nie ulega wątpliwości, że Odwołujący

miał zamiar złożyć ofertę zgodną z SIWZ. Świadczy o tym nie tylko ogólny fakt złożenia oferty w postępowaniu, w tym zaoferowanie korzystnych warunków cenowych, czy też złożenie oświadczenia w Formularzu ofertowym o realizacji umowy zgodnie z wymaganiami SIWZ, lecz także okoliczność złożenia oświadczenia w Koncepcji działań, iż zjawiska atmosferyczne w ramach zimowego utrzymania drogi będą likwidowane w czasie krótszym o 1 godzinę niż wynika to z wymagań SIWZ. Odwołujący podkreślił, że w przypadku wszystkich zjawisk atmosferycznych, wymienionych w Koncepcji działań, z wyjątkiem błota pośniegowego, Odwołujący zaproponował czas zgodny z jego oświadczeniem, tj. krótszy o 1 godzinę od maksymalnego dopuszczalnego czasu przewidzianego przez Zamawiającego w SIWZ. Wskazana okoliczność powinna co najmniej wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, co skutkować winno wezwaniem wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp.

Ponadto, zdaniem Odwołującego, mamy do czynienia z inną omyłką w rozumieniu

23

art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz zachodzą przesłanki konieczne do poprawienia wskazanej omyłki wymienione we wskazanym przepisie. Odwołujący wyraził stanowisko, iż poprawienie omyłki nie doprowadzi do istotnej zmiany oferty. Dla oceny istotności skutków następujących po poprawieniu omyłki w ofercie, zgodnie ze wskazaniami orzecznictwa, konieczne jest uwzględnienie wszystkich okoliczności, takich jak treść oferty, specyfika zamówienia, czy zakres lub charakter zmian.

W omawianym przypadku, poprawienie omyłki w istocie nie doprowadzi do istotnej zmiany oferty, bowiem w praktyce będzie oznaczać jedynie doprowadzenie zgodności deklaracji czasu na likwidację błota pośniegowego do oświadczenia wykonawcy zawartego w Programie 2.1 pkt 6 ppkt VII. Tym samym poprawienie omyłki będzie polegać na usunięciu sprzeczności i potwierdzeniu zobowiązania do realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ, które już obecnie występuje w ofercie. Odwołujący dodał, że poprawienie omyłki nie spowoduje żadnych zmian w wysokości ceny. Ponadto, Zamawiający może samodzielnie dokonać poprawienia tej omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, ponieważ zawarte w Programie 2.1 pkt 6 ppkt VII oświadczenie stanowi podstawę do dokonania poprawy oferty w celu zapewnienia jej zgodności z SIWZ.

Odnosząc się do drugiej przesłanki odrzucenia oferty, tj. zadeklarowania wysokości 25 cm dla roślinności niskiej w „koronie drogi” w Programie 2.2 w zakresie usług utrzymania zieleni, Odwołujący wyjaśnił, że mamy do czynienia z sytuacją analogiczną, jak w przypadku omyłki dotyczącej czasu likwidacji błota pośniegowego.

Zamawiający w sposób nieprawidłowy kierował się błędnie wskazaną wysokością trawy, która powinna wynosić maksymalnie 20 cm, nie biorąc pod uwagę brzmienia całego Programu 2.2. W Programie 2.2 w części dotyczącej utrzymania zieleni (str. 14 Koncepcji działań) Odwołujący wskazał: *„Maksymalna wysokość zieleni nie przekroczy jakie są zamieszczone w załączniku nr 3 do OPZ „Standardy utrzymania Drogi do utrzymania”, tj. 25 cm”*.

Odwołujący przyznał, że w sposób nieprawidłowy dla roślinności niskiej znajdującej się w koronie drogi zadeklarował wysokość 25 cm, zamiast 20 cm. Nie ulega jednak wątpliwości, że wskazana nieprawidłowość oferty ma charakter omyłki, jak również swego rodzaju sprzeczności oświadczeń w ofercie, która powinna zostać wyjaśniona na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Z jednej strony Odwołujący oferuje wykonanie przedmiotu umowy w zakresie utrzymania zieleni w koronie drogi, zgodnie z treścią załącznika nr 3 do OPZ, z drugiej wskazuje na wysokość 25 cm, która jest sprzeczna z wymaganiami tego dokumentu.

Tymczasem Zamawiający, kierując się jedynie literalnym brzmieniem Koncepcji działań, z pominięciem faktycznej woli Odwołującego do złożenia prawidłowej oferty,

24

stwierdził jej niezgodność z SIWZ. Gdyby jednak zwrócił się do Odwołującego o złożenie wyjaśnień uzyskałby odpowiedź, iż Odwołujący omyłkowo wpisał standard usługi utrzymania zieleni w koronie drogi w sposób błędny razem z obszarem skarpy do granicy pasa drogowego zamiast razem ze standardem utrzymania zieleni w rowie, gdzie Zamawiający wymagał zachowania wysokości 20 cm dla trawy. Zatem również w tym przypadku występuje możliwość zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i poprawienia omyłki w postaci

nieprawidłowej deklarowanej wysokości trawy w koronie drogi.

Odwolujący wskazał, że Program 2.2 jest oceniany w kryterium oceny ofert „Wartość techniczna” pod kątem zadeklarowanego czasu wykonywania zabiegów utrzymaniowych na zieleni w terminie krótszym niż wymaga Zamawiający w OPZ (pkt 14.3.4.2.2. IDW). Tym samym, wysokość traw w ramach usług utrzymania zieleni drogi nie ma znaczenia z punktu widzenia oceny ofert oraz jej punktacji.

Wykonawca WŁODAN A. W. sp.j., Konsorcjum FBSerwis zgłosili swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zamawiający złożył na posiedzeniu odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania. Zdaniem Zamawiającego, w niniejszej sprawie nie zaistniały przesłanki do wyjaśniania treści oferty. Zamawiający wskazał, że nie powziął w tej sprawie wątpliwości co do treści złożonej oferty. W ocenie Zamawiającego, wyjaśnienia prowadziłyby w tej sytuacji do zmiany treści złożonej oferty. Zamawiający podkreślił, że w Programie nr 2.1 oświadczenie co do czasu likwidacji poszczególnych zjawisk zostało złożone w wyodrębnionej sekcji pn. „Czas dostosowania do standardu”, co świadczy o celowym działaniu wykonawcy i świadomym wyspecyfikowaniu ilości godzin, które jest wiążącym zobowiązaniem wykonawcy. Zamawiający uznał, że wysokość roślinności niskiej (trawy) w koronie drogi zadeklarowana przez Odwołującego w programie nr 2.2 jest niezgodna z wymaganiem Załącznik nr 3 do OPZ, zgodnie z którym wysokość 20 cm trawy dotyczy obszaru pasa rozdziału nieutwardzonego, rowów, skarp nasypu i skarp wykopu, zaś wysokość 25 cm dotyczy trawy od skarpy do granicy pasa drogowego. W konsekwencji Zamawiający uznał, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ i ofertę odrzucił. Wyjaśnił dodatkowo, że wybór oferty najkorzystniejszej został dokonany zgodnie z kryteriami oceny ofert ustalonymi w niniejszym postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony

25

i uczestników postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Nie zasługują na uwzględnienie odwołania wniesione przez wykonawców: WŁODAN A. W. sp.j. MARKBUD Sp. z o.o., GNOM Sp. z o.o.

Na uwzględnienie zasługuje odwołanie wniesione przez Konsorcjum BUDIA Standard.

Izba stwierdziła, że każdy z odwołujących się wykonawców: WŁODAN A. W. sp. j., MARKBUD Sp. z o.o., GNOM Sp. z o.o., Konsorcjum BUDIA Standard wykazał spełnienie przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba stwierdziła ponadto skuteczność przystąpień, spełniających warunki określone w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp, zgłoszonych przez wykonawców:

- "GNOM" Sp. z o.o. - do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1770/15 po stronie zamawiającego,
- Konsorcjum BUDIA Standard - do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1770/15, KIO 1772/15, KIO 1777/15 po stronie zamawiającego,
- Konsorcjum: FBSerwis - do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1770/15, KIO 1772/15, KIO 1777/15, KIO 1784/15 po stronie zamawiającego,
- MARKBUD Sp. z o.o. - do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1770/15, KIO 1777/15 po stronie zamawiającego,
- WŁODAN A. W. sp.j. - do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1772/15, KIO 1777/15 oraz KIO 1784/15 po stronie zamawiającego.

Stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp, Izba rozpoznała odwołania, połączone do łącznego rozpoznania, w zakresie zarzutów zawartych w tych odwołaniach.

KIO 1770/15

Odwolujący: WŁODAN A W. sp. j.

Izba nie stwierdziła w świetle ustalonych okoliczności, że oferta Konsorcjum FBSerwis podlega odrzuceniu jako niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków

zamówienia oraz której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W tym zakresie Izba nie stwierdziła naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 3 Pzp.

Izba zważyła również, że Zamawiający nie miał podstaw do przeprowadzenia procedury przewidzianej w art. 90 ust. 1 Pzp w odniesieniu do oferty Konsorcjum FBService w zakresie elementów oferty wskazanych w pkt 23, 24 i 25 Formularza oferty.

26

Nie potwierdził się również zarzut zaniechania odrzucenia na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 oraz 89 ust 2 pkt 3 Pzp ofert złożonych przez wykonawców: GNOM Sp. z o.o., MARKBUD Sp. z o.o., Usługi Transportowo-Drogowo-Mostowe J. O. oraz Konsorcjum: BUDIA Standard.

W zakresie postawionych zarzutów nie wystąpiły okoliczności skutkujące naruszeniem art. 7 ust. 1 Pzp.

Niezgodność oferty Konsorcjum FBService ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia

Zamawiający w SIWZ pkt 10 określił sposób obliczenia ceny oferty, zgodnie z którym: „10.1. Cena oferty, dla każdej części zamówienia odrębnie, zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o odpowiedni Formularz Oferty Wykonawcy – (tabela wyceny) – Formularz 2.1. i/lub Formularz 2.2.

10.2. Tabelę, o której mowa w pkt 10.1. należy sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w tabeli, kierując się poniższymi wytycznymi :

Wykonawca w Ofercie Wykonawcy składanej w ramach postępowania na całoroczne, kompleksowe utrzymanie dróg krajowych w tabeli, o której mowa w pkt 10.1., wskaże (wpisze) jednostkowe ceny utrzymania elementów Drogi i innych czynności utrzymaniowych zgodnie ze standardem wskazanym w punkcie 1 OPZ przez okres jednego miesiąca (kolumna nr 4 tabeli – Oferta Wykonawcy) oraz kwoty jakie planuje Wykonawca przeznaczyć na opłaty za korzystanie z dróg płatnych utrzymując poszczególne wymienione w Ofercie elementy Drogi (kolumna 6 tabeli – Oferta Wykonawcy).

Cenę jednostkową wskazaną przez Wykonawcę za utrzymanie każdego elementu Drogi Wykonawca przemnoży przez ilość elementów Drogi wskazanej przez Zamawiającego na etapie postępowania z dokumentacji projektowej/ wykonawczej/ powykonawczej/ poaudytowej (kolumna nr 5 tabeli) i po zsumowaniu z kwotą za opłaty za korzystanie z dróg płatnych za utrzymanie danego elementu Drogi, uzyskaną wartość wpisze w kolumnie 7 [wartość z kolumny nr 4 x wartość z kolumny nr 5 + wartość z kolumny 6].

Następnie Wykonawca zsumuje wszystkie wartości określone w kolumnie 7 i tak uzyskaną wartość wpisze w pozycji „Wartość netto oferty potencjalnego Wykonawcy na 1 miesiąc (okres rozliczeniowy cyklicznego wynagrodzenia)”.

Wartość uzyskaną po przemnożeniu Wartości netto oferty potencjalnego Wykonawcy na 1 miesiąc (okres rozliczeniowy cyklicznego wynagrodzenia) przez 72 (miesiące realizacji zamówienia) należy wpisać w pozycji „Wartość netto oferty potencjalnego Wykonawcy na 72 miesiące/ stanowi ofertę Wykonawcy w postępowaniu”.

27

Następnie do Wartości netto oferty potencjalnego Wykonawcy na 72 miesiące należy doliczyć wartość należnego podatku od towarów i usług VAT (23%) i uzyskaną wartość wpisać w pozycji „Wartość brutto oferty potencjalnego Wykonawcy na 72 miesiące” oraz w punkcie 3 Formularza OFERTY, jako cenę brutto wykonania odpowiedniej części (zadania) przedmiotu zamówienia. Wyliczona cena brutto będzie ceną oferty.

10.3. Cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w Tomach I-III SIWZ. Koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których w Formularzu cenowym nie ujęto w odrębnych pozycjach, Wykonawca powinien ująć w cenach jednostkowych pozycji opisanych w Formularzu cenowym.

Wykonawca w cenie oferty winien uwzględnić koszty pracy, których wartość nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr

200, poz. 1679, z 2004r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314). Koszty te winny być uwzględnione niezależnie od tego, czy Wykonawca lub podmiot, który udostępnia Wykonawcy potencjał kadrowy, zatrudnia osoby skierowane do wykonania zamówienia na podstawie umowy o pracę, czy umów cywilnoprawnych."

W związku powyższym, ceny jednostkowe wskazane w Formularzu cenowym - Formularz 2.1 i/lub Formularz 2.2 mają charakter cen składowych ceny oferty za wykonanie przedmiotu zamówienia. Nie mają one samodzielnego charakteru cen jednostkowych służących rozliczeniu wykonania przedmiotu zamówienia, jak wskazywał Odwołujący. Z treści ww. postanowienia 10.3 wynika jednoznacznie, że wymaganie dotyczące uwzględnienia kosztów pracy, których wartość nie może być niższa od minimalnego ustawowego wynagrodzenia za pracę odnosi się do ceny oferty, a nie do poszczególnych „cen jednostkowych” wskazanych w tabeli Formularza. Kalkulując cenę oferty za wykonanie przedmiotu zamówienia wykonawcy mieli swobodę w zakresie ukształtowania cen jednostkowych, z tym jednak założeniem, że cena oferty musi uwzględniać wszystkie koszty, w tym także te koszty, które nie zostały wymienione przez Zamawiającego w poszczególnych pozycjach tabeli.

Fakt, że ceny wskazane przez wykonawcę w poz. 23 *Obwód Utrzymania drogi ekspresowej (OUS Sieradz) z wyposażeniem*, poz. 24 *Miejsce Obsługi Podróżnych: Paprotnia I, Sięgánów I : MOP-y z wyposażeniem i kładką dla pieszych, w km wg załącznika Nr 1 do OPZ* oraz poz. 25 *Miejsce Obsługi Podróżnych: Paprotnia II : MOP z wyposażeniem bez kładki dla pieszych, w km wg załącznika Nr 1 do OPZ* są jednymi z niższych wśród zaproponowanych przez innych wykonawców, którzy złożyli oferty w zadaniu II nie dowodzi w żaden sposób, że cena oferty Konsorcjum FBService została skalkulowana bez

28

uwzględnienia wymagania dotyczącego uwzględnienia minimalnego wynagrodzenia za pracę. Okoliczność ta nie została udowodniona przez Odwołującego. Odwołujący przedstawił kalkulację szacunkową, i jak sam stwierdził, bardzo uproszczoną kosztu miesięcznego utrzymania obiektu, który, jak Odwołujący przyznał, nie uwzględnia wszystkich niezbędnych elementów. Taka kalkulacja wzbudza co do zasady wątpliwości co do jej rzetelności, a ponadto w szczególności - nie została ona odniesiona w jakikolwiek sposób do ceny oferty. Podkreślić należy, że opis sposobu obliczenia ceny zawarty w SIWZ dotyczy ceny oferty a nie cen jednostkowych, a zatem nie ma podstaw by wymagania dotyczące ceny oferty odnosić do poszczególnych cen jednostkowych wskazywanych w Formularzu cenowym. Tym samym nie ma podstaw do formułowania zarzutu niezgodności treści oferty z SIWZ w zakresie, w którym SIWZ nie zawiera regulacji.

Czyn nieuczciwej konkurencji

Skoro Odwołujący nie wykazał, że Konsorcjum FBService nie uwzględniło w cenie oferty kosztów pracy w wysokości najniższego wynagrodzenia związanych z utrzymaniem MOP i OUS, to tym bardziej brak jest podstaw do przyjęcia tezy o celowym zaniżeniu ceny oferty. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów w tym zakresie. Zarzut, iż złożenie oferty przez Konsorcjum FBService stanowi czyn nieuczciwej konkurencji nie został wykazany ani nawet uprawdopodobniony przez Odwołującego, a zatem należało uznać, że nie wystąpiły przesłanki do zastosowania art. 89 ust 1 pkt 3 Pzp.

Zaniechanie przeprowadzenia procedury przewidzianej w art. 90 ust. 1 Pzp

W danym stanie faktycznym nie wystąpiły przesłanki do zastosowania procedury określonej w art. 90 ust. 1 Pzp wobec oferty Konsorcjum FBService w odniesieniu do poz. 23, 24 i 25 Formularza cenowego. Po pierwsze, zarzut zaniechania wezwania do wyjaśnień został podniesiony wyłącznie do cen składowych wskazanych w trzech pozycjach tabeli wyceny (spośród 35 pozycji), a nie wobec ceny oferty w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. Po drugie, Odwołujący nie wskazał okoliczności, które uzasadniałyby przyjęcie, że wystąpiły uzasadnione wątpliwości co do tego, że cena oferty może być rażąco niska w szczególności faktu, że jest ona niższa o 30% od wartości przedmiotu zamówienia lub średniej arytmetycznej cen złożonych ofert. Podkreślić także należy w szczególności, że Odwołujący nie wykazał, jaki wpływ miały ceny wskazane w pkt 23, 24 i 25 formularza cenowego na wysokość ceny oferty w kontekście podejrzenia, czy cena oferty nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Analogiczna argumentacja legła u podstaw nieuwzględnienia zarzutu zaniechania odrzucenia ofert GNOM Sp. z o.o., MARKBUD Sp. z o.o., Usługi Transportowo-Drogowo-Mostowe J. O. oraz Konsorcjum BUDiA Standard na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 oraz 89 ust

w wycenie najniższego wynagrodzenia wykonawców. Zarzuty te w odwołaniu nie zostały uzasadnione przez Odwołującego. Brak jakiejkolwiek argumentacji w odniesieniu do każdej z ww. ofert przesądza o bezpodstawności podniesionych zarzutów. Jednocześnie Izba zważyła, że nie jest dopuszczalne w świetle przepisów ustawy Pzp „doprecyzowanie” zarzutów w piśmie procesowym składanym dopiero na rozprawie. Jest to bowiem de facto nieuprawnione uzupełnienie odwołania o nowe lub rozszerzone zarzuty, po upływie terminu do wniesienia odwołania. Rozpoznanie takich zarzutów jest sprzeczne z art. 192 ust. 7 Pzp. Dodatkowo należy wskazać, że Odwołujący nie wykazał interesu w podniesieniu zarzutu do oferty złożonej przez J. O., którego oferta została odrzucona przez Zamawiającego i jednocześnie wykonawca ten nie wniósł odwołania od tej czynności.

KIO 1772/15**Odwołujący: MARKBUD Sp. z o.o.**

Izba nie stwierdziła naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w zakresie zadania II z uwagi na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w odniesieniu do Koncepcji działań - Program nr 1 oraz Program nr 2.1.

Zarzut w zakresie Programu nr 1.

Zamawiający stwierdził w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, że „Wykonawca złożył Koncepcję działań zawierającą Program nr 1, w którym nie przedstawił harmonogramu przygotowania do ZUD z podaniem dat poszczególnych czynności. Dodatkowo, oświadczenie Wykonawcy iż do 15 października zapewniona będzie odpowiednia ilość personelu, sprzętu i materiałów jest niezgodne z wytycznymi zimowego utrzymania dróg GDDKiA, określonymi w Zarządzeniu nr 18 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 30 czerwca 2006 r. w sprawie wprowadzenia „Wytycznych zimowego utrzymania dróg” ze zm. (Załącznik nr 5 Ramowy harmonogram prac przygotowawczych do zimowego utrzymania dróg), zgodnie z którym szkolenie kierowców i dyżurnych ma być zakończone do 1.10 każdego roku.”, co jest niezgodne z wymaganiem pkt. 14.3.4.1 IDW, w świetle którego jednoznacznie wymaganym elementem Programu nr 1 było przedstawienie harmonogramu przygotowania do zimowego utrzymania z uwzględnieniem dat (mm-dd) i poszczególnych czynności przygotowawczych.

W pkt 14.3.1 IDW Zamawiający zdefiniował „Koncepcję działań” jako „opracowanie (zwane dalej „Opracowaniem” lub „Koncepcją”) dotyczące utrzymania Drogi będącego przedmiotem niniejszego zamówienia, zawierające przygotowany przez Wykonawcę opis działań mających na celu wdrożenie i utrzymanie określonego w Opisie Przedmiotu

30

Zamówienia standardu Drogi oraz innych określonych w umowie standardów wraz z zapewnieniem bezpieczeństwa użytkowników dróg oraz minimalizacji strat w przejeździe utrzymywaną Droga przez 24 godz./dobę.

Koncepcja działań przedstawiona przez Wykonawcę stanowić będzie integralną część Umowy zawieranej z wyłonionym w drodze niniejszego postępowania Wykonawcą. W związku z tym, Wykonawca musi być świadomy, że ma ono charakter wiążący, a Wykonawca będzie odpowiedzialny za zaproponowane rozwiązania wobec Zamawiającego.”

Zgodnie z pkt 14.3.4.1 IDW, Zamawiający opisał wymagania dotyczące Programu nr 1 „w którym Wykonawca opíše sposób zarządzania pracami utrzymaniowymi oraz innymi czynnościami zapewniającymi bezpieczeństwo użytkowników dróg, w tym wskaże metodę/sposób i częstotliwość dokonywania objazdów drogi przez 24h/dobę monitorowania stanu bezpieczeństwa ruchu drogowego, zasady monitorowania i kontroli jakości utrzymania standardów drogi, a także przedstawi harmonogram przygotowania do zimowego utrzymania z uwzględnieniem dat (mm-dd) i poszczególnych czynności przygotowawczych, oraz sposób organizacji pracy na wypadek nieobecności Kierownika Utrzymania, zapewniając ciągłość procesu decyzyjnego przy zachowaniu wymagań określonych przez Zamawiającego dla osoby Kierownika Utrzymania.” Zamawiający zastrzegł jednocześnie, że brak któregośkolwiek

z elementów wymaganych w programie spowoduje odrzucenie oferty.

Odwołujący w ramach Koncepcji działań w odniesieniu do Programu 1 w pkt. 1.6 (Zakres działań ZUD) przedstawił następujące informacje:

- najpóźniej do 15 października każdego roku Wykonawca zobowiązuje się do zgromadzenia odpowiedniej ilości personelu, sprzętu oraz środków niezbędnych do zimowego utrzymania drogi zgodnie z postanowieniami SIWZ.
- jednocześnie wprowadzi okres gotowości do zimowego utrzymania dróg, polegającą na utrzymaniu stałej gotowości technicznej sprzętu i personelu obsługującego do podjęcia akcji zimowej,
- w okresie wiosennym taka gotowość będzie utrzymywana do 15 kwietnia każdego roku trwania umowy,
- Odwołujący wymienił czynności, jakie zalicza się do zimowego utrzymania dróg.

Zgodzić się należy z Odwołującym, że Zamawiający w SIWZ nie określił szczegółowych wymogów co do formy harmonogramu, co oznacza, że pozostawił w tym zakresie wykonawcom dowolność. Wymagał jednak, aby harmonogram zawierał wskazanie poszczególnych czynności przygotowawczych do zimowego utrzymania dróg z podaniem dat (mm-dd). Powyższe wymagania można rozumieć tylko w jeden sposób – należało wskazać poszczególne czynności z określeniem dat ich realizacji. W ocenie Izby, pojęcie

31

harmonogramu nie powinno budzić wątpliwości wśród profesjonalistów w danej branży. Brak definicji w SIWZ tego pojęcia nie stanowi błędu Zamawiającego. Kierując się powszechnym rozumieniem tego pojęcia, z pewnością harmonogramu nie można utożsamić z podaniem jednej daty dotyczącej terminu zgromadzenia personelu sprzętu i niezbędnych środków do zimowego utrzymania dróg. Brak wskazania poszczególnych, a tym samym szczegółowych czynności przygotowawczych, brak wskazania dat tych czynności, przesądza jednoznacznie o tym, że wykonawca nie przedstawił wymaganego harmonogramu.

Wskazując datę 15 października, jako datę zgromadzenia odpowiedniej ilości personelu Odwołujący nie wspomniał o przeszkoleniu kierowców i dyżurnych. Brak takiej deklaracji jest jednoznaczny wobec bardzo ogólnego brzmienia złożonego oświadczenia. W tym przypadku jednak nie ma jakiegokolwiek pewności, że wykonawca przewidział przeszkolenie kierowców i dyżurnych w terminie do 1 października, a wręcz wskazanie daty 15 października jako daty zgromadzenia odpowiedniej ilości personelu co do zasady dopuszcza możliwość nie przeszkolenia w terminie osób pozyskanych po tym terminie.

Co do zakresu obowiązywania w przedmiotowym postępowaniu wymagań zawartych w Zarządzeniu nr 18 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, Izba zważyła, że SIWZ odwołuje się wprost do ww. Zarządzenia w OPZ na str. 14. Ponadto w OPZ Zamawiający odwołuje się do obowiązujących zarządzeń zamieszczonych na stronie internetowej Zamawiającego, co oznacza, że ww. zarządzenie należało niewątpliwie uwzględnić przy opracowaniu Koncepcji działań. Ponadto, jak wynika z wyjaśnień składanych przez wykonawców w toku postępowania wykonawcy nie mieli raczej wątpliwości co do wiążącego charakteru tego zarządzenia. Sam Odwołujący odwoływał się do wymagań wynikających z tego Zarządzenia w opisie Programu nr 2.1.

Fakt, że wymóg dotyczący przedstawienia harmonogramu nie stanowił jednego z pod-kryteriów i nie miał znaczenia z punktu widzenia przyznawanych punktów w ramach kryterium *Wartość techniczna*, nie ma żadnego znaczenia z punktu widzenia oceny zgodności treści oferty z wymaganiami SIWZ.

Zarzut w zakresie Programu nr 2.1.

W Koncepcji działań dla Programu 2.1 (pkt 14.3.4.2.1 IDW) należało przedstawić „opis technologii i organizacji pracy utrzymaniuowej wraz ze schematem wykonywania pracy na drodze ze wskazaniem czasu reakcji i likwidacji skutków danego zjawiska atmosferycznego: szadzi, lodowicy, szronu, zajeżdżonego (ubitego) lub nawiewanego śniegu, gołoledzi/oblodzenia, błota pośniegowego, przelotnych lub ciągłych opadów śniegu”.

Odwołujący w *Koncepcji działań* dla Programu nr 2.1 wskazał: „Standard zamawiającego drogi: 4 godziny po ustaniu opadów śniegu a w zakresie gołoledzi, lodu, szadzi 3 godziny. Standard wykonawcy drogi: 3 godziny po ustaniu opadów śniegu

32

a w zakresie gołoledzi, lodu, szadzi 2 godziny.” Tym samym Odwołujący nie przedstawił

wymaganych informacji co do czasu reakcji na pozostałe zjawiska atmosferyczne, tj. szron, gołoledź, zajeżdżony śnieg, błoto pośniegowe i przelotne lub ciągłe opady śniegu.

Okoliczność, że Odwołujący wskazał w pkt. 2.1.1. Koncepcji działań, że „Roboty prowadzone będą zgodnie z Dokumentami kontraktowymi, OPZ, PZJ, Wytycznymi Zimowego Utrzymania Dróg, obowiązującym zarządzeniem GDDKiA w sprawie standardów zimowego utrzymania dróg oraz przepisami ochrony środowiska”, nie zastępuje obowiązku podania przez wykonawcę zaoferowanych przez niego konkretnych czasów reakcji na poszczególne zjawiska.

Izba stwierdziła wobec powyższego, że Odwołujący nie przedstawił czasów reakcji w *Koncepcji działań* dla Programu nr 2.1 obejmujących wszystkie zjawiska atmosferyczne, co przesądza o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Jednocześnie nie ma wątpliwości, że brak wymaganego w powyższym zakresie oświadczenia w ofercie nie może podlegać uzupełnieniu, gdyż stanowiłoby to zmianę treści złożonej oferty oraz nie stanowi omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Wobec niepotwierdzenia się zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, w wyniku odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego.

KIO 1777/15

Odwołujący GNOM Sp. z o.o.

Zarzut dotyczący niezgodności treści oferty z treścią SIWZ - Koncepcja działań - zadanie I i II.

W ocenie Izby, Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego jako niezgodną z treścią SIWZ nie naruszył przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Przedstawione przez Odwołującego w ramach Koncepcji działań Programy są niezgodne z SIWZ w następującym zakresie:

1. w zakresie Programu nr 1 - brak wymaganego harmonogramu przygotowania do ZUD z podaniem dat poszczególnych czynności.

Zgodnie z pkt 14.3.4.1 SIWZ w zakresie Programu nr 1 Zamawiający wymagał, aby wykonawca przedstawił m.in. harmonogram przygotowania do zimowego utrzymania z uwzględnieniem dat (mm-dd) i poszczególnych czynności przygotowawczych.

Odwołujący przedstawił w ofercie dla zadania nr 1 i nr 2 jedynie informację w zakresie terminów przygotowania sprzętu do ZUD oraz terminu składowania materiału. Odwołujący

33

powołał się też na Załącznik do Zarządzenia nr 18 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 30 czerwca 2006 r., stwierdzając że harmonogram przygotowania będzie zgodny z wytycznymi GDDKiA. Tym samym potwierdził, że takiego harmonogramu de facto nie składa w ofercie. Zamieszczone w ofercie Odwołującego powyższe informacje przesądzają, że harmonogram jako taki nie został przez wykonawcę przedstawiony.

2. w zakresie Programu nr 2.1 - brak opisu technologii i organizacji pracy utrzymaniowej na drodze w przypadku wystąpienia takich zjawisk jak szadź, gołoledź, lodowica, błoto pośniegowe, zajeżdżony (ubity) śnieg lub nawiewany śnieg.

Zgodnie z pkt 14.3.4.2.1. SIWZ w zakresie Programu nr 2.1 wykonawca winien był przedstawić opis technologii i organizacji pracy utrzymaniowej wraz ze schematem wykonywania pracy na drodze ze wskazaniem czasu reakcji i likwidacji skutków danego zjawiska atmosferycznego: a) szadzi, b) lodowicy, c) szronu, d) zajeżdżonego (ubitego) lub nawiewanego śniegu, e) gołoledzi/oblodzenia, f) błota pośniegowego, g) przelotnych lub ciągłych opadów śniegu.

Odwołujący, w Koncepcji dla zadania I i zadania II przedstawił technologię i organizację pracy przy odśnieżaniu oraz posypywaniu odcinka drogi. Tym samym nie przedstawił technologii i organizacji pracy dla pozostałych zjawisk wymienionych przez Zamawiającego tj. szadzi, gołoledzi, lodowicy, błota pośniegowego, zajeżdżonego (ubitego) śniegu lub nawiewanego śniegu. Nie sposób się zgodzić przy tym z Odwołującym, że wszystkie zjawiska atmosferyczne są usuwane w taki sam sposób, a zatem nie było potrzeby powielania tych informacji. Izba zważyła, że powyższa deklaracja nie wynika z treści oferty Odwołującego. Deklaracja powyższa została złożona dopiero w odwołaniu. Ponadto, jak wynika z postanowienia SIWZ wykonawcy byli zobowiązani do opisan

technologii i organizacji pracy dla każdego z wymienionych zjawisk odrębnie.

3. w zakresie Programu 2.2 - brak opisu technologii i organizacji pracy przy utrzymywaniu roślinności niskiej (trawy) na obszarze korony drogi, od przeciwskarp do linii rozgraniczających oraz w rowach.

Zgodnie z pkt 14.3.4.2.2 SIWZ Program 2.2 Zamawiający wymagał, aby w zakresie utrzymania zieleni, wykonawca przedstawił opis technologii i organizacji pracy utrzymania roślinności niskiej (trawy) w obszarach: a) od przeciwskarp do linii rozgraniczających; b) w koronie drogi; c) w rowie.

Odwolujący przedstawił w Koncepcji dla zadania I i zadania II opis technologii i organizacji pracy, poprzez wskazanie maksymalnej wysokości traw w poszczególnych elementach drogi oraz sposób koszenia (sprzęt oraz kolejność koszenia). Powyższe wybiórcze i ogólne informacje nie spełniają wymogu dotyczącego opisanie technologii i organizacji pracy, który został skierowany do profesjonalistów, działających w danej branży.

34

4. w zakresie Programu 2.3 - brak opisu organizacji pracy utrzymania czystości na drodze innej niż krajowa oraz na MOP.

W pkt 14.3.4.2.3 Program 2.3, Zamawiający postanowił, że w ramach utrzymania czystości na Drodze, wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia opisu organizacji pracy utrzymania porządku i czystości Drogi ze wskazaniem czasu doprowadzenia do wymaganego standardu: a) w koronie drogi; b) na drodze o innej funkcji niż krajowa; c) na MOP.

Odwolujący przedstawił w ofercie opis organizacji pracy utrzymania czystości w pasie drogi. Wyjaśnił w odwołaniu, że zaliczył do pasa drogi S-8 MOP-y, jak również drogi inne niż krajowe. Powyższa informacja nie wynika jednak z treści oferty, w której wykonawca nie zamieścił stosownego oświadczenia.

Wobec braku w ofercie wymaganych informacji Zamawiający nie miał podstaw do zastosowania art. 87 ust. 1 Pzp, tj. do wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty. W takim przypadku wyjaśnienia musiałyby prowadzić de facto do uzupełnienia brakującej treści oferty, co jest niedozwolone w świetle tego przepisu.

Zarzut rażąco niskiej ceny

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 Pzp oraz w konsekwencji naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający dokonał badania oferty Odwołującego pod kątem podejrzenia rażącego zaniżenia ceny oferty w sposób uzasadniony – jak wykazał w odpowiedzi na odwołanie cena oferty Odwołującego w zadaniu nr I jest niższa o 37,99% a w zadaniu nr II o 39,61% od wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia, a ponadto w stosunku do średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert - odpowiednio niższa o 27,58% i 12,60%.

W tych okolicznościach Zamawiający wezwał wykonawcę w dniu 11 czerwca 2015 r. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Wezwanie zostało sformułowane w sposób prawidłowy w oparciu o wytyczne zawarte w art. 90 ust. 1 Pzp.

W tym miejscu należy zauważyć, że podniesiony w odwołaniu zarzut dotyczący naruszenia art. 90 ust 1 Pzp, poprzez wadliwe sformułowanie wezwania do złożenia wyjaśnień został podniesiony przez Odwołującego po upływie ustawowego terminu na wniesienie odwołania. Zarzut ten należało skutecznie podnieść w terminie liczonym od dnia, w którym nastąpiła czynność wezwania.

Jak wynika z treści wezwania, Zamawiający wymagał szczegółowego wyjaśnienia wszystkich aspektów mających wpływ na cenę oferty oraz poparcia tych wyjaśnień stosownymi dowodami.

W dniu 17 czerwca 2015 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia, które zostały zastrzeżone

35

przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Jak wynika z uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty, złożone przez odwołującego wyjaśnienia zostały poddane wnikliwej ocenie przez Zamawiającego.

W złożonych wyjaśnieniach – w części ogólnej - Odwołujący wskazał na wieloletnie doświadczenie jakie posiada przy realizacji podobnych zamówień, posiadane zaplecze techniczne i osobowe, opisując je w sposób bardzo ogólny, bez wskazania jaki realny wpływ

miały te okoliczności na możliwość obniżenia ceny oferty. Odwołujący nie powiązał przedstawionych ww. informacji z wyliczeniami liczbowymi przedstawionymi w dalszej części wyjaśnień. Słuszna jest wobec tego ocena Zamawiającego, że wskazane powyżej okoliczności nie wyróżniają Odwołującego spośród innych wykonawców, jako wykonawcy, który dysponuje szczególnie korzystnymi warunkami do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Podobnie, przedstawione przez wykonawcę oferty cenowe na wybiórcze materiały i usługi nie zostały opatrzone żadnym komentarzem pozwalającym na wnioskowanie o możliwości obniżenia na ich podstawie ceny oferty ponad poziom dostępny dla innych wykonawców obecnych na rynku.

Kalkulacja cenowa stanowi de facto zbiór wyliczeń, które nie zostały w żaden sposób powiązane z obiektywnymi okolicznościami umożliwiającymi tak znaczne obniżenie ceny oferty.

Wobec niewykazania że cena jest rzeczywiście realna nie sposób uznać, że gwarantuje ona prawidłowe wykonanie całego zakresu przedmiotu zamówienia w sposób określony w SIWZ.

Ponadto, jak wynika z informacji załączonych do odwołania, Odwołujący nie odniósł się w wyjaśnieniach do kilku istotnych aspektów, wskazanych przez Zamawiającego w decyzji o odrzuceniu oferty, które nie zostały wyjaśnione przez Odwołującego w piśmie z dnia 17 czerwca 2015 r. Dopiero w odwołaniu Odwołujący podjął próbę ich wyjaśnienia, co bezsprzecznie dowodzi faktu, że wyjaśnienia nie obejmowały tych zagadnień.

Jak wykazał Zamawiający na rozprawie, w części, w której jawność została wyłączona Odwołujący zawarł w wyjaśnieniach sprzeczne informacje z wartościami podanymi przez Odwołującego w Formularzu cenowym.

Izba zważyła jednocześnie, że uzupełnienie wyjaśnień w ramach odwołania należy uznać za spóźnione. W ramach postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, ocenie podlega prawidłowość czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający był zobowiązany podjąć decyzję w oparciu o wyjaśnienia złożone przez wykonawcę w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie. Ocena tej decyzji Zamawiającego (czynności) nie może być

36

dokonywana z uwzględnieniem nowych, uzupełniających wyjaśnień i nowych dowodów. Z tego względu Izba nie dopuściła wniosków dowodowych złożonych przez Odwołującego w powyższym zakresie.

Jak wskazano powyżej, Zamawiający sformułował wezwanie w sposób jednoznaczny i w żaden sposób nie ograniczył wykonawcy co do zakresu składanych wyjaśnień. Wyraźnie żądał przedstawienia dowodów na poparcie składanych wyjaśnień. Okoliczność, że Zamawiający nie wymagał konkretnych szczegółowych kalkulacji nie dowodzi błędu po stronie Zamawiającego. To na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że cena oferty nie jest ceną rażąco niską i powinien on przedłożyć Zamawiającemu wszelkie dostępne mu informacje i dowody na potwierdzenie tej tezy w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego w wezwaniu.

Zamawiający nie naruszył przepisu art. 90 ust. 2 Pzp, który wskazuje na ciężar dowodowy leżący po stronie wykonawcy. Odwołujący w żaden sposób nie uzasadnił tego zarzutu, a zatem Izba uznała zarzut za bezzasadny.

Odwołujący w żaden sposób nie uzasadnił także zarzutu naruszenia art. 91 ust 3 Pzp. Brak jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego powoduje, że zarzut jest niepełny, a zatem nie ma obiektywnej możliwości jego rozpoznania.

Wobec powyższego w konsekwencji Zamawiający nie naruszył w postępowaniu art. 7 ust. 1 Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

KIO 1784/15

Odwołujący: Konsorcjum BUDIA Standard

Zgodnie z wymaganiami określonymi w IDW - Tom I SIWZ (pkt 9.5.2. IDW) wykonawcy mieli w ramach sporządzenia oferty przygotować Koncepcję działań (składaną dla każdej części zamówienia odrębnie), tj. opracowanie dotyczące utrzymania drogi, zawierające przygotowany przez wykonawcę opis działań mających na celu wdrożenie i utrzymanie określonego w OPZ standardu drogi oraz innych standardów.

Zamawiający w pkt 14.3.3 IDW zawarł postanowienie, że „odrzuci ofertę Wykonawcy w przypadku:

- 1) Braku Koncepcji działań,
- 2) Gdy Koncepcja działań nie zawiera wszystkich Programów działań nr 1, 2.1, 2.2, 2.3, 2.4, 3,
- 3) Braku jakiegokolwiek elementu Programu działań nr 1, 2.1, 2.2, 2.3, 2.4, 3,
- 4) Przedłożenia jakiegokolwiek Programu nr 1, 2.1, 2.2, 2.3, 2.4, 3 nie zapewniającego dotrzymania standardów utrzymania wymaganych przez Zamawiającego w OPZ.”

37

Szczegółowe wymagania dotyczące sposobu realizacji usług utrzymania drogi ekspresowej S-8 Zamawiający opisał w OPZ oraz w załącznikach do OPZ. Przygotowane przez wykonawców Programy składające się na Koncepcję działań musiały pozostawać w zgodności z obowiązującymi standardami działań określonymi przez Zamawiającego w OPZ.

W Załączniku nr 3 do OPZ Zamawiający określił wymagania w zakresie usług zimowego utrzymania dróg oraz utrzymania zieleni Drogi. W odniesieniu do działań związanych z usuwaniem zjawisk lub zanieczyszczeń wynikających z zimowych warunków atmosferycznych, w tym w zakresie usunięcia błota pośniegowego Zamawiający wymagał maksimum 4 godziny reakcji po ustaniu opadów śniegu. W zakresie natomiast wymagań dotyczących usług utrzymania zieleni Zamawiający postanowił, że wykonawca jest zobowiązany do pielęgnacji roślinności niskiej (trawy) w obszarze pasa rozdziału nieutwardzonego, rowów, skarp nasypu oraz skarp wykopu i utrzymania jej do wysokości 20 cm.

Odwołujący złożył ofertę na oba zadania, w tym przedstawił Koncepcje działań zawierające Programy wymagane przez Zamawiającego.

Odwołujący zaoferował w Programie 2.1 w zakresie usługi zimowego utrzymania dróg 5 godzin, jako maksymalny czas na usunięcie zjawiska w postaci błota pośniegowego (str. 12 Koncepcji działań w pozycji „Czasy dostosowania do standardu”). W Programie 2.2 Odwołujący zaoferował utrzymanie roślinności niskiej (trawy) w koronie drogi na wysokości 25 cm.

Odwołujący nie zaprzeczał, że powyższe informacje zostały zamieszczone i znajdują się w treści złożonej oferty.

Jak jednak wynika z treści oferty Odwołującego, złożył on także dodatkowe oświadczenie w Programie 2.1 pkt 6 ppkt VII (strona 11 Koncepcji działań) o treści: „Prace przy likwidacji zjawiska atmosferycznego zakończą się w czasie krótszym o 1 godzinę niż wymaga Zamawiający w OPZ”. Z treści powyższego oświadczenia wynika, że Odwołujący zaoferował czas likwidacji zjawiska błota pośniegowego w ilości 3 godzin, tj. o 1 godzinę krótszy niż określony przez Zamawiającego jako maksymalny, co jest zgodne wymaganiem OPZ.

Biorąc pod uwagę powyższe należało stwierdzić, że oferta Odwołującego zawiera dwa oświadczenia dotyczące sposobu realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie usunięcia zjawiska błota pośniegowego, z których jedno jest zgodne z wymaganiami SIWZ, a drugie sprzeczne. Powyższe oznacza, że treść oferty w omawianym zakresie nie jest na tyle jednoznaczna, aby uznać, że jest ona bezwzględnie niezgodna z treścią SIWZ, a także, że niezgodność ta nie jest jednocześnie możliwa do poprawienia w trybie art. 87 ust.

38

2 pkt 3 Pzp.

Wskazana niejednoznaczność treści oferty powinna zostać wyjaśniona przez Zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, gdyż zachodzi uzasadnione prawdopodobieństwo popełnienia przez wykonawcę niezamierzonej omyłki. Nie ulega bowiem wątpliwości, że Odwołujący miał zamiar złożyć ofertę zgodną z SIWZ, o czym świadczy złożenie oświadczenia w Formularzu ofertowym o realizacji umowy zgodnie z wymaganiami SIWZ, a także oświadczenia w Koncepcji działań, iż zjawiska atmosferyczne w tamach zimowego utrzymania drogi będą likwidowane w czasie krótszym o 1 godzinę niż wynika to z wymagań SIWZ. W tych okolicznościach Zamawiający powinien mieć na uwadze wolę wykonawcy w złożeniu prawidłowej oferty, a tym samym zaistniałych wątpliwości nie powinien rozstrzygać na niekorzyść wykonawcy. Podkreślić należy, że przesłanki odrzucenia

oferty muszą być interpretowane ściśle, a Zamawiający ma obowiązek ich wykazania w sposób obiektywny i niebudzący wątpliwości.

W świetle powyższego Zamawiający był zobowiązany skorzystać z uprawnienia wynikającego z art. 87 ust. 1 Pzp, tj. wezwania wykonawcy do wyjaśnień dotyczących treści oferty. W zależności od treści złożonych wyjaśnień, w przypadku potwierdzenia przez wykonawcę omyłkowego wpisania ilości 5 zamiast 3 godziny, Zamawiający ma obowiązek zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz poprawienia treści oferty, przez usunięcie sprzeczności w treści oferty w powyższym zakresie.

W zakresie zadeklarowania wysokości 25 cm dla roślinności niskiej w „koronie drogi” w Programie 2.2 w zakresie usług utrzymania zieleni, należy wskazać, że wystąpiła tu, podobnie jak wyżej, sprzeczność w treści oferty Odwołującego. Wykonawca złożył oświadczenie, które budzi uzasadnioną wątpliwość, co do świadomego i celowego działania wykonawcy w tym zakresie. Wykonawca wskazał maksymalną wysokość trawy w koronie drogi jako 25 cm, powołując się na zgodność tego wymagania ze standardami Załącznika nr 3 do OPZ: „Maksymalna wysokość zieleni nie przekroczy założeń, jakie są zamieszczone w załączniku nr 3 do OPZ „Standardy utrzymania Drogi do utrzymania”, tj. 25 cm.”

Z brzmienia tego zapisu oferty wynika uzasadniona wątpliwość, że omawiana nieprawidłowość oferty co do wysokości trawy może mieć charakter niezamierzonej omyłki. Kwestia ta powinna zostać wyjaśniona na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, z uwzględnieniem wyrażonej w ofercie woli wykonawcy do złożenia prawidłowej oferty, spełniającej wszystkie wymagania Zamawiającego. Dopiero wyjaśnienia wykonawcy pozwoliłyby Zamawiającemu na dokonanie jednoznacznej interpretacji treści oferty.

Również w tym przypadku występuje możliwość zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i poprawienia omyłki w postaci nieprawidłowej deklarowanej wysokości trawy w koronie drogi, w zależności od treści złożonych wyjaśnień.

39

Podkreślić należy, że Program 2.2 podlega ocenie w kryterium „Wartość techniczna” jedynie pod kątem zadeklarowanego czasu wykonywania zabiegów utrzymaniowych na zieleni w terminie krótszym niż wymaga Zamawiający w OPZ (pkt 14.3.4.2.2. IDW), a zatem zadeklarowana przez wykonawców wysokość trawy w ramach usług utrzymania zieleni drogi nie ma znaczenia z punktu widzenia oceny ofert.

W powyższych okolicznościach Zamawiający zatem w sposób nieuprawniony odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający w sposób nieuzasadniony pominął wynikający z tego przepisu obowiązek zbadania oferty pod kątem możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, w tym możliwość wyjaśnienia sprzeczności w treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, gdyż w ustalonym stanie faktycznym, nie mógł kategorięcznie przesądzić o niezgodności jego oferty z treścią SIWZ. W tych okolicznościach potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez Odrzucenie oferty Odwołującego.

W ocenie Izby, brzmienie pkt 14.3.3 IDW nie uprawniało Zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 bez zbadania oferty pod kątem możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zamawiający nie jest uprawniony do wyłączenia w SIWZ stosowania bezwzględnie obowiązujących przepisów ustawy Pzp oraz tym samym zaostrzenia przesłanek odrzucenia oferty. Zamawiający jest co prawda uprawniony do opisanie w SIWZ okoliczności (omylek), które uznaje za istotne, których poprawienie nie jest możliwe w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, ale w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wprost takich okoliczności w SIWZ nie opisał. Brzmienie pkt 14.3.3 IDW określa podstawy faktyczne do odrzucenia oferty jako niezgodnej z SIWZ, co oznacza, że podstawę prawną stanowi tu przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, który zawiera wyraźne zastrzeżenie do zbadania możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W związku ze stwierdzonym powyżej naruszeniem przepisów ustawy Pzp przy badaniu i ocenie oferty Odwołującego Izba stwierdziła, że naruszona została także zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 7 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, w szczególności fakt, że stwierdzone naruszenie przepisów ustawy Pzp w przypadku odwołania o sygn. akt KIO 1784/15 może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz ust. 2 i ust. 3 pkt 1 oraz ust. 8 Pzp.

z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz
rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41,
poz. 238), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: