

WYROK
z dnia 21 października 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 października 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 października 2015 r. przez wykonawcę **J. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą FUH EXPORT-IMPORT, 34-722 Podwilk 337A** w postępowaniu prowadzonym przez **Powiatowy Zarząd Dróg w Nowym Targu, ul. Szpitalna 14, 34-400 Nowy Targ**

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **J. K. prowadzącego działalność pod firmą FUH EXPORT-IMPORT, 34-722 Podwilk 337A** gospodarczą i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **J. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą FUH EXPORT IMPORT, 34-722 Podwilk 337A** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Nowym Sączu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Powiatowy Zarząd Dróg w Nowym Targu (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: *„Kompleksowe zimowe utrzymanie dróg oraz świadczenie usług sprzętowych związanych z zimowym utrzymaniem dróg powiatowych na terenie powiatu nowotarskiego w sezonach zimowych 2015 r. – 2016 r., 2016 r. – 2017 r., 2017 r. – 2018 r.”* Postępowanie to zostało podzielone na dziesięć zadań z dopuszczeniem możliwości składania ofert częściowych. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 27 lipca 2015 r. pod nr 2015/S 142-262171.

W postępowaniu tym, w zakresie części czwartej zamówienia, wykonawca J. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą FUH EXPORT-IMPORT z siedzibą Podwilk (dalej: „Odwołujący”) w dniu 14 października 2015 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 13 października 2015 r. Zarzuty odwołania dotyczą czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego. Informację o tej czynności Zamawiający przekazał Odwołującemu pocztą elektroniczną w dniu 5 października 2015 r.

Zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do przyłączenia się do niniejszego postępowania przekazał pozostałym wykonawcom w dniu 14 października 2015 r. Do Prezesa Izby w dniu 20 października 2015 r. wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego złożone przez wykonawcę A. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą *Prace Ziemne Maszynami Budowlanymi A. K.* z siedzibą: Ratułów po stronie Zamawiającego. Kopie przystąpienia zostały przekazane stronom postępowania odwoławczego.

Izba po przeprowadzeniu czynności formalnoprawnych związanych z wniesionym odwołaniem skierowała je do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 21 października 2015 r.

2

Uwzględniając pisma złożone w sprawie oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności prawnych dokonanych przez Zamawiającego z naruszeniem przepisów prawa podczas oceny ofert w prowadzonym postępowaniu, a polegającym na:

- 1) odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodnej z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”),
- 2) bezprawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy A. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Prace Ziemne Maszynami Budowlanymi A. K. z siedzibą: Ratułów, z naruszeniem art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Czynnościom tym Odwołujący zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp i wniósł o nakazanie:

1. anulowania decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej,
2. uznanie oferty Odwołującego jako ważnej, gdyż nie stanowi niezgodności z treścią SIWZ,
3. dokonania powtórnego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu swojego odwołania Odwołujący wskazał na podstawę faktyczną czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu jego oferty. Wskazał, że Zamawiający uzasadnił, iż Zamawiający w opisie asortymentu „a” w Tabeli Elementów Rozliczeniowych dla Zadania nr 4 (stanowiącej część składową formularza oferty wykonawcy) podał; iż cena za dobę dyżuru (D) ZUD, obejmująca gotowość do podjęcia działania w okresie od 15 października do 30 kwietnia nie może być większa niż 10% wartości - asortymentu „k”, zaś Odwołujący w swojej ofercie przyjął dla drogi Podszkle - Podwilk (na odc. 3+210-4+740) wartość asortymentu „a” równą 10 zł, podczas gdy asortyment „k” został wyceniony przez Odwołującego na kwotę 20 zł. Podane przez Odwołującego ceny, wskazują zdaniem Zamawiającego, że podana wartość asortymentu „a” jest większa od 10% wartości asortymentu „k”, a tym samym Odwołujący nie spełnił wymagań Zamawiającego podanych w SIWZ. Zdaniem Odwołującego niezgodność treści oferty z SIWZ powinna w sposób bezsporny i jednoznaczny wynikać z treści SIWZ, tymczasem według treści załącznika do SIWZ „tabela elementów rozliczeniowych dla Zadania nr 4 w pozycji 1 asortymentu „a” zapisano „Cena za dobę dyżuru (D) ZUD, obejmuje gotowość do podjęcia działania w okresie od 15 października do 30 kwietnia wartość ceny jednostkowej za dyżur nie może być większa niż 10% wartości - asortymentu „k”. Z przedstawionego zapisu zdaniem Odwołującego nie wynika, aby wykonawcy, w tym Odwołujący, byli zobowiązani w wypełnionym formularzu stosować swe wyliczenia z rozbiciem na standardy dróg i kilometraża w poszczególnych numerach dróg. Odwołujący podkreślił, że stosując się

3

do brzmienia wskazanego zapisu nie przekroczył wymaganych 10% względem asortymentu „k” dla zadania nr 4, jak również nie przekroczył wymaganych 10% dla każdej z dróg wchodzących w zakres tego zadania i tak dla całego zadania nr 4. Wskazał, że cena jednostkowa za dyżur odnosząca się do asortymentu „k” wynosi 8,90%, natomiast dla poszczególnych nr dróg przedstawiała się następująco - 1663K Pieniążkowice - Piekelnik 6,99%; 1664K Harkabuz - Piekelnik 9,43%; 1678K Raba Wyżna - Podwilk 9,12% oraz 1682K Podszkle - Podwilk 9,93%. Odwołujący nie zgodził się z Zamawiającym, iż jego oferta jest niezgodna z treścią SIWZ, gdyż jego zdaniem Zamawiający w rubryce nr 1 w sposób jednoznaczny wskazał, że wymaga, aby wartość ceny jednostkowej za dobę dyżuru była nie większa niż 10% wartości - asortymentu „k”, a do tego wymogu Odwołujący się zastosował wyceniając dobową stawkę dyżuru dla całego zadania i poszczególnych dróg poniżej 10% ceny liczonej od asortymentu „k”. Zamawiający zaś niesłusznie zdaniem Odwołującego wskazał na obowiązek dokonania wyceny poniżej 10% ceny liczonej

od asortymentu „k” dla każdej kolumny tabeli z uwzględnieniem wyszczególnionych kilometraży dróg wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia. Taki wymóg w ocenie Odwołującego Zamawiający doprecyzował dopiero na etapie badania i oceny ofert, co według Odwołującego jest niedopuszczalne z uwagi na ugruntowane orzecznictwo. Podkreślił, że to na podstawie SIWZ wykonawcy przygotowują i składają oferty, dlatego też jej treść powinna być precyzyjna i czytelna, a jej postanowienia nie mogą stwarzać wykonawcom problemu z ich rozumieniem. Na potwierdzenie swojego stanowiska przywołał orzeczenia: KIO 1078/11, KIO/UZP 1873, 1874/09 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 5 października 2009 r., sygn. akt IX Ca 661/09 i wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 18 marca 2015, sygn. akt III Ca 70/15. W konsekwencji zatem Odwołujący stwierdził, że dowolność interpretacyjna podczas dokonywania przez Zamawiającego oceny złożonych ofert jest niedopuszczalna. Zdaniem Odwołującego Zamawiający wadliwie skonstruował formularz oferty, bowiem w formularzu nie określił, iż wartość ceny jednostkowej za dyżur nie może być większa niż 10% wartości - asortymentu „k” wskazanego dla danego odcinka określonej drogi. Zamawiający w celu uniknięcia wątpliwości powinien był jego zdaniem w formularzu oferty wpisać, iż cena jednostkowa za dyżur na danym odcinku drogi określana jest w odniesieniu do asortymentu „k” wpisanego dla tego odcinka wskazanej drogi i taki sposób przygotowania formularza nie spowodowałby, iż Odwołujący dla drogi Podszkle - Podwilk dla odcinka o długości 1.530 m - nie wpisałby ceny jednostkowej za dyżur w wysokości 10 zł. Odwołujący wskazał też na zawartą w warunkach SIWZ definicję dyżuru, która jego zdaniem w sposób jednoznaczny odnosi się łącznie do wszystkich dróg objętych zadaniem, a nie do dyżuru pełnionego na danej drodze na określonym jej odcinku. W ocenie Odwołującego, treść formularza, wskazuje w sposób

jednoznaczny, iż wartość ceny jednostkowej - w odniesieniu do dyżuru wykonywanego na wszystkich drogach, nie może przekraczać 10% wartości asortymentu „k” łącznie dla wszystkich dróg (bez uwzględnienia poszczególnych ich odcinków).

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko, wnosząc o odwołania i na jego rzecz kosztów uwzględnienie zasadzenie postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł oraz kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę przed Izbą w wysokości: 307,50 zł.

Zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie (pismo z dnia 20 października 2015 r.), w której wniósł o:

- 1) oddalenie odwołania
- 2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie na okoliczności tam wskazane,
- 3) zasądzenie od Odwołującego na jego rzecz kosztów postępowania na podstawie rachunków, które zostaną przedłożone na rozprawie.

W uzasadnieniu swojego stanowiska wskazał, że ze względu na specyfikę zamówienia dokonał podziału dróg na poszczególne odcinki, a działanie to pozwala mu w sposób optymalny kierować akcją zimowego utrzymania dróg, jak i optymalizować wydatki z tym związane. Podkreślił też, że wprowadzenie różnych standardów utrzymania dróg wiąże się bezpośrednio z wysokością wydatków, jakie Zamawiający ponosi w zależności od tego, w jakim standardzie utrzymywana jest droga. Wydatki dla standardu IV są odpowiednio niższe niż te, które Zamawiający ponosi utrzymując drogę w II standardzie zimowego utrzymania. Wskazał, że w przypadku odcinka drogi nr 1682K Podszkle – Podwilk w km od 3+210 do km 4+740 Zamawiający wskazał IV standard zimowego utrzymania drogi z czym wiązała się mniejsza częstotliwość wyjazdów jednostek sprzętowych, gdyż ten standard dopuszcza lokalne utrudnienia dla ruchu. Istotnym dla Zamawiającego w tym kontekście było także to, że wskazany odcinek drogi nie posiada nawierzchni bitumicznej, a tym samym akcją zimowego utrzymania dróg prowadzona będzie w tym zakresie sporadycznie jedynie w celu zapewnienia minimalnej przejeźdźności tego odcinka. Podkreślił, że podanie przez Odwołującego kwoty 10 zł za pełnienie dyżuru na wskazanym odcinku drogi przy cenie 20 zł za utrzymanie jezdni przy jednokrotnym wyjeździe sprzętu z funkcją odśnieżania i posypywania na tym odcinku, powoduje, że Odwołujący nie podejmując akcji w przypadku braku takiej konieczności otrzymuje 50% wynagrodzenia należnego mu z tytułu prowadzenia akcji zimowej. Zamawiający – jak podkreślił – chcąc uniknąć takich sytuacji

celowo dokonał ograniczenia wartości dyżurów do wysokości 10% asortymentu „k”, aby premiować rzeczywiście wykonane usługi i aby dyżury mogły rekompensować wykonawcom

5

straty związane z mobilizacją sprzętu do akcji zimowego utrzymania dróg, a tym samym realizowania przez ten sprzęt innych zadań. Według Zamawiającego Odwołujący miał tego świadomość realizując dla Zamawiającego we wcześniejszym okresie podobne usługi. Nieodrzućenie oferty Odwołującego w takim przypadku, gdy nie zastosował się on do wymogów SIWZ, zdaniem Zamawiającego, prowadziłoby do naruszenia zasad ustalonych w SIWZ i podnoszeniem zarzutów przez innych wykonawców, którzy dokonali prawidłowej – zgodnej z SIWZ – wyceny tego asortymentu, zarówno w zadaniu nr 4, jak i w pozostałych dziewięciu zadaniach. Skoro żaden z wykonawców nie popełnił takiego błędu w wycenie ofertowej jak zarzucany Odwołującemu przez Zamawiającego, nie potwierdza się, zdaniem Zamawiającego, teza Odwołującego o sporządzeniu przez niego formularza ofertowego w sposób niejasny i niejednoznaczny. Odwołujący także – jak podkreślił Zamawiający – nie popełnił podobnego błędu w całej swojej ofercie, a tylko na potrzeby postępowania odwoławczego prezentuje błędną interpretację postanowień SIWZ. Zamawiający podkreślił również, że w trakcie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ani Odwołujący, ani inny wykonawca nie zwrócił się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, co jego zdaniem świadczy o tym, że został on sformułowany w sposób precyzyjny i zrozumiały. W konsekwencji Zamawiający stwierdził, że zasadnym była jego czynność odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie zadania nr 4, a także czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

W toku rozprawy przez Izbą Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko, wnosząc o oddalenie odwołania. Wniosku o zasądzenie kosztów nie podtrzymał.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że wykonawca zgłaszający przystąpienie do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, tj. A. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Prace Ziemne Maszynami Budowlanymi A. K. z siedzibą:

6

Ratulów, nie wypełnił jednego z wymogów formalnych związanych ze skutecznym zgłoszeniem przystąpienia, a wynikającym z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Jak ustaliła Izba Zamawiający przekazał wskazanemu wykonawcy kopię odwołania wraz z wezwaniem do przyłączenia się do postępowania odwoławczego w dniu 14 października 2015 r. Termin na złożenie zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego upływał zatem w tej sprawie z dniem 17 października 2015 r. Wskazany wykonawca natomiast złożył przystąpienie do Prezesa Izby dopiero w dniu 20 października 2015 r. (wpływ do kancelarii KIO). Podkreślenia w tym względzie wymaga okoliczność, iż w świetle dyspozycji wskazanego przepisu ustawy Pzp zgłoszenie przystąpienia powinno, w określonym tam trzydniowym terminie, wpłynąć do Izby w formie pisemnej. Nieuzasadnione zatem w kontekście dotrzymania terminu na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego jest uwzględnianie daty nadania zgłoszenia przystąpienia w urzędzie pocztowym, o ile przystąpienie na piśmie nie zostanie w ustawowym terminie fizycznie doręczone Prezesowi Izby.

W świetle powyższego wskazany wykonawca nie uzyskał statusu uczestnika przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Jednocześnie też Izba ustaliła, że przesłanka materialnoprawna do wniesienia

odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, została wypełniona. Odwołujący, bowiem zakwestionował przede wszystkim czynność odrzucenia jego oferty w zakresie części zamówienia, w której złożył swoją ofertę. Gdyby nie ta czynność Zamawiającego, za ofertę najkorzystniejszą w tej części zamówienia uznana byłaby oferta Odwołującego. Tym samym Odwołujący w wystarczający sposób wykazał się więc możliwością uzyskania niniejszego zamówienia publicznego w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania i w konsekwencji możliwością poniesienia przez niego szkody związanej z nie udzieleniem mu tego zamówienia.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała, że podlega ono oddaleniu.

Izba ustaliła co następuje.

Zamawiający wszczął niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o którym ogłoszenie opublikował w dniu 25 lipca 2015 r. w Dzienniku Urzędowym UE.

7

Zamawiający podzielił zamówienie na 10 części, dopuszczając możliwość składania ofert częściowych. W pkt 9.10 SIWZ Zamawiający określił integralne części SIWZ w przedmiotowym postępowaniu, wskazując w tym zakresie m.in. na załącznik nr 1, tj. formularz oferty. Zamawiający stworzył wzór tego załącznika, w skład którego wchodziła także ściśle określona przez Zamawiającego Tabela Elementów rozliczeniowych przygotowana odrębnie dla każdego zadania.

Do upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 2 września 2015 r., do Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu w zakresie zadania nr 4 wpłynęły dwie oferty: Odwołującego i wykonawcy A. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Prace Ziemne Maszynami Budowlanymi A. K. z siedzibą: Ratulów.

Zamawiający w dniu 5 października 2015 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, tj. oferty wykonawcy A. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Prace Ziemne Maszynami Budowlanymi A. K. z siedzibą: Ratulów oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako sprzecznej z treścią SIWZ. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, że w opisie asortymentu „a” w Tabeli Elementów Rozliczeniowych dla Zadania nr 4 (stanowiącej część składową formularza oferty wykonawcy) Zamawiający podał, iż cena za dobę dyżuru (D) ZUD, obejmująca gotowość do podjęcia działania w okresie od 15 października do 30 kwietnia nie może być większa niż 10% wartości - asortymentu „k”, zaś Odwołujący w swojej ofercie przyjął dla drogi Podszkle - Podwilk (na odc. 3+210-4+740) wartość asortymentu „a” równą 10 zł, podczas gdy asortyment „k” został wyceniony przez Odwołującego na kwotę 20 zł. Podane przez Odwołującego ceny, wskazują zdaniem Zamawiającego, że podana wartość asortymentu „a” jest większa od 10% wartości asortymentu „k”, a tym samym Odwołujący nie spełnił wymagań Zamawiającego podanych w SIWZ.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba zważyła, co następuje.

Odnosząc się do podniesionego w odwołaniu zarzutu odrzucenia oferty Odwołującego, Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Podstawą zarzutu odwołania jest - zdaniem Odwołującego – niewyartykułowana w postanowieniach SIWZ treść, aby wartość ceny jednostkowej za dyżur (asortyment „a”) nie była większa niż 10% wartości asortymentu „k” wskazanego dla danego odcinka określonej drogi. Zdaniem Odwołującego Zamawiający w postanowieniach SIWZ nie określił, że wskazany wymóg ustalenia poziomu ceny jednostkowej za dyżur musi odnosić się do rozbicia cen na standardy dróg i kilometrażu.

8

Izba, rozpoznając przedmiotowe odwołanie i opierając się na dokumentacji z tego postępowania, a przede wszystkim na zapisach treści SIWZ, nie podzieliła przywołanej argumentacji Odwołującego.

W ocenie Izby brak jest jakichkolwiek wątpliwości, że Zamawiający, tworząc wzór Tabeli Elementów Rozliczeniowych, tj. fragmentu formularza ofertowego, określił szczególne wymogi co do treści ofert wykonawców. Zamieszczone w tej Tabeli literalne zapisy, jak również graficzna forma tego formularza wskazują na konkretne oczekiwania ze strony Zamawiającego. Zamawiający we wskazanej Tabeli określił w zestawieniu tabelarycznym wszystkie elementy cenotwórcze związane z realizacją zamówienia. Wyszczególnił mianowicie w poziomych wierszach tabeli poszczególne asortymenty prac wchodzących w zakres tego zamówienia (asortyment od „a” do „s”). W odniesieniu do każdego z tych asortymentów określił - poprzez poszczególne, wyznaczone w tabeli pola - miejsca do wpisania przez wykonawców cen jednostkowych. Wyszczególnione przez niego pola tabeli wskazywały na konieczność podania cen jednostkowych w ramach poszczególnych asortymentów, w odniesieniu do czterech dróg objętych przedmiotem zamówienia w tej części zamówienia, tj. drogi nr 1663K Pieniążkowice – Piekelnik, nr 1664K Harkabuz – Piekelnik, nr 1678K Raba Wyżyna – Podwilk, nr 1682K Poszkle – Podwilk. W odniesieniu też do każdej z wymienionych dróg Zamawiający w tabeli, także graficznie, wyodrębnił konieczność wyceny (wskazania cen jednostkowych) dla odrębnych standardów odśnieżania tych dróg z wyszczególnieniem konkretnego odcinka kilometrowego dróg, których dotyczy określony standard odśnieżania.

Biorąc pod uwagę powyższe niewątpliwe było dla Izby – i jak się okazało dla wszystkich wykonawców w postępowaniu, w tym również dla Odwołującego - że wykonawcy mają podać ceny jednostkowe dla każdego odcinka kilometrowego określonego także odpowiednim standardem odśnieżania, wskazanych dróg, odrębnie dla każdego z asortymentów prac wyszczególnionych także w tym załączniku. Problematyczne dla Odwołującego okazało się dostosowanie do szczególnego wymogu SIWZ, określonego w tym zakresie przez Zamawiającego pozycji asortyment „a” Tabeli Elementów Rozliczeniowych, jakim był wymóg wyceny w tej pozycji cen jednostkowych, za dobę dyżuru, która nie może być większa niż 10% wartości asortymentu „k”. Zamawiający zatem oczekiwał, że ta szczególna pozycja wyceny ofertowej wykonawcy, czyli zapłata wykonawcy za dyżur, obejmujący pozostawanie w gotowości wykonawcy, a nie wykonywanie konkretnych usług związanych z zimowym utrzymaniem dróg, które zostały określone odrębnie w pozostałych pozycjach asortymentu, została ograniczona przez Zamawiającego. Poziom tego wynagrodzenia Zamawiający uzależnił do wyceny asortymentu „k” (cena za utrzymanie jezdni przy jednostkowym wyjeździe sprzętu z funkcją odśnieżania (usuwanie

śniegu, błota pośniegowego) i posypywania mieszanką do zwalczania śliskości (niechemiczne + chemiczne w postaci stałej) - (100 g/1m² nawierzchni jezdni) – posyp odśnieżanego pasa), wskazując jednocześnie, że wynagrodzenie za pozostawanie w gotowości (dyżur) nie może być większe niż 10% wartości wyceny dokonanej przez wykonawcę w asortymencie „k”. Zdaniem Izby przy tego rodzaju zamówieniach ustalenie określonego poziomu wynagrodzenia należnego wykonawcy za stan gotowości nie jest czymś nadzwyczajnym i zdaje się, że także Odwołujący w tym zakresie nie miał żadnych wątpliwości. Sporną kwestią natomiast okazało się, czy wykonawca był zobowiązany do stosowania się do wskazanych zasad ustalenia wynagrodzenia generalnie w odniesieniu do poszczególnych dróg, czy też powinien był stosować te zasady także co do cen jednostkowych, których podania wymagał Zamawiający we wskazanym formularzu w odniesieniu do wyszczególnionych w ramach tych dróg standardów odśnieżania (i odpowiedniego określenia kilometrażu danego odcinka drogi). W ocenie Izby sama treść Tabeli Elementów Rozliczeniowych – w szczególności jej wers pierwszy, jak i graficzne wyodrębnienie przez Zamawiającego pól, w których należało wskazać ceny jednostkowe odnoszące się do poszczególnych standardów odśnieżania w poszczególnych drogach, wskazują jednoznacznie na wymóg określenia wszystkich wymaganych cen jednostkowych w zakresie asortymentu „a” na poziomie nie większym niż 10% asortymentu „k”. W opisie pozycji asortymentu „a” Zamawiający bowiem wyraźnie wskazał, że chodzi o wartość ceny jednostkowej za dyżur, zaś jakie są ceny jednostkowe w tym zakresie Zamawiający wyraźnie wskazał poprzez graficzne wyodrębnienie określonych pól w ramach poszczególnych dróg, do czego zresztą Odwołujący się dostosował. Odwołujący w swojej ofercie dokonał wyceny cen jednostkowych w poszczególnych asortymentach w odniesieniu do każdej drogi z wyszczególnieniem odrębnie standardów odśnieżania w tych drogach – zgodnie z zapisami

w Tabeli. Każda z cen jednostkowych w pozycji asortyment „a” powinna spełniać wymóg poziomu wyceny nie wyższej niż 10% ceny jednostkowej asortymentu „k”.

W jednej z pozycji – jak słusznie zauważył Zamawiający – w pozycji drogi nr 1682K Poszkle-Powilk na odcinku kilometrowym 3+210 4+740, objętej IV standardem ośnieżania Odwołujący wskazał wycenę na poziomie 10 zł. Wskazana wycena przekracza wymaganą w SIWZ wartość 10% wyceny dokonanej przez Odwołującego w pozycji asortyment „k” na poziomie 20 zł. Tym samym w tym zakresie mamy do czynienia ze sprzecznością merytoryczną oferty Odwołującego z treścią SIWZ. Izba w tym zakresie, mając na względzie dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, dokonała oceny, czy wskazana niezgodność nie jest możliwa do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i doszła do przekonania, że takie poprawienie oferty Odwołującego byłoby nieuprawnione. W tym zakresie wymagane byłoby bowiem złożenie samodzielnie przez Zamawiającego oświadczenia woli

10

za wykonawcę co do wyceny czasu za dyżur, bądź też nowej wyceny usług objętych asortymentem „k”. Takie działanie Zamawiającego byłoby nieuprawnione w świetle przepisów ustawy Pzp, a także orzecznictwa dotyczącego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i prowadziłoby do niedopuszczalnych negocjacji z wykonawcą, co do jego ceny ofertowej i tym samym naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówienia publicznego.

W konsekwencji też Izba uznała, że zarzut wyboru oferty nie najkorzystniejszej w postępowaniu także nie potwierdził się.

Tym samym w ocenie Izby nie doszło w tym zakresie do naruszenia przepisów ustawy Pzp wskazanych w treści odwołania.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania, Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Odwołującego, stosownie do wyniku postępowania. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła - stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego w kwocie 15 000,00 zł.

Przewodniczący:

11