

Sygn. akt: KIO 1824/14 KIO 1841/14
KIO 1882/14 KIO 1884/14

WYROK
z dnia 24 września 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 września 2014 r.** w Warszawie odwołań
wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

1. w dniu 5 września 2014 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Planeta Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, A. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Wardex” A. W., B. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. „Prima” B. G.** (sygn. akt KIO 1824/14),
2. w dniu 8 września 2014 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych „MIKST” Sp. z o.o. z siedzibą w Węgrowie, J. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą J. G. Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „G.”, J. J.czyk prowadzący działalność gospodarczą pod firmą J. J.czyk** (sygn. akt KIO 1841/14),
3. w dniu 12 września 2014 r. przez **J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Wydobywczo-Usługowa „Albert” J. W.** (sygn. akt KIO 1882/14),
4. w dniu 12 września 2014 r. przez **M. R. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „Dróg-Pol” Roboty drogowe i remontowo-budowlane M. R.** (sygn. akt KIO 1884/14),

w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie,**

przy udziale:

-
1. wykonawcy **Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawach o sygn. akt: KIO 1841/14 i KIO 1884/14,
 2. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych „MIKST” Sp. z o.o. z siedzibą w Węgrowie, J. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą J. G. Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „G.”, J. J.czyk prowadzący działalność gospodarczą pod firmą J. J.czyk,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 1884/14

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołania i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zakresie zadania nr 5, unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszych ofert w zadaniach nr 2 i 4, unieważnienie czynności odrzucenia ofert Odwołujących oraz powtórzenie czynności badania ofert i wyboru ofert najkorzystniejszych w zadaniach nr 2, 4 i 5 z udziałem ofert Odwołujących,**
2. Kosztami postępowania obciąża **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1824/14 kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Planeta Sp. z o.o., A. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Wardex” A. W., B. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. „Prima” B. G.** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

- 2.3. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1841/14 kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2

- 2.4. zasądza od **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych „MIKST”, J. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą J. G. Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „G.”, J. J.czyk prowadzący działalność gospodarczą pod firmą J. J.czyk** kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 2.5. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1882/14 kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
- 2.6. zasądza od **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie** na rzecz **J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Wydobywczo-Usługowa „Albert” J. W.** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 2.7. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1884/14 kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
- 2.8. zasądza od **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie** na rzecz **Marzeny R. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą „Dróg-Pol” Roboty drogowe i remontowo-budowlane M. R.** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

3

Przewodniczący:

**Sygn. akt: KIO 1824/14 KIO 1841/14
KIO 1882/14 KIO 1884/14**

Uzasadnienie

4

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie z podziałem na 6 zadań.*

Sygn. akt KIO 1824/14

W dniu 5 września 2014 r. Konsorcjum w składzie: Planeta Sp. z o.o., A. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Wardex” A. W., B. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. „Prima” B. G. wniosło odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty tego Konsorcjum i unieważnienia postępowania ze względu na brak ofert niepodlegających odrzuceniu. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że pismem z 27 sierpnia 2014 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o unieważnieniu postępowania w zakresie zadania nr 5. Jako podstawę prawną unieważnienia wskazano art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w związku z odrzuceniem jedynej złożonej oferty tj. oferty Odwołującego. Zamawiający wskazał, że przyczyną odrzucenia oferty jest niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wymagania 10.4, zgodnie z którym: *W przypadku, gdy wartość danej pozycji zaoferowanej przez Wykonawcę przekroczy określony dla tej pozycji limit z zastrzeżeniem pkt 10.10. Zamawiający odrzuci taką ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.* W dalszej części uzasadnienia Zamawiający wskazał, że w kosztorysie ofertowym pn. „Kosztorys ofertowy - BUD - wykaszanie traw, samosiejek, drobnych krzaków i odrostów, z wyłączeniem Rejonu w Ożarowie Mazowieckim”, po poprawieniu omyłek rachunkowych, w wartościach netto dla pozycji 2-4 Odwołujący przekroczył procentowe wskaźniki graniczne w następujący sposób: pozycja 2 - przekroczenie o 0,11%, pozycja 3 - przekroczenie o 0,01%, pozycja 4 - przekroczenie o 0,05%.

Odwołujący podał, że procentowe wskaźniki graniczne określone zostały przez Zamawiającego we wzorze kosztorysu ofertowego, a ich suma wynosi 100%.

W ocenie Odwołującego brak było podstaw do odrzucenia jego oferty. Odwołujący podniósł, że treść kosztorysu ofertowego w zakresie pozycji: „cena jednostkowa”, „procentowy wskaźnik graniczny” oraz „wartość netto” stanowi wyraz zrealizowania sformułowanego przez Zamawiającego w pkt 10.4 SIWZ wymagania, aby wartość netto poszczególnych pozycji kosztorysu nie przekraczała podanych niżej procentowych wskaźników granicznych liczonych od wartości „razem netto”, tj.: dla pozycji 1 - 62,29 %,

5

dla pozycji 2 - 20,28 %, dla pozycji 3 - 6,11 %, dla pozycji 4 - 11,32 %. Odwołujący podkreślił, że skoro suma wskazanych wyżej procentowych wskaźników granicznych wynosi 100%, to „wartości netto” poszczególnych pozycji musiały procentowo osiągać dokładnie „procentowy wskaźnik graniczny”. Okoliczność ta jest w tym przypadku szczególnie istotna, gdyż już w aktualnie prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu na bieżące i zimowe utrzymanie dróg suma procentowych wskaźników granicznych przekracza 100%. Przykładowo dla zadania nr 1, Rejon w Mławie, Kosztorys: „BUD-wykaszanie traw, chwastów, samosiejek, drobnych krzewów i odrostów” suma granicznych wskaźników procentowych poszczególnych pozycji kosztorysu wynosi 105%.

Odwołujący podniósł, że sformułowanie wymagania, aby wartość netto danej pozycji kosztorysu nie przekraczała podanych limitów granicznych, których suma wynosi 100%, spowodowało, iż określenie przez wykonawcę wartości ceny jednostkowej dla jednej pozycji kosztorysowej, w przypadku Odwołującego dla pozycji nr 1 na poziomie 0,12 zł/m², determinowało niżej wskazane wartości kosztorysu ofertowego w następujący sposób:

- wartości cen jednostkowych dla pozycji 2-4:
 - Pozycja nr 2 - 0,218210288348209 zł/m²,
 - Pozycja nr 3 - 0,228940520989419 zł/m²,
 - Pozycja nr 4 - 0,556177460266495 zł/m²,
- wartości netto pozycji 2-4:
 - Pozycja nr 2 - 23.913,66550000803 zł,
 - Pozycja nr 3 - 7.204,758195537 zł,
 - Pozycja nr 4 - 13.348,2590463959,
- wartości całego kosztorysu tj. pozycji „razem netto” - 117.917,482742013 zł.

Odwołujący załączył do odwołania dokumenty prezentujące sposób obliczenia wskazanych wyżej wartości cen jednostkowych, wartości netto oraz wartości całego kosztorysu będący skutkiem zastosowania wzoru matematycznego, którego użycie było konieczne z punktu widzenia sformułowanych wymagań w zakresie narzuconego sposobu obliczenia ceny oferty:

- przedstawienie sposobu kalkulacji wartości cen ofertowych przy uwzględnieniu wymagań pkt 10.4, 10.10 SIWZ oraz przy uwzględnieniu Informacji z zebrania z Wykonawcami;
 - ekspertyza - Uzasadnienie Obliczeń dr Patrycji Chodnickiej z Uniwersytetu Warszawskiego, Wydział Zarządzania, Zakład Bankowości i Rynków Pieniężnych
- Odwołujący zaznaczył, że z uwagi na wymóg z pkt 10.10 SIWZ (Kosztorysy ofertowe należy wypełnić z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Przyjmuje się matematyczną

zasadę zaokrąglania trzeciej liczby po przecinku) konieczne było zaokrąglenie obliczonych dla pozycji 2-4 wartości kosztorysowych, w tym wartości cen jednostkowych. Odwołujący wyjaśnił, że podane w jego kosztorysie ofertowym wartości odnoszące się do pozycji nr 2-4 tj. zarówno wartości cen jednostkowych, jak też wartości netto oraz wartość całego kosztorysu „razem (netto)” były efektem zaokrąglania obliczonych, wskutek zastosowania wskazanego wyżej wzoru matematycznego, wartości do dwóch miejsc po przecinku tj.

- wartości cen jednostkowych dla pozycji 2-4:
 - Pozycja nr 2 - cena 0,22 zł/m² (zaokrąglenie wartości 0,218210288348209 zł/m²)
 - Pozycja nr 3 - cena 0,23 zł/m² (zaokrąglenie wartości 0,228940520989419 zł/m²)
 - Pozycja nr 4 - cena 0,56 zł/m² (zaokrąglenie wartości 0,556177460266495 zł/m²)
- wartości netto pozycji 2-4
 - Pozycja nr 2 - cena 23.913,67 zł (zaokrąglenie wartości 23.913,66550000803 zł);
 - Pozycja nr 3 - cena 7.204,76 zł (zaokrąglenie wartości 7.204,758195537 zł);
 - Pozycja nr 4 - cena 13.348,26 zł (zaokrąglenie wartości 13.348,2590463959 zł);
- wartości całego kosztorysu tj. pozycji „razem netto” - cena 117.917,48 zł (zaokrąglenie wartości 117.917,482742013 zł).

Odwołujący podkreślił, że wskazane wyżej wartości netto pozycji 2-4 dokładnie odpowiadają narzuconym przez Zamawiającego granicznym wskaźnikom procentowym w stosunku do pozycji „razem (netto)”. Odwołujący omyłkowo jednak pozostawił w złożonym kosztorysie, w kolumnach „wartość netto” dla pozycji 2-4 oraz „razem (netto)”, wartości wynikające z zastosowania wspomnianego wzoru matematycznego oraz zaokrąglania uzyskanych w ten sposób wyników do dwóch miejsc po przecinku. Słusznie Zamawiający uznał, że po zaokrągleniu obliczonych według wzoru wartości cen jednostkowych dla pozycji 2-4, w pozycjach „wartość netto” należy wpisać skorygowane wartości będące wynikiem iloczynu zaokrąglonej wartości ceny jednostkowej oraz ilości jednostek, oraz w pozycji „razem (netto)” należy wpisać skorygowaną wartość będącą wynikiem sumy skorygowanych pozycji „wartość netto”. Obliczone w ten sposób wartości netto faktycznie przekraczają „procentowe wskaźniki graniczne”, jednakże to przekroczenie nie może skutkować odrzuceniem oferty, gdyż jest ono jedynie efektem zaokrąglania obliczonych wartości cen jednostkowych, zgodnie z żądaniem Zamawiającego zawartym w punkcie 10.10 SIWZ.

Odwołujący podniósł, że przyjęcie przez Zamawiającego wymagań dotyczących „procentowych wskaźników granicznych”, których suma wynosi 100%, przy zastosowaniu zasady „zaokrąglania do dwóch miejsc po przecinku” wprost oznaczało, iż wybrane wskaźniki graniczne, po zaokrągleniu obliczonych wartości kosztorysowych będą musiały zostać minimalnie przekroczone. Z koniecznością wystąpienia takiej sytuacji zdawał sobie

zresztą sprawę Zamawiający, skoro w piśmie z 28 lipca 2014 r. będącym informacją z zebrania wykonawców wskazał: *W związku z wątpliwościami (...) W przypadku gdy niezgodność wyliczenia wynika jedynie z przyjętej w punkcie 10.10 matematycznej zasady zaokrąglania wtedy oferta nie zostanie uznana za niezgodna z SIWZ.*

Podsumowując Odwołujący stwierdził, że słusznym było działanie Zamawiającego polegające na poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp wartości netto, tak aby dokładnie odpowiadały one iloczynowi wartości cen jednostkowych pozycji 2-4 oraz ilości jednostek dla tych pozycji, oraz poprawienie wartości razem netto, aby stanowiła ona sumę poprawionych wartości netto. Będące skutkiem tego poprawienia przekroczenie procentowych wskaźników granicznych nie mogło jednak stanowić podstawy do odrzucenia oferty, bowiem to przekroczenie jest wyłącznie efektem zaokrąglania wartości cen jednostkowych.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert, w tym czynności odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Sygn. akt KIO 1841/14

W dniu 8 września 2014 r. Konsorcjum w składzie: Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych „MIKST” Sp. z o.o., J. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą J. G.

Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „G.”, J. J.czyk prowadzący działalność gospodarczą pod firmą J. J.czyk, wniosło odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty tego Konsorcjum w zakresie Zadania nr 4. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że w dniu 3 września 2014 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu czynności odrzucenia Zamawiający podał, że zgodnie z pkt 10.10 SIWZ *Kosztorysy ofertowe należy wypełnić z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Przyjmuje się matematyczną zasadę zaokrąglania trzeciej liczby po przecinku. Zamawiający.*

Odwołujący podniósł, że czynność odrzucenia jego oferty była bezpodstawną. Wskazał, że w kosztorysach Zamawiający podał procentowe wskaźniki graniczne, których suma wynosi 100 %. W dniu 22 lipca 2014 r. odbyło się zebranie zainteresowanych uzyskaniem zamówienia podmiotów z Zamawiającym. Odwołujący wskazał, że jego wątpliwości budził wymóg zaokrąglania wartości do dwóch miejsc po przecinku, w wyniku których mogły wystąpić przekroczenia procentowych wskaźników granicznych. Zamawiający

8

pismem z dnia 28 lipca 2014 r. udzielił pisemnej odpowiedzi na przedmiotowe wątpliwości i wyjaśnił, że zgodnie z zapisem SIWZ pkt. 10.4 i 10.10 w przypadku, gdy niezgodność wyliczenia wynika jedynie z przyjętej w punkcie 10.10 matematycznej zasady zaokrąglania do dwóch miejsc po przecinku i jeśli wskutek tego zaokrąglenia dojdzie do przekroczenia procentowych wskaźników granicznych, wówczas oferta nie zostanie uznana za niezgodną z treścią SIWZ. Zamawiający nie odniósł się jednak do zarzutów, zgodnie z którymi rozumowanie takie jest niezgodne z zasadami matematyki i logicznego myślenia. Co więcej, w trakcie spotkania z wykonawcami, przedstawiciel Zamawiającego próbował

swojego jednak bezskutecznie. Zaczynając zaprezentować słuszność stanowiska, wypełnianie kosztorysu od 10 gr w rubryce kosztorysu ofertowego dotyczącej ceny jednostkowej, przyjmując coraz to niższe wartości i dostrzegając, że niemożliwe jest uzyskanie właściwego przedstawienia ceny jednostkowej nawet przy kwocie 3 gr, przy przyjęciu wymagania z pkt 10.10 SIWZ, przedstawiciel Zamawiającego w końcu uznał, iż należy nad tym jeszcze popracować.

Zdaniem Odwołującego, jedynym właściwym rozwiązaniem podnoszonego problemu, jest rozwiązanie przyjęte przez Odwołującego, mianowicie formuła zaokrąglania do siedmiu miejsc po przecinku. Tylko w ten sposób można otrzymać prawidłowy wynik. Zamawiający żądał wypełnienia kosztorysów ofertowych dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, przyjmując matematyczną zasadę zaokrąglania trzeciej liczby po przecinku. Zdaniem Odwołującego, wyłącznie przedstawiona przez niego formuła, czyli wypełnienie kosztorysu ofertowego z dokładnością do siedmiu miejsc po przecinku, jest prawidłowa. Odwołujący wskazał, że wyjaśnienie Zamawiającego z dnia 28 lipca 2014 r. rozumiał w ten sposób, że gdy w kosztorysie zaokrągli ceny do drugiego miejsca po przecinku, w wyniku czego uzyskamy niezgodność co do wskaźników granicznych, to Zamawiający nie uzna tego za działanie niezgodne z SIWZ. Natomiast Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego postąpił wręcz odwrotnie niż w swoim wyjaśnieniu z dnia 28 lipca 2014 r.

Zachowując warunki wypełnienia kosztorysu ofertowego do dwóch miejsc po przecinku, Zamawiający powinien w ocenie Odwołującego podać widełki, jak to uczynił w nowym przetargu dla wcześniej unieważnionego zadania dotyczącego - Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Siedlcach. W unieważnionym postępowaniu, w którym zostały odrzucone wszystkie oferty, nie przewidziano widełek dla procentowych wskaźników granicznych. W nowo ogłoszonym przetargu Zamawiający dostrzegł swój błąd i przyjął wartość wskaźników granicznych jako 105 %.

Zdaniem Odwołującego jedynym słusznym rozwiązaniem jest wstawienie w kosztorysie ofertowym cen jednostkowych z taką dokładnością, aby spełnić wymagania co do wartości netto danej pozycji wyliczonej z narzuconych wskaźników granicznych.

9

Odwołujący wskazał, że złożył ofertę z niższą ceną niż oferta wybranego wykonawcy, a mimo to oferta Odwołującego się została odrzucona. W kosztorysie ofertowym Odwołującego dopuszczalne wartości netto nie zostały przekroczone nawet o 1 grosz. Takie

rozwiązanie matematyczne zaproponowane przez Odwołującego spełnia wymogi Zamawiającego, co zostało potwierdzone przez niego w piśmie z dnia 28 lipca 2014 r.

Odwołujący podkreślił, że odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp może nastąpić, tylko i wyłącznie w sytuacji, gdy nie ma wątpliwości co do niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, jak również w sytuacji, gdy nie ma wątpliwości, że SIWZ nie zawiera niedokładności czy błędów. Zdaniem Odwołującego, w sytuacji, gdy Zamawiający przyjął w opisie przedmiotu zamówienia błędne wskaźniki, nie powinno to powodować negatywnych konsekwencji dla wykonawcy, który dysponuje potencjałem i możliwościami technicznymi do prawidłowego wykonania zadania, jak również przedstawił prawidłowo wypełniony kosztorys ofertowy, zgodnie z zasadami logicznego rozumowania i wiedzy matematycznej oraz zaproponował najniższą cenę.

Odwołujący podniósł, że niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polega na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ, ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie. Natomiast zastosowanie tego przepisu jest możliwe jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ, czy uzupełnienia lub wyjaśnienia tzw. dokumentów przedmiotowych, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że kosztorys ofertowy jest dokumentem, który służy ustaleniu ceny, czyli wynagrodzenia wykonawcy za zamawiane roboty budowlane. Jest odpowiedzią wykonawcy na wymagania zamawiającego dotyczące sposobu obliczenia ceny ofertowej. Wskazane w formularzu ofertowym ceny jednostkowe mają jedynie znaczenie kalkulacyjne. Są więc mnożnikiem, który służyć ma do odpowiedniego obliczenia wynagrodzenia za wykonaną usługę, dostawę czy robotę budowlaną. Zdaniem Odwołującego podanie dla kosztów jednostkowych wartości z dokładnością do kilku miejsc po przecinku nie spowoduje niezgodności z treścią SIWZ oraz ustawą, ponieważ ten element nie stanowi treści oferty i nie jest ceną. Bez wątpienia podstawę oceny w przedmiocie zgodności treści oferty z treścią SIWZ stanowi nie tylko oświadczenie wykonawcy zawarte w formularzu oferty, ale całokształt dokumentów, jakie się na ofertę składają, a które opisują oferowany przedmiot.

10

Odwołujący podniósł, że ponieważ ustawa Pzp nie zawiera definicji legalnej błędu, zgodnie z art. 14 błąd należy rozpatrywać jako wadę oświadczenia woli w rozumieniu kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 84 § 2 k.c. można powoływać się tylko na błąd uzasadniający przypuszczenie, że gdyby składający oświadczenie woli nie działał pod wpływem błędu ocenił sprawę rozsądnie, nie złożyłby oświadczenia tej treści /błąd istotny/. Chodzi tu o błąd co do faktu, polegający na niezgodnym z rzeczywistością wyobrażeniu o istniejącym stanie rzeczy lub o treści czynności prawnej. Z błędem w obliczeniu ceny mamy do czynienia wówczas, gdy cena została obliczona w sposób, który nie uwzględnia opisu przedmiotu zamówienia oraz wielkości lub zakresu zamówienia, a także warunków wykonywania zamówienia. W odniesieniu do przedmiotowej sprawy po stronie Odwołującego nie doszło do błędu przy obliczaniu, czy określaniu ceny, ponieważ uwzględniony został opis przedmiotu zamówienia oraz wszystkie istotne kryteria, nie przyjęto jedynie za właściwe nieprawidłowych z logicznego i matematycznego punktu widzenia wymagań Zamawiającego.

Odwołujący podkreślił, że jedyną okolicznością, której zaistnienie skutkowało podjęciem decyzji o odrzuceniu jego oferty, było stwierdzenie, że oferta Odwołującego jest sprzeczna z pkt 10.4 w powiązaniu z pkt 10.10 SIWZ, które jako przyjmujące niewłaściwe kryteria nie powinny skutkować odrzuceniem oferty, a w konsekwencji unieważnieniem postępowania. Unieważnienie postępowania, przy braku spełnienia przesłanek określonych w przepisie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp oznaczałoby przeniesienie odpowiedzialności za błędy popełnione przez zamawiającego na wykonawców.

Odwołujący powołał się na art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym przedmiot zamówienia powinien być opisany w sposób dostatecznie dokładny, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty. Opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwić przygotowanie oferty z uwzględnieniem wszystkich czynników, które mają wpływ na sposób sporządzenia oferty oraz dokonanie jej wyceny. Naruszenie zasady uczciwej konkurencji określonej w ustawie z uwagi na

niewłaściwe opisanie przedmiotu zamówienia zachodzi w sytuacji, gdy zamawiający opisać przedmiot zamówienia poprzez zbytne dookreślenie przedmiotu powodujące, bez uzasadnienia, wskazanie na konkretny produkt, ale również, gdy zamawiający nie dokona właściwego opisu przedmiotu zamówienia. Brak opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, przejrzysty, wyczerpujący prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, bowiem konkurencja pomiędzy ofertami, które zostaną złożone w postępowaniu nie będzie możliwa z tego względu, że jedynym możliwym spełnieniem warunków SIWZ będzie wskazanie tylko następujących cen jednostkowych: 0,11, 0,20, 0,21, 0,51 zł lub ich wielokrotności. Zdaniem Odwołującego, braki w opisie przedmiotu zamówienia, niezależnie od ich źródła, nie mogą powodować negatywnych konsekwencji dla wykonawców

11

ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. w szczególności prowadzić do odrzucenia ich ofert.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodu z przesłuchania Członka Zarządu Przedsiębiorstwa Robót Drogowo Mostowych „MIKST” Sp. z o.o. D. O. na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania, w szczególności niemożności spełnienia wymogów SIWZ dotyczących ustalenia cen jednostkowych z dokładnością do 2 miejsc po przecinku bez przekroczenia granicznej wartości netto danej pozycji, a także o dopuszczenie dowodów z dokumentów dołączonych do odwołania.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: dokonania unieważnienia czynności odrzucenia złożonej przez Odwołującego oferty; dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, dokonanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Sygn. akt KIO 1882/14

W dniu 12 września 2014 r. wykonawca J. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Wydobywczo-Usługowa „Albert” J. W. wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty dotyczącej zadania nr 2, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że w zakresie zadania 2 zamówienie zostało podzielone na 5 pozycji:

- 1) Remont nawierzchni asfaltowych: a) w Rejonie Garwolin, b) z wyłączeniem Rejonu Garwolin,
- 2) Bieżące utrzymanie dróg: a) w Rejonie Garwolin, b) z wyłączeniem Rejonu Garwolin,
- 3) Koszenie traw (wykaszenie traw, chwastów, samosiejek, drobnych krzaków i odrostów): a) w Rejonie Garwolin, b) z wyłączeniem Rejonu Garwolin,
- 4) Sprzątnie pasa drogowego: a) w Rejonie Garwolin, b) z wyłączeniem Rejonu Garwolin,
- 5) Zimowe utrzymanie dróg: a) w Rejonie Garwolin, b) z wyłączeniem Rejonu Garwolin.

Dla każdej z ww. pozycji wykonawcy zobowiązani byli załączyć do oferty szczegółowe kosztorysy ofertowe z wyceną poszczególnych robót w każdej pozycji. Sposób wyceny każdej pozycji był ściśle określony w SIWZ. W szczególności w pkt 10.4 SIWZ wskazano, że: *W Kosztorysach ofertowych oprócz kosztorysów dotyczących zimowego utrzymania dróg dla pozycji kosztorysowych zostały ustalone limity tj. „Procentowe wskaźniki graniczne”. Wartość netto danej pozycji nie może przekroczyć ww limitu liczonego w kosztorysach:*

12

- „BUD-wykaszenie traw, chwastów, samosiejek, drobnych krzaków i odrostów”, „Wykonanie remontów nawierzchni asfaltowych na drogach krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie”, „Sprzątnie pasa drogowego” od pozycji razem netto danego kosztorysu, natomiast
- „Bieżące utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie” od pozycji razem danego rozdziału kosztorysu.

W przypadku gdy wartość danej pozycji zaoferowanej przez Wykonawcę przekroczy określony dla tej pozycji limit z zastrzeżeniem pkt 10.10. Zamawiający odrzuci taką ofertę na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W punkcie 10.10 SIWZ zaznaczono, że kosztorysy ofertowe należy wypełnić

z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, przyjmując matematyczną zasadę zaokrąglania trzeciej liczby po przecinku.

Odwołujący podniósł, że kwestia prawidłowego obliczenia ceny oferty, zwłaszcza w zakresie pozycji „Koszenie traw”, przy uwzględnieniu wszystkich procentowych składników granicznych wzbudziła wiele wątpliwości wykonawców i była głównym przedmiotem zebrania wykonawców w dniu 22 lipca 2014 r. Podczas tego spotkania wykonawcy wskazywali na potrzebę uelastycznienia wskaźnika granicznego w tej pozycji, z uwagi na fakt, iż wskaźnik na poziomie 100% uniemożliwia swobodne kształtowanie ceny poszczególnych elementów oferty oraz, co w realiach niniejszej sprawy wydaje się nawet istotniejsze, nie pozwala, przy zaokrągleniu do dwóch miejsc po przecinku, zaproponować cen odpowiadających wymaganiom Zamawiającego (tj. mieszczących się w poszczególnych limitach procentowych). Efektem zebrania była krótka notatka, w której Zamawiający przypomniał treść pkt. 10.4. SIWZ oraz wskazał: *W związku z wątpliwościami Wykonawców dotyczącymi zaokrąglania wartości do dwóch miejsc po przecinku, w wyniku których mogą wystąpić przekroczenia procentowych wskaźników granicznych, Zamawiający wyjaśnia, iż zgodnie z zapisem SIWZ pkt 10.4 i 10.10 IDW w przypadku gdy niezgodność wyliczenia wynika jedynie z przyjętej w punkcie 10.10 matematycznej zasady zaokrąglania wtedy oferta nie zostanie uznana za niezgodną z treścią SIWZ.*

Odwołujący ukształtował ceny w ofercie, mając na uwadze zapisy SIWZ oraz wyjaśnienia zawarte w notatce z zebrania wykonawców. Niezwykle kłopotliwe z uwagi na sztywny limit procentowy (100%) okazało się zaproponowanie cen w pozycji 3 „Koszenie traw”. Odwołujący po zweryfikowaniu szeregu metod obliczenia zawarł w kosztorysie ceny, które w jego ocenie najlepiej odpowiadają wymaganiom Zamawiającemu, z uwzględnieniem wymaganego przez Zamawiającego zaokrąglenia ceny do dwóch miejsc po przecinku. Pomimo dokonania zgodnej z SIWZ kalkulacji cenowej Zamawiający w dniu

13

3 września 2014 r. odrzucił ofertę Odwołującego, powołując się na pkt 10.4 SIWZ oraz stwierdzając, że w „Kosztorysie ofertowym - BUD - wykaszanie traw, samosiejek, drobnych krzaków i odrostów, Rejonu w Garwolinie” strona 95 oferty Wykonawcy w pozycji 1 „wykaszenie traw na poboczach, skarpach, rowach i poza rowami, przy zbiornikach retencyjnych, ekranach akustycznych” przekroczył procentowy wskaźnik graniczny o 2,13%. Ustalony przez Zamawiającego limit dla tej pozycji wynosił 86,57% natomiast wskaźnik zastosowany w ofercie wykonawcy wynosi 88,70. Analogiczne uzasadnienie Zamawiający przedstawił w odniesieniu do kosztorysu dotyczącego wykaszania traw z wyłączeniem Rejonu Garwolin (str. 96 oferty poz. 1 – przekroczenie procentowego wskaźnika granicznego o 1,53 %, przy ustalonym dla tej pozycji limicie 86,57%).

Kwestionując zasadność odrzucenia oferty Odwołujący podniósł, że jakiegokolwiek różnice wskaźników procentowych w ofercie, w stosunku do maksymalnych wskaźników procentowych wskazanych w SIWZ wynikają tylko i wyłącznie z narzuconej przez Zamawiającego metody zaokrągleń. Tym samym Zamawiający, wbrew notatce z zebrania wykonawców oraz niezgodnie z zapisem 10.4 SIWZ, odrzucił ofertę Odwołującego, mimo że przekroczenie wskaźników granicznych wynikało jedynie z dokonania stosownych zaokrągleń cen jednostkowych.

Odwołujący podniósł, że proste obliczenie, którego zapewne dokonał Zamawiający, polegające na przemnożeniu ilości jednostek przez cenę jednostkową netto prowadzi do wniosku, że przekroczony został procentowy parametr graniczny. Jednakże gdyby Zamawiający dokonał bardziej szczegółowych obliczeń sprawdzających prawidłowość wyliczeń, oraz wziął pod uwagę narzucone przez siebie zasady zaokrąglania, musiałby dojść do wniosku, że oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu. Prawidłowa weryfikacja udziału procentowego każdej z pozycji kosztorysu powinna bowiem polegać również na obliczeniu wartości, jakie powinna przyjąć każda z pozycji kosztorysu wychodząc od ceny netto. Skoro wskaźnik 100% i wskaźniki procentowe poszczególnych elementów kosztorysu odnoszą się do ceny całości to od ceny netto całości (tj. jednego sezonu) należy wyjść obliczając ceny jednostkowe. Na powyższe wskazuje również treść pkt I lit b Informacji z zebrania wykonawców, w której Zamawiający wskazuje, że dla pozycji „Koszenie traw” limit powinien być liczony od pozycji razem netto danego kosztorysu. Zamawiający powinien był zatem sprawdzić, jak przedstawiałaby się kwota wartości netto pozycji nr 1 i ceny jednostkowej przy obliczeniu prawidłowego wskaźnika granicznego. Wykonanie następującego działania:

249 006,94 x 86,57% = 2155 65,31 razem netto 1 sezon Procentowy wskaźnik
Wartość netto graniczny dla pozycji nr 1 (wartość z oferty Odwołującego)

14

2155 653,08 ÷ 2 208 764 = 0,09759 Wartość netto ilość jednostek Cena jednostkowa

Powyższe obliczenie dowodzi, że zastosowanie prawidłowej wartości granicznej dla ceny całkowitej netto z oferty Odwołującego powoduje konieczność zastosowania ceny jednostkowej z dokładnością do minimum czterech miejsc po przecinku. Natomiast zaokrąglenie ceny jednostkowej, zgodnie z dyspozycją wyrażoną w pkt. 10.10 SIWZ, powoduje podwyższenie ceny całkowitej netto za daną pozycję (do 0,10), a tym samym przekroczenie procentowego wskaźnika granicznego. Uzyskanie takiego wyniku możliwe jest po przeprowadzeniu prostych, wskazanych powyżej obliczeń matematycznych, koniecznych ze względu na skomplikowanie przez Zamawiającego sposobu obliczenia ceny oferty przez narzucenie dodatkowych procentowych wskaźników granicznych liczonych od całości ceny. W związku z powyższym Zamawiający zobowiązany był również, przy weryfikacji prawidłowości wyliczenia ceny, dokonać stosownych obliczeń wynikających z narzucenia procentowych wskaźników granicznych oraz zastosować się do ustanowionych przez siebie w SIWZ zasad zaokrąglania kwot do drugiego miejsca po przecinku.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający oceniając kosztorysy ofertowe stosował bardzo restrykcyjne zasady oceny i konsekwentnie pomijał fakt, że jednocześnie zastosowanie się do zasady zaokrągleń i wskaźników granicznych powoduje niezgodności w formularzu. Dziwi to zwłaszcza w świetle faktu, że wykonawcy zwracali Zamawiającemu uwagę na tę kolizję wymagań, czego efektem była informacja Zamawiającego o sposobie działania w tego rodzaju przypadkach (zamieszczona w notatce ze spotkania). Nie było również możliwości podania ceny uwzględniającej cztery miejsca po przecinku. Świadczą o tym nie tylko ww. zapisy SIWZ, ale również czynności podjęte przez Zamawiającego (w zadaniu 4 Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych „MKST” sp. z o.o. za podanie ceny jednostkowej z uwzględnieniem siedmiu miejsc po przecinku).

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w taki sposób skonstruował kosztorys BUD-wykaszenie traw, że realnie możliwe było zaoferowanie tylko jednej ceny oraz określonych cen jednostkowych, aby nie zostały przekroczone wskaźniki procentowe w poszczególnych elementach kosztorysu. Po dokonaniu wielu obliczeń okazało się, że formularz można wypełnić tylko w jeden sposób, oferując wykonanie każdej pozycji za określoną kwotę lub jej wielokrotność. Odwołujący przedstawił kosztorys zawierający jedyne wartości pasujące do założeń Zamawiającego:

Kod Procentowy Ilość Cena Wartość specyfikacji wskaźnik Lp. Opis robót J.m.
jednostek jedn. netto (zł) technicznej graniczny

15

Wykaszenie traw na poboczach skarpach, rowach i poza rowami, 1 m z 2 208 764 0,11 86,57% 242 964,04 przy zbiornikach retencyjnych, ekranach akustycznych	
Wykaszenie traw na pasach rozdziálu, D-09.01.03 wysepkach i trawnikach z 2 m z 139 493 0,20 9,94% 27 898,58 wygrabieniem i wywiezieniem	
Dopłata za wykoszenie pod barierami 3 m z 32 044 0,21 2,40% 6 729,24 energochłonnymi	
Niszczanie chwastów i 4 m z 6 000 0,51 1,09% 3 060,00 odrostów	
	280 651,86 Razem (netto) 1 sezon
	1 122 607,44 Razem (netto) 4 sezony
	89 808,60 Podatek VAT 8%
	1 212 416,04 Ogółem brutto

Odwołujący przedstawił również obliczenia wykazujące, że różnica choćby o jeden grosz, w którejkolwiek pozycji powoduje przekroczenie co najmniej jednego ze wskaźników granicznych.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający szacując wartość zamówienia przyjął określone wartości jednostkowe, obliczył cenę za daną część, a następnie wyodrębnił wskaźniki procentowe. Nie dokonał jednak stosownych obliczeń sprawdzających, czy takie określenie wskaźników procentowych umożliwia wykonawcom jakiegokolwiek kształtowanie cen. Okazało się, że takiej możliwości nie ma. Zdaniem Odwołującego, nie można przyjąć interpretacji, że jedynie ceny wskazane powyżej można było zaoferować w kosztorysie ofertowym. Założenie takie uniemożliwia dokonanie rzetelnej wyceny oferty z uwzględnieniem faktycznie poniesionych kosztów oraz przeczy zasadom zamówień publicznych oraz zasadom gospodarki wolnorynkowej. Narzucanie cen przekracza także w sposób oczywisty uprawnienie Zamawiającego do kształtowania warunków postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący podkreślił, że ukształtował swoją ofertę w sposób odpowiadający wymaganiom zawartym w SIWZ. Jeżeli jednak Zamawiający na etapie oceny ofert dokonuje odmiennej interpretacji tych wymogów, niekorzystnej dla wykonawców, należy uznać to za niedopuszczalne. Odwołujący powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym wszelkie wątpliwości w treści SIWZ interpretuje się na korzyść wykonawców biorących udział w postępowaniu, (sygn. akt: KIO 1460/11, KIO 799/12, KIO

16

211/12, KIO 894/12), a oferty oceniać wyłącznie w odniesieniu do wyartykułowanych w SIWZ wymagań (sygn. akt KIO 1770/11).

Odwołujący wskazał, że zapis w SIWZ dotyczący sposobu obliczenia cen jednostkowych w kosztorysie dotyczącym wykaszania traw był bardzo skomplikowany z uwagi na sztywny 100% limit. W odróżnieniu od innych pozycji w ramach każdego z zadań gdzie przewidziano limit na poziomie 120%, wymóg określony w przedmiotowym kosztorysie, bez uwzględnienia możliwości zaokrąglania cen jednostkowych, uniemożliwia złożenie prawidłowej oferty. Potwierdzeniem tej oceny jest fakt, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający w niemalże w każdym z 6 zadań odrzucił ofertę z powodu błędu w obliczeniu cen w kosztorysie ofertowym BUD – wykaszanie traw, samosiejek, drobnych krzaków i odrostów.

Odwołujący podkreślił, że w każdej pozycji cenowej kosztorysu BUD – wykaszanie traw, chwastów, samosiejek, drobnych krzaków i odrostów, (w Rejonie Garwoli i poza nim) zaoferował niższą cenę, niż jedyne „pasujące” ceny przewidziane przez Zamawiającego. Nawet w sytuacji gdyby Odwołujący nie dokonał zaokrąglania cen jednostkowych w pozycji 1 kosztorysu, to cena tej pozycji zwiększyłaby się jedynie o kilka tysięcy złotych i dalej pozostawałaby najniższa w porównaniu do oferty konkurencyjnej. Natomiast różnica pomiędzy ceną oferty Odwołującego a ceną oferty wybranej jako najkorzystniejsza wynosi ponad 6 milionów złotych.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz dokonania czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

Sygn. akt KIO 1884/14

W dniu 12 września 2014 r. wykonawca M. R. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „Dróg-Pol” Roboty drogowe i remontowo-budowlane M. R. wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty dotyczącej zadania nr 4, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Jako zarzut ewentualny Odwołujący podniósł naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący przedstawił ustalone przez Zamawiającego szczegółowe zasady sporządzania ww. kosztorysów, które określone zostały analogicznie do pozostałych zadań będących przedmiotem innych odwołań. Wskazał, że Zamawiający odrzucił jego ofertę uznając, iż w odniesieniu do niektórych pozycji z załączonych przez Odwołującego

17

kosztorysów, tj. kosztorysu „Bieżące utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddziału w Warszawie Rejon w Mińsku Mazowieckim – roboty interwencyjne i liniowe”, kosztorysu „Sprzątanie pasa drogowego Rejon w Mińsku Mazowieckim” oraz

kosztorysu „BUD – wykaszanie traw, samosiejek, drobnych krzaków i odrostów, Rejon w Mińsku Mazowieckim” i „BUD – wykaszanie traw, chwastów, samosiejek, drobnych krzaków i odrostów z wyłączeniem Rejonu w Mińsku Mazowieckim”, nastąpiło przekroczenie procentowych wskaźników granicznych. Zamawiający dokonując przeliczenia wartości zawartych we wskazanych kosztorysach ofertowych uznał, iż w odniesieniu do pozycji 1 każdego z nich doszło do przekroczenia wskaźników granicznych. Wskaźniki graniczne ustalone dla ww. pozycji wynosiły 92,49%, natomiast z obliczeń Zamawiającego wynikało, że Odwołujący zastosował wskaźniki w wysokości 92,55%. Odwołujący podniósł, że ww. rozbieżności wynikały tylko i wyłącznie z zastosowania zaokrągleń cen jednostkowych, których Odwołujący dokonał zgodnie z dyrektywą zawartą w pkt 10.10 SIWZ.

Odwołujący przedstawił w odwołaniu jeden z ww. kosztorysów (BUD-wykaszenie traw, chwastów, samosiejek, drobnych krzaków i odrostów Rejon w Mińsku Mazowieckim) wraz z uzasadnieniem dla zastosowania poszczególnych działań arytmetycznych. Odwołujący wskazał, że określił wartości netto biorąc za podstawę ceny jednostkowe przed zaokrągleniem. Wartości przed zaokrągleniem są ilorzem wartości netto dla danej pozycji oraz ilości jednostkowej dla danej pozycji. Przy tak ustalonych cenach jednostkowych prawidłowe są wszystkie wyliczenia dotyczące wartości netto oraz ich sumy, a także zachowane zostały wskaźniki graniczne dla każdej pozycji. Zamawiający natomiast – jak należy wnioskować z treści informacji o wykluczeniach i odrzuceniach – dokonał kalkulacji wszystkich pozycji kosztorysu biorąc za podstawę ceny jednostkowe po zaokrągleniu. Przy zastosowaniu takich działań matematycznych zmiana ulegają wartości netto dla poszczególnych pozycji oraz ich suma, co bezpośrednio wpływa na wartość poszczególnych wskaźników granicznych. Skoro bowiem, modyfikacji ulega jedna ze zmiennych w działaniu matematycznym, zmiana ulega również wynik takiego działania. Zamawiający zastosował prostą metodę kalkulacji, wychodząc od cen jednostkowych, nie dokonując obliczeń opartych na wyjściowej cenie netto. Takie działanie Zamawiającego, zdaniem Odwołującego, nieprawidłowe w świetle poziomu skomplikowania przewidzianych przez niego obliczeń i faktu, że to wartość netto ma kluczowe znaczenie dla określenia ceny ofertowej danego wykonawcy.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający dokonując sprawdzenia prawidłowości wyliczeń zastosowanych przez wykonawców nie powinien ograniczyć się do prostej kalkulacji opartej na zaokrąglonych wartościach jednostkowych, ale również dokonać

18

obliczeń wartości jakie powinna przyjąć każda z pozycji kosztorysu wychodząc od ceny netto, co jest konsekwencją reguł narzuconych przez Zamawiającego w SIWZ.

Odwołujący przedstawił obliczenia mające wykazać, że aby możliwe było zastosowanie narzuconej przez Zamawiającego wartości granicznej przy zaoferowanej cenie całkowitej netto z oferty Odwołującego konieczne jest zastosowanie ceny jednostkowej z dokładnością do minimum czterech miejsc po przecinku. Taka możliwość została jednak wykluczona przez Zamawiającego, który wymagał zaokrągleń w odniesieniu do każdej pozycji kosztorysu (pkt. 10.10 SIWZ). Brak stosownych zaokrągleń Zamawiający traktował bowiem jako podstawę do odrzucenia oferty (na tej podstawie odrzucona została oferta konkurencyjna, złożona dla Zadania nr 4 przez Konsorcjum Mikst). Sposób kalkulacji zastosowany przez Zamawiającego, wynikający z wyliczeń opartych na wartościach jednostkowych zaokrąglonych do dwóch miejsc po przecinku powoduje natomiast nie tylko przekroczenie wskaźników granicznych dla jednej z pozycji, ale również przekroczenie sumy wskaźników powyżej zakładane 100%. Dowodzi to, że przyjęta przez Zamawiającego kalkulacja oparta na wartościach zaokrąglonych nie jest kalkulacją przystającą do każdej zaoferowanej ceny. Jednoczesne zastosowanie zasady zaokrąglania oraz wskaźników granicznych powoduje niezgodności w kosztorysach i skutkuje tym, że aby możliwe było ich zastosowanie konieczne byłoby zaoferowanie cen jednostkowych odpowiadających wartości 0,11; 0,20; 0,21; 0,51 zł lub ich wielokrotności. Zmiana ceny jednostkowej choćby jednej z pozycji i choćby o jeden grosz spowoduje zaburzenie proporcji i niezachowanie wskaźników granicznych.

Odwołujący podkreślił, że wykonawcy, podczas zebrania w dniu 22 lipca 2014 r. zwracali uwagę na fakt, że zastosowanie zasad, na których oparte mają być wyliczenia nie przystaje do każdej oferowanej wartości netto. Zamawiający próbował omówić sposób zastosowanych przez siebie zasad w obliczeniach kosztorysowych opierając się na trzech

losowych przykładach, jednak każdorazowe przykładowe wyliczenia Zamawiającego wykazywały jednak nieprawidłowości w kalkulacjach i przekroczenie wskaźników granicznych dla niektórych pozycji. Konsekwencją tego faktu było to, że w protokole z ww. spotkania Zamawiający powołał pkt 10.4. SIWZ i jednocześnie wskazał, że „w związku z wątpliwościami Wykonawców dotyczącymi zaokrąglania wartości do dwóch miejsc po przecinku, w wyniku których mogą wystąpić przekroczenia procentowych wskaźników granicznych, Zamawiający wyjaśnia, iż zgodnie z zapisem SIWZ pkt 10.4 i 10.10 IDW w przypadku gdy niezgodność wyliczenia wynika jedynie z przyjętej w punkcie 10.10 matematycznej zasady zaokrąglania wtedy oferta nie zostanie uznana za niezgodną z treścią SIWZ”

19

Odwołujący podniósł, że zastosował się do formalnej konieczności zaokrąglania wszystkich pozycji kosztorysu (pkt 10.10 SIWZ), chcąc wykazać Zamawiającemu fakt braku rzeczywistych przekroczeń poszczególnych wskaźników granicznych, pozostawił jednak obliczenia aktualne dla wartości przed zaokrągleniem cen jednostkowych. Była to jedyna możliwość jednoczesnego spełnienia obu wymagań Zamawiającego, tj. zaokrąglania wartości wskazanych w kosztorysie i zachowania narzuconych przez niego wskaźników.

Odwołujący podniósł, że wykonawcy nie mogą być obciążeni nieprecyzyjnymi postanowieniami SIWZ oraz późniejszymi stanowiskiem Zamawiającego, do tych postanowień się odnoszącym (wyrażonym tak jak w tym przypadku poprzez protokół ze spotkania z wykonawcami). Odwołujący kierując się postanowieniami SIWZ oraz późniejszymi oświadczeniami Zamawiającego, dążąc do maksymalnie precyzyjnego określenia poszczególnych wartości z kosztorysów, dokonał przedstawionej na wstępie kalkulacji. Sposób zastosowanej kalkulacji był przy tym łatwy do odtworzenia, a co za tym idzie Zamawiający mógł „prześledzić” sposób kalkulacji zastosowany przez Odwołującego.

Niezależnie od powyższego, biorąc pod uwagę niejednoznaczności postanowień SIWZ oraz brak jakiegokolwiek sankcji za ewentualne przekroczenie wskaźników granicznych wynikających z zastosowanych zaokrągleń, nie było również przeszkód, aby ewentualnie dokonać poprawienia oferty Odwołującego. W ofercie Odwołującego doszło bowiem do jedynie „formalnego” przekroczenia wskaźnika granicznego dla pozycji nr 1 przy oparciu wszystkich obliczeń na wartościach jednostkowych zaokrąglonych do dwóch miejsc po przecinku. W takim stanie faktycznym Zamawiający mógł więc dokonać poprawienia poszczególnych wartości w kosztorysie Odwołującego, co i tak nie wpłynęłoby na prawidłowość oferty Odwołującego. Obliczenia, których podstawą są ceny jednostkowe zaokrąglone do dwóch miejsc po przecinku spowodowałyby jedynie niewielkie obniżenie zaoferowanej ceny i umocnienie pozycji Odwołującego na pozycji lidera wśród wykonawców oferujących realizację Zadania nr 4. Obliczenia takie, istotnie doprowadziłyby do przekroczenia wskaźnika granicznego dla pozycji nr 1, pozostałoby to jednak bez wpływu na prawidłowość złożonej oferty. Wszelkie działania arytmetyczne, których Zamawiający musiał dokonać dokonując weryfikacji prawidłowości przedłożonych kosztorysów potwierdzają bowiem tylko, że przy przyjętej przez Zamawiającego kalkulacji w kosztorysie Odwołującego dojdzie do przekroczenia wskaźnika granicznego dla pozycji nr 1 z uwagi na przyjęte zaokrąglenie ceny jednostkowej.

Odwołujący podniósł, że odrzucenie oferty na podstawie przekroczenia wskaźnika granicznego wynikającego z zaokrąglania do dwóch miejsc po przecinku prowadzi do narzucenia przez Zamawiającego oferowanych cen, a w konsekwencji do ograniczenia konkurencji pomiędzy wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie przedmiotowego

20

zamówienia. Jedyną możliwością prowadzącą do prawidłowych według Zamawiającego obliczeń byłoby bowiem zaoferowanie cen jednostkowych na poziomie 0,11 zł, 0,20 zł, 0,21 zł i 0,51 zł lub ich wielokrotności (w taki sposób swoją ofertę skalkulował zresztą wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza dla Zadania nr 4, tj. Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o.). Ograniczenie możliwości oferowanych cen jednostkowych jedynie do ww. wartości bezsprzecznie należałoby uznać za niezgodne zarówno z postanowieniami ustawy Pzp, jak również poglądami doktryny i orzecznictwa. Bezpośrednim potwierdzeniem narzucenia przez Zamawiającego oferowanej przez

wykonawców ceny jest fakt, że na podanym przykładzie oferty Odwołującego przy zaoferowaniu ceny łącznej w wysokości 473.564, 71 zł nie ma możliwości zaoferowania cen jednostkowych z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, tak aby zachowane zostały narzucone wskaźniki. Z uwagi na fakt, że wszystkie przedstawione w kosztorysach wartości oparte są na działaniach matematycznych, Zamawiający przyjmując odmienną interpretację postanowień SIWZ bez przeszkód mógł dokonać poprawienia poszczególnych wartości w kosztorysie Odwołującego (Kolumna nr 8 Tabeli nr 2). Mimo że poprawienie kosztorysu w taki sposób spowodowałoby przekroczenie wskaźnika granicznego dla pozycji nr 1 i tak nie zaktualizowałaby się podstawa do odrzucenia oferty. Przekroczenie wskaźników granicznych z powodu zastosowanych zaokrągleń z tej sankcji jest bowiem zwolnione.

W odniesieniu do przekroczenia wskaźników granicznych w pozycjach kosztorysów: „Bieżące utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddziału w Warszawie Rejon w Mińsku Mazowieckim - roboty interwencyjne i liniowe” oraz „Sprzątanie pasa drogowego Rejon w Mińsku Mazowieckim” Odwołujący wskazał, że elementem łączącym oba kosztorysy jest fakt, iż suma narzuconych przez Zamawiającego wskaźników granicznych danego kosztorysu bądź też danej sekcji kosztorysu wynosi 120%.

Odwołujący przedstawił w odwołaniu sposób kalkulacji, który zgodnie z treścią informacji o odrzuceniach i wkluczeniach został zastosowany przez Zamawiającego. Wskazał, że Zamawiający dokonał sprawdzenia zastosowanych przez Odwołującego wskaźników granicznych poprzez wykonanie następującego działania arytmetycznego: iloraz wartości danej pozycji i wartości razem (netto) za 1 sezon x 100. Przy tak dokonanych obliczeniach, w ofercie Odwołującego istotnie doszłoby do przekroczenia narzuconego przez Zamawiającego wskaźnika granicznego dla pozycji wskazanych przez Zamawiającego w treści informacji o wkluczeniach i odrzuceniach. Za podstawę takich obliczeń Zamawiający przyjmuje jednak błędnie wartość całkowitą netto za jeden sezon, a więc wartość 100% oferowanej przez Odwołującego kwoty. Innymi słowy, Zamawiający oblicza wartość wskaźników granicznych jako proporcji ze 120%, odnosząc jednak swoje obliczenia do wartości 100%. Tym samym, Zamawiający niweczy cel zastosowania marginesu 20%

21

dotyczącego wskaźników granicznych, który miał zapobiec manipulowaniu cenami. Przy zastosowaniu tego marginesu nie dochodziłoby bowiem do limitowania cen zaoferowanych przez wykonawców, a jedynie do rozkładu cen według określonych proporcji.

Odwołujący podkreślił, że skoro Zamawiający przewidział, że suma wskaźników granicznych wynosi 120%, to obliczając przy ich zastosowaniu maksymalną wartość poszczególnych pozycji kosztorysu powinien odnieść je również do wartości 120%. Innymi słowy, dla potrzeb obliczenia wskaźnika granicznego dla każdej z pozycji łączna wartość danego kosztorysu/sekcji danego kosztorysu powinna stanowić wartość 120%. Powyższe jest logiczną i bezpośrednią konsekwencją obliczania wartości na podstawie wskaźników procentowych stanowiących część ze 120%. Tylko i wyłącznie dla celów dokonywania obliczeń wskaźników procentowych (stanowiących część ze 120%) zmienna będąca podstawą tych obliczeń (wartość razem [netto] 1 sezon - kolumna nr 8) powinna być zwiększona również do 120%. W takiej sytuacji wartości wskazane np. w wierszu 12 Tabeli nr 3 dla celów obliczeń wskaźników procentowych stają się równoważne - suma wskaźników granicznych wynosi 120%, kwota 32.915,40 zł również stanowi wartość 120% wartości wyjściowej.

Odwołujący podniósł, że dokonując obliczeń kierował się powszechnie znanymi zasadami matematyki (skoro obliczamy wartość ze 120% to kwota będąca podstawą tych obliczeń musi stanowić 120% kwoty wyjściowej). Kwestia ta nie była natomiast w sposób szczegółowy uregulowana w treści SIWZ. Zamawiający w treści SIWZ ograniczył się bowiem jedynie do określenia w pkt 10.4 co stanowi podstawę dokonywanych wyliczeń, wskazując, iż jest to wartość netto odpowiednio danego kosztorysu bądź danego rozdziału kosztorysu. Powyższe oznacza więc jedynie, że podstawą wszelkich dokonywanych działań matematycznych powinna być ta wartość. Do tej dyrektywy Odwołujący zastosował się dokonując swoich obliczeń - dla celów określenia wskaźnika granicznego dla danej pozycji wziął bowiem pod uwagę wartość razem (netto) za 1 sezon. Dalsze działania arytmetyczne (w tym zwiększenie tej wartości do 120%) wynikały z zasad matematyki, które Odwołujący obowiązany był zastosować przy braku dalszych dyrektyw ze strony Zamawiającego, opierając się na wartościach określonych we wzorach kosztorysów udostępnionych przez

Zamawiającego.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający oceniając prawidłowość obliczeń zawartych w kosztorysach powinien kierować się wszystkimi informacjami przekazanymi wykonawcom w drodze udostępnionej SIWZ i późniejszych wyjaśnieniach. Tym samym, Zamawiający związany był również informacjami, także tymi o charakterze matematycznym, przekazanymi w ramach udostępnionych wzorów kosztorysów. Jak zostało wykazane powyżej, wzory omawianych kosztorysów zakładały obliczanie wskaźników granicznych od wartości 120% –

22

Zamawiający przewidział bowiem, że ich suma (suma procentowych wskaźników granicznych) na taką właśnie wartość opiewa. Biorąc pod uwagę powyższe oraz obiektywne zasady matematyczne, obliczenia dokonane przez Odwołującego należałoby uznać za prawidłowe. Na marginesie Odwołujący wskazał, że Zamawiający w treści przekazanej Odwołującemu informacji nie wykazał, że obliczenia mające stanowić podstawę odrzucenia oferty Odwołującego są zgodne z postanowieniami SIWZ i zasadami matematyki. Odwołujący podkreślił, że sam fakt konieczności przedstawiania wraz z ofertą kosztorysów (ze swej istoty dokumentów opartych na działaniach matematycznych) implikuje konieczność stosowania obiektywnych zasad rachunkowych.

Zdaniem Odwołującego, postanowienia SIWZ były przez Zamawiającego interpretowane wybiórczo bądź w sposób sprzeczny z zasadami logiki i matematyki. Działania Zamawiającego cechuje nie tylko niezgodność z prawem, ale również z dyrektywami racjonalnego wydatkowania środków publicznych. Niezależnie od tego, że zidentyfikowane przez Zamawiającego w ofercie Odwołującego przekroczenia wskaźników granicznych nie powinny stanowić podstawy do odrzucenia jego oferty, Odwołujący podkreślił, że przekroczenia te obejmowały niewielkie wartości (w większości chodziło o ułamki procent). Wylimitowanie na tej podstawie oferty Odwołującego spowodowało natomiast wybór oferty o kilka milionów droższej (oferta Odwołującego opiewała bowiem na 13.427.591,35 zł; oferta, która została wybrana to oferta o wartości 19.245.808,13 zł). Wartość oferty wybranej nie tylko jest znacznie droższa od oferty Odwołującego, ale przekracza wręcz kwotę, jaką Zamawiający miał zamiar przeznaczyć na realizację przedmiotowego zamówienia w ramach Zadania nr 4.

Odwołujący podkreślił, że wykonawcy nie mogą być obciążeni, błędami bądź nieprecyzyjnymi postanowieniami SIWZ. Specyfikacja winna być precyzyjna i jasna w swej treści, pozbawiona pola do domysłów i dedukcji przez wykonawców, bez potrzeby prowadzenia procesu wnioskowania, co należy uczynić w jej wykonaniu, aby ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. Co więcej, oparcie obliczeń na kalkulacjach zaprezentowanych przez Zamawiającego (nieprawidłowych i pozbawionych zasad logiczności) doprowadziło de facto to wyeliminowania jakiegokolwiek konkurencji. W każdym Zadaniu tylko jedna oferta spełniała, zgodnie z oceną Zamawiającego, wymogi SIWZ, pozostałe eliminowane były na skutek zastosowanych obliczeń.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego, a w konsekwencji dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

23

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełniają określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. mają interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez nich szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba ustaliła, że w punkcie 10 SIWZ (Opis sposobu obliczenia ceny) Zamawiający określił m.in. następujące wymagania:

– Pkt 10.4. *W Kosztorysach ofertowych oprócz kosztorysów dotyczących zimowego utrzymania dróg dla pozycji kosztorysowych zostały ustalone limity tj. „Procentowe*

wskaźniki graniczne". Wartość netto danej pozycji nie może przekroczyć ww. limitu liczonego w kosztorysach: - „BUD-wykaszenie traw, chwastów, samosiejek, drobnych krzaków i odrostów”, „Wykonanie remontów nawierzchni asfaltowych na drogach krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie”, „Sprzątanie pasa drogowego” od pozycji razem netto danego kosztorysu, natomiast – „Bieżące utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie” od pozycji razem danego rozdziału kosztorysu. W przypadku gdy wartość danej pozycji zaoferowanej przez Wykonawcę przekroczy określony dla tej pozycji limit z zastrzeżeniem pkt 10.10. ,

Zamawiający odrzuci taką ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp;

– Pkt 10.10. Kosztorysy ofertowe należy wypełnić z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Przyjmuje się matematyczną zasadę zaokrąglania trzeciej liczby po przecinku.

W dniu 28 lipca 2014 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację z zebrania wykonawców, w której zamieścił m.in. następującą informację: W związku z wątpliwościami Wykonawców dotyczącymi zaokrąglania wartości do dwóch miejsc po przecinku, w wyniku których mogą wystąpić przekroczenia procentowych wskaźników granicznych, zamawiający wyjaśnia, iż zgodnie z zapisem SIWZ pkt 10.4 i 10.10 IDW w przypadku gdy niezgodność wyliczenia wynika jedynie z przyjętej w punkcie 10.10 matematycznej zasady zaokrąglania wtedy oferta nie zostanie uznana za niezgodną z treścią SIWZ.

Zamawiający odrzucił oferty wszystkich Odwołujących na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W odniesieniu do Konsorcjum Planeta Sp. z o.o. (zadanie nr 5) Zamawiający powołując się na pkt 10.4 SIWZ podał, że w kosztorysie ofertowym BUD-wykaszenie traw, samosiejek, drobnych krzaków i odrostów, z wyłączeniem Rejonu w Ożarowie Mazowieckim

24

wykonawca w poz. 2-4 przekroczył procentowe wskaźniki graniczne (poz. 2 – przekroczenie o 0,11, poz. 3 – przekroczenie o 0,01, poz. 4 – przekroczenie o 0,05). Odwołujący wskazał, że: z uwagi na zastosowaną formułę konstruowania oferty – Zamawiający nałożył procentowe wskaźniki graniczne (mające na celu zapewnienie właściwych proporcji

kosztorysu) zależność pomiędzy poszczególnymi

asortymentami prac/pozycjami

poszczególnych cen jednostkowych, ilości oraz ich iloczynu dla wartości i ceny oraz ustalenia wskaźnika oraz zapisy pkt 10.4 IDW brak jest w tym przypadku podstaw do zastosowania przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W związku z odrzuceniem oferty Odwołującego Zamawiający unieważnił postępowanie dotyczące zadania nr 5 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Uzasadniając odrzucenie oferty Konsorcjum MKST Sp. z o.o. (zadanie nr 4) Zamawiający powołując się na pkt 10.10 SIWZ wskazał, że w kosztorysie BUD-wykaszenie traw, samosiejek, drobnych krzaków i odrostów, Rejonu w Mińsku Mazowieckim kolumna „cena jednostkowa” została wypełniona z siedmioma miejscami po przecinku. Zamawiający wskazał, że wykorzystanie dyspozycji art. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaokrąglenie cen jednostkowych do dwóch miejsc po przecinku skutkowałoby uzyskaniem innych wartości poszczególnych pozycji, co w rezultacie spowodowałoby przekroczenie procentowych wskaźników granicznych, czego skutkiem jest odrzucenie oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W odniesieniu do oferty wykonawcy J. W. (zadanie nr 2) Zamawiający wskazał, że w kosztorysie BUD-wykaszenie traw, samosiejek, drobnych krzaków i odrostów, z wyłączeniem Rejonu w Garwolinie wykonawca w poz. 1 przekroczył procentowy wskaźnik graniczny o 1,53. Zamawiający przedstawił uzasadnienie prawne odrzucenia oferty analogicznie do uzasadnienia odrzucenia oferty Konsorcjum Planeta Sp. z o.o. w zakresie zadania nr 5.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty wykonawcy M. R. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „Dróg-Pol” Roboty drogowe i remontowo-budowlane M. R. (zadanie nr 4) Zamawiający podał, że w kosztorysie „Bieżące utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddziału w Warszawie Rejon w Mińsku Mazowieckim – roboty interwencyjne i liniowe” wykonawca przekroczył procentowe wskaźniki graniczne w następujących częściach kosztorysu:

1. „Renowacja rowów o głębokości podczyszczania do 30 cm” – poz. 6, przekroczenie o 0,71;
2. „Renowacja rowów o głębokości podczyszczania od 30 cm do 60 cm” – poz. 6,

- przekroczenie o 0,66;
3. „Odtworzenie rowów” – poz. 6, przekroczenie o 0,02;

25

-
4. „Uzupełnienie brakujących i uszkodzonych włazów studzienek kanalizacyjnych betonowych” – poz. 14, przekroczenie o 0,06;
5. „Wykonanie przykanalików” – poz. 14, przekroczenie o 0,03;
6. „Przestawienie i ustawienie krawężników na ławie betonowej z oporem materiału istniejącego” – poz. 27, przekroczenie o 0,02;
7. „Mechaniczne ścinanie drzew powyżej 100 cm wraz z frezowaniem pni” – poz. 30, przekroczenie o 0,13;
8. „Karczowanie pni o średnicy 46-100 cm wraz z zasypaniem dołów” – poz. 30, przekroczenie o 0,03;
9. „Podcięcie żywopłotów” – poz. 30h, przekroczenie o 0,02.

Ponadto, Odwołujący przekroczył procentowe wskaźniki graniczne w następujących kosztorysach:

1. „Sprzątanie pasa drogowego Rejon w Mińsku Mazowieckim” w części „Oczyszczanie chodników i jezdni na skrzyżowaniach” – poz. 8 (przekroczenie o 0,69), poz. 9 (przekroczenie o 1,04);
2. „BUD-wykaszenie traw, samosiejek, drobnych krzaków i odrostów, Rejon w Mińsku Mazowieckim” – poz. 1 (przekroczenie o 0,06),
3. „BUD-wykaszenie traw, samosiejek, drobnych krzaków i odrostów, z wyłączeniem Rejonu w Mińsku Mazowieckim” – poz. 1 (przekroczenie o 0,06).

Odnosząc się do odrzucenia oferty Odwołujących: Konsorcjum Planeta Sp. z o.o., J. W. oraz M. R. (w zakresie, w jakim podstawą odrzucenia oferty były kosztorysy dotyczące wykaszania traw, samosiejek, drobnych krzaków i odrostów) Izba ustaliła, że przekroczenie procentowych wskaźników granicznych wynikało wyłącznie z zaokrąglenia cen jednostkowych do dwóch miejsc po przecinku. Wykonawcy bowiem, ze względu na narzucone przez Zamawiającego wymagania, musieli określić cenę łączną netto, obliczyć wartość poszczególnych pozycji kosztorysowych z zachowaniem wskaźników granicznych, a następnie podzielić te wartości przez ilość jednostek. Wynikiem takiego działania było otrzymanie cen jednostkowych z dokładnością do czterech (i więcej) miejsc po przecinku, a zatem wymagających zaokrąglenia zgodnie z matematycznymi zasadami zaokrąglania liczb. O ile ceny przed zaokrągleniem mieściły się w ramach wskaźników granicznych, to po zaokrągleniu nieznacznie je przekraczały.

W ocenie Izby Zamawiający określił w SIWZ wymagania dotyczące sposobu obliczenia ceny, których nie można było łącznie spełnić, opierając się wyłącznie na literalnym brzmieniu punktów 10.4 i 10.10 SIWZ czytanych rozłącznie. Było to niemożliwe

26

z matematycznego punktu widzenia, bowiem – jak wykazali Odwołujący – zaokrąglenie cen jednostkowych do dwóch miejsc przecinka powodowało przekroczenie narzuconych przez Zamawiającego wartości granicznych. Jedynie zaoferowanie cen jednostkowych w wysokości 0,11, 0,20, 0,21, 0,51 zł lub ich wielokrotności pozwalało zachować określone progi procentowe. Interpretacja postanowień SIWZ prowadząca do wniosku, że wykonawcy mieli obowiązek znaleźć i wskazać – jako jedyne możliwe ceny jednostkowe – ww. wartości, jest niedopuszczalna. Zamawiający nie ma bowiem prawa określać za wykonawców cen, jakie należy zaoferować.

Wobec powyższego, przyjmując prawo wykonawców do kalkulowania cen ofertowych, należy stwierdzić, że wykonawcy, dokonując w ramach przyznanej im swobody określania cen, w niektórych pozycjach kosztorysu nie mogli jednocześnie spełnić wymogu podania cen jednostkowych z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku i nie przekroczyć określonych w SIWZ wartości granicznych. Tymczasem Zamawiający wyciągnął wobec wykonawców negatywne konsekwencje za niespełnienie tych wymogów.

W ocenie Izby działanie Zamawiającego nie miało oparcia w należycie interpretowanych postanowieniach SIWZ, zwłaszcza że zgodnie z punktem 10.4 SIWZ przekroczenie limitów dla danej pozycji kosztorysów będzie skutkowało odrzuceniem oferty,

jednak z zastrzeżeniem pkt 10.10 (mówiącego o konieczności wypełnienia kosztorysów z dokładności do dwóch miejsc po przecinku, przyjmując matematyczną zasadę zaokrąglania te czytane łącznie trzeciej liczby). Oba postanowienia specyfikacji i interpretowane w jedyny sposób nadający im racjonalną treść powinny prowadzić do wniosku, że oferta nie podlega odrzuceniu, jeśli przekroczenie wskaźników granicznych jest wynikiem zaokrąglania cen. Zatem nawet gdyby Zamawiający nie udzielił w tym zakresie pisemnych wyjaśnień, to i tak oferty Odwołujących nie powinny podlegać odrzuceniu. Jednak Zamawiający potwierdził to jeszcze wyraźnie w wyjaśnieniach z dnia 28 lipca 2014 r., do których jednak z niewiadomych powodów nie zastosował się na etapie oceny ofert. Doprowadziło to do sytuacji, w której wykonawcy działający w zaufaniu do reguł określonych wyraźnie przez Zamawiającego, zostali wyeliminowani z postępowania. Zamawiający nie przedstawił – zdaniem Izby – żadnych racjonalnych argumentów, które usprawiedliwiałyby taką ocenę ofert, oderwaną nie tylko od prawidłowo interpretowanej specyfikacji, ale i od wyraźnej deklaracji udzielonej na piśmie w wyjaśnieniach.

Podkreślić przy tym należy, że w kosztorysach ofertowych zawarte były wszystkie dane niezbędne do tego, aby poprzez proste działanie matematyczne ustalić, czy przekroczenie limitów procentowych jest skutkiem zaokrąglania cen jednostkowych. Zamawiający miał obowiązek takie badanie przeprowadzić, czego albo nie zrobił, albo zignorował jego wyniki.

27

Odwrotna sytuacja wystąpiła w przypadku Odwołującego Konsorcjum MKST. Odwołujący ten, aby nie przekroczyć procentowych wskaźników granicznych, nie zaokrąglił cen jednostkowych, podając je z dokładnością do siedmiu miejsc po przecinku. Mimo że było to niezachowanie wymogów SIWZ, można uznać je za usprawiedliwione niemożliwością dopełnienia obu wymagań, tj. jednoczesnego zaokrąglania cen i zachowania wskaźników granicznych. Wykonawca nie mogąc spełnić obu wymogów i nie chcąc narazić się na odrzucenie oferty, wybrał jeden z nich. Choć powinien on kierować się treścią wyjaśnień Zamawiającego, tj. podać ceny z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, nawet jeśli spowodowałoby to przekroczenie wskaźników, to oferta Odwołującego nie jest wadliwa w stopniu, który może uzasadniać jej odrzuceniem. Zamawiający, który dysponuje wszystkimi niezbędnymi do poprawienia oferty danymi, powinien tę ofertę poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zaokrąglając ceny jednostkowe i uwzględniając konsekwencje tych zaokrągleń. Tak poprawione ceny jednostkowe doprowadzą do zgodności oferty z treścią SIWZ, nie powodując jednak istotnych zmian w treści oferty. Wynikiem takich poprawek będzie przekroczenie limitów procentowych, jednak nieprowadzące do odrzucenia oferty, bo wynikające wyłącznie z zaokrąglania cen do dwóch miejsc po przecinku.

W ocenie Izby nieuprawnione było również odrzucenie oferty Marzeny R. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą „Dróg-Pol” Roboty drogowe i remontowo-budowlane M. R., ze względu na przekroczenie procentowych wskaźników granicznych w kosztorysach dotyczących bieżącego utrzymania dróg krajowych – robót interwencyjnych i liniowych oraz sprzątnięcia pasa drogowego.

W przypadku tych kosztorysów teza o przekroczeniu limitów procentowych wynikała z przyjętego przez Zamawiającego, a zdaniem Izby nieuprawnionego, sposobu obliczania proporcji wartości poszczególnych pozycji kosztorysowych do ceny całkowitej danego kosztorysu. W powyższych kosztorysach Zamawiający określił procentowe wskaźniki graniczne w taki sposób, że ich suma wynosiła 120%. Wykonawca musiał więc skalkulować cenę tak, aby poszczególne składowe ceny nie przekraczały wskaźników wynoszących łącznie 120. Ponieważ Zamawiający nie określił żadnych dodatkowych założeń, wykonawca miał prawo skonstruować ceny ofertowe kierując się zasadami logiki. Skoro więc Zamawiający przewidział, że suma wskaźników granicznych wynosi 120%, to obliczając przy ich zastosowaniu maksymalną wartość poszczególnych pozycji kosztorysu wykonawca miał prawo – jak to uczynił Odwołujący – odnieść je również do wartości 120% pozycji „razem netto”. Należy zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że skoro obliczamy wartość ze 120%, to kwota będąca podstawą tych obliczeń musi stanowić 120% kwoty wyjściowej. Taki sposób obliczeń zapewnia bowiem równoważność wartości przyjętych do obliczenia

28

proporcji. Zamawiający nie może wymagać, by wykonawca dokonał innych obliczeń, niewynikających z nasuwających się logicznych działań. Tak ustalone wartości poszczególnych pozycji kosztorysu nie przekraczają narzuconych przez Zamawiającego limitów, zatem oferta nie podlegała odrzuceniu.

Podsumowując należy stwierdzić, że działanie Zamawiającego polegające na odrzuceniu ofert wszystkich Odwołujących, stanowiło naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, przez jego bezpodstawne zastosowanie. Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: