

WYROK
z dnia 21 sierpnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo
Protokolant: Agata Dziuban
Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 listopada 2016 r. i 17 sierpnia 2017 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 listopada 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

SAFEROAD GRAWIL Sp. z o.o. ul. Komunalna 7, 87-800 Włocławek oraz
SAFEROAD KABEX Sp. z o.o. ul. Betoniarzy 32, 80-298 Gdańsk

w postępowaniu prowadzonym przez

Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu
ul. Siemiradzkiego 5a, 60-763 Poznań

przy udziale wykonawców:

- A. **Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A., ul. Noskowska 3-5, 62-800 Kalisz,**
- B. **Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. ul. Bystrzycka 24, 54-215 Wrocław**

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. **kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SAFEROAD GRAWIL Sp. z o.o. i SAFEROAD KABEX Sp. z o.o. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł**

00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SAFEROAD GRAWIL Sp. z o.o. i SAFEROAD KABEX Sp. z o.o. 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 2015, poz. 2164 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 Poznaniu.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na całoroczne, kompleksowe utrzymanie w systemie Utrzymaj Standard drogi ekspresowej S11 na odcinku Węzeł Poznań Północ – Węzeł Poznań Zachód km 0+000 – km 25+694 (S11c), km 0+000 – km 1+605 (S5e) oraz na odcinku Węzeł Poznań Krzesiny – Węzeł Kórnik Południe od km 0+000 do km 14+810 (S11a) wraz ze wszystkimi jej elementami, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 22 lipca 2015 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2015/S 139-257004. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Saferoad Grawil Sp. z o.o. i Saferoad Kabex Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 oraz innych poniżej wskazanych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych pozostających w związku z art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych i dotyczących niewykonania czynności wynikających z uwzględnienia w całości odwołania z 9 września 2016 r., tj. naruszenie art. 186 ust. 2 zd. ostatnie oraz ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z niewykonaniem czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu z 9 września 2016 r., uwzględnionym w całości przez Zamawiającego 20 września 2016 r., a na skutek powyższego m.in. naruszenie:

1.1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. (dalej jako: „wykonawca ZABERD”), mimo iż treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. z powodu niezgodności opisu Koncepcji działań („Element 7 Drogi – Obiekty inżynierskie” oraz „Element 15 Drogi – Ekrany akustyczne, przeciwolśnieniowe, ochronne (w tym bramy i furtki)” w części Programu działań nr 1 „Działania Wykonawcy w zakresie wdrożenia i utrzymania standardu drogi”, a także „Element 1 Drogi – Nawierzchnia jezdni” w części „Program działań Nr 3 – „Działania

w zakresie zimowego utrzymania drogi”) z punktem 3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia (str. 17; pkt. 17.1.2 „Kryterium Jakość”);

1.2. art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę ZABERD w sytuacji, gdy oferta ww. wykonawcy winna być odrzucona;

1.3. zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, tj. niewykonanie czynności, tak jak żądał Odwołujący w poprzednio złożonym odwołaniu, które zostało uwzględnione w całości przez Zamawiającego;

2. niezależne od zarzutów z punktu powyżej, Odwołujący podtrzymał z ostrożności procesowej, zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w kontekście art. 186 ust. 2 zd. ostatnie oraz ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie nieprawidłowej oceny oferty wykonawcy ZABERD w ramach kryterium „Jakość” poprzez przyznanie temu wykonawcy zawyżonej punktacji w następstwie oceny jego oferty w sposób niezgodny ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia;

3. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie nieprawidłowej oceny oferty Odwołującego, w wyniku ponowionej oceny i badania ofert, w ramach kryterium „Jakość” poprzez przyznanie temu wykonawcy zaniżonej punktacji w następstwie oceny jego oferty w sposób niezgodny ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia;

4. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie nieprawidłowej oceny oferty wykonawcy ZABERD, w wyniku ponowionej oceny i badania ofert, w ramach kryterium „Jakość” poprzez przyznanie temu wykonawcy zawyżonej punktacji w następstwie oceny jego oferty w sposób niezgodny ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia;

5. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie nieprawidłowej oceny ofert, tj. uwzględnienie w ocenie ofert i przyznanej punktacji ofert, które powinny zostać odrzucone i przez to przyznanie oferentom niepodlegającym odrzuceniu punktacji w sposób odbiegający od zasad określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

6. art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców: konsorcjum „GNOM” Sp. z o.o., „N.R.” Sp. z o.o.; konsorcjum BADER-DROG Sp. z o.o. sp. k., Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa „BADERA” Tadeusz Badera; Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. Kalisz oraz konsorcjum FBSerwis S.A., Ferroser Infraestructuras S.A. z uwagi na upływ terminu związania ich ofertami, a tym samym brak uznania ich ofert za odrzucone na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, względnie naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia ofert ww. wykonawców z uwagi na upływ terminu związania ich ofertami.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. wykonania czynności wynikających z uwzględnionego w całości odwołania z 9 września 2016 r.,
2. unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy ZABERD jako najkorzystniejszej z 4.11.2016 r.,
3. odrzucenia oferty wykonawcy ZABERD na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. z powodu niezgodności treści oferty wykonawcy ZABERD z punktem 3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia (str. 17, pkt 17.1.2 „Kryterium Jakość”) względnie nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny oferty wykonawcy ZABERD i Odwołującego, z uwzględnieniem wszystkich zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczących sposobu oceny ofert w ramach kryterium „Jakość” i w konsekwencji wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
4. wykluczenia wykonawców: konsorcjum „GNOM” sp. z o.o., „N.R.” sp. z o.o.; konsorcjum BADER-DROG sp. z o.o. sp.k., Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa „BADERA” Tadeusz Badera; Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. Kalisz oraz konsorcjum FBSerwis S.A., Ferroser Infraestructuras S.A., względnie odrzucenie ofert tych wykonawców i tym samym nieuwzględnienie ich ofert w ramach rankingu ofert (ich oceny i punktacji), a co za tym idzie dokonanie stosownej zmiany punktacji wykonawcom, których oferty nie podlegają odrzuceniu, w ramach kryterium „Jakość” przez przyznanie poszczególnym ofertom punktacji w sposób zgodny z zasadami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
5. wyłączenie na podstawie art. 189 ust. 8 w zw. z art. 189 ust. 6 ustawy Pzp jawności rozprawy w zakresie (w części), w jakim będzie ona dotyczyła oceny przedłożonego przez Odwołującego dowodu zastrzeżonego jako tajemnica przedsiębiorstwa, wprost odnoszącego się do złożonej przez Odwołującego „Koncepcji działań”, zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa Odwołującego;
6. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego;
7. w przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu – dokonania przez Zamawiającego czynności zgodnie ze wskazanym powyżej żądaniem Odwołania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający wskazał, iż kryteriami oceny ofert w będzie cena – 60% i jakość (Koncepcja działań) – 40%. Zgodnie z punktem 17.1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Koncepcja działań” to przygotowane przez wykonawcę opracowanie dotyczące utrzymania drogi będącej przedmiotem zamówienia, zawierające opis działań mających na celu wdrożenie i utrzymanie określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia standardu drogi

wraz z zapewnieniem bezpieczeństwa użytkowników dróg oraz minimalizacji strat czasu uczestników ruchu drogowego w przejeździe utrzymywaną drogą przez 24 godz./dobę. Na Koncepcję działań składają się „Programy działań”, które odnoszą się odpowiednio do trzech podkryteriów, jakie Zamawiający przyjął przy ocenie ofert w ramach kryterium „Koncepcja działań”, tj.: Program działań nr 1 – „Działania Wykonawcy w zakresie wdrożenia i utrzymania standardu drogi”, Program działań nr 2 - „Sposób prowadzenia monitoringu”, Program działań nr 3 – „Działania w zakresie zimowego utrzymania drogi”. Wagę i znaczenie Koncepcji Zamawiający określił w punkcie 17.1.2. ppkt. 2, gdzie wskazał, że z uwagi na fakt, iż przygotowana przez Wykonawcę „Koncepcja” będzie przedmiotem oceny w ramach kryterium „Koncepcja działań”, informacje w niej zawarte mogą mieć zasadniczy wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej oraz w konsekwencji na to, komu zostanie udzielone niniejsze zamówienie. „Koncepcja” stanowi zatem istotny element oferty i z tego względu stanowić będzie integralną część Umowy zawieranej z Wykonawcą wyłonionym w drodze niniejszego postępowania. Deklarowane w „Koncepcji” działania, które będą brane pod uwagę przez Zamawiającego przy ocenie oferty w ramach kryterium „Koncepcja działań” mają charakter wiążący Wykonawcę i ich realizacja będzie przez Zamawiającego wymagana i egzekwowana na etapie realizacji zamówienia.

Wyrokiem z 26 lipca 2016 r. (sygn. akt KIO 1227/16, KIO 1236/16) Izba nakazała Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy ZABERD, uznania za nieskuteczne zastrzeżenia wykonawcy ZABERD w zakresie „Koncepcji działań”, bezzwłoczne przekazanie żądanej przez odwołujących dokumentacji postępowania, ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem, iż informacja o przyznanej punktacji w ramach kryterium „Jakość” winna odzwierciedlać rzeczywistą ocenę ze szczegółowym opisaniem kryteriów, jakimi kierował się Zamawiający przy ocenie każdej ocenionej koncepcji. Zamawiający przekazał wyniki ponownego badania i oceny ofert, przedstawiając także szczegółowe uzasadnienie przyznanej poszczególnym wykonawcom punktacji w ramach kryterium jakości. Zamawiający podtrzymał w wyniku tej ponownej oceny ofert pierwotnie przyznaną punktację, uznając w szczególności, że koncepcje działań wykonawcy ZABERD i Odwołującego w zakresie kryterium jakości prezentują równie wysoki (najwyższy z możliwych) poziom.

Odwołujący stwierdził istotne uchybienia w zakresie koncepcji wykonawcy ZABERD, niezgodne z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia i września 2016 r. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie: art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy ZABERD, mimo iż treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie nieprawidłowej oceny oferty wykonawcy

ZABERD w ramach kryterium „Jakość” poprzez przyznanie temu wykonawcy zawyżonej punktacji w następstwie oceny jego oferty w sposób niezgodny ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości, wskazując że „po przeanalizowaniu zgłoszonych przez Odwołującego zarzutów oraz argumentów sformułowanych w uzasadnieniu złożonego odwołania Zamawiający uznał, że zasługują one na uwzględnienie. Przedstawione przez Odwołującego stanowisko wskazało na uchybienia jakie miały miejsce w trakcie czynności badania i oceny ofert mające wpływ na dokonane rozstrzygnięcie. Zamawiający w celu sprawnego kontynuowania postępowania w sposób odpowiadający wymogom określonym w SIWZ, niniejszym je uznaje. W związku z takim stanem rzeczy, możliwe będzie podjęcie działań zmierzających do przeprowadzenia ponownej oceny i badania ofert zgodnie z postulatami zawartymi w odwołaniu. Czynności te zostaną podjęte przez Zamawiającego niezwłocznie. Mając na względzie powyższe, Zamawiający uznaje odwołanie w całości”.

26 września 2016 r. Izba umorzyła postępowanie odwoławcze (sygn. akt KIO 1688/16).

Odwołujący w odwołaniu z 9 września 2016 r. sformułował zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy ZABERD z uwagi na niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, tymczasem Zamawiający, wbrew twierdzeniom zawartym w piśmie uwzględniającym całość zarzutów Odwołującego, nie dokonał odrzucenia oferty wykonawcy ZABERD. Takie działanie Zamawiającego całkowicie przeczy stanowisku Zamawiającego z pisma uwzględniającego odwołanie, że „po przeanalizowaniu zgłoszonych przez Odwołującego zarzutów oraz argumentów sformułowanych w uzasadnieniu złożonego odwołania Zamawiający uznał, że zasługują one na uwzględnienie”.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w całości, to jest zobowiązany do wykonania czynności wskazanych przez odwołującego w żądaniach zawartych w odwołaniu. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Zgodnie z art. 186 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli wykonawca przystępujący do postępowania odwoławczego nie wniesie sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania, zamawiający ma obowiązek wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Uregulowana w art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych sytuacja, w której zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w całości, skutkuje obowiązkiem dostosowania się przez zamawiającego do żądań zawartych w odwołaniu. Oznacza to, że zamawiający, podejmując decyzję o uwzględnieniu zarzutów zawartych w odwołaniu, winien rozważyć także zasadność zgłoszonych żądań. Tymczasem Zamawiający najpewniej celowo nie dostosował się do

żadnego z dwóch żądań zawartych w odwołaniu. Powyższe zaniechania Zamawiającego dodatkowo obciążają Odwołującego kosztami uczestnictwa w postępowaniu, kosztami zapewnienia utrzymania ciągłości terminu związania ofertą i wadium oraz kosztami obsługi prawnej niezbędnej dla prawidłowej ochrony interesów Odwołującego w postępowaniu.

Gdyby jednak z jakichś powodów uznać, że Zamawiający nie zgodził się z zarzutem zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy ZABERD i nie podzielił tym samym argumentacji Odwołującego prowadzącej do takich wniosków, to uwzględnienie zarzutu alternatywnego dotyczącego sposobu oceny oferty wykonawcy ZABERD nie stanowi uwzględnienia odwołania w całości. Zamawiający uwzględnił zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy ZABERD i następnie ponownie dokonał wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej. Odwołujący zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy ZABERD sformułował jako zarzut główny (pierwszy), a jako alternatywny (w wyniku nieuwzględnienia zarzutu głównego) zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie nieprawidłowej oceny oferty wykonawcy ZABERD. Już taka konstrukcja zarzutów uniemożliwiała uwzględnienie w całości obu zarzutów, co wskazuje jednoznacznie, że intencją Zamawiającego przy uwzględnieniu odwołania musiał być zarzut główny związany z brakiem odrzucenia oferty wykonawcy ZABERD. Tylko taki bowiem kierunek rozstrzygnięcia postępowania pozostawałby w zgodzie z całością argumentacji przedstawionej w odwołaniu i odnoszącej się do oferty wykonawcy ZABERD.

KIO w swoim orzecznictwie wielokrotnie wskazywała, że „za niewłaściwe postępowanie zamawiającego należy uznać uwzględnienie całości zarzutów odwołania w sytuacji, gdy za zasadny do uwzględnienia zamawiający uważa tylko jeden z podniesionych zarzutów. W takiej sytuacji nie ma przeszkód prawnych, aby zamawiający uwzględnił zasadność tylko niektórych zarzutów odwołania, poddając jednocześnie zarzuty pozostałe rozstrzygnięciu Izby” (wyrok z 20 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 290/13). Przepis art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zdaniu drugim nie stanowi przepisu dyspozytywnego, uzależniającego jego stosowanie od woli strony postępowania, jak uczynił to Zamawiający w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący w odwołaniu z 9 września 2016 r. przedstawił zestawienie wymagań Zamawiającego odnośnie poszczególnych opisów w ramach danego podkryterium oraz ocenę wraz z komentarzami tego opisu dokonanej przez wykonawcę ZABERD. Przedstawione informacje zostały następnie zestawione z opisem wymagań dokonany przez Odwołującego. Na tej podstawie Odwołujący zaprezentował argumentację na zawyżoną przez Zamawiającego punktację oferty wykonawcy ZABERD. Koncepcja opracowana przez wykonawcę ZABERD nie zawiera bowiem wszystkich niezbędnych elementów, dodatkowo nieprecyzyjnie i niejednoznacznie opisanych. W szczególności Odwołujący wskazał na bardzo pobieżną analizę i zarazem nieuprawnioną ocenę koncepcji

wykonawcy ZABERD w zakresie Programu działań nr 2 – „Sposób prowadzenia monitoringu” i uznanie, że zaproponowany przez wykonawcę ZABERD sposób prowadzenia monitoringu przy pomocy drona zapewni nie tylko bardzo efektywny sposób prowadzenia monitoringu, ale także nie niesie za sobą żadnych ryzyk dla Zamawiającego. Ryzyka te Odwołujący zaprezentował w treści odwołania z 9 września 2016 r. Zamawiający, wbrew twierdzeniom zawartym w piśmie uwzględniającym zarzuty odwołania z 9 września 2016 r., że „argumenty sformułowane w uzasadnieniu złożonego odwołania są przez niego uznane, i że zasługują one na uwzględnienie”, dokonując ponownej oceny oferty wykonawcy ZABERD nie wziął tych argumentów nie tylko pod uwagę, ale także kwestionowany odwołaniem, zaproponowany przez wykonawcę ZABERD system monitoringu, uznał za najbardziej efektywny i tym samym przydzielił temu wykonawcy najwyższą punktację w ramach tego podkryterium. Dodatkowo Zamawiający postanowił zweryfikować swoje pierwotne stanowisko i przy ponownej ocenie ofert postanowił w ramach tego podkryterium zaniżyć punktację Odwołującego, co jest przedmiotem odrębnego zarzutu. Powyższe działanie Zamawiającego potwierdza jednoznacznie, że Zamawiający nie uwzględnił żądań odwołania, a te działania, jakie w wyniku ponownej oceny ofert zostały podjęte, miały jedynie charakter iluzoryczny, co potwierdza pozorność wykonania tych żądań.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał, iż:

- informacje zawarte w koncepcji, aby były brane pod uwagę przy ocenie oferty, powinny mieć charakter konkretny (nie ogólnikowy) oraz jednoznacznie zobowiązujący wykonawcę do realizacji zaproponowanych działań w danych okolicznościach faktycznych (str. 19, pkt 4 ppkt d)),
- brak w złożonej przez wykonawcę Koncepcji informacji wskazanych we wzorze Koncepcji działań stanowiącym formularz 2.2. i nie oznaczonych jako „obligatoryjne” rodził będzie skutki w postaci odpowiedniego uwzględnienia tego faktu przy ocenie oferty w ramach kryterium „Koncepcja działań” (niższą ocenę Koncepcji) oraz uznaniu przez Zamawiającego, iż Koncepcja niesie dla Zamawiającego więcej ryzyk dla skutecznej realizacji standardu utrzymania drogi (str. 19 pkt 4),
- ponadto Zamawiający precyzował, w odniesieniu do poszczególnych podkryteriów, wymagania, które miał brać przy ocenie, jak np. „środki zastosowane przez Wykonawcę służące szybkiej identyfikacji zagrożeń, w szczególności: liczba punktów badań warunków meteorologicznych i ich rozmieszczenie”, czy „system monitoringu i jego ewentualna budowa lub rozbudowa, w tym liczba kamer”.

W ocenie Odwołującego Zamawiający bardzo przychylnie ocenił Koncepcję wykonawcy ZABERD uznając, wbrew swoim wymaganiom zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że koncepcja ZABERD zawiera wszystkie niezbędne elementy, dodatkowo precyzyjnie i jednoznacznie opisane, przez co nie rodzi to skutku w postaci odpowiedniego

uwzględnienia tego faktu przy ocenie oferty w ramach kryterium „Koncepcja działań” (niższą ocenę Koncepcji), a co za tym idzie, uznaniu, że Koncepcja wykonawcy ZABERD nie niesie dla Zamawiającego więcej ryzyk dla skutecznej realizacji standardu utrzymania drogi. Zamawiający oceniając koncepcje wykonawcy ZABERD i Odwołującego nie dostrzegł w ramach oceny i porównania tych koncepcji (np. w zakresie podkryterium nr 3) istotnych różnic, które miały dla niego znaczenie przy ich ocenie, jak np. ilość posiadanego sprzętu, czy też liczba punktów badań warunków meteorologicznych. Według Odwołującego załączone dowody w postaci porównania obu koncepcji wskazują jednoznacznie na korzyść Odwołującego.

Odwołujący nie zgodził się także ze sposobem oceny opisu sposobu zaproponowanych przez niego działań w ramach podkryterium nr 2 dotyczących systemu monitoringu. Zamawiający dokonał zmiany swojego stanowiska i w wyniku ponownej oceny ofert postanowił zaniżyć punktację Odwołującego w tym zakresie. W ocenie Zamawiającego „opisane metody monitorowania warunków pogodowych stanowią oczekiwany sposób identyfikacji zagrożeń w okresie zimowym. Natomiast częstotliwość wykonania bieżącej kontroli drogi i sposób jej organizacji nie zapewniają efektywnej oceny zagrożeń na drodze. W przypadku wyboru oferty Wykonawca musi zmienić sposób organizacji patrolowania drogi i przedstawić go w PZJ”.

Odwołujący zaprezentował w ramach opisu metod monitorowania warunków pogodowych konkretną liczbę objazdów wraz z określeniem jej częstotliwości (objęta tajemnicą przedsiębiorstwa). Sposób ten (konkretnie częstotliwość objazdów) został przez Zamawiającego zakwestionowany w ramach oceny oferty z nakazem zmiany w wyniku wybrania oferty Odwołującego. Zakwestionowanie częstotliwości objazdów spowodowało zniżenie punktacji Odwołującego. Tymczasem wyżej oceniona w tym zakresie oferta wykonawcy ZABERD prezentuje niejednoznaczne sformułowanie, wskazujące także na duże ryzyko dla Zamawiającego braku pewności odnośnie ilości wymaganych objazdów. Wykonawca ZABERD zaoferował w tym zakresie: „patrolowanie drogi z częstotliwością min. 2 pojazdy patrolowe x 8 objazdów (w zależności od potrzeb) w ciągu doby”. Wskazanie w tym sformułowaniu „w zależności od potrzeb” może sugerować, że wykonawca ZABERD zamierza patrolować drogę z mniejszą niż 8 częstotliwością; nawet taką, która może nie zapewnić oczekiwanych przez Zamawiającego efektów. Odwołujący tymczasem w swojej koncepcji sformułował bardziej precyzyjny sposób realizacji tych wymagań Zamawiającego. Porównanie obu tych koncepcji w tym zakresie wskazuje, że Zamawiający zbyt arbitralnie potraktował ocenę obu koncepcji. Nawet gdyby przyznać, że obie koncepcje w tym zakresie nie prezentują najwyższego poziomu opisu, gwarantującego realizację usługi na najwyższym poziomie, oczekiwanym przez Zamawiającego, to szczegółowa analiza obu opisów nie pozwala w ocenie Odwołującego na tak daleko idące zniżenie punktacji Odwołującego.

W innych przetargach dotyczących podobnych wymagań Zamawiający oczekują częstotliwości objazdów na średnio niższym poziomie, co przy zadeklarowanym przez Odwołującego w koncepcji poziomie, pozwala uznać jego sposób prowadzenia monitoringu za w pełni efektywny.

W informacji z 4 listopada 2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców nie tylko o wyborze oferty wykonawcy ZABERD, ale także o wykluczeniu oferty wykonawcy KBU sp. z o.o. ze względu na przerwanie okresu związania ofertą tego wykonawcy oraz wykonawcy MOTA-ENGIL CENTRAL EUROPE S.A. ze względu na brak wniesienia wadium na przedłużony okres związania ofertą. Podstawą wykluczenia obu tych wykonawców był art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz uznanie w kontekście art. 24 ust. 4 ich ofert za odrzucone. Skutkowało to nieuwzględnieniem ich w rankingu ofert pod względem kryteriów oceny ofert. Jednocześnie Zamawiający w rankingu ofert uwzględnił innych wykonawców, którzy także nie dopełnili obowiązku zachowania ciągłości związania ofertą, tj. konsorcjum „GNOM” sp. z o.o., „N.R.” sp. z o.o.; konsorcjum BADER-DROG sp. z o.o. sp. k., Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa „BADERA” Tadeusz Badera; Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. Kalisz oraz konsorcjum FBSerwis S.A., Ferroser Infraestructuras S.A., którym upłynął termin związania ofertą.

Fakt, że np. wykonawcy Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. Kalisz prawie 3 miesiące wcześniej upłynął termin związania ofertą, nie przeszkodził Zamawiającemu w sklasyfikowaniu tego wykonawcy na drugim miejscu w rankingu ofert. Uszło uwadze Zamawiającego, że w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie jest dopuszczalny wybór oferty, jako najkorzystniejszej, co do której upłynął termin związania. Stąd też nie jest zasadne uwzględnianie w rankingu ofert i punktowanie w ramach kryteriów oceny ofert takich ofert. W zakresie terminu związania ofertą i skutków związanych z jego upływem, Odwołujący stoi na stanowisku, że stan związania ofertą to element konstytutywny oferty. Stanowisko to znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych. Wobec powyższego należy uznać, że Zamawiający zaniechał wykluczenia wskazanych wykonawców i odrzucenia ich ofert. Fakt natomiast uwzględniania ofert tych wykonawców w klasyfikacji ofert w kontekście wykluczenia innego wykonawcy na tej samej podstawie (braku zachowania ciągłości związania ofertą) wskazuje na różnicowanie przez Zamawiającego wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Z uwagi na fakt, że Zamawiający dokonał zaniechania odrzucenia ofert wykonawców: konsorcjum „GNOM” sp. z o.o., „N R.” sp. z o.o.; konsorcjum BADER-DROG sp. z o.o. sp. k., Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa „BADERA” Tadeusz Badera; Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. Kalisz oraz konsorcjum FBSerwis S.A., Ferroser Infraestructuras S.A., jedynymi ofertami niepodlegającymi odrzuceniu i ocenianymi powinny pozostać oferta wykonawcy ZABERD (o ile nie została odrzucona) oraz oferta

Odwołującego. Jako że oferty odrzucone nie podlegają ocenie i punktacji w ramach kryterium oceny ofert, Zamawiający dokonał nieprawidłowego przyznania punktów w ramach podkryterium nr 3. Zgodnie bowiem z punktem 17.1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczącym podkryterium „Skuteczność działań w zakresie zimowego utrzymania drogi (15 pkt)”, Zamawiający wskazał, że „Koncepcja przedstawiająca najlepszy z punktu widzenia Zamawiającego program działań (Program działań nr 3) efektywności identyfikacji i likwidacji zagrożeń na drodze otrzyma 15 pkt. Jeśli więcej niż jedna Koncepcja oceniona zostanie na porównywanym poziomie, wszystkie one otrzymają taką samą liczbę odpowiednio 15 pkt”. Tymczasem, mając na uwadze tylko oferty niepodlegające odrzuceniu, oferta Odwołującego i oferta wykonawcy ZABERD zostały ocenione na takim samym poziomie i przyznano im 10 punktów. Oznacza to, że Zamawiający w sposób nieuprawniony dokonał przydziału punktów, który nie ma odzwierciedlenia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, obie bowiem oferty powinny w tym podkryterium otrzymać liczbę punktów 15.

II Odpowiedź Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości i obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego.

Zamawiający wskazał, że zarzut niewykonania przez Zamawiającego w całości odwołania Odwołującego z 9 września 2016 r. jest nieuzasadniony, jako że Zamawiający, w myśl sformułowanego przez Odwołującego żądania, unieważnił czynność wyboru oferty wykonawcy ZABERD jako najkorzystniejszej i przeprowadził jej ponowne badanie i ocenę, a następnie przyznał punktację z uwzględnieniem sposobu oceny ofert w ramach kryterium „Koncepcja działań”. Zamawiający, analizując treść żądania Odwołującego stwierdził, że realizacja pierwszego z dwóch alternatywnie sformułowanych żądań jest niemożliwa. Odwołujący zażądał bowiem odrzucenia oferty ZABERD na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. z powodu niezgodności treści oferty wykonawcy z punktem 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (str. 19 pkt 17.1.2). Co do zasady, stwierdzenie niezgodności treści dokumentu może nastąpić jedynie w wyniku przyrównania go do jego wzorca. Taki wzorzec był zamieszczony w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w formularzu 2.2. – w ocenie Zamawiającego właśnie ta część stanowi wzorzec będący punktem odniesienia dla sprawdzenia, czy oferta zawiera wszystkie elementy wymagane przez Zamawiającego, a jeśli nie zawiera, to w jakim zakresie występują ewentualne braki. Wzorcem nie może być punkt 3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 17.1.2), którego treść sprowadza się do informacji o konsekwencjach zaistnienia braków w treści oferty. Punkt ten nie zawiera żadnych informacji, na podstawie których można skontrolować kompletność oferty lub jej braki.

W związku z tym, że pierwsze z żądań zostało sformułowane w sposób niemożliwy do wykonania, Zamawiającemu nie pozostało nic innego jak uwzględnić żądanie alternatywne, tj. przeprowadzić ponowne badanie i ocenę ofert.

Zamawiający przyjął jednakże, że w kontekście brzmienia art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. obowiązku przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców, ponownie dokona badania oferty wykonawcy ZABERD, a także pozostałych ofert złożonych w tym postępowaniu. Decyzja taka wynikała z chęci zapobieżenia zgłaszaniu ewentualnych zarzutów odnośnie szczególnego traktowania tylko jednego wykonawcy. W związku z tym, po przeprowadzeniu ponownej oceny i badania ofert, Zamawiający przyznał poszczególnym wykonawcom należną im punktację wynikającą z treści sposobu oceny ofert opisanego w ramach kryterium „Koncepcja działań”. Zamawiający tym samym, w ramach zaistniałych okoliczności, zrealizował żądanie Odwołującego.

Mając na względzie brak uzasadnionych przesłanek do odrzucenia oferty ZABERD, wyłożonych powyżej, zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie znajduje podstaw. Dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty zostało przeprowadzone z zachowaniem obowiązujących przepisów prawa. Żądanie Odwołującego w tym zakresie musiało zostać zatem poddane ocenie przez pryzmat stanu postępowania na moment przeprowadzenia procedury ponownego badania i oceny ofert. W sytuacji, w której spełnienie tego żądania prowadzić miałyby do naruszenia przepisów prawa, Zamawiający nie miał innego wyjścia, jak żądanie to pominąć. W konsekwencji niemożności skontrolowania oferty wykonawcy ZABERD z treścią punktu 3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający nie dokonał odrzucenia tej oferty i nie miał w związku z tym podstaw prawnych do dokonania wyboru oferty Odwołującego.

Co do zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 w kontekście art. 186 ust. 2 zdanie ostatnie oraz ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przyznanie wykonawcy ZABERD w ramach kryterium „Jakość” zawyżonej punktacji, w następstwie oceny jego oferty w sposób niezgodny ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, Zamawiający wskazał, że zastosował punktację ściśle wedle zasad określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Metoda ta nie została zakwestionowana przez żadnego z wykonawców w trybie wniesienia stosownego środka zaskarżenia wobec specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający uznał zarzuty Odwołującego w tym zakresie zgłoszone w odwołaniu z 9 września 2016 r. i w wyniku tego uznania przeprowadził ponowne badanie i ocenę ofert. W związku z takim stanem rzeczy ponowne podnoszenie tego zarzutu jest bezprzedmiotowe.

Zamawiający, przeprowadzając ponowne badanie i ocenę ofert kierował się wskazówkami zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także uwzględnił postulaty

zawarte w odwołaniu z 9 września 2016 r. odnośnie szczegółowej analizy złożonych ofert. Badanie zostało przeprowadzone poprzez porównanie treści złożonych ofert z wzorcem oferty umieszczonym w rozdziale 2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia załącznik 2.2. W wyniku przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, Zamawiający stosownie do ich zawartości przyznał ilość punktów zgodnie z zasadami opisanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Punktacja została przyznana po analizie zawartości oferty, a wszelkie odstępstwa od wzorca określonego w formularzu 2.2 zostały uwzględnione poprzez stosowne obniżenie punktacji. Szczegóły punktacji znajdują się w tabeli stanowiącej załącznik do protokołu czynności wyboru oferty.

Zamawiający stwierdził, że wszystkie z badanych ofert w większym lub mniejszym stopniu zawierają uchybienia polegające na braku co najmniej jednego z elementów składających się na informacje oznaczone jako obligatoryjne. Przykładowo, w formularzu 2.2 wymagania każdego z programów ujęte zostały w formie tabeli, w której znajduje się kolumna „Opis działań oraz inne informacje”, a w niej ujęto dwa punkty. W ramach punktu pierwszego, zawierającego informacje obligatoryjne, wskazano trzy lub cztery tiret uszczegóławiające czynności wykonawcy, które są niezbędne do realizacji standardu. W postępowaniu nie złożono żadnej oferty, która zawierałaby informacje odnoszące się do wszystkich tiret z wszystkich punktów, jakie zostały wskazane w formularzu 2.2.

Zamawiający w treści rozdziału 1. punkt 17.1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wprost wskazał, że „Koncepcja działań” to opracowanie, które powinno przedstawić proponowany przez wykonawcę sposób na wykonanie usługi utrzymania drogi w celu osiągnięcia standardów jej utrzymania zawartych w opisie przedmiotu zamówienia stanowiących zał. nr 3 do opisu przedmiotu zamówienia. Wykonawcy mieli przedstawić, jakie czynności i w jaki sposób wykonają, by powierzona im droga była utrzymana w standardzie określonym przez Zamawiającego. Zamawiający nie narzucał gotowych rozwiązań w tym zakresie licząc na inwencję i doświadczenie wykonawców. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została jednak tak określona, aby porównanie złożonych ofert było w ogóle możliwe do przeprowadzenia, stąd też ustalony został wzorzec informacji, jakie powinny znaleźć się w treści koncepcji (formularz 2.2). Z uwagi na skomplikowany przedmiot zamówienia konieczne stało się podzielenie koncepcji na programy działań, które dotyczą odrębnych elementów zamówienia. Zamawiający wskazał, że w każdym programie powinny znaleźć się co najmniej informacje w zakresie, który został wskazany we wzorze koncepcji (punkt 17.1.2.4 b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia).

Zamawiający zastrzegł, że niezłożenie wraz z ofertą któregośkolwiek z wymaganych programów działań będzie skutkowało odrzuceniem oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ponadto oferta wykonawcy zostać miała odrzucona, z uwagi na jej niezgodność z wymaganiami Zamawiającego, w sytuacji, gdy

Wykonawca nie podał informacji oznaczonych jako „obligatoryjne” we wzorze koncepcji działań stanowiącym Formularz 2.2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający wskazał, że koncepcja powinna zawierać m.in. opis wszelkich czynności wykonawcy, niezbędnych do realizacji standardu, w szczególności: zasady monitorowania i kontroli jakości utrzymania standardu drogi; opis sposobu zarządzania pracami utrzymaniowymi oraz innymi czynnościami z uwzględnieniem zapewnienia bezpieczeństwa użytkowników drogi oraz minimalizacji straty czasu przejazdu uczestników ruchu drogowego; opis sposobu prowadzenia prac utrzymaniowych, wraz z informacjami o zastosowaniu specjalistycznego sprzętu, materiałów, technik, zapewniających utrzymanie standardu Drogi, ze szczególnym uwzględnieniem bezpieczeństwa ruchu drogowego oraz minimalizacji strat w czasie przejazdu; sposób organizacji pracy na wypadek nieobecności Kierownika Utrzymania.

Zamawiający, analizując czy dana koncepcja zawiera informacje oznaczone jako obligatoryjne, przyjął, że będzie literalnie stosował przywołany powyżej zapis punktu 17.1.2.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Oznacza to, że odrzucona zostałaby oferta, w której brakowałoby którejkolwiek z części koncepcji oznaczonej jako „Program działań”. Taka sytuacja nie miała miejsca – wszyscy wykonawcy złożyli koncepcje, z których każda zawierała program działań nr 1, nr 2 i nr 3.

Ponadto Zamawiający miał obowiązek odrzucić ofertę wykonawcy wówczas, gdy ten nie podał informacji oznaczonych jako „obligatoryjne”. Miejscem, w którym informacje te muszą się znaleźć, jest cała oferta. Zamawiający, uszczegóławiając, o jakie „obligatoryjne” informacje chodzi, wskazał, że są to informacje oznaczone tak we wzorze „Koncepcji działań” stanowiącym formularz 2.2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nie wskazał jednak, że odrzuci ofertę sporządzoną w sposób odbiegający od formy graficznej przywołanego formularza. Nie wskazał także, że przyczyną odrzucenia będzie zamieszczenie informacji obligatoryjnych w innym miejscu niż to przewiduje formularz. Sformułowanie „oznaczone we wzorze Koncepcji działań stanowiącym Formularz 2.2 do SIWZ” stanowi jedynie dookreślenie, o jakie obligatoryjne informacje chodzi i gdzie można znaleźć ich wykaz. Zdanie to nie wskazuje jako podstawy odrzucenia braku informacji w treści samego programu działań, lecz w treści całej oferty.

Odwołujący, podnosząc zarzut braku odrzucenia oferty wykonawcy ZABERD, błędnie interpretuje przywołany wyżej zapis w taki sposób, że wykonawca bezwzględnie ma obowiązek podać wszystkie informacje oznaczone jako „obligatoryjne” ściśle w kolejności i miejscu wynikającym z brzmienia formularza 2.2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie dopuszczając tym samym możliwości przemieszczenia tych informacji w ramach oferty, albowiem skutkować to powinno jej odrzuceniem.

Przedstawiona przez Odwołującego interpretacja jest przejawem daleko idącego formalizmu w odczytaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający nie wskazał, że forma i treść „Koncepcji działań” muszą być wiernym odwzorowaniem formularza 2.2., a w punkcie 17.1.2.1 wskazał, że nie określa co do zasady precyzyjnego sposobu wykonania usługi, lecz wskazuje na elementy drogi do utrzymania oraz standardy utrzymania. W dalszej części specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający posługuje się wyłącznie konstrukcją oceny zawartości oferty i oceniał będzie informacje w niej zawarte. Celem działań wyłonionego wykonawcy jest osiągnięcie założonego standardu utrzymania drogi w oparciu o złożoną „Koncepcję działań”, a nie wykonanie listy zadań narzuconych przez Zamawiającego.

Co do zarzutu braku w ofercie wykonawcy ZABERD informacji odnośnie sposobu organizacji pracy na wypadek nieobecności Kierownika Utrzymania – Zamawiający taką informację dostrzegł w części wstępnej oferty. W związku z tym, że informacja ta bezsprzecznie znalazła się w treści oferty, choć nie w części dotyczącej ściśle programu nr 1, Zamawiający zmniejszył ilość punktów przyznanych temu wykonawcy w ramach omawianego elementu.

Podobnie Zamawiający postąpił w odniesieniu do oferty Odwołującego w ramach oceny jednego z programów.

Zamawiający również w tym przypadku uznał, że odrzucenie oferty z uwagi na to, że jest niezgodna z wymaganiami Zamawiającego w sytuacji w której Wykonawca nie poda informacji oznaczonych jako „obligatoryjne” we wzorze „Koncepcji działań” stanowiącym formularz 2.2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia byłoby nadinterpretacją postanowień specyfikacji. Działanie takie stanowiłoby przekroczenie uprawnień Zamawiającego wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wbrew zasadom ujętym w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający, w sytuacji, w której informacje obligatoryjne znalazły się w koncepcji jako całości, lecz w miejscu innym od wyznaczonego przez Zamawiającego w formularzu 2.2, był zobligowany do zmniejszenia liczby przyznanych punktów danej ofercie. Podstawą ku temu jest brzmienie punktu 17.1.2.4 w jego środkowej części tj. „Za brak podania przez Wykonawcę informacji wskazanych we wzorze Koncepcji działań stanowiących Formularz 2.2 do SIWZ uznawana będzie także sytuacja, w której informacje są na tyle lakoniczne lub ogólnikowe, iż nie pozwalają ocenić Koncepcji w oparciu o opis kryterium oceny oferty.” Zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzedzającą przytoczone zdanie, w sytuacji braku informacji należy fakt ten uwzględnić w ocenie koncepcji i ocenić ją niżej.

W dalszej części SIWZ (str. 19) ustalono sposób oceny ofert w ramach kryterium „Koncepcja działań”, w którym wskazano, że „Koncepcja działań” będzie oceniona z uwzględnieniem m.in. podkryterium skuteczność zaproponowanych w koncepcji działań wykonawcy dla

zrealizowania standardu drogi (15 pkt) ocena danej części koncepcji (programu działań nr 1) polegała na ocenie skuteczności działań zaproponowanych przez wykonawcę dla standardu utrzymania drogi, czyli dla tego programu nr 1. Badaniu skuteczności w ramach danego programu podlegały zatem tylko elementy, które zostały zgłoszone przez wykonawcę w ramach tego programu. Tak zostały ustalone kryteria oceny podane do wiadomości wszystkich uczestników przetargu i równo stosowane przez Zamawiającego do wszystkich uczestników przetargu. Jeśli informacja podana przez wykonawcę w tym programie była ogólna, lakoniczna, niekonkretna lub jej po prostu nie było, mimo że w samej koncepcji informacja ta co do zasady się znajdowała, Zamawiający uznawał, że zachodzi okoliczność uniemożliwiająca uznanie takiej koncepcji wykonawcy za przewidującą najskuteczniejsze działania i przyznanie jej maksymalnej ilości punktów. Zamawiający stosownie do analizowanej oferty zmniejszył ilość przyznanych punktów.

Metoda ta została przyjęta przez Zamawiającego i zastosowana do oceny wszystkich koncepcji złożonych w niniejszym postępowaniu, wszystkie one bowiem zawierały mniejsze lub bardziej znaczne niedociągnięcia w omówionym wyżej zakresie. Przyjmując sposób interpretacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia zaprezentowany przez Odwołującego, Zamawiający musiałby odrzucić wszystkie oferty złożone w postępowaniu, w tym także ofertę Odwołującego, jako że w niej również znajdują się uchybienia, które co do charakteru są analogiczne jak te, które Odwołujący dostrzegł w ofercie wykonawcy ZABERD. Dotyczą jednak innej informacji wymaganej przez Zamawiającego.

W wyniku ponownego badania i oceny ofert, Zamawiający, uwzględniając postulaty zawarte w odwołaniu z 9 września 2016 r., przyznał Odwołującemu liczbę punktów wynikającą z zawartości jego oferty i zgodnie z zasadami opisanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Również zarzut odnoszący się do dokonania nieprawidłowej oceny ofert poprzez uwzględnienie w ocenie ofert i przyznania punktacji ofertom: konsorcjum „GNOM” Sp. z o.o., N.R Sp. z o.o.; konsorcjum BADER-DROG Sp. z o.o. sp. k; Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa BADERA Tadeusz Badera, Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. Kalisz oraz konsorcjum FBSerwis S.A., Ferroser Infraestructuras S.A. nie znajduje podstaw w stanie faktycznym i prawnym niniejszej sprawy.

Art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy: nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, nie wnieśli wadium na przedłużony okres związania ofertą, nie wnieśli wadium w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. w terminie określonym przez zamawiającego w przypadku, w którym wykonawcy temu zwrócono wadium w wyniku wyboru oferty najkorzystniejszej, a w wyniku

rozstrzygnięcia odwołania jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza; nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

W ocenie Zamawiającego żadna z opisanych okoliczności nie miała miejsca w niniejszym postępowaniu w odniesieniu do ofert będących przedmiotem zarzutu.

Zgodnie z brzmieniem art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba jest związana zakresem zarzutów podniesionych w odwołaniu. Treść tego zarzutu Odwołującego, a tym samym zakres jego badania, został zawężony do naruszenia treści przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. do braku wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu nie wyrażenia zgody na „przedłużenie okresu związania ofertą”. Granice rozpoznania sprawy nie mogą być modyfikowane rozszerzająco i zmieniać tym samym zakres zaskarżenia.

Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór najkorzystniejszej oferty i zawarcie z wybranym wykonawcą umowy o zamówienie publiczne. Sama instytucja „związania ofertą” służy temu, aby wykonawca, który złoży ofertę, nie mógł się z niej wycofać i uchylić się od zawarcia umowy, nie ponosząc żadnych materialnych konsekwencji z tego tytułu. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera przepisu, który by wprost stanowił o tym, że wybranie oferty, co do której wykonawca nie posiada aktualnego oświadczenia o związaniu jej treścią, jest nieważne, a umowa zawarta z takim wykonawcą jest nieważna lub podlega unieważnieniu. Na gruncie przepisów o zamówieniach publicznych wpływ terminu związania ofertą nie decyduje o ważności i skuteczności złożonej oferty, ale o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy. W związku z powyższym, brak jest podstaw do przyjęcia, że oferta, która nie wiąże wykonawcy, straciła cechy oferty i w związku z tym winna być uznana za nieważną lub podlegającą odrzuceniu. Jediną przesłanką, na podstawie której można odrzucić ofertę wykonawcy z powodu upływu terminu związania ofertą, jest art. 24 ust. 2 pkt 2. Przepis ten jednak mówi, że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania m.in. jeśli nie wyrazi zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, a w konsekwencji w oparciu o przepis art. 24 ust. 4 ofertę takiego wykonawcy uznaje się za odrzuconą. W niniejszej sprawie nie można jednak mówić o zaistnieniu stanu faktycznego, w którym wykonawcy: konsorcjum „GNOM” Sp. z o.o., N.R Sp. z o.o.; konsorcjum BADER-DRÓG Sp. z o.o. sp. k; Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa BADERA Tadeusz Badera, Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. Kalisz oraz konsorcjum FBSerwis S.A., Ferroser Infraestructuras S.A. nie wyrazili zgody na przedłużenie związania ofertami, co mogłoby skutkować ich wykluczeniem.

Zamawiający, mając na względzie brzmienie art. 85 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, z takim wnioskiem do wykonawców wystąpił jeden raz w trakcie trwania postępowania w dniu 22 grudnia 2016 r. Wówczas wszyscy wykonawcy oprócz MOTA-

ENGIL CENTRAL EUROPE S.A. i KBU sp. z o. o. wyrazili zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą.

Mając na względzie brzmienie art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający nie miał prawnej możliwości, by ponownie zwrócić się do wykonawców z wnioskiem o przedłużenie terminu związania ofertą. Brak takiej inicjatywy zamawiającego skutkuje tym, że wykonawcy nie mają pretekstu, by poinformować go, że nie wyrażają zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Oświadczenie takie można bowiem uzyskać wyłącznie w wyniku skierowania stosownego zapytania, skoro jednak Zamawiający nie zapytał, to wykonawcy nie mieli okazji do odmówienia przedłużenia terminu. Podobnie orzekł Sąd Okręgowy w Rzeszowie, który w postanowieniu z dnia 16 lutego 2011 r. (sygn. akt VI Ga 192/10), dokonał w uzasadnieniu wykładni treści art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. W ocenie Sądu wykluczenie wykonawcy następuje jedynie w przypadku, kiedy wykonawca nie zgodził się na przedłużenie okresu związania ofertą, co oznacza, iż zastosowanie tego przepisu możliwe jest jedynie w sytuacji uprzedniego zwrócenia się przez zamawiającego do wykonawcy o wyrażenie takiej zgody. W przypadku zaś, kiedy nikt wykonawcy o taką zgodę nie pytał, brak jest podstaw dla stwierdzenia, iż nie wyraził on zgody – nie zgodził się na przedłużenie okresu związania ofertą. Za powyższym przemawia również dokonana przez Sąd wykładnia systemowa, to jest odczytanie treści art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w świetle art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Gdyby bowiem ustawodawca chciał, aby podstawa wykluczenia skorelowana była z pełną treścią art. 85 ust. 2, a więc zarówno co do samodzielnego przedłużenia, jak i w odpowiedzi na zwrócenie się o wyrażenie zgody, to wówczas w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zastosowałby z pewnością inne określenie, niż nawiązujące do wyrażenia zgody przez wykonawców.

Zatem brak jest podstaw do uznania zarzutu w tym zakresie, gdyż wykluczenie wykonawcy z postępowania jest możliwe tylko w przypadku, kiedy wykonawca zostanie wezwany do wyrażenia zgody na propozycję zamawiającego na przedłużenie okresu związania ofertą i takiej zgody nie wyrazi, co nie miało miejsca w niniejszej sprawie.

III Przystąpienia

Przystąpienia po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. oraz Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. popierając stanowisko Zamawiającego.

IV Ustalenia Izby

Na wstępie Izba ustaliła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Izba stwierdziła także, iż stan faktyczny postępowania, w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz treść złożonych ofert, nie jest sporny między Stronami. Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją obu Stron i Przystępujących, w oparciu o stan faktyczny ustalony podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie podlega oddaleniu.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 186 ust. 2 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z niewykonaniem czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu Odwołującego z 9 września 2016 r. pomimo jego uwzględnienia w całości, Izba stwierdziła co następuje.

W odwołaniu o sygn. KIO 1688/17 z 9 września 2017 r. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A., mimo iż treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. z powodu niezgodności opisu „Koncepcji działań” („Element 7 Drogi – Obiekty inżynierskie” oraz „Element 15 Drogi – krany akustyczne, przeciwolśnieniowe, ochronne (w tym bramy i furtki)” w części Programu działań nr 1 „Działania Wykonawcy w zakresie wdrożenia i utrzymania standardu drogi”, a także „Element 1 Drogi – Nawierzchnia jezdni” w części „Program działań Nr 3 – „Działania w zakresie zimowego utrzymania drogi”) z punktem 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (str. 19; pkt 17.1.2 „Kryterium Jakość”); względnie

2. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie nieprawidłowej oceny oferty wykonawcy Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. w ramach kryterium „Jakość” poprzez przyznanie temu wykonawcy zawyżonej punktacji w następstwie oceny jego oferty w sposób niezgodny ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia

oraz wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z 2 września 2017 r. wyboru oferty wykonawcy Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. jako najkorzystniejszej,

2. nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. z powodu niezgodności treści oferty z punktem 3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia (str. 19 pkt. 17.1.2 „Kryterium Jakość”), względnie nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny tej oferty, z uwzględnieniem wszystkich zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczących sposobu oceny ofert w ramach kryterium „Jakość”, i w konsekwencji tego badania przyznanie wykonawcy ZABERD odpowiednie mniejszej punktacji z uwzględnieniem sposobu oceny ofert w ramach kryterium „Koncepcja działań”;
3. wyłączenie na podstawie art. 189 ust. 8 w zw. z art. 189 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych jawności rozprawy w zakresie (w części), w jakim będzie ona dotyczyła oceny przedłożonego przez Odwołującego dowodu zastrzeżonego jako tajemnica przedsiębiorstwa, wprost odnoszącego się do złożonej przez Odwołującego Koncepcji działań, zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa Odwołującego;
4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał też, że „w przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 186 ust. 2 ustawy Pzp) Odwołujący żąda od Zamawiającego dokonania czynności zgodnie ze wskazanym powyżej żądaniem odwołania.”

Zgodnie z art. 186 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający może wnieść odpowiedź na odwołanie. Jedną z możliwych opcji brzmienia takiej odpowiedzi jest uwzględnienie odwołania w całości. Kolejne ustępy art. 186 zawierają przepisy o charakterze głównie procesowym, z których wynika, jaki jest dalszy tok postępowania po dokonany uwzględnieniu odwołania.

Art. 186 ust. 2 wskazuje, że w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Podobnie w ust. 3 art. 186 wskazano, że jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wnieśli sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Przepisy art. 186 ust. 2 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zawierają więc dwie normy prawne. Pierwsza z nich skierowana jest do Izby i jest przepisem o charakterze procesowym, dotyczącym postępowania odwoławczego (umorzenie postępowania), natomiast druga norma odnosi się do samego zamawiającego i czynności wykonywanych już w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazane przez Odwoływającego naruszenia dotyczą drugiej normy, zgodnie z którą, jeśli zamawiający uwzględnieni w całości zarzuty odwołania, zobowiązany jest wykonać, powtórzyć lub unieważnić kwestionowane czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Jest bezsporne, że Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości (niezależnie od tego, czy kierował się w tym zakresie przekonaniem, czy też „strategią procesową”), zatem formalnie powinien postąpić zgodnie z dyspozycją art. 186 ust. 2 lub ust. 3 (w zależności od sytuacji procesowej) i wykonać czynności zgodnie z żądaniami odwołania.

Co do samego odrzucenia ofert czy wykluczenia wykonawców należy stwierdzić, że choć przyczyny takiego odrzucenia czy wykluczenia wynikają wprost z przepisów prawa, to jednak ich zastosowanie w postępowaniu nie następuje automatycznie, lecz wymaga elementu dokonania przez zamawiającego konkretnych i indywidualnych czynności w stosunku do każdego wykonawcy i każdej oferty. Wynika to także wprost z brzmienia art. 186 ust. 2 zd. 2 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdzie wskazano, że zamawiający „wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności”.

Trzeba także zauważyć, że art. 186 ust. 2 zd. 2 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczy pewnego stanu idealnego i zakłada prawidłowe działanie zamawiającego oraz odwoływającego. Nie przewiduje więc np. opcji, w której nie wszystkie żądania odwoływającego są zgodne z prawem lub jednocześnie możliwe do wykonania albo że przed ich dokonaniem zamawiający musi dokonać jeszcze innych czynności, np. wezwania do wyjaśnień, czy też, że po uwzględnieniu odwołania wychodzą na jaw nowe okoliczności istotne dla przyszłej decyzji zamawiającego. Nie przewiduje również sytuacji, w której zamawiający uwzględnia odwołanie, o którego słuszności nie jest przekonany – nie powinno to zresztą mieć miejsca, a zamawiający powinien swoje decyzje w tym zakresie podejmować odpowiedzialnie – odmienne działanie należy potępić. Dlatego z sytuacjami tymi musi poradzić sobie praktyka, zwłaszcza orzecznictwo.

W przypadku zaistnienia więc konfliktu pomiędzy obowiązkiem wynikającym z art. 186 ust. 2 zd. 2 lub ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych a przekonaniem zamawiającego, że wykonanie tego obowiązku doprowadzi do niezgodności deklarowanej do wykonania czynności z prawem – zwłaszcza w zakresie wpływającym na wybór najkorzystniejszej oferty – przyjmuje się, że poprawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest priorytetem. Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem wybór oferty (wykonawcy) dokonany prawidłowo (art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień

publicznych), podobnie prawidłowe powinny być pozostałe czynności w postępowaniu, a postępowanie odwoławcze ma tę prawidłowość zapewnić – niezgodne więc z tym założeniem byłoby przyczynianie się przez postępowanie odwoławcze do błędnego (niezgodnego z prawem) wyniku postępowania przetargowego, a tym bardziej jego bezpośrednie powodowanie. Tym samym w praktyce toleruje się postąpienie zamawiającego niezgodnie z art. 186 ust. 2 zd. 2 lub ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeśli jego czynność jest poprawna w świetle przepisów „merytorycznych”, tj. dotyczących samej procedury udzielania zamówienia, czyli, gdy dokonał on prawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej, poprawnego odrzucenia, poprawnego wykluczenia, poprawnej oceny (lub też poprawnie ich nie dokonał). W przypadku takim Izba rozpatruje więc kolejne wniesione odwołanie i rozpoznaje zarzuty merytorycznie rozstrzygając, czy postawione w odwołaniu zarzuty są lub nie są słuszne.

Należy też zwrócić uwagę, że w przypadku alternatywnych albo wykluczających się zarzutów lub wniosków odwołania, których proceduralnie nie wykonuje się łącznie lub nie da się wykonać łącznie, przyjmuje się, że zamawiający, nawet uwzględniając jeden z tych zarzutów albo postępując zgodnie z jednym z żądań, uwzględnia odwołanie w całości i wykonuje żądania odwołującego w całości. Inne bowiem podejście do tego zagadnienia byłoby nielogiczne i *de facto* – ze względu na brak możliwości uwzględnienia odwołania w całości, co jest prawem procesowym zamawiającego – podważałoby również możliwość stawiania w odwołaniu alternatywnych zarzutów i żądań, co byłoby niekorzystne dla wszystkich uczestników postępowania odwoławczego.

Jak wskazano powyżej, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A., względnie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie nieprawidłowej oceny oferty wykonawcy Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. w ramach kryterium „Jakość” poprzez przyznanie temu wykonawcy zawyżonej punktacji i wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy ZABERD S.A. jako najkorzystniejszej, odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, względnie dokonania ponownego badania i oceny tej oferty w ramach kryterium „Jakość” i przyznanie wykonawcy ZABERD odpowiednio mniejszej punktacji.

Jak wynika z powyższego, Zamawiający nie mógł wykonać obu czynności jednocześnie, tj. odrzucić oferty oraz dokonać jej oceny (gdyż ofert odrzuconych nie poddaje się ocenie według kryteriów oceny ofert), a zarzuty i żądania Odwołującego wyczerpywało dokonanie

choćby jednej z tych czynności – pod warunkiem, że w ramach oceny ofert oferta wykonawcy ZABERD uzyskałaby mniejszą liczbę punktów niż poprzednio.

Powtarzając czynność badania i oceny ofert Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z 2 września 2017 r. (zgodnie z żądaniem), nie odrzucił oferty wykonawcy ZABERD (niezgodnie z głównym żądaniem, ale w ramach wyboru żądania alternatywnego, więc poprawnie) oraz dokonał ponownej oceny oferty ZABERD w ramach kryteriów oceny ofert (zgodnie z żądaniem), ale nie pomniejszył punktacji przyznanej temu wykonawcy (niezgodnie z żądaniem). Pozostałe czynności Zamawiającego były obojętne dla odwołania (nie były nim objęte).

Tym samym Zamawiający nie wykonał w pełni swojego obowiązku wynikającego z art. 186 ust. 2 lub ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ co prawda powtórzył ocenę oferty wykonawcy ZABERD, ale nie pomniejszył punktacji przyznanej temu wykonawcy, zatem nie postąpił zgodnie z żądaniem Odwołującego.

Jednak, jak już Izba wskazała powyżej, pomimo stwierdzenia owego uchybienia, w ramach rozstrzygnięcia odwołania Izba nie poprzestaje na nakazaniu Zamawiającemu działania zgodnego z art. 186 ust. 2 zd. 2 (ust. 3) ustawy Prawo zamówień publicznych, lecz rozpoznaje zarzuty merytorycznie – tak też uczyniła w niniejszym postępowaniu odwoławczym.

W zakresie zarzutów zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy ZABERD oraz dokonania nieprawidłowej oceny oferty wykonawcy ZABERD oraz oferty Odwołującego, Izba stwierdziła, co następuje.

Jak wynika z art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy (Prawo zamówień publicznych) czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Czynności Izby wobec czynności zamawiającego są więc czynnościami o charakterze kontrolnym pod względem zgodności z przepisami prawa (legalności).

Po zapoznaniu się więc z argumentacją Zamawiającego stanowiącą uzasadnienie podjętej decyzji o uznaniu oferty wykonawcy ZABERD za zgodną z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia określonymi jako „obligatoryjne” oraz uzasadniającą dokonaną ocenę ofert Odwołującego i wykonawcy ZABERD w kryterium „Koncepcja realizacji”, Izba uznała uzasadnienie dokonania tych czynności przez Zamawiającego za przekonujące, a tym samym same czynności za dokonane poprawnie. Wyjaśnienia Zamawiającego zostały obszernie przytoczone w punkcie II uzasadnienia wyroku, zatem Izba nie uznała za celowe powtarzania argumentacji w nich zawartej, uznając ją, jak wskazała powyżej, za przekonującą i stanowiącą podstawę do oddalenia odwołania.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Zmiany, o których mowa w ust. 2 art. 87, z które zamawiający może poprawić w ofercie to: 1) oczywiste omyłki pisarskie, 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, to tzw. kwestie „merytoryczne”, czyli, w skrócie, dotyczące sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zobowiązania oferowanego w ofercie lub też sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczania ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy). Do kwestii formalnych zaliczane są takie wymagania co do sposobu sporządzenia i przedstawienia oferty jak wygląd i liczba formularzy (ale nie treść zawartych w nich oświadczeń), numeracja stron, spis treści itp. Natomiast do kwestii „merytorycznych” zalicza się opisanie i potwierdzenie zobowiązania/świadczania ofertowego.

Zamawiający wskazał, że, pomimo pewnej niedoskonałości w przygotowaniu przez wykonawcę ZABERD oferty w zakresie „Koncepcji działań”, nie stwierdził w niej braków, w tym w zakresie opisanie sposobu organizacji pracy na wypadek nieobecności Kierownika Utrzymania, które musiałyby skutkować odrzuceniem tej oferty jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Izba również braków tego typu nie stwierdziła oraz uznała, że obniżenie punktacji ze względu na skąpy opis koncepcji w tym zakresie za wystarczający.

Należy też zwrócić uwagę, iż – skoro Zamawiający pozostawił opracowanie koncepcji wykonawcom – to nie każdy wykonawca musi mieć taką samą i tak samo szczegółową oraz przemyślaną wizję realizacji usługi w danym zakresie – dlatego też koncepcje między sobą się różnią i są odmiennie punktowane. Podobnie – nawet bardziej szczegółowy opis nie musi być bardziej nowatorski niż opis nawet lapidarny. Dodatkowo, opracowania takie jak

„Koncepcja działań”, podlegają ocenie według własnego wyobrażenia zamawiających co do przydatności zaproponowanych rozwiązań, które w sposób naturalny mogą się różnić, zatem również ocena taka, która jest ocena otwartą, w sposób naturalny jest w pewnym stopniu uznaniowa i jest to działanie dozwolone przepisami, jeśli zostanie odpowiednio uzasadnione. Takie zasady oceny ofert zostały ustalone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jakkolwiek należy zauważyć, że, w opinii Izby, na przyszłość wskazane byłoby jednak przemyślenie przez Zamawiającego sposobu oceny ofert w kryterium jakości wskazującego na poszczególne fakultatywne działania wykonawców lub poszczególne sposoby takiego działania i konkretne punkty za te działania przyznawane, co podniosłoby zarówno wartość merytoryczną ofert (wykonawcy wiedzieliby, jakich działań z ich strony pragnie zamawiający) oraz przejrzystość postępowania (o ile owa zwiększona „wartość merytoryczna” oferty przełoży się na wartość punktową).

Co do zaoferowanego przez wykonawcę ZABERD patrolowania drogi z częstotliwością min. 2 pojazdów patrolowych x 8 objazdów (w zależności od potrzeb) w ciągu doby, które to wskazanie „w zależności od potrzeb”, zdaniem Odwołującego, może sugerować, że wykonawca ZABERD zamierza patrolować drogę z mniejszą niż 8-krotną częstotliwością, Izba stwierdza, iż kwestia interpretacji tego oświadczenia – gdyby Zamawiający powziął jakieś wątpliwości w tym zakresie – byłaby typową kwestią do wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Według deklaracji przystępującego – wykonawcy ZABERD oraz rozumienia Zamawiającego oświadczenie to oznacza deklaracje minimum 8 objazdów i ich ewentualne zwiększenie „w zależności od potrzeb”, która to interpretacja nie jest sprzeczna z brzmieniem oświadczenia.

Co do zaoferowanego przez wykonawcę ZABERD w programie działań nr 2 – „Sposób prowadzenia monitoringu” prowadzenia monitoringu przy pomocy drona, który Zamawiający uznał za efektywny sposób prowadzenia monitoringu, który nie niesie za sobą żadnych ryzyk dla Zamawiającego, a który w trakcie postępowania (po złożeniu ofert), w dużej mierze przestał być efektywny ze względu na wprowadzenie przepisów ograniczających użycie dronów w obrębie patrolowanych dróg, Izba uznała, że Zamawiający w tym zakresie rzeczywiście powinien był skorygować punktację oferty wykonawcy ZABERD. Izba nie ma wątpliwości, że w momencie dokonywania pierwszej oceny ofert przedstawiony pomysł prawidłowo był uznany za efektywny i nie jest winą wykonawcy ZABERD, że po złożeniu ofert postępowanie toczyło się tak długo, iż wprowadzono ww. przepisy, o których nie było wiadomo w chwili składania ofert. W sytuacji takiej, w ocenie Izby, nie ma możliwości dokonania oceny, która nie byłaby krzywdząca dla któregoś z wykonawców – czy to tego, który ofertę złożył, czy też jego konkurentów.

Jednak biorąc pod uwagę fakt, że Zamawiający miał oceniać przydatność zaoferowanych rozwiązań w trakcie realizacji umowy, i skoro już powtarzał ocenę ofert, powinien był

skorygować ją i w tym zakresie – skoro drony co prawda mogą być wciąż wykorzystywane, ale na mniejszym odcinku drogi, to punktacja powinna zostać proporcjonalnie pomniejszona (według zasad przyznawania punktacji opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia).

Izba stwierdziła jednak, że w trakcie postępowania odwoławczego nie wykazano, że taka korekta wpłynęłaby na ranking ofert, wobec czego nie stwierdziła naruszenia przepisów prawa, które miałyby wpływ na wynik postępowania, zatem, pomimo stwierdzenia powyższego, zgodnie z dyspozycją art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie uwzględniła odwołania.

Na marginesie, co do powyższych zarzutów, Izba zwraca też uwagę, że niezależnie od wniesienia innych odwołań, zarzuty w każdym z odwołań powinny być postawione w sposób indywidualny oraz dostatecznie sprecyzowany, by Izba mogła je rozpoznać, bowiem każde odwołanie rozpatrywane jest przez Izbę indywidualnie i niezależnie.

Co do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców: konsorcjum „GNOM” Sp. z o.o., „N.R.” Sp. z o.o.; konsorcjum BADER-DROG Sp. z o.o. sp. k., Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa „BADERA” Tadeusz Badera; Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. Kalisz oraz konsorcjum FBSerwis S.A., Ferroser Infraestructuras S.A. z uwagi na upływ terminu związania ich ofertami, a tym samym brak uznania ich ofert za odrzucone na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, względnie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia ofert ww. wykonawców z uwagi na upływ terminu związania ich ofertami, Izba stwierdziła, że zarzut nie potwierdził się.

Zgodnie z brzmieniem art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w stanie prawnym obowiązującym w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Jak słusznie zauważył Zamawiający, określenie „nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą” bezpośrednio odnosi się do sytuacji opisanej w art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis ten stanowi, że „wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni”.

Art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraźnie mówi o braku zgody na przedłużenie okresu związania ofertą, a zatem odnosi się to tej części przepisu art. 85 ust. 2, w której zamawiający zwraca się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o wyznaczony okres. Milczy natomiast o sytuacji, w której wykonawca samodzielnie i z własnej inicjatywy składa oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą.

Przepisy art. 24 ustawy Prawo zamówień publicznych mają niewątpliwie charakter sankcyjny, zatem nie mogą być rozszerzane ponad sytuacje w nich opisane – taka zasada jest powszechnie przyjęta przy interpretacji ustawy Prawo zamówień publicznych i nie jest sporna. Tym samym nie można rozszerzyć podstaw wykluczenia ponad opisane w przepisach art. 24 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ze względu na rozbieżne orzecznictwo w tym zakresie, zarówno Izby, jak i sądów okręgowych, skład orzekający Izby zwrócił się do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z pytaniem prejudycjalnym o następującej treści: „Czy art. 2 dyrektywy 2004/18, przy zastosowaniu również zasady proporcjonalności, należy interpretować w ten sposób, że: a) przepis ten zezwala na wykluczenie wykonawcy z postępowania lub odrzucenie jego oferty z powodu upływu terminu związania ofertą, w przypadku gdy sankcja taka nie wynika wprost i bezpośrednio z przepisów prawa ani warunków udzielenia zamówienia opisanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a wykonawca jest zainteresowany zawarciem umowy, b) pomimo niedokonania oficjalnej czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia jego oferty, o której mowa w [lit. a)], przepis ten zezwala na uznanie, że oferta wykonawcy wygasła z powodu upływu terminu związania ofertą i tym samym przestała istnieć w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zatem nie można zawrzeć z nim umowy (istnieje zakaz zawarcia umowy), choć wykonawca jest takim zawarciem umowy zainteresowany, gdy uznanie wygaśnięcia oferty i zakaz zawarcia umowy nie wynika wprost i bezpośrednio z przepisów prawa ani warunków udzielenia zamówienia opisanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia?”

Trybunał udzielił odpowiedzi postanowieniem z dnia 13 lipca 2017 r. w sprawie C-35/17 wyraźnie wskazując, że „artykuł 2 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi oraz zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskutek niespełnienia przez tego wykonawcę obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej.”

W motywach uzasadnienia Trybunał wskazał, że zasady przejrzystości i równego traktowania obowiązujące we wszystkich przetargach publicznych wymagają tego, by

warunki materialne i formalne dotyczące udziału w przetargu były jasno z góry określone i podane do publicznej wiadomości, zwłaszcza w zakresie obowiązków ciążących na oferentach, tak aby mogli oni dokładnie zapoznać się z wymogami przetargu oraz mieć pewność, że takie same wymogi obowiązują wszystkich konkurentów. Ponadto dyrektywa 2004/18 stanowi, w pkt 17 załącznika VII A, dotyczącego informacji, które należy zamieścić w ogłoszeniach o zamówieniach publicznych, w części dotyczącej ogłoszeń o zamówieniach, że kryteria kwalifikacji dotyczące podmiotowej sytuacji wykonawców, które mogą doprowadzić do ich wykluczenia z danego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia, powinny być określone w ogłoszeniu o zamówieniu. Tym samym, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału, na mocy art. 2 dyrektywy 2004/18, instytucja zamawiająca powinna ściśle przestrzegać kryteriów, które sama ustaliła. Ponadto warunek dotyczący upływu terminu związania ofertą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wynikający z wykładni w orzecznictwie prawa krajowego oraz z praktyki jednego z organów jest szczególnie niekorzystny dla oferentów mających siedzibę w innych państwach członkowskich, gdyż ich poziom znajomości prawa krajowego i jego wykładni, a także praktyki organów krajowych, nie może być porównywany z poziomem oferentów krajowych. Z postanowienia odsyłającego wynika, że w postępowaniu głównym wykluczenie wykonawcy z postępowania ze względu na upływ terminu związania ofertą nie jest wyraźnie przewidziane we właściwej ustawie ani w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji warunków zamówienia i mimo występujących od wielu lat sporów dotyczących Prawa zamówień publicznych, a w szczególności kwestii upływu terminu związania ofertą, polskie orzecznictwo wypracowało dwie równoległe linie rozumowania, co spowodowało brak pewności prawnej zarówno dla wykonawców, jak i instytucji zamawiających. W tym względzie Trybunał orzekł już, że zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, iż stoją one na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z przetargu publicznego wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązującej krajowej ustawy, lecz z wykładni tej ustawy i tej dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy administracji lub sądownictwa administracyjnego występujących w tej dokumentacji luk. Zasady te tym bardziej stoją na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdy z powodu rozbieżnych stanowisk w orzecznictwie krajowym warunek, którego przestrzeganie jest wymagane, nie wynika nawet z wykładni właściwych uregulowań dokonywanej przez właściwe sądy.

Tym samym Trybunał potwierdził, że wobec braku wskazania wykonawcom *a priori* tej okoliczności jako podstawy wykluczenia z postępowania lub odrzucenia ich ofert, dokonanie takiej czynności jest niemożliwe.

Izba nie stwierdziła również nierównego traktowania wykonawców w tym zakresie, ponieważ co do pozostałych dwóch wykonawców, którzy zostali z postępowania wykluczeni, zaszyły wprost przesłanki tego wykluczenia opisane w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (przebieg postępowania w tym zakresie został szczegółowo opisany w stanowisku Zamawiającego).

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: