

Sygn. akt: KIO 2909/20

WYROK

z dnia 27 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Luiza Łamejko**

Anna Kuszel-Kowalczyk

Jan Kuzawiński

Protokolant: **Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 listopada 2020 r. przez **wykonawcę P. D. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Budowlano-Transportowe P. D., Dzwonkowo 20 lok. C, 78-630 Człopa** w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie, ul. Bohaterów Warszawy 33, 70-340 Szczecin**

przy udziale wykonawcy **Saferoad Grawil Sp. z o.o., ul. Komunalna 7, 87-800 Włocławek** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę P. D. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Budowlano-Transportowe P. D. i ponowne dokonanie badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty wykonawcy P. D. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Budowlano-Transportowe Paweł Drab,**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie, ul. Bohaterów Warszawy 33, 70-340 Szczecin i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę P. D. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Budowlano-**

Transportowe P. D., Dzwonkowo 20 lok. C, 78-630 Człopa tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie, ul. Bohaterów Warszawy 33, 70-340 Szczecin** na rzecz wykonawcy **P. D. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Budowlano-Transportowe P. D., Dzwonkowo 20 lok. C, 78-630 Człopa** kwotę **19 895 zł 68 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy osiemset dziewięćdziesiąt pięć złotych sześćdziesiąt osiem groszy) poniesioną tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Szczecinie.

Przewodniczący :
.....
.....

Uzasadnienie

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Zimowe utrzymanie dróg w latach 2020-2023 (trzy sezony zimowe) w administracji Oddziału GDDKiA w Szczecinie z podziałem na 20 części”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 czerwca 2020 r. pod pozycją 2020/S 122-299464.

W dniu 8 listopada 2020 r. wykonawca P. D. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Budowlano-Transportowe P. D. (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego na część 16 i 17 zamówienia oraz unieważnienia postępowania w części 16 i 17 zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie złożonej w postępowaniu oferty Odwołującego na część 16 i 17 zamówienia, pomimo tego, że nie zachodzi przesłanka braku odpowiadania treści oferty Odwołującego na część 16 i 17 zamówienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

2) art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania w części 16 i 17 zamówienia, pomimo tego, że - w przypadku braku odrzucenia oferty Odwołującego na część 16 i 17 zamówienia - nie zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania,

3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o:

1) unieważnienie czynności Zamawiającego polegających na odrzuceniu oferty Odwołującego na część 16 i 17 zamówienia oraz unieważnieniu postępowania w części 16 i 17 zamówienia;

- 2) uznanie oferty złożonej przez Odwołującego na część 16 zamówienia jako najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu w części 16 zamówienia zaś oferty złożonej przez Odwołującego na część 17 zamówienia jako najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu w części 17 zamówienia;
- 3) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

Uzasadniając postawione zarzuty Odwołujący zwrócił uwagę na postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”), w tym na pkt 1.3 Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej: „OPZ”), pkt 1.4.36 OPZ, pkt 7.5 – 7.14 OPZ, pkt 9.3 OPZ, oraz §3 Projektu Umowy.

Odwołujący złożył ofertę m.in. na wykonanie części 16 i 17, w której zaoferował cenę 4.239.803,74 zł brutto za wykonanie części 16 oraz cenę 6.557.550,66 zł brutto za wykonanie części 17.

Odwołujący podał, że w dniu 27 sierpnia 2020 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w części 16 i 17. Od powyższego odwołanie złożył wykonawca Saferoad Grawil sp. z o.o. we Włocławku. Odwołujący przystąpił do postępowania po stronie Zamawiającego. W wyniku powyższego Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem wydanym w sprawie KIO 2221/20 w dniu 9 października 2020 r. uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla części 16 i 17 zamówienia oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert dla części 16 i 17 zamówienia, w tym wyjaśnienie kwestii wysokości cen wskazanych w tabeli „Zbiornicze zestawienie kosztów. Kosztorys ofertowy” w ofercie Odwołującego. Odwołujący w dniu 2 listopada 2020 r. złożył skargę na ww. wyrok KIO twierdząc, ww. orzeczenie wydane jest poza zakresem zaskarżenia odwołaniem pierwszego ogłoszonego wyniku postępowania. Odwołujący podkreślił, że wyrok KIO w sprawie o sygn. akt KIO 2221/20 jest nieprawomocny i jako taki nie wiąże stron. Odwołujący zaznaczył również, że Odwołujący w sprawie o sygn. akt KIO 2221/20 nie zarzucał Zamawiającemu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp .

W wykonaniu ww. wyroku KIO Zamawiający w dniu 14 października 2020 r. na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie kosztorysu ofertowego dla części 16 i 17 w zakresie: Zał. 1a dotyczącym załadunku i wywozu śniegu oraz Zał. 1d dotyczącym zimowego utrzymania chodników. Zamawiający zwrócił się o szczegółowe wyjaśnienie podstawy kalkulacji ceny jednostkowej w wysokości 0,01 zł potwierdzające należyta staranność oszacowania ceny oferty oraz o wyjaśnienie czy

podane ww. ceny jednostkowe obejmują całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce rozliczenia w kosztorysie ofertowym, jak również czy Odwołujący obliczając cenę oferty uwzględnił w kosztorysie wszystkie opisane pozycje, a zaoferowana cena brutto obejmuje wykonanie całości przedmiotu zamówienia.

W odpowiedzi na powyższe Odwołujący przywołał postanowienia OPZ i wzoru umowy oraz wskazał, iż oznacza to, że w przypadku wystąpienia - stanowiących roboty zasadnicze - robót polegających na załadunku i wywozie śniegu oraz zimowym utrzymaniu chodników wykonawcy przysługuje przede wszystkim wynagrodzenie gwarantowane (ryczałt, o którym mowa w pkt 1.4.36 OPZ). Powiększenie wynagrodzenia gwarantowanego o dopłatę następuje jedynie w przypadku, gdy łączna wartość zrealizowanych w danym okresie rozliczeniowym robót zasadniczych przewyższy wartość wynagrodzenia gwarantowanego, czyli „ryczałtu”. W konsekwencji uznać należy, jak wskazał Odwołujący, iż koszty wykonania przedmiotowych robót (tj. załadunku i wywozu śniegu oraz zimowego utrzymania chodników) pokrywane są przede wszystkim z wynagrodzenia gwarantowanego (Ryczałtu), które zostało ustalone przez wykonawcę na poziomie 15% średniej wartości miesięcznej świadczenia usługi w zakresie robót zasadniczych dla danej części zamówienia, co daje kwotę 28.724,85 zł netto dla zadania nr 16 oraz odpowiednio 44.427,74 zł netto dla zadania nr 17 (łącznie 73.152,59 zł netto), co oznacza że koszt wykonania załadunku i wywozu śniegu oraz zimowego utrzymania chodników w danym miesiącu odnosić należy do kwoty wyżej opisanego wynagrodzenia ryczałtowego, a nie do ceny jednostkowej wynagrodzenia dodatkowego („dopłaty”) w wysokości netto 0,01 zł. Odwołujący wyjaśnił również, że w cenie oferty uwzględnił wszystkie opisane pozycje, a zaoferowana cena brutto obejmuje wykonanie całości przedmiotu zamówienia. Nadto, prace dodatkowe zlecane są warunkowo - na wyraźne polecenie Zamawiającego.

Zamawiający w dniu 30 października 2020 r. odrzucił ofertę Odwołującego na część 16 i 17 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp podnosząc, że wyjaśnienia Odwołującego wskazują na to, że konkretnie wycena jego oferty nie odpowiada treści SIWZ w świetle wyroku KIO z dnia 9 października 2020 r.

Jednocześnie Zamawiający pismem z dnia 30 października 2020 r. poinformował o unieważnieniu postępowania część 16 i 17 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp wskazując, iż po odrzuceniu oferty Odwołującego ceny ofert pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty na część 16 i 17 przewyższają kwoty, jakie Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Kwestionując czynność odrzucenia oferty Odwołującego Odwołujący wskazał, że

o zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie. Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z jednolitym poglądem w tym zakresie, niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu wykonania przedmiotu zamówienia ukształtowanemu przez zamawiającego i zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom. Porównywać konkretnie należy zaoferowane przez wykonawcę świadczenie z opisem przedmiotu zamówienia i sposobem jego realizacji. Odwołujący podkreślił, że odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest możliwe wyłącznie, gdy istnieje pewność, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

Odwołujący stwierdził, że nie występuje niezgodność treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ. Odwołujący wskazał, że wysokość przyjętych przez Odwołującego stawek jednostkowych w kosztorysach nie wchodzi w zakres elementów oferty, które należy porównywać z SIWZ celem ustalenia, czy zachodzi opisana w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przesłanka odrzucenia oferty, bowiem zgodnie z SIWZ Odwołujący miał dokonać wyceny poszczególnych usług wchodzących w zakres zamówienia. Odwołujący temu wymaganiu zadośćuczynił. Wysokość przyjętych w kosztorysie poszczególnych stawek jednostkowych nie wynika z treści SIWZ (a nawet nie może z niej wynikać), ponieważ to wykonawca samodzielnie ustala, jaką stawkę jest w stanie zaoferować w danym postępowaniu.

Dodatkowo Odwołujący podniósł, iż w oparciu o przywołane wyżej postanowienia OPZ i wzoru umowy Odwołujący zaoferował cenę za wykonanie zamówienia część 16 i 17 (oraz ceny jednostkowe podane w kosztorysach dotyczących obu tych części zamówienia) przy założeniu, że w przypadku wystąpienia usług polegających na załadunku i wywozie śniegu oraz zimowym utrzymaniu chodników (stanowiących roboty zasadnicze) wykonawcy przysługiwać będzie przede wszystkim wynagrodzenie gwarantowane (Ryczałt), który obejmuje m.in. koszt wykonania wyżej opisanych usług. Zgodnie bowiem z pkt 1.3 OPZ wymienione te usługi wśród robót zasadniczych zimowego utrzymania dróg. Oznacza to, że koszty wykonania przedmiotowych usług (tj. załadunku i wywozu śniegu oraz zimowego utrzymania chodników) pokrywane są przede wszystkim z wynagrodzenia gwarantowanego (Ryczałtu) zaoferowanego przez Odwołującego w kwocie 28.724,85 zł netto miesięcznie dla części 16 oraz 44.427,74 zł netto miesięcznie dla części 17.

Wobec powyższego, jak stwierdził Odwołujący, koszt wykonania załadunku i wywozu śniegu oraz zimowego utrzymania chodników w danym miesiącu odnosić należy do kwoty wyżej opisanego wynagrodzenia ryczałtowego, a nie do ceny jednostkowej wynagrodzenia dodatkowego („dopłaty”) w wysokości netto 0,01 zł. Powiększenie wynagrodzenia

gwarantowanego o dopłatę nastąpi jedynie w przypadku, gdy łączna wartość zrealizowanych w danym okresie rozliczeniowym robót zasadniczych (w tym załadunku i wywozu śniegu oraz zimowego utrzymania chodników) przewyższy wartość wynagrodzenia gwarantowanego, czyli „ryczałtu”.

Odwołujący podał, że ani Zamawiający ani KIO w wyroku z dnia 9 października 2020 r. nie zgłosili wątpliwości co do tego, że zaoferowana przez Odwołującego wysokość Ryczałtu zapewnia możliwość pokrycia kosztów załadunku i wywozu śniegu oraz zimowego utrzymania chodników, w szczególności nie zarzucono Odwołującemu zaoferowania rażąco niskiej ceny, zaś Odwołujący w swoich wyjaśnieniach szeroko uzasadnił, że w cenie oferty uwzględnił wszystkie opisane pozycje, a zaoferowana cena brutto obejmuje wykonanie całości przedmiotu zamówienia.

Odwołujący argumentował również, że świadczył przedmiotowe usługi na rzecz Zamawiającego w latach wcześniejszych nawet za niższe ceny oraz również z cenami jednostkowymi za usługi załadunku i wywozu śniegu oraz zimowego utrzymania chodników w wysokości 0,01 zł i nigdy nie dopuścił się nienależytego wykonania udzielonego zamówienia. Jak wskazał, powyższe okoliczności Zamawiający przyznał w postępowaniu odwoławczym prowadzonym przez Krajową Izbę Odwoławczą pod sygn. akt KIO 2221/20. Tym bardziej zatem, zdaniem Odwołującego, nie można w sposób niebudzący wątpliwości przyjąć, że oferta Odwołującego nie zapewni realizacji celu zamówienia, a realizowana przez niego usługa nie będzie odpowiadała wymogom z SIWZ, co jest warunkiem koniecznym odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Jak zauważył Odwołujący, nawet gdyby przyjąć, że z innych postanowień SIWZ wynika, że koszt wykonania załadunku i wywozu śniegu oraz zimowego utrzymania chodników jednak nie jest ujęty w Ryczałcie, to wątpliwości w tym zakresie nie mogą obciążać Odwołującego. Zgodnie bowiem z niezmiennym stanowiskiem orzecznictwa KIO, jeżeli SIWZ zawiera jakiegokolwiek niejednoznaczności, nieścisłości, te należy tłumaczyć je na korzyść wykonawcy, a więc z uwzględnieniem interesów wykonawcy i niejednoznaczności takie nie mogą powodować negatywnych skutków dla wykonawców. Tym samym, przyjęcie przez Odwołującego, że wynagrodzenie gwarantowane (Ryczałt) obejmuje koszty załadunku i wywozu śniegu oraz zimowego utrzymania chodników, a zatem wycena tych kosztów w ramach Ryczałtu zaoferowanego przez Odwołującego, nie może skutkować dla niego negatywnie, a w szczególności świadczyć o niezgodności jego oferty z SIWZ i prowadzić do odrzucenia tej oferty.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący stwierdził, że cena oferty Odwołującego nie

została nieprawidłowo skalkulowana. Koszty załadunku i wywozu śniegu oraz zimowego utrzymania chodników zostały uwzględnione przede wszystkim w zaoferowanym wynagrodzeniu gwarantowanym (Ryczałcie), a nadto w dodatkowym wynagrodzeniu, warunkowanym wezwaniem Zamawiającego. Odwołujący zwrócił uwagę, że nawet jeżeli hipotetycznie przyjąć, że stanowi to omyłkę Odwołującego i powinien on był wycenić koszt załadunku i wywozu śniegu oraz zimowego utrzymania chodników poza Ryczałtem, to sumarycznie cena oferty Odwołującego nie uległaby zmianie — pomniejszeniu uległby w takim przypadku Ryczałt, a podwyższeniu stawka i cena za usługę załadunku i wywozu śniegu oraz zimowego utrzymania chodników. Nie może to jednak prowadzić do odrzucenia oferty.

W ocenie Odwołującego, należy przyjąć, że nie występuje przesłanka braku odpowiadania treści oferty Odwołującego treści SIWZ, co w konsekwencji winno prowadzić do uwzględnienia odwołania.

Odwołujący podniósł, że uznanie, że oferta Odwołującego nie powinna zostać odrzucona, powinno prowadzić do nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w części 16 i 17 zamówienia, nie będzie bowiem zachodziła przesłanka unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Jak stwierdził Odwołujący, do odrzucenia oferty Odwołującego doprowadziło zastosowanie przez skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, a w konsekwencji Zamawiającego, interpretacji postanowień OPZ, zgodnie z którą wynagrodzenie gwarantowane (Ryczałt) obejmuje koszty inne niż dotyczące załadunku i wywozu śniegu oraz zimowego utrzymania chodników. Tymczasem Zamawiający odmiennie sformułował treść ww. postanowień SIWZ, tj. wprost potwierdził, że Ryczałt obejmuje przedmiotowe koszty. W przekonaniu Odwołującego, takie działanie Zamawiającego stanowi ograniczenie konkurencji w postępowaniu poprzez eliminację Odwołującego na podstawie niejasnych postanowień SIWZ.

W dniu 12 listopada 2020 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Saferoad Grawil Sp. z o.o.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy wymieniony w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że zaistniały podstawy do jego uwzględnienia.

Izba ustaliła, że przedmiotu rozpoznania w tej sprawie nie stanowi wysokość cen zaoferowanych przez Odwołującego, a zgodność sposobu kalkulacji ceny przyjętego przez Odwołującego z postanowieniami SIWZ.

Odrzucając ofertę Odwołującego Zamawiający oparł się na oświadczeniu złożonym przez Odwołującego w wyjaśnieniach z dnia 20 października 2020 r., w którym wykonawca stwierdził, że „koszty wykonania przedmiotowych robót (tj. załadunku i wywozu śniegu oraz zimowego utrzymania chodników) pokrywane są przede wszystkim z wynagrodzenia gwarantowanego, które zostało ustalone przez Wykonawcę na poziomie 15% średniej wartości miesięcznej świadczenia usługi w zakresie robót zasadniczych dla danej części zamówienia, co daje kwotę 73 152,59 zł netto. Oznacza to, że koszt wykonania ww. pozycji w danym miesiącu odnosić należy do kwoty wyżej opisanego wynagrodzenia ryczałtowego, a nie wyłącznie do ceny jednostkowej wynagrodzenia dodatkowego, obmiarowego, w wysokości netto 0,01 zł.”. Mając powyższe na uwadze Zamawiający stwierdził, że z treści wyjaśnień udzielonych przez Odwołującego wynika, że rzeczywiste koszty wywozu śniegu i utrzymania chodników nie zostały przez Odwołującego wycenione, a w przypadku powstania takich kosztów zostaną one pokryte z innych pozycji (pismo Zamawiającego z dnia 30 października 2020 r.). Zamawiający uznał ofertę Odwołującego za niezgodną z treścią SIWZ i dokonał jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Po analizie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Instrukcji dla Wykonawców (Tom I), Istotnych Postanowień Umowy (Tom II), Opisu Przedmiotu Zamówienia (TOM III), jak również kosztorysów ofertowych (Załączniki 1a, 1b, 1d) Izba stwierdziła, że treść SIWZ nie daje jednoznacznych podstaw do przyjęcia, że czynności takie jak zimowe utrzymanie chodników oraz załadunek i wywóz śniegu nie mogły być skalkulowane przez wykonawcę w wynagrodzeniu gwarantowanym.

Już w pkt 1.3. Opisu Przedmiotu Zamówienia Zamawiający opisując zakres robót objętych postępowaniem, do działań zasadniczych zaliczył odśnieżanie, usuwanie śniegu z chodników, zwalczanie śliskości zimowej na chodnikach, jak też wywóz śniegu:

„1.3. Zakres robót objętych Opisem Przedmiotu Zamówienia

Zimowe utrzymanie dróg (ZUD) są to prace mające na celu zmniejszenie, ograniczenie lub usunięcie zakłóceń ruchu drogowego wywoływanych takimi czynnikami atmosferycznymi jak: śliskość zimowa oraz opady śniegu.

Do zimowego utrzymania dróg zalicza się:

- działania zasadnicze:

- odśnieżanie: usuwanie śniegu z elementów drogi: jezdni, poboczy, chodników i ścieżek rowerowych, parkingów, zatok autobusowych wraz z peronem, obiektów mostowych i przejść dla pieszych, przewiązek, pasów włączenia i wyłączenia, azyli dla pieszych, Miejsc Obsługi Podróżnych ;

- zwalczanie śliskości zimowej na drogach, chodnikach i ścieżkach rowerowych, parkingach, zatokach autobusowych i na peronach zatok autobusowych, obiektach mostowych, Miejscach Obsługi Podróżnych, poprzez: zapobieganie śliskości oraz/albo usuwanie śliskości

- wywóz śniegu z chodników, parkingów, obiektów mostowych;

- działania towarzyszące:

- działania przygotowawczo-organizacyjne

- obsługę informacyjną dla Zamawiającego

- patrolowanie i monitorowanie stanu drogi

- przygotowanie sprzętu do wykonania prac ZUD

- działania organizacyjno–techniczne realizowane przez drogową służbę liniową lub przedsiębiorstwa wykonawcze,

- przygotowanie Wykonawcy do robót ZUD zgodnie z harmonogramem robót, o których mowa w pkt 4.1.1 SST.

- zgromadzenie materiałów do usuwania i zapobiegania śliskości

- działania profilaktyczne, w tym sprawność działania urządzeń GPS na sprzęcie itp.”.

Zamawiający przyjął, że prace zasadnicze mają być wynagradzane ryczałtem stanowiącym wynagrodzenie gwarantowane. W pkt 1.4.36. OPZ Zamawiający definiując

ryczałt wskazał, że pod tym pojęciem „należy rozumieć wynagrodzenie gwarantowane z tytułu prowadzenia zasadniczych prac ZUD w wysokości zgodnej z ofertą Wykonawcy”.

Zarówno w OPZ, w treści SIWZ, jak też w projekcie umowy, Zamawiający wskazuje, że za realizację zamówienia przysługuje wynagrodzenie gwarantowane płacone w formie ryczałtu, zaś w przypadku, gdy w danym okresie rozliczeniowym wartość prac przekroczy wynagrodzenie gwarantowane, wykonawca otrzyma płatność w postaci wynagrodzenia gwarantowanego + dopłata. Dopłata ta ma stanowić różnicę pomiędzy wartością wykonanych robót zasadniczych oraz wartością wynagrodzenia gwarantowanego w danym okresie rozliczeniowym.

I tak np. w pkt 7.5 OPZ:

„7.5 W ramach rozliczenia z tytułu robót zasadniczych za dany miesiąc Wykonawca otrzymywać będzie tylko jedno z dwóch n.w. rodzajów wynagrodzeń:

- wynagrodzenie gwarantowane (co nastąpi jedynie w przypadku gdy łączna wartość zrealizowanych w okresie rozliczeniowym robót zasadniczych nie przewyższy wartości „ryczałtu” z kosztorysu ofertowego)
- wynagrodzenie obmiarowe: wynagrodzenie gwarantowane + dopłata (jedynie w przypadku gdy łączna wartość zrealizowanych w okresie rozliczeniowym robót zasadniczych przewyższy wartość „ryczałtu” z kosztorysu ofertowego).”.

Podobną regulację Zamawiający zawarł w § 3 projektu umowy”

„Wynagrodzenie Wykonawcy

1. Strony ustalają, iż całkowita wartość wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy określonego w § 1 nie może przekroczyć kwoty brutto zł (słownie złotych:) zawierającej obowiązujący podatek VAT w wysokości zł.

2. Podstawą do rozliczenia wykonanej usługi będą ceny jednostkowe zawarte w Kosztorysach ofertowych w formie Tabel Elementów Rozliczeniowych.

3. Wynagrodzenie Wykonawcy za usługi, o których mowa w § 1, stanowić będą zgodnie z zapisami OPZ:

- wynagrodzenie gwarantowane (tzw. „ryczałtowe”),
- wynagrodzenie obmiarowe: wynagrodzenie gwarantowane + dopłata.”.

Izba nie dopatrzyła się postanowienia Specyfikacji, w którym byłaby uregulowana osobna płatność za czynności wywozu śniegu czy zimowego utrzymania chodników. Zamawiający nie wskazał, z których postanowień SIWZ taki mechanizm płatności miałby wynikać.

Takiego sposobu płatności nie można wywieść z treści Załączników 1a i 1d – stanowią one jedynie podstawę do wyceny poszczególnych prac. Jak stanowi pkt 7.9 OPZ, „Wykonawca wyceni koszt realizacji poszczególnych grup robót wraz z wyceną kluczowych elementów tych grup (wskazanych w zestawieniu tabelarycznym kosztorysu ofertowego)”. Okoliczność, że wykonawca zobowiązany był do osobnej wyceny tych czynności w załącznikach 1a i 1d nie przeczy temu, że czynności te mogły być rozliczane w wynagrodzeniu gwarantowanym. Wycena dokonana w poszczególnych kosztorysach przygotowanych według wzorów opracowanych przez Zamawiającego miała służyć do obliczenia wartości wykonanych w danym okresie usług i stwierdzenia czy wynagrodzenie gwarantowane zostało w danym okresie rozliczeniowym przekroczone, a jeśli tak, do wyliczenia wysokości dopłaty.

Izba miała na względzie, że w Załączniku 1a załadunek i wywóz śniegu zostały nazwane robotami towarzyszącymi, ale zimowemu utrzymaniu chodników takiej nazwy Zamawiający nie nadał w Załączniku 1d. Załącznik ten zawiera „Wykaz ciągów: pieszych, rowerowych (zatok autobusowych) do utrzymania w ramach zud”. Obie te czynności zostały nazwane robotami towarzyszącymi w pkt 1.3. OPZ. Należy jednak podkreślić, że już sam pkt 1.3. OPZ zawiera niespójność w terminologii, jako że z jednej strony zalicza obie sporne czynności do działań zasadniczych, a zaraz poniżej do robót towarzyszących. Bez względu jednak na ww. nazewnictwo, istotne jest, że SIWZ nie reguluje osobnego sposobu płatności za czynności zimowego utrzymania chodników czy załadunku i wywozu śniegu. Przeciwnie, w pkt 9.3 OPZ Zamawiający podał, że „Kwota „Ryczałtu” uwzględniać będzie także wszelkie inne koszty ponoszone przez Wykonawcę w tym m. innymi z tytułu utrzymywania gotowości do pracy ludzi i sprzętu oraz z tytułu pełnienia dyżurów oraz prowadzenia patrolowania drogi przez Wykonawcę oraz wszelkie inne konieczne z tytułu realizacji umowy koszty towarzyszące.”.

Izba stwierdziła, że postanowienia SIWZ w znacznej mierze potwierdzają stanowisko Odwołującego. Gdyby nawet doszukiwać się postanowień Specyfikacji stanowiących odzwierciedlenie stanowiska Zamawiającego i Przystępującego, należałoby stwierdzić, że treść dokumentacji opracowanej przez Zamawiającego jest co najmniej niejednoznaczna. Ewentualne nieścisłości wynikające z poszczególnych postanowień SIWZ, zgodnie

z utrwalonym poglądem Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych, nie mogą obciążać wykonawcy, który działa w zaufaniu do Zamawiającego. Wszelką niespójność w treści dokumentacji opracowanej przez Zamawiającego należy interpretować na korzyść wykonawcy.

Odrzucenie złożonej w postępowaniu oferty jest jedną z podstawowych instytucji Pzp służących eliminacji wykonawców, którzy nie spełniają określonych wymogów. Doniosłość tej instytucji polega na tym, że jej użycie zamyka przed wykonawcą możliwość ubiegania się o uzyskanie zamówienia. Z uwagi na wagę decyzji o eliminacji wykonawcy, niezbędne jest posługiwanie się tym instrumentem z należytą rozważą i zachowaniem podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych (art. 7 ustawy Pzp).

Z uwagi na powyższe, Izba stwierdziła, że decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego w części 16 i 17 zamówienia została dokonana z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Na skutek powyższego, pozbawiona podstaw okazała się także decyzja Zamawiającego z dnia 30 października 2020 r. o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w części 16 i 17 zamówienia. Zamawiający pierwotnie zdecydował się dokonać wyboru ofert Odwołującego jako najkorzystniejszych w obu ww. częściach zamówienia (pismo z dnia 27 sierpnia 2020 r.), co potwierdza okoliczność, że ceny ofert Odwołującego odpowiadały środkom, jakie mógł przeznaczyć Zamawiający na ww. zakres zamówienia.

W konsekwencji, potwierdził się również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 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. z 2018 r., poz. 972), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego uzasadnione koszty poniesione tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie Izby w łącznej wysokości 19 895,68 zł.

Przewodniczący :

.....

.....