

Sygn. akt: KIO 356/16

POSTANOWIENIE

z dnia 17 marca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Luiza Łamejko**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 17 marca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 marca 2016 r. przez wykonawcę **D. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą D. M., Stary Mystkówiec 55, 07-206 Somianka** w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, ul. Irysowa 2, 91-857 Łódź**

przy udziale wykonawców:

A. „GNOM” Sp. z o.o., ul. Techniczna 20, 92-518 Łódź

B. „POL-DRÓG WARSZAWA” Sp. z o.o., ul. Arkuszowa 7, 01-934 Warszawa

C. SAFEROAD GRAWIL Sp. z o.o., ul. Komunalna 7, 87-800 Włocławek

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **D. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą D. M., Stary Mystkówiec 55, 07-206 Somianka** kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi (dalej: „zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na całoroczne, kompleksowe utrzymanie odcinków autostrady A1 i A2 z podziałem na dwa zadania: Zadanie nr 1: „Całoroczne, kompleksowe utrzymanie autostrady A1 na odcinku od km 295+850 do km 335+937,65 wraz ze wszystkimi jej elementami w okresie 72 miesięcy od daty podpisania umowy.”, Zadanie nr 2: „Całoroczne, kompleksowe utrzymanie autostrady A2 na odcinku od granicy województw wielkopolskiego/łódzkiego do węzła Łódź Północ (bez węzła), od km 303+145 do km 362+700 wraz ze wszystkimi jej elementami, w okresie 72 miesięcy od daty podpisania umowy.” Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 stycznia 2016 r. pod numerem 2016/S 010—13553.

W postępowaniu tym wykonawca D. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą D. M. (dalej: „odwołujący”) w dniu 11 marca 2016 r. złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego podjętych w dniu 2 marca 2016 r. a polegających na udzieleniu zbiorczej odpowiedzi na pytania wykonawców (w tym w szczególności: oświadczenia zamawiającego pn. „podsumowanie udzielonych odpowiedzi” oraz odpowiedzi na pytania nr: 14, 15, 56, 158, 181, 196, 105 i 128), które to odpowiedzi na pytania z dnia 2 marca 2016 r. stanowią w istocie modyfikację treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) - stanowią integralną część SIWZ, w tym opisu przedmiotu zamówienia, który istotnie modyfikują oraz nie przesunięcia terminu składania ofert w związku z udzielonymi w dniu 9 marca 2016 r. odpowiedziami.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 36 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp w związku z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, a zatem poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia (w zakresie faktycznych czynności do wykonania) w sposób: a) niejednoznaczny, niewyczerpujący, jak też poprzez niepodanie wszystkich okoliczności mających wpływ na prawidłową wycenę przedmiotu zamówienia oraz b) poprzez uprzywilejowanie części wykonawców działających na rynku,
- 2) art. 38 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez udzielenie

niejasnych, wymijających oraz wewnętrznie sprzecznych odpowiedzi na zadane przez wykonawców pytania, a także sprzecznych z zapisami SIWZ, których zamawiający nie zmodyfikował w wyniku udzielonych odpowiedzi,

3) art. 38 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez udzielenie odpowiedzi z nie zachowaniem terminu 6 dni przed upływem terminu składania ofert.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał na następujące okoliczności:

Ad 1) Naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp

Odwołujący wskazał, że zamawiający w piśmie odpowiedzi na pytania z dnia 2 marca 2016 r., przedostatni akapit tego pisma „podsumowanie udzielonych odpowiedzi” złożył oświadczenie zgodnie z którym: „Ilości elementów Drogi od utrzymania autostrady A1, będące w budowie, podano na podstawie dokumentacji wykonawczej, w związku z czym rzeczywista ich ilość może ulec zmianie, Wykonawca powinien w kalkulować ryzyko powyższych zmian w cenę oferty”. Odwołujący stwierdził, że z uwagi na powyższe okoliczności oraz odpowiedź nr 163 (w treści której zamawiający potwierdza, że „niniejsze zamówienie prowadzone jest jako „Kompleksowe”, z płatnością ryczałtową za m-c...” oraz pozostałe zapisy SIWZ w przedmiotowej kwestii) w przypadku zwiększenia ilości poszczególnych elementów drogi na etapie przekazania odcinka autostrady do utrzymania, w szczególności elementów, które nie są wyszczególnione w pozycjach od 2 do 46 (w przypadku zadania 1), to wyłącznie wykonawca poniesie całe ryzyko związane z nieprawidłowym, nieprecyzyjnym opisem przedmiotu zamówienia w zakresie ilości elementów do utrzymania (których zamawiający nie chce lub nie może obecnie wskazać). Zdaniem odwołującego, zamawiający formułując w ten sposób treść SIWZ nakłada na wykonawców obowiązek podjęcia wyceny przedmiotu zamówienia, którego sam nie jest w stanie sporządzić w sposób zgodny z art. 29 ust 1 ustawy Pzp. W konsekwencji, zamawiający zaniechał opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a w zamian oczekuje od wykonawców zrealizowania ciężącego na zamawiającym obowiązku precyzyjnego i dokładnego określenia opisu przedmiotu zamówienia. Odwołujący podniósł, że ten stan rzeczy stwarza istotne ryzyko złożenia nieporównywalnych ofert wynikające z przyjęcia różnego zakresu przedmiotu zamówienia.

W ocenie odwołującego, z uwagi na okoliczność, że tak naprawdę dopiero dokumentacja powykonawcza, którą przedłożą wykonawcy inwestyjni po zakończeniu inwestycji polegającej na budowie przedmiotowego odcinka autostrady oraz świadectwa przejęcia przedmiotowej inwestycji będzie zawierała dokładną ilość poszczególnych elementów drogi do utrzymania, zasadne jest, by zamawiający uwzględnił w SIWZ

możliwość zwiększenia wynagrodzenia odpowiednio do przekazanego zakresu i elementów drogi do utrzymania. Biorąc pod uwagę, że zamawiający przy każdej zmianie SIWZ polegającej na modyfikacji Formularza 2.1 (zmiana treści SIWZ nr 3 z dnia 2 marca 2016 r., zmiana treści SIWZ nr 4 z dnia 3 marca 2016 r., zmiana treści SIWZ nr 6 z dnia 9 marca 2016 r.) zwiększa ilości poszczególnych elementów drogi do utrzymania (poz. 2-46 Formularza 2.1) odwołujący stwierdził, że różnica pomiędzy dokumentacją wykonawczą a dokumentacją powykonawczą może być znaczna. Jak zaznaczył odwołujący, przerzucenie ryzyka zmian w dokumentacji projektowej na wykonawcę utrzymaniowego narusza podstawowe zasady prawa zamówień publicznych oraz zasady uczciwości postępowania oraz słuszności kontraktowej i skutkuje nadużyciem przysługującego zamawiającemu jednostronnego prawa określania warunków umowy o realizację zamówienia publicznego.

Ponad, jak zauważył odwołujący, skoro sam zamawiający na tym etapie postępowania nie dysponuje kartami katalogowymi, gwarancjami oraz instrukcjami eksploatacyjnymi - bowiem zgodnie z odpowiedzią nr 65 dokumenty te przekaze dopiero na etapie podpisania umowy utrzymaj standard oraz z odpowiedzią nr 106 instrukcje eksploatacyjne zostaną przekazane wraz dokumentacją powykonawczą, oraz biorąc pod uwagę obowiązki i koszty, jakie z dokumentów tych wynikają, a wykonawca utrzymaniowy powinien uwzględnić przy kalkulacji swojej oferty, nie może on przerzucać związanego z tym ryzyka na wykonawcę. Natomiast w odpowiedzi nr 220 na pytanie wykonawcy dotyczące podania parametrów technicznych zasilacza awaryjnego oraz zakresu jego utrzymania zamawiający udzielił odpowiedzi, zgodnie z którą „zakres utrzymania przedmiotowych zasilaczy winien być zgodny z instrukcją obsługi oraz dokumentacją techniczno-ruchową, która zostanie przekazana wykonawcy niezwłocznie po otrzymaniu od wykonawcy budowy”.

W ocenie odwołującego, przy tak skonstruowanych zmodyfikowanych zapisach SIWZ zarzut naruszania art. 7 ust. 1 ustawy Pzp jest jak najbardziej słuszny. Odwołujący stwierdził, że jest tak również dlatego, że wykonawcy realizujący budowę poszczególnych odcinków przedmiotowej autostrady A1 posiadają pełną wiedzę o danych technicznych wbudowywanych materiałów, montowanych urządzeń, wyposażenia, poszczególnych elementach drogi, a co za tym idzie, dysponują wiedzą niezbędną do prawidłowej wyceny ofert, ponieważ znają koszty utrzymania poszczególnych elementów (wymogi serwisowe wynikające z kart katalogowych, instrukcji eksploatacyjnych), a wobec tego koszty realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Podmioty te jednocześnie trudnią się czynnościami utrzymania dróg stanowiącymi przedmiot niniejszego postępowania.

Ad 2) Naruszenie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp

Jak wskazał odwołujący, jednoznacznym przykładem oczywistej sprzeczności udzielania przez zamawiającego odpowiedzi na pytania wykonawców w zakresie opisu przedmiotu zamówienia są rozbieżne odpowiedzi w zakresie terminu oddania do użytkowania autostrady A1 oraz przekazania wykonawcy do utrzymania w systemie standard. Odwołujący zwrócił uwagę, że w odpowiedziach nr 14, 56, 158, 181 i 196 dotyczących powyższego terminu zamawiający raz informuje, że nastąpi to na przełomie czerwiec/lipiec 2016, z drugiej zaś strony informując, że dla centralnego odcinka autostrady A1, będącej przedmiotem utrzymania, świadectwo przejęcia wystawione zostanie dopiero w miesiącu sierpniu 2016 r., które to przejęcie jest równoległe z przejęciem od wykonawcy (inwestycyjnego) wraz z jednoczesnym przekazaniem do użytkowania tj. sierpień - wrzesień 2016 r.

Odwołujący wskazał także na odpowiedź nr 15, w której zamawiający przewiduje możliwość przekazania do utrzymania wszystkich elementów drogi w jednym terminie, podczas gdy w Tomie III Opisie przedmiotu zamówienia zamawiający informuje, że „Przedstawiciel Zamawiający protokolarnie przekaze Wykonawcy Drogę lub w przypadku niedotrzymania przez Wykonawcę Inwestycji planowanych terminów realizacji inwestycji, elementy Drogi, które będą posiadały pozwolenie na użytkowanie ”.

Odwołujący stwierdził, że z uwagi na znaczny termin realizacji zamówienia - 72 miesiące od dnia zawarcia umowy, termin protokolarnego przekazania elementów drogi do utrzymania (który może być istotnie rozbieżny z terminem podpisania umowy) jest bardzo istotną informacją dla wykonawców. W oczywisty sposób wiąże się to bezpośrednio zarówno z kosztami, jakie wykonawca będzie musiał ponieść po podpisaniu umowy (koszty mobilizacji ludzi i sprzętu, kosztów organizacji zaplecza niezbędnego do prawidłowej realizacji zamówienia), a faktycznym momentem otrzymania wynagrodzenia, które będzie mu przysługiwało dopiero z chwilą przejęcia drogi w utrzymanie i rozpoczęcia faktycznego świadczenia usługi.

Następną rozbieżnością w udzielanych wyjaśnieniach w stosunku do SIWZ są, zdaniem odwołującego, odpowiedzi nr 105 oraz 128, w związku z którymi w pozycji formularza (od 1 do 47) wykonawca uwzględnić ma dany element drogi (np. nie wyszczególnione w istniejących formularzach płotki naprowadzające dla zwierząt, przejścia dla zwierząt, oczyszczalnie ścieków, agregaty prądotwórcze, drogi wojewódzkie etc.). Odwołujący wskazał, że postanowienia te stoją w sprzeczności z zasadą rozliczania określoną w OPZ, zgodnie z którą: „W protokole przekazania zostanie określony szczegółowy obmiar przekazywanych elementów. W przypadku zwiększenia lub zmniejszenia ilości (zakresów) poszczególnych elementów Drogi w trakcie trwania Umowy wskutek np. realizacji przez Zamawiającego decyzji administracyjnych organów trzecich,

Zamawiający i Wykonawca będą protokólnie przekazywać/odejmować sobie zwiększone/zmniejszone zakresy elementów. Jednocześnie wynagrodzenie Wykonawcy zostanie skorygowane proporcjonalnie do ilości (zakresów) elementów faktycznie utrzymywanych (faktycznie przekazanych do utrzymania) z zastosowaniem cen jednostkowych przedstawionych przez Wykonawcę w Ofercie Wykonawcy stanowiącej załącznik nr 3 dla zadania nr 1 do Umowy”.

Odwołujący stwierdził, że w związku z nieprecyzyjnym, niewystarczającym, niewyczerpującym i wewnętrznie sprzecznym sporządzeniem opisu przedmiotu zamówienia, oraz załączników nr 2.1 i 2.2 do SIWZ - Oferta Wykonawcy” (tabela wyceny - Formularz 2.1. i/lub Formularz 2.2. (które nie uwzględniają wszystkich danych, wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na prawidłową wycenę przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie, złożenia oferty uwzględniającej wszystkie koszty niezbędne do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego), narusza on konkurencję i równe traktowanie wykonawców w dostępie do zamówienia poprzez uprzywilejowanie części wykonawców działającym na rynku w danej branży.

Ad 3) Naruszenie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp

Jak zauważył odwołujący, zamawiający w dniu 9 marca 2016 r. zmianą treści SIWZ nr 6 ponownie udzielił odpowiedzi na pytania nr 172, 196, 272, na które pierwotnie udzielił wyjaśnień w dniu 2 marca 2016 r. i w związku z powyższym nie przesunął terminu na składanie ofert, który upływa w dniu 14 marca 2016 r., pomimo tego, że były do tego przesłanki ustawowe.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią opinii Urzędu Zamówień Publicznych „Sposób obliczenia terminu na wniesienie wniosku o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia”, terminu składania ofert przy obliczaniu terminu „6 dni przed” nie uwzględnia się. Z uwagi na powyższe, zdaniem odwołującego, zamawiający udzielając odpowiedzi w dniu 9 marca 2016 r. zobowiązany był do przesunięcia terminu składania ofert.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości,
- 2) nakazanie zamawiającemu zmiany treści SIWZ przez doprowadzenie jej postanowień do zgodności z ustawą Pzp, w szczególności:
 - a) poprzez prawidłowe, precyzyjne, wyczerpujące sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia

oraz

b) wprowadzenie w treści SIWZ zapisów, które w przypadku zmiany ilościowych w stosunku do określonych w Formularzu Oferta Wykonawcy, Formularzu 2.1 oraz 2.2 (tj. zwiększenia lub zmniejszenia) poszczególnych elementów drogi oddanych wykonawcy do utrzymania spowodują odpowiednio wzrost lub zmniejszenie miesięcznego ryczałtowego cyklicznego wynagrodzenia wykonawcy,

3) przesunięcia terminu składania ofert z zachowaniem terminów określonych w art. 38 ust. 1 ustawy Pzp,

4) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w dniu 14 marca 2016 r. przystąpili wykonawcy „GNOM” Sp. z o.o., „POL-DRÓG WARSZAWA” Sp. z o.o. oraz SAFEROAD GRAWIL Sp. z o.o.

W dniu 15 marca 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź zamawiającego na odwołanie, w której zamawiający złożył oświadczenie, iż uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu i wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła postępowanie odwoławcze umorzyć.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp w zw. z art. 186 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: