

WYROK

z dnia 13 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 października 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 września 2020 r. przez wykonawcę

Ekodynamic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą we Wrocławiu

w postępowaniu prowadzonym przez

Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad – Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie

przy udziale wykonawcy **EUROBET Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynku** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

orzeka:

1. częściowo uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Romil Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Polbud Partners Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji poprzez zaoferowanie czasu na podstawienie sprzętu poniżej 30 minut i nakazuje Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Romil Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Polbud Partners Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością do wyjaśnień, w jaki sposób zamierzają zrealizować przedmiotowe zobowiązanie zawarte w ofercie,
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,

3. kosztami postępowania obciąża w równych częściach Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie oraz Ekodynamic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Ekodynamic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie na rzecz Ekodynamic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej kwotę 9 300 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu połowy wpisu oraz połowy kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

U z a s a d n i e

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „zimowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Olsztynie, w sezonach zimowych 2020/2021, 2021/2022, 2022/2023 (3 sezony) z podziałem na 19 zadań” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 16 kwietnia 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 75-178347. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący – Ekodynamic Sp. z o.o. sp. komandytowa wniósł odwołanie w zakresie zadania 14. wobec czynności Zamawiającego polegających na:

1. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Romil Sp. z o.o. i Polbud Partners Sp. z o.o., zwanego dalej: „Konsorcjum” z uwagi na to, że złożyło ofertę, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czym Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny, a zaistniałej rozbieżności nie można poprawić w oparciu o przepis art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności jego punkt 3;
2. zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum z uwagi na to, że w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadziło Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji w zakresie kryterium oceny ofert „czas na podstawienie sprzętu” (pkt 19.1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia), oferując niemożliwy do uzyskania dla tego wykonawcy przy realizacji niniejszego zamówienia czas do 30 minut, przez co uzyskało punktację, dzięki której jego oferta została uznana za najkorzystniejszą, czym naruszył art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych lub – z ostrożności procesowej – art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż Konsorcjum co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu,
3. względnie zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

ponieważ w sytuacji zaoferowania czasu na podstawienie sprzętu poniżej 30 minut zaoferowana przez tego wykonawcę cena ofertowa brutto (po poprawieniu innej omyłki i oczywistych omyłek rachunkowych) w wysokości 4.327.817,39 zł jest ceną dumpingową – poniżej kosztów świadczenia usługi będącej przedmiotem zamówienia (pomimo że wyższą od ceny Odwołującego w wysokości (po poprawieniu oczywistych omyłek rachunkowych) 3.660.206,31 zł przy oferowanym czasie na podstawienie sprzętu do 60 minut, czym Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

4. naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, czym Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie odwołania i jego uwzględnienie;
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania oraz z innych wskazywanych dowodów na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem,
3. unieważnienie czynności badania i oceny ofert i unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej;
4. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert i nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Konsorcjum;
5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przed KIO, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Zdaniem Odwołującego oferta Konsorcjum powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż zawiera błędy w obliczeniu ceny, a zaistniałej rozbieżności nie można poprawić w oparciu o przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający 15 lipca 2020 r. poinformował wykonawców, że odrzucił ofertę Konsorcjum w oparciu o ww. podstawy. 24 lipca 2020 r. Konsorcjum wniósło odwołanie. 28 lipca 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu czynności z 15 lipca 2020 r., następnie, 1 września 2020 r., wybrał jego ofertę jako najkorzystniejszą, co stanowi naruszenie postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający, w „Opisie sposobu obliczenia ceny” (pkt 15. specyfikacji istotnych warunków zamówienia) wskazał formularze cenowe stanowiące załączniki do specyfikacji istotnych

warunków zamówienia, na podstawie których należało wyliczyć cenę oferty. W tabeli „SEZON 2020/2021” w kolumnie nr 2 wiersz nr 13 formularza cenowego zastrzegł, że „wartość w kol. 7 nie może przekroczyć 30% wartości pracy sprzętu łącznie z Lp.12, kol. 7”. W formularzu cenowym załączonym do oferty Konsorcjum nie zachowano powyższego limitu, co Zamawiający wyraźnie wskazał.

Wartość pracy sprzętu łącznie z formularza cenowego Konsorcjum Lp. 12, kol. 7 wynosi 1.286.465,00 zł. Wartość w Lp. 13, kol. 7 wynosi 385.939,56 zł (po poprawieniu omyłek rachunkowych). 30% kwoty z Lp. 12, kol. 7 wynosi 385.939,50 zł. Oznacza to, że wartość Lp. 13, kol. 7 przekracza 30% wartości z Lp. 12, kol. 7, co stanowi o niezgodności oraz błędzie w obliczeniu ceny oferty, ze wskazanym przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sposobem.

W pozycji Lp. 13, kol. 6 formularza cenowego należało wpisać dowolną kwotę, pod warunkiem, że wartość tej kwoty przemnożona przez ilość rat w sezonie – lp. 13, kol. 5, będzie równa lub niższa niż 30% wartości kwoty z pozycji Lp. 12, kol. 7.

W związku z powyższym Zamawiający, odrzucając ofertę Konsorcjum, słusznie wskazał, że na podstawie oferty Konsorcjum nie może ustalić, jaką konkretnie kwotę (o ile niższą od wpisanej) wykonawca chciałby ująć w pozycji Lp. 13, kol. 6. W świetle postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie może być w ogóle brana pod uwagę kwestia wielkości przekroczenia. Wymaganie określające próg 30% jest jednoznaczne, a jego niedotrzymanie skutkuje sprzecznością ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a następnie koniecznością odrzucenia oferty Konsorcjum.

W drugiej z tabel w formularzu cenowym, do którego odnosi się pkt 15. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tabeli „SEZONY 2021/2022 i 2022/2023” w kolumnie nr 2 wiersz nr 13 formularza cenowego Zamawiający zastrzegł, że „wartość w kol. 7 nie może przekroczyć 20% wartości pracy sprzętu łącznie z Lp. 12, kol. 7”. W tym przypadku Konsorcjum także nie zachowało limitu. Wartość pracy sprzętu łącznie z Lp. 12, kol. 7 wynosi 972.847,50 zł. Wartość w Lp. 13, kol. 7 wynosi 194.569,56 zł (po poprawieniu omyłek rachunkowych). 20% kwoty z Lp. 12, kol. 7 wynosi 194.569,50 zł. Oznacza to, że wartość Lp. 13, kol. 7 przekracza 20% wartości z Lp. 12, kol. 7, co stanowi o niezgodności oraz błędzie w obliczeniu ceny oferty ze wskazanym przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sposobem.

Kluczowe w sprawie jest wskazanie, jakie obowiązki w związku ze sporządzaniem oferty wynikają z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W rozumieniu punktu 14.5.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia ofertę stanowi wypełniony formularz „Oferta” oraz załączone do niej formularze cenowe (formularz 2.2.) dla każdego zadania, na które składana jest oferta, w przedmiotowym przypadku zadania 14.

Zgodnie z punktem 15.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia cena oferty musiała być wyliczona w oparciu o formularze cenowe, zgodnie z zasadami określonymi w punkcie 15. specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Opis sposobu obliczenia ceny oferty”. W formularzu cenowym do zadania 14., odpowiednio dla wskazanych dwóch odcinków dróg krajowych, w wersach 13., kolumnach 2., Zamawiający zastrzegł: Sezonowy ryczałt za gotowość (wartość w kol. 7 nie może przekroczyć 30% wartości pracy sprzętu łącznie z Lp. 12, kol. 7); Sezonowy ryczałt za gotowość (wartość w kol. 7 nie może przekroczyć 20% wartości pracy sprzętu łącznie z Lp.12, kol. 7). Stąd tylko na wykonawcy spoczywał obowiązek dokonania prawidłowych wyliczeń w udostępnionych plikach Excel, w tym prawidłowe zastosowanie się do postanowień punktów 15.3.-15.6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. zawarcie w obliczeniach wszystkich składowych cen jednostkowych, wszystkich pozycji, dokonania właściwych zaokrągleń oraz obliczenie podatku VAT wg stawki 8 %, a także wskazanie odpowiednich wartości ryczałtów za gotowość w kol. 7., wersach 13.

W punkcie 15.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający jednoznacznie określił sposób sporządzenia formularzy cenowych: formularze cenowe należy sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w tych formularzach. Wykonawca określi ceny jednostkowe/ryczałtowe netto dla wszystkich pozycji wymienionych w formularzu. Ceny jednostkowe netto (kolumna „Cena netto godz. pracy/dyżuru [zł]”) należy przemnożyć przez ilość (kolumna „Szacunkowa ilość godzin pracy/dyżuru”), a wynik mnożenia wpisać w kolumnie „Cena netto jeden sezon [zł]” i pomnożony x3 wskazać w kolumnie „Cena netto za wszystkie sezony”. Wartości netto wykonawca powiększy o kwotę podatku VAT i sumę wpisze w kolumnie „Cena brutto za wszystkie sezony [zł]”. Obliczoną w ten sposób cenę oferty (wartość brutto) wykonawca przeniesie do punktu 3. formularza OFERTA dla każdego z zadań, na które składana jest oferta. W razie jakichkolwiek wątpliwości wynikających np. z błędów w sumowaniu poszczególnych elementów rozliczeniowych, przy ocenie ofert brana będzie pod uwagę cena oferty po poprawieniu omyłek, zgodnie z art. 87 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wobec niebudzącego wątpliwości brzmienia tego postanowienia, nie może być odstępstwa. Rygorystyczne podejście Zamawiającego w tej sprawie wyraża także dokonana uwaga, na którą sam Zamawiający powołał się i wysłał do Oferentów: „UWAGA: Jeżeli Wykonawca zamiast Formularzy Cenowych wg wzoru przygotowanego przez Zamawiającego (zamieszczonego w Tomie I SIWZ) załączy wydruki generowane przez programy kosztorysowe, które będą zawierały odmienny sposób obliczenia ceny niż wskazany w niniejszym Opisie, w szczególności inną podstawę wyceny (KNR) lub inny opis wyszczególnionych elementów rozliczeniowych lub inne jednostki niż w formularzach

cenowych zamieszczonych w Tomie I SIWZ, oferta zostanie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny.”

Odrzucenie oferty Konsorcjum z 15 lipca 2020 r. było zatem prawidłowe.

Zamawiający zmienił zdanie w wyniku odwołania Konsorcjum. Uczynił to w oparciu o określone w odwołaniu żądania Konsorcjum, wskazujące Zamawiającemu sposób dokonania poprawy w treści oferty (formularzy cenowych), do czego nie był uprawniony.

Konsorcjum w odwołaniu wskazało na dokonanie poprawienia omyłki występującej w ofercie poprzez: a) zastąpienie w tabeli SEZON 2020/2021 w wierszu 13. kolumna 6. kwoty 32.161,63 kwotą 32.161,62; b) zastąpienie w tabeli SEZONY 2021/2022 i 2022/2023 w wierszu 13. kolumna 6. kwoty 16.214,13 kwotą 16.214,12; a w konsekwencji:

c) zastąpienie w tabeli SEZON 2020/2021 w wierszu 13. kolumna 7. kwoty 385.939,50 kwotą 385.939,44; d) zastąpienie w tabeli SEZON 2020/2021 w wierszu 13. kolumna 9. kwoty 385.939,50 kwotą 385.939,44; e) zastąpienie w tabeli SEZON 2020/2021 w wierszu 13. kolumna 11. kwoty 416.814,66 kwotą 416.814,60; f) zastąpienie w tabeli SEZON 2020/2021 w wierszu sezon 2020/2021 kolumna 9. kwoty 1.672.404,50 kwotą 1.672.404,44; g) zastąpienie w tabeli SEZON 2020/2021 w wierszu Σ sezon 2020/2021 kolumna 11. kwoty 1.806.196,86 kwotą 1.806.196,80; h) zastąpienie w tabeli SEZONY 2021/2022 i 2022/2023 w wierszu 13. kolumna 7. kwoty 194.569,50 kwotą 194.569,44; i) zastąpienie w tabeli SEZONY 2021/2022 i 2022/2023 w wierszu 13. kolumna 9. kwoty 389.139,00 kwotą 389.138,88; j) zastąpienie w tabeli SEZONY 2021/2022 i 2022/2023 w wierszu 13. kolumna 10. kwoty 31.131,12 kwotą 31.131,11; k) zastąpienie w tabeli SEZONY 2021/2022 i 2022/2023 w wierszu 13. kolumna 11. kwoty 420.270,12 kwotą 420.269,99; l) zastąpienie w tabeli SEZONY 2021/2022 i 2022/2023 w wierszu Σ sezony 2012/2022 i 2022/2023 kolumna 9. kwoty 2.334.834,00 kwotą 2.334.833,88; m) zastąpienie w tabeli SEZONY 2021/2022 i 2022/2023 w wierszu Σ sezony 2012/2022 i 2022/2023 kolumna 10. kwoty 186.786,72 kwotą 186.786,71; n) zastąpienie w tabeli SEZONY 2021/2022 i 2022/2023 w wierszu Σ sezony 2012/2022 i 2022/2023 kolumna 11. kwoty 2.521.620,72 kwotą 2.521.620,59; o) zastąpienie w wierszu Σ 3 sezony kolumna 9. kwoty 4.007.238,50 kwotą 4.007.238,32; p) zastąpienie w wierszu Σ 3 sezony kolumna 10. kwoty 320.579,08 kwotą 320.579,07; q) zastąpienie w wierszu Σ 3 sezony kolumna 11. kwoty 4.327.817,58 kwotą 4.327.817,39; r) dokonanie zmiany w formularzu cenowym poprzez wprowadzenie: w poz. Σ 3 sezony kolumna 9. ceny netto łącznie 4.007.238,32 zł; w poz. Σ 3 sezony kolumna 10. podatek VAT 320.579,07; w poz. Σ 3 sezony kolumna 11. ceny oferty brutto 4.327.817,39 zł, ewentualnie poprawie omyłek rachunkowych z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek oraz poprawienie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 2 i pkt 3 ustawy

Prawo zamówień publicznych w sposób inny niż wskazano powyżej, ale niepowodujący konieczności odrzucenia oferty.

Zamawiający nie przeprowadził postępowania wyjaśniającego, a poprawy omyłek dokonał na podstawie informacji podanych przez Konsorcjum w odwołaniu kopiując w istocie treść odwołania i przyjmując treści podane w odwołaniu jako nowe treści złożonej przez Konsorcjum oferty. W pierwszej kolejności Zamawiający dokonał poprawy innej omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zmieniając cenę składową oferty, a następnie po jej dokonaniu dokonał poprawy pozostałych pozycji formularza ofertowego jako omyłek rachunkowych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przyjęte przez Zamawiającego wartości nie wynikały z treści złożonej oferty. Zamawiający wskazał, że dokonuje poprawienia następujących omyłek w formularzu cenowym dla zadania nr 14 poprzez dostosowanie do zapisu w kolumnie nr 2 wiersz nr 13 formularza Cenowego: wartość w kol. 7. nie może przekroczyć 30% wartości pracy sprzętu łącznie z Lp. 12, kol. 7.

W tabeli SEZON 2020/2021 w wierszu nr 13 kolumna nr 6 jest: 32161,63; ww. kwotę poprawia się na: 32161,62 oraz poprzez dostosowanie do zapisu w kolumnie nr 2 wiersz nr 13 formularza cenowego „wartość w kol. 7 nie może przekroczyć 20% wartości pracy sprzętu łącznie z Lp. 12, kol. 7”.

W tabeli SEZONY 2021/2022 i 2022/2023 w wierszu nr 13 kolumna nr 6 jest: 16.214,13; ww. kwotę poprawia się na: 16.214,12.

Jednocześnie w wyniku wprowadzenia nowych wartości z miejsce danych z formularza ofertowego Zamawiający dokonał poprawy oczywistych omyłek rachunkowych:

- 1) W tabeli SEZON 2020/2021 w wierszu nr 13 kolumna nr 7 jest: 385.939,50; ww. kwotę poprawia się na: 385.939,44;
- 2) W tabeli SEZON2020/2021 w wierszu nr 13 kolumna nr 9 jest: 385.939,50; ww. kwotę poprawia się na: 385.939,44;
- 3) W tabeli SEZON 2020/2021 w wierszu nr 13 kolumna nr 11 jest: 416.814,66; ww. kwotę poprawia się na: 416.814,60;
- 4) W tabeli SEZON 2020/2021 w wierszu Σ sezon 2020/2021 kolumna nr 9 jest: 1.672.404,50; ww. kwotę poprawia się na: 1.672.404,44;
- 5) W tabeli SEZON 2020/2021 w wierszu Σ sezon 2020/2021 kolumna nr 11 jest: 1.806.196,86; ww. kwotę poprawia się na: 1.806.196,80;
- 6) W tabeli SEZONY 2021/2022 i 2022/2023 w wierszu nr 13 kolumna nr 7 jest: 194 569,50; ww. kwotę poprawia się na: 194.569,56;
- 7) W tabeli SEZONY 2021/2022 i 2022/2023 w wierszu nr 13 kolumna nr 9 jest: 389.139,00; ww. kwotę poprawia się na: 389138,88;

- 8) W tabeli SEZONY 2021/2022 i 2022/2023 w wierszu nr 13 kolumna nr 10 jest: 31.131,12; ww. kwotę poprawia się na: 31.131,11;
- 9) W tabeli SEZONY 2021/2022 i 2022/2023 w wierszu nr 13 kolumna nr 11 jest: 420.270,12; ww. kwotę poprawia się na: 420.269,99;
- 10) W tabeli SEZONY 2021/2022 i 2022/2023 w wierszu Σ sezony 2021/2022 i 2022/2023 kolumna nr 9 jest: 2.334 834,00; ww. kwotę poprawia się na: 2.334.833,88;
- 11) W tabeli SEZONY 2021/2022 i 2022/2023 w wierszu Σ sezony 2021/2022 i 2022/2023 kolumna nr 10 jest: 186.786,72; ww. kwotę poprawia się na: 186.786,71;
- 12) W tabeli SEZONY 2021/2022 i 2022/2023 w wierszu Σ sezony 2021/2022 i 2022/2023 kolumna nr 11 jest: 2.521.620,72; ww. kwotę poprawia się na: 2.521.620,59;
- 13) W wierszu Σ 3 sezony kolumna nr 9 jest: 4.007.238,50; ww. kwotę poprawia się na: 4.007.238,32;
- 14) W wierszu Σ 3 sezony kolumna nr 10 jest: 320.579,08; ww. kwotę poprawia się na: 320.579,07;
- 15) W wierszu Σ 3 sezony kolumna nr 11 jest: 4.327.817,58; ww. kwotę poprawia się na: 4.327.817,39.

Uwzględniając konsekwencje rachunkowe dokonanych poprawek wartość brutto oferty w zakresie zadania nr 14 wyniesie: 4.327.817,39 zł (słownie złotych: cztery miliony trzysta dwadzieścia siedem tysięcy osiemset siedemnaście 39/100).

W wyniku przyjęcia przez Zamawiającego, na podstawie informacji nie wynikających z treści złożonej oferty, wartości dopasowujących wysokość cen jednostkowych do maksymalnego poziomu określonego w treści oferty, Zamawiający doprowadził do stanu zgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Nie było podstaw do poprawienia omyłek rachunkowych z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek w sposób żądany przez Konsorcjum ani też przesłanek do poprawienia innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w sposób inny niż wskazano powyżej, ale niepowodujący konieczności odrzucenia oferty.

W świetle ugruntowanego orzecznictwa brak podstaw wynikał przede wszystkim z tego, że w ogóle nie można mówić tu o omyłce, czyli niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które powstały na skutek niezamierzonego działania wykonawcy, a ponadto poprawienie tych niezgodności spowodowało istotne zmiany w treści oferty (oferta podlegająca odrzuceniu stała się ofertą niepodlegającą odrzuceniu). Dodatkowo podstawami oceny „istotności” omyłki co do treści oferty jest wielkość zmiany ceny całkowitej oferty, a także ilość pozycji, które będą musiały ulec zmianie (w tym

przypadku dokonano gruntowego „przebudowania oferty” Konsorcjum po terminie składania ofert).

Wyrok KIO/UZP 476/09 potwierdza zarzut Odwołującego co do tego, że niemożliwe jest poprawienie „innej omyłki”, jeżeli zamawiający nie ma wiedzy, jak tego dokonać, bo wystąpienie omyłki nie może pozostawiać wątpliwości co do zamierzonej treści oświadczenia wykonawcy. Przy tym KIO nie odnosi się do wartości brakującej pozycji, a do faktu, że jej brak uniemożliwia dokonanie poprawy, powodując sprzeczność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, analogicznie jest w niniejszym przypadku.

Zgodnie z wyrokiem KIO/UZP 1978/10, skoro omyłka może zostać poprawiona zarówno w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2, jak i art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, do rozważenia pozostaje jedynie kwestia, który z trybów ma pierwszeństwo. Z samego brzmienia przepisu wynika, że pierwszym działaniem zamawiającego jest ustalenie, czy omyłki stanowią oczywiste omyłki pisarskie lub oczywiste omyłki rachunkowe. Dopiero w razie stwierdzenia, że omyłki nie należą do żadnej z tych dwóch grup, zamawiający winien zbadać ofertę zgodnie z kryteriami wskazanymi w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Dokonując poprawek w ofercie Konsorcjum Zamawiający rażąco naruszył ww. zasady.

W oparciu o treść oferty Konsorcjum, tj. formularza cenowego Zamawiający nie mógł samodzielnie poprawić wartości w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, bo nie mógł ustalić, jaką konkretnie kwotę (o ile niższą od wpisanej) wykonawca chciałby ująć w pozycji Lp. 13, kol. 6. W konsekwencji tego Zamawiający nie mógł samodzielnie poprawić wartości w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zobowiązany był jednak do poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Poprawienie tych omyłek nie jest jednak ingerencją w treść oferty, w odróżnieniu od poprawienia innej omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jest tylko ustaleniem jej prawidłowej i prawdziwej treści, zgodnej z wolą wykonawcy ją składającego.

Ze względu na fakt, że w świetle postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia wartości progowe 20 % i 30 % są zastrzeżone bezwzględnie, a sposób ich określenia zależy od woli wykonawcy, nie mogą być w ogóle poprawiane. Ich przekroczenie skutkuje powstaniem błędu, który powoduje odrzucenie oferty. Dlatego dokonanie przez Zamawiającego w tym zakresie zmiany ma charakter istotny i stanowi naruszenie zarówno art. 87 ust. 2 pkt 3, jak i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Dokonanie takiej zmiany przez Zamawiającego powoduje, że oferta podlegająca odrzuceniu staje się ofertą ważną i podlegającą merytorycznej ocenie.

Brak możliwości zastosowania mechanizmu określonego w art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych skutkuje uznaniem wyliczeń Konsorcjum zawartych w formularzu cenowym za błędne. Bezprawne poprawki i wyliczenia Zamawiającego są absolutnie nieoczywiste i nie mogą zostać poprawione, dlatego należy uznać, że doszło do wypełnienia przesłanki, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie da się bowiem dokonać odtworzenia działań matematycznych Konsorcjum potrzebnych do wyliczenia ceny i jednoznacznego ustalenia prawidłowych podstaw, wartości czy kolejności wykonania tych działań, a następnie dokonać ich korekty w trybach określonych w art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający bezpodstawnie dokonał poprawy „innej omyłki” w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przyjęcie innych niż pierwotnie wskazane w treści oferty składowych ceny, podczas gdy powinien przy niezmienionych składowych ceny dokonać poprawy oczywistych omyłek rachunkowych, tak jak dokonał tego odrzucając ofertę Konsorcjum. Jak wskazuje KIO w wyroku 2625/19: „Błędy w obliczeniu ceny, o których mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p., od oczywistych omyłek rachunkowych różnią się przede wszystkim tym, że nie mają oczywistego charakteru i nie mogą zostać poprawione. Podkreślić należy, że pojęcia błędu w obliczeniu ceny nie można ograniczać wyłącznie do sytuacji, gdy cena została skalkulowana w sposób, który nie uwzględnia cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu czy warunków realizacji. Z takim błędem mamy do czynienia również w przypadku, gdy nie jest możliwe odtworzenie rachunku matematycznego wykonawcy i jednoznaczne ustalenie prawidłowych podstaw, wartości czy kolejności wykonania tego rachunku oraz dokonanie ich korekty w trybach określonych w art. 87 ust. 2 p.z.p. (...) nie każda nieprawidłowość w ofercie podlega wyjaśnieniu czy poprawieniu w odpowiednim trybie i instrumenty te nie mogą zwalniać wykonawcy, będącego profesjonalnym uczestnikiem obrotu gospodarczego, z obowiązku sporządzenia oferty w sposób pozbawiony sprzeczności, spójny i zrozumiały. Sam fakt wystąpienia sprzeczności w ofercie nie świadczy jeszcze o konieczności jej wyjaśnienia, jeżeli w następstwie tej czynności miałyby dojść do uzupełnienia lub zmiany treści oświadczenia woli wykonawcy.”

W punkcie 19.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wskazał kryteria wyboru i sposób oceny ofert: cena (cena ofertowa brutto) – 90% i czas na podstawienie sprzętu – 10%. W punkcie 19.1.2 w opisie kryterium „czas na podstawienie sprzętu”, wskazał, że kryterium to będzie rozpatrywane na podstawie zadeklarowanego przez wykonawcę w formularzu oferty czasu na podstawienie sprzętu od momentu wezwania. Terminy podlegające ocenie w ramach kryterium: do 30, 45 i 60 minut. Ilość punktów obliczana następująco: - czas na podstawienie sprzętu do 60 min: 0 pkt; - czas na podstawienie sprzętu do 45 min: 5 pkt; - czas na podstawienie sprzętu do 30 min: 10 pkt.

Maksymalną ilość punktów otrzyma oferta z czasem podstawienia do 30 min od momentu telefonicznego wezwania – 10 pkt. Minimalną ilość punktów otrzyma oferta z czasem podstawienia do 60 min od momentu telefonicznego wezwania – 0 pkt.

Konsorcjum, oferując cenę (po poprawieniu omyłek) 4.327.817,39 zł otrzymało 83,06 pkt oraz czas na podstawienie sprzętu do 30 min maksymalną liczbę punktów 10, łącznie w obu kryteriach 93,06 pkt. Odwołujący, oferując cenę (po poprawieniu omyłek) 3.660.206,31 zł, otrzymał 90,0 pkt i czas na podstawienie sprzętu do 60 min punktów 0, łącznie w obu kryteriach 90,00 pkt.

Pomimo istotnej różnicy w oferowanych cenach zastosowana przez Konsorcjum inżynieria w ramach kryteriów okazała się skuteczna i pozwoliła na wyższą ocenę punktową oferty Konsorcjum. Doszło do zaniechania wykluczenia Konsorcjum z uwagi na to, że w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadziło Zamawiającego w błąd (względnie w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa) przy przedstawieniu informacji w zakresie kryterium oceny ofert: „czas na podstawienie sprzętu” oferując niemożliwy do uzyskania dla tego wykonawcy przy realizacji niniejszego zamówienia przy zaoferowanej cenie czas do 30 min.

Odwołujący, w przeciwieństwie do Konsorcjum, posługuje się przy realizacji zamówienia podwykonawcami mającymi swoje siedziby i bazy na terenie realizacji zamówienia. Jednakże podwykonawcy ci odmówili udziału w realizacji zamówienia z czasem na podstawienie sprzętu do 30 minut, bo jest to czas nierealny. Konsorcjum zaoferowało samodzielne wykonanie zamówienia – nie powierza nawet części podwykonawcom i nie polega na zdolnościach technicznych innych podmiotów – nie mając nie tylko bazy na terenie wykonania przedmiotu zamówienia, ale nawet w jego pobliżu.

Warunki wykonania zamówienia określają specyfikacje techniczne (tom III specyfikacji istotnych warunków zamówienia), w tym „Zapobieganie powstawaniu i likwidacja śliskości zimowej, odśnieżanie dróg”. W punkcie 9.1.1 „Specyfikacji technicznych” wskazano, że w przypadku wezwania do podstawienia w ciągu czasu zadeklarowanego przez wykonawcę w formularzu oferty (30 min, 45 min, 60 min), od faktycznego momentu podstawienia sprzętu z kierowcą/operatorem. Procedura zamawiania jednostek sprzętowych jest następująca: dyżurny dzwoni do koordynatora – koordynator dzwoni do poszczególnych kierowców i dedykuje na odpowiednią Bazę ZUD – koordynator dzwoni do poszczególnych operatorów i dedykuje na odpowiednią Bazę ZUD – kierowcy i operatorzy stawiają się z przygotowanym do pracy sprzętem.

Konsorcjum zadeklarowało w ofercie: „ZOBOWIĄZUJEMY SIĘ do wykonania zamówienia w terminie określonym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz deklarujemy w kryterium <<czas na podstawienie sprzętu>> i. 4.14. w zakresie Zadania nr 14*:czas na

podstawienie sprzętu\ do 30 \ do 45 \ do 60\ minut*; ZAMIERZAMY powierzyć podwykonawcom wykonanie następujących części zamówienia: NIE DOTYCZY.”

Według dokumentu „Istotne dla stron postanowienia umowy” § 10 pkt 2 do obowiązków wykonawcy należy w szczególności: 1) gotowość do świadczenia usługi w trakcie sezonu zimowego 24 godz. na dobę (w praktyce oznacza to, że w razie potrzeby wykonawca ma czas do 30 minut i musi pracować non stop – zatem jeden pracownik nie jest w stanie obsługiwać sprzętu przez 24h i potrzebny jest zmiennik); 2) zapewnienie koordynatora usługi; 3) zapewnienie niezbędnego sprzętu i personelu określonego w specyfikacji technicznej i formularzu cenowym oraz sprzętu zamiennego w przypadku awarii.

Specyfikacja techniczna informuje o obowiązkach – pkt 3.6.1: Operatorem sprzętu może być kierowca samochodu posiadający odpowiednie uprawnienia, tj. wymaganą kategorię prawa jazdy i inne jeżeli są wymagane – między innymi odpowiednie uprawnienia operatora obsługiwanego sprzętu, przeszkolenie do pracy przy zimowym utrzymaniu dróg oraz mówi w języku polskim na poziomie komunikatywnym. Wykonawca zobowiązany jest zapewnić taką ilość operatorów i kierowców, aby możliwa była praca w cyklu całodobowym, zgodnie z przepisami Kodeksu pracy, z zachowaniem norm czasu pracy i odpoczynku (11 godzin odpoczynku). Przed rozpoczęciem pracy operator winien dokonać sprawdzenia stanu technicznego nośnika i sprzętu.

Umowa i specyfikacja nadmieniają i wymagają takich elementów jak:

- sprawdzenie stanu technicznego nośnika i sprzętu przed rozpoczęciem pracy. Zamawiający wymaga, aby w okresie od zamówienia telefonicznego do gotowości kierowca/operator wykonał czynności sprawdzające samochodu ciężarowego, sprawdzenia organoleptycznego (czynności przeglądowo-kontrolne polegające na sprawdzeniu przez obejrzenie zewnętrzne: szczelności układu smarowania, zasilania, chłodzenia i hamulców; połączeń drążków kierowniczych, cięgieł hamulcowych i przegubów, wałów napędowych, stanu piór resorów i ich zawieszenia, zamocowanie amortyzatorów, tłumika i koła zapasowego, stanu nadwozia i uchwytów mocujących nadwozie, sprawność pługu i solarki, a w przypadku innych sprzętów zgodnie z ich specyfikacją.

- tryb zmianowy, gdyż Zamawiający oczekuje pracy 24 h bez przerw. Wymagany jest minimum jeden zmiennik gdyż w trybie 24-godzinnym wg Kodeksu pracy wymagany jest 11 godzinny wypoczynek.

Konsorcjum świadomie wybrało ofertę 30 minut, gdyż Zamawiający stworzył procedurę punktacji w znaczący sposób promującą czas. Ale ten czas kosztuje i uniemożliwia wykonywanie innych prac. Odwołujący wskazał możliwe warianty realizacji zamówienia:

1) powiadomienie koordynatora wykonawcy przez dyżurnego GDDKiA, 2) powiadomienie telefoniczne kierowców/operatorów = 15 minut; 3) dojazd – najbliższa baza Konsorcjum – Mława: odcinek Mława – Nidzica = 29 km = 24 minuty , odcinek Mława – Olsztynek = 54 km

= 38 minut, odcinek Mława – Tomaszkowo = 79 km = 48 minut; 4) czas przygotowania pojazdu: 4-8 minut. Zakładając, że koordynator zadzwoni do pierwszego kierowcy po 3 minutach i będzie kierował się do bazy w Nidzicy (24 minuty) i przygotowywał nośnik (16 minut) oraz obsługę pługa i posypywarki (9 minut), czas realny to 52 minuty.

Kara za każdą jednostkę za rozpoczęte 15 minut to 250 zł. Przy kalkulacji możliwych do pobrania kar umownych (45 wezwań x 250 zł x 3 sezony = 168.750 zł), zaoferowana cena i tak przyniesie Konsorcjum zysk. Założeniem jest, że jeśli Zamawiający zamawia średnio 10 jednostek, a co drugie wezwanie 5 jednostek przyjeżdża punktualnie, a drugie 5 jest spóźnionych. Zatem Konsorcjum zakłada, że będzie nagminnie się spóźniało, ale kary w wysokości 168 tys. zł i tak będą dawały mu zysk. Jednakże nie powoduje to, że zaoferowana cena jest odpowiednia dla należytego wykonania zamówienia.

W wariantcie, w którym wszystkie jednostki będą zamówione – czas powiadomienia kierowców/operatorów (40 osób) = 42 minuty, dojazd Mława – Nidzica = 24 minuty, Mława – Olsztynek = 38 minut, Mława – Tomaszkowo = 48 minut; czas przygotowania pojazdów 4-8 minut.

Jeśli zaoferowane 30 minut miało być wykonywane zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i na czas, wykonawca poniesienie stosunkowo duże koszty oczekiwania na zlecenie. Musi wybrać, czy się spóźni i będzie wykonywał inną pracę, czy będzie oczekiwał na dyżurze i będzie ponosił znaczące koszty tego dyżuru.

Powyższego prowadzi do wniosku, że Konsorcjum próbowało przedstawić pewne informacje wyłącznie w celu stworzenia u Zamawiającego poczucia, że złożyło rzetelną ofertę i realną do wykonania zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, spełniając wszystkie wymagania Zamawiającego, w szczególności zachowując zaoferowany czas na podstawienie sprzętu do 30 minut. Działanie takie ma wpływ na wynik postępowania, bowiem dzięki tym nieprawdziwym informacjom oferta Konsorcjum została wybrana jako najkorzystniejsza, mimo że wykonawca powinien być wykluczony z postępowania, bo zaproponował nierealny i niemożliwy do dotrzymania czas na podstawienie sprzętu przy zaoferowanej cenie ofertowej brutto. Skoro Odwołujący mógł posiadać wiedzę dotyczącą wskazanych przez Konsorcjum elementów świadczonych usług i wykazywanych osób, to mógł to również zrobić Zamawiający, ale tym bardziej Konsorcjum musiało posiadać taką wiedzę. To na Konsorcjum jako na wykonawcy w postępowaniu ciążyła odpowiedzialność za prawidłowe przygotowanie oferty.

W stosunku do profesjonalistów miernik należytej staranności jest podwyższony w odniesieniu do ogólnego miernika staranności dłużnika, ponieważ określa się go z uwzględnieniem zawodowego charakteru prowadzonej działalności. Tak określona należyta staranność wymagała od Konsorcjum, aby składając oświadczenie w postępowaniu, upewniło się, że to, co oświadcza, odpowiada prawdzie. Z uwagi na

profesjonalny charakter działalności wykonawca składający ofertę zobowiązany jest zgodnie z art. 355 Kodeksu cywilnego dołożyć szczególnej staranności przy sporządzaniu oświadczeń składanych wraz z ofertą, w celu uzyskania zamówienia publicznego. Konsorcjum, jako posiadacz informacji dotyczących wykazywanych przez siebie osób, winien tymi informacjami posługiwać się w sposób prawidłowy. W postępowaniu Konsorcjum przedstawiło te informacje w celu utwierdzenia Zamawiającego w przekonaniu, że spełnia wymogi Zamawiającego w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu, co skutkowało wyborem oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej. Gdyby Konsorcjum podało informacje prawdziwe, to zostałyby wykluczone z postępowania (ewentualnie – wezwane do uzupełnienia). Konsorcjum lekkomyślnie podeszło do dokumentów przedkładanych w postępowaniu i podało również nieprawdziwe informacje w celu uzyskania zamówienia. Konsorcjum nie dopełniło staranności, co skutkować winno wykluczeniem na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16, ewentualnie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych, czego Zamawiający zaniechał. Niewątpliwie wykonawca rzetelny to wykonawca przedstawiający Zamawiającemu prawdziwe, zgodne ze stanem faktycznym informacje. Naganność podania Zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd przez Konsorcjum jest oczywista i nie może podlegać dyskusji.

Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Czyn ten może polegać w szczególności na ograniczeniu w istotny sposób lub wyłączeniu możliwości dokonywania przez klienta zakupu u innego przedsiębiorcy.

Działania nieuczciwych wykonawców wpływają niekorzystnie na proces decyzyjny zamawiającego. Instytucja odrzucenia oferty wykonawcy ma na celu eliminowanie ofert składanych przez nieuczciwych wykonawców. Dopuszczenie się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na utrudnianiu dostępu do rynku innym wykonawcom, musi prowadzić do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Celem zamówienia publicznego jest wybór najkorzystniejszej oferty. Chodzi o ofertę konkurencyjną. Wszelkie działania wykonawców zmierzające do naruszenia konkurencyjności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego muszą być eliminowane. Zamawiający w razie uzasadnionych podejrzeń co do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji jest zobligowany do dokonania kwalifikacji złożenia oferty pod kątem przesłanek z art. 15 ust. 1 lub art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Opierając się na przepisach prawa i poglądach doktryny, jako „utrudnianie dostępu do rynku” (zamówienia publicznego) należy kwalifikować takie zachowanie, które narusza mechanizm

uczciwej konkurencji. Celem złożenia przez wykonawcę oferty jest w tej sytuacji samo zdobycie zamówienia publicznego i wyeliminowanie innych wykonawców z dostępu do zamówienia publicznego. Pojęcie „dostęp do rynku zamówień publicznych” należy rozumieć szeroko jako swobodę wejścia na rynek, wyjścia z niego, a przede wszystkim jako możliwość oferowania na nim swoich towarów, usług lub robót budowlanych. Zachowanie wykonawcy może również zostać zakwalifikowane w oparciu o klauzulę generalną czynu nieuczciwej konkurencji (art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). Bowiem zarzut utrudniania dostępu do rynku może być kwalifikowany jako działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli narusza lub zagraża interesowi innego wykonawcy. Będzie to miało miejsce w sytuacji, gdy czyn wykonawcy nie mieści się w katalogu przejawów utrudniania dostępu do rynku z art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Artykuł 3 ust. 1 pełni bowiem funkcję uniwersalnego zakazu nieuczciwej konkurencji. Ocena zachowania wykonawcy może zatem z powodzeniem zostać dokonana w oparciu o przesłanki w nim zawarte. Katalog czynów nieuczciwej konkurencji ma charakter otwarty, co pozwala kwalifikować zachowania przedsiębiorców w oparciu o klauzulę generalną czynu nieuczciwej konkurencji. Zatem, dla kwalifikacji zachowania wykonawcy znaczenie ma nie tyle podobieństwo do nazwanego czynu nieuczciwej konkurencji, co spełnienie ogólnych przesłanek z nieuczciwości z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Utrudnianie dostępu do rynku w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego może przybrać postać: 1) sprzedaży towarów lub usług albo robót budowlanych poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, albo ich odsprzedaży poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców, 2) wymuszania na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stworzenie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.

Zamawiający jest zobligowany zbadać, czy złożenie oferty wykonawcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Dopiero bowiem pozytywna ocena w tym przedmiocie pozwoli na odrzucenie oferty wykonawcy. Uznanie określonego zachowania przedsiębiorcy za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga konkretyzacji. Oprócz typowych zachowań kwalifikowanych wprost jako utrudnianie dostępu do rynku innym przedsiębiorcom możemy mieć do czynienia z zachowaniami, których ocena może być utrudniona. Klasycznym przykładem tego jest sytuacja, gdy wykonawca oferuje w ofercie określone kryterium, które nie przystaje do innych ofert w tym przedmiocie, warunków rynkowych, czy też doświadczenia życiowego. Tak jest w niniejszym postępowaniu i działaniu Konsorcjum.

W rozważanym przypadku mamy do czynienia z utrudnianiem dostępu do rynku Odwołującemu, bo oferta Konsorcjum jest ofertą na świadczenie usług poniżej kosztów ich świadczenia. Jej wielkość przy określonych przez Zamawiającego kryteriach pozwoliła Konsorcjum na wygranę z Odwołującym, który zaoferował realną cenowo i spełniającą

wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia ofertę, która zawiera realny czas na podstawienie sprzętu do 60 min. Zatem przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji popełnionego przez Konsorcjum zachodzą kumulatywnie. Nie budzi też wątpliwości, że działanie Konsorcjum było działaniem celowym. Potwierdza to nieprzypadkowa wielkość potencjalnych kar umownych w stosunku do ceny ofertowej Konsorcjum i liczby punktów w łącznej punktacji w ramach kryteriów, w której 3,06 pkt dały Konsorcjum możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą, chociaż wcale taką nie jest. Także opierając się na orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej należy dojść do wniosku, że oferta Konsorcjum powinna być odrzucona (wyrok KIO 1739/18, KIO 102/17).

Konsorcjum popełniło czyn nieuczciwej konkurencji, bo nie licząc się z kosztami świadomie wybrało ofertę 30 minut, gdyż Zamawiający stworzył procedurę punktacji w znaczący sposób promującą czas. Dzięki temu doprowadziło do eliminacji z rynku Odwołującego. Ale ten czas kosztuje i uniemożliwia wykonywanie innych prac.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia istotnie kształtuje model biznesowy i wpływa na treść oferty. Oferta Konsorcjum zawiera czynniki, które bezpośrednio i pośrednio wpływają na koszt, marżę oraz ewentualny zysk. Wykonawca wybrał takie elementy oferty, aby otrzymać jak najwyższą punktację. Oferta zawiera cenę poniżej kosztów świadczenia. Koszty pracowników (40 osób x 3132,48 zł) to 131,564,16, zmienników (x 2) 263.128,32, miesięcy w sezonie = 6, liczba sezonów = 3, co daje sumę bezpośrednich kosztów pracy = 4.736.309,76 zł. Wyliczenie to nie zawiera kosztów jednostek sprzętowych, paliwa oraz zakresu wymaganego w specyfikacji, a objętego ryczałtem, które także powinny być uwzględnione w ofercie Konsorcjum. Mimo to dowodzi, że zaoferowana cena jest poniżej kosztów.

Przy przyjęciu, że pensja pracownika jest na poziomie 3529,00 zł, a koszt pracodawcy wynosi przy tym 4251,74 zł (na podstawie danych GUS za czerwiec 2020 r. jako średnia pensja w transporcie w województwie warmińsko-mazurskim), jest to 6.186.870,72 zł, zatem Konsorcjum nie uwzględniło wszystkich kosztów, a tylko ich teoretyczny stosunek do kosztorysu. Nawet kwota 4.736.309,76 zł wskazuje, że Konsorcjum nie jest w stanie wykonać umowy za tę cenę, przy czym w praktyce należy założyć, że przy zadeklarowanym czasie do 30 min cena za wykonanie zamówienia nie powinna być niższa niż 6.186.870,72 zł brutto.

Naruszanie zasad określonych art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi zarzut towarzyszący naruszeniu innych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w toku postępowania. Orzecznictwo wskazuje, że naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców są najczęstszą przyczyną odwołań. Zgodnie z nakazem uregulowanym w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych

wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni być traktowani na równych prawach w toku całego postępowania. Obowiązek równego traktowania oznacza również, by wszystkie wymagania, które zamawiający bierze pod uwagę na etapie badania oraz oceny złożonych ofert, były znane wykonawcom w chwili przygotowywania ofert. Zamawiającemu nie wolno zawrzeć umowy, której przedmiotem będzie realizacja dostaw, czy usług z wykonawcą, którego wybór nie został poprzedzony stosownym postępowaniem. Naruszeniem przepisu art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych będzie każda okoliczność pominięcia procedur przewidzianych tą ustawą w sytuacjach, w których był obowiązek ich zastosowania albo takie działania zamawiającego, które, naruszając przepisy tej ustawy, mają wpływ na wynik postępowania, tzn. umowa zostaje zawarta nie z tym wykonawcą, który powinien być zostać wyłoniony zgodnie z daną procedurą. Ze względu na ww. okoliczności doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący nie zgodził się z wnioskami i uzasadnieniem Zamawiającego co do odrzucenia odwołania. Wskazał, że prawdą jest że wybór oferty jest czynnością niezależną od czynności odrzucenia oferty w postępowaniu i dokonywaną na podstawie różnych przepisów. Nie zmienia to jednak faktu, że informacja o odrzuceniu przekazywana jest stosownie do postanowień art. 92 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jeżeli zamawiający podaje w zawiadomieniu informację o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, to także o powodach odrzucenia oferty. Sam fakt unieważnienia czynności Zamawiającego stwierdzony w piśmie z 28 lipca 2020 r. nie daje podstaw do oceny (w szczególności, że nie zawiera żadnego uzasadnienia) czynności Zamawiającego związanych z ponowną oceną oferty Konsorcjum. Samo zniesienie czynności nie jest oceną ofert. W dniu przekazania pisma Odwołujący nie mógł wiedzieć, jaka będzie ocena oferty Konsorcjum i wynik postępowania. Zamawiający mógł unieważnić jedną czynność nie tylko dlatego, że uznał ją za bezprawną, ale też dlatego, że uznał jej uzasadnienie za niewłaściwe. Mógł po unieważnieniu oferty poprawić oczywiste czy inne omyłki w ofercie Konsorcjum, ale w dniu poinformowania o unieważnieniu czynności nieznany był Odwołującemu zakres i sposób naniesionych poprawek, stąd nie można było tej czynności skarżyć. Odwołujący nie mógł nawet domniemywać zakresu czynności wykonanych przez Zamawiającego, bo Zamawiający nie uznał odwołania, którego zakres określałby żądania Konsorcjum w tym względzie. Zamawiający najpierw unieważnił czynność, potem Konsorcjum wycofało odwołanie, a następnie Zamawiający ogłosił wynik postępowania. Dopiero po tym fakcie, w wyniku udostępnienia dokumentacji przez Zamawiającego Odwołujący dowiedział się o treści pisma z 28 lipca 2020 r., w którym Zamawiający dokonał poprawienia w ofercie Konsorcjum innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych

warunków zamówienia oraz oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek.

Zamawiający po unieważnieniu wcześniejszej czynności odrzucenia oferty Konsorcjum, mógł dopatrzyć się przesłanek odrzucenia oferty lub wykluczenia Konsorcjum z postępowania. Ponadto unieważnienie czynności mogło być tylko zabiegiem procesowym. Ostateczna ocena ww. prawdopodobnych czynności Zamawiającego mogła być dokonana dopiero po ogłoszeniu wyniku postępowania, dlatego zarzut został zgłoszony w terminie

Odwołujący nie kwestionuje też kryterium oceny ofert określonego w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia ani faktu, że mogą istnieć inni niż Konsorcjum wykonawcy, którzy byliby w stanie wykonać zamówienie z uwzględnieniem czasu 30 minut na podstawienie sprzętu przy odpowiednio skalkulowanej cenie. Właśnie istota zarzutu sprowadza się do tego, że czas jest potencjalnie możliwy do dotrzymania, ale nie przez Konsorcjum i nie przy jego wycenie oferty. Ze względu na te okoliczności Konsorcjum w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadziło Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji w zakresie kryterium oceny ofert „czas na podstawienie sprzętu” oferując niemożliwy do uzyskania dla tego wykonawcy przy realizacji niniejszego zamówienia czas do 30 minut, przez co uzyskał punktację, dzięki której jego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Tak właśnie doszło do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16, ewentualnie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych.

II Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie.

Wskazał, że 1 września 2020 r. poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 14.

14 lipca 2020 r. Zamawiający dokonał poprawienia omyłek w ofercie Konsorcjum w trybie art. 87 ust 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. 15 lipca 2020 r. dokonał odrzucenia oferty Konsorcjum na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ zawiera błędy w obliczeniu ceny. Od powyższej czynności, 24 lipca 2020 r., Konsorcjum wniosło odwołanie (20 sierpnia 2020 r. Konsorcjum wycofało odwołanie). 28 lipca 2020 r. Zamawiający dokonał unieważnienia czynności odrzucenia oferty Konsorcjum oraz poinformował o unieważnieniu czynności z 14 lipca 2020 r. dotyczącej poprawienia w ofercie Konsorcjum oczywistych omyłek rachunkowych. 28 lipca 2020 r. Zamawiający, zgodnie z art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, dokonał poprawienia w ofercie Konsorcjum innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty oraz zgodnie z art. 87

ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprawienia w ofercie Konsorcjum oczywistych omyłek rachunkowych z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek.

W zakresie zarzutu 1. odwołania, tj. zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum z uwagi na to, że złożyło ofertę, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania ze względu na upływanie terminu na wniesienie odwołania.

Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu czynności odrzucenia oferty Konsorcjum 28 lipca 2020 r. Zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Odwołujący winien zatem odwołać się od decyzji Zamawiającego w terminie 10 dni od otrzymania pisma z informacją o unieważnieniu czynności odrzucenia oferty Konsorcjum, tj. najpóźniej do 7 sierpnia 2020 r. Czynność wyboru oferty nie może przywrócić terminu na wniesienie odwołania w powyższym zakresie. Odwołujący przystąpił również do prowadzonego w tej sprawie odwołania (KIO 1719/20) i miał świadomość, jakich zarzutów i żądań owo odwołanie dotyczyło. Odwołujący stwierdził w odwołaniu, że „odrzucenie oferty Konsorcjum było zatem prawidłowe, o czym Zamawiający poinformował Odwołującego w piśmie z dnia 15 lipca 2020 r.” Zatem Odwołujący również jako czynność stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania w zakresie tego zarzutu wskazuje na odrzucenie oferty (oraz jego późniejsze unieważnienie). Wybór oferty jest czynnością niezależną od czynności odrzucenia oferty w postępowaniu i dokonywaną na podstawie różnych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zatem odwołanie zostało wniesione niezgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. po upływie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia.

Zamawiający wskazał też, że wszelkie jego decyzje i czynności wynikają z aktualnego brzemienia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający podjął decyzję o poprawieniu omyłek zgodnie z pismem z 28 lipca 2020 r. na podstawie przepisów prawa oraz zgodnie z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W formularzu cenowym dla zadania nr 14 Zamawiający zastrzegł, że w kolumnie nr 2 wiersz nr 13 formularza cenowego „wartość w kol. 7 nie może przekroczyć 30 % wartości pracy sprzętu łącznie z Lp. 12, kol. 7” oraz w kolumnie nr 2 wiersz nr 13 formularza cenowego „wartość w kol. 7 nie może przekroczyć 20 % wartości pracy sprzętu łącznie z Lp. 12, kol. 7”.

Zamawiający w żadnym miejscu specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie zastrzegł, że w przypadku przekroczenia wskazanych limitów dokona odrzucenia oferty na podstawie

art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z tym, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nawet gdyby takie zastrzeżenie znalazło się w specyfikacji, to zgodnie z wyrokiem KIO 388/20 taka sankcja nawiązuje do art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, który zawiera zastrzeżenie, zgodnie z którym sankcja odrzucenia oferty nie znajduje zastosowania, jeśli istnieją przesłanki do poprawienia oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W każdym zatem przypadku niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji zamawiający przed odrzuceniem oferty ma obowiązek przeanalizowania możliwości poprawienia omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3. Należało zatem przyjąć, że wskazane postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowiły instrukcję, w jaki sposób poprawiona zostanie oferta w przypadku niedotrzymania wskazanego przez Zamawiającego limitu.

W okolicznościach niniejszej sprawy poprawienie omyłki nie oznaczało konieczności prowadzenia niedozwolonych negocjacji z zamawiającym, o których mowa w art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a w konsekwencji nie została naruszona zasada równego traktowania wykonawców wynikająca z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zdaniem Zamawiającego w stanie faktycznym niniejszej sprawy zaistniała możliwość samodzielnego poprawienia omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a działania te nie musiały być poprzedzone jakimikolwiek wyjaśnieniami ze strony Konsorcjum, jak też informacjami zawartymi w odwołaniu Konsorcjum KIO 1719/20. Po zapoznaniu się z treścią tego odwołania Zamawiający uznał, iż jest możliwość poprawienia niniejszych omyłek według ogólnych zasad matematycznych. Przy poprawianiu omyłki Zamawiający uwzględnił kolejność działań, jakie należało wykonać zgodnie z logiką wzoru formularza cenowego i matematyką. Bezzasadne jest zatem twierdzenie Odwołującego, że możliwy jest inny sposób poprawienia omyłki. Odwracałoby to bowiem kolejność i logikę działań matematycznych oraz wzoru formularza cenowego. Nie jest zatem prawdziwe twierdzenie Odwołującego, że „w oparciu o treść oferty Konsorcjum, tj. Formularza Cenowego Zamawiający nie mógł samodzielnie poprawić wartości w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, bo nie mógł ustalić, jaką konkretnie kwotę (o ile niższą od wpisanej) Wykonawca chciałby ująć w pozycji Lp. 13, kol. 6.”

Art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych brzmi: „Zamawiający poprawia w ofercie 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”. Ustawa nie nadaje zatem temu konkretnemu przepisowi przymiotu oczywistości (jak ma to miejsce w przypadku art. 87 ust. 2 pkt 1 oraz 2 ustawy Prawo zamówień publicznych). Zgodnie z uchwałą KIO/KU 64/19 „omyłką jest w tym przypadku niezamierzony błąd wykonawcy, skutkujący niezgodnością

oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. O omyłce, podlegającej poprawie przez zamawiającego, możemy mówić jedynie wtedy, gdy na podstawie treści oferty i ewentualnie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, możliwe jest ustalenie, że zamiarem wykonawcy było w istocie złożenie oferty zgodnej z oczekiwaniami zamawiającego. W orzecznictwie przyjmuje się, że z omyłką, możliwą do poprawy przez zamawiającego, mamy do czynienia wówczas, gdy zamawiający posiada wszelkie dane niezbędne do samodzielnego jej poprawienia (m.in. wyrok KIO z 2 czerwca 2014 r., sygn. akt: KIO 1022/14). Jeżeli Zamawiający nie jest w stanie odtworzyć właściwej, niezniekształconej treści oferty, dokonać poprawienia omyłki, co do zasady, nie może dokonać poprawienia omyłki.” Zatem nie jest przeszkodą dla poprawienia omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych posiłkowanie się wyjaśnieniami wykonawcy w tym zakresie. W ocenie Zamawiającego można tu mówić o omyłce, która (gdyby nie została poprawiona) powodowałaby niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, tj. z limitami wskazanymi przez Zamawiającego. Nie można uznać, że już sama czynność poprawienia omyłki stanowi istotną zmianę w treści oferty. Gdyby tak było, przepis o poprawieniu omyłek w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych byłby przepisem martwym. W trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający poprawił wyłącznie po jednej pozycji z każdej tabeli. Wszelkie pozostałe zmiany były konsekwencjami rachunkowymi tego poprawienia. Nie można mówić w przedmiotowej sprawie o gruntownym „przebudowaniu oferty” Konsorcjum po terminie składania ofert, gdyż wartość brutto oferty Konsorcjum w wyniku poprawienia omyłek uległa zmianie z kwoty 4.327.817,58 zł na kwotę 4.327.817,39 zł, zatem o 19 groszy. Jest to błąd marginalny w odniesieniu do wartości zamówienia oraz ceny oferty. Poprawienie omyłki nie miało żadnego wpływu na pozycję Konsorcjum w rankingu ofert ani na liczbę punktów przyznanych Konsorcjum w kryterium „cena (cena ofertowa brutto)”. Przeszkody w zastosowaniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie stanowi fakt, że poprawiona oferta jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu. Poprawienie omyłki nie może prowadzić bowiem do istotnej zmiany treści oferty (tj. merytorycznej zawartości oferty), a nie zmiany, która będzie miała istotne znaczenie dla wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przyjęcie odmiennego stanowiska prowadziłoby do błędnego wniosku, że nie można dokonać poprawy omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeśli skutkiem tego działania będzie uznanie jej za najkorzystniejszą. Odwołujący powołał się na nieaktualne oraz nieadekwatne do niniejszej sprawy orzecznictwo. Niedopuszczalna jest interpretacja przepisów odnośnie poprawiania omyłek w ofertach dokonana przez Odwołującego. Celem tej regulacji było umożliwienie poprawienia błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Punktem odniesienia przy ocenie dopuszczalności dokonania poprawy jest odniesienie dokonanej

poprawy do całości oferowanego przez wykonawcę świadczenia. Okoliczność, że zmiana miałaby dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych umowy (*essentialia negotii*) lub elementów uznanych za istotne przez zamawiającego, a nawet fakt, że skutkiem dokonanej poprawy miałyby być zmiana ceny oferty, nie stanowi okoliczności uniemożliwiających dokonanie poprawy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Znaczenie ma bowiem, czy poprawienie omyłki w sposób istotny zmienia treść oferty w znaczeniu treści oświadczenia woli wykonawcy, a nie, czy tkwi w jej istotnych postanowieniach. Zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę w szczególności wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa wynika z innych elementów składających się na ofertę, przy czym nie jest wykluczone, że w pewnych okolicznościach poprawienie omyłki będzie miało miejsce po uzyskaniu od wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający wniósł o odrzucenie zarzutu zaniechania wykluczenia Konsorcjum z uwagi na to, że wprowadziło Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji w zakresie kryterium oceny ofert: „czas na podstawienie sprzętu” oferując niemożliwy do uzyskania dla tego wykonawcy przy realizacji niniejszego zamówienia czas do 30 minut ze względu na upływanie terminu na wniesienie odwołania. Zamawiający 16 kwietnia 2020 r. zamieścił na stronie internetowej ogłoszenie o zamówieniu oraz specyfikację istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z art. 180 ust. ustawy Prawo zamówień publicznych odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawarto opis kryteriów oceny ofert, w tym zakwestionowane, najwyżej punktowane 30 minut na podstawienia sprzętu. Odwołujący winien zatem odwołać się od decyzji Zamawiającego w terminie 10 dni od zamieszczenia na stronie ogłoszenie o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. najpóźniej do 27 kwietnia 2020 r. Czynność wyboru oferty nie może przywrócić terminu na wniesienie odwołania w powyższym zakresie. Całość powyższego zarzutu opiera się na twierdzeniu Odwołującego, że niemożliwa jest realizacja zamówienia w sposób określony przez Zamawiającego bez naruszenia zapisów umowy. Odwołujący winien zatem odwołać się od postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a nie na zaoferowanie przez jednego z wykonawców czasu na podstawienie sprzętu zgodnego i dopuszczonego specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Twierdzenia zawarte w uzasadnieniu dla niniejszego zarzutu to jedynie spekulacje i domysły, a Odwołujący bez oparcia w dowodach stara się wykreować taki obraz sytuacji, z którego wynikałoby, iż w przypadku Konsorcjum nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia na zaoferowanych warunkach. Zamawiający w punkcie 19.1.2 IDW (na podstawie wieloletniej

praktyki i własnych analiz) przewidział w kryterium oceny ofert możliwość zaoferowania przez wykonawców czasu na podstawienie sprzętu do 30 minut i zaoferowanie takiego czasu nie może spotkać się z negatywnymi konsekwencjami ze strony Zamawiającego.

W ocenie Zamawiającego bez znaczenia jest, czy wykonawca posługuje się przy realizacji zamówienia podwykonawcami, czy też nie. Niedopuszczalne jest w ocenie Zamawiającego twierdzenie, że realizacja zamówienia nie jest możliwa w czasie krótszym niż zaoferował to Odwołujący tylko dlatego, że podwykonawcy, z którymi miał zamiar współpracować, odmówili mu realizacji zamówienia w takim czasie. Nie udowadnia to niczego w zakresie sytuacji Konsorcjum, a jedynie potwierdza, że to Odwołujący nie był w stanie zaoferować czasu na podstawienie sprzętu do 30 minut. W ocenie Zamawiającego poczynione przez Odwołującego wyliczenia, zarówno co do czasu realizacji, jak i kosztów, pozostają bez znaczenia dla sprawy, gdyż nie są to wyliczenia Konsorcjum, a Odwołujący sporządził je samodzielnie, na potwierdzenie swoich tez zawartych w odwołaniu.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z dokumentami złożonymi przez Konsorcjum będzie ono dysponowało Bazą ZUD „Nidzica” zlokalizowaną w odległości do 5 km od węzła Nidzica Północ lub Nidzica Południe, DK S7, z wyposażeniem zgodnym z załącznikiem nr 3 do specyfikacji technicznych. Nie jest zatem prawdą, a także nie zostałyby dopuszczone przez Zamawiającego, realizowanie zamówienia z bazy ZUD w Mławie, gdyż baza taka nie spełniałaby wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Twierdzenie zatem przez Odwołującego, że Konsorcjum nie posiada bazy na terenie wykonania przedmiotu zamówienia jest nieprawdą. W treści odwołania brak jest jakichkolwiek elementów wskazujących, iż przedstawione wyceny, szacunki czy kalkulacje dotyczą wskazanych przez Konsorcjum elementów usług i wykazywanych osób (wykonawcy nie byli zobowiązani do wykazywania się osobami niezbędnymi do realizacji zamówienia). Nie ma też informacji lub dowodów pochodzących w tym zakresie od Konsorcjum lub jego dotyczących.

Co do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ponieważ w sytuacji zaoferowania czasu na podstawienie sprzętu poniżej 30 minut, zaoferowana przez tego wykonawcę cena ofertowa brutto (po omyłek rachunkowych) w wysokości 4.327.817,39 zł jest ceną dumpingową – poniżej kosztów świadczenia usługi będącej przedmiotem zamówienia (pomimo, że wyższą od ceny Odwołującego) Zamawiający stwierdził, że w jego ocenie oferta Konsorcjum nie narusza wskazanych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie może stanowić czynu nieuczciwej konkurencji wskazanie, iż zamówienie będzie realizowane zgodnie z przyjętym przez Zamawiającego kryterium oceny ofert. Przedstawione wyliczenia sporządzone są przez Odwołującego i na jego rzecz oraz wykonane są wyłącznie na potrzeby postawionych przez

Odwołującego tez. Chociażby z ofert złożonych w ramach niniejszego postępowania wynika, że realizacja usług objętych przedmiotem zamówienia jest możliwa przy założeniu czasu na podstawienie sprzętu do 30 minut. Na 11 z 17 zadań, na których dokonany został wybór oferty najkorzystniejszej (2 zadania unieważniono), w wybranych ofertach zaoferowano czas na podstawienie sprzętu do 30 minut. Takie sporządzenie i skalkulowanie oferty nie wpływa na cenę tak, jak stara się to przedstawić Odwołujący. Odwołujący powinien w pierwszej kolejności zapoznać się z treścią złożonych przez siebie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, gdyż stoją one w sprzeczności z tym, co stara się udowodnić w odwołaniu i ukazują, jak odmiennie Odwołujący twierdzi, że wycenił swoją ofertę według zasady: „Zamawiający wymagał złożenia oferty wg własnych subiektywnych założeń i nie zamówił konkretnej ilości godzin pracy/dyżury, tylko stworzył szacunek wartości”, a w odwołaniu w stosunku do oferty Konsorcjum twierdzi, że jeśli zaoferowane 30 minut miało być wykonywane na czas, wykonawca poniesienie stosunkowo duże koszty oczekiwania na zlecenie.

W ocenie Zamawiającego nie sposób uznać za dowód wyliczeń Odwołującego w stosunku do oferty złożonej przez Konsorcjum. Nie sposób uznać, że zaoferowanie przez Konsorcjum odmiennej od Odwołującego oferty w zakresie kryteriów oceny ofert stanowi samo w sobie czyn nieuczciwej konkurencji. Wyliczenia Odwołującego są nierealne i sporządzone zostały wyłącznie dla poparcia stawianych przez siebie tez. Zgodnie z tabelą przedstawioną przez Odwołującego kwota za realizację zamówienia, która jest według niego realna, jest o ponad 2,5 mln (tj. o około 69%) wyższa od ceny oferty Odwołującego. Według Odwołującego wpływ ma na to wyłącznie różnica w zaoferowanym czasie na podstawienie sprzętu.

Co do zarzutu naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający wskazał, że całość postępowania przeprowadził z poszanowaniem zasad określonych w art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak i ustawy w całości. Ponieważ Odwołujący nie odniósł się merytorycznie, w jaki sposób rzekomo Zamawiający dokonał naruszenia wskazanych przepisów, Zamawiający nie ma możliwości odniesienia się do zarzutu.

III Stanowisko Przystępującego

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił wykonawca Eurobet Sp. z o.o.

Przystępujący wskazał, że dotychczas to on wykonywał przedmiotowe usługi dla Zamawiającego, a jego czas reakcji wynosił 60 minut. Wyjaśnił też, iż bazy w Tomaszku i w Olsztynku są bazami Zamawiającego, natomiast w Nidzicy wykonawca sam musi sobie zorganizować bazę. Ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika obowiązek

posiadania bazy w Nidzicy. Pracownicy wykonawcy muszą dotrzeć do trzech baz jednocześnie. Akcje tego typu są prowadzone głównie w nocy ze względu na warunki pogodowe spowodowane zwłaszcza nagłą różnicą temperatur. Kierowcy muszą do tych baz dojechać. Czas dojazdu do baz nie pozwoli pracownikom dojechać w ciągu 30 minut, natomiast gotowość wykonawcy rozpoczyna się nie w momencie przyścia pracownika do pracy, lecz gotowości pojazdu do wyjazdu. Najczęściej są to solarki, które wymagają obsługi codziennej i sprawdzenia technicznego. Jeśli solarka nie da się uruchomić lub stwierdzone są usterki techniczne, nie może wyjechać na drogę. Jeśli w bazie znajdują się dodatkowe solarki, musi nastąpić ich kolejne sprawdzenie.

Przystępujący posiada bazę w odległości 500 m – 1 km od Zamawiającego. W ciągu dnia pracownicy mogą wykonywać różne prace i są w stanie w ciągu godziny przerwać wykonywaną pracę i być w gotowości do obsługi pojazdów, mają też możliwość dojechania w tym czasie. W miejscu takim jak Olsztyn jest inna specyfika działania, inna też jest na drogach jednopasmowych. Natomiast rejon Olsztynka różni się od pozostałych zadań, ponieważ jest to jedyna droga dwupasmowa. W innych zadaniach wykonawcy oferowali 30 minut i nie był to czas nierealny, natomiast Zamawiający nie zastanowił się nad realnością 30 minut w tym zadaniu. Być może wynikało to z tego, że Przystępujący, który do tej pory świadczył usługę, wywiązywał się z obowiązku stawienia w ciągu 60 minut, które przyjął jako swój czas reakcji, więc Zamawiający nie musiał rozważać, że 30 minut to zbyt krótko.

IV Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, 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 w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ocenie Izby termin na wniesienie odwołania w tym przypadku, w stosunku do wszystkich zarzutów, liczony być powinien od chwili powtórnego powiadomienia wykonawców o wyniku postępowania dla przedmiotowego zadania – po powtórzeniu czynności przez Zamawiającego, a nie od dnia unieważnienia pierwotnej czynności odrzucenia oferty Konsorcjum czy opublikowania ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Samo unieważnienie czynności nie ma jeszcze bowiem doniosłego skutku dla postępowania, ponieważ nie wiadomo w tym momencie, jaka będzie kolejna decyzja Zamawiającego – nie musiał to być wybór oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej. Poprzez unieważnienie czynności Zamawiający jedynie „cofnął” swoje czynności do etapu badania i oceny ofert, dlatego też unieważnienie czynności samo w sobie nie wyrządza szkody wykonawcom. Nie

wnosi się też odwołań co do spodziewanego/przewidywanego wyniku postępowania czy rozstrzygnięcia w zakresie danej oferty do momentu rzeczywistego ujawnienia tego wyniku.

Unieważnienie to nie było też powiązane z uwzględnieniem odwołania Konsorcjum, w stosunku do którego Odwołujący mógłby złożyć sprzeciw, zatem nie zachodzą tu okoliczności wskazane w art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołanie zostało w konsekwencji wycofane przez Konsorcjum, przedmiotowa kwestia nie została więc rozstrzygnięta przez Izbę ani nie zachodzi sytuacja, w której Zamawiający miałby postąpić w sposób deklarowany w uwzględnieniu odwołania.

Co zaś do zarzutu dotyczącego zaoferowania 30-minutowego terminu na podstawienie sprzętu, Izba stwierdziła, że zarzut nie dotyczy przewidzianego przez Zamawiającego kryterium oceny ofert jako takiego, lecz faktu, że – w ocenie Odwołującego – Konsorcjum nie jest w stanie zapewnić podstawienia sprzętu we wskazanym czasie. Odwołujący nie negował bowiem faktu ustanowienia takiego kryterium ani nawet nie twierdził, że jest to wymóg obiektywnie niespełnialny, gdyż przy poniesieniu stosownych kosztów i zapewnieniu odpowiedniego personelu, jest on możliwy do dotrzymania. Tym samym również w tym wypadku termin na wniesienie odwołania powinien być liczony od dnia przekazania wykonawcom informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej dla zadania, a nie od publikacji ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania w zakresie postawionych zarzutów nie jest sporny między Stronami i Przystępującym.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron i Przystępującego, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przetargowego przedstawionej przez Zamawiającego oraz stanowisk Stron i Przystępującego przedstawionych w pismach i podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie.

Czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo że złożyło ofertę, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz która zawiera błędy w obliczeniu ceny, a zaistniałej rozbieżności nie można poprawić w oparciu o przepis art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności jego punkt 3,

2. art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych lub – z ostrożności procesowej – art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum, pomimo że w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, ewentualnie co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawiło informacje

wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu i wprowadziło Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji w zakresie kryterium oceny ofert „czas na podstawienie sprzętu” (pkt 19.1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia), oferując niemożliwy do uzyskania dla tego wykonawcy przy realizacji niniejszego zamówienia czas do 30 minut, przez co uzyskało punktację, dzięki której jego oferta została uznana za najkorzystniejszą,

3. względnie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ponieważ w sytuacji zaoferowania czasu na podstawienie sprzętu poniżej 30 minut zaoferowana przez tego wykonawcę cena ofertowa brutto (po poprawieniu omyłek) w wysokości 4.327.817,39 zł jest ceną dumpingową – poniżej kosztów świadczenia usługi będącej przedmiotem zamówienia,

4. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Powyższe przepisy stanowią:

Art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.”

Art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych: „Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.”

Art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: 16) wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne „kryteria selekcji” lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów; 17) wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3; 3) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji

w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; (...) 6) zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu”.

Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający poprawia w ofercie inne (niż oczywiste omyłki pisarskie i oczywiste omyłki rachunkowe oraz ich konsekwencje) omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji: „Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: 1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców”.

Art. 15 ust. 2 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji: „Czyn, o którym mowa w ust. 1 pkt 5, może polegać w szczególności na: 1) ograniczeniu w istotny sposób lub wyłączeniu możliwości dokonywania przez klienta zakupu u innego przedsiębiorcy”.

Jak wynika już z samej treści przepisu, przywołanie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych jest nieadekwatne do stanu faktycznego rozpatrywanej sprawy, zarzuty nie dotyczą bowiem przedstawienia informacji, że Konsorcjum nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji lub zataiło te informacje, lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów, czyli do okoliczności, o których mowa w art. 22-24 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zarzuty dotyczą kryterium oceny ofert, które nie wchodzi w zakres przedmiotowy tego przepisu.

W istocie zarzuty odwołania można podzielić na dwie główne kwestie (dwa zarzuty): poprawienia oferty Konsorcjum zamiast jej odrzucenia oraz akceptacji zaoferowanego niemożliwego do dotrzymania czasu podstawienia pojazdów 30 minut zamiast odrzucenia oferty i/lub wykluczenia Konsorcjum z tego powodu.

W zakresie zarzutu pierwszego, tj. nieuprawnionego poprawienia oferty Konsorcjum Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Konieczność odrzucenia oferty Konsorcjum Odwołujący wiązał z nałożonym przez Zamawiającego w punkcie 15. specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Opis sposobu obliczenia ceny” wymogiem, by w zawartej w ofercie – formularzach cenowych, na podstawie których należało wyliczyć cenę oferty, w tabeli „SEZON 2020/2021” w kolumnie nr 2 wiersz nr 13 wartość w kolumnie 7. nie przekraczała 30% wartości pracy sprzętu łącznie z Lp.12, kol. 7. Podobnie w tabeli „SEZONY 2021/2022 i 2022/2023” w kolumnie nr 2 wiersz nr 13 formularza cenowego Zamawiający zastrzegł, że „wartość w kol. 7 nie może przekroczyć 20% wartości pracy sprzętu łącznie z Lp. 12, kol. 7”. Jak wskazał Odwołujący – wartość

pracy sprzętu z formularza cenowego Konsorcjum Lp. 12, kol. 7 wynosi 1.286.465,00 zł. Wartość w Lp. 13, kol. 7 wynosi 385.939,56 zł (po poprawieniu omyłek rachunkowych). 30% kwoty z Lp. 12, kol. 7 wynosi 385.939,50 zł, zatem wartość Lp. 13, kol. 7 przekracza 30% wartości z Lp. 12, kol. 7. W drugiej tabeli wartość pracy sprzętu łącznie z Lp. 12, kol. 7 wynosi 972.847,50 zł, wartość w Lp. 13, kol. 7 wynosi 194.569,56 zł (po poprawieniu omyłek rachunkowych). 20% kwoty z Lp. 12, kol. 7 wynosi 194.569,50 zł – oznacza to, że wartość Lp. 13, kol. 7 przekracza 20% wartości z Lp. 12, kol. 7.

Zdaniem Odwołującego stanowi to o niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz o błędzie w obliczeniu ceny oferty w stosunku do wskazanego przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sposobem.

Zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, inaczej oferta podlega odrzuceniu. Podobnie, jeśli zawiera błąd w obliczeniu ceny (art. 89 ust. 1 pkt 6 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. Ust. 1a dotyczy postępowania prowadzonego w trybie dialogu konkurencyjnego i nie ma zastosowania w niniejszej sprawie. Natomiast zgodnie z art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający poprawia w ofercie: 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.

W ocenie Izby oferta Konsorcjum w tym zakresie została złożona z uwzględnieniem przedmiotowego wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawartego w punkcie 15.1.

Zgodnie z przedmiotowym postanowieniem zawartym w opisie pozycji 13. formularza cenowego dla zadania 14. „Sezon 2020/2021”: „sezonowy ryczałt za gotowość (wartość w kol. 7 nie może przekroczyć 30% wartości pracy sprzętu łącznie z Lp. 12. kol. 7.)”.

Kolumna 7. zawiera „cenę netto jeden sezon [zł]” i pierwotnie (przed poprawieniem) w pozycji 12. tabeli „Praca i dyżur sprzętu łącznie” zawierała kwotę 1.286.465,00 zł (kwota

podana przez Konsorcjum). Pozycja 12. zawiera sumę pracy sprzętu oraz osób wskazanych w pozostałych 11 pozycjach.

Kwota podana przez Konsorcjum w pozycji 13. to 385.939,50 zł. Jest to zatem dokładnie 30% kwoty 1.286.465,00 złotych podanej w pozycji 12. tabeli. Tym samym z porównania kwot wyraźnie wynika, że Konsorcjum zamierzało zastosować się do przywołanego postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wskazało na kwotę równą 30% wartości z pozycji 12., jak tego wymagał Zamawiający.

Wszystkie dokonane przez Konsorcjum obliczenia formularza cenowego w tej tabeli są poprawne, za wyjątkiem poz. 13. kol. 6. – gdzie też co prawda nie są w zasadzie niepoprawne, lecz ze względu na dokonane zaokrąglenie połowy grosza, wprowadzają dodatkowe 6 groszy, co stało się w konsekwencji powodem szeregu poprawek dokonanych przez Zamawiającego.

Otóż w pozycji 13., w kolumnie 5. Zamawiający podał „ilość rat w sezonie” – 12, a w kolumnie 6. nakazał podać „ratę za ryczał netto [zł]”. Konsorcjum dokonało podziału kwoty 385.939,50 na wymaganych 12 rat, co rachunkowo dało wartość 32.161,625 zł – po wymaganym zaokrągleniu do 2 miejsc po przecinku kwota ta wyniosła 32.161,63 zł – i tak została wpisana do formularza. Jednak po przemnożeniu 32.161,63 zł przez 12 rat (miesiący), dało to kwotę 385.939,56 zł, która o 6 groszy przekroczyła ustanowiony limit 30%.

Zdaniem Izby logiczne w tym przypadku jest przyjęte przez nią założenie, że Konsorcjum dokonało działań właśnie w ten sposób, tj. najpierw ustaliło wartość 30% od kwoty 1.286.465 zł, a następnie podzieliło ją na wymaganą przez Zamawiającego liczbę rat. Potwierdzają to kwoty w tych pozycjach: $1.286.465 \times 30\% = 385.939,50 \div 12 = 32.161,625$, zaokrąglenie 5 „do góry” = 32.161,63. Poza tym pozycja 13. – jak wynika z jej opisu – odnosi się do pozycji 12. (jest to maksymalnie 30% wartości pozycji 12.) i nie powstała z samodzielnego przeliczenia tej pozycji, tzn. to nie kwota rat jest podstawą obliczenia wartości kolumny 7., lecz wartość sezonu z kolumny 7. jest podstawą do określenia wysokości miesięcznych rat.

Niestety, z doświadczenia wynika, że „zaokrąglenia” tego typu wprowadzają zamęt w obliczeniach formularzy, ponieważ dają sprzeczne wyniki w zależności od tego, w którą stronę dokonuje się ponownego przeliczenia. Przy czym są nierozwiązywalne w tym znaczeniu, że (przy konieczności zaokrąglenia) nie ma liczby, która dałaby jednakowy wynik przy przeliczeniu we wszystkich opcjach.

Zatem, w ocenie Izby, najlogicznym w tej sytuacji rozwiązaniem powyższego impasu, a więc działaniem Konsorcjum, a następnie Zamawiającego poprawiającego ww. „pomyłkę” (jeśli w ogóle uznać to za pomyłkę rachunkową, gdyż rachunkowo jest to *de facto* poprawne) jest albo pogodzenie się przez Zamawiającego z tym paradoksem i stratą w wysokości pół grosza miesięcznie w płaconych ratach, a w konsekwencji pozostawienie obliczeń bez

zmian. Albo też – gdyż zrozumiałe jest, iż Zamawiający nie chciał ustanowionego limitu przekroczyć nawet o owe 6 groszy – poprawienie jedynie kwot w kolumnach 6. i 7. pozycji 13., tj. wpisanie wartości 32.161,62 zł i 285.939,44 zł. Jednocześnie daje to bowiem i poprawność rachunkową, i zgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a spełnia postulat jak najbardziej zminimalizowanej ingerencji w ofertę i odzwierciedla wolę wykonawcy, by kwota ta wynosiła całe możliwe 30% (w tym wypadku to wykonawca musiałby się pogodzić ze stratą owego pół grosza miesięcznie).

Poprawną podstawą prawną tego działania byłby art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż byłaby to ingerencja w treść oferty, a nie poprawienie omyłki rachunkowej (rachunki są poprawne, gdyż zaokrąglenie jest poprawne). W oczywisty sposób nie jest to zmiana istotna (po pierwsze jest to jedynie 6 groszy, a po drugie doprowadzenie do zgodności formalnej oferty, a nie merytorycznej, gdyż merytorycznie wskazane kwoty są poprawne – jeśli liczy się od „prawidłowej” strony).

Niemniej jednak sposób, w który Zamawiający dokonał poprawek, nie jest niezgodny z przepisami, bowiem również daje się racjonalnie wyjaśnić. A przy tym rzeczywiście wartość dokonanych poprawek jest groszowa.

Podobnie, jeśli chodzi o tabelę „Sezon 2021/2022 i 2022/2023”. W tabeli tej w kolumnie 7. pozycji 13. wykonawcy mieli podać „sezonowy ryczałt za gotowość (wartość w kol. 7 nie może przekroczyć 20% wartości pracy sprzętu łącznie z Lp. 12. kol. 7.)”. Kolumna 7. zawiera „cenę netto jeden sezon [zł]” i pierwotnie (przed poprawieniem) w pozycji 12. tabeli „Praca i dyżur sprzętu łącznie” zawierała kwotę 972.847,50 zł (kwota podana przez Konsorcjum). Pozycja 12. zawiera sumę pracy sprzętu oraz osób wskazanych w pozostałych 11 pozycjach.

Kwota podana przez Konsorcjum w pozycji 13. to 194.569,50 zł. Jest to zatem dokładnie 20% kwoty 972.847,50 złotych podanej w pozycji 12. tabeli. Tym samym z porównania kwot wyraźnie wynika, że i w tym wypadku Konsorcjum zamierzało zastosować się do przywołanego postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wskazało na kwotę równą 20% wartości z pozycji 12., jak tego wymagał Zamawiający.

W kolumnie 5. pozycji 13. Zamawiający również wskazał „ilość rat w sezonie” – 12, a w kolumnie 6. nakazał podać „ratę za ryczałt netto [zł]”. Konsorcjum dokonało podziału kwoty 194.569,50 na wymaganych 12 rat, co rachunkowo dało wartość 16.214,125 zł – po wymaganym zaokrągleniu do 2 miejsc po przecinku kwota ta wyniosła 16.214,13 zł – i tak została wpisana do formularza. Dodatkowo, ze względu na to, że tabela ta obejmowała 2 sezony, wartość kolumny 7. pozycji 13. została przemnożona przez 2, co dało wartość w kolumnie 9. równą 389.139 zł netto, podatek VAT 31.131,12 (kolumna 10.), wartość brutto 420.270,12 zł (kolumna 11.).

Jednak po przemnożeniu 16.214,13 zł przez 12 rat, dało to kwotę 194.569,50 zł, która o 6 groszy przekroczyła ustanowiony limit 20%.

Zatem również w tym przypadku najłatwiejsze byłoby poprawienie kwoty 16.214,13 na 16.214,12 i kwoty 972.847,50 na 972.847,44 zł. Ale poprawienie w sposób dokonany przez Zamawiającego również jest do zaakceptowania.

W niniejszym stanie faktycznym trudno więc tak naprawdę w ogóle mówić o błędzie w obliczeniu ceny, niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia czy o błędach rachunkowych, a tym samym o konieczności ich poprawiania – raczej chodzi tu o taką możliwość (nie konieczność). Zamawiający takich poprawek jednak dokonał, a Konsorcjum je zaakceptowało. Tym samym – czy to z dokonaniem poprawki, czy też nie, nie ma podstaw do odrzucenia oferty Konsorcjum.

Co do zarzutu dotyczącego zaoferowania nierealnego dla Konsorcjum przy zaoferowanej cenie „czasu na podstawienie sprzętu” będącego kryterium oceny ofert, Izba stwierdziła co następuje.

Zgodnie z punktem 19.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryteriami wyboru oferty najkorzystniejszej były: cena z wagą 90% i czas na podstawienie sprzętu z wagą 10%. W opisie sposobu oceny ofert w kryterium „czasu na podstawienie sprzętu” Zamawiający wskazał, że kryterium to będzie rozpatrywane na podstawie zadeklarowanego przez wykonawcę w formularzu oferty czasu na podstawienie sprzętu od momentu wezwania. Terminy podlegające ocenie w ramach kryterium: do 30, 45 i 60 minut. Liczba punktów miała być przyznawana następująco: - czas na podstawienie sprzętu do 60 min: 0 pkt; - czas na podstawienie sprzętu do 45 min: 5 pkt; - czas na podstawienie sprzętu do 30 min: 10 pkt. Maksymalną liczbę punktów miała otrzymać oferta z czasem podstawienia do 30 min od momentu telefonicznego wezwania – 10 pkt. Minimalną liczbę punktów miała otrzymać oferta z czasem podstawienia do 60 min od momentu telefonicznego wezwania – 0 pkt.

Konsorcjum otrzymało 83,06 punktów w ramach kryterium ceny (4.327.817,58 zł) oraz 10 punktów w kryterium czasu na podstawienie sprzętu (do 30 minut), łącznie 93,06 punktów. Natomiast Odwołujący otrzymał 90,00 punktów w kryterium ceny (3.660.206,40 zł) i 0 punktów w kryterium czasu na podstawienie sprzętu (do 60 minut), łącznie 90,00 punktów. Również Przystępujący zaoferował „czas na podstawienie sprzętu” do 60 minut, przy czym cena jego oferty była wyższa niż cena oferty Konsorcjum (4.457.430 zł). W czwartej ze złożonych dla zadania 14. ofert wskazano cenę 6.094.897,92 zł i czas na podstawienie sprzętu do 60 minut.

Zdaniem Odwołującego i Przystępującego Konsorcjum zaoferowało nierealne zestawienie deklarowanego czasu na podstawienie sprzętu i ceny oferty, która to „inżynieria w ramach kryteriów” okazała się skuteczna i pozwoliła Konsorcjum na wyższą ocenę punktową tej oferty i jej wybór. Obaj wykonawcy stwierdzili, że z ich doświadczenia zawodowego wynika, że czas 30 minut nie jest niemożliwy do zaoferowania, jednak pod warunkiem pozostawiania pracowników wykonawcy w gotowości do świadczenia usługi – w praktyce na miejscu w ZUD, co wiąże się dla wykonawcy z dużymi dodatkowymi kosztami pracy tych osób, w kwocie wyższej niż wynika to z zaoferowanej przez Konsorcjum ceny. Z drugiej strony, przy braku założenia, że pracownicy ci będą w stałej gotowości, 30 minut jest czasem zbyt krótkim na osiągnięcie wymaganej gotowości pojazdów. Na dowód wykonawcy ci przedstawili swoje wyliczenia i założenia.

Oczywiście owe wyliczenia i założenia nie są w tej sprawie dowodem przesądającym o słuszności ich twierdzeń, ale są to jedyne wyliczenia i założenia, jakie zostały Izbie przedstawione, gdyż ani Konsorcjum (które w ogóle nie przystąpiło do postępowania odwoławczego), ani Zamawiający takowych nie przedstawili. Kwestia ta nie była również wyjaśniana w toku postępowania przetargowego.

W związku z powyższym brakiem stanowiska strony przeciwnej Izba stwierdziła, że brak jest danych do rozstrzygnięcia, czy oferta Konsorcjum w zakresie zaoferowanego „czasu na podstawienie sprzętu” posiada cechy wskazywane w zarzutach Odwołującego, zwłaszcza, że na tym etapie jest to wyłącznie deklaracja wykonawcy zawarta w formularzu ofertowym. Tym samym konieczne jest wyjaśnienie tej kwestii. Z punktu widzenia zasady uczciwej konkurencji niemożliwe jest bowiem z jednej strony zaakceptowanie oferty nierzetelnej, niewiarygodnej i czerpiącej korzyści z „inżynierii” w stosunku do przewidzianego przez Zamawiającego zestawu kryteriów oceny ofert – ze szkodą dla innych wykonawców oraz dla Zamawiającego (zarówno wyższa cena świadczenia usługi, jak i realizacja zamówienia niezgodnie z założeniami). Z drugiej zaś – odrzucenie oferty wykonawcy, która może być prawidłowa i rzetelna, w sytuacji, gdy brak jest w tym zakresie konkretnych danych od oferenta (Konsorcjum).

Tym samym, w ocenie Izby, słusznym rozwiązaniem jest powtórzenie czynności badania i oceny ofert dla zadania 14. (po uprzednim unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla tego zadania) i wezwanie Konsorcjum do wyjaśnienia treści oferty w zakresie zadania 14. poprzez wskazanie, w jaki sposób zamierza ono zrealizować przedmiotowe zobowiązanie zawarte w ofercie. Dopiero bowiem na podstawie owych wyjaśnień będzie można uzyskać jakikolwiek obraz sytuacji.

Izba nie wskazała konkretnej podstawy prawnej wezwania, gdyż niewątpliwie będzie należało zastosować art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, który ogólnie

dotyczy wyjaśnienia treści oferty. Natomiast, w zależności od treści wezwania oraz samych wyjaśnień – potrzebne też może okazać się wyjaśnienie poziomu ceny oferty w stosunku do założeń co do sposobu wykonania, czyli art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

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. 2 pkt 1, ust. 3 pkt 1 oraz ust. 4 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972),. Zgodnie z § 5 ust. 4 ww. rozporządzenia w przypadkach nieuregulowanych w ust. 1-3 Izba orzeka o kosztach postępowania uwzględniając, że strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jako że przedmiotowe odwołanie dotyczyło dwóch kwestii wskazanych na wstępie, tj. poprawienia oferty Konsorcjum oraz akceptacji zaoferowanego czasu podstawienia pojazdów, a Izba uwzględniła odwołanie częściowo, kosztami obciążyła obie Strony w częściach równych uznając to za stosowne do wyniku postępowania, uwzględniając tym samym połowę kwoty uiszczzonego przez Odwołującego wpisu w wysokości 15.000 złotych, tj. 7.500 złotych oraz połowę wnioskowanej tytułem wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego kwoty 3.600 złotych, tj. 1800 złotych.

Przewodniczący: