

Sygn. akt: KIO 1965/17

KIO 1966/17

WYROK

z dnia 5 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 października 2017r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 września 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: SGS Polska Sp. z o.o., IDM INWESTYCJE Sp. z o.o. Sp. K., ul. Jana Kazimierza 3, 01-248 Warszawa**

w postępowaniach prowadzonych przez **Skarb Państwa –Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, reprezentowany przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Białymstoku**

przy udziale wykonawców ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: TPF Sp. z o.o. ul. Okólna 45, 05-270 Marki, TPF GETINSA EUROESTUDIOS S.L. c/Ramon de Aguinaga 8, 28028 Madryt, Hiszpania** oraz wykonawcy **Lafrentz Polska Sp. z o.o., ul. Zbąszyńska 29, 60-359 Poznań** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1965/17 oraz KIO 1966/17 po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołania.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Konsorcjum: SGS Polska Sp. z o.o., IDM INWESTYCJE Sp. z o.o. Sp. K. i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od Konsorcjum: SGS Polska Sp. z o.o., IDM INWESTYCJE Sp. z o.o. Sp. k. na rzecz zamawiającego kwotę 7 200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczych poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Białymstoku**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, reprezentowana przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Białymstoku (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowania o udzielenie zamówień publicznych na:

1) pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn. „Projekt i budowa drogi ekspresowej S-61 Ostrów Mazowiecka - Szczuczyn, odcinek węzeł Stawiski (bez węzła) - początek obwodnicy Szczuczyna, na długości około 18,002 km [S61]”,

2) pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Projekt i budowa drogi ekspresowej S-61 Ostrów Mazowiecka - Szczuczyn, odcinek węzeł Kolno (z węzłem) - węzeł Stawiski (bez węzła), na długości około 16,432 km [S61] + DK 63 [GP] 2,250 km”.

Szacunkowa wartość każdego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 8 września 2017 r. Zamawiający w formie elektronicznej przekazał wykonawcom wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: SGS Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, IDM INWESTYCJE Sp. z o. o. Sp. k. z siedzibą we Włocławku (dalej: „Odwołujący” lub „Konsorcjum”) zawiadomienie o odrzuceniu złożonych przez nich ofert w ww. postępowaniach.

Odwołujący w dniu 18 września 2017 r. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania od powyższej czynności Zamawiającego, zarzucając naruszenie:

I. KIO 1965/17 oraz KIO 1966/17 (zarzuty tożsame w obu odwołaniach):

1) przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp poprzez ich niewłaściwe zastosowanie, a w konsekwencji podjęcie niezgodnej z przepisami Ustawy prawo zamówień publicznych czynności polegającej na odrzuceniu oferty Konsorcjum: SGS POLSKA sp. z o.o., Ul. Jana Kazimierza 3,01-248 Warszawa oraz IDM INWESTYGE sp. z o.o. sp.k., Al. Chopina 59/2,87-800,

2) przepisu art. 7 ust. 1 i ust. 3 Ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie obu odwołań i nakazanie Zamawiającemu:

1) Unieważnienie czynności odrzucenia obu ofert Konsorcjum (KIO 1965/17 oraz KIO 1966/17),

2) Nakazanie odrzucenia oferty Konsorcjum: TPF sp. z o.o. i TPF GETINSA EUROSTUDIOS S.L. (KIO 1966/17).

W uzasadnieniu odwołań Odwołujący wskazał, że w powyższych postępowaniach prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego Zamawiający odpowiednio w dniach 14 i 18 lipca 2017r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 i ust. 1a oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający zwrócił się o wyczerpującą i szczegółową informację, czy złożone oferty uwzględniają wszystkie wymagania zawarte z Opisie Przedmiotu Zamówienia, a cena ofertowa zawiera wszystkie związane z tym niezbędne do poniesienia koszty.

Odwołujący wskazał, że odpowiadając na powyższe wezwania, w dniu 21 lipca 2017r. złożył stosowne wyjaśnienia, na poparcie których przedstawił również szereg dowodów. Przedłożone wyjaśnienia zawierały skonkretyzowane informacje, poparte stosownymi dokumentami. Ustosunkował się do wszystkich elementów cenotwórczych i odniósł się szczegółowo do wątpliwości Zamawiającego wskazanych w piśmie z 14 oraz 18 lipca 2017r. Przedstawione informacje identyfikowały wprost dane dotyczące kadry, jak i podmiotów z którymi współpracuje lub zamierza współpracować odwołujący się przy realizacji przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wskazał, że w świetle zaskarżonej czynności Zamawiającego o odrzuceniu jego ofert na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp wnosi, że wyjaśnienia te zostały uznane przez Zamawiającego za wystarczające do uznania, że oferty Odwołującego nie zawierały rażąco niskiej ceny i uwzględniały wszystkie wymagania zawarte w Opisie Przedmiotu Zamówienia, a cena ofertowa zawierała wszystkie związane z tym niezbędne do poniesienia koszty.

Następnie Odwołujący wskazał, że w dniu 8 września 2017r. Zamawiający odrzucił oferty Odwołującego się na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz

art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, w związku z ustaleniem, że przyjęte w formularzu cenowym w dziale „Koszty administracyjne od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia - Pozycja: 1.2.a Środek Transportu oraz w dziale Koszty administracyjne od wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności - Poz. 4.2.a Środek Transportu, odpowiednio 1.2.a oraz 4.2a nie dają możliwości spełnienia zapisów Tomu IV SIWZ, zgodnie z którymi: *„Wymaga się aby użyczony samochód powiadał ważny przegląd techniczny i ubezpieczenie OC, NNW i Assistance.*

Wymagane jest, aby Konsultant zapewnił obsługę związaną z eksploatacją użyczonego samochodu (usługi eksploatacyjne) oraz ponosił koszty eksploatacji paliwa (rozliczanie bezgotówkowe), płynów, materiałów eksploatacyjnych, bieżących napraw, przeglądów technicznych, sezonowej wymiany opon, przedłużania ubezpieczenia, mycia samochodu cztery razy w miesiącu (dwa razy w miesiącu w okresie od wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności). Wymaga się, aby Konsultant zapewnił samochód zastępczy na czas naprawy i przeglądu. Konsultant będzie ponosił wszelkie koszty, za które otrzyma zapłatę zgodnie z poz. 1.2.a oraz 4.2.a Formularza Cenowego, związane z utrzymaniem, w tym limit średnio 7000 kilometrów na miesiąc (średnio 3500 kilometrów na miesiąc w okresie od wystawienia ostatniego świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadczenia Płatności), naprawą, przeglądami, ubezpieczeniami w celu zapewnienia prawidłowego działania pojazdu. Poniesie również koszty materiałów i usług eksploatacyjnych”.

W ocenie Odwołującego, uznanie Zamawiającego nie znajduje żadnego uzasadnienia, bowiem przyjęte w Formularzu cenowym, kwoty w poz. 1.2.a oraz w poz. 4.2.a spełniają wymagania pkt 15.3 IDW, zgodnie z którym „każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ ilości rozliczenia w Formularzu cenowym”.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z przedstawioną przez Zamawiającego w uzasadnieniu czynności odrzucenia jego ofert interpretacją zapisów OPZ, w w/w pozycjach formularza cenowego należało uwzględnić koszty użyczenia i eksploatacji 1 szt. środka transportu - dla Zamawiającego. Potwierdza to fakt, że tylko w tym zakresie Zamawiający dokonał precyzyjnego wyliczenia oczekiwań (w zakresie elementów kosztotwórczych, z czego głównym jest koszt paliwa, wg limitów wskazanych przez Zamawiającego). Odwołujący zwrócił również uwagę na użycie

przez Zamawiającego w formularzu cenowym liczby pojedynczej „środek transportu”, co potwierdza, że koszty w poz. 1.2a oraz 4.2a obejmują tylko koszty związane z użyczeniem środka transportu dla Zamawiającego.

W przedstawionych wyjaśnieniach, jako że dotyczyły one wątpliwości Zamawiającego, czy zaproponowana cena oferty obejmuje wszystkie koszty związane z wykonaniem usługi - odwołujący odniósł się do wszystkich kosztów związanych z rozdziałem 2.4. Środki transportu i łączności.

Nie budzi wątpliwości, że koszty związane z wypełnieniem obowiązków wymienionych w rozdziale zatytułowanym „Środki transportu i łączności” nie należy utożsamiać z pozycją 1.2a oraz 4.2a Formularza cenowego, które są zatytułowane „Środek transportu”.

Odwołujący w odwołaniach dokonał ogólnej symulacji kosztów, związanych ze spełnieniem wymagania Zamawiającego, w celu wykazania, że kwoty wymienione w pozycjach 1.2.a oraz 4.2.a Formularza Cenowego spełniają wymagania SIWZ zawarte w pkt 15.3 IDW:

KIO 1965/17:

W okresie od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia:

Ubezpieczenie: 1000 zł netto/ rok (84 zł netto miesięcznie)

Wymiana opon: kpl: 2276,42 zł netto (koszt zakupu plus wymiana 8 razy) - 34,24 zł netto/miesiąc
Przeglądy techniczne + bieżąca eksploatacja: 1626 zł netto/rok -135,50 zł brutto/ miesiąc
Mycie: 82 zł netto/ miesiąc
Koszty paliwa:

Limit: 7.000 km/miesiąc.

Średnie zużycie: 6,2 l/100

Cena za 1l ON: 4,00 zł netto

$7000; 100=70 \times 6,2 \times 4,00 = 1736$ zł netto/miesiąc

RAZEM KOSZT: 2 071,74 zł netto

W Formularzu Cenowym: 2650,00 zł netto/ miesiąc

W okresie od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności:

Ubezpieczenie: 1000 zł netto/ rok (84 zł miesięcznie)

Wymiana opon: kpl: 2276,42 zł netto (koszt zakupu plus wymiana 8 razy) - 39,24 zł netto/miesiąc
Przeglądy techniczne + bieżąca eksploatacja: 1626 zł netto/ rok -135,50 zł netto/ miesiąc
Mycie: 82,00 zł netto/ miesiąc
Koszty paliwa:

Limit: 3500 km/miesiąc.

Średnie zużycie: 6,2 l/100 Cena za 1l ON: 4,00 zł netto
 $3500:100=35 \times 6,2 \times 4,00 = 868$ zł netto/ miesiąc

RAZEM KOSZT: 1205,74 zł netto/miesiąc

W Formularzu Cenowym: 1325,00 zł netto/ miesiąc

KIO 1966/17:

W okresie od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia:

Ubezpieczenie: 1000 zł netto/ rok (84 zł netto/ miesiąc)

Wymiana opon: kpl: 2276,42 zł netto (koszt zakupu plus wymiana 8 razy) - 34,24 zł netto/miesiąc
Przeglądy techniczne + bieżąca eksploatacja: zł 1626/ rok - 135,50 zł netto/ miesiąc
Mycie: 82 zł netto/ miesiąc
Koszty paliwa:

Limit: 6.000 km/miesiąc.

Średnie zużycie: 6,2 l/100

Cena za 1l ON: 4,00 zł netto

$6000:100=60 \times 6,2 \times 4,00 = 1488$ zł

RAZEM KOSZT: 1823,74 zł netto/ miesiąc

W Formularzu Cenowym: 2650,00 zł netto/ miesiąc

W okresie od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności:

Ubezpieczenie: 1000 zł netto/ rok (84 zł netto/ miesięcznie)

Wymiana opon: kpl: 2276,42 zł netto (koszt zakupu plus wymiana 8 razy): 39,24 zł netto/ miesiąc

Przeglądy techniczne + bieżąca eksploatacja: 1626 zł netto/ rok -135,50 zł netto/ miesiąc
Mycie: 82,00 netto/ miesiąc

Koszty paliwa:

Limit: 3000 km/miesiąc.

Średnie zużycie: 6,2 l/100

Cena za 1l ON: 4,00 zł netto $3000:100=35 \times 6,2 \times 4,00 = 744$ zł netto/miesiąc

RAZEM KOSZT: 1084,24 zł netto/ miesiąc

W Formularzu Cenowym: 1325 zł netto/ miesiąc

Zdaniem Odwołującego z powyższego wynika, iż ujął absolutnie wszelkie koszty związane ze spełnieniem wymagań Zamawiającego. W tym stanie rzeczy, całkowicie pozbawioną uzasadnienia jest ocena, że przewidziane w formularzu cenowym ceny jednostkowe nie obejmują całkowitego kosztu wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ ilości rozliczenia w Formularzu cenowym, zaś arbitralną i niezrozumiałą jest czynność Zamawiającego o odrzuceniu jego ofert. Odwołujący podkreślił, że przedmiotem oceny zgodności z SIWZ (o której mówi przepis art. 89 ust. 1 pkt 2) jest oferta wykonawcy. Bez wątpienia, oferta złożona przez odwołującego w swej warstwie merytorycznej jest zgodna z SIWZ.

W ocenie Odwołującego, przedstawione na potrzeby wyjaśnienia podejrzenia rażąco niskiej ceny założenia, jakie poczynił Wykonawca, nie mogą stanowić podstawy do uznania, że treść oferty nie odpowiada zapisom SIWZ, podczas, gdy treść oferty jest w każdym punkcie zgodna z SIWZ, a w szczególności przewidziana wysokość cen jednostkowych w pozycjach 1.2.a i 4.2.a Środek Transportu obejmuje całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ ilości.

Arbitralność i całkowitą dowolność w ocenie przez Zamawiającego ofert złożonych w postępowaniu potwierdza również fakt, że spośród złożonych ofert, dwie oferty, (wykonawców EGIS POLAND sp. z o.o. oraz Lafrentz Polska sp. z o.o.) w pozycjach zakwestionowanych przez Zamawiającego, wykazują o wiele niższą wartość. Skoro Zamawiający uznał, że dysponując wyższą kwotą Odwołujący nie jest w stanie spełnić wymagań SIWZ, to tym bardziej nie spełnią ich Wykonawcy, którzy przewidzieli dużo niższe kwoty, tym bardziej, że zasadniczy koszt w tych pozycjach stanowi koszt nabycia paliwa.

W związku z powyższym zatem, konsekwentne działanie Zamawiającego wymagałoby, zdaniem Odwołującego odrzucenia oferty EGIS POLAND Sp. z o.o. - nie tylko na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp, ale również na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp oraz odrzucenia oferty Lafrentz Polska sp. z o.o. - na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp

Odwołujący wskazał również, że Zamawiający prowadząc równocześnie kilka postępowań o tożsamym przedmiocie zamówienia (usługi na pełnienie usługi nadzoru i zarządzanie kontraktem), po pierwsze: całkowicie arbitralnie dokonuje ustalenia wartości szacunkowej zamówienia, po drugie w sposób sprzeczny z zasadą zachowania uczciwej konkurencji dokonuje oceny ofert złożonych w postępowaniach, jak również niekonsekwentnie dokonuje interpretacji zapisów SIWZ, mimo ich tożsamego brzmienia.

Odnosząc się do zarzutu dokonywania oceny ofert w sposób sprzeczny z zasadą zachowania uczciwej konkurencji Odwołujący wskazał na okoliczności zaniechanie odrzucenia ofert Lafrentz Polska sp. z o.o. oraz EGIS POLAND sp. z o.o. mimo, iż wymienione w ofertach tych Wykonawców koszty w poz. 1.2a oraz 4.2.a nie spełniają warunku określonego w pkt 15.3 IDW stanowiącej załącznik do SIWZ.

W odwołaniu w sprawie **KIO 1966/17** Odwołujący oprócz powyższych zarzutów, zarzucił Zamawiającemu dodatkowo naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz 89 ust. 1 pkt 6 Pzp poprzez ich nie zastosowanie w sytuacji, gdy oferta Wykonawcy Konsorcjum TPF sp. z o.o. i TPF GETINSA EUROSTUDIOS S.L. jest niezgodna z SIWZ, ponieważ cena jednostkowa jaką Wykonawca wskazał w formularzu 1.3 i 1.4 Formularza Cenowego oraz w punkcie 4.3 i 4.4 Formularza cenowego nie spełnia warunku opisanego w pkt 15.3 IDW; podane ceny jednostkowe wskazanych pozycji nie obejmują kosztu wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/iłości.

Uzasadniając powyższy zarzut Odwołujący wskazał, że zgodnie z OPZ pkt 2.1. Zamawiający wymaga, by Konsultant zapewnił dla personelu biurowego oraz personelu pomocniczego dla okresu projektowania oraz wykonywania robót budowlanych po minimum 2 osoby, zaś w okresie od wystawienia ostatecznego świadectwa Przejęcia wystawienia ostatecznego Świadectwa Płatności - po 1 osobie. Natomiast zgodnie z SIWZ TOM II, § 13 pkt 6 „Zamawiającym wymaga aby zatrudnione na umowę o pracę były również osoby wykonywujące czynności wchodzące w zakres obowiązków osób tworzących personel biurowy oraz personel pomocniczy, tj. czynności biurowe, administracyjne i organizacyjne wskazane w pkt 2.1. Opz”. Zatrudnienie 4 osób na umowę o pracę nakłada na Wykonawcę odpowiedzialność oraz dodatkowe zobowiązanie - które są zobowiązaniami

kosztotwórczymi. Zdaniem Odwołującego także koszty te nie zostały uwzględnione w ofercie Wykonawcy.

Dla pozycji 1.3 Personel Biurowy oraz 1.4 personel pomocniczy, Wykonawcy Konsorcjum TPF przyjął po 4 782,09 zł netto z przeznaczeniem na zatrudnienie 2 osób.

Koszty, jakie ponosi pracodawca przy zatrudnianiu pracownika na podstawie umowy o pracę z wynagrodzeniem równym płacy minimalnej (w obecnym stanie prawnym 2.000 zł brutto, przy podstawowych kosztach uzyskania przychodu 111,25 zł), wynoszą 412,20 zł. Wobec powyższego realny koszt pracodawcy przy zatrudnieniu osoby na mowę o pracę to 2.412,20 zł.

Wypełniając zapisy SIWZ i zapewniając po 2 osoby na każdą z pozycji (personel biurowy i personel pomocniczy) Wykonawca - Konsorcjum TPF musi ponieść minimalne koszty w wysokości

1. okresie projektowania i wykonywania robót: 4.824,40 zł, co jest kwotą wyższą, niż przewidziana przez w/w Konsorcjum w Formularzu cenowym poz. 1.3 i 1,4.

2. w okresie od wystawienia ostatniego świadectwa Przejęcia do wystawienia ostatecznego Świadectwa Płatności: 2.412,20 zł, co jest kwotą wyższą, niż przewidziana przez w/w/ Konsorcjum w Formularzu cenowym poz. 4.3 i 4.4.

Przewidziane kwoty nie tylko nie uwzględniają kosztów ponoszonych przez pracodawcę związanych z zatrudnieniem na podstawie umowy o pracę, ale również innych czynników kosztotwórczych, wymaganych przez Zamawiającego chociażby związane z koniecznością zapewnienia zastępstwa na czas urlopu osoby zastępowanej.

Powyższe w pełni potwierdza zarzut odwołującego, że cena pozycji 1.3 i 1.4 w ofercie Konsorcjum TPF nie spełnia warunków określonych w pkt 15.3. IDW.

Dodatkowo Odwołujący podniósł, że oczekiwanie przez Zamawiającego uwzględnienia w ofercie (w danej pozycji) wszystkich kosztów związanych ze spełnieniem wymagań w perspektywie ponad 4 lat, w sytuacji, gdy wysokość tych kosztów w żaden sposób nie jest uzależniona od Wykonawcy, jest oczekiwaniem nie tylko zbędnym, ale również iluzorycznym. Koszty eksploatacji środka transportu zależą w największej mierze od cen paliwa, których fluktuacji na przestrzeni kilku lat nie sposób przewidzieć. Podobnie, nie sposób przewidzieć wszystkich okoliczności,

które mogą mieć wpływ na wysokość tych kosztów, chociażby zmiany prawne zwiększające koszt ubezpieczeń obowiązkowych, istniejące ulgi podatkowe.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania, podtrzymując stanowisko, iż oferty Odwołującego były niezgodne z SIWZ, a także były obciążone błędem odnośnie kalkulacji ceny oferty, w związku z czym podlegały odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz pkt 6 Pzp.

Przystępujący do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego, wykonawca Konsorcjum: TPF Sp. z o.o., Getinsa Payma SL, złożył pismo procesowe, w którym podzielił stanowisko Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszeń o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, jak również oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Pzp”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, uznając, iż zostały spełnione przesłanki z art. 185 ust. 2 Pzp.

Rozstrzygając o zarzutach Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony na dzień dokonania czynności odrzucenia ofert Odwołującego, wynikający zarówno z treści złożonych ofert, jak i wyjaśnień złożonych Zamawiającemu przez Odwołującego w pismach z dnia 20 oraz 21 lipca 2017r.

Wskazać należy za Sądem Okręgowym w Poznaniu, który w wyroku z dnia 8 stycznia 2014r., sygn. akt X Ga 652/13 uznał, że: *„zgodnie z art. 191 ust. 2 Pzp, Izba wydając wyrok, bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Zdaniem Sądu Okręgowego "stan rzeczy" jaki został ustalony w postępowaniu nie jest tożsamy z określeniem "stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy" , o którym mowa w treści art. 316 § 1 k.p.c. Stan rzeczy określony w Pzp jest węższym pojęciem i dotyczy jedynie samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”*

Izba uznała, że przy ocenie, czy doszło w toku postępowania o udzielenie zamówienia do naruszenia przepisów ustawy Pzp, powinna brać pod uwagę stan rzeczy z chwili dokonania określonej czynności przez zamawiającego. Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lutego 2017 r., sygn. KIO 265/17, podkreślić należy, że zamawiający podejmuje decyzję w przedmiocie odrzucenia oferty na podstawie treści tej oferty oraz informacji i dokumentów przedstawionych przez wykonawcę. Izba natomiast, rozstrzygając o zarzutach dotyczących niezgodności oferty z treścią SIWZ, nie tyle dokonuje badania oferty wykonawcy (jest to zadanie zamawiającego), co ocenia zasadność czynności odrzucenia oferty, tj. rozstrzyga, czy Zamawiający na podstawie informacji i dokumentów, jakimi dysponował w chwili dokonywania tej czynności miał podstawy stwierdzić, że oferta jest niezgodna z treścią SIWZ.

Tak więc ocenianym przez Izbę stanem rzeczy ustalonym w toku postępowania, jest zasób treści oferty jako całości (wraz ze zgromadzonymi pismami i dokumentami pomiędzy datą otwarcia ofert, a kwestionowaną czynnością) w oparciu o który to zamawiający podejmował kwestionowaną zarzutami odwołania czynność wobec oferty wykonawcy. W tym miejscu należy z całą stanowczością podkreślić, że wyjaśnienia wykonawcy, złożone na wezwanie Zamawiającego

stanowiły integralną część obydwu ofert złożonych w prowadzonych przez Zamawiającego postępowaniach, gdyż w oparciu o nie, oferta może być zakwalifikowana do oceny, bądź odrzucona. W związku z powyższym zdaniem Izby Zamawiający słusznie, pomimo protestów Odwołującego, odrzucając jego oferty uwzględnił treść wyjaśnień udzielonych przez niego w dniu 20 i 21 lipca 2017r., złożonych w związku z wezwaniem na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp. Nie może być tak, jak twierdził Odwołujący zarówno w odwołaniach jak i na rozprawie przed Izbą, że *„przedstawione na potrzeby wyjaśnienia rażąco niskiej ceny założenia, jakie poczynił Wykonawca, nie mogą stanowić podstawy do uznania, że treść oferty nie odpowiada zapisom SIWZ”*. Powyższe wyjaśnienia stanowiły bowiem integralną część złożonych ofert, w których wykonawca przedstawił sposób kalkulacji wszystkich kosztów i ceny złożonych ofert. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w wyroku KIO z dnia 20 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 11/19, w którym Izba stwierdziła, że „skoro żądane przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp wyjaśnienia zostały złożone, to wiążą one wykonawcę na równi z ofertą. Pzp nie przewiduje *expressis verbis* możliwości odwołania złożonych wyjaśnień, podlegają one ocenie, w szczególności z uwzględnieniem dyspozycji art. 87 ust. 1 zdanie 2 *in fine* Pzp”.

W powyższych wyjaśnieniach odwołujący wskazał (str. 5), że w koszcie wskazanym w punktach „środek transportu” Wykonawca ujął koszt użyczenia pojazdu dla Zamawiającego (1 szt.), koszt związany z zapewnieniem środka transportu dla personelu Wykonawcy (1 szt.) oraz koszty eksploatacji tj. zmiana opon, mycie, ubezpieczenie, przeglądy, części zamienne. Odwołujący wskazał ponadto, że koszty paliwa ujęto w dziale 2 „Usługa nadzoru i zarządzania” (podkreśl.własne Izby).

W tym miejscu wskazać należy, że Zamawiający w Tomie I SIWZ tj. Instrukcji dla Wykonawców punkt 15 wskazał, że: *cena oferty musi być wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o Formularz Cenowy zawarty w Tomie IV SIWZ. Formularz ten należy wypełnić ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w tym formularzu, wyliczając poszczególne ceny jednostkowe netto. Wykonawca winien określić ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w tym formularzu, a następnie wyliczyć cenę netto łącznie. Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić wszystkie pozycje opisane w*

Formularzu Cenowym i nie może samodzielnie wprowadzić żadnych zmian do Formularza Cenowego.

Zgodnie zatem z ww. wymogami SIWZ Odwołujący nie był uprawniony do przenoszenia kosztów między pozycjami. Odwołujący winien wycenić koszt środka transportu wyłącznie w pozycjach 1.2.a i 4.2.a. W opinii Izby na taki sposób obliczenia ceny oferty wskazują również zapisy Tomu IV, SIWZ, zgodnie z którymi „Wymaga się aby użyzony samochód posiadał ważny przegląd techniczny i ubezpieczenie OC, NNW i Assistance. Wymagane jest aby Konsultant zapewnił obsługę związaną z eksploatacją użyzonego samochodu (usługi eksploatacyjne) oraz ponosił koszty eksploatacji paliwa (rozliczanie bezgotówkowe), płynów, materiałów eksploatacyjnych, bieżących napraw, przeglądów technicznych, sezonowej wymiany opon, przedłużania ubezpieczenia, mycia samochodu cztery razy w miesiącu (dwa razy w miesiącu w okresie od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności). Wymaga się aby Konsultant zapewnił samochód zastępczy na czas naprawy i przeglądu. Konsultant będzie ponosił wszelkie koszty, za które otrzyma zapłatę zgodnie z poz. 1.2,a oraz 4.2.a Formularza Cenowego, związane z utrzymaniem, w tym limit średnio 6000 kilometrów na miesiąc (średnio 3000 kilometrów na miesiąc w okresie od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności), naprawą, przeglądami, ubezpieczeniami w celu zapewnienia prawidłowego działania pojazdu. Poniesie również koszty materiałów i usług eksploatacyjnych.”

Powyższe postanowienia SIWZ w sposób wyraźny i jednoznaczny wskazywały więc, że na etapie od rozpoczęcia sługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia oraz od wystawienia ostatniego świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności, wszelkie wymogi SIWZ związane ze środkiem transportu winny być wycenione wyłącznie w dziele 1 i 4 i to w odpowiednich pozycjach Formularza Cenowego. W związku z powyższym, w ocenie Izby, Zamawiający prawidłowo uznał, że uwzględnienie tych kosztów w dziele 2 było niedopuszczalne. Przenosząc koszty z poz. 1.2a i 4.2a do działu 2, Odwołujący postąpił niezgodnie z treścią SIWZ, ponieważ przeniesienie kosztów do innego działu spowodowało, że cena jednostkowa pozycji 1.2a i 4.2a „Środek transportu” nie obejmowała całkowitego kosztu wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce

czasu/iłości. Podkreślić należy, że niezgodności tej nie można było usunąć na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Ponadto stwierdzić trzeba, że oceniając czynności Zamawiającego Izba związana jest treścią SIWZ, której Odwołujący nie kwestionował na etapie poprzedzającym złożenie oferty. Powyższa okoliczność świadczy, zdaniem Izby, iż Odwołujący nie miał żadnych trudności z interpretacją postanowień SIWZ, w przeciwnym bowiem razie powinien był zwrócić się w trybie art. 38 ust. 1 do zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie zapisów zawartych w SIWZ. Podkreślić trzeba, że kwestia potrzeby zadawania pytań Zamawiającemu winna być postrzegana przez pryzmat obowiązku wykonawcy należytego wykonania zamówienia i co się z tym wiąże złożenia ważnej oferty. Po wyroku Sądu Najwyższego z dnia z 5 czerwca 2014 r. w sprawie o sygnaturze IV CSK 626/2013, tracą na ostrości prezentowane poglądy, które opierały się na założeniu, że ryzyko wątpliwości wynikających z niejasnych postanowień SIWZ, nie dających usunąć się w drodze wykładni dokonywanej przez wykonawcę powinna ponieść zawsze strona, która ten SIWZ zredagowała czyli Zamawiający. Sąd Najwyższy w ww. wyroku w sposób odmienny ocenił pogląd że zadawanie pytań Zamawiającemu należało uważać tylko za uprawnienie wykonawcy. SN wskazał na znaczenie art. 38 Pzp w kontekście przepisów Kodeksu cywilnego wyznaczających ogólne reguły wykonywania zobowiązań. Zgodnie z omawianym wyrokiem art. 38 Pzp w związku z art. 354 § 2 KC w okolicznościach konkretnego zamówienia publicznego nie tylko daje wykonawcy uprawnienie, ale także nakłada na niego obowiązek zwrócenia się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ. Sąd wskazał także, że od profesjonalisty w danej dziedzinie uzasadnione jest wymaganie większej staranności niż od innych uczestników rynku, a to skutkuje potrzebą zwrócenia się do Zamawiającego o udzielenie potrzebnych interpretacji postanowień SIWZ celem przygotowania takiej oferty, która po pierwsze, będzie spełniała wymagania SIWZ, a po drugie, aby możliwe było prawidłowe wykonanie zamówienia.

Z uwagi na powyższe stwierdzić należy, że kwestionowanie zapisów zawartych w SIWZ na etapie odwołań od odrzucenia ofert Odwołującego jest niewątpliwie spóźnione.

W ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył także przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błąd w obliczeniu

ceny. Błąd w obliczeniu ceny to inny niż omyłka rachunkowa błąd w obliczeniu, polegający na przyjęciu niewłaściwych danych, wynikający np. z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego (tak też KIO w wyroku z dnia 9 kwietnia 2008 roku sygn. akt: KIO/UZP 257/08, KIO/UZP 258/08). Jak już zostało wyżej wskazane Odwołujący nieprawidłowo skalkulował cenę ofert w punktach 1.2a oraz 4.2a, przerzucając koszty paliwa dla środka transportu do działu 2 Formularza cenowego. Wskazać należy, że Zamawiający w stosunku do działów 1 i 4 określił limity wartościowe, z jednoczesnym zastrzeżeniem, że ich przekroczenie będzie skutkowało odrzuceniem oferty (pkt 15.4 IDW). Wobec tego uwzględnienie w dziale 2 części kosztów, które powinny zostać wycenione w dziale 1 oraz 4, w świetle wyjaśnień Odwołującego dowodzi, że w istocie Odwołujący przekroczył limit określony dla działu 1 oraz 4. Zamawiający prawidłowo ustalił więc, iż działanie takie stanowiło błąd w obliczeniu ceny oferty, skutkujący koniecznością odrzucenia złożonych ofert.

Odnosząc się do zarzutu zawartego w odwołaniu w sprawie KIO 1966/17 dotyczącego naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz 89 ust. 1 pkt 6 Pzp poprzez ich nie zastosowanie w sytuacji, gdy oferta Wykonawcy Konsorcjum TPF sp. z o.o. i TPF GETINSA EUROSTUDIOS S.L. jest niezgodna z SIWZ, ponieważ cena jednostkowa jaką Wykonawca wskazał w formularzu 1.3 i 1.4 Formularza Cenowego oraz w punkcie 4.3 i 4.4 Formularza cenowego nie spełnia warunku opisanego w pkt 15.3 IDW; podane ceny jednostkowe wskazanych pozycji nie obejmują kosztu wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości wskazać należy, że ze złożonych przez Zamawiającego oraz Przystępującego dowodów i wyjaśnień wynikało, że treść oferty Przystępującego Konsorcjum odpowiadała treści SIWZ. Przystępujący wykazał, że ceny jednostkowe poszczególnych pozycji obejmowały całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości.

W związku z powyższym Izba uznała, że powyższy zarzut jest bezzasadny i nie zasługiwał na uwzględnienie.

Sygn. akt: KIO 1965/17 oraz KIO 1966/17

Izba nie negując legitymacji do korzystania ze środków ochrony prawnej - po stronie Odwołującego - w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, w oparciu o

przeprowadzone postępowanie dowodowe, stwierdziła, że zarzuty złożonych odwołań nie znajdują usprawiedliwionych podstaw.

Zarzuty odwołań, naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, tj.: art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 są niezasadne. W postępowaniach nie doszło również do uchybienia zasadom równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania zgodnie z regułami uczciwej konkurencji, statuowanymi w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z powyższym Izba oddaliła obydwie odwołania, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Przewodniczący:.....