

WYROK

z dnia 10 września 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **6 września 2019 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 sierpnia 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Erbud Industry Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu oraz Erbud Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Grupa Azoty Polskie Konsorcjum Chemiczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie oraz Uniserv Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Erbud Industry Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu oraz Erbud Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Erbud Industry Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu oraz Erbud Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Erbud Industry Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu oraz Erbud Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** na rzecz zamawiającego -

Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie kwotę **3 889 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące osiemset osiemdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika, kosztami dojazdu na posiedzenie oraz opłatami skarbowymi.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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 Olsztynie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Modernizację Ciepłowni Kortowo przy ul. Słonecznej 46 w Olsztynie - w celu dostosowania do norm emisyjnych wynikających z Dyrektywy IED i Konkluzji BAT*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 marca 2019 r. pod numerem 2019/S 049-113436.

W dniu 26 sierpnia 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Erbud Industry Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Toruniu oraz Erbud Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, dalej „Odwołujący”, wnieśli odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) i 3) oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Grupa Azoty Polskie Konsorcjum Chemiczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie oraz Uniserv Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach, dalej „Konsorcjum Azoty” oraz oferty wykonawcy Energika M.S., Z.S. Spółka Jawna z siedzibą w Nekli, dalej „Energika”, wobec tego, iż ich treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co jednocześnie świadczy o przeprowadzeniu postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, czym naruszono art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty Konsorcjum Azoty i oferty Energika na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) i 3) ustawy Pzp, a także uznania oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazywał, że Zamawiający zastrzegł w SIWZ, zarówno w Harmonogramie Rzeczowo - Finansowym, jak i w Projekcie Umowy, że Wynagrodzenie Umowne za całą Fazę Projektowania nie może przekroczyć 2% (dwa procent) Wynagrodzenia Umownego. W ten sposób Zamawiający zamierzał nabyć projekt wraz z decyzją administracyjną o pozwoleniu na budowę za kwotę, której limit procentowy w stosunku do

wartości oferty na wykonawstwo robót budowlanych określił, jako nie więcej niż 2%. Postanowienia te nie zostały na etapie ogłoszenia o zamówieniu zakwestionowane, a także ich sformułowanie było na tyle jednoznaczne, że nie budziło żadnych wątpliwości na etapie możliwości składania wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ.

Gdyby Zamawiający ww. limitów wynagrodzenia nie wprowadzał, to wykonawcy nie byłiby ww. zasadami ograniczeni co do sposobu kalkulowania wartości ofert. W efekcie wysokość kwotowa złożonych ofert mogłaby być inna. Nie ulega wątpliwości, że zgodnie z Harmonogramem Rzeczowo - Finansowym, Faza Projektu poprzedza wszelkie inne prace mające na celu wykonanie przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności poprzedza roboty budowlane. Zatem nieprzestrzeganie zastrzeżenia Zamawiającego co do wartości wynagrodzenia za Fazę Projektu prowadzi do możliwości zawyżenia wartości wynagrodzenia za ww. prace w celu uzyskania środków na finansowanie dalszych robót budowlanych. Dowolne ustalanie wartości wynagrodzenia za Fazę Projektu prowadzić może do sytuacji, w której Zamawiający spełniałby świadczenie pieniężne (finansowe), którego ekwiwalentem nie byłoby odpowiadające mu świadczenie niepieniężne (rzeczowe) w postaci uzyskanego w zamian za wynagrodzenie projektu z decyzją administracyjną o pozwoleniu na budowę.

Zamawiający przyjął i narzucił wykonawcom, że za Fazę Projektu może zapłacić nie więcej niż 2% Wynagrodzenia Umownego. Zatem sam pozostawał także ww. zastrzeżeniem związany w toku badania i oceny ofert. Odstąpienie od tych zasad świadczy o nierównym traktowaniu wykonawców i preferuje jednych nad innymi. Zgodnie ze złożonymi ofertami proporcja wartości wynagrodzenia za Fazę Projektowania stanowi w ofercie Konsorcjum Azoty 4% w stosunku do wartości wynagrodzenia za Fazę Budowy, zamiast dopuszczalnych 2%. W przypadku oferty wykonawcy Energika proporcja ta stanowi 6,05% w stosunku do wartości wynagrodzenia za Fazę Budowy, zamiast dopuszczalnych 2%.

Takie postępowanie, niezależnie od naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, daje wykonawcom możliwość uzyskania przewagi konkurencyjnej, a więc prowadzi do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp. W efekcie powyższego czynu nieuczciwej konkurencji w postaci uniwersalnej, konkurencyjni wykonawcy uzyskali przewagę, bowiem dalsze ich świadczenia umowne zostaną prefinansowane przez Zamawiającego poprzez nadpłacenie za projekt kwoty dwu lub trzykrotnie wyższej od zastrzeżonej w SIWZ, jako maksymalnej.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, Odwołujący podnosił, iż Formularz Oferty, z którego ma wynikać cena ofertowa za Fazę Projektu do limitu określonej wartości procentowej i cena za Fazę Budowy, stanowi treść oferty każdego wykonawcy. Zamawiający w sposób jednoznaczny zaznaczył w SIWZ, iż oczekuje, że Wynagrodzenie Umowne za całą Fazę Projektowania nie może przekroczyć 2% (dwa procent) Wynagrodzenia

Umownego. Odstąpienie od przestrzegania ww. zastrzeżenia przez wykonawców stanowi o złożeniu przez nich ofert o treści niezgodnej z treścią SIWZ, co winno skutkować ich odrzuceniem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, a także wobec wpływu przyjętego sposobu kalkulacji wynagrodzenia za Fazę Projektu winno skutkować ich odrzuceniem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp. Zaniechanie zastosowania w toku postępowania reguł, które sam Zamawiający ustalił stanowi o prowadzeniu postępowania z naruszeniem zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w ustawowym terminie przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Grupa Azoty Polskie Konsorcjum Chemiczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie oraz Uniserv Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach, dalej także „Przystępujący”, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Wskazywał, że Faza Projektowania obejmuje więcej czynności, niż tylko te zmierzające do uzyskania Pozwolenia na Budowę. W ramach Fazy Projektowania wykonawca opracowuje Dokumentację Projektową, na którą składają się Projekt Budowlany, a także m.in. Projekty Wykonawcze. Wynagrodzenie za Fazę Projektowania obejmuje wynagrodzenie należne nie tylko za wykonanie Projektu Budowlanego i uzyskanie Pozwolenia na Budowę, ale także, m.in. wykonanie Projektów Wykonawczych, realizację innych obowiązków dotyczących Dokumentacji Projektowej, w tym gwarancyjnych. Projekt Budowlany jest częścią składową Dokumentacji Projektowej.

Pomimo, że Odwołujący powołuje się na postanowienia działu XXV SIWZ, wydaje się zapominać, że Harmonogram Rzeczowo-Finansowy dotyczy zasad płatności Wynagrodzenia Umownego, a nie wysokości tego Wynagrodzenia. Pierwsza częściowa płatność wskazana w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym odnosi się do wynagrodzenia za czynności podejmowane w celu uzyskania Pozwolenia na Budowę, a nie do całościowego wynagrodzenia za zakończenie Fazy Projektowania. Nieprawdziwe jest zatem stwierdzenie, że Zamawiający zastrzegł w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym, że Wynagrodzenie za Fazę Projektowania nie może przekroczyć 2% Wynagrodzenia Umownego, ponieważ z jego treści wynika, że płatność Wynagrodzenia Umownego na rzecz wykonawcy po uzyskaniu Pozwolenia Budowę nie może przekroczyć 2% tego Wynagrodzenia. Przystępujący podnosił także, że sposób kalkulacji ceny, czy też jej prezentacji nie wpłynął w jakikolwiek sposób na uzyskanie przez niego przewagi konkurencyjnej, gdyż niezależnie od przyjętych proporcji Wynagrodzenia Umownego, jego oferta byłaby nadal najkorzystniejsza pod względem kryteriów oceny ofert.

Pismem z dnia 6 września 2019 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości. Podkreślał, że jego intencją nie było narzucanie

wykonawcom, jak wycenić prace projektowe. Nie narzucił limitów co do wartości tych prac w stosunku do całości Wynagrodzenia Umownego. Intencją Zamawiającego było jedynie wskazanie, iż nie zapłaci wykonawcy więcej niż 2% Wynagrodzenia Umownego za osiągnięcie pierwszego etapu prac (pierwszego Kamienia Milowego), jakim jest Uzyskanie Pozwolenia na Budowę. W Załączniku nr 4 do SIWZ — Wzór Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego, wskazano, że płatność za pierwszy Kamień Milowy nie może przekroczyć 2% Wynagrodzenia Umownego. Z kolei w projekcie umowy znalazło się odniesienie do ograniczenia płatności Wynagrodzenia za Fazę Projektowania w dwóch punktach: pkt 10.1.1 — dotyczącym Fazy Projektowania w zakresie Zamówienia Podstawowego oraz w pkt. 10.1.3 — dotyczącym Fazy Projektowania w zakresie Zamówienia Podstawowego wraz z Prawem Opcji.

Zamawiający nie narzucił ograniczenia wysokości Wynagrodzenia Umownego za Fazę Projektowania, ale ograniczył jego płatność do wysokości 2% całkowitego Wynagrodzenia Umownego. Zamawiający dopuścił zatem, aby w ofertach wykonawcy wskazali dowolną wysokość Wynagrodzenia Umownego za Fazę Projektowania, wedle swojego uznania (w tym przekraczającą 2% Wynagrodzenia Umownego), ale jednocześnie narzucił ograniczenie w płatności tego Wynagrodzenia.

W związku z powyższym wykonawca wskazując wysokość wynagrodzenia za Fazę Projektowania w Formularzu Ofertowym mógł przyjąć wyższe wynagrodzenie niż odpowiadające 2% łącznego Wynagrodzenia Umownego. Każdy z wykonawców musiał mieć jednak świadomość, iż w przypadku wygranej w postępowaniu kwota Wynagrodzenia Umownego za Fazę Projektowania zostanie wpisana do Umowy zgodnie z projektem umowy (załącznikiem do SIWZ) i wypłacona Wykonawcy w wysokości nie wyższej niż 2% wartości całości Wynagrodzenia Umownego. Wszyscy Wykonawcy, poza Odwołującym, w ten sam sposób zrozumieli postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej „SIWZ”.

Taki podział wynagrodzenia na dwie podstawowe fazy (Fazę Projektowania i Fazę Budowy) i następnie podział na płatności częściowe uzasadniony był faktem, iż na etapie przygotowywania postępowania Zamawiający nie posiadał wystarczających środków na realizację zamówienia i starał się uzyskać pożyczkę na ten cel w Narodowym Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej. Zamawiający zobowiązany był zatem ograniczyć wysokość płatności Wynagrodzenia Umownego za Fazę Projektowania do wysokości procentowo oznaczonej wartości łącznego Wynagrodzenia Umownego. Zamawiający wprowadził w projekcie umowy tzw. NTP on Site, oznaczające dodatkowe oświadczenie Zamawiającego umożliwiające przejście z Fazy Projektowania do Fazy Budowy, pod warunkiem uzyskania pożyczki.

Zamawiający mógł zobowiązać się jedynie do zapłaty w zakresie Wynagrodzenia

Umownego za Fazę Projektowania, nie mając pewności czy uda się uzyskać pożyczkę na sfinansowanie Fazy Budowy. Przygotował dokumentację postępowania do opublikowania, nie mając wiedzy czy uzyska pożyczkę przed ogłoszeniem postępowania. Ponieważ umowa pożyczki została podpisana przez Zamawiającego na kilka zaledwie dni przed ogłoszeniem postępowania, Zamawiający nie dokonywał już zmian w dokumentacji związanych z przyznaniem pożyczki. To bowiem istotnie opóźniłoby ogłoszenie przetargu. Informacja o zawarciu umowy pożyczki została opublikowana przez Zamawiającego na jego stronie internetowej w dniu 15 marca 2019 r., więc wszyscy wykonawcy mieli szansę na zapoznanie się z tą informacją.

Zważywszy na to, że po otwarciu ofert Zamawiający powziął informację, iż postanowienia SIWZ mogły budzić wątpliwości, Zamawiający przyjął, że nawet, gdyby tak było, to nie może interpretować tych postanowień na niekorzyść wykonawców. Wykonawcy mieli prawo przyjąć, że Faza Projektowania obejmuje szerszy zakres niż uzyskanie Pozwolenia na Budowę (do którego odnosił się Harmonogram Rzeczowo-Finansowy), a zatem możliwe jest przypisanie do Fazy Projektowania w Formularzu ofertowym wyższego wynagrodzenia niż 2% łącznego Wynagrodzenia Umownego. Taka była bowiem intencja Zamawiającego i takie rozumienie SIWZ po stronie Zamawiającego. Skoro czterech z pięciu wykonawców tak samo zinterpretowało SIWZ, Zamawiający, działając w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, nie znalazł podstaw do zakwestionowania żadnej z ofert w tym zakresie.

Zamawiający podnosił również, iż dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp. Wypełnienie Formularza ofertowego poprzez wskazanie Wynagrodzenia Umownego za Fazę Projektowania na poziomie wyższym niż 2% łącznego Wynagrodzenia Umownego, w ocenie Zamawiającego, nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający nie narzucił ograniczenia wysokości Wynagrodzenia Umownego za Fazę Projektowania w Formularzu ofertowym, a zatem wykonawcy mogli rozumieć, że jego wartość w Formularzu ofertowym może zostać wskazana dowolnie, skoro i tak płatność będzie ograniczona do 2% łącznego Wynagrodzenia Umownego, a podział całego Wynagrodzenia Umownego na płatności częściowe nastąpi po podpisaniu Umowy, wraz z uzgodnieniem Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego. Wykonawcy składając ofertę godzili się na to, że płatność Wynagrodzenia Umownego za Fazę Projektowania zostanie ograniczona do 2% łącznego Wynagrodzenia.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na oddalenie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, ofert wykonawców, informacji Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz piśmie procesowym Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 6 września 2019 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest Modernizacja Ciepłowni Kortowo przy ul. Słonecznej 46 w Olsztynie - w celu dostosowania do norm emisyjnych wynikających z Dyrektywy IED i Konkluzji BAT oraz Modernizacja Kotła K3 na ściany szczelne, w tym: zaprojektowanie i wybudowanie Inwestycji, w szczególności Instalacji Oczyszczania Spalin, z opcją Instalacji odazotowania (SNCR) dla kotła K1, wybudowanie nowego komina, rozbiórka komina istniejącego oraz wykonanie wszelkich niezbędnych prac i robót, a także wszelkich prac demontażowych i rozbiórkowych.

Zgodnie z definicjami rozpoczynającymi Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia, dalej „SIWZ”, określonymi w pkt:

8. Dokumentacja Projektowa - oznacza kompletną dokumentację projektową niezbędną dla uzyskania Pozwolenia na Budowę oraz realizacji Inwestycji wykonaną przez Wykonawcę zgodnie z postanowieniami Umowy, Prawem budowlanym oraz aktami wykonawczymi do tej ustawy, w tym zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego, Dz. U. z 2013 r., poz. 1129 ze zm., obejmująca Projekt Budowlany i Projekt Wykonawczy wraz z opracowaniami wymaganymi Przepisami Prawa, wszelkie obliczenia, w tym obliczenia projektowe, mapy, rysunki projektowe, specyfikacje zakupowe, rysunki wykonawcze, rysunki warsztatowe, wykazy materiałów, próbki, dokumenty Podwykonawców, Dostawców, sprzedawców lub inne dokumenty' dotyczące budowy lub Prac;

12. Etap – oznacza zakres Prac określony w Harmonogramie Realizacji Instalacji jako „Etap”; wykonaniem Etapu będzie rezultat w postaci części Dokumentacji lub części Inwestycji, którego zgodność z Umową zostanie potwierdzona podczas czynności odbiorowych;

13. *Faza Budowy* – oznacza drugą fazę realizacji Przedmiotu Umowy, przypadającą po uzyskaniu przez Wykonawcę Pozwolenia na Budowę, rozpoczynającą się w dniu złożenia przez Zamawiającego Wykonawcy „NTP on Site”, której efektem jest zrealizowanie (wybudowanie) przez Wykonawcę Inwestycji, zgodnie z SIWZ, PFU, Umową, Ofertą, Dokumentacją Projektową, Pozwoleniami, Przepisami Prawa, Normami, Standardami Projektowania i Budowy, a także realizacji obowiązków wynikających z udzielenia Gwarancji Jakości i Rękojmi na Roboty Budowlane i inne Prace;

14. *Faza Projektowania* – oznacza pierwszą fazę realizacji Przedmiotu Umowy, polegającą na wykonaniu przez Wykonawcę wszelkich Prac niezbędnych do sporządzenia Dokumentacji Projektowej oraz uzyskania Pozwolenia na Budowę, a także realizacji obowiązków wynikających z udzielenia Gwarancji Jakości i Rękojmi na Dokumentację, która zostanie zrealizowana przez Wykonawcę niezależnie od realizacji Fazy Budowy;

17. *Harmonogram Rzeczowo-Finansowy* — oznacza harmonogram określający Etapy oraz Kamienie Milowe, terminy ich realizacji, wartość Etapów i Kamieni Milowych oraz procentowy podział płatności Wynagrodzenia Umownego w odniesieniu do Kamieni Milowych, zgodny ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 4 do SIWZ, składany przez Wykonawcę wraz z Ofertą - bez obowiązku uzupełnienia wartości Etapów i Kamieni Milowych i który zostanie uzupełniony o wartość Etapów i Kamieni Milowych przez Wykonawcę w uzgodnieniu z Zamawiającym i Inżynierem Kontraktu nie później niż w dniu złożenia przez Wykonawcę wniosku o wydanie Pozwolenia na Budowę;

29. *Kamień Milowy - Etap* - oznacza zakres Prac określony w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym jako „Kamień Milowy”; wykonaniem Kamienia Milowego będzie rezultat w postaci części Dokumentacji lub części Inwestycji, którego zgodność z Umową zostanie potwierdzona podczas czynności odbiorowych;

44. *Opcja/Prawo Opcji* - zwiększenie zakresu Zamówienia o zaprojektowanie i wybudowanie Instalacji odazotowania SNCR dla Kotła K1, z którego Zamawiający może skorzystać na zasadach wskazanych w SIWZ i Umowie;

58. *Projekt Budowlany* - oznacza część Dokumentacji Projektowej Inwestycji sporządzonej przez Wykonawcę zgodnie z postanowieniami SIWZ, Umowy, Oferty i Przepisami Prawa, w tym Rozporządzenia Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 25 kwietnia 2012 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego (tj. Dz. U. z 2018 poz. 1935), niezbędną dla uzyskania Pozwolenia na Budowę;

59. *Projekt Wykonawczy* - oznacza część Dokumentacji Projektowej wykonawczej potrzebnej do budowy Inwestycji, w tym projekt zagospodarowania Terenu Budowy (drogi i chodniki wewnętrzne, pasy zieleni etc.) związany z realizacją Inwestycji;

85. *Wynagrodzenie Umowne* - oznacza wynagrodzenie ryczałtowe za należyte i w pełni zgodne z Umową wykonanie Przedmiotu Umowy oraz wszystkich wynikających z niej obowiązków przez Wykonawcę, płatne w sposób określony w Umowie, przy czym pojęciem tym objęte jest zarówno Wynagrodzenie Umowne za Fazę Projektowania, jak i Wynagrodzenie Umowne za Fazę Budowy, jeśli w Umowie nie wskazano inaczej;

89. *Zamówienie Podstawowe* – oznacza Zamówienie udzielane przez Zamawiającego bez skorzystania z prawa opcji na Instalację odazotowania SNCR na Kotle K1.

W Rozdziale VIII SIWZ zastrzeżono możliwość skorzystania z prawa opcji w zakresie zaprojektowania i wybudowania Instalacji odazotowania SNCR dla Kotła K1. W Rozdziale XXV ust. 2-3 SIWZ wskazano: 2. *Zamawiający będzie żądał, aby Prace były wykonywane w terminach określonych w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym i Harmonogramie Realizacji Inwestycji.* 3. *Zamawiający przewiduje płatności w częściach na podstawie faktur częściowych, za poszczególne Etapy realizacji Umowy zgodnie z Harmonogramami.*

W Rozdziale XXI SIWZ Zamawiający określił wymagania co do sposobu obliczenia ceny. Zgodnie z tymi postanowieniami wykonawcy byli zobowiązani, m.in.: podać cenę oferty (Wynagrodzenie Umowne) w polskich złotych cyframi i słownie; podać cenę, która jest ceną ryczałtową; dokonać podziału Wynagrodzenia Umownego na dwie Fazy realizacji Umowy (Wynagrodzenie za Fazę Projektowania i Wynagrodzenie za Fazę Budowy); podać w ofercie osobno cenę za przysługujące Zamawiającemu Prawo Opcji.

W Rozdziale XXII ust. 3 SIWZ wskazano, że przy ocenie ofert Zamawiający będzie się kierował poniższymi kryteriami i ich wagami: Cena ofertowa (Wynagrodzenie Umowne) brutto - 70% Koszty eksploatacji - 30%. Następnie wskazano, że „Cena” będzie oceniane na podstawie ceny brutto (łącznie Wynagrodzenia Umownego za Fazę Projektowania i Wynagrodzenia Umownego za Fazę Budowy, obejmującego zarówno Zamówienie Podstawowe, jak i Instalację SNCR na Kotle K1) zawartej w ofercie.

Załącznik nr 4, Wzór Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego, zawierał sześć kolumn, oznaczonych odpowiednio: L.p., Opis Kamienia Milowego, Data zakończenia realizacji Kamienia Milowego, Wartość netto Kamienia Milowego, Wartość netto Kamieni Milowych Narastająco, Do zapłaty % Wynagrodzenia Umownego. Tabela składała się z dziesięciu pozycji, gdzie w pkt 1 wskazano, że za wykonanie Kamienia Milowego pn. „*Uzyskanie Pozwolenia na Budowę*” w kolumnie „*Do zapłaty % Wynagrodzenia Umownego*” znajdowało się ograniczenie o następującej treści „*nie więcej niż 2% Wynagrodzenia Umownego*”.

Izba ustaliła, że w załączniku nr 5: „Formularz Oferty” wykonawcy zobligowani zostali do złożenia oświadczeń, m.in. w lit. D pkt 4 o treści: *Akceptujemy, iż zapłata za zrealizowanie Przedmiotu Umowy następować będzie częściami (na zasadach opisanych w Projekcie*

Umowy i Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym) w terminie 30 Dni od daty otrzymania przez Zamawiającego prawidłowo wystawionej faktury VAT, na warunkach wskazanych w Umowie, a Zamawiający opracował w lit. B tabelę w rozbiściu na:

I. WYNAGRODZENIE UMOWNE BEZ PRAWA OPCJI (ZAMÓWIENIE PODSTAWOWE) 1.

Wynagrodzenie z tytułu wykonania Projektu Budowlanego i uzyskania prawomocnego Pozwolenia na Budowę Inwestycji – Wynagrodzenie Umowne za Fazę Projektowania:

Wartość netto Wynagrodzenia Umownego za Fazę Projektowania: złotych Słownie złotych:
Podatek VAT:.....% złotych Słownie złotych:

Wartość brutto Wynagrodzenia Umownego za Fazę Projektowania: złotych Słownie złotych:

2. Wynagrodzenie z tytułu wybudowania Inwestycji oraz wykonania pozostałych obowiązków wynikających z Umowy, w tym z Gwarancji Jakości i Rękojmi – Wynagrodzenie Umowne za Fazę Budowy:

Wartość netto Wynagrodzenia Umownego za Fazę Budowy: złotych Słownie złotych: Podatek VAT:.....% złotych Słownie złotych:

Wartość brutto Wynagrodzenia Umownego za Fazę Budowy: złotych Słownie złotych:

3. Wynagrodzenie Umowne za Fazę Projektowania i Wynagrodzenie Umowne za Fazę Budowy, obejmujące zaprojektowanie i wybudowanie Inwestycji (suma wartości zawartych w tabelach 1 i 2) – Wynagrodzenie Umowne za Fazę Projektowania i Fazę Budowy: Łączne Wynagrodzenie Umowne (bez opcji obejmującej Instalację SNCR na Kotle K1)

Wartość netto wynagrodzenia (łączne Wynagrodzenie Umowne): złotych Słownie złotych:
Podatek VAT:% złotych Słownie złotych:

Wartość brutto wynagrodzenia (łączne Wynagrodzenie Umowne): złotych Słownie złotych:

II. WYNAGRODZENIE UMOWNE ZA INSTALACJĘ ODAZOTOWANIA SNCR NA KOTLE K1 (PRAWO OPCJI)

1. Wynagrodzenie z tytułu wykonania Dokumentacji – Wynagrodzenie Umowne za Fazę Projektowania Instalacji odazotowania SNCR na Kotle K1:

Wartość netto Wynagrodzenia Umownego za Fazę Projektowania: złotych Słownie złotych:
Podatek VAT:.....% złotych 44 Słownie złotych:

Wartość brutto Wynagrodzenia Umownego za Fazę Projektowania: złotych Słownie złotych:

2. Wynagrodzenie z tytułu wybudowania Instalacji odazotowania SNCR na Kotle K1 oraz wykonania pozostałych obowiązków wynikających z Umowy w zakresie w/w Instalacji, w tym z Gwarancji Jakości i Rękojmi – Wynagrodzenie Umowne za Fazę Budowy Instalacji odazotowania SNCR na Kotle K1:

Wartość netto Wynagrodzenia Umownego za Fazę Budowy: złotych Słownie złotych: Podatek VAT:.....% złotych Słownie złotych:

Wartość brutto Wynagrodzenia Umownego za Fazę Budowy: złotych Słownie złotych:

3. Wynagrodzenie Umowne za Fazę Projektowania i Wynagrodzenie Umowne za Fazę Budowy, obejmujące zaprojektowanie i wybudowanie Instalacji SNCR na Kotle K1 (suma wartości zawartych w tabelach II.1 i II.2) – Łączne Wynagrodzenie Umowne za Fazę Projektowania i Fazę Budowy Instalacji SNCR na Kotle K1

Wartość netto wynagrodzenia (łączne Wynagrodzenie Umowne): złotych Słownie złotych: Podatek VAT:% złotych Słownie złotych:

Wartość brutto wynagrodzenia (łączne Wynagrodzenie Umowne): złotych Słownie złotych:

Należy uzupełnić wszystkie puste pola w tabelach powyżej wskazując cenę cyfrowo oraz słownie w złotych polskich. Wynagrodzenie za zaprojektowanie i wybudowanie Inwestycji (Wynagrodzenie Umowne) wypłacane będzie w terminach zakończenia Etapów robót zgodnie z harmonogramem płatności, który będzie zgodny ze Wzorem Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego, stanowiącego Załącznik nr 4 do SIWZ.

4. Łączne Wynagrodzenie Umowne za Fazę Projektowania i Wynagrodzenie Umowne za Fazę Budowy, obejmujące Przedmiot Zamówienia Podstawowego, jak i Prawo Opcji - Instalację SNCR na Kotle K1 (suma wartości zawartych w tabelach I.3 i II.3):

Wartość netto wynagrodzenia (Łączne Wynagrodzenie Umowne): złotych Słownie złotych: Podatek VAT:% złotych Słownie złotych:

Wartość brutto wynagrodzenia (Łączne Wynagrodzenie Umowne): złotych Słownie złotych:

5. Łączny godzinowy koszt eksploatacji Inwestycji dla pracy jednego kotła WR25 obejmujący zużycie reagentów, sorbentów, energii elektrycznej i wody:

Koszty eksploatacji netto (obliczone zgodnie z zasadami i tabelą zamieszczoną w punkcie 4.1.): złotych Słownie złotych: Podatek VAT:% złotych Słownie złotych:

Koszty eksploatacji brutto (obliczone zgodnie z zasadami i tabelą zamieszczoną w punkcie 4.1.): złotych Słownie złotych:

5.1. Zestawienie kosztów eksploatacji Inwestycji.

Zgodnie z Projektem umowy, stanowiącym załącznik nr 7 do SIWZ:

4.13. Zobowiązanie Wykonawcy do rozpoczęcia i wykonania Fazy Budowy oraz zobowiązanie Zamawiającego do zapłaty Wynagrodzenia Umownego za Fazę Budowy powstaje pod następującymi warunkami zawieszającymi, których spełnienie musi nastąpić łącznie:

4.13.1. uzyskania przez Wykonawcę Pozwolenia na Budowę;

4.13.2. przedłożenia przez Wykonawcę Zabezpieczenia Należytego Wykonania Umowy;

4.13.3. otrzymania przez Zamawiającego pożyczki dla celów realizacji Inwestycji (pożyczka z NFOŚiGW);

4.13.4. zawiadomienia Wykonawcy przez Zamawiającego o terminie przekazania Wykonawcy Terenu Budowy w celu rozpoczęcia realizacji Fazy Budowy (złożenie przez Zamawiającego oświadczenia „NTP on Site”, „Notice to Proceed on Site”).

4.14. Faza Budowy rozpoczyna się z dniem przekazania Wykonawcy pisemnego „NTP on Site” przez Zamawiającego, z zastrzeżeniem spełnienia wszystkich pozostałych warunków zawieszających, o których mowa w pkt. 4.13 i kończy się z dniem podpisania Protokołu Odbioru Końcowego Inwestycji do Użytkowania. Warunki określone w pkt. 4.13 zostały zastrzeżone na korzyść Zamawiającego, który może złożyć „NTP on Site” pomimo nie ziszczenia się któregośkolwiek z warunków.

4.19. W przypadku nie spełnienia się warunków zawieszających wskazanych w pkt. 4.13 Faza Budowy nie rozpoczyna się. W takim przypadku Wykonawcy nie przysługują roszczenia wynikające z niniejszej Umowy, w tym roszczenie o zapłatę Wynagrodzenia Umownego za Fazę Budowy, z zastrzeżeniem roszczenia o zapłatę pierwszej Raty Wynagrodzenia zgodnie z Harmonogramem Rzeczowo-Finansowym (Wynagrodzenia za Fazę Projektowania), o ile spełnione zostaną wskazane w Umowie warunki do jej zapłaty.

Zgodnie z pkt 10.1 Projektu umowy Na zasadach określonych w Umowie, z tytułu zaprojektowania i wybudowania Instalacji oraz wykonania innych obowiązków Wykonawcy wynikających z Umowy, Zamawiający zapłaci Wykonawcy wynagrodzenie ryczałtowe w łącznej wysokości [...] (słownie:) złotych netto („Wynagrodzenie Umowne”), z zastrzeżeniem, iż płatność Wynagrodzenia Umownego będzie dokonywana odpowiednio do Faz realizacji Umowy, w tym:

10.1.1. Wynagrodzenie z tytułu wykonania Projektu Budowlanego i uzyskania Pozwolenia na Budowę Inwestycji w zakresie Zamówienia Podstawowego – Wynagrodzenie Umowne za Fazę Projektowania: w wysokości [...] (słownie:) złotych netto, z zastrzeżeniem, iż Wynagrodzenie Umowne za całą Fazę Projektowania nie może przekroczyć 2% (dwa procent) Wynagrodzenia Umownego;

10.1.2. Wynagrodzenie z tytułu wykonania Dokumentacji w Fazie Budowy, wybudowania Inwestycji, wykonania obowiązków wynikających z Gwarancji Jakości i Rękojmi oraz pozostałych obowiązków wynikających z Umowy w zakresie Zamówienia Podstawowego – Wynagrodzenie Umowne za Fazę Budowy: w wysokości [...] (słownie:) złotych netto,

z zastrzeżeniem, iż zobowiązanie Zamawiającego do zapłaty Wynagrodzenia Umownego za Fazę Budowy powstaje pod warunkami zawieszającymi wskazanymi w pkt. 4.13 Umowy;

10.1.3. Wynagrodzenie z tytułu wykonania Projektu Budowlanego i uzyskania Pozwolenia na Budowę Inwestycji w przypadku skorzystania z Prawa Opcji, tj. zakres Zamówienia Podstawowego oraz Instalacji odazotowania SNCR na kotle K1 – Wynagrodzenie Umowne za Fazę Projektowania: w wysokości [...] (słownie:) złotych netto, z zastrzeżeniem, iż Wynagrodzenie Umowne za całą Fazę Projektowania nie może przekroczyć 2% (dwa procent) Wynagrodzenia Umownego;

10.1.4. Wynagrodzenie z tytułu wykonania Dokumentacji w Fazie Budowy, wybudowania Inwestycji, wykonania obowiązków wynikających z Gwarancji Jakości i Rękojmi oraz pozostałych obowiązków wynikających z Umowy w przypadku skorzystania z Prawa Opcji, tj. zakres Zamówienia Podstawowego oraz Instalacji odazotowania SNCR na kotle K1 – Wynagrodzenie Umowne za Fazę Budowy: w wysokości [...] (słownie:) złotych netto, z zastrzeżeniem, iż zobowiązanie Zamawiającego do zapłaty Wynagrodzenia Umownego za Fazę Budowy powstaje pod warunkami zawieszającymi wskazanymi w pkt. 4.13 Umowy. (...)

10.8. Wynagrodzenie Umowne będzie płacone w ratach („Raty Wynagrodzenia”), powiązanych z wykonaniem przez Wykonawcę Etapów, z zastrzeżeniem pkt. 10.28 Umowy. Wysokość Rat Wynagrodzenia wypłacanych po wykonaniu Prac objętych odebrany Etapem określa Harmonogram Rzeczowo-Finansowy (Załącznik do Umowy). Płatność pierwszej Raty Wynagrodzenia („Wynagrodzenie za Fazę Projektowania”) nie nastąpi wcześniej niż po uzyskaniu przez Wykonawcę Pozwolenia na Budowę. (...)

10.10. W celu ustalenia podstaw płatności każdej z Rat Wynagrodzenia każdy przedkładany przez Wykonawcę Wniosek o Dokonanie Odbioru będzie wskazywał szczegółowe rozliczenie kwoty, do otrzymania której Wykonawca uważa się za uprawnionego. Wniosek o Dokonanie Odbioru zawierał będzie w szczególności:

10.10.1. wykaz zrealizowanych Etapów, które są zgodne z Harmonogramem Rzeczowo-Finansowym

10.10.2. kwotę Wynagrodzenia Umownego przypisanego do Fazy i Etapu, którego dotyczy dany Wniosek o Dokonanie Odbioru.

Do terminu składania ofert, tj. do dnia 17 czerwca 2019 r. oferty złożyło pięciu wykonawców tj. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Erbud Industry Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Erbud Spółka Akcyjna; wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Grupa Azoty Polskie Konsorcjum Chemiczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Uniserv Spółka Akcyjna; Energika M.S., Z.S. Spółka

Jawna; Przedsiębiorstwo Remontu i Montażu Urządzeń Energetycznych „Energoserwis” Spółka Akcyjna oraz Przedsiębiorstwo Modernizacji Urządzeń Energetycznych REMAK Spółka Akcyjna.

W dniu 16 sierpnia 2019 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Grupa Azoty Polskie Konsorcjum Chemiczne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie oraz Uniserv Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach jako najkorzystniejszej.

Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania. Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego co do braku wykazania interesu Odwołującego do wniesienia odwołania. Zamawiający wskazywał, że gdyby przyjąć argumentację Odwołującego, również jego oferta winna zostać odrzucona. Nadto podnosił na rozprawie, że cena oferty złożonej przez Odwołującego przekracza kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia, zatem możliwość, aby jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza jest czysto teoretyczna, tym samym nie wykazał on interesu we wniesieniu odwołania.

Izba wskazuje, że wbrew twierdzeniom, zarówno Zamawiającego, jak i Odwołującego, art. 179 ust.1 ustawy Pzp mówi o interesie w uzyskaniu danego zamówienia, a nie o interesie prawnym we wniesieniu odwołania. Następnie Izba wskazuje, że interes w uzyskaniu zamówienia dotyczy daty wniesienia odwołania, zatem dalsze hipotetyczne czynności zamawiającego, zmierzające do unieważnienia postępowania, w przypadku ustalenia, że cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a której to kwoty zamawiający nie może zwiększyć (zresztą Zamawiający złożył jedynie oświadczenie na rozprawie, nie poparte żadnymi dowodami), nie pozbawiają wykonawcy środków ochrony prawnej. Pojęcie interesu należy traktować co do zasady szeroko, a działanie podmiotu kwestionującego wybór oferty, nawet w przypadku gdy oferta Odwołującego przekracza budżet Zamawiającego, prowadzi do

zapewnienia prawidłowego przebiegu postępowania.

Odnosząc się zaś do argumentacji Zamawiającego, że gdyby uznać stanowisko Odwołującego za słuszne, również jego oferta powinna ulec odrzuceniu, należy wskazać, co następuje. Skoro oferta Odwołującego nie jest odrzucona, to Odwołujący cały czas ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę na skutek niezgodnych z ustawą Pzp decyzji zamawiającego, a tym samym ma interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ustawy Pzp. W wyroku w sprawie C-110/12 Fastweb Trybunał wskazał, że *każdy z konkurentów może powołać się na uzasadniony interes w postaci wykluczenia ofert innych wykonawców, co może prowadzić instytucję zamawiającą do stwierdzenia niemożności dokonania wyboru prawidłowej oferty (pkt 33)*. W wyroku z dnia 5 kwietnia 2016 r. w sprawie C-689/13 PFE, Trybunał potwierdził ww. stanowisko i ponownie orzekł, że w sytuacji, w której dwóch oferentów wnosi odwołania zmierzające do ich wzajemnego wykluczenia, każdy z tych oferentów ma interes w uzyskaniu odnośnego zamówienia. Po pierwsze, zdaniem TSUE, wykluczenie jednego z oferentów może bowiem doprowadzić do tego, że drugi uzyska zamówienie bezpośrednio w ramach tego samego postępowania. Po drugie, jeśli miałyby nastąpić wykluczenie obu oferentów i wszczęcie nowego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, to każdy z nich mógłby wziąć w nim udział i w ten sposób pośrednio otrzymać zamówienie. Tym samym, TSUE wprowadził rozróżnienie między możliwością bezpośredniego a pośredniego uzyskania danego zamówienia, przy czym i w pierwszym i w drugim przypadku mamy do czynienia ze spełnieniem przesłanki interesu, o której mowa w art. 179 ust 1 ustawy Pzp. W wyroku w sprawie C-131/16 Archus et Gama, TSUE orzekł, że w sytuacji, w której *w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożono dwie oferty; a instytucja zamawiająca wydała jednocześnie dwie decyzje, odpowiednio, o odrzuceniu oferty jednego z oferentów i o udzieleniu zamówienia drugiemu, odrzucony oferent który zaskarżył obie te decyzje, powinien mieć możliwość żądania wykluczenia oferty wygrywającego oferenta, w związku z czym pojęcie „danego zamówienia” w rozumieniu art. 1 ust 3 dyrektywy 92/13, zmienionej dyrektywą 2007/66, może w danym razie dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (pkt 55)*. Zatem, interesu wykonawcy w uzyskaniu kontraktu nie należy odnosić tylko do „danego postępowania”, ale do „danego zamówienia”. Pojęcie „danego zamówienia” jest więc pojęciem szerszym od pojęcia samego postępowania o udzielenie zamówienia. Zamówienia bowiem można udzielić nie tylko w wyniku przeprowadzenia jednego postępowania, ale tych postępowań może być więcej.

W dalszej kolejności Izba uznała, że odwołanie zasługuje na oddalenie.

Izba stwierdziła, że niezasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego oraz

wykonawcy Energika, których treść jakoby jest niezgodna z treścią SIWZ. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, której treść nie odpowiada treści SIWZ, tj. jeżeli oferta została sporządzona niezgodnie z postanowieniami SIWZ, a niezgodność ta nie może być usunięta w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że oferta Przystępującego oraz oferta wykonawcy Energika zostały przygotowane niezgodnie z wymaganiami wskazanymi przez Zamawiającego w treści SIWZ.

Istota sporu sprowadzała się do ustalenia czy zaoferowana przez wykonawców wyższa proporcja (więcej niż 2%) wartości wynagrodzenia za Fazę Projektowania w stosunku do wartości Wynagrodzenia Umownego jest dopuszczalna w świetle postanowień SIWZ. Biorąc pod uwagę całą dokumentację postępowania Izba ustaliła, że ograniczenie limitu 2% Wynagrodzenia Umownego znajduje się jedynie w dwóch miejscach SIWZ, tj. w Załączniku nr 4 do SIWZ, Wzór Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego oraz w pkt 10.1 Załącznika nr 7 do SIWZ, Projekt umowy. Ww. ograniczenie nie zostało ujęte ani w Rozdziale SIWZ dotyczącym opisu sposobu obliczenia ceny, ani w formularzu oferty. Następnie Izba ustaliła, że zarówno ograniczenie limitu 2% Wynagrodzenia Umownego, znajdujące się w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym, jak i w Projekcie umowy, dotyczy płatności wynagrodzenia, a nie jego wysokości. W Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym mowa o zapłacie wynagrodzenia, a w Projekcie umowy wskazano, że *płatność Wynagrodzenia Umownego będzie dokonywana odpowiednio do Faz realizacji Umowy, w tym (...)*.

Niemniej Izba dostrzega, że postanowienia Projektu Umowy mogą stwarzać pewne wątpliwości interpretacyjne. Z jednej strony bowiem Zamawiający nie wskazał w Rozdziale SIWZ dotyczącym opisu sposobu obliczenia ceny, ani w formularzu oferty, że kwotę w zakresie Fazy Projektowania należało obliczyć jako określony (sztywno) procent od wartości Wynagrodzenia Umownego. Zamawiający nie wskazał też w Rozdziale SIWZ dotyczącym opisu sposobu obliczenia ceny, ani w formularzu oferty, że wartość ta ma stanowić nie więcej niż 2%. Wręcz przeciwnie, to na wykonawców został nałożony obowiązek obliczenia tych kosztów według własnej kalkulacji, jako rzeczywistych kosztów, które zostaną poniesione przez wykonawcę przy realizacji zamówienia dla każdej pozycji zryczałtowanej zawartej w formularzu ofertowym.

Z drugiej strony zarówno w pkt 10.1.1, jak i w pkt 10.1.3 Projektu umowy, znajduje się stwierdzenie, że *Wynagrodzenie Umowne za całą Fazę Projektowania nie może przekroczyć 2% (dwa procent) Wynagrodzenia Umownego*. Niemniej są to postanowienia w ramach pkt 10.1 Projektu umowy, który wskazuje, że *Zamawiający zapłaci Wykonawcy wynagrodzenie ryczałtowe w łącznej wysokości [...] (słownie: ...) złotych netto („Wynagrodzenie Umowne”), z*

zastrzeżeniem, iż płatność Wynagrodzenia Umownego będzie dokonywana odpowiednio do Faz realizacji Umowy, w tym: (...). W związku z powyższym postanowienia pkt 10.1 Projektu umowy należy czytać łącznie, w ten sposób że płatność, a nie wysokość, Wynagrodzenia Umownego za Fazę Projektowania nie może przekroczyć 2%.

Równocześnie Izba wskazuje, że limit płatności w wysokości 2%, określony w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym, dotyczył uzyskania Pozwolenia na Budowę, a nie płatności za całą Fazę Projektowania (zgodnie z definicją uzyskanie Pozwolenia na Budowę stanowi jeden z elementów Fazy Projektowania). Pojęcie Fazy Projektowania jest niewątpliwie szersze i obejmuje więcej czynności niż czynności zmierzające jedynie do uzyskania Pozwolenia na Budowę. Zgodnie z definicją Zamawiającego Faza Projektowania obejmuje również realizację obowiązków wynikających z udzielenia Gwarancji Jakości i Rękojmi za Dokumentację, która zostanie zrealizowana przez wykonawcę niezależnie od realizacji Fazy Budowy.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, podnoszonym na rozprawie, Faza Projektowania obejmuje również sporządzenie dokumentacji wykonawczej. Uszło bowiem uwadze Odwołującego, że zgodnie z definicją Zamawiającego Faza Projektowania polega na *wykonaniu przez Wykonawcę wszelkich Prac niezbędnych do sporządzenia tej części Dokumentacji Projektowej, która jest niezbędna w celu uzyskania prawomocnego Pozwolenia na Budowę*. Zgodnie zaś z definicją Dokumentacji Projektowej obejmuje ona Projekt Budowlany i Projekt Wykonawczy, który oznacza *część Dokumentacji Projektowej wykonawczej potrzebnej do budowy Inwestycji, w tym projekt zagospodarowania Terenu Budowy (drogi i chodniki wewnętrzne, pasy zieleni etc.) związany z realizacją Inwestycji*. Powyższe definicje korelują z przepisami prawa powszechnie obowiązującego. Zgodnie z §4 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. z 2013 r. poz. 1129) *Dokumentacja projektowa, służąca do opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych, dla których jest wymagane uzyskanie pozwolenia na budowę, składa się w szczególności z: 1) projektu budowlanego w zakresie uwzględniającym specyfikę robót budowlanych; 2) projektów wykonawczych w zakresie, o którym mowa w § 5; 3) przedmiaru robót w zakresie, o którym mowa w § 6; 4) informacji dotyczącej bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, w przypadkach gdy jej opracowanie jest wymagane na podstawie odrębnych przepisów*. Zgodnie z §5 ust. 1 ww. rozporządzenia *Projekty wykonawcze powinny uzupełniać i uszczegóławiać projekt budowlany w zakresie i stopniu dokładności niezbędnym do sporządzenia przedmiaru robót, kosztorysu inwestorskiego, przygotowania oferty przez wykonawcę i realizacji robót budowlanych*. Zamawiający w ramach sporządzenia

Dokumentacji Projektowej (czynności będącej etapem Fazy Projektowania) wymagał sporządzenia Projektu Wykonawczego, co jest w pełni uzasadnione.

Niezależnie od powyższego, należy zauważyć, iż Przystępujący w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowy, podał, że zapłata wynagrodzenie za uzyskanie Pozwolenia na Budowę będzie wynosić 1,98% Wynagrodzenia Umownego, co jest zgodne z postanowieniami ww. Harmonogramu, który wymagał, aby zapłata wynosiła *nie więcej niż 2% Wynagrodzenia Umownego*.

Należy podkreślić, że Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia jest podstawowym dokumentem kształtującym reguły obowiązujące w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jej postanowienia są wiążące w równym stopniu, zarówno dla wykonawców biorących udział w postępowaniu, jak i dla zamawiającego, zarówno na etapie składania ofert, jak i na etapie ich oceny. Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp może mieć miejsce tylko i wyłącznie w sytuacji, gdy zamawiający ma pewność, że oferta danego wykonawcy jest niezgodna z SIWZ, przy czym postanowienia SIWZ powinny być klarowne, w tym co do sposobu realizacji płatności, a jakiegokolwiek wątpliwości w interpretacji postawień zawartych w SIWZ w tym zakresie nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawcy. Jeżeli wymóg został sformułowany w sposób niejasny, nie może być interpretowany zawężająco na etapie oceny ofert, na niekorzyść wykonawcy. Tym samym, wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji wynikających z braku precyzyjnego opisanego wymaganego sposobu kalkulacji ceny czy zasad płatności (w przypadku gdy Zamawiający limit procentowy w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym odnosi do uzyskania Pozwolenia na Budowę – etapu Fazy Projektowania, a w Projekcie umowy do całej Fazy Projektowania).

Nadto, Izba ustaliła, że wykonawcy byli zobowiązani do przedstawienia ceny ryczałtowej za realizację zamówienia, z rozbiciem na dwie fazy realizacji. Zgodnie z lit. B pkt 1 pkt 4 formularza ofertowego należało podać *Łączne Wynagrodzenie Umowne za Fazę Projektowania i Wynagrodzenie Umowne za Fazę Budowy, obejmujące Przedmiot Zamówienia Podstawowego, jak i Prawo Opcji - Instalację SNCR na Kotle K1 (suma wartości zawartych w tabelach I.3 i II.3)*. Wartość ta stanowiła jedno z kryteriów oceny ofert. Rację należy przyznać Zamawiającemu, że Odwołujący błędnie przywołuje w odwołaniu wyliczenia jedynie w zakresie Zamówienia Podstawowego, podając że proporcja wartości wynagrodzenia Odwołującego za Fazę Projektowania stanowi, zgodnie z zastrzeżeniem SIWZ, dokładnie 2% w stosunku do wartości wynagrodzenia za Fazę Budowy. Ograniczając wyliczenia do Zamówienia Podstawowego Odwołujący pomija fakt, iż zgodnie z postanowieniami umownymi limit płatności skorelowany był z Wynagrodzeniem Umownym, a zatem pojęciem tym objęte

jest zarówno Wynagrodzenie Umowne za Fazę Projektowania, jak i Wynagrodzenie Umowne za Fazę Budowy. Dodatkowo, jak już wyżej ustalono, w ramach kryterium oceny ofert, Wynagrodzenie Umowne obejmowało również Prawo Opcji.

Odwołujący pomija również okoliczność, że zgodnie z postanowieniami umownymi podział łącznego Wynagrodzenia Umownego na kwoty częściowych płatności za poszczególne Kamienie Milowe i Etapy miał być dokonany dopiero po zawarciu umowy między Zamawiającym i wybranym wykonawcą, poprzez uzgodnienie między stronami Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego oraz Harmonogramu Realizacji Inwestycji. Zgodnie z pkt 9.3 – 9.5 Projektu umowy 9.3. *Harmonogram Rzeczowo-Finansowy stanowi załącznik do Oferty Wykonawcy i po uzupełnieniu przez Wykonawcę w uzgodnieniu z Zamawiającym staje się Załącznikiem nr 1 do Umowy. Harmonogram Rzeczowo-Finansowy będzie zgodny ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 4 do SIWZ i składanym przez Wykonawcę wraz z Ofertą. Wykonawca uzgodni z Zamawiającym i uzupełni Harmonogram Rzeczowo-Finansowy nie później niż do dnia złożenia wniosku o Pozwolenie na Budowę. 9.4. Harmonogram Realizacji Inwestycji zostanie przełożony do uzgodnienia Zamawiającemu przez Wykonawcę wraz z projektem wniosku o wydanie Pozwolenia na Budowę i załączoną do niego Dokumentacją Projektową. 9.5. Zamawiający i Inżynier Kontraktu uzgodnią z Wykonawcą Harmonogram Rzeczowo-Finansowy i Harmonogram Realizacji Inwestycji w trybie właściwym dla uzgodnienia Dokumentacji.* Zgodnie z Rozdziałem XXV ust. 3 SIWZ Zamawiający przewidywał płatności w częściach na podstawie faktur częściowych, za poszczególne Etapy realizacji Umowy zgodnie z Harmonogramami. We wzorze Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego płatność dotycząca dwóch Kamieni Milowych została ograniczona, tj. w pkt 1- uzyskanie Pozwolenia na Budowę - nie więcej niż 2% Wynagrodzenia Umownego oraz w pkt 10 - Przekazanie Inwestycji do Użytkowania (Podpisanie Protokołu Odbioru Końcowego Inwestycji do Użytkowania) - 10% Wynagrodzenia Umownego. Oznacza to, że łączne Wynagrodzenie Umowne wskazane przez wykonawcę w formularzu ofertowym miało zostać podzielone na płatności częściowe w odniesieniu do poszczególnych Kamieni Milowych i Etapów.

Skoro zaś Zamawiający wprowadził ograniczenia płatności w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym i Projekcie umowy, wypłata określonych części Wynagrodzenia Umownego będzie następowała zgodnie z postanowieniami Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego oraz Projektu umowy, a zatem z ograniczeniem do 2% Wynagrodzenia Umownego za etap do Uzyskania Pozwolenia na Budowę.

Izba uznała, że oferta Przystępującego oraz wykonawcy Energika, w zakresie przedstawienia kwoty za Fazę Projektowania, została przygotowana w sposób, który odpowiada wymaganiom opisanym w SIWZ. W ocenie Izby Zamawiający narzucił jedynie

ograniczenia do 2% Wynagrodzenia Umownego w zakresie płatności, a nie wysokości Wynagrodzenia Umownego. Nie mógł więc odrzucić ofert wykonawców, na podstawie wymogu, którego nie było wprost w postanowieniach SIWZ. Nie zostały zatem spełnione przesłanki zobowiązujące Zamawiającego do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, a zatem zarzut zaniechania zastosowania ww. przepisu Izba uznała za niezasadny.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego oraz wykonawcy Energika, z uwagi na to, że ich złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w zakresie opisanym w odwołaniu, Izba uznała, że jest on bezzasadny. Odwołujący argumentował, że ww. wykonawcy przyjmując inne proporcje podziału Wynagrodzenia Umownego niż, według Odwołującego, wymagane, uzyskali przewagę konkurencyjną, a w konsekwencji nieuprawnione prefinansowanie oferty.

Rację należy przyznać Przystępującemu, że zarówno on, jak i Odwołujący (gdyby jego oferta została uznana za najkorzystniejszą) otrzymałby za realizację pierwszego Kamienia Milowego, tj. uzyskanie Pozwolenia na Budowę 2% oferowanego przez siebie Wynagrodzenia Umownego (kwotowo Odwołujący otrzymałby wyższe wynagrodzenie). Zatem nie sposób twierdzić, że Przystępujący zyskałby przewagę konkurencyjną polegającą na prefinansowaniu Fazy Budowy. Zresztą Odwołujący w żaden sposób nie wykazał okoliczności, które przesądzałyby o popełnieniu przez ww. wykonawców czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w odwołaniu. Dodatkowo, jednym z kryteriów oceny ofert była cena ofertowa brutto, rozumiana jako Wynagrodzenie Umowne, czyli wynagrodzenie, które obejmowało zarówno Wynagrodzenie Umowne za Fazę Projektowania, jak i Wynagrodzenie Umowne za Fazę Budowy wraz z Prawem Opcji. W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający nie oceniał w ramach kryterium cenowego poszczególnych składników cenowych, czy to chociażby za Fazę Projektowania, czy za Fazę Budowy.

Skoro Projekt Umowy przewiduje postanowienie, że za Fazę Projektowania zapłata wyniesie nie więcej niż 2% Wynagrodzenia Umownego, to nie sposób twierdzić, że dojdzie do „dowolnego” ustalania wartości wynagrodzenia za Fazę Projektowania. Faktycznie przecież umowa z wybranym wykonawcą zostanie uzupełniona o wartość nie większą niż 2% Wynagrodzenia Umownego. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, podnoszonym na rozprawie, jakoby Zamawiający nie był w stanie wyjaśnić co się stanie z nadwyżką wynagrodzenia, Izba dała wiarę oświadczeniu złożonym przez Zamawiającego, że pozostała ponad 2% wartość Wynagrodzenia Umownego zostanie rozdzielona na poszczególne Kamienie Milowe i Etapy w uzgodnionym przez Strony Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym. Zgodzić należy się z Zamawiającym, że na skutek wypełnienia postanowień umowy i uzgodnienia Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego nie dojdzie do zwiększenia

finansowania wykonawcy przez Zamawiającego na etapie Fazy Projektowania w stosunku do ograniczenia przewidzianego w dokumentacji przetargowej.

Ponadto, Izba wskazuje, że czyn nieuczciwej konkurencji musi być popełniony świadomie i z winy umyślnej. Odwołujący stawiając ten zarzut powinien był udowodnić, że czyn został dokonany celowo i z zamiarem wyeliminowania innych przedsiębiorców z rynku. Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał okoliczności, potwierdzających podniesiony zarzut co do tego, że złożenie ofert przez Przystępującego oraz wykonawcę Energika stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, a tym samym zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp nie potwierdził się.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, Izba podzieliła argumentację Zamawiającego, że niejasności SIWZ, które mogły spowodować rozbieżne założenia przyjęte do wyceny ofert, były tłumaczone na korzyść wykonawców. Żadna oferta nie została odrzucona z powodu przekroczenia w formularzu ofertowym wysokości Wynagrodzenia Umownego za Fazę Projektowania ponad limit 2% łącznego Wynagrodzenia Umownego. Wysokość Wynagrodzenia Umownego za Fazę Projektowania nie była kryterium oceny ofert. Ponieważ wszyscy wykonawcy złożyli oferty z określeniem Wynagrodzenia Umownego za Fazę Projektowania na poziomie wyższym niż 2% w wersji z Prawem Opcji, a większość wykonawców również w wersji bez Prawa Opcji, Zamawiający uznał prawidłowo, że ocena wszystkich ofert jako nieodrzuconych zapewnia zachowanie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: