

Sygn. akt KIO 2680/19

WYROK

z dnia 20 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **16 stycznia 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 grudnia 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Roverpol Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** oraz **Rover Infraestructuras S.A. z siedzibą w Walencji w Hiszpanii**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Trakcja PRKiL Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Roverpol Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Rover Infraestructuras S.A. z siedzibą w Walencji w Hiszpanii oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Trakcja PRKiL 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 Roverpol Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Rover Infraestructuras S.A. z siedzibą w Walencji w Hiszpanii, tytułem wpisu od odwołania,**

2.2. zasądza od wykonawcy **Trakcja PRKiI Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Roverpol Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** oraz **Rover Infraestructuras S.A. z siedzibą w Walencji w Hiszpanii** kwotę **23.600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Przygotowanie linii kolejowych nr 234 na odcinku Kokoszki - Stara Piła oraz nr 229 na odcinku Stara Piła - Gliniec jako trasy objazdowej na czas realizacji projektu „Prace na alternatywnym ciągu transportowym Bydgoszcz - Trójmiasto, etap I.* Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2019 r. poz. 1843), dalej „ustawa Pzp” lub „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 września 2019 r. pod numerem 2019/S 185-451267.

W dniu 30 grudnia 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Roverpol Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Rover Infraestructuras S.A. z siedzibą w Walencji w Hiszpanii, dalej „Odwołujący”, wnieśli odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione jego zastosowanie polegające na uznaniu, że oferta Odwołującego jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, dalej „SIWZ” (z uwagi na rzekome przekroczenie procentowego limitu wartości prac projektowych), gdy tymczasem sposób obliczania tego limitu zaprezentowany w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego nie wynika z treści SIWZ, a Odwołujący nie przekroczył w wycenie prac projektowych limitu 7%, o którym mowa w pkt 13.5 Instrukcji dla Wykonawców, dalej „IDW”;

ewentualnie,

- 2) art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, gdy tymczasem, przyjmując sposób liczenia progu 7% prezentowany przez Zamawiającego, przepis ten powinien znaleźć obligatoryjne zastosowanie;
- 3) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zwrócenia się do Odwołującego z wnioskiem o złożenie wyjaśnień dotyczących treści oferty, gdy tymczasem wyjaśnienia te pozwoliłyby Zamawiającemu na jednoznaczne ustalenie, że oferta Odwołującego jest zgodna z SIWZ;

- 4) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego; przeprowadzenia dalszych czynności w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego; ewentualnie (tj. w przypadku przyznania racji Zamawiającemu, że oferta Odwołującego zawiera wycenę prac projektowych na poziomie przekraczającym 7%) nakazanie Zamawiającemu zastosowanie procedury, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez dostosowanie sumarycznej wartości poz. 1.1 i 1.2 Rozbicia Ceny Ofertowej, dalej „RCO”, do poziomu 7% (liczonych w sposób prezentowany przez Zamawiającego), tj. zmianę sumarycznej wartości pozycji 1.1 i 1.2 RCO do łącznej kwoty 13 305 640,38 zł poprzez proporcjonalne obniżenie tych pozycji do wartości: 1.1 RCO 11 170 966,17 zł, 1.2 RCO 2 134 674,21 zł.

Odwołujący wskazywał, że obowiązkiem wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia stanowiącego przedmiot postępowania było dostarczenie RCO. Jak wynika ze str. 1 RCO „na całość zadania składają się: a) Prace przedprojektowe, dokumentacja projektowa, powykonawcza, inne; b) Roboty budowlane; c) Prawo Opcji 1; d) Prawo Opcji 2; e) Prawo Opcji 3. W pkt 13.5 IDW Zamawiający wskazał m.in., że sumaryczna wartość pozycji RCO dotyczących wykonania dokumentami projektowej (poz. 1.1. RCO Prace przedprojektowe oraz poz. 1.2 RCO Dokumentacja projektowa) nie może przekroczyć 7% wartości Robót netto za wykonanie całości Zamówienia (bez kwoty warunkowej).

Odwołujący wycenił poszczególne pozycje RCO w następujący sposób: 1. Prace przedprojektowe, dokumentacja projektowa, powykonawcza, inne - 13 506 483,94 zł, 2. Roboty budowlane – 190 080 576,85 zł, 3. Prawo Opcji 1. Usługi pogwarancyjne (utrzymaniowe) dla zabudowanych urządzeń srk i telekomunikacji kolejowej - 5 685 548,76 zł, 4. Prawo Opcji 2. Modyfikacja zabudowanych urządzeń srk celem powiązania ich z urządzeniami zabudowanymi w przyszłości przez Innych wykonawców - 683 346,98 zł, 5. Prawo Opcji 3. Pełnienie nadzoru autorskiego nad realizacją łącznicy toru pierwszego linii kolejowej nr 201 i linii kolejowej nr 229 w obrębie posterunku odgałęźnego Glinicz - 780 592,68 zł.

Pismem z dnia 20 grudnia 2019 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty. Jako podstawa prawna wskazany został art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający wskazał, że sumaryczna wartość pozycji RCO odnosząca się do wykonania dokumentacji projektowej (poz. 1.1 i poz. 1.2 RCO) przekracza próg 7%, wynosi bowiem 7,053290358%. Zamawiający wskazał także, że nie dopatrywał się możliwości zastosowania przepisu umożliwiającego poprawienie omyłek w ofercie.

Odwołujący podkreślał, że zaistniała sytuacja jest konsekwencją różnic (pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym) w interpretacji IDW, a ściślej rozumienia przywołanego powyżej pkt 13.5 IDW, zgodnie z którym sumaryczna wartość poz. 1.1 i 1.2 RCO nie może przekraczać 7% wartości Robót netto za wykonanie całości Zamówienia (bez kwoty warunkowej). Zdaniem Zamawiającego pozycje RCO brane pod uwagę przy wyliczaniu progu 7% dla prac projektowych obejmują jedynie pkt 2. (Roboty budowlane). Natomiast według Odwołującego obejmują punkty: 2. (Roboty budowlane); 3. Prawo Opcji 1; 4. Prawo Opcji 2 oraz 5. Prawo Opcji 3.

Odwołujący przyjął, że w zakres „wartość Robót netto za wykonanie całości Zamówienia” nie wchodzi prace projektowe. Takie założenie przyjęte zostało z ostrożności, w obu jednak przypadkach (zarówno uwzględniając w całkowitej wartości, od której liczone będzie 7% prace projektowe, jak i nie uwzględniając tych prac) Odwołujący spełnia wymóg, o którym mowa w pkt 13.5 IDW.

Biorąc pod uwagę, że prace projektowe (poz. 1.1 i 1.2 RCO) w RCO Odwołującego wycenione zostały na kwotę 13 406 935,00 zł, wartość ta wynosi 7,0532904% kwoty branej pod uwagę przez Zamawiającego (190 080 576,85 zł) i 6,7976122% kwoty branej pod uwagę przez Odwołującego (197 230 065,27 zł). Jednocześnie, gdyby do „wartości Robót netto za wykonanie całości Zamówienia” wliczyć także same prace projektowe, to wartość procentowa jest jeszcze niższa i wynosi 6,361941%.

Odwołujący podnosił, że w jego opinii jedynie wykładnia prezentowana przez Odwołującego jest słuszna i uzasadniona w obliczu treści IDW oraz pozostałych materiałów wchodzących w zakres dokumentacji postępowania. Nawet jednak przyjmując, że równie uzasadniona jest interpretacja przedstawiana przez Zamawiającego, nie sposób zgodzić się, że z tego powodu zasadne jest wyciąganie względem Odwołującego negatywnych konsekwencji.

Niezależnie od wykazanej powyżej wadliwości działania Zamawiającego (brak podstaw do odrzucenia oferty), Odwołujący podkreślał, że, przyjmując nawet, iż przygotował ofertę w sposób nieodpowiadający pkt 13.5 IDW, spełnione zostały wszystkie przesłanki zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, czego Zamawiający nie uczynił. Odrzucenie oferty jest bowiem dopuszczalne jedynie w przypadku braku możliwości zastosowania tej procedury, tymczasem nie istnieją przeciwwskazania do skorzystania z niej w odniesieniu do oferty Odwołującego.

Zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp powinno nastąpić poprzez dostosowanie sumarycznej wartości poz. 1.1 i 1.2 RCO do poziomu odpowiadającego wartości równej 7% liczonej od kwoty 190 080 576,85 zł (wartość robót budowlanych z RCO), tj. do kwoty 13 305 640,38 zł. Poprawienie wartości poz. 1.1 i 1.2 RCO o wspomnianą kwotę powinno nastąpić

proporcjonalnie do procentowej relacji tych pozycji.

Powyższy sposób poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego nie wymaga konsultacji z Odwołującym, ani zasięgnięcia informacji co do sposobu dokonania poprawy. Poprawienie oferty spowoduje obniżenie jej ceny końcowej raptem o 101 294,62 zł, co stanowi zaledwie 0,04% ceny oferty Odwołującego. Ponadto, nie wprowadzi to żadnych zmian odnoszących się do etapu realizacji zamówienia. Nawet, gdyby uznać, że poprawienie omyłki wpłynie na wysokość uzyskiwanych przez Odwołującego płatności z tytułu postępu prac, to zmiana ta nie wprowadza żadnej korzystnej dla Odwołującego modyfikacji (wartość prac projektowych, które rozliczane są jako pierwsze maleje, a więc pierwsza uzyskana kwota będzie niższa od pierwotnie zakładanej w obarczonej omyłką ofercie).

Odwołujący podnosił ponadto, że Zamawiający mógł skorzystać z procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 87 ust. 1 Pzp. W swoim orzecznictwie Izba wielokrotnie podkreślała, iż jakkolwiek art. 87 ust. 1 Pzp wyraża uprawnienie instytucji zamawiającej, to w niektórych okolicznościach przeradza się ono w obowiązek. Wartość prac projektowych w ofercie Odwołującego, przyjmując wykładnię Zamawiającego, wykracza w znikomy sposób ponad próg 7% (wynosi 7,0532904 %). Nie sposób wyobrazić sobie, aby Odwołujący mógł w ten sposób dążyć do poprawienia swojej pozycji w toku przyszłej realizacji zamówienia.

Działanie Zamawiającego w sposób ewidentny uchybia również wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp zasadzie proporcjonalności. Nie sposób zgodzić się z Zamawiającym, że zachowaniem adekwatnym do sytuacji, w której znikome przekroczenie progu 7% powstałe na skutek odmiennej interpretacji pkt 13.5 IDW powinno być odrzucenie oferty.

Do postępowania odwoławczego w dniu 2 stycznia 2020 r. przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca Trakcja PRKiL Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, dalej również „Przystępujący”.

Zamawiający pismem z dnia 9 stycznia 2020 r. oświadczył, iż uwzględni odwołanie w zakresie zarzutu pierwszego, co jego zdaniem, konsumuje w całości zarzuty ewentualne przedstawione w treści odwołania. Zamawiający podnosił, że w ramach kwoty odniesienia określonej w pkt 13.5 IDW jako „wartości Robót netto za wykonanie całości zamówienia” konieczne staje się także uwzględnienie wartości pozycji 1.1. oraz 1.2 RCO, dotyczących prac projektowych. Jest to o tyle istotne, iż treść pkt 13.5. IDW posługuje się także pojęciem „sumarycznej wartości pozycji RCO”. Pozwala to zatem na przyjęcie obowiązku wykładni wskazanego postanowienia IDW jako zakładającego konieczność uwzględniania w ramach pojęcia „wartość Robót za wykonanie zamówienia” także wartości określonych w pozycjach od 1.1 do 2 RCO.

Taki sposób interpretacji znajduje także potwierdzenie w ramach wzorcowych

postanowień kontraktu FIDIC, na którym oparte są planowane w ramach zamówienia prace. W świetle postanowień przywołanego aktu jako „Roboty” powinny być bowiem rozumiane nie tylko „roboty budowlane” lecz także związane z nimi „prace projektowe”. Ponadto, w §3 WU Zamawiający wyraźnie określił, iż „niniejszym uzgadnia z Wykonawcą, że zapłaci mu za zaprojektowanie i wykonanie Robót Zaakceptowaną Kwotą Kontraktową (...)” . Zatem, zarówno pozycje RCO odnoszące się do projektowania robót budowlanych, jak i same roboty powinny wchodzić w zakres pojęcia „wartość Robót netto za wykonanie całości zamówienia”.

Zamawiający uznał więc, iż 7% wskaźnik powinien być obliczany na podstawie sumy pozycji od 1.1 do 2 RCO. Wartość prac przedprojektowych i dokumentacji projektowej wyceniona w całości przez wykonawcę na kwotę 13 506 483,94 zł powinna być odoszona do kwoty wyrażonej w ramach podsumowania wyceny jako „cena ofertowa bez VAT - zakres podstawowy” tj. kwoty 203 587 060,79 zł. Wartość 7% ze wskazanej kwoty wynosi w przybliżeniu 14 251 094,26 zł. Okoliczność braku zaistnienia przekroczenia 7% współczynnika nie zmienia także ewentualne wyłączenie spod dokonywanych obliczeń pozycji 1.3 RCO, określonej przez wykonawcę w kwocie 99 548,94 zł.

Tym samym, nie zaszła opisana w art 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp przesłanka odrzucenia oferty wykonawcy z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ.

Przystępujący po stronie Zamawiającego, wykonawca Trakcja PRKiI Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, pismem z dnia 15 stycznia 2020 r., złożył oświadczenie w przedmiocie sprzeciwu co do uwzględnionych przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Szerszą argumentację przedstawił w piśmie procesowym, złożonym na rozprawie w dniu 16 stycznia 2020 r., w którym podkreślał, że Zamawiający przy badaniu ofert powinien kierować się w pierwszej kolejności literalną treścią poszczególnych postanowień SIWZ i językowym znaczeniem poszczególnych sformułowań zawartych w dokumentacji.

W świetle powyższego pod pojęciem „wartość Robót netto za wykonanie całości Zamówienia” należy rozumieć wartość podaną w pozycji 2 RCO - „Roboty budowlane”. Jest to jedyna logiczna i racjonalna interpretacja postanowienia SIWZ, uwzględniająca w szczególności językowe, logiczne i celowościowe znaczenie zastosowania przez Zamawiającego słowa „Roboty”, odnoszącego się niewątpliwie do wartości robót budowlanych (stanowiących, co istotne, jedynie pewien element całości zamówienia, jednak nie jego całość). Wartość Robót netto jest zawsze wartością mniejszą niż wartość netto całego Zamówienia. Wartości te nie mogą być utożsamiane, czy stosowane jako pojęcia bliskoznaczne, zamienne.

Zamawiający nie jest uprawniony na etapie badania i oceny ofert pomijać jasne sformułowanie SIWZ, referujące do słowa „Roboty”, a tym bardziej utożsamiać z tym

zakresem pojęciowym wszelkich wymaganych i wycenionych prac projektowych. Zamawiający nie zdefiniował w dokumentacji postępowania „Robót”, natomiast bliższa interpretacja tego pojęcia nakazywałaby utożsamianie słowa „Roboty” z „Robotami budowlanymi”, szczególnie że te pojęcia występują w RCO.

Zdaniem Przystępującego, Odwołujący dopuścił się niezgodnego z wymaganiami obliczenia ceny oferty, co zobowiązywało Zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

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 uwzględnienie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty Odwołującego, informacji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 16 stycznia 2020 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem postępowania jest zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn. Przygotowanie linii kolejowych nr 234 na odcinku Kokoszki – Stara Piła oraz nr 229 na odcinku Stara Piła – Glinch jako trasy objazdowej na czas realizacji projektu „Prace na alternatywnym ciągu transportowym Bydgoszcz – Trójmiasto, Etap I” Całość przedmiotu zamówienia obejmuje: - *zaprojektowanie oraz przebudowa: jednotorowej linii kolejowej nr 234 na odcinku od km 11,030 do km 19,898 oraz jednotorowej linii kolejowej nr 229 na odcinku od km 24,400 do km 31,000; - zaprojektowanie: łącznicy toru pierwszego linii kolejowej nr 201 i linii kolejowej nr 229 w obrębie posterunku odgałęźnego Glinch wraz z urządzeniami sterowania i zasilania nietrakcyjnego, urządzeniami sterowania i telekomunikacją, a także świadczenie Usług gwarancyjnych i zamówienia opcjonalne (Usługi Pogwarancyjne i Przewidywane zmiany w zakresie interfejsów) dla Systemów; - przedmiotem świadczenia Usług gwarancyjnych oraz zamówień opcjonalnych są Systemy, które obejmują zabudowane w ramach niniejszego Zamówienia urządzenia branży automatyki kolejowej (srk) oraz urządzenia kolejowych sieci telekomunikacyjnych, w szczególności (...)*

Zakres opcjonalny zamówienia (Prawo Opcji 1, i Prawo Opcji 2 i Prawo Opcji 3) obejmuje

wykonanie na żądanie Zamawiającego: 1) Prawo Opcji 1 - Świadczenie Usług pogwarancyjnych dla dostarczonych w ramach niniejszego zamówienia Systemów. 2) Prawo Opcji 2 – w zakresie świadczeń określonych w PFU w Rozdziale „Przewidywane zmiany w zakresie interfejsów”, który będzie realizowany niezależnie od podziału Kontraktu na Etapy, w terminach wskazanych przez Zamawiającego jednak nie krótszych niż 6 m-cy od daty złożenia żądania przez Zamawiającego oraz nie dłuższych niż do zakończenia niniejszego Kontraktu. 3) Prawo Opcji 3 - pełnienie nadzoru autorskiego nad realizacją łącznicy toru pierwszego linii kolejowej nr 201 i linii kolejowej nr 229 w obrębie posterunku odgałęźnego Glinicz. Świadczenie Usług gwarancyjnych oraz Świadczenie Usług pogwarancyjnych obejmuje wszystkie Systemy zabudowane w ramach niniejszego Zamówienia.

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 13.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej „SIWZ”, Sumaryczna wartość pozycji RCO dotyczących wykonania dokumentacji projektowej (poz. 1.1. RCO Prace przedprojektowe oraz poz. 1.2 RCO Dokumentacja projektowa) nie może przekroczyć 7% wartości Robót netto za wykonanie całości Zamówienia (bez kwoty warunkowej). Sumaryczna wartość pozycji RCO (RCO lp. 3 Prawo Opcji 1) dotyczących świadczenia Usług pogwarancyjnych nie może być niższa niż 1% i nie może być wyższa niż 9% sumarycznej wartości pozycji RCO (RCO lp. 2.4 Sterowanie ruchem kolejowym oraz 2.7 Branża urządzenia i sieci teletechniczne), dotyczących urządzeń automatyki kolejowej i sieci i urządzeń telekomunikacji.

Stosownie do pkt 20.7 SIWZ w celu oceny ofert Zamawiający przyjął następujące kryteria: a) Całkowita cena brutto – waga: 80% oraz b) Doświadczenie personelu wykonawcy - waga 20%. Zgodnie z pkt 20.11 SIWZ Zamawiający zamierza dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej.

Do upływu terminu składania ofert wpłynęły trzy oferty od następujących wykonawców: Odwołującego, Przystępującego oraz wykonawcy Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno-Torowe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku.

Zamawiający pismem z dnia 20 grudnia 2019 r. odrzucił ofertę Odwołującego wskazując, że stwierdzono naruszenie warunku 13.5 IDW powtórzony na str. 2 RCO, iż „Sumaryczna wartość pozycji RCO dotyczących wykonania dokumentacji projektowej (poz. 1.1. RCO Prace przedprojektowe, dokumentacja projektowa, powykonawcza, certyfikacja dla zadania podstawowego oraz poz. 1.2 RCO Prace przedprojektowe, dokumentacja projektowa dla łącznicy w obrębie p.odg. Glinicz) nie może przekroczyć 7% wartości Robót netto za wykonanie całości Zamówienia (bez kwoty warunkowej). Sumaryczna wartość pozycji RCO dotyczących wykonania dokumentacji projektowej (poz. 1.1. RCO Prace przedprojektowe, dokumentacja projektowa, powykonawcza, certyfikacja dla zadania podstawowego oraz poz.

1.2 RCO Prace przedprojektowe, dokumentacja projektowa dla łącznicy w obrębie p.odg. Glinicz) w ww. ofercie wynosi 7,053290358%. Zamawiający nie znalazł podstaw do uznania powyższego za omyłkę, jak też nie znalazł podstaw do jej poprawy. W ocenie Zamawiającego oferta konsorcjum (...) podlega odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ z uwagi na brzmienie pkt 13.5 IDW. Zamawiający zastrzegł, że Sumaryczna wartość pozycji RCO dotyczących wykonania dokumentacji projektowej (poz. 1.1. RCO Prace przedprojektowe oraz poz. 1.2 RCO Dokumentacja projektowa) nie może przekroczyć 7% wartości Robót netto za wykonanie całości Zamówienia (bez kwoty warunkowej).

Izba zważyła, co następuje.

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

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 uznała, że zarzut określony w pkt 1 odwołania podlega uwzględnieniu. Istota sporu sprowadzała się do interpretacji treści postanowienia SIWZ określonego w punkcie 13.5. Tomu I „INFORMACJA DLA WYKONAWCÓW” o następującym brzmieniu: *Sumaryczna wartość pozycji RCO dotyczących wykonania dokumentacji projektowej (...) nie może przekroczyć 7% wartości Robót netto za wykonanie całości Zamówienia (bez kwoty warunkowej).*

Jak słusznie zauważył zarówno Odwołujący, jak i Przystępujący, w żadnym miejscu dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający nie zdefiniował pojęcia „Robót”. W ocenie Izby za tożsame z pojęciem „Robót” nie może być uznane sformułowanie „Roboty budowlane”, o którym mowa w poz. 2 RCO. Zgodzić należy się z Odwołującym, że niewątpliwie Zamawiający, jako podmiot profesjonalnie trudniący się udzielaniem zamówień, świadomie wprowadził rozróżnienie w siatce pojęciowej stosowane w dokumentacji postępowania. Zatem stawianie znaku równości pomiędzy tymi pojęciami jest nieuzasadnione.

Tym bardziej, że Zamawiający posłużył się sformułowaniem wykluczającym zakres prac, który nie będzie brany przy wyliczaniu progu 7%. Zgodnie z pkt 13.5 IDW Zamawiający podał, że ustalając kwotę maksymalną należną z tytułu wykonania prac projektowych

wykonawca nie może uwzględniać kwoty warunkowej. Skoro Zamawiający wskazał element, który nie będzie brany pod uwagę na etapie obliczania progu 7%, to niewątpliwie zasadne wydaje się założenie, że gdyby chciał wyłączyć z tej kalkulacji również inne jej elementy (np. pozycje RCO odpowiadające prawu opcji), to wskazałby to w treści IDW (tak jak wskazał na kwotę warunkową). Z postanowień przywołanego punktu IDW wynika jedynie, że wykonawcy z kalkulacji winni wyłączyć kwotę warunkową, nie było zaś wyłączenia co do prawa opcji czy też prac projektowych.

Rację należy przyznać Przystępującemu, że co do zasady należy stosować literalną wykładnię odpowiednich postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości zamawiających na etapie badania i oceny ofert. Może się jednak zdarzyć, że w okolicznościach danej sprawy wykładnia literalna ustąpi przed celowościową, gdy np. literalna wykładnia postanowienia nie da się pogodzić z zasadą proporcjonalności, uczciwej konkurencji, czy też równego traktowania wykonawców.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszej sprawy, w ocenie składu orzekającego pod pojęciem „Roboty” można zidentyfikować także inne elementy konieczne do wykonania zamówienia, niestanowiące *stricte* robót budowlanych, w ujęciu „inżynierskim”. Nieuprawnionym jest identyfikowanie pojęcia „Roboty netto za wykonanie całości Zamówienia” jedynie z pracami budowlanymi do wykonania w rozumieniu ustawy Prawo budowlane i pozycją nr 2 w tabeli RCO - „Roboty budowlane”.

Wymaga podkreślenia, że zgodnie z definicją robót budowlanych znajdującą się w art. 2 pkt 8 ustawy Pzp należy przez to pojęcie rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 2c lub obiektu budowlanego. Zatem robotą może być osiągnięcie celu zakładanego dla prac budowlanych, jakim jest kompleksowe wykonanie pewnego zamierzenia inwestycyjnego, obejmujące swym zakresem również prace projektowe. Stąd właściwym wydaje się odnoszenie w niniejszym postępowaniu pojęcia „Robót” do całości robót (budowlanych i innych) składających się na przedmiot zamówienia, w tym do prac projektowych. Taki sposób interpretacji znajduje potwierdzenie również w postanowieniach programu funkcjonalno-użytkowego, gdzie pkt 3 zatytułowany „Zakres Robót” obejmuje nie tylko Roboty budowlane (pkt 3.6), lecz także dokumentację projektową (pkt 3.2) oraz dokumentację niezbędną do uzyskania pozwolenia na użytkowanie (pkt 3.3).

Skoro Zamawiający zaniechał zdefiniowania poszczególnych pojęć (pomimo że podobny spór toczył się już przed Krajową Izbą Odwoławczą w 2018 r., zgodnie z oświadczeniem pełnomocnika Zamawiającego), a dodatkowo specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera różne pojęcia, takie jak chociażby Roboty, Roboty budowlane,

Roboty netto, Inne roboty, to wszelkie wątpliwości postanowień SIWZ, czy niejasności, które mogą odnosić się do złożonych w postępowaniu ofert, winny być rozstrzygane przy zastosowaniu interpretacji korzystnych dla wykonawców. Zamawiający nie może na etapie badania i oceny ofert zaostriżyć wymagań, a wszelkie nieprecyzyjne postanowienia SIWZ nie mogą wywoływać negatywnych skutków wobec podmiotów uczestniczących w przetargu.

W związku z powyższym Izba uznała, że Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba uznała, że uwzględnienie zarzutu pierwszego odwołania konsumuje pozostałe zarzuty ewentualne, zatem Izba pozostawiła je bez rozpoznania.

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: