

Sygn. akt: KIO 1634/20

WYROK
z dnia 18 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 sierpnia 2020r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lipca 2020 r. przez wykonawcę **ALUSTA S.A., ul. Czerwonacka 1, 61-016 Poznań** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa.**

przy udziale wykonawcy **"SARINŻ" Sp. z o.o., ul. Aksamitna 29, 02-287 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża ALUSTA S.A., ul. Czerwonacka 1, 61-016 Poznań i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ALUSTA S.A., ul. Czerwonacka 1, 61-016 Poznań tytułem wpisu od odwołania.
- 2.2. zasądza od ALUSTA S.A., ul. Czerwonacka 1, 61-016 Poznań na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa kwotę 3 600 zł (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na „Zaprojektowanie i wykonanie robót dla projektu „Budowa zintegrowanych węzłów multimodalnych wraz z budową i przebudową przystanków kolejowych na terenie województwa łódzkiego”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 22 maja 2020r. pod nr 2020/S 099-238195. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”.

W dniu 15 lipca 2020r. Odwołujący - Alusta S.A.- wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Sarinż Sp. z o.o. w zakresie części 1 i zaproszeniu tego wykonawcy do udziału w aukcji elektronicznej dla części 1.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez SARINŻ Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia ("SIWZ"), bowiem nie spełnia ona wymagań określonych w pkt 12.5. SIWZ tj. sumaryczna wartość pozycji Rozbicia Ceny Ofertowej (RCO) dotycząca wykonania dokumentacji projektowej, a także sumaryczna wartość pozycji RCO dotycząca usunięcia kolizji z istniejącą infrastrukturą, przebudowy sieci kablowej SRK oraz przebudowy gazociągów oraz wodociągów i kanalizacji, przekracza maksymalne wartości wskazane przez Zamawiającego,
2. art. 91a ust. 1 Pzp poprzez zaproszenie SARINŻ Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie do aukcji, pomimo że oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu;
3. art. 7 ust. 1 Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i zmianę klasyfikacji ofert wykonawców przez nieuwzględnienie w niej oferty Sarinż Sp. z o.o. jako podlegającej odrzuceniu oraz o odrzucenie oferty Sarinż sp. z o.o. i zasądzenie zwrotu kosztów postępowania.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z:

1. dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia TOM I Instrukcja dla Wykonawców,
2. ofert złożonych przez Oferentów zaproszonych przez Zamawiającego do wzięcia udziału w aukcji elektronicznej zgodnie z zaproszeniem z dnia 6 lipca 2020r., w szczególności dokumentu RCO w zakresie części I stanowiącego załącznik do oferty.
3. zaproszenia do wzięcia udziału w aukcji elektronicznej z dnia 6 lipca 2020r

Odwołujący podniósł, że wartość robót budowlanych netto ujętych w RCO Oferty SARInż sp. z o.o. (suma pozycji 2-17 części A RCO) wynosi 33.304.096,00 zł netto. Maksymalna wartość pozycji RCO dotyczących usunięcia kolizji z istniejącą infrastrukturą, przebudowy sieci kablowej SRK oraz przebudowy gazociągów oraz wodociągów i kanalizacji: dla Części 1 (RCO dla Części 1) - zgodnie z wymaganiami Zamawiającego nie może przekroczyć 4,56% wartości robót budowlanych netto. W ofercie SARInż sp. z o.o. nie może więc przekroczyć 1.518.666,78 zł (33.304.096,00 zł. x 4,56%), podczas gdy sumaryczna wartość pozycji RCO wskazanych w tabeli nr 1 wynosi 1.570,490 zł i przekracza maksymalną wartość tych pozycji.

Analogicznie Odwołujący wskazał na maksymalną wartość pozycji RCO dotyczących prac projektowych . Wartość robót budowlanych netto ujętych w RCO Oferty SARInż sp. z o.o. (suma pozycji 2-17 części A RCO) to 33.304.096,00 zł netto. Maksymalna wartość pozycji RCO dotyczących prac projektowych - zgodnie z wymaganiami Zamawiającego nie może przekroczyć 3,5% wartości robót budowlanych netto. W ofercie SARInż sp. z o.o. nie może więc przekroczyć 1.165.643,36 zł (33.304.096,00 zł. x 3,5%), podczas gdy sumaryczna wartość pozycji RCO wskazanych w tabeli nr 2 wynosi 1.223.600 zł i przekracza maksymalną wartość tych pozycji.

W konsekwencji Odwołujący wskazał, że oferta Sarinż sp. z o.o. jest niezgodna z pkt 12.5 SIWZ i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący wskazał, że w żadnej części SIWZ nie wyjaśniono co należy rozumieć na potrzeby pkt 12.5 SIWZ pod pojęciem „robót netto” „robót budowlanych netto”. Zauważył, że o ile w pkt 12.5 IDW Zamawiający posługuje się słowem „robota” o tyle w RCO stosowane jest słowo „praca”. Zasadnym jest twierdzenie, że słowa te używane są zamiennie jako synonimy. Tym samym roboty budowlane, o których mowa w pkt 12.5 UDW to prace budowlane w RCO.

Zdaniem Odwołującego dokument RCO (Rozbicie Ceny Ofertowej) został podzielony przez Zamawiającego na dwie części. Część A obejmującą „Wymagania ogólne i prace budowlane” oraz część B „Prace projektowe”. Literalna wykładania zapisów RCO nakazuje uznać, że wymagania ogólne zawarte w pkt A 1 i prace projektowe zawarte w części B nie są traktowane przez Zamawiającego, jako roboty budowlane. W innym przypadku trudno uzasadnić przyczynę, dla której pozycje te w RCO zostały rozdzielone i wyodrębnione od robót budowlanych. Nie sposób uznać by zabieg ten był przypadkowy, czy stanowi wyraz niedokładności Zamawiającego. Tym samym na potrzeby badania oferty w zakresie jej zgodności z pkt 12.5 za wartość robót budowlanych netto (prac budowlanych) należy uznać sumę poz. 2-17 zawartych w części A RCO.

Zamawiający i przystępujący po jego stronie wykonawca Sarinż sp. z o.o. wnieśli o oddalenie odwołania. Odwołując się do definicji „roboty budowlanej” zawartej w art. 2 pkt 8 Pzp Zamawiający podał, że obejmuje ona zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych. Bezsprzeczne jest tożsamy rozumienie pojęć „3,5 % wartości robót netto” oraz „4,56% wartości robót budowlanych netto”, potwierdził to sam Odwołujący na str. 7 odwołania. Skoro ustawodawca pod pojęciem robót budowlanych rozumie zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych to należy uznać, że Zamawiający prawidłowo przyjął podstawę wyliczenia ww. wartości jako łączną wartość Robót netto, a nie wartości podane w poz. 2-17 części A RCO, jak wskazał Odwołujący. Zdaniem Zamawiającego oraz wykonawcy Sarinż Sp. z o.o. prawidłowo wykładnia sformułowania „wartość robót netto” powinna prowadzić do wniosku, że pod pojęciem tym należy rozumieć „łączną wartość netto oferty”. Wykonawca Sarinż sp. z o.o. zauważył, że definicja „roboty” zawarta jest w projekcie umowy, gdzie Zamawiający wskazał na Zaprojektowanie i wykonanie robót dla projektu „budowa zintegrowanych węzłów multimodalnych wraz z budową i przebudową przystanków kolejowych na terenie województwa łódzkiego” zwane jest ROBOTAMI. Przystępujący wskazał także, że w poz. 1 RCO zawarte są również roboty budowlane, w pkt 3.7.9 PFU „inne roboty” Zamawiający zaliczył m.in.: karczowanie drzew i krzewów wraz z utylizacją, tablic informacyjnych, zabezpieczenia przed spadkiem tęcznia lub innych przedmiotów na drogę i przejścia dla pieszych dla wszystkich obiektów inżynierskich, montażu znaków regulacji osi toru. Prace te ujęte są poz. 1.3 RCO, 1.4RCO, 1.1RCO. Roboty wymagane w pkt 3.7.9 PFU wszelkie niezbędne roboty porządkowe w ramach estetyzacji linii objęte są poz. 1 RCO. Ponadto świadectwo płatności wystawione może być łącznie na wszystkie roboty z pkt 1A RCO.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

W punkcie 12.5 Instrukcji dla Wykonawców stanowiącej Tom I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający wskazał, że:

Sumaryczna wartość pozycji RCO dotyczących wykonania dokumentacji projektowej (POZYCJA - B. RAZEM Prace projektowe):

- dla Części 1 (RCO dla Części 1: pkt. 18 i 19) nie może przekroczyć 3,5% wartości Robót netto za wykonanie Części 1 Zamówienia;
- dla Części 2 (RCO dla Części 2: pkt. 8 i 9) nie może przekroczyć 3,5% wartości *Robót netto* za wykonanie Części 2 Zamówienia.

Sumaryczna wartość pozycji RCO dotycząca usunięcia kolizji z istniejącą infrastrukturą, przebudowy sieci kablowej SRK oraz przebudowy gazociągów oraz wodociągów i kanalizacji:

- dla Części 1 (RCO dla Części 1):

0 pkt. 7.1.2; 7.2.2; 7.3.5; 11.1.3; 11.2.3; 11.3.2 (usunięcie kolizji z istniejącą infrastrukturą);

0 pkt. 6.1.1; 6.2.1; 6.3.1 (przebudowa sieci kablowej SRK);

0 pkt. 16.1.1; 16.2.1 (przebudowa gazociągów)

nie może przekroczyć 4,56% wartości Robót Budowlanych netto za wykonanie Części 1 Zamówienia.

Istota sporu między stronami sprowadza się do rozumienia pojęć „wartość Robót netto” oraz „wartość Robót Budowlanych netto”, przyjętego na potrzeby spełnienia wymagania określonego w pkt 12.5 IDW. O ile Zamawiający w sposób precyzyjny wskazał jakie pozycje z RCO należy zaliczyć do sumarycznej wartości wykonania dokumentacji projektowej oraz sumarycznej wartości dotyczącej usunięcia kolizji z istniejącą infrastrukturą, przebudowy

sieci kablowej SRK oraz przebudowy gazociągów, wodociągów i kanalizacji, o tyle dla pojęć „wartość robót budowlanych netto” oraz „wartość robót netto” żadnych szczegółowych odesłań do pozycji RCO nie poczynił.

W tej sytuacji, zdaniem Izby, należy odwołać się do definicji legalnej roboty budowlanej zawartej w art. 2 pkt 8 Pzp, zgodnie z którą pod tym pojęciem należy rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 2c rozporządzenie w sprawie wykazu robót budowlanych lub obiektu budowlanego, a także realizację obiektu budowlanego, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.

W świetle tej definicji oraz mając na uwadze przygotowany przez Zamawiającego dokument RCO nieuprawnionym jest pominięcie przez Odwołującego przy sumowaniu wartości robót netto czy wartości robót budowlanych netto prac projektowych czy też prac ujętych w poz. 1 RCO Wymagania ogólne. Prace z poz. 1 RCO obejmują m.in: przygotowanie placu budowy i organizacji ruchu, obsługę geodezyjną, wycinkę drzew i krzewów, wykonanie pasów przeciwpożarowych, koszty utylizacji i zagospodarowania odpadów, koszty przechowywania, zabezpieczenia przed stratą. Prace te są także robotami, które wykonawca jest zobowiązany wykonać podczas realizacji zadania. W ocenie Izby nie znajduje żadnego uzasadnienia stanowisko Odwołującego, że prace z poz. 1 nie powinny podlegać sumowaniu przy ustaleniu wartości robót netto.

Ponadto wskazać, trzeba, że definicja „roboty” została zawarta w projekcie umowy, stanowiącym załącznik do SIWZ, gdzie wskazano, że „Zaprojektowanie i wykonanie robót dla projektu „Budowa zintegrowanych węzłów multimodalnych wraz z budową i przebudową przystanków kolejowych na terenie województwa łódzkiego” zwane jest „robotami”. Oznacza to, że sam Zamawiający w SIWZ określił, iż pod pojęciem robót rozumie wszystkie prace objęte zamówieniem.

W konsekwencji, poczynione przez Zamawiającego w pkt 12.5 IDW zastrzeżenia co do procentowego udziału prac projektowych oraz prac związanych z usunięciem kolizji z istniejącą infrastrukturą, przebudową sieci kablowej SRK oraz przebudową gazociągów należy odnosić do całej wartości robót netto, obejmującej wszelkie prace i związane z nimi dostawy, usługi czyli łącznej wartości robót, objętych zamówieniem.

Izba dostrzegła jednocześnie różnice w pojęciach „wartość robót netto” oraz „wartość robót budowlanych netto”. Wskazane różnice pojęć nie mają jednak żadnego znaczenia dla oceny spełniania maksymalnych wartości procentowych, o których mowa w pkt 12.5 IDW. Jak wykazał Zamawiający w złożonej w toku rozprawy tabeli, nawet gdyby przyjąć, że do sumy „wartości robót budowlanych netto” nie uwzględnia się wartości prac projektowych (poz. 18 i 19) to i tak wykonawca Sarinż sp. z o.o. spełniałby wymaganie z pkt 12.5 IDW.

Z tych względów Izba uznała, że nie doszło w ofercie Sarinż sp. z o.o. do przekroczenia maksymalnych wartości wskazanych w pkt 12.5 IDW odnośnie sumarycznej wartości pozycji RCO dotyczącej wykonania dokumentacji projektowej oraz usunięcia kolizji z istniejącą infrastrukturą, przebudowy sieci kablowej SRK oraz przebudowy gazociągów oraz wodociągów i kanalizacji.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972).

Przewodniczący: