

WYROK
z dnia 12 sierpnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Ernest Klauziński

Marek Koleśnikow

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 sierpnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lipca 2021 r. przez wykonawcę **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad** w imieniu którego postępowanie prowadzi **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie z siedzibą w Rzeszowie,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **Konsorcjum firm: 1) Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 2) Aldesa Construcciones S.A. z siedzibą w Madrycie (Hiszpania)** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Budimex S.A. 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 wykonawcę **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;

2.2) zasądza od wykonawcy **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie** na rzecz zamawiającego **Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad** w imieniu którego postępowanie prowadzi **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie z siedzibą w Rzeszowie** kwotę **3 600 zł** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w imieniu, którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie z siedzibą w Rzeszowie (dalej: „Zamawiający” lub „GDDKiA”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 oraz z 2020 r. poz. 1086), zwanej dalej: „ustawą” lub „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku od węzła Iskrzynia do węzła Dukła z podziałem na dwie części: Część A - Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku od węzła Iskrzynia (z węzłem) do węzła Miejsce Piastowe (z węzłem) dł. ok. 10,3 km; Część B – Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku od węzła Miejsce Piastowe (bez węzła) do węzła Dukła (z węzłem) dł. ok. 10,1 km”. Ogłoszenie o zamówieniu z dnia 24.12.2020 r. nr 2020/S 251-627359, dalej jako: „Postępowanie”). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 24 grudnia 2020 r. pod numerem 2020/S 251-627359. Wartość zamówienia jest większa od kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 5 lipca 2021 r. wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący” lub „wykonawca Budimex”) wniósł odwołanie wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. (lider konsorcjum) oraz Aldesa Construcciones S.A. (partner konsorcjum) – dalej: „Konsorcjum Aldesa” lub „Przystępujący”, która powinna zostać odrzucona.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego wykonawca Budimex zarzucał naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 i ust. 2 Pzp przez zaniechanie dokonania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Konsorcjum Aldesa w przypadku, gdy wykonawca ten złożył ofertę nieodpowiadającą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ” lub „specyfikacja”), co doprowadziło do jednoczesnego naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 91 ust. 1 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 i ust. 2 Pzp przez dokonanie wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji, co doprowadziło do jednoczesnego naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania,

W oparciu o przedstawione zarzuty Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu;

- odrzucenia oferty Konsorcjum Aldesa, jako niezgodnej z SIWZ;
- dokonania czynności ponownego badania ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych, ważnych ofert złożonych w Postępowaniu.

W uzasadnieniu wykonawca Budimex podniósł, że:

- I. Dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Aldesa, która jako niezgodna z SIWZ powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w sposób szczegółowy i jednoznaczny opisał w dokumentacji przetargowej, w jaki sposób Wykonawcy mają przygotować oferty, także w zakresie dotyczącym sposobu obliczania ceny dla poszczególnych jej elementów. Zamawiający określił jednoznacznie, jak ma się kształtować cena Wykonawców w zakresie jej podziału na poszczególne koszty w ramach określonych progów maksymalnych wynikających z Tomu IV Warunków Płatności. W konsekwencji powyższego złożenie przez któregokolwiek z wykonawców oferty, która w ramach wartości określonych w Wykazie Płatności przekraczać będzie wskazane tam progi, jest niezgodna z SIWZ.

Kolejno Odwołujący odwoływał się do pkt 2.2. Programu Funkcjonalno-Użytkowego, w którym Zamawiający określił, jakie pozycje kosztowe składać się powinny na wskazane w „Tomie IV Wykaz Płatności” koszty stanowiące „Dokumenty Wykonawcy”. W samym „Tomie IV Wykaz Płatności” w pozycji „Dokumenty Wykonawcy” Zamawiający podał, że na te koszty składać się mają określone elementy. Zdaniem Odwołującego powyższe znajduje potwierdzenie w zapisach SP. 00.00.00 Specyfikacja na projektowanie – Wymagania ogólne dla Dokumentów Wykonawcy punkt 7 Płatności. Punkt ten odwołuje się jedynie do dokumentacji projektowej i pozostałych dokumentów wykonawcy.

Kolejno wykonawca Budimex wyjaśnił, że na stronie 16 wyjaśnień udzielonych Zamawiającemu przez Konsorcjum Aldesa z dnia 23.03.2021 r., które zostały przygotowane na wzorze formularza „Tomie IV Wykazu Płatności” Konsorcjum Aldesa podało:

Poniżej Wykonawca przedstawia tabelę - podsumowanie z rozbiem kosztów ww. omówionych i szacowanych do Oferty

PODSUMOWANIE DZIAŁÓW		
I. Wymagania Ogólne	17.640.000,00 PLN	5,94%
Koszty ogólne	17.640.000,00 PLN	5,94%
II. Dokumenty Wykonawcy	14.771.180,00 PLN	4,98%
Koszty bezpośrednie	7.420.220,80 PLN	2,50%
Koszty pośrednie	1.417.952,67 PLN	0,48%
Koszt finansowania	1.007.716,10 PLN	0,34%
Koszt Gwarancji	2.631.823,10 PLN	0,89%
Rezerwa na ewentualne ryzyka Kontraktowe	2.293.467,33 PLN	0,77%

Zdaniem Odwołującego już pobieżna analiza treści tych wyjaśnień i pozycji z tabeli wskazuje na nieprawidłowe przypisanie do pozycji kosztowej „Dokumenty Wykonawcy” następujących kosztów i ich wartości:

koszt finansowania	1.007.716,10 zł
koszt gwarancji	2.631.823,10 zł
Rezerwy na ewentualne ryzyka Kontraktowe	2.293.467,33 zł
Razem:	5.933.006,53 zł

Odwołujący podniósł, że gdy koszty finansowania, gwarancji i ryzyka wskazane w ofercie Konsorcjum Aldesa przenieść do poz. „I Wymagania Ogólne”, jak nakazuje SIWZ, to kwota ta wzrosnie do 23.573.006,53 zł, co będzie stanowiło – 7,94 % wartości oferty. Zatem ta grupa kosztów przekroczy wskazany, jako maksymalny 6% próg wskazany w „Wykazie Płatności”, co przesądza o tym, że zaistniała sytuacja, w której oferta Konsorcjum Aldesa złożyło ofertę, której treść nie odpowiada treści specyfikacji, zatem oferta tego Wykonawcy powinna zostać odrzucona.

Natomiast zgodnie z postanowieniami ST DM.00.00.00. koszty stanowiące koszty finansowania, gwarancji i rezerwa na ryzyka - w ocenie wykonawcy Budimex - powinna znajdować się w Kosztach „Wymagania Ogólne”. Punkt 9 WWIORB 00.00.00 – PODSTAWA PŁATNOŚCI mówi o tym, iż w Wymaganiach ogólnych należy uwzględnić ww. elementy. Zdaniem Odwołującego ta sama specyfikacja „mówi o tym”, iż koszty związane z tymczasową organizacją ruchu należy uwzględnić w Wymaganiach ogólnych: punkt 1.5.3 Zabezpieczenie Placu Budowy i utrzymanie tymczasowej organizacji ruchu podczas budowy oraz punkt 9 PODSTAWA PŁATNOŚCI.

Odwołujący dodatkowo wskazywał, że zgodnie z treścią odpowiedzi na pytanie Zamawiającego (strona 34 wyjaśnień udzielonych przez Konsorcjum Aldesa z dnia 26.03.2021 r.) o treści:

„7. Przedłożenie założeń oraz wyliczeń, na podstawie, których ustalona została wartość Kosztów ogólnych Wykonawcy. Ponadto prosimy o odpowiedź:

c) Czy Wykonawca uwzględnił w kosztach ogólnych koszty instalacji, utrzymania i obsługi tymczasowych organizacji ruchu, urządzeń zabezpieczających? Jeżeli tak, prosimy o wskazanie kosztu netto”.

Konsorcjum Aldesa udzieliło odpowiedzi (strona 36 wyjaśnień z dnia 26 marca 2021 r.):

„d) Wykonawca informuje, że uwzględnił w kosztach ogólnych koszty instalacji, utrzymania i obsługi tymczasowych organizacji ruchu, urządzeń zabezpieczających. Koszt netto został przedstawiony w poniższej tabeli w punkcie d”.

Dodatkowo Konsorcjum Aldesa przedstawiło Zamawiającemu tabelę zawierającą wykaz pozycji kosztowych składających się na „Koszty Ogólne” (strona 38 wyjaśnień z dn. 26.03). Zdaniem Odwołującego ww. wyjaśnienia Konsorcjum Aldesa stoją w sprzeczności z informacjami, jakie przedstawił na stronach 16, 17 swoich wyjaśnień z dnia 26.03.2021 r., gdzie Konsorcjum przedstawiło „tabelę - podsumowanie z rozbiem kosztów ww. omówionych i szacowanych do Oferty”, składającą się z trzech działów: Wymagania ogólne, Dokumenty Wykonawcy, Roboty. W ostatnim z tych działów (Roboty) Wykonawca wskazał pozycję „TOR”

. Zatem wyjaśnienia Konsorcjum Aldesa wskazują, iż tymczasowa organizacja ruchu została jest ujęta w dwóch miejscach w ofercie:

- W dziale: „Wymagania Ogólne” – kwota: 422 800,00 zł
- W dziale: „Roboty” – kwota: 2 099 954,30 zł

Przy czym Tymczasowa Organizacja Ruchu, jest robotą tymczasową niezbędną do wykonania robót stałych. Tymczasowa Organizacja Ruchu została opisana w WWIORB DM.00.00.00 i zgodnie z postanowieniami dokumentacji przetargowej powinna stanowić „Koszt Ogólny”. Zatem całość tej kwoty powinna być ujęta w Wykazie Płatności w dziale: „I. Wymagania Ogólne”. Przeniesienie kwoty 2 099 954,30 zł z działu „Roboty” do działu „Wymagania Ogólne” spowoduje dalsze przekroczenie maksymalnego limitu 6% wyznaczonego przez Zamawiającego na Wymagania Ogólne.

Odwołujący stwierdził, że wymóg uwzględnienia tych kosztów w Wymaganiach ogólnych znajduje również potwierdzenie w postanowieniach WWIORB dotyczących wykonania robót. Przykładowe postanowienie WWIORB D-02.01.01 ROBOTY ZIEMNE. WYKONANIE WYKOPÓW mówi o tym, iż w robotach należy uwzględnić koszty związane z wykonaniem danej pracy – bez kosztów finansowania, gwarancji, ubezpieczeń, kosztów tymczasowej organizacji ruchu etc.

Odwołujący podnosił, że nie może znikać z pola widzenia w rozpoznawanej sprawie, że celem, dla którego Zamawiający wprowadza limity, progi jest zapewnienie takich warunków realizacji

kontraktu, w ramach, których Zamawiający ponosił będzie koszty rzeczywiste – czyli na danym etapie realizacji umowy, dokonywał będzie płatności odpowiadającej rzeczywistemu zaangażowaniu prac. Ma to istotne znaczenie szczególnie w przypadkach nienależytego wykonania umowy i konieczności rozliczenia kontraktu w przypadku konieczności jego wcześniejszego zakończenia.

W opinii wykonawcy Budimex w tym Postępowaniu niezgodność treści oferty z SIWZ ma charakter zasadniczy i nieusuwalny. Ewentualna zmiana w tym zakresie musiałaby stanowić efekt negocjacji ceny oferty, co oczywiście jest niedopuszczalne na gruncie przepisów prawa. Z tych powodów nie jest możliwe poprawienie oferty Konsorcjum Aldesa w trybie przewidzianym w art. 87 Pzp. Cena i jej składowe są merytoryczną treścią oferty, zatem ich niezgodność z wymaganiami SIWZ skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, czego Zamawiający zaniechał w stosunku do oferty Konsorcjum Aldesa, czym naruszył przepisy Pzp. Brak odrzucenia oferty Konsorcjum Aldesa przez Zamawiającego w opisanych okolicznościach faktycznych i prawnych jest przejawem braku rzetelnego zweryfikowania przez Zamawiającego oferty tego wykonawcy pod kątem jej zgodności z treścią SIWZ.

Zdaniem Odwołującego, w sytuacji, w której Zamawiający nie odrzucił oferty Konsorcjum Aldesa, jako niezgodnej z SIWZ, pomimo, że ta niezgodność, jak wykazano powyżej, jest ewidentna i nieusuwalna, doprowadziło do sytuacji, w której Zamawiający wybrał ofertę niezgodną z warunkami określonymi w SIWZ oraz „pokrzywdził” innych wykonawców biorących udział w Postępowaniu, pozbawiając ich możliwości jednakowego traktowania i udziału w Postępowaniu, gdzie przestrzeganie określonych przez Zamawiającego w SIWZ wymagań jest prawną gwarancją zapewnienia w Postępowaniu uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości – innymi słowy takiego samego sposobu badania oferty każdego z wykonawców. I z tych powodów doszło do naruszenia wobec Odwołującego zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w Postępowaniu. Zastosowanie łagodniejszych – niezgodnych z uprzednio wskazanymi w SIWZ wymagań w stosunku do Konsorcjum Aldesa, stanowi rażące naruszenie zasad konkurencji i równego traktowania wykonawców. Mając na uwadze ustalony w sprawie stan faktyczny oraz podaną przez Odwołującego powyżej argumentację, oczywistym jest, że Zamawiający dokonał wyboru oferty w postępowaniu z naruszeniem art. 91 ust. 1 Pzp.

Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający odpowiedział na odwołanie, w treści pisma stwierdził, że zarzuty zawarte w treści odwołania oraz wnioski Odwołującego nie zasługują na uwzględnienie w żadnym zakresie i wnosił o:

- 1) oddalenie odwołania w całości;
- 2) obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego, w tym zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu pisma wyjaśnił między innymi, że ograniczenie wartości ryczałtowych pozycji Wymagania Ogólne oraz Dokumenty Wykonawcy w stosunku do maksymalnej wartości zobowiązania, miało w szczególności na celu ochronę Zamawiającego przed niewłaściwymi praktykami manipulowania kosztami przez wykonawców, w skutek czego doszłoby do znacznej rozbieżności pomiędzy zaawansowaniem finansowym, a rzeczowym realizacji kontraktu. Dla przykładu, brak ograniczenia procentowego dla pozycji Dokumenty Wykonawcy umożliwiłby uzyskanie wynagrodzenia przewyższającego rzeczywiste poniesione koszty i zaangażowanie Wykonawcy w realizację pozostałych elementów Wykazu Płatności np. poz. III. Roboty. Mechanizm ograniczenia pozycji ryczałtowych względem maksymalnego zobowiązania Wykonawcy jest stosowany we wszystkich zamówieniach GDDKiA realizowanych w trybie „projektuj i buduj”. Stosowane mechanizmy są jednocześnie znane podmiotom uczestniczącym w postępowaniach o udzielenie zamówienia organizowanych przez GDDKiA, będącym profesjonalnymi podmiotami realizującymi usługi podobnego rodzaju jak przedmiot zamówienia, w tym także Odwołującemu.

Zamawiający stwierdził, że wymienione przez Konsorcjum Aldesa koszty finansowania, koszty gwarancji oraz rezerwa na ewentualne ryzyka kontraktowe mieszczą się w pojęciu tzw. „kosztów towarzyszących wykonaniu przedmiotu zamówienia” w szczególności, iż zostały opisane w treści SIWZ, a nie zostały ujęte w Wykazie Płatności. Odwołujący, zatem bezpodstawnie wskazywał w treści odwołania, iż Konsorcjum Aldesa nieprawidłowo uwzględniło koszty finansowania, koszty gwarancji oraz rezerwę na ewentualne ryzyka kontraktowe (tzw. zysk kalkulacyjny) w poz. II Dokumenty Wykonawcy, opierając powyższe twierdzenie w rzeczywistości o subiektywne przekonanie, iż koszty te należałoby ująć w ramach poz. I Wykazu Płatności. Powyższe stanowisko jest nieuprawnione, gdyż w tym zakresie Zamawiający pozostawił swobodę decyzyjną wykonawcom.

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący również błędnie narzucił interpretację, iż wszystkie elementy wymienione w pkt. 9 WWIORB D-M-00.00.00, należałoby uwzględnić wyłącznie w poz. I Wykazu Płatności. Na nieprawidłowość powyższego poglądu w jego ocenie wskazywał już sam tytuł pkt. 9, tj. „Podstawy płatności”, który pozwala na stwierdzenie, iż analizowany fragment WWIORB nie dotyczy kwestii związanych z kwalifikacją poszczególnych wydatków w wykazach płatności, a jedynie wskazuje na rodzaje kosztów stanowiących podstawę do wypłaty danemu wykonawcy wynagrodzenia.

Zamawiający dokonując analizy pkt 9 WWIORB stwierdził, że zostały ujęte w jego treści koszty, które można w zasadzie przypisać do każdej pozycji Wykazu Płatności. Przyjmując, więc założenie Odwołującego należałoby stwierdzić, iż także np. koszty zakupu materiałów, wartość pracy sprzętu, zysk kalkulacyjny z rezerwą na ewentualne ryzyka Wykonawcy z tytułu kontraktu i inne wymienione w pkt. 38 pisma – a więc „pakiet kosztów” łącznie bezsprzecznie przekraczających 6% oferowanej ceny kontraktowej - należałoby również zaliczyć do poz. I Wykazu Płatności, co de facto sprawiałoby, że wskazanie rzeczywistej kwoty stałoby się niemożliwe.

Odnosząc się natomiast do twierdzeń Odwołującego, iż koszty tymczasowej organizacji ruchu zostały nieprawidłowo ujęte przez Konsorcjum Aldesa w dwóch pozycjach Wykazu Płatności, Zamawiający w pierwszej kolejności wskazywał, iż w treści WWIORB DM.00.00.00 w pkt. 1.5.3 bardzo szczegółowo opisał, jakie czynności zobowiązany jest wykonać Wykonawca w związku z zabezpieczeniem placu budowy i utrzymaniem tymczasowej organizacji ruchu podczas budowy. Zamawiający podniósł, że zobowiązaniami potencjalnego wykonawcy dotyczącymi utrzymania tymczasowej organizacji ruchu są przede wszystkim czynności powtarzalne, trwające przez cały okres prowadzenia robót. Proporcjonalne rozłożenie na cały okres trwania kontraktu Kosztów Ogólnych Wykonawcy ma na celu zapewnienie bieżącej wypłaty wynagrodzenia m.in. za prace, które Wykonawca zobowiązany jest wykonać cyklicznie, (co z pewnością dotyczy m.in. także obsługi tymczasowych organizacji ruchu), a tym samym zasadne jest ujęcie kosztów z tego tytułu w ramach poz. I Wykazu płatności „Wymagania Ogólne” przez Konsorcjum Aldesa. Zgodnie z postanowieniami SIWZ Wykonawca jest także zobowiązany wykonać, np. w przypadku, gdy niemożliwe jest wykorzystanie istniejącej sieci drogowej, jako objazdu, nawierzchnie tymczasowe lub drogi technologiczne. Powyższe również mieści się w pojęciu „tymczasowej organizacji ruchu”. Zgodnie natomiast z treścią SWK roboty polegające na wykonaniu nawierzchni tymczasowych lub dróg technologicznych należy zakwalifikować, jako „Roboty Tymczasowe” tj. „wszystkie tymczasowe roboty wszelkiego rodzaju (inne niż Sprzęt Wykonawcy), potrzebne na Placu Budowy do realizacji i ukończenia Robót Stałych oraz usunięcia wszelkich wad” (SWK Subklauzula 1.1.5.7). Jednocześnie przez Roboty, zgodnie z treścią Subklauzuli 1.1.5.8 należy rozumieć Roboty Stałe i Roboty Tymczasowe lub jedno z nich. Zatem przypisanie przez Konsorcjum Aldesa prac związanych z tymczasową organizacją ruchu do poz. III Wykazu Płatności jest również zdaniem GDDKiA uzasadnione, gdyż odnosi się do robót tymczasowych. Powyższą kwalifikację potwierdza także np. treść postanowienia WWIORB D.02.01.01C pkt. 9.1 zgodnie, z którym cena wykonania 1 m2 materaca obejmuje m.in.: „ewentualne dodatkowe wzmocnienia obszarów wynikających z technologii wykonywania robót, związanych z przełożeniami ruchu, drogami tymczasowymi itp.”.

Kolejno Zamawiający stwierdził, że Odwołujący błędnie interpretuje przede wszystkim postanowienia WWIORB DM.00.00.00 dotyczące pkt. 9 Podstawa Płatności uznając, że wszystkie wymienione elementy tego dokumentu należy wycenić wyłącznie w poz. I Wykazu Płatności. Nieprawidłowość interpretacji Odwołującego w tym zakresie potwierdza również fakt, że Zamawiający w treści Wykazu Płatności nie wskazał numeru specyfikacji właściwej dla kalkulowania poz. I. Koszty Ogólne Wykonawcy, w przeciwieństwie do pozostałych pozycji, a tym samym brak jest podstaw uzasadniających stwierdzenie, forsowane przez Odwołującego, że określając wartość poz. I. Wykazu Płatności należało kierować się treścią WWIORB DM.00.00.00, bowiem nie było to wolą Zamawiającego.

Zamawiający zaznaczał także, że nie jest jego rolą weryfikacja poprawności zarządzania kosztami Wykonawcy realizującego przedmiotowe zamówienie. Przeciwny pogląd próbuje natomiast narzucić Odwołujący, twierdząc, że niezgodna z treścią SIWZ byłaby okoliczność pokrycia kosztów finansowania czy też gwarancji z wynagrodzenia planowanego na wykonanie Dokumentacji

Wykonawcy. Analogicznie można byłoby interpretować, jako również rzekomą niezgodność z SIWZ zakup stali dla obiektów mostowych z wynagrodzenia za wykonane prace przygotowawcze, podczas gdy nie jest to działanie kwestionowane. To Wykonawca, jako profesjonalista w danej branży określa, w jaki sposób będzie zapewniał płynność finansową przedsięwzięcia, jakim jest budowa drogi ekspresowej, w szczególności, iż przedmiot postępowania będzie realizowany w formie „projektuj i buduj”.

Zamawiający stał na stanowisku, że prowadząc postępowanie nie naruszył zasady równego traktowania wykonawców, dokonując zgodnej z treścią SIWZ oceny i badania wszystkich ofert, w tym także oferty Konsorcjum Aldesa. W rzeczywistości rzekome wskazane przez Odwołującego niezgodności stanowią jedynie próbę doprowadzenia do odrzucenia oferty Konsorcjum Aldesa oraz wyboru oferty Odwołującego, opartą o dowolną i wybiórczą interpretację dokumentów przetargowych. O powyższym świadczy przykładowo przywołanie jedynie jednego rodzaju kosztów wskazanych w treści pkt. 9 WWIORB 00.00.00.00., celem wywołania mylnego wrażenia, iż są to koszty, które należało skalkulować w ramach poz. I Wykazu Płatności. Wyrażona przez Odwołującego argumentacja nie winna zasługiwać, więc na ochronę prawną, gdyż Odwołujący nie dąży do zapewnienia prawidłowego przebiegu postępowania, a jedynie do eliminacji wykonawcy, który zaoferował ofertę najkorzystniejszą korzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert, a jednocześnie ważną i wiążącą.

Stanowisko Przystępującego

Przystępujący Konsorcjum Aldesa w piśmie z dnia 16 lipca 2021 r. złożył wniosek o odrzuceniu odwołania na posiedzeniu niejawnym, jako wniesionym po terminie. W kolejnym piśmie procesowym Przystępujący wniósł natomiast o oddalenie odwołania i przedstawił następujące stanowisko.

Zgodność treści oferty Przystępującego z SIWZ

Zdaniem Przystępującego w rozpoznawanej sprawie nie sposób zidentyfikować na podstawie przywołanych w treści odwołania okoliczności faktycznych jakiegokolwiek niezgodności treści oferty Przystępującego z wymaganiami SIWZ. Sankcja odrzucenia oferty, na którą powołał się Odwołujący, zawarta w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, posługuje się wprawdzie pojęciem oferty, jednakże w tym przypadku chodzi o wąskie znaczenie pojęcia oferty (oferta sensu stricto). Czymś zupełnie innym jest natomiast szerokie pojęcie oferty (oferta sensu largo) używane w języku potocznym, jako określenia całego pakietu dokumentów czy wyjaśnień składanych przez wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez wykonawców. Należy wyraźnie podkreślić, że

pojęcie oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nie dotyczy wszystkich dokumentów czy oświadczeń, które są składane, jako oferta w znaczeniu szerokim (potocznym) a jedynie tych, które stanowią kluczowy element zobowiązania wykonawcy wobec zamawiającego (oferta sensu stricto).

Odnosząc powyższe do zaistniałego w sprawie stanu faktycznego należy zauważyć, że wyjaśnienia Przystępującego z 26 marca 2021 r., w stosunku, do których zarzuty formułuje Odwołujący, nie stanowią oferty w znaczeniu wąskim. O ewentualnej zasadności zastosowania sankcji z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp można by mówić dopiero wówczas, kiedy wyraźnie wskazany wymóg SIWZ nie zostanie wiernie odzwierciedlony w konkretnym elemencie treści oferty (sensu stricto). Sytuacja taka, z oczywistych względów, nie ma miejsca w tej sprawie.

W ocenie Konsorcjum Aldesa niezgodność treści jego oferty wynika, zatem wyłącznie z bardzo swobodnej i subiektywnej interpretacji Odwołującego treści przedstawionych przez Przystępującego wyjaśnień (z jednej strony) oraz daleko posuniętej arbitralnej wykładni znajdujących zastosowanie postanowień SIWZ obowiązującej w Postępowaniu. Już w zasadzie tylko na tej podstawie niniejsze odwołanie powinno zostać oddalone.

Błędna interpretacja postanowień SIWZ, co do kosztów finansowania, kosztów gwarancji czy rezerw na ryzyka kontraktowe

Następnie Przystępujący podniósł, że nawet, jeżeli by jednak przyjąć, że wyjaśnienia Przystępującego z 26 marca 2021 r. miały charakter bezpośrednio wpływający na zobowiązania Konsorcjum Aldesa wynikające ze złożonej oferty (i stanowiącego jej element – Wykazu Płatności), to także w takim przypadku zarzuty Odwołującego nie są zasadne. W celu wyjaśnienia powyższego konieczne jest przede wszystkim odniesienie się do dokumentów przywoływanych, jako argumentacja przez Odwołującego.

Zdaniem Przystępującego istotą wadliwości argumentacji Odwołującego jest próba wprowadzenia innych zasad wypełniania Wykazu Płatności, niż te przywołane przez Konsorcjum Aldesa. Odwołujący te inne zasady wypełniania Wykazu Płatności stara się wywieść z zupełnie innych dokumentów zamówienia, służących innym celom. Powyższe potwierdza brak zrozumienia przez Odwołującego znaczenia dokumentów przygotowanych przez Zamawiającego i nielogiczne przywoływanie dokumentów, które wyłącznie w jego ocenie powinny zostać uwzględnione przy uzupełnianiu Wykazu Płatności.

Przystępujący podkreślał, że w SIWZ nie znalazły się żadne inne informacje czy wymagania w zakresie sposobu uzupełnienia Wykazu Płatności. Na przykład próżno szukać w wymaganiach ogólnych wyszczególnienia konkretnych elementów, które każdy z wykonawców powinien obowiązkowo w tej kategorii uwzględnić pod rygorem odrzucenia oferty z Postępowania. W szczególności SIWZ nie przewidywał jakiegokolwiek definicji np. Kosztów ogólnych. Tym samym należy uznać, że Zamawiający w tej kwestii pozostawił pewną dowolność, wskazując jedynie, że dotyczy ona kosztów ogólnych wykonawcy, które nie mogą przekroczyć ustalonego wprost w SIWZ limitu kwotowego. Potwierdzeniem powyższego pozostaje jednoznaczne postanowienie SIWZ, tj. punkt 15.3 IDW, zgodnie, z którym Wykonawca obliczając Cenę Oferty musi uwzględnić w Wykazie Płatności wszystkie podane tam i opisane pozycje. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić zmian do Wykazu Płatności. W razie jakichkolwiek wątpliwości wynikających np. z błędów w sumowaniu poszczególnych elementów rozliczeniowych, przy ocenie ofert brana będzie pod uwagę Cena Oferty po poprawieniu omyłki zgodnie z art. 87 Pzp.

Innymi słowy obowiązek zidentyfikowania i ujęcia w odpowiednich pozycjach wszelkich kosztów niewyartykułowanych wprost w Wykazie Płatności został nałożony na wykonawcę i tak długo jak poruszał się on w ramach ustaleń SIWZ (np. w zakresie ustalonych limitów czy pozycji wprost wskazanych w Wykazie Płatności) nie można mu zarzucać niezgodności treści oferty z wymaganiami Zamawiającego. Powyższe potwierdza z kolei punkt 15.8 IDW, zgodnie, z którym cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w Tomach II-IV niniejszej SIWZ. Koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których nie ujęto w Wykazie Płatności, Wykonawca powinien ująć w cenach pozycji opisanych w Wykazie Płatności.

Wskazany powyżej sposób wypełnienia Wykazu Płatności powoduje stan, w którym Zamawiający pozostaje związany swoim oświadczeniem i zobowiązany jest do jego ścisłego przestrzegania. W szczególności Zamawiający (ani tym bardziej Odwołujący) nie może wywodzić obecnie innych niż wyraźnie wyartykułowane w SIWZ wytyczne w zakresie wypełniania JEDZ.

Przystępujący stał na stanowisku, że o niezgodności treści jego oferty w szczególności nie świadczy argumentacja Odwołującego. Jego zdaniem nie sposób, bowiem zgodzić się z narracją Odwołującego sprowadzającą się do poszukiwania sposobu wypełnienia Wykazu Płatności w innych (służących zupełnie innym celom) dokumentach Postępowania. Pierwszym błędem Odwołującego w kontekście powyższego jest próba

odczytywania Wykazu Płatności w zakresie kategorii II (tj. Dokumenty Wykonawcy) z perspektywy wyrwanego z kontekstu punktu 2.2. Programu Funkcjonalno-Użytkowego. W tym miejscu warto wskazać, że treść Programu Funkcjonalno-Użytkowego (dalej: „PFU”) przedstawia szczegółowy zakres rzeczowy Robót przewidzianych do wykonania w ramach obowiązków Wykonawcy. Natomiast punkt 2.2. PFU wskazuje, że w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej zgodnie z Subklauzulą 5.2 Warunków Kontraktu [Dokumenty Wykonawcy] należy opracować wszelkie opracowania, jakie mogą okazać się niezbędne dla zaprojektowania, budowy i użytkowania obiektów wchodzących w skład przedmiotu zamówienia.

Przystępujący w piśmie zacytował całą treść punktu 2.2 PFU w celu zobrazowania różnicy pomiędzy tym zapisem a jasno wyartykułowanym wymogiem treści Wykazu Płatności (zob. punkt 3.12 treści uzasadnienia pisma). W ocenie Konsorcjum Aldesa stwierdziło, że katalog dokumentów z punktu 2.2 PFU ma charakter otwarty, odnosi się do dokumentacji w zakresie Robót, a nie kwestii podziału płatności, czemu poświęcona jest kategoria II Wykazu Płatności. Katalog z punktu 2.2 PFU znacznie się różni od katalogu wskazanego w Wykazie Płatności. W związku z powyższym odniesienie Wykazu Płatności do PFU wydaje się być zdecydowaną nadinterpretacją warunków, gdyż ich zakres nie jest tożsamy, a przeciwnie: znacząco się różni. Nie można, więc na tej podstawie wykazywać niezgodności treści oferty z SIWZ.

Przystępujący wskazał, że kolejnym dokumentem, który ma rzekomo uzasadniać argumentację Odwołującego, jest SP.00.00.00 – wymagania ogólne dla dokumentów. Dokument ten określa wymagania dotyczące wykonania i odbioru Dokumentów Wykonawcy przewidzianych do sporządzenia w ramach zamówienia. Zdaniem Konsorcjum Aldesa dokument ten (podobnie jak PFU) z całą pewnością również nie może stanowić punktu odniesienia dla zasad uzupełniania Wykazu Płatności. Jedyne odniesienie w niniejszym dokumencie do kwestii płatności znajduje się w punkcie 7, w którym przedstawiona została tabela określająca warunki płatności za elementy i opracowania projektowe wyszczególnione w SP. Nie ma to nic wspólnego z kwestią przyporządkowywania kosztów w Wykazie Płatności, a już na pewno nie stanowi jednoznacznej wytycznej w zakresie sposobu wypełniania tego wykazu.

Następny dokument nieumiejętnie przywołany przez Odwołującego na potrzeby wykazania rzekomej niezgodności treści Wykazu Płatności Przystępującego z SIWZ to DM.00.00.00. Dokument ten określany jest, jako WWIORB. Już sama jego nazwa wskazuje, że dotyczy robót budowlanych, a nie płatności. W istocie odnosi się on do podstaw płatności,

ale wskazuje jedynie, że zasady wynagrodzenia ryczałtowego podano w umowie pomiędzy Zamawiającym i Wykonawcą.

Odnosząc się do powyżej przywołanych okoliczności Przystępujący ponownie podkreślał, że wymagania w zakresie uzupełnienia Wykazu Płatności były precyzyjnie w nim opisane. Obejmowały one: (i) elementy, które muszą się znaleźć w danej kategorii oraz (ii) limity, których nie można przekroczyć. SIWZ nie przewidywała jakiegokolwiek zakazu uwzględnienia innych kosztów związanych pośrednio z elementami opisanymi w Wykazie Płatności. W szczególności SIWZ nie zabraniała, aby koszty finansowania, koszty gwarancji czy rezerwy były uwzględnione w kategorii II (tj. Dokumenty Wykonawcy). Istniały jedynie dwie wskazówki – elementy, które trzeba uwzględnić obowiązkowo, oraz limity. Obie te przesłanki zostały spełnione przez Przystępującego.

Przystępujący wyjaśnił, że Odwołujący uważał, że koszty finansowania, gwarancji i ryzyka należało zaliczyć do kategorii I (tj. Wymagania Ogólne), jednakże takie wymaganie nie zostało sprecyzowane przez Zamawiającego w SIWZ. W związku z powyższym, wniosek Odwołującego jakoby Przystępujący złożył ofertę, której treść nie odpowiada treści SIWZ, a zatem oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona, jest niezasadny. Tak samo nie można się zgodzić z twierdzeniem, że WWIORB wymagały, aby koszty finansowania, koszty gwarancji czy rezerwy znalazły się w kategorii I (tj. Wymagania Ogólne). Tak jak zostało to wskazane powyżej, WWIORB mówiły o kosztach do uwzględnienia w ramach Robót, a nie w Wymaganiach Ogólnych. Dlaczego więc Przystępujący, w ocenie Odwołującego, powinien umieścić przedmiotowe koszty w Wymaganiach Ogólnych, pozostaje niewiadomą.

Przystępujący stwierdził również, że uwzględnienie kosztów finansowych, kosztów gwarancji oraz rezerwy w kategorii II (tj. Dokumenty Wykonawcy) w żaden sposób nie polepszało sytuacji Przystępującego. Nie można z podanych okoliczności wnioskować, że Przystępujący umyślnie źle wpisał koszty, ponieważ po pierwsze: nie zostało nigdzie wyrażone w sposób szczegółowy, jak kwalifikować koszty, po drugie: nie miałby w tym żadnego interesu. Gdyby intencją Zamawiającego było, żeby każdy poszczególny koszt był określony w konkretnym miejscu Wykazu Płatności, wskazałby to precyzyjnie w ramach tego dokumentu, a takiego doprecyzowania nie było. Nie pozostawia, więc wątpliwości fakt, że koszty finansowe, koszty gwarancji oraz rezerwy można było uwzględnić w kategorii II (tj. Dokumenty Wykonawcy). Nie budzi, bowiem wątpliwości, że przywołane koszty są pośrednio związane z Dokumentami Wykonawcy, przykładowo rezerwa jest konieczna na każdym etapie, można było ją przyporządkować de facto do kilku kategorii. Podobnie koszty finansowe: są ponoszone przez wykonawcę już na etapie projektu, który rozpoczyna się od chwili zawarcia umowy a więc wykonawca ponosi na tym etapie koszty uruchomienia całej inwestycji. Ponadto odpowiednie koszty w niniejszym zakresie zostały również uwzględnione w kategorii III (tj. Roboty), ale też na etapie samego projektowania (koszty gwarancji

należytego wykonania umowy, która musi przecież uwzględniać wartość wykonanie Dokumentów Wykonawcy). Z uwagi na powyżej wskazane okoliczności zarzuty w zakresie błędnie przyporządkowanych kosztów finansowych, gwarancji oraz rezerwy pozostają bezzasadne.

Błędna interpretacja postanowień SIWZ, co do tymczasowej organizacji ruchu

Przystępujący we wskazanym zakresie nie zgadzał się również ze stanowiskiem Odwołującego. Zgodnie z treścią WWIORB, określają one wymagania dla wykonania i odbioru robót budowlanych przewidzianych do wykonania w ramach Umowy a także stanowią materiał wyjściowy do opracowania przez Wykonawcę Specyfikacji Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, a zawarte w nich zapisy w zakresie standardu materiałów, wykonania robót i wymaganej ich, jakości oraz kontroli jakości robót należy traktować, jako minimalne. Trudno, więc uznać, iż omawiany dokument powinien znaleźć zastosowanie do Wykazu Płatności, bezpośrednio z jego treści wynika, że zakres jego zastosowania jest zupełnie inny. Nie jest prawdą ponadto, że WWIORB stanowi o kosztach TOR w zakresie uwzględnienia ich w Wymaganiach Ogólnych. Z treści tego dokumentu wynika, bowiem raczej w większym stopniu związek tych kosztów z kategorią III (Roboty): Kwoty ryczałtowe Robót będą obejmować wszystkie koszty, w tym w szczególności (...) – koszty pośrednie - składnik kalkulacyjny jednostkowej ceny kosztorysowej uwzględniający ujęte w kosztach bezpośrednich koszty zaliczane zgodnie z odrębnymi przepisami do kosztów uzyskania przychodów, w szczególności koszty ogólne budowy oraz koszty zarządu, koszty urządzenia, eksploatacji i likwidacji placu budowy (w tym: doprowadzenie energii i wody, budowa dróg dojazdowych, ogrodzenia, zaplecza biurowego, szatniowego i socjalnego itp.), koszty oznakowania robót, wydatki na BHP, usługi obce na rzecz budowy, opłaty dzierżawcze, opłaty za zajęcie pasa drogowego, ekspertyzy dotyczące wykonanych robót, koszty ogólne przedsiębiorstwa Wykonawcy, itp.

Zdaniem Konsorcjum Aldesa powyższe obrazuje kompletne niezrozumienie przez Odwołującego wymagań Zamawiającego w zakresie sposobu wypełniania Wykazu Płatności. Argumentację Odwołującego można w tym przypadku sprowadzić do tezy, że do kwalifikacji kosztów ogólnych powinno się uwzględniać wymagania ogólne dla robót budowlanych. Tymczasem zakres WWIORB zdecydowanie wykracza poza zakres kosztów ogólnych: zostało tu wskazanych wiele elementów, również tych należących niewątpliwie do kategorii Robót, a nie wyłącznie z zakresu kosztów ogólnych. Jednocześnie brak jest sformułowanego w dokumentacji Postępowania zakazu rozbicia tego elementu (tj. TOR) na kilka kategorii. Tymczasowa Organizacja Ruchu nie wiąże się wyłącznie z Wymaganiami Ogólnymi. Można wskazać elementy TOR, które bardziej pasują do uwzględnienia w ramach Wymagań

Ogólnych, a są również takie, które trzeba przenieść do Robót. Przykładowo elementy takie jak między innymi utrzymanie ruchu publicznego, utrzymanie zimowe i letnie, instalacja, utrzymanie i obsługa organizacji ruchu i urządzeń zabezpieczających (oznakowanie pionowe i poziome, bariery drogowe, sygnalizacja świetlna, kierowanie ruchem), zapewnienie tymczasowych dróg technologicznych na potrzeby obsługi budowy] itd. zostały zakwalifikowane, jako Wymagania Ogólne, natomiast między innymi roboty polegające na budowie i ewentualnych późniejszych rozbiórkach/remontach dróg dla obsługi ruchu publicznego na czas budowy - jako elementy Robót. Powyższe stanowi logiczny podział. Dodatkowo należy wskazać, że pojęcie Tymczasowej Organizacji Ruchu nie zostało zdefiniowane w dokumentacji Postępowania. Odniesienie do niej znajduje się w kilku miejscach, dokumentacja nie odnosi się do niej w sposób jednoznaczny, kwalifikując do jednej kategorii.

Podsumowując Przystępujący stwierdził, że Odwołujący nie wykazał wewnętrznej sprzeczności wyjaśnień, ponieważ koszty w zakresie TOR składają się z różnych kategorii kosztów. Wręcz przeciwnie, Odwołujący niejako na siłę chce narzucić swoje rozumienie prawidłowej kwalifikacji kosztów, jedynie w celu wykazania niezgodności w Wykazie Płatności Przystępującego, która nie zaistniała. Koszty związane z Tymczasową Organizacją Ruchu nie są zaś kosztami, których nie można było uwzględnić w kategorii Robót, w związku z tym zarzut Odwołującego pozostaje niezasadny i nie powinien zostać uwzględniony.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez Zamawiającego, dowody oraz oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępujących wyrażone w pismach procesowych oraz na rozprawie Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W przypadku odwołań wniesionych po 31 grudnia 2020 r., a dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych przed 1 stycznia 2021 r., stosownie do art. 92 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020) zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 19 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) - zwanej dalej: „NPzp”.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 505 ust. 1 NPzp, według którego środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Izba nie stwierdziła wystąpienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 528 NPzp. W związku z tym Izba oddaliła wniosek Przystępującego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 NPzp.

Zgodnie z art. 528 pkt 3 NPzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że: odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Tymczasem przepis art. 515 ust. 1 lit. a NPzp stanowi, że odwołanie wnosi się: w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie: 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Według art. 509 ust. 2 NPzp, jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy.

Z ustaleń Izby wynika, że Odwołujący w ustawowym terminie zaskarżył czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu oraz zaniechanie polegające na braku ujawnienia mu wyjaśnień Konsorcjum Aldesa (odwołanie z dnia 21 czerwca 2021 r.). W dniu 23 czerwca 2021 r., czyli już po wniesieniu przez Odwołującego odwołania Zamawiający, w formie elektronicznej, przekazał Odwołującemu treść ujawnionych wyjaśnień Konsorcjum Aldesa. W dniu 5 lipca 2021 r. Odwołujący wniósł odwołanie w rozpoznawanej sprawie, w której kwestionował brak odrzucenia przez Zamawiającego oferty Konsorcjum Aldesa, jako takiej, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ, a w konsekwencji zarzucał Zamawiającemu dokonanie wadliwego wyboru oferty najkorzystniejszej. Informację o okolicznościach stanowiących podstawę zgłoszonych zarzutów Odwołujący uzyskał z wyjaśnień Przystępującego przekazanych przez Zamawiającego w dniu 23 czerwca 2021 r. Wobec tego na posiedzeniu Izby w sprawie o sygn. akt KIO 1839/21 (które zostało wywołane odwołaniem z dnia 21 czerwca 2021 r.) w dniu 13 lipca 2021 r. wykonawca Budimex wycofał zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 8 ust. 1 i 3 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez zaniechanie udostępnienia wykonawcy Budimex wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Aldesa.

Izba stoi na stanowisku, że w omawianej sprawie w zakresie obliczenia terminu zastosowanie znajduje przepis art. 515 ust. 1 lit. a NPzp, bowiem mamy do czynienia z sytuacją, gdy zaskarżone zaniechanie Zamawiającego jest ściśle powiązane z określonym terminem przekazania informacji wykonawcy. Innymi słowy bieg terminy na złożenie odwołania rozpoczyna swój bieg od momentu przekazania informacji wykonawcy. Z ustaleń Izby opisanych powyżej jednoznacznie wynika, że informację wraz z udostępnionymi wyjaśnieniami Konsorcjum Aldesa - w formie elektronicznej - Odwołujący otrzymał od Zamawiającego w dniu 23 czerwca 2021 r. Tym samym uznać należy, że 10-dniowy termin na wniesienie odwołania upływał wraz z dniem 3 lipca 2021 r. (sobota). Z uwagi na to, że termin na wniesienie odwołania przypadał w sobotę na podstawie art. 509 ust. 2 NPzp odwołanie złożone w dniu 5 lipca 2021 r. (poniedziałek) należało uznać za wniesione w terminie.

Izba uznała za chybioną argumentację Przystępującego, który wskazywał, że wycofanie przez Odwołującego zarzutów w pierwotnym odwołaniu odnosi skutek w postaci „zerwania” więzi z czynnością Zamawiającego (tj. wyborem oferty Przystępującego, jako najkorzystniejszej w Postępowaniu) i spowodowało brak możliwości skorzystania po raz kolejny ze środka ochrony prawnej w postaci odwołania. Izba przychyliła się do stanowiska, że niezasadne byłoby dalsze popieranie w toku rozprawy w dniu 13 lipca 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1839/21 zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 1-3 Pzp wywołanych odwołaniem z dnia 21 czerwca 2021 r. w sytuacji, gdy Zamawiający w dniu 23 czerwca 2021 r. udostępnił wykonawcy Budimex żądane dokumenty. W takim przypadku Wykonawca Budimex w omawianym zakresie nie miał żadnych szans na uzyskanie korzystnego dla siebie rozstrzygnięcia, ponieważ czynność Zamawiającego polegająca na udostępnieniu wykonawcy Budimex wyjaśnień Konsorcjum Aldesa spowodował w tym zakresie wygaśnięcie substratu zaskarżenia.

Izba nie podziela zapatrywań Przystępującego, że w omawianej sprawie do obliczenia terminu na złożenie odwołania zastosowanie może mieć również przepis art. 515 ust. 3 pkt 1 NPzp. Powołany przez Odwołującego przepis bez wątpienia odnosi się do sytuacji, których nie wyczerpuje przepis art. 515 ust. 1 i 2 NPzp, a z takim przypadkiem nie mamy do czynienia w tej sprawie ze względów opisanych wyżej. Tym samym rozważania Przystępującego w tej sprawie Izba uznała za bezprzedmiotowe.

Podsumowując powyższe rozważania Izba stwierdziła, że wykonawca Budimex jest uprawniony do skorzystania ze środka ochrony prawnej w postaci odwołania, które zostało złożone w ustawowym terminie i nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 NPzp.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przytaczając przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucał Odwołujący, wskazać przede wszystkim należy, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Przepis art. 91 ust. 1 Pzp stanowi, że Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Według art. 7 ust 1 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm (ust. 2).

W tym miejscu Izba uznaje za zasadne i konieczne wyjaśnienie, że odrzucenie oferty ze względu na jej niezgodność z przepisami ustawy możliwe jest tylko i wyłącznie w przypadku wskazania niezgodności w zakresie jednoznacznych i niebudzących wątpliwości wymagań wskazanych w specyfikacji. Nie może się ono opierać na jednostronnej interpretacji jednej ze stron, gdyż uznanie jakichkolwiek wątpliwości, co do brzmienia treści specyfikacji powinno prowadzić do ich interpretacji na korzyść Wykonawcy i nie może pociągać za sobą dla niego negatywnych skutków, zwłaszcza skutków polegających na odrzuceniu oferty. Pogląd wyrażony powyżej znajduje odzwierciedlenie w utrwalonym orzecznictwie Izby. I tak w wyroku Izby z dnia 7 grudnia 2020 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 2917/20 stwierdzono m. in.: *„Jeżeli jakieś pojęcia w SIWZ są ogólne, niezdefiniowane czy też nie nastąpiło odwołanie do definicji legalnych (...) to znaczenie takich postanowień SIWZ będzie rozpatrywane na korzyść danego wykonawcy, który zachował się zgodnie z postanowieniami tak, jak one brzmią, a nie jakby się wydawało, że należy je interpretować i dookreślać (...)”*. Podobne stanowisko Izba zaprezentowała w wyroku z dnia 22 grudnia 2017 r., sygn. akt: KIO 2618/17, w którym stwierdzono: *„Nie można odrzucić oferty powołując się na nieistniejącą niezgodność z treścią SIWZ, na wymogi, których zamawiający nie sformułował w treści SIWZ. Jeżeli wykonawca złożył ofertę, która wpisuje się w warunki określone w SIWZ, to zamawiający nie ma podstawy prawnej do jej odrzucenia czy wykluczenia wykonawcy. Nieścisłość zapisów SIWZ nie może obciążać wykonawców. Wszelkie wątpliwości interpretacyjne dotyczące SIWZ należy rozstrzygać na korzyść wykonawcy. Takie stanowisko jest ukształtowane przez utrwaloną linię orzecniczą KIO oraz sądów powszechnych, zgodnie z którymi wszelkie niezgodności, niejasności SIWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawców, np. Wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 18 marca 2015 roku, sygn. akt III Ca 70/ 15 który stanowi, iż: "Zapisy w SIWZ (...) muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny, a wątpliwości powstałe na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Obowiązek takiego formułowania i tłumaczenia ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców przystępujących do przetargu”*. Na koniec warto również przytoczyć uzasadnienie wyrok z dnia 9 kwietnia 2014 r., sygn. akt: KIO 605/14, w którym Izba stwierdziła, że: *„wypracowany w orzecznictwie postulat wykładania niejasnych postanowień SIWZ na korzyść wykonawcy wynika z zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wskazanych w art. 7 ust. 1 Pzp. Przywołane zasady sprzeciwiają się temu, aby w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający miał możliwość dokonywania ocen w oparciu o wymagania, których jasno nie wyartykułował. Zgodność oferty wykonawcy z SIWZ stanowi bowiem ocenę zobiektywizowaną i dokonywaną w świetle zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców”*.

Izba stwierdziła, że powołane orzecznictwo Izby znajduje zastosowanie również w tym przypadku, ponieważ w rozpoznawanej sprawie również wystąpiły pojęcia, które nie zostały przez GDDKiA zdefiniowane i dookreślone, co oznacza, że brak regulacji w tym zakresie należy interpretować na korzyść wykonawcy. Przechodząc już na grunt rozpoznawanej sprawy Izba wskazuje, że po dokonaniu zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego stwierdziła, że zarzuty

podniesione w odwołaniu, dotyczące naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 Pzp a w konsekwencji również art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 Pzp nie potwierdziły się.

Istotą sporu zawisłego przed Izbą jest niezgodność treści oferty Przystępującego w świetle wymagań SIWZ dotyczących progów maksymalnych dla wartości określonych w poz. I i II w Wykazie płatności. Izba takiej niezgodności treści oferty Konsorcjum Aldesa z treścią SIWZ nie stwierdziła. W omawianej kwestii za kluczowe należy uznać postanowienia SIWZ, za pomocą, których Zamawiający opisał sposób obliczenia ceny oferty.

Jednak w pierwszej kolejności Izba wskazuje, że zgodnie z treścią SIWZ TOM I Instrukcja dla Wykonawców, dalej zwaną „IDW” pkt 14: „Ofertę stanowi wypełniony Formularz „Oferta” oraz niżej wymienione dokumenty: a. Wykaz Płatności (TOM IV SIWZ) Dla Części A i Części B, b. Formularz „Kryteria pozacenowe” Dla Części A i Części B”.

Izba nie podziela zapatrywań Przystępującego, że zarzuty odwołania powinny być oddalone, ponieważ bazują na treści wyjaśnień Przystępującego, które nie stanowią treści jego oferty w znaczeniu wąskim. W okolicznościach rozpoznawanej sprawy stwierdzić należy, że wyjaśnienia Przystępującego z dnia 26 marca 2021 r. są ściśle powiązane z treścią oferty Konsorcjum Aldesa i stanowią jej część, ponieważ zawierają szczegóły dotyczące składników ceny zaoferowanej przez wykonawcę. Zatem nie można ich pominąć i uznać, że skoro nie zostały złożone wraz z ofertą, a oczywistym jest, że tak złożone być nie mogły, to oznacza, że nie stanowią treści oferty i nie mogą być rozpatrywane w kontekście treści oferty.

Powracając do regulacji zawartych w IDW stwierdzić należy, że zgodnie z pkt 15.1 IDW „Cena Oferty zostanie wyliczona w oparciu o Wykaz Płatności (tabele elementów zryczałtowanych) sporządzony na formularzu stanowiącym integralną część SIWZ – TOM IV”.

W pkt 15.2 IDW Zamawiający uregulował, że Wykonawca obliczając cenę Oferty musi uwzględnić Opis Sposobu Obliczenia Ceny zawarty w Tomie IV SIWZ-Wykaz płatności.

Zaś w pkt 15.3 IDW Zamawiający sprecyzował m. in., że Wykonawca obliczając cenę Oferty musi uwzględnić w Wykazie płatności wszystkie podane tam i opisane pozycje. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzać zmian do Wykazu płatności.

Kolejno Zamawiający w pkt 15.8 IDW ustalił, że „Cena Oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszystkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w Tomach II-IV niniejszej SIWZ. Koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których nie ujęto w Wykazie Płatności, Wykonawca powinien ująć w cenach pozycji opisanych w Wykazie Płatności.”

Izba ustaliła, że Wykaz płatności dzielił się na następujące pozycje: I. Wymagania Ogólne, II. Dokumenty Wykonawcy, III. Roboty, gdzie Zamawiający ustalił, że suma wszystkich pozycji stanowiących „Wymagania ogólne” i „Dokumenty Wykonawcy” nie przekraczały odpowiednio 6% i 5% maksymalnej wartości zobowiązania (całości kontraktu). Jeśli chodzi o pozycję III Roboty to zamawiający nie określił w tym przypadku żadnego limitu procentowego.

Zamawiający w zakresie poszczególnych ww. pozycji Wykazu płatności wyspecyfikował określone elementy. W ramach pozycji I. Wymagania ogólne Zamawiający wymienił jedynie jedną pozycję: „Koszty ogólne” jednocześnie nie podając enumeratywnego wyliczenia tych kosztów a także

nie definiując, co należy rozumieć pod tym pojęciem. Natomiast w poz. II Dokumenty Wykonawcy Zamawiający wymienił elementy składające się na tą pozycję w 8 punktach. Jeśli zaś chodzi o poz. III Roboty to Zamawiający w tym miejscu oczekiwał podania kosztów wszystkich robót. W treści Wykazu płatności nie zostały wyodrębnione przez Zamawiającego takie elementy jak: koszty finansowania, koszty gwarancji, rezerwa na ewentualne ryzyka kontraktowe oraz koszt Tymczasowej Organizacją Robót (TOR).

Nie było sporne, że Konsorcjum Aldesa złożyło Wykaz Płatności, w którym dla ww. pozycji podało odpowiednio: poz. I Wymagania Ogólne 17 640 000,00 zł - 5,94%, poz. II Dokumenty Wykonawcy - 14 771 180,00 zł - 4,98%.

W złożonych wyjaśnieniach z dnia 26.03.2021 r. Przystępujący wskazał, że koszty dotyczące finansowania, gwarancji oraz rezerwy związanej z wystąpieniem ewentualnych ryzyk kontraktowych zostały ujęte w kosztach: Dokumenty Wykonawcy. Natomiast koszty związane z TOR zostały ujęte przez Konsorcjum Aldesa zarówno w dwóch miejscach w ofercie: w poz. I „Wymagania Ogólne” na kwotę: 422 800,00 zł oraz w poz. III „Roboty” na kwotę: 2 099 954,30 zł.

Rozstrzygnięcie zgłoszonych zarzutów wymaga odpowiedzi na pytanie, czy ujęcie przez Przystępującego w Wykazie płatności ww. kosztów we wskazanych pozycjach (tj. II „Dokumenty wykonawcy” i III „Roboty”) zamiast w pozycji I. „Wymagania ogólne” jest niezgodne z treścią specyfikacji? Izba stwierdziła, że na tak zadane pytanie należy udzielić odpowiedzi przeczącej. Za przyjęciem takiego stanowiska przemawiają następujące argumenty.

Po pierwsze wskazać należy wskazać na postanowienia specyfikacji, którymi Zamawiający zobowiązał wykonawców do obliczenia ceny na określonych zasadach. Zgodnie z pkt 15.1 IDW cena Oferty miała zostać wyliczona w oparciu o Wykaz Płatności, a wykonawca miał przy obliczeniach uwzględnić wszystkie podane tam i opisane pozycje. Zwrócenia uwagi wymaga, że treścią pkt. 15.3 IDW Zamawiający zabronił wykonawcom samodzielnego wprowadzania zmian do Wykazu płatności. Zatem w sytuacji, gdyby w wykazie nie znajdowała się pozycja kosztowa, którą wykonawca zobowiązany był uwzględnić w wycenie, w tym koszty towarzyszące wykonaniu zamówienia to zgodnie z dyspozycją pkt 15.8 IDW w takiej sytuacji wykonawca zobowiązany był takie koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia ująć w cenach pozycji opisanych w Wykazie Płatności. Co istotne, Zamawiający nie określił, w której części Wykazu płatności takie koszty należy ująć, a na pewno nie wskazał, że mają one być zakwalifikowane, jako koszty ogólne w poz. I „Wymagania ogólne”.

Z ustaleń dokonanych przez Izbę wynika, że koszty dotyczące finansowania, gwarancji oraz rezerwy związanej z wystąpieniem ewentualnych ryzyk kontraktowych nie zostały przez Zamawiającego wprost wymienione w Wykazie płatności. Nie mniej jednak Izba prezentuje pogląd, że stanowią one koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia. Zatem w takiej sytuacji Wykonawca powinien był ująć owe koszty w cenach pozycji opisanych w wykazie. Jednak w ocenie Izby brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania, że koszty te powinny być ujęte w poz. I „Wymagania ogólne”. Tym samym nie w tym aspekcie mówić o niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ.

Izba stwierdziła, że za przyjęciem takiego stanowiska nie przemawiają również powołane w odwołaniu przez wykonawcę Budimex treści poszczególnych elementów dokumentacji postępowania tj. PFU, WWIORB, które odnoszą się do elementów przedmiotu zamówienia lub opisu sposobu jego realizacji, a nie sposobu obliczenia ceny, czy też kwalifikacji kosztów do poszczególnych pozycji. Odwołujący zarówno w treści odwołania jak i na rozprawie nie wskazał konkretnych postanowień SIWZ, które bezpośrednio nakazywałyby wykonawcom ujęcie rzeczonych kosztów w poz. I Wykazu „Wymagania ogólne” a jedynie z pośredniego brzmienia wrywkowo wybranych poszczególnych ww. dokumentów postępowania próbował wywieść taki obowiązek.

Izba również uznała za chybioną argumentację Odwołującego zasadzającą się na tym, że Przystępujący powinien ująć wszystkie koszty TOR w kosztach ogólnych w pozycji I Wymagania ogólne. Izba uznała, że ze wskazanych przez wykonawcę Budimex postanowień SIWZ w postaci WWIORB nie wynika, aby obligowało one wykonawcy do ujęcia kosztów TOR w kosztach ogólnych w poz. I Wykazu Wymagania ogólne.

Izba podziela zapatrywania Przystępującego oraz Zamawiającego, że TOR nie ma charakteru jednorodnego i może występować na różnych etapach realizacji zadania. Poczynając od konieczności zapewnienia tzw. „bajpasów objazdów”, o których wspominał Zamawiający w toku rozprawy aż po właściwą realizację robót, z którą związane jest również poniesienie kosztów TOR. W związku z tym za racjonalne należy uznać proporcjonalne rozłożenie tego typu kosztów występujących cyklicznie na cały okres trwania kontraktu. Z tych względów Izba nie dopatrzyła się również sprzeczności w wyjaśnieniach składanych przez Przystępującego, które zostały zawarte w piśmie z dnia 26 marca 2021 r. W tym zakresie Izba uznała za przekonujące wyjaśnienia Przystępującego, który wyjaśniał, że ujęcie w poz. I wykazu płatności w kosztach ogólnych jedynie części kosztów TOR jest związane nie z wykonywaniem właściwej części robót, bowiem w tym zakresie koszty zostały przewidziane w poz. III Roboty (na kwotę 2 099 954,30 zł), a zostało przewidziane jedynie w aspekcie zagadnienia dotyczącego instalacji, utrzymania i obsługi tymczasowych organizacji ruchu, urządzeń zabezpieczających.

Biorąc pod uwagę sposób ukształtowania postanowień SIWZ Izba stwierdziła, że w tym przypadku nie można zarzucić Przystępującemu złamania zasad dotyczących kształtowania i ujmowania ceny w Wykazie płatności, skutkujących odrzuceniem jego oferty, jako niezgodnej ze specyfikacją, a w następstwie naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, a w konsekwencji również wadliwego wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach prowadzonego postępowania.

Na końcu Izba wskazuje, że argumentację zawartą w piśmie procesowym z dnia 9 sierpnia 2021 r. Odwołującego dotyczącą posadowień podpór mostów, jako próbę rozszerzenia zarzutów odwołania, która narusza dyspozycje przepisu art. 555 NPzp, który stanowi, że Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Niewątpliwie tego rodzaju zarzuty nie zostały postawione w odwołaniu, a zatem Izba musiała pozostawić je bez rozpoznania, jako spóźnione.

Podsumowując, Izba uznała zarzuty zgłoszone w odwołaniu za niezasadne. Izba uwzględniając wynik postępowania odwoławczego orzekła również o kosztach zaliczając do kosztów

postępowania odwoławczego wpis uiszczony przez odwołującego oraz zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty wynagrodzenia pełnomocnika.

Z tych względów Izba oddaliła odwołanie nie dopatrzwszy się naruszenia przepisów Pzp wskazanych w treści odwołania. Zgodnie z art. 557 NPzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 NPzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. W związku z tym Izba kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2020/21 zgodnie z art. 575 NPzp oraz § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437) w kwocie 23 600 zł, (na którą składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego) - obciążyła Odwołującego, jako stronę przegrywającą.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:
.....
.....