

Sygn. akt: KIO 1083/20

POSTANOWIENIE

z dnia 13 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko
Jolanta Markowska
Małgorzata Matecka

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 13 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 maja 2020 r. przez wykonawcę „**SPRINT**” S.A., ul. Jagiellończyka 26, 10-062 Olsztyn w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa-Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach, ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice**

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy „**SPRINT**” S.A., ul. Jagiellończyka 26, 10-062 Olsztyn kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 1843) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący :
.....
.....

Uzasadnienie

Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Regionalne Projekty Wdrożeniowe – Krajowy System Zarządzania Ruchem Drogowym na sieci TEN-T Etap 1 (RPW KSZRD E1) – część 1, część 2”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 8 maja 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2020/S 090-214919.

W dniu 18 maja 2020 r. wykonawca „SPRINT” S.A. z siedzibą w Olsztynie (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie w SIWZ sposobu określenia wynagrodzenia, w razie skorzystania przez Zamawiającego z prawa do zamówienia w danej lokalizacji niepełnego kompletu modułów, w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący oraz naruszający zasadę uczciwej konkurencji (dotyczy opcji nr 4);
- 2) art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie w SIWZ sposobu określenia wynagrodzenia za wykonanie prac energetycznych - zasilających, w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący oraz naruszający zasadę uczciwej konkurencji (dotyczy opcji nr 4);
- 3) art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie opcji nr 4 w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz mogący utrudniać uczciwą konkurencję.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących zmian w treści SIWZ (analogicznie dla części nr 1 i 2):

- 1) dokonanie zmiany formularza cenowego nr 1 dla opcji nr 4 w taki sposób, aby:
 - a. cena za dostawę, wdrożenie w tym roboty budowlane i instalacyjno - montażowe (z wyłączeniem prac energetycznych - zasilających/przyłącze energetyczne), utrzymanie, szkolenie i integrację - dotyczyła kompletu modułów 102.A i 102.D dla jednej lokalizacji

(2+2);

b. cena za dokumentację projektową - dotyczyła jednej lokalizacji, tj. dokumentacji projektowej dla jednej lokalizacji;

c. cena za wykonanie prac energetycznych - zasilających (przyłącze energetyczne) - podawana była odrębnie dla każdej z lokalizacji;

2) określenie w treści SIWZ sposobu ukształtowania częściowego wynagrodzenia w razie skorzystania przez Zamawiającego z przewidzianego w §2 pkt 7 IPU prawa do zamówienia niepełnej klasy danego modułu;

3) ewentualnie (w razie nieuwzględnienia żądania nr 1) i nr 2) - jednoznaczne wskazanie w treści SIWZ, że cena jednostkowa za jeden moduł winna pokrywać całościowe koszty jego dostawy i wdrożenia, w tym wykonania robót budowlanych i instalacyjno - montażowych;

4) ewentualnie (w razie nieuwzględnienia żądania nr 1) i nr 2) - usunięcie z przedmiotu zamówienia zakresu objętego opcją nr 4.

W dniu 10 lipca 2020 r. wpłynęła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której Zamawiający oświadczył, że:

1) uwzględnia częściowo odwołanie, tj. w zakresie zarzutu 1 (dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie w SIWZ sposobu określenia wynagrodzenia w razie skorzystania przez Zamawiającego z prawa do zamówienia w danej lokalizacji niepełnego kompletu modułów, w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący oraz naruszający zasadę uczciwej konkurencji - dotyczy opcji nr 4) - w części, w zakresie zarzutu 2 (dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez ukształtowanie w SIWZ sposobu określenia wynagrodzenia za wykonanie prac energetycznych - zasilających, w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący oraz naruszający zasadę uczciwej konkurencji - dotyczy opcji nr 4) - w części,

2) wnosi o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie, w szczególności w całości w zakresie zarzutu 3 (dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie opcji nr 4 w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz mogący utrudniać uczciwą konkurencję), oraz w zakresie nieuwzględnionym w odniesieniu do zarzutu 1 i zarzutu 2.

Zamawiający uzasadnił swoją decyzję w następujący sposób:

- Uzasadnienie dla uwzględnienia w części zarzutu 1 oraz oddalenia tego zarzutu w pozostałym zakresie:

Zamawiający oświadczył, że uwzględnia częściowo zarzut 1 i dokona stosownej

modyfikacji dokumentacji postępowania w ten sposób, że wprowadzi do tej dokumentacji zapisy, z których będzie wynikało, że Zamawiający w ramach opcji nr 4 będzie miał możliwość zamówienia wyłącznie kompletu modułów 102.A i 102.D - w zestawieniu 2+2 - dla danej lokalizacji.

Powyższe oznacza, jak stwierdził Zamawiający, że bezprzedmiotowy staje się zarzut 1) w swojej istocie, a więc w zakresie dotyczącym kwestionowanego przez Odwołującego sposobu określenia wynagrodzenia w razie skorzystania przez Zamawiającego z prawa do zamówienia w danej lokalizacji niepełnego kompletu modułów. Wobec rezygnacji przez Zamawiającego z możliwości zamówienia w danej lokalizacji niepełnego kompletu modułów, sposób określenia wynagrodzenia wykonawców określony w ramach opcji nr 4 jest jednoznaczny, wyczerpujący i nie narusza zasady uczciwej konkurencji.

Zamawiający uznał, że konsekwencją uwzględnienia przez Zamawiającego istoty zarzutu 1 jest uwzględnienie wniosku 1)a Odwołującego. Kolejno, skutkiem uwzględnienia odwołania w powyższym zakresie jest bezprzedmiotowość wniosku 2), a także wniosków ewentualnych 3) i 4) (sformułowanych przez Odwołującego na wypadek nieuwzględnienia wniosku 1) i 2)). Mając na uwadze powyższe, Zamawiający pozostawił te wnioski bez szerszego odniesienia. Zamawiający wskazał, iż przepisy ustawy Pzp nie narzucają organizacyjnego sposobu udzielenia zamówienia. Oznacza to, że Zamawiający ma swobodę wyboru w zakresie korzystania z takich instrumentów prawnych jak opcja, czy też zamówienia, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Ograniczeniem w tym zakresie są jedynie zasady udzielania zamówień publicznych, takie jak zasada uczciwej konkurencji, czy też regulacje prawne w zakresie opisu przedmiotu zamówienia. Zdaniem Zamawiającego, przy uwzględnieniu wnioskowanych zmian w dokumentacji przetargowej w zakresie możliwości zamówienia przez Zamawiającego w ramach opcji nr 4 wyłącznie kompletu modułów 102.A i 102.D w zestawieniu 2+2 dla danej lokalizacji, zasady udzielania zamówień publicznych zostały zachowane, a przedmiot zamówienia zostanie opisany zgodnie z regulacjami ustawy Pzp.

W ocenie Zamawiającego, wnioski Odwołującego dotyczące rezygnacji z opcji nr 4 lub potraktowania tego zakresu zamówienia jako zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, wynikają nie z troski wykonawcy o zachowanie zasady uczciwej konkurencji, a z chęci ukształtowania postępowania w sposób, który zwiększy szanse Odwołującego na uzyskanie zamówienia publicznego.

Zamawiający zauważył, że podstawowym celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zrealizowanie uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Realizacja zasady uczciwej konkurencji nie powinna wymuszać na zamawiającym rezygnacji

z dokonywania określonych zakupów, jeżeli zamawiający zapewnił zgodność udzielenia zamówienia publicznego z przepisami ustawy Pzp. Takie stanowisko znajduje aprobatę w orzecznictwie KIO. Zamawiający przywołał wyrok z dnia 23 maja 2017 r., sygn. akt KIO 920/17.

Zdaniem Zamawiającego, przedmiotowe wnioski Odwołującego ingerują w nieuzasadniony sposób w uprawnienie Zamawiającego do ukształtowania postępowania zgodnie ze swymi uzasadnionymi potrzebami i, jako takie, nie mogą zostać uwzględnione. Zamawiający stwierdził, że żądania Odwołującego stały się w tym zakresie bezprzedmiotowe, gdyż Zamawiający zdecydował się zmienić SIWZ w sposób wyżej wskazany i przewidział, że w ramach opcji nr 4 będzie miał możliwość zamówienia wyłącznie kompletu modułów 102.A i 102.D w zestawieniu 2+2 dla danej lokalizacji.

Jak zauważył Zamawiający, Odwołujący powiązał dodatkowo zarzut 1 z argumentacją dotyczącą rzekomych wymogów dotyczących uwzględnienia w cenie za realizację opcji nr 4 kosztów prac budowlanych i energetycznych. W odniesieniu do prac budowlanych Zamawiający wyjaśnił jak poniżej wnosząc jednocześnie o oddalenie odwołania w tym zakresie.

Zamawiający podniósł, że założenie Odwołującego, jakoby wykonawcy powinni uwzględniać w ramach ceny za moduł 102.A i 102.D koszt wykonania bramownicy, jest błędne i nie znajduje odzwierciedlenia w dokumentacji przetargowej. Jak wynika bowiem z opisu zasad wypełniania Formularza cenowego (strona 2), podstawa ustalenia ceny za bramownicę, wyciągniki i szafy teletechniczne w ramach opcji nr 4, będzie wynikała z pozycji 3.1.1. - 3.1.3. Formularza cenowego nr 3. Wykonawca nie ma więc obowiązku uwzględniania w pozycji 1.2.2.A. oraz 1.2.2.D. Formularza cenowego nr 1 dla opcji nr 4 kosztów wykonania bramownic.

Zamawiający wskazał, że z przytoczonego fragmentu Formularza cenowego wynika wprost, że w pozycjach 1.2.2.A. oraz 1.2.2.D. Formularza cenowego nr 1 dla opcji nr 4 nie ma konieczności uwzględniania ceny bramownic, wyciągników i szaf teletechnicznych, gdyż Zamawiający określi cenę w odniesieniu do tych elementów na podstawie pozycji 3.1.1., 3.1.2. i 3.1.3. Formularza cenowego nr 3, w zależności od potrzeb ustalonych w oparciu o dokumentację projektową sporządzaną na etapie realizacji zamówienia publicznego. Zamawiający ustali cenę jednostkową bramownic, wyciągników i szaf teletechnicznych, dzieląc ceny wskazane w pozycjach 3.1.1.- 3.1.3. Formularza cenowego nr 3 przez liczbę sztuk niezbędnych do prawidłowej realizacji zamówienia. Tak ustalona średnia cena jednostkowa będzie stanowiła podstawę do określenia ceny za jedną sztukę bramownic, wyciągników i szaf teletechnicznych, których finalna liczba zostanie ustalona w oparciu

o dokumentację projektową sporządzoną przez wykonawcę zamówienia publicznego.

Podsumowując, Zamawiający stwierdził, że przewidział w dokumentacji przetargowej dla postępowania, że wykonawcy, wskazując cenę w ramach opcji nr 4 w Formularzu cenowym, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie powinni wskazywać cen bramownic, wyciągników i szaf teletechnicznych, gdyż Zamawiający określi cenę przedmiotowych urządzeń w oparciu o pozycje 3.1.1.-3.1.3. Formularza cenowego nr 3. W ocenie Zamawiającego, w świetle wyżej przytoczonej treści dokumentacji przetargowej, argumentacja Odwołującego jest nietrafna, a wniosek ewentualny określony w punkcie 3) odwołania niezasadny. Zamawiający przypomniał, że Odwołujący domaga się w tym punkcie „ewentualnie” – „jednoznaczne(go) wskazania w treści SIWZ, że cena jednostkowa za jeden moduł winna pokrywać całościowe koszty jego dostawy i wdrożenia, w tym wykonania robót budowlanych i instalacyjno-montażowych”. Tymczasem, w Formularzu cenowym dla Opcji 4 wykonawcy nie powinni wykazywać cen bramownic, wyciągników i szaf teletechnicznych. Ponadto, zdaniem Zamawiającego, wniosek 3) staje się bezprzedmiotowy również wobec częściowego uwzględnienia wniosku 1)a.

Mając na uwadze powyższe okoliczności, w odniesieniu do zarzutu 1, Zamawiający wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego w zakresie uwzględnionym przez Zamawiającego i oddalenie odwołania w pozostałym zakresie, na wypadek gdyby Odwołujący uznał, że zakres uwzględnienia zarzutu jest z jego punktu widzenia niewystarczający.

- Uzasadnienie w uwzględnienia w części zarzutu 2 oraz oddalenia tego zarzutu w pozostałym zakresie

Zamawiający oświadczył, że częściowo uwzględni zarzut 2 w ten sposób, że dokona zmiany Formularza cenowego poprzez doprecyzowanie, że w cenie dostawy i wdrożenia Modułów w ramach opcji nr 4 należy uwzględnić cenę zapewnienia zasilania energetycznego. Zdaniem Zamawiającego, taka zmiana dokumentacji przetargowej jest wystarczająca dla zapewnienia realizacji zasady uczciwej konkurencji oraz reguł sporządzania opisu przedmiotu zamówienia w zgodzie z przepisami ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu 2 w pozostałym zakresie.

Zamawiający podał, że w odniesieniu do przedmiotowego zarzutu aktualna pozostaje argumentacja przedstawiona powyżej w punktach 8 i 9 dla zarzutu nr 1 - szafy teletechniczne, będące częścią przyłączy energetycznych, zostaną wycenione w ramach opcji nr 4 sposób opisany w przytoczonych punktach, tj. na podstawie ceny wskazanej w pozycji 3.1.3. Formularza cenowego nr 3.

Zamawiający podkreślił, że Odwołujący nie przedstawił w odwołaniu żadnych dowodów na potwierdzenie przytoczonej przez siebie argumentacji. Fragment uzasadnienia odwołania odnoszący się do zarzutu 2 zawiera jedynie ogólnikowe stwierdzenia, jakoby koszt wykonania zasilania powinien być traktowany indywidualnie w zależności od lokalizacji. Wobec braku udowodnienia okoliczności podniesionych w uzasadnieniu, chociażby w zakresie twierdzenia, że koszty wykonania zasilania w zależności od lokalizacji mogą się drastycznie różnić, zdaniem Zamawiającego, niemożliwe jest uwzględnienie przedmiotowego zarzutu w jakimkolwiek zakresie, gdyż okoliczności te nie zostały udowodnione przez Odwołującego.

Ponadto, Zamawiający zaprzeczył twierdzeniom Odwołującego zawartym w odwołaniu. Według wiedzy Zamawiającego, koszt wykonania przyłączy energetycznych w zależności od lokalizacji może różnić się jedynie nieznacznie. Przeciwnych dowodów Odwołujący nie przedstawił, wobec czego, w ocenie Zamawiającego, zarzut nie powinien zostać uwzględniony.

Zamawiający zauważył, że udostępnił w postępowaniu informację dotyczącą rozmieszczenia modułów wraz z zestawieniem przyłączy elektrycznych, które mogą zostać wykorzystane przez wykonawców w trakcie realizacji zamówienia publicznego. Przedmiotowe dokumenty stanowią dla wykonawców istotną pomoc w zakresie kalkulowania oferowanej ceny.

Należy też zauważyć, że moduły objęte opcją nr 4 będą instalowane na tym samym obszarze co moduły zainstalowane przez wykonawcę w ramach realizacji podstawowego zakresu zamówienia. Wykonawca zatem już wcześniej wykona podstawową sieć zasilania na tym obszarze. Oznacza to, że należy uznać jako normalne (uwzględniane) ryzyko podejmowane przez wykonawców, iż koszt doprowadzenia zasilania do kolejnych urządzeń w pasie drogowym objętym umową w zakresie opcji nr 4 będzie nieznacznie odbiegał od średnich wartości z zamówienia podstawowego.

Ponadto, Zamawiający wyraźnie podkreślił, że zamówienie realizowane jest w modelu zaprojektuj i wybuduj. To z kolei oznacza, że wykonawcy mają swobodę w zakresie wyboru sposobu realizacji zamówienia. Co za tym idzie, Zamawiający nie narzuca wykonawcom sposobu realizacji zamówienia, a więc i sposobu kalkulacji wynagrodzenia, pozwalając na dobór określenia wykonania zamówienia publicznego w sposób, który uznają za najbardziej opłacalny, o ile zaoferowane rozwiązanie będzie spełniało wymogi postanowione przez Zamawiającego w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe okoliczności, Zamawiający uwzględnił zarzut w zakresie opisanym powyżej. W pozostałym zakresie Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu 2 jako

bezzasadnego.

➤ Uzasadnienie w zakresie oddalenia zarzutu nr 3

Zamawiający podniósł, że Odwołujący nie sprecyzował przedmiotowego zarzutu. W odwołaniu nie zostało określone, na czym miałyby polegać naruszenie, o którym mowa w zarzucie 3. Zdaniem Zamawiającego, zarzut bez precyzyjnego określenia rzekomego naruszenia nie powinien podlegać uwzględnieniu. Biorąc pod rozwagę uwzględnienie odwołania w zakresie wskazanym w odpowiedzi na odwołanie, zarzut ogólny dotyczący opisanego przedmiotu zamówienia w ramach opcji nr 4 w sposób rzekomo niejednoznaczny, niewyczerpujący oraz mogący utrudniać uczciwą konkurencję, Zamawiający uznał za całkowicie bezzasadny.

Niezależnie od powyższego, Zamawiający postanowił zmienić dokumentację przetargową w ten sposób, że na potrzeby kalkulacji opcji nr 4 w pozycji 1.1.1. Formularza cenowego nr 1 dla opcji nr 4, wskaże w treści tego formularza, że cena jednego kompletu dokumentacji projektowej będzie odnosiła się do maksymalnej ilości sztuk urządzeń przewidzianych w ramach tej opcji, tj. maksymalnej liczby lokalizacji - 35. Innymi słowy, na potrzeby kalkulacji ceny, wykonawcy będą wskazywać w Formularzu cenowym określoną kwotę za wykonanie dokumentacji projektowej w ramach Opcji nr 4 przy założeniu, że Zamawiający zamówi opcję w pełnym zakresie, tj. w odniesieniu do 35 lokalizacji.

Zamawiający stwierdził, że biorąc pod uwagę uwzględnienie w części zarzutu 1, w pozostałym zakresie argumentacja Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. W odniesieniu do twierdzeń odwołania dotyczących dokumentacji projektowej, aktualność zachowuje stanowisko przedstawione w punktach 5 - 9 dla zarzutu 2 powyżej.

Zamawiający podkreślił, że dokumentacja projektowa, która ma zostać przygotowana w ramach realizacji opcji nr 4, to typowe rozwiązania, mające w istocie zastosowanie dla modułów realizowanych w całym zakresie umowy. Moduły wymagają zaprojektowania określonych grup elementów, które w zależności od potrzeb będą w sposób typowy i powtarzalny konfigurowane w dokumentacji. W ocenie Zamawiającego, trudno mówić o istotnych różnicach dotyczących nakładu pracy w zależności od lokalizacji.

Mając na uwadze powyższe okoliczności, Zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu 3 w całości.

Pismem z dnia 10 lipca 2020 r. Odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu zarzutów odwołania nieuwzględnionych przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie z dnia 10 lipca 2020 r., tj. zarzutu nr 1 i 2 w zakresie nieuwzględnionym oraz zarzutu nr 3. Odwołujący wniósł o umorzenie postępowania na podstawie art. 186 ust. 3a ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp w zw. z art. 186 ust. 3a ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 2 lit. a 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. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący :

.....

.....