

WYROK
z dnia 28 grudnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Sylwia Jankowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 grudnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 grudnia 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: [1] BUDIMEX S.A. [pełnomocnik], [2] FERROVIAL Agroman S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-743 Warszawa

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: [1] NDI S.A. [pełnomocnik], [2] Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno-Torowe Sp. z o.o., ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia Trakcja PRKiI S.A., ul. Złota 59 XVIIIp., 00-120 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: [1] BUDIMEX S.A. [pełnomocnik], [2] FERROVIAL Agroman S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa

i:

2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: [1] BUDIMEX S.A. [pełnomocnik], [2] FERROVIAL Agroman S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa tytułem wpisu od odwołania;

2.2) zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: [1] BUDIMEX S.A. [pełnomocnik], [2] FERROVIAL Agroman S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa na rzecz zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-743 Warszawa kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 1020) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla zadania pn. „Rewitalizacja linii kolejowej nr 207 odcinek granica województwa – Malbork” w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Pomorskiego na lata 2014-2020«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 09.08.2016 r. pod nrem 2016/S 152-275588.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 1020) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił 29.11.2016 r. o odrzuceniu oferty wykonawcy INTERCOR Sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu, gdyż wykonawca ten nie przedstawił wyjaśnień ani dowodów dotyczących wyliczenia ceny; zamawiający powołał się na – art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia [1] Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) i [2] FERROVIAL AGROMAN S.A. z siedzibą w Madrycie Hiszpania, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 9.12.2016 r. do Prezesa KIO odwołanie na:

zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców Trakcja PRKil S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „Trakcja”) oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] NDI sp. z o.o. [pełnomocnik], [2] Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno-Torowe sp. z o.o. (dalej wykonawca Konsorcjum NDI), mimo że treść tych ofert jest niegodna z treścią SIWZ, o czym odwołujący dowiedział się z pisma przesłanego e-mailem 29.11.2016 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców Trakcja i Konsorcjum NDI, mimo że treść tych ofert nie odpowiada treści SIWZ, w zakresie, w jakim wykonawcy ci zaoferowali opracowanie dokumentacji projektowej dla stacji Gardeja (województwo kujawsko-pomorskie), Tabela nr 10 Rozbicia Ceny Ofertowej, za wartość większą

niż 7% wartości robót budowlanych dla tej stacji (zadania), co stanowi także błąd w obliczeniu ceny, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, który to błąd również powinien skutkować odrzuceniem ofert wskazanych wykonawców.

Odwołujący wniósł o:

- 1) dokonania ponownej oceny złożonych w postępowaniu ofert pod kątem ich zgodności z treścią SIWZ oraz
- 2) odrzucenia ofert wykonawców Trakcji i Konsorcjum NDI z uwagi na ich niezgodność z treścią SIWZ oraz popełniony przez wykonawców błąd w obliczeniu ceny, a w konsekwencji ocenę jako najkorzystniejszą oferty złożonej przez odwołującego.

Argumentacja odwołującego

I. Opis stanu faktycznego

Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych (w formule „projektuj-buduj”) wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego na czas trwania i odbioru robót budowlanych.

Inwestycja ma charakter liniowy i obejmuje swoim zasięgiem odcinek linii kolejowej nr 207 Malbork – od km 76,400 do km 133,026.

Projekt składa się z dwóch zadań:

Zadanie I: obejmuje odcinek linii kolejowej nr 207 Toruń Wschodni-Malbork znajdujący się na obszarze województwa pomorskiego. Jest to odcinek linii nr 207 zaczynający się od granicy województwa pomorskiego i kujawsko-pomorskiego w km 77,075 do km 133,026. Projekt na terenie województwa pomorskiego będzie współfinansowany z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Pomorskiego na lata 2014-2020.

Zadanie II: obejmuje odcinek linii nr 207 Toruń Wschodni-Malbork znajdujący się na obszarze województwa kujawsko-pomorskiego. Jest to odcinek linii nr 207 zaczynający się od granicy województwa pomorskiego i kujawsko-pomorskiego w km 77,075 do km 76,400. Projekt na terenie województwa kujawsko-pomorskiego będzie finansowany ze środków własnych PKP Polskich Linii Kolejowych S.A. Realizacja projektu na obszarze województwa kujawsko-pomorskiego spowodowana jest koniecznością wykonania wszystkich robót związanych z rewitalizacją linii nr 207 na stacji Gardeja, która w większości leży na obszarze województwa pomorskiego, jednak głowica południowa stacji znajduje się na terenie województwa kujawsko-pomorskiego.

SIWZ-IDW zakłada podział zamówienia na zadania I i II, przy czym podział ten wynika z różnic w sposobie finansowania tych zadań, w zależności od geograficznego położenia

infrastruktury objętej zamówieniem (wg województwa). Zamawiający nie dopuścił złożenia ofert częściowych.

Podana w ofercie cena ofertowa brutto ma charakter ryczałtowy i musi uwzględniać wszystkie wymagania SIWZ oraz obejmować wszystkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie wykonawca z tytułu terminowego i prawidłowego wykonania całości przedmiotu zamówienia oraz podatek od towarów i usług (pkt 13.1. SIWZ-IDW). Cena ofertowa musi uwzględniać wszystkie wymagania oraz czynności i badania składające się na ich wykonanie, określone w Programie Funkcjonalno-Użytkowym, w tym roboty tymczasowe i prace towarzyszące konieczne dla wykonania tych robót (pkt 13.3. SIWZ-IDW).

Wykonawcy musieli również – zgodnie z pkt 13.4 SIWZ-IDW – dostarczyć zamawiającemu wraz z ofertą wypełnione Rozbicie Ceny Ofertowej (dalej: „RCO”) – ceną oferty jest sumą wartości wszystkich pozycji podanych w wypełnionym RCO.

Zamawiający załączył do SIWZ wzór RCO.

Na ostatniej stronie wzoru RCO zamawiający umieścił punkt „Uwaga”:

„UWAGA

* wartość opracowania dokumentacji projektowej nie może być większy niż 7% wartości robót budowlanych (<7% z sumy wierszy 4, 5, 6, 7),

** wartość za nadzór autorski nie może być większy niż 15% wartości opracowania dokumentacji projektowej,

*** wartość za promocję nie może być większy niż 50 000 PLN”.

Zmianą nr 1 z 12.08.2016 r., zamawiający wprowadził takie same postanowienia (pomijając poprawienie błędów redakcyjnych), określające maksymalne wartości procentowe dla niektórych pozycji RCO w treści SIWZ-IDW. I tak:

„13.6 Wartość opracowania dokumentacji projektowej (wiersz 1. Tabela nr 1 Zbiorczego Zestawienia Kosztów RCO) nie może być większa niż 7% wartości robót budowlanych (większa niż 7% z sumy wierszy 4. 5. 6, 7).

13.7 Wartość nadzoru autorskiego (wiersz 2, tabela nr 1 Zbiorczego Zestawienia Kosztów RCO) nie może być większa niż 15% wartości opracowania dokumentacji projektowej.

13.8 Wartość promocji (wiersz 3, tabela nr 1 Zbiorczego Zestawienia Kosztów RCO) nie może być większa niż 50 000 PLN”.

Zamawiający nie poprzestał na powyższych zmianach, ponieważ zmianą IV SIWZ z 14.09.2016 r. nadał ostateczne brzmienie „Uwadze” (ostatnia str. Wzoru RCO):

„UWAGA

* wartość opracowania dokumentacji projektowej nie może być większy niż 7% wartości robót budowlanych

** wartość za nadzór autorski nie może być większy niż 15% wartości opracowania dokumentacji projektowej”.

Wskazaną zmianą, zamawiający zrezygnował z podania numerów wierszy poszczególnych Tabeli RCO, które mają być sumowane dla potrzeb ustalenia wskazanej proporcji.

Jednocześnie jednak zamawiający wprowadził w treści RCO oznaczenie „*” (asterisk) wierszach, dla których proporcja wskazana w „Uwadze” miała być zachowana. Oznaczenie to zostało wprowadzone do wiersza 1 Tabeli nr 1 RCO – Zbiorcze zestawienie kosztów – Rewitalizacja linii kolejowej nr 207 odcinek województwa – Malbork (województwo pomorskie). Tabeli nr 2 RCO, stanowiącej rozbić elementów rozliczeniowych wskazanych w Tabeli nr 1, część pierwsza wiersz od 1 do 8 oraz w Tabeli nr 10 RCO stanowiącej rozbić elementów rozliczeniowych dla Rewitalizacja linii kolejowej nr 207 odcinek województwa – Malbork (województwo kujawsko-pomorskie) – w części dotyczącej Dokumentacji projektowej.

Wobec powyższego wartość pozycji „Dokumentacja projektowa” dla zadania II – Rewitalizacja linii kolejowej nr 207 odcinek województwa – Malbork (województwo kujawsko-pomorskie) powinna stanowić nie więcej niż 7% wartości robót budowlanych, dla tego zadania.

Zmiany te miały charakter porządkujący i ujednolicający dokumentację postępowania. Charakter zmian i kolejność ich wprowadzania przez zamawiającego świadczą o tym, że pozycja „Uwaga” w RCO nie ma charakteru przypadkowego (nie jest to zbędny postanowienie SIWZ), a co za tym idzie, wartość dokumentacji projektowej także dla stacji Gardeja (województwo kujawsko-pomorskie) nie mogła być większa niż 7% wartości robót budowlanych dla tej stacji. Co więcej, po zmianach dokonanych przez zamawiającego nie budzi wątpliwości, że pozycja „Uwaga” w RCO odnosi się do poszczególnych zadań objętych zamówieniem, a w ramach tych zadań odrębnie do dokumentacji projektowej i nadzoru autorskiego. Zamawiający, mimo zmiany z 14.09.2016 r., pozostawił bowiem niezmienny pkt 13.6 SIWZ- IDW odnoszący się do zadania 1.

Tymczasem wartości procentowe dla poszczególnych ofert objętych zarzutami tego odwołania, przedstawiają się następująco:

Tabela 1.

ZADANIE II: „Rewitalizacja linii kolejowej nr 207, ode. granica województwa – Malbork (woj. kujawsko-pomorskie)			
Tabela nr 10, stacja Gardeja (woj. kujawsko-pomorskie; od km 76,400 do km 77,075)			
Wykonawca	Wartość opracowania dokumentacji projektowej (w PLN)	Wartość robót bud. (w PLN)	Relacja wartości oprac. dok. proj. do wartości robót bud.
Trakcja	400 900,00	4 168 400,00	9,6% (zgodnie z SIWZ: 7%)
Konsorcjum NDI	653 720,22	4 410 470,68	14,8% (zgodnie z SIWZ: 7%)

II. Niezgodność ofert Trakcji i Konsorcjum NDI z treścią SIWZ

Oczekiwaniem zamawiającego wyrażonym wprost w SIWZ było złożenie przez wykonawców ofert w sposób określony w SIWZ, co wynika ze specyficznego podziału tego zamówienia na zadania, w zależności od sposobu ich finansowania.

Tymczasem wykonawcy Trakcja oraz Konsorcjum NDI, co odzwierciedla Tabela 1 powyżej, złożyli oferty o treści niezgodnej z treścią SIWZ.

W ocenie odwołującego nie może budzić wątpliwości, że dokument, którym jest SIWZ należy traktować jako całość i poszczególnych postanowień nie można czytać w oderwaniu od całości opisu zawartego w SIWZ. Z kolei postanowienia SIWZ dotyczące sposobu obliczenia ceny wiążą zamawiającego i wykonawców, bez względu na miejsce, gdzie zostały zamieszczone. W tym kontekście, czytając postanowienia SIWZ dla tego postępowania należy brać pod uwagę zarówno pkt 13.8 SIWZ, wprowadzone zmianą I SIWZ z 12.08.2016 r. i wprost odnoszące się do zadania I, jak i treść „Uwagi” (ostatnia strona RCO), w brzmieniu nadanym zmianą IV SIWZ z 14.09.2016 r.

Wykładnia językowa wskazanych postanowień SIWZ jednoznacznie wskazuje, że postanowienia pkt 13.6-13.8 SIWZ odnoszą się jedynie do Zadania I, a treść „Uwagi” ma charakter uniwersalny i należy ją stosować dla Zadania I i Zadania II, przy czym dla Zadania I, w zakresie, w jakim nie koliduje ona z bardziej szczegółowymi postanowieniami pkt 13.6 i nast. SIWZ-IDW. Świadczy o tym użycie przez zamawiającego oznaczenia (asterysku), który stanowi odsyłacz do przypisu znajdującego się właśnie w pozycji RCO „Uwaga”. Skoro więc asterisk używany jest w wierszu 1 Tabeli nr 1 RCO, Tabeli nr 2 RCO i Tabeli nr 10 RCO, w miejscach odnoszących się do dokumentacji projektowej, to każdorazowo w tych właśnie miejscach należy stosować treść, do której ten przypis odsyła. W przypadku dokumentacji projektowej treścią tą jest wartość opracowania dokumentacji projektowej, która nie może

być większa niż 7% wartości robót budowlanych. Oznacza to, że punktem odniesienia dla wartości dokumentacji projektowej dla Zadania I powinna być wartość robót budowlanych dla Zadania I, z kolei dla wartości dokumentacji projektowej dla Zadania II powinna być wartość robót budowlanych dla Zadania II. Prowadzi do tego rezultat wykładni językowej.

Odwołujący wskazuje, że „interpretator powinien się opierać na rezultatach wykładni językowej i dopiero gdy ta prowadzi do nie dających się usunąć wątpliwości korzystać z wykładni systemowej, jeśli natomiast również wykładnia systemowa nie doprowadziła do usunięcia wątpliwości interpretacyjnych, to wolno jest posłużyć się wykładnią funkcjonalną” (Lech Morawski, Wykładnia w orzecznictwie sądów. Komentarz, Toruń 2002 r., por. Wyrok TK z 28 czerwca 2000 r.). Pierwszeństwo wykładni językowej nie jest więc tylko wskazówką wyboru właściwego toku rozumowania, ale co więcej – nie dopuszcza stosowania pomocniczych wykładni, gdy znaczenie tekstu prawnego da się ustalić właśnie w oparciu o wykładnię językową. Rezultat wykładni językowej, zaprezentowany przez odwołującego, wiąże się z koniecznością całościowego rozumienia postanowień SIWZ, która powinna być przecież oceniana jako dokument całościowy i spójny. Nie można również przyjmować, w drodze wykładni, że niektóre z postanowień SIWZ są zbędne, czy przypadkowe.

Nawet jeśli pójść dalej w interpretacji postanowień SIWZ i wyjść poza jej ramy, to przede wszystkim wymaga podkreślenia, że podział na Zadania ma w tym postępowaniu istotne znaczenie, bowiem służy rozliczeniu projektu z uzyskanego dofinansowania z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Pomorskiego na lata 2014-2020. Z punktu widzenia zamawiającego jest bowiem istotne, aby w ramach Zadania I nie doszło do choćby przypadkowego rozliczenia Zadania II, co mogłoby nieść za sobą poważne prawnofinansowe konsekwencje. Trudno więc w tej sytuacji przyjąć, by wymagane proporcje pomiędzy wartością dokumentacji projektowej a robót budowlanych odnosić do obu zadań łącznie.

Odwołujący wskazuje również, że nie jest odosobniony w takim rozumieniu treści SIWZ, bowiem również wykonawcy Torpol S.A. i ZUE S.A. przyjęły w swych ofertach podobne rozbieżności ceny ofertowej, tj. odrębnie dla Zadania I i II.

Jednocześnie więc można stwierdzić, że złożone przez wykonawców Trakcję i Konsorcjum NDI oferty nie spełniają powyższego wymogu w odniesieniu do wskazywanych w uzasadnieniu wymogów SIWZ. Z tego względu, treści ofert tych wykonawców nie są zgodne z SIWZ.

Oferty wykonawców Trakcja i Konsorcjum NDI i zaproponowany przez nich sposób realizacji zamówienia nie odpowiada opisanemu w SIWZ, bowiem relacja cen poszczególnych składowych nie odpowiada wymogom zamawiającego. Biorąc pod uwagę podział na Zadania, który nie ma tylko charakteru organizacyjnego, porządkowego, lecz

merytoryczny, związany z rozliczeniem dofinansowania zewnętrznego, kwestionowane postanowienia ofert uderzają w istotną, merytoryczną warstwę zamówienia i sposobu jego realizacji.

Nie zgodność ofert wykonawców Trakcji i Konsorcjum NDI ma zasadniczy i nieusuwalny charakter.

Mówiąc o zasadniczym charakterze niezgodności treści ofert wskazanych wykonawców z treścią SIWZ wskazać należy, że zgodnie z subkl. 14.4 Wykaz płatności Warunków Szczególnych Umowy (WSzU) RCO stanowi podstawę do sporządzenia Harmonogramu Płatności (Wykazu Płatności). Wykaz Płatności zostanie kolejno uszczegółowiony w Zasadniczym Przedmiarze Robót Stałych (ZPRS) (subkl. 1.1.4.14, subkl. 14.3 i subkl. 14.4 WSzU). W subkl. 14.3 WSzU wskazano przy tym, że: inżynier nie odmówi ani nie uchyli zatwierdzenia bez ważnego powodu. W szczególności Inżynier ma prawo odmowy zatwierdzenia lub uchylenia wcześniej wydanego zatwierdzenia ZPRS, jeśli jest on przygotowany w sposób zawyżający płatności za jakiegokolwiek elementy robót w odniesieniu do rynkowych cen tego elementu Robót, z uwzględnieniem kwot wskazanych w Wykazie Płatności. „Wskazane dokumenty posłużą Stronom do dokonywania bieżących rozliczeń umowy. W tym miejscu odnotowania wymaga, że mimo ryczałtowego charakteru wynagrodzenia, wykonawca robót będzie rozliczany w toku wykonywania Umowy w oparciu o obmiary wykonanych robót – wartości wynikające z obmiarów, przy uwzględnieniu „cen jednostkowych” ustalonych w ww. dokumentach będą stanowiły podstawę do wystawienia poszczególnych Przejściowych Świadectw Płatności (subkl. 14.3 WSzU).

Zawyżenie wartości prac projektowych względem wartości robót budowlanych w wypełnionym i złożonym z ofertą RCO, w sposób sprzeczny z postanowieniami SIWZ, doprowadziłoby więc do tego, że wykonawca otrzymałby w ramach bieżących rozliczeń z zamawiającym płatność za wykonane opracowania projektowe w wysokości większej niż dopuścił to zamawiający. Z punktu widzenia zamawiającego, uwzględniając etapy wprowadzone w subkl. 8.13 WSzU, wykonawca mógłby otrzymać część płatności wcześniej niż założył to zamawiający konstruując postanowienia SIWZ (jak można przypuszczać wcześniej niż zamawiający zaplanował to w swoich planach finansowych i dokumentacji związanej z dofinansowaniem tego projektu).

Nie sposób także, bez istotnej ingerencji w treść oferty, spowodować, że relacja wartości dokumentacji projektowych względem wartości robót budowlanych dla poszczególnych Zadań, będzie zgodna z wartościami procentowymi wyrażonymi w SIWZ. Zmniejszenie przez zamawiającego w sposób samodzielny wartości pozycji „Dokumentacja projektowa”, skutkowałoby tym, że zamawiający musiałby jednocześnie samodzielnie tą „nową” wartość pozycji „Dokumentacja projektowa” podzielić między pozycje składające się na pozycję „Dokumentacja projektowa” (samodzielnie ustalić wartości dla Projektu Budowlanego,

Projektu Wykonawczego itd.). Nadto, powstała w ten sposób „nadwyżkę”, zamawiający musiałby rozdzielić między pozycje składające się na „Roboty budowlane”. Zamawiający musiałby więc de facto w zasadzie na nowo sporządzić Tabelę nr 10 RCO.

Zamawiający nie ma przy tym danych, które mogłyby mu posłużyć do dokonania powyżej opisanych zmian, nie znając „klucza”, według którego wykonawca przypisał poszczególne wartości (koszty) do poszczególnych pozycji RCO, jak również nie mając wiedzy, jaką wartość wpisałby wykonawca dla „Dokumentacji projektowej”, gdyby nie popełnił błędu (SIWZ nie określa wartości opracowań projektowych jako konkretnego procentu wartości robót, a wprowadza postanowienie „nie więcej niż”).

Zamawiający nie może więc poprawić w ofertach omyłek popełnionych przez wykonawców Trakcję i Konsorcjum NDI bez ingerencji w treść ich ofert, natomiast nie zachodzą w sprawie podstawy do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp – czyli poprawienia tzw. innej omyłki.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 09.12.2016 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 09.12.2016 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

12.12.2016 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenia zamówienia [1] NDI S.A. z siedzibą w Sopocie [pełnomocnik] Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno-Torowe Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

12.12.2016 r. wykonawca Trakcja PRKil S.A. z siedzibą w Warszawie złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba postanowiła dopuścić jako dowód dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba nie wzięła pod uwagę fragmentów specyfikacji tego samego zamawiającego, ale w innych postępowaniach, które przedstawił przystępujący NDI. Spowodowane to było tym, że nie miało to znaczenia w rozstrzygnięciu rozpoznawanej sprawy udzielenia zamówienia publicznego.

W ocenie Izby, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp – przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców Trakcja i Konsorcjum NDI, mimo że treść tych ofert nie odpowiada treści SIWZ, w zakresie, w jakim wykonawcy ci zaoferowali opracowanie dokumentacji projektowej dla stacji Gardeja (województwo kujawsko-pomorskie), tabela nr 10 Rozbicia Ceny Ofertowej, za wartość większą niż 7% wartości robót budowlanych dla tej stacji (zadania), co stanowi także błąd w obliczeniu ceny, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, który to błąd również powinien skutkować odrzuceniem ofert wskazanych wykonawców – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że w postanowieniu 13.6 SIWZ zamawiający wymagał, aby zaoferowana wartość dokumentacji projektowej nie była większa niż 7% zaoferowanej wartości robót budowlanych. Ze względu na brak podziału zamówienia na części, co zamawiający postanowił jednoznacznie w pkt 4 na str. 8 IDW, można odnosić wartość dokumentacji projektowej tylko do całkowitej wartości robót budowlanych. Ponadto zamawiający określił podział zamówienia na dwa zadania tylko dla celów rozliczeniowych, gdyż dwa wydzielone zadania są finansowane z dwóch różnych źródeł, co nie znaczy, że mogą być wykonywane z jakimikolwiek różnicami.

Podobnie wymaganie wskazane w asterysku oznaczonym jedną gwiazdką w tabeli nr 1 było usytuowane w wierszu, gdzie w dwóch ostatnich kolumnach znajdowało się określenie wartości prac projektowych (netto i brutto). Natomiast w tabeli nr 2 i 10 ten odnośnik był

postawiony w wierszach bez wykazania żadnej wartości, dlatego nie wiadomo konkretnie do czego odnosił się ten przypis – do jakiej wartości.

W przypadku dokonywania interpretacji postanowień SIWZ zamawiający może, a nawet musi jej dokonywać – zależnie od potrzeb – przed upływem jak i po upływie terminu składania ofert. Jednak wykładnia postanowień SIWZ przed upływem terminu składania ofert nie jest ograniczona innymi czynnikami poza treścią analizowanego danego postanowienia. Natomiast w przypadku, gdy zamawiający dokonując wykładni – po upływie terminu składania ofert – natknie się na brak precyzji w SIWZ, to zamawiający nie może wywieść z takiego postanowienia tłumaczenia powodującego negatywne konsekwencje dla wykonawcy, który złożył ofertę. Wynika to z utrwalonego stanowiska orzecznictwa i doktryny, na co można wskazać fragment wyroku KIO o sygn. akt KIO 1201/16 cyt. »... wszelkie niejasności, dwuznaczności, niezgodności postanowień SIWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawców«.

Dlatego obecna interpretacja zamawiającego postanowień SIWZ odnosząca się do całości wartości robót budowlanych nie może być uznana za niezgodną z postanowieniami SIWZ ani z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. Natomiast interpretacja bardziej restrykcyjna proponowana przez odwołującego nie może być zastosowana, gdyż powodowałoby ona negatywne konsekwencje dla wykonawców w sytuacji, gdy możliwe jest zastosowanie innego tłumaczenia. Izba nie rozpatruje tutaj wariantu, gdy niemożliwa jest alternatywna wykładnia rozpoznawanego passusu.

Argument, że całość dokumentacji będzie należało złożyć do zatwierdzenia do jednego organu administracji nie mógł być wzięty przez Izbę pod uwagę, gdyż nie to stanowi o podziale zamówienia na części bądź braku takiego podziału, ale konkretne postanowienia specyfikacji. Podobnie jak i fakt ustanowienia ryczałtowego rozliczenia wynagrodzenia nie ma wpływu na to czy zamówienie jest podzielone na części czy nie. Także dla Izby nie miało znaczenia złożenie fragmentów specyfikacji z innych postępowań prowadzonych przez tego samego zamawiającego, gdyż nie miały one wpływu na wynik rozpoznawanego postępowania, a pokazywały tylko, że w innych postępowaniach zamawiający opracowywał inne specyfikacje.

Odwołujący nie wykazał, że treść ofert przystępujących nie odpowiadała treści SIWZ, a więc zamawiający nie mógł odrzucić ofert przystępujących na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, który to przepis brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3«. Odwołujący także nie wykazał naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp, które to przepisy brzmią »1. 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« i

»3. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy«.

Z tego powodu Izba nie stwierdza naruszenia art. 87 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Ze względu na zastosowanie się przystępujących do postanowień SIWZ i odniesienia wartości prac projektowych do ogólnej wartości robót budowlanych zamawiający nie mógł również odrzucić ofert przystępujących na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, który brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu«.

W związku z tym w ocenie Izby, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp – nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: