

WYROK
z dnia 17 grudnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 17 grudnia 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 listopada 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum: Trakcja S.A., Przedsiębiorstwo Robót Kolejowych i Inżynieryjnych S.A., ul. Złota 59, XVIII p., 00-120 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa,**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: SALINI POLSKA Sp. z o.o., IMPREGILO S.p.A., Salcef Costruzioni Edili e Ferroviarie S.P.A, Salcef Costruzioni Edili e Ferroviarie S.P.A S.A. Oddział w Polsce, Salcef Polska Sp. z o.o., FEROCO S.A., ul. Marszałkowska 72/19/20, 00-545 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Strabag Rail Polska Sp. z o.o., Strabag Sp. z o.o., Strabag Rail GmbH, VIAMONT DSP a.s., Szentesi Vasutepito Kft., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmiany postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprzez:**

1) usunięcie z zestawień zbiorczych dla:

- a) Stacja Warszawa Okęcie km 11.800 - 15.300,
- b) Szlak Warszawa Okęcie - Piaseczno km 15.300 - 21.300,
- c) Stacja Piaseczno km 21.300 - 24.950,
- d) Szlak Piaseczno - Czachówek Południowy km 24.950 - 34.300,
- e) Stacja Czachówek Południowy km 34.300 - 38.800,

wartości procentowej (%) udziału kosztów wg branżowego podziału robót;

2) usunięcie z „Preambuły do rozbitcia ceny ofertowej (RCO)” treści punktu 5 („Uwagi końcowe”), za wyjątkiem pierwszej części ostatniego zdania w brzmieniu: „Kwoty wskazane w przez wykonawcę w RCO muszą zawierać podział poszczególnych zadań wg branżowego podziału robót”;

3) usunięcie z punktu 18.5 „Instrukcji dla wykonawców (IDW)” części zdania w brzmieniu: „jak również w przypadku, gdy kwoty wskazane przez Wykonawcę w RCO nie będą zgodne z procentowym rozbitciem określonym przez Zamawiającego”.

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74, 03-734 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 zamówienie: **Konsorcjum: Trakcja S.A., Przedsiębiorstwo Robót Kolejowych i Inżynieryjnych S.A., ul. Złota 59, XVIII p., 00-120 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza kwotę **23 920 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące dziewięćset dwadzieścia złotych zero groszy) od zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum: Trakcja S.A., Przedsiębiorstwo Robót Kolejowych i Inżynieryjnych S.A., ul. Złota 59, XVIII p., 00-120 Warszawa** stanowiącą uzasadnione koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający PKP PLK S.A. z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem jest „Opracowanie projektów wykonawczych i realizacja robót dla LCS Warszawa Okęcie w ramach Projektu POIiŚ 7.1-19.1.a. pn. "Modernizacja linii kolejowej nr 8, odcinek Warszawa Okęcie - Radom (LOT A, B, F)". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2013/S 054-088411. W dniu 20 listopada 2013 r. zamawiający powiadomił wykonawców uczestniczących w postępowaniu o możliwości odbioru specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej w skrócie „SIWZ”) w siedzibie zamawiającego.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie - Konsorcjum firm: Trakcja S.A., Przedsiębiorstwo Robót Kolejowych i Inżynieryjnych S.A. z siedzibą w Warszawie wnieśli odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, podnosząc, iż interes odwołującego doznał uszczerbku, bowiem odwołujący jako wykonawca dopuszczony do udziału w postępowaniu zamierzał złożyć ofertę, a postanowieniami SIWZ zamawiający uniemożliwił jej złożenie wobec prawdopodobieństwa wystąpienia szkodliwych dla odwołującego następstw. Bezprawne działania zamawiającego zamknęły w ten sposób odwołującemu możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. Odwołujący został narażony na szkodę w postaci bezproduktywnego poniesienia kosztów przygotowania i złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz w postaci utraty możliwości uzyskania kontraktu pozwalającego na prowadzenie działalności z zyskiem.

Odwołujący wyjaśnił, że zamawiający zamieścił w SIWZ postanowienia narzucające wykonawcom określoną strukturę ceny oferty, tj. procentowe uzależnienie cen poszczególnych części zamówienia od ogólnej ceny oferty, co stanowi bezzasadną ingerencję w prawo wykonawcy do swobodnego kształtowania poszczególnych składników ceny oferty. Zamawiający zamieścił niektóre postanowienia w SIWZ z naruszeniem przepisów zawartych w art. 36 ust. 1 i 2 Pzp, w szczególności przepisu zawartego w art. 36 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany postanowień SIWZ, poprzez:

1. Usunięcie z zestawień zbiorczych dla:

- a) Stacja Warszawa Okęcie km 11.800 - 15.300,
- b) Szlak Warszawa Okęcie - Piaseczno km 15.300 - 21.300,
- c) Stacja Piaseczno km 21.300 - 24.950,

- d) Szlak Piaseczno - Czachówek Południowy km 24.950 - 34.300,
 - e) Stacja Czachówek Południowy km 34.300 - 38.800,
- wartości procentowej (%) udziału kosztów wg branżowego podziału robót.
2. Usunięcie z Preambuły RCO treści punktu 5, za wyjątkiem pierwszej części ostatniego zdania w brzmieniu: „Kwoty wskazane w przez wykonawcę w RCO muszą zawierać podział poszczególnych zadań wg branżowego podziału robót”.
 3. Usunięcie z punktu 18.5 instrukcji dla wykonawców (IDW) części zdania, umieszczonej pomiędzy przecinkami, w brzmieniu: „, jak również w przypadku, gdy kwoty wskazane przez Wykonawcę w RCO nie będą zgodne z procentowym rozbiem określonym przez Zamawiającego”.

Odwołujący wskazał, że w dniu 3 października 2013 r. został zawiadomiony przez zamawiającego o zakwalifikowaniu do dalszego etapu postępowania. W dniu 20 listopada 2013 r. odwołujący został zaproszony do złożenia oferty i odebrania SIWZ. Po zapoznaniu się z treścią SIWZ, odwołujący stwierdził, że wyżej wskazane postanowienia naruszają jego interes, w związku z tym konieczne stało się wniesienie przedmiotowego odwołania. Wskazane wyżej postanowienia SIWZ mogą być dla odwołującego niekorzystne. Wskutek przygotowania oferty, zgodnie z tymi postanowieniami, powstanie sytuacja, w której określony zakres robót zostanie wyceniony niezgodnie z faktycznymi kosztami, a zgodnie z narzuconym przez zamawiającego procentowym udziałem tych robót w cenie oferty. Zgodnie z Preambułą RCO, suma wszystkich pozycji w Wykazie Cen będzie kwotą ryczałtową, która określa Cenę Kontraktową i będzie Zaakceptowaną Kwotą Kontraktową (cena oferty stanie się wynagrodzeniem umownym, nazwanym wymiennie we wzorze umowy Całkowitą Ceną Brutto lub Ceną Kontraktową). We wzorze umowy występują postanowienia, z których wynika, że finalna Całkowita Cena Brutto (Cena Kontraktowa) może się zmienić w stosunku do początkowej - tak stanowią: § 5 ust. 3, § 5 ust. 4 oraz § 5 ust. 4 wzoru umowy. W sytuacjach opisanych wyżej wystąpi konieczność zmiany wynagrodzenia z uwzględnieniem cen poszczególnych niewykonanych części zamówienia, cen nieodpowiadających rzeczywistym kosztom wykonania robót, ale odpowiadających procentowemu układowi narzuconemu przez zamawiającego. Rzeczywisty koszt wykonania danego zakresu robót może być niższy niż wyceniony, zgodnie z narzuconym układem procentowym, co w przypadku rezygnacji z wykonania tego zakresu robót wywoła efekt zmniejszenia Ceny Kontraktowej (Całkowitej Ceny Brutto) o określoną wartość, co będzie niekorzystne dla wykonawcy.

Podobna sytuacja do wyżej opisanych przypadków wystąpi w okoliczności przedterminowego rozwiązania umowy i w konsekwencji - konieczności przeprowadzenia wzajemnych rozliczeń. Rozliczenia te dokonywane będą w oparciu o ceny zamieszczone w RCO, wyliczone zgodnie z narzuconym układem procentowym. Wówczas może zdarzyć

się, że na moment rozwiązania umowy zostaną wykonane roboty rzeczywiście kosztowniejsze od ustalonych w cenach zawartych w RCO. Wykonawca otrzyma wówczas wynagrodzenie mniejsze od rzeczywistych kosztów poniesionych na wykonanie tych robót.

Oczywiście może zdarzyć się sytuacja odwrotna, czyli z korzyścią dla wykonawcy, ale pamiętać trzeba, że udział w przetargu i realizacja robót budowlanych nie może być potraktowana jako swoista loteria. Wykonawca musi mieć możliwość przewidywalności konsekwencji w sytuacjach wyżej opisanych, a jeżeli podejmie ryzyko, to musi być ono efektem jego woli. Ustawa Pzp przewiduje prawo zamawiającego, a nawet obowiązek wskazania opisu sposobu ustalenia ceny oferty. Mowa tu jest jednak o kwestiach technicznych dotyczących wyliczania ceny, niemających wpływu na wysokość ceny, czy jej składników.

Zamawiający ustalił sposób obliczenia ceny w punkcie 11 IDW i do tego opisu sposobu obliczenia ceny odwołujący nie wnosi zastrzeżeń, bowiem jest to sposób odnoszący się do procedury obliczenia ceny. Kwestionowane natomiast przez odwołującego postanowienia SIWZ stanowią sposób obliczenia ceny w znaczeniu materialnym, mającym wpływ na wysokość składników ceny i na jej strukturę. Ustawa Pzp nie przewiduje takiego uprawnienia dla zamawiającego. Działanie zamawiającego w szczególności stanowi naruszenie przepisu art. 36 ust. 1 pkt 12 Pzp, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie. Nie istnieją także inne przepisy poza ustawą Pzp zezwalające zamawiającemu na zakazywanie wykonawcom swobodnego kształtowania ceny oferty. Zamawiający bezpodstawnie również zagroził wykonawcom odrzuceniem oferty w punkcie 18.5 IDW w przypadku obliczenia ceny niezgodnie z narzuconym układem procentowym.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpili wykonawcy: Konsorcjum: Strabag Rail Polska Sp. z o.o., Strabag Sp. z o.o., Strabag Rail GmbH, VIAMONT DSP a.s., Szentesi Vasutepito Kft. oraz Konsorcjum: SALINI POLSKA Sp. z o.o., IMPREGILO S.p.A., SALCEF COSTRUZIONI EDILI E FERROVIARIE S.P.A., SALCEF COSTRUZIONI EDILI E FERROVIARIE S.P.A. S.A. Oddział w Polsce, SALCEF POLSKA Sp. z o.o., FEROCO S.A.. Przystępujący wnieśli o uwzględnienie odwołania, popierając w całości stanowisko odwołującego przedstawione w odwołaniu.

Zamawiający w dniu 9 grudnia 2013 r., dokonał zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia na podstawie art. 38 ust. 4 Pzp w Tomie III SIWZ- Opis przedmiotu zamówienia oraz, mając na uwadze treść wniesionego odwołania, wprowadził zmianę SIWZ w zakresie opracowania: Planowane Koszty Prac Projektowych i Robót Budowlanych (Rozbicie Ceny Ofertowej), tj. w zestawieniach zbiorczych dla poszczególnych odcinków pozostawiono procentowe rozbieżności jedynie dla trzech branż wyszczególnionych w pozycjach 3, 4 i 12. Dotychczasowe Zestawienie Zbiorcze, określono jako Ogólne Zestawienie Zbiorcze

i wprowadzono procentowe rozbiecie dla każdego z odcinków. W konsekwencji powyższych modyfikacji skorygowano treść preambuły do rozbiecia ceny ofertowej (RCO) w zakresie punktu 5. Powyższe informacje zostały zamieszczone na stronie internetowej zamawiającego wraz z odpowiedziami zamawiającego na pytania wykonawców skierowane do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania wskazując w szczególności, że procentowe rozbiecie ceny w odniesieniu do poszczególnych branż ma na celu przeciwdziałanie praktyce alokacji przez wykonawców znacznej części kosztów realizacji przedmiotu zamówienia w pierwszych częściach/etapach realizowanego zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestników postępowania na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp, odwołujący posiada legitymację do wniesienia niniejszego odwołania. Odwołujący wykazał zarówno interes w uzyskaniu zamówienia, jak i możliwość poniesienia szkody w przypadku potwierdzenia się zarzutów zawartych w odwołaniu.

Izba stwierdziła, że przystąpienia zgłoszone przez wykonawców: Konsorcjum: Strabag Rail Polska Sp. z o.o., Strabag Sp. z o.o., Strabag Rail GmbH, VIAMONT DSP a.s., Szentesi Vasutepito Kft. oraz Konsorcjum: SALINI POLSKA Sp. z o.o., IMPREGILO S.p.A., SALCEF COSTRUZIONI EDILI E FERROVIARIE S.P.A., SALCEF COSTRUZIONI EDILI E FERROVIARIE S.P.A. S.A. Oddział w Polsce, SALCEF POLSKA Sp. z o.o., FEROCO S.A.. spełniają wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 Pzp. Obaj przystępujący wykazali również posiadanie interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść odwołującego, jako wykonawcy zainteresowani uzyskaniem przedmiotowego zamówienia.

Zgodnie z pkt 13.1 lit. a IDW zamawiający wymagał, aby oferta zawierała m.in. wypełnione „Rozbiecie Ceny Ofertowej” łącznie z Preambułą – według Tomu IV SIWZ. Formularze „Rozbiecie Ceny Ofertowej (RCO) – Planowane koszty prac projektowych oraz robót budowlanych” zostały zawarte w Tomie III SIWZ – Tom 3 (SIWZ nie zawiera Tomu IV). W Tomie 3 został zawarty formularz „Planowane koszty prac projektowych oraz robót budowlanych (Wykaz cen) Zestawienie zbiorcze” oraz formularze „Planowane koszty prac projektowych oraz robót budowlanych (Wykaz cen)” dla poszczególnych odcinków robót budowlanych składających się na przedmiot zamówienia z podziałem według branż, dla

których wykonawcy zobowiązani zostali do podania ceny, a także formularze „Zestawienie zbiorcze” dla każdego odcinka robót, w których należało podać ceny dla każdej pozycji, stanowiące określoną przez zamawiającego wartość procentową dla każdej z tych pozycji, w stosunku do planowanych kosztów ogółem (które stanowią 100%). Wielkość „% udział kosztów” określona została przez zamawiającego z dokładnością do jednego miejsca po przecinku. W pkt 5 „Preambuły do Rozbicia Ceny Ofertowej (RCO)” zamawiający wskazał, że w zestawieniach zbiorczych dla poszczególnych odcinków została podana wartość procentowa (%) udziału kosztów wg branżowego podziału robót. Jednocześnie zamawiający wymagał, aby kwoty wskazane przez wykonawcę w RCO zawierały podział poszczególnych zadań wg branżowego podziału robót i były zgodne z procentowym rozbiem określonym przez zamawiającego i znajdującym się w zestawieniach zbiorczych.

W pkt 18.5 Instrukcji dla wykonawców (IDW) zamawiający postanowił, że oferta zostanie odrzucona m.in. „w przypadku gdy kwoty wskazane przez Wykonawcę w RCO nie będą zgodne z procentowym rozbiem określonym przez Zamawiającego”.

W ramach zmiany treści SIWZ dokonanej w dniu 9 grudnia 2013 r. zamawiający w części uwzględnił zasadność zarzutów odwołującego i ograniczył zakres pozycji, dla których został określony procentowy udział kosztów. Zamawiający wprowadził zmianę w zakresie opracowania: Planowane Koszty Prac Projektowych i Robót Budowlanych (Rozbicie Ceny Ofertowej) - w zestawieniach zbiorczych dla poszczególnych odcinków pozostawił procentowe rozbiecie dla trzech branż, tj. w pozycjach 3, 4 i 12. Dotychczasowe Zestawienie Zbiorcze, określono jako Ogólne Zestawienie Zbiorcze i wprowadzono procentowe rozbiecie dla każdego z odcinków. Zamawiający skorygował także odpowiednio do wprowadzonych zmian treść Preambuły w pkt 5.

Biorąc pod uwagę ustalony stan faktyczny Izba uznała, że zarzut zawarty w odwołaniu dotyczący naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 12 Pzp zasługuje na uwzględnienie, pomimo zmian treści SIWZ wprowadzonych przez zamawiającego w dniu 9 grudnia 2013 r.

Przepis art. 36 ust. 1 pkt 12 Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek zamieszczenia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia regulacji dotyczącej sposobu obliczenia ceny oferty. Celem tego przepisu jest zapewnienie w szczególności porównywalności ofert oraz zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami ubiegającymi się o zamówienie, poprzez ustalenie jednakowych, obowiązujących wszystkich wykonawców reguł dotyczących obliczenia ceny oferty. Przepis ten nie uprawnia jednak zamawiającego do ingerencji w sposób kalkulacji ceny oferty przez wykonawców, poprzez ograniczenie swobody wykonawców w wyliczeniu ceny za realizację przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem kosztów, które rzeczywiście poniesie wykonawca za wykonanie poszczególnych rodzajów robót według podziału branżowego. Narzucenie przez

zamawiającego szczegółowego procentowego udziału poszczególnych kosztów robót branżowych w całkowitym koszcie realizacji przedmiotu zamówienia prowadzi do sytuacji, w której wykonawca jest zmuszony przyjąć fikcyjne poziomy poszczególnych kosztów w ofercie, które zostały określone w sposób sztywny przez zamawiającego. Zamawiający nie dopuścił w tym zakresie jakiegokolwiek tolerancji, pozwalającej na urealnienie wymaganych elementów składowych ceny oferty ponoszonych faktycznie przez wykonawcę. Biorąc pod uwagę, że wartość procentowa udziału kosztów poszczególnych pozycji z zestawień RCO została określona przez zamawiającego z dokładnością do dziesiątych części procenta, nie sposób przyjąć, że każdy z wykonawców kalkulując cenę swojej oferty będzie mógł przyjąć dla danych pozycji dokładnie taką wartość, która będzie stanowiła wymagany udział procentowy i jednocześnie będzie stanowiła koszt rzeczywisty ponoszony przez wykonawcę w tym zakresie. Słuszne jest stanowisko wykonawców: odwołującego i przystępujących, że każdy z wykonawców działających na danym rynku działa według własnych indywidualnych możliwości, wykorzystując dostępne mu technologie, warunki techniczne i organizacyjne, które wpływają na określony (indywidualny dla każdego wykonawcy) sposób kalkulacji ceny oferty. Z tego względu nie jest możliwe, aby realnie określone ceny za wykonanie poszczególnych rodzajów robót branżowych mogły być wykonane przez wszystkich wykonawców dokładnie na tym samym, określonym przez zamawiającego poziomie procentowego udziału kosztów w kosztach ogółem za realizację przedmiotu zamówienia. Nawet jeśli szacunkowe wyliczenia zamawiającego odnośnie wartości kosztów określonych robót dokonane w oparciu o kosztorys inwestorski, uwzględniają sytuację rynkową i obowiązujące na danym rynku ceny, to nadal jednak są to wartości szacunkowe - oparte na cenach średnich, nieuwzględniających indywidualnych warunków dostępnych poszczególnych wykonawcom.

Wprowadzenie przez zamawiającego procentowego udziału kosztów poszczególnych robót branżowych w stosunku do ceny oferty stwarza zatem pewną fikcję odnośnie kalkulacji ceny i rozliczenia finansowego za wykonanie przedmiotu zamówienia, której konsekwencje mogą być niekorzystne nie tylko dla wykonawców, ale również w takim samym stopniu mogą narażać zamawiającego na poniesienie kosztów wyższych niż rzeczywiste. Jeśli bowiem wykonawca skalkuluje swoje koszty na poziomie wyższym niż wymagany przez zamawiającego dla określonych prac, to nadwyżkę tych kosztów będzie musiał przenieść do innych pozycji, w których jego koszty rzeczywiste będą niższe niż poziom procentowy wymagany przez zamawiającego albo też będzie zmuszony zawyżyć pozostałe pozycje, a tym samym cenę ofertę, aby spełnić wymogi określonych udziałów procentowych poszczególnych kosztów narzuconych przez zamawiającego. Wówczas w ramach rozliczenia części robót, dla których koszt musiał być zawyżony, zamawiający zapłaci więcej niż mógłby zapłacić, gdyby cena tych robót stanowiła rzeczywiste odzwierciedlenie kosztów

ponoszonych przez wykonawcę w tym zakresie. Z punktu widzenia zamawiającego, zobowiązanego do racjonalnego gospodarowania i wydatkowania środków publicznych, jest to niedopuszczalne.

Zakwestionowane w odwołaniu postanowienia SIWZ stanowią także istotne utrudnienie w prowadzeniu postępowaniu o udzielenie zamówienia i zachowania zasady uczciwej konkurencji. Biorąc pod uwagę przepis art. 90 ust. 1 Pzp, wykonawca może być zobowiązany przez zamawiającego do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny w celu ustalenia, czy cena oferty nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z uwagi na narzucone przez zamawiającego wysokości procentowego udziałów kosztów poszczególnych pozycji w cenie oferty wyjaśnienie rzeczywistych kosztów przez wykonawcę mogłoby prowadzić de facto do zaprzeczenia treści złożonej oferty, co narażałoby wykonawcę na negatywne konsekwencje w postaci odrzucenia oferty.

Ponadto zamawiający dopuszczając możliwość niewypełnienia pozycji RCO (pkt 11.3 IDW) działa niekonsekwentnie oraz sprzecznie z celem, dla którego omawiane postanowienia zostały wprowadzone. Koszty z pozycji niewypełnionych w RCO nie mogą być bowiem uznane za wliczone do innych pozycji, jak postanowił zamawiający, gdy stanowią określony przez zamawiającego procent ceny oferty. Zamawiający nie może w tym przypadku pominąć określonej pozycji, dla której określił udział procentowy w cenie oferty, może bowiem takie koszty w prosty sposób obliczyć mając daną cenę oferty ogółem. Wskazać też należy, że znając cenę oferty zamawiający może samodzielnie dokonać obliczenia kosztów poszczególnych robót według ustalonej przez siebie wartości udziału procentowego poszczególnych kosztów w cenie oferty, a zatem wypełnienie ww. formularzy RCO przez wykonawców jest wyłącznie formalnością, którą może dokonać de facto sam zamawiający bez potrzeby udziału wykonawcy.

Biorąc pod uwagę powyższe, w ocenie Izby postanowienia określające procentowy udział kosztów poszczególnych robót branżowych w cenie oferty są niedopuszczalne w postaci, w jakiej zostały sformułowane w SIWZ w przedmiotowym postępowaniu (uwzględniając także zmianę SIWZ z dnia 9 grudnia 2013 r.). Izba podziela w pełni stanowisko wyrażane w orzecznictwie, że kalkulacja kosztów/ceny oferty jest domeną wykonawcy. Zamawiający dysponuje natomiast możliwością zapewnienia prawidłowego rozłożenia kosztów realizacji przedmiotu zamówienia w czasie i związanych z tym płatności, poprzez wykorzystanie takiego narzędzia jak m.in. harmonogram wykonania robót.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp,

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: