

Sygn. akt: KIO 1890/20

WYROK
z dnia 14 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 września 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Siedmiogrodzkiej 9** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze” z siedzibą w Warszawie przy ul. Żwirki i Wigury 1,**

przy udziale wykonawcy **Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku przy ul. Opackiej 12,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Siedmiogrodzkiej 9** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną wykonawcę **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Siedmiogrodzkiej 9** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od odwołującego **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Siedmiogrodzkiej 9** na rzecz zamawiającego **Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze” z siedzibą w Warszawie przy ul. Żwirki i Wigury 1** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze” z siedzibą w Warszawie przy ul. Żwirki i Wigury 1 (dalej: „Zamawiający” lub „PPPL”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 j.t.), zwanej dalej: „ustawą” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa dróg kołowania i płyt postojowych wraz z infrastrukturą techniczną po wschodniej stronie lotniska, stanowiących część zadania inwestycyjnego pn. „Rozbudowa Portu Lotniczego Radom - Sadków” (znak postępowania: 49/PN/ZP/TLLZP/20; dalej: „Postępowanie”).

Wartość zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 czerwca 2020 r. pod nr 2020/S107-260279.

W dnia 31 lipca 2020 r. Zamawiający zamieścił na platformie SMART PZP PPL Porty Lotnicze <https://portal.smartpzp.pl/ppl> informację o odrzuceniu oferty wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Siedmiogrodzkiej 9 (dalej: „Odwołujący” lub „Budimex”) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący w dniu 10 sierpnia 2020 r. wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego niezgodnej z przepisami ustawy, polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność treści tej oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ” lub „specyfikacja”) a w konsekwencji zaniechaniu zaproszenia Odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej..

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez uznanie, że oferta Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji, gdy tymczasem wartości procentowego udziału poszczególnych elementów robót w kwocie kontraktu (pkt 5.1, 5.3, 7, 7.1, 7.2 i 8 tabeli z pkt 2 formularza ofertowego) zaoferowane przez Odwołującego w treści jego oferty (kolumna 3 tabeli) odpowiadają

wymogom procentowym Zamawiającego wynikającym z treści tego formularza (kolumna 4 tabeli), a zatem oferta Odwołującego jest zgodna z treścią specyfikacji, a tym samym Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty;

2. ewentualnie, na wypadek, gdyby rozpoznanie niniejszego odwołania nastąpiło po dokonaniu zaproszeń i przeprowadzeniu aukcji elektronicznej - art. 91b ust. 1 Pzp przez zaniechanie zaproszenia Odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej i jej przeprowadzenie, pomimo, iż złożył on prawidłową ofertę, która nie podlegała odrzuceniu,
3. art. 7 ust. 1 Pzp przez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosił o:

- uwzględnienie odwołania,
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- na wypadek, gdyby rozpoznanie niniejszego odwołania nastąpiło po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu jej unieważnienia i powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu, a w konsekwencji zaproszenia Odwołującego do przewidzianej dla Postępowania aukcji elektronicznej jej ponownego przeprowadzenia.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania wykonawca Budimex podnosił, że:

W ramach Postępowania Zamawiający wymagał, aby oferty zostały przez wykonawców złożone w oparciu o Załącznik nr 1 do SIWZ „Formularz Oferta”, gdzie w pkt 2 zawarto tabelę wskazującą oczekiwany przez Zamawiającego „procentowy udział w kwocie kontraktu”.

L.p.	Element	Kwota netto	Procentowy udział w kwocie kontraktu
1	Budowa drogi patrolowej		8%
2	Budowa nawierzchni DK		50%
3	Sieci sanitarne		10%
4	Kanalizacja teletechniczna i energetyczna		10%

5	Budowa pompowni wód deszczowych w tym		8%
5.1	zbiornik retencyjny		5%
5.2	Pompownia		2%
5.3	Zasilanie pompowni		1%
6	Pozostałe roboty		6%
7	Dokumentacja w tym		6%
7.1	Projekty wykonawcze		3%
7.2	Dokumentacja powykonawcza		3%
8	Próby i odbiory końcowe		2%
9	Razem netto poz 1+2+3+4+5+6+7+8		100%

Następnie Odwołujący argumentował, że w trakcie Postępowania ze strony wykonawców pojawiły się wątpliwości, co do sposobu rozumienia wartości zawartych w ostatniej kolumnie ww. tabeli (pn. „procentowy udział w kwocie kontraktu”). W tym zakresie zadano pytanie nr 13 o następującej treści:

Pytanie 13:

Dot. pkt 2. Prosimy o wyjaśnienie, czy podane w ostatniej kolumnie tabeli wartości procentowe (odpowiadające udziałowi procentowemu danego elementu prac w wartości kontraktu) mogą być modyfikowane przez Wykonawcę. Zwracamy uwagę, że w razie uznania, że wartości te mają charakter sztywny (tj. nie mogą być modyfikowane), to w istocie tabela zawarta w pkt 2 nie będzie zawierać i kalkulacji dokonanej samodzielnie przez Wykonawcę, a jedynie sztuczne „rozbitcie” ceny oferty ustalonej przez Wykonawcę na poszczególne elementy według odgórnie przyjętej proporcji. Jeżeli intencją Zamawiającego było ustalenie maksymalnego udziału poszczególnych elementów cenotwórczych w wartości kontraktu (tak, aby Wykonawca zachował względną swobodę przy dokonywaniu kalkulacji tych elementów), to ujęte w ostatniej kolumnie tabeli wartości procentowe powinny być określone „widelkowo” (tak jak zostało to zrobione w Załączniku nr 1 do Formularza ofertowego w równoległym postępowaniu prowadzonym przez tego Zamawiającego, którego przedmiotem jest: „Wykonanie w formule projektuj i wybuduj obiektów kubaturowych B1, B2 i B3 w Porcie Lotniczym Radom - Sadków”).

Następnie Odwołujący wskazywał, że skutkiem analizy powyższej kwestii Zamawiający z dniem 19 czerwca 2020 r. dokonał modyfikacji formularza oferta, zawierając w kolumnie nr 4 informację zatytułowaną „Maksymalny i minimalny procentowy udział w kwocie kontraktu” podając większość wymaganych wartości procentowych poprzez wskazanie dwóch wysokości

połączonych myślnikiem. Jednocześnie Zamawiający dodał przypis dolny nr 1. Zdaniem wykonawcy Budimex istotne było to, że zarówno tytuł kolumny 4 jak również treść przypisu wskazują wyraźnie na zakresy (przedziały) procentowe, nie wspominając w żadnym razie o istnieniu, pożądanym sposobie rozumienia i konsekwencjach ewentualnego naruszenia tych punktów formularza (elementy pod nr 5.1, 5.3, 7, 7.1, 7.2 i 8), co do których w kolumnie 4 pojawiła się jedna wartość procentowa.

Cena oferty wynika z poniższej kalkulacji

L.p.	Element	Kwota netto	Udział procentowy w kwocie kontraktu oferowany przez Wykonawcę (w zakresie wynikającym z kolumny nr 4)	Maksymalny i minimalny procentowy udział w kwocie kontraktu ¹
	1	2	3	4
1	Budowa drogi patrolowej			6-8%
2	Budowa nawierzchni DK			45-50%
3	Sieci sanitarne			10-15%
4	Kanalizacja teletechniczna i energetyczna			8 - 10%
5	Budowa pompowni wód deszczowych w tym			7-8%
5.1	zbiornik retencyjny			5%
5.2	Pompownia			1-2%
5.3	Zasilanie pompowni			1%
6	Pozostałe roboty			1-9%
7	Dokumentacja w tym			6%
7.1	Projekty wykonawcze			3%
7.2	Dokumentacja powykonawcza			3%
8	Próby i odbiory końcowe			2%
9	Razem netto poz 1+2+3+4+5+6+7+8			100%

¹ W przypadku rozbieżności pomiędzy zadeklarowaną w kolumnie nr 3 wartością procentową, a faktycznym procentowym udziałem wartości danego elementu wynikającym z wyliczeń arytmetycznych, jako prawidłową Zamawiający przyjmie wartość kwotową określoną w kolumnie nr 2. Jednak w przypadku gdy faktyczny procentowy udział wyceny danego elementu zamówienia wynikający z wyliczeń arytmetycznych nie będzie mieścił się w przedziale określonym w kolumnie nr 4 Zamawiający odrzuci ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2)

Odwołujący podnosił również, że w ramach weryfikacji dokumentacji przetargowej dostrzegł rozbieżność pomiędzy treścią ww. formularza oferty a wzorem umowy, dotyczącą wymaganego przez Zamawiającego udziału procentowego w kwocie kontraktu wykonania dokumentacji. W związku z tym Odwołujący zadał Zamawiającemu pytanie nr 185.4 o treści:

„4. Formularz ofertowy a wzór umowy.

Wykonawca wnosi o wyjaśnienie rozbieżności pomiędzy treścią formularza ofertowego poz. 7 z treścią art. 3 ust. 4 wzoru umowy. Zgodnie z treścią formularza ofertowego procentowy udział kwocie kontraktu za wykonanie dokumentacji nie może przekroczyć 6% wartości oferty natomiast zgodnie z art. 3 ust. 4 zd. 3 wzoru umowy, cyt. „Wynagrodzenie za wykonanie Dokumentacji Wykonawczej dla danego elementu Robót nie może przekraczać 5% wartości tych Robót”. Która wartość jest wiążąca dla Wykonawcy?”

Zdaniem Odwołującego z treści pytania wynikało, że pomiędzy formularzem ofertowym i wzorem umowy istniała z jednej strony rozbieżność, co do wysokości udziału procentowego, z drugiej zaś w samej tabeli brak było wyraźnego wskazania, że jest to wartość maksymalna, umowa natomiast w art. 3 ust. 4 zawierała wprost wskazanie, że wynagrodzenie za wykonanie dokumentacji „nie może przekraczać” wymienionej tam wartości. Stąd też już w treści pytania wykonawca dał wyraz przyjętemu rozumowaniu, zgodnie, z którym także wartości z kolumny 4 formularza ofertowego należy pożytywać, jako wartości maksymalne w przedziałach od wartości „0”, skoro Zamawiający w kilku miejscach (tj. tytule kolumny 4, przypisie 1, a także w treści wzoru umowy) powołuje się na wartości min/max oraz przedziały. Rozumowaniu temu Zamawiający w żaden sposób nie zaprzeczył, co więcej, w treści odpowiedzi z dnia 8 lipca 2020 r. dokonał zmiany treści art. 3 ust. 4 załącznika nr 4 do SIWZ - wzoru umowy dostosowując jego treść do wymogów formularza ofertowego poprzez ujednolicenie wartości udziału procentowego przedmiotowego elementu prac do poziomu 6% z zachowaniem wszakże słów „nie może przekraczać”.

„Ad. 4. Zamawiający informuje, że art. 3 ust. 4 załącznika nr 4 do SIWZ otrzymuje brzmienie: „Harmonogram Robót (HR) określa szczegółowe terminy wykonania prac projektowych i Robót. Harmonogram Rzeczowo - Finansowy (HR-F) określa kluczowe elementy Robót oraz przewidywane płatności. Wykonawca przedstawi prace projektowe i Roboty jako oddzielne pozycje w HR i HR-F. Wynagrodzenie za wykonanie Dokumentacji Wykonawczej dla danego elementu Robót nie może przekraczać 6% wartości tych Robót”.

Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący złożył w Postępowaniu ofertę, która została jednak przez Zamawiającego odrzucona w oparciu o art. 89 ust. 2 pkt 2 Pzp z uwagi na to, że jej treść - w ocenie PPPL- nie odpowiada treści SIWZ. W uzasadnieniu swej decyzji wskazał, że zaoferowany przez wykonawcę udział procentowy 6 elementów robót „nie mieści się w określonych przez Zamawiającego wartościach, a mianowicie:

Lp.	Nazwa elementu robót	Wartość elementu netto w PLN	Udział procentowy elementu w cenie oferty, zadeklarowany przez Wykonawcę	Zakres procentowy danego elementu robót w cenie oferty dopuszczony przez Zamawiającego	Różnica
5.1	zbiornik retencyjny	1 290 000,00	4,78%	5%	0,22%
5.3	Zasilanie pompowni	174 327,00	0,65%	1%	0,35%
7	Dokumentacja w tym	1 120 000,00	4,16%	6%	0,84%
7.1	Projekt wykonawcze	800 000,00	2,97%	3%	0,03%
7.2	Dokumentacja powykonawcza	320 000,00	1,97%	3%	1,03%
8	Próby i odbiory końcowe	247 500,00	0,92%	2%	1,08%

Odwołujący wyjaśniał, że z treści zamieszczonej powyżej tabeli wynika, że mianem niezgodnych z SIWZ Zamawiający określił wartości podane w ofercie wykonawcy Budimex dla tych elementów robót, co do których formularz: ofertowy zawierał pojedyncze wartości udziału procentowego, w tym także pkt 7, 7.1 i 7.2 traktujące o wykonaniu dokumentacji, co do której Zamawiający sam w odpowiedzi na pytanie nr 185.4 dokonując zmiany wzoru umowy określił wartość udziału procentowego, jako „niemogącą przekroczyć 6%”. Jak wynika z wyliczenia zawartego w treści odrzucenia oferty, w odniesieniu do tych elementów robót Budimex zaoferował wartość 4,16% a więc bezsprzecznie nie przekroczył wymaganych przez Zamawiającego w SIWZ 6%. Także, co do pozostałych elementów wykonania (pkt 5.1, 5.3 i 8) Odwołujący nie zgadzał się z interpretacją Zamawiającego o niezgodności oferty w tym zakresie z SIWZ.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu niezasadne odrzucenie jego oferty, jako nieodpowiadającej treści SIWZ w zakresie wymaganych przez Zamawiającego treścią formularza ofertowego wartości udziałów poszczególnych elementów robót w kwocie kontraktu.

Wprawdzie Zamawiający w treści decyzji o odrzuceniu nie wskazuje, wprost, że podane w pkt 5.1, 5.3, 7, 7.1, 7.2 i 8 wartości należało rozumieć, jako „sztywne”, wydaje się jednak, że właśnie tak należy rozumieć jego stwierdzenie, iż „udział procentowy następujących elementów robót nie mieści się w określonych przez Zamawiającego wartościach. Zdaniem Odwołującego z takim rozumowaniem, a także jego efektem w postaci decyzji o odrzuceniu oferty Budimex, nie sposób się jednak zgodzić.

Po pierwsze, dokonując zmiany treści formularza oferta w dniu 19 czerwca 2020 r., będącej skutkiem zapytania wykonawcy o charakter pojedynczych wartości w ostatniej kolumnie tabeli z pkt 2 tego formularza, Zamawiający wyjaśnił jedynie, że „podane w ostatniej kolumnie tabeli wartości procentowe mogą być modyfikowane przez Wykonawcę w zakresie podanym w formularzu, unieważniając jednocześnie dotychczasowy wzór tego formularza i zastępując go wzorem, w którym zarówno w tytule kolumny 4, jak i w przypisie 1 mowa jest o wartościach minimalnych i maksymalnych oraz przedziale. Podkreślone sformułowania jednoznacznie prowadzą do rozumowania zgodnie, z którym także pojedyncze wartości zamieszczone w kolumnie 4 tabeli można było traktować, jako przedziały/zakresy o maksymalnej wartości tą liczbą określonej. Zdaniem Odwołującego takie rozumienie zapisów formularza potwierdził Zamawiający także w treści odpowiedzi na pytanie wykonawcy Budimex dotyczące rozbieżności pomiędzy treścią formularza ofertowego i wzoru umowy w odniesieniu do požądanej przez Zamawiającego wartości udziału procentowego wynagrodzenia za wykonanie dokumentacji. Skoro, bowiem w odniesieniu do pkt 7 tabeli (dokumentacja), a w konsekwencji także wchodzących w jego skład punktów 7.1 i 7.2 (projekty wykonawczy i dokumentacja powykonawcza), Zamawiający zastosował pojedynczą wartość (6%, 3% i 3%) rozumiejąc ją, jako maksymalną, (czemu dał wyraz „W art. 3 ust. 4 umowy używając słów: „nie może przekraczać”), przy braku zastrzeżeń Zamawiającego nie było podstaw by uznać, że inaczej należy rozumieć pozostałe pojedyncze wartości zawarte w pkt 5.1. 5.3 i 8 przedmiotowej tabeli.

Po wtóre, Zamawiający w żaden sposób nie dał wykonawcom do zrozumienia, że wartości zawarte w pkt 5.1, 5.3, 7, 7.1, 7.2 i 8 tabeli z pkt 2 formularza ofertowego należy odczytywać inaczej jak tylko maksymalne wartości przedziałów, o których mowa w tytule kolumny 4 oraz przypisie dolnym nr 1. Warto zauważyć, że dokonując modyfikacji formularza dokonanej z dniem 19 czerwca 2020 r. Zamawiający ani w treści odpowiedzi na pytanie nr 13, ani w samym formularzu (tytuł kolumny-czy przypis) nie rozróżnił, jakoby część podanych tam wartości należało rozumieć inaczej niż jak to opisał (kwoty graniczne przedziałów). Także udzielając odpowiedzi na pytanie Budimex nr 185.4, w którym Odwołujący wprost wskazał

sposób rozumienia wartości 6% jako maksymalnej („nie może przekroczyć”) Zamawiający nie zwrócił uwagi na potencjalne nieprawidłowości interpretacyjnego stronie wykonawcy Budimex, wręcz przeciwnie, swoim działaniem polegającym na zmianie wzoru umowy utwierdził Odwołującego w prawidłowości rozumowania w tym zakresie.

Zdaniem Odwołującego warto nadto zauważyć, że nie tylko Odwołujący w opisany wyżej sposób zrozumiał i zastosował formularz ofertowy przygotowany przez Zamawiającego. Odwołującemu jest wiadome, że, także wykonawca występujący, jako Konsorcjum podmiotów: Roboz P. P. ul. Kościuszki 25/20 05-300 Mińsk Mazowiecki, Drogomex Sp. z o.o. ul. Bryły 4 05-800 Pruszków uznał wartości zawarte w pkt 5.1, 5.3, 7, 7.1, 7.2 i 8 tabeli z pkt 2 formularza ofertowego, jako maksymalne, przez co jego oferta także została przez Zamawiającego odrzucona.

Biorąc pod uwagę fakt, że dwóch z pięciu wykonawców, którzy zdecydowali się złożyć oferty w Postępowaniu zastosowało interpretację SIWZ, która zdaniem Zamawiającego determinuje odrzucenie ich ofert, należy skłonić się ku wnioskowi, iż w sprawie niniejszej występuje przypadek niejednoznaczności w treści SIWZ, które należy interpretować na korzyść wykonawców. Zastosowanie wskazanej zasady jest w ocenie Odwołującego także niezbędne dla realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Przy założeniu możliwości zastosowania różnych wykładni postanowień SIWZ w przedmiocie wysokości procentowego udziału wynagrodzenia za poszczególne elementy robót w kwocie kontraktu, Zamawiający powinien zastosować wykładnię względniejsza dla wykonawcy, kierując się zasadą, iż wszelkie niejednoznaczności w treści SIWZ należy interpretować na korzyść wykonawcy.

Biorąc pod uwagę powyższe, w ocenie Odwołującego, w sprawie niniejszej doszło do sytuacji, w której istnieją uzasadnione wątpliwości, co do prawidłowego sposobu rozumienia treści w zakresie wartości zawartych w kolumnie 4 tabeli z pkt 2 formularza ofertowego. Jak wynika z dokonanego powyżej opisu stanu faktycznego, jak również powołanych dowodów, to Zamawiający wprowadził do SIWZ postanowienie o niejednoznacznej treści, których nie zweryfikował ani nie objaśnił wykonawcom na etapie przed złożeniem ofert, mimo że kilkakrotnie miał ku temu możliwość a wykonawcy zgłaszali w tym zakresie wątpliwości. Także działania Zamawiającego polegające, na przygotowaniu dokumentacji przetargowej do innych części zadania pn. „Rozbudowa Portu Lotniczego Radom-Sadków” nie dawała Odwołującemu wskazówek interpretacyjnych w odniesieniu do problematycznych zapisów formularza

ofertowego Zamawiający, bowiem raz stosuje tabelę z udziałami procentowymi poszczególnych elementów w wartości kontraktu wyłącznie poprzez wskazanie przedziałów, innym razem natomiast oczekuje zaofierowanie ceny całkowitej bez potrzeb jakiegokolwiek jej rozbitcia.

Nie kwestionując w żadnym razie uprawnień ani zasadności działań Zamawiającego do kształtowania dokumentacji przetargowej zgodnie z własnym przekonaniem o prawidłowości tych działań Odwołujący wskazywał na te dokumenty jedynie pomocniczo, aby wykazać brak podstaw skłaniających go do innego - niż to przedstawił w ofercie - rozumienia spornych zapisów. Ponadto Odwołujący zauważał, że tej sprawie zaofierowana cena ma charakter ryczałtowy, zatem jej rozbitcie według kryteriów procentowych wymaganych przez Zamawiającego nie zmienia w żaden sposób jej całkowitej wartości ani zakresu odpowiedzialności Wykonawcy - za kompleksowe wykonanie zadania.

W dniu piśmie z dnia 13 sierpnia, które Zamawiający przesłał do Izby poinformował, że wnosi o oddalenie odwołania w całości.

W uzasadnieniu swojej decyzji wyjaśnił, że w rozdziale X ust. 6 SIWZ określił, iż Formularz „Oferta” powinien zostać przygotowany przez Wykonawcę na podstawie wzoru, stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ. W ww. załączniku Zamawiający określił zakresy procentowe udziału danego elementu robót w cenie oferty. Na trzynastym wierszu formularza w siedmiu Zamawiający wskazał zakresy procentowe w formule zapisu „od ... % - do ...%”, zaś w pozostałych sześciu wskazał konkretne wartości liczbowe, np. 6%. Zdaniem Zamawiającego zważywszy jednoznaczną treść ww. załącznika trudno zgodzić się z argumentacją Odwołującego, iż w tych wierszach tabeli, w których podane zostały konkretne wartości liczbowe (bez widełek), Zamawiający wskazał jedynie wartości maksymalne. Gdyby tak było podałyby widełki od 0 do np. 6%. Wobec tego w ocenie PPPL szeroko omawiana przez Odwołującego zasada interpretacji niejasności SIWZ na korzyść wykonawcy nie znajduje w tym przypadku zastosowania. W opinii Zamawiającego w powołanym kontekście nietrafione jest powołanie przez Odwołującego art. 3 ust. 4 istotnych postanowień umowy (załącznik nr 4 do SIWZ). Zamawiający zwracał uwagę, że treść przywołanego postanowienia istotnych postanowień umowy (dalej: „IPU”) dotyczy sposobu konstruowania harmonogramów: finansowo-rzeczowego i robót: „Harmonogram Robót (HR) określa szczegółowe terminy wykonania prac projektowych i Robót. Harmonogram Rzeczowo - Finansowy (HR-F) określa kluczowe elementy Robót oraz przewidywane płatności. Wykonawca przedstawi prace projektowe i Roboty jako oddzielne pozycje w HR i HR-F. Wynagrodzenie za wykonanie Dokumentacji Wykonawczej dla danego

elementu Robót nie może przekraczać 5% wartości tych Robót.” Zdaniem Zamawiającego z powyższego wynika, że w omawianym postanowieniu IPU sprecyzował on, że wartość dokumentacji wykonawczej danego elementu Robót nie może przekroczyć 6% wartości tych robót, a nie - jak wskazuje Odwołujący - 6% ceny oferty, do której odnosił się zapis formularza ofertowego. Podsumowując Zamawiający stwierdził, że zważywszy powyższe, wobec oczywistej niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ, ofertę wykonawcy Budimex należało odrzucić.

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

Stan faktyczny sprawy został wyczerpująco i zgodnie z rzeczywistością przytoczony w treści odwołania (zreferowanej powyżej). Jedynie dodatkowo Izba ustaliła, że: w odpowiedzi na powołane przez Odwołującego pytanie nr 13 (pismo z dnia 18 czerwca 2020 r.) Zamawiający odpowiedział w następujący sposób: „Zamawiający dokona zmiany treści formularza ofertowego. Zamawiający wyjaśnia, że podane w ostatniej kolumnie tabeli wartości procentowe (odpowiadające udziałowi procentowemu danego elementu prac w wartościach kontraktu) mogą być modyfikowane przez Wykonawcę w zakresie podanym w Formularzu. Tym samym zamawiający unieważnia dotychczasowy wzór załączników - mają one status „nieaktualne”;

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Wszechstronna analiza zarzutów podniesionych w treści odwołania doprowadziła skład orzekający Izby do przekonania, że odwołanie podlega oddaleniu.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucił Odwołujący, wskazać należy, że zgodnie z 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. Według ust. 3 wspomnianego przepisu zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Natomiast przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść jest nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Natomiast według art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Zamawiający poprawia w ofercie omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Na wstępie rozważań poczynionych przez Izbę wskazać należy, że specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest jednym z najważniejszych dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem jest swoistą instrukcją dla wykonawcy zawierającą między innymi wymogi Zamawiającego w zakresie formy i treści składanej oferty, do których wykonawca zobowiązany jest się stosować.

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający nie było sporne między stronami, że Zamawiający w treści SIWZ w rozdziale X ust. 6 „Opis sposobu przygotowania oferty” sprecyzował, że formularz „Oferta” powinien zostać przygotowany przez wykonawcę na podstawie wzoru, stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ, w formie pliku opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

W odpowiedzi na pytanie 13 pismem z dnia 18 czerwca 2020 r. Zamawiający dokonał modyfikacji formularza ofertowego w pkt. 2, tj. tabeli poprzez zmianę kolumny nr 4 pt. „Procentowy udział w kwocie kontraktu” na „Maksymalny i minimalny procentowy udział w kwocie kontraktu, który został opatrzony przypisem nr 1 o następującej treści: „W przypadku rozbieżności pomiędzy zadeklarowaną w kolumnie nr 3 wartością procentową, a faktycznym procentowym udziałem wartości danego elementu wynikającym z wyliczeń arytmetycznych,

jako prawidłową Zamawiający przyjmie wartość kwotową określoną w kolumnie nr 2. Jednak w przypadku, gdy faktyczny procentowy udział wyceny danego elementu zamówienia wynikający z wyliczeń arytmetycznych nie będzie mieścił się w przedziale określonym w kolumnie nr 4 Zamawiający odrzuci ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2)”.

We wskazanym formularzu oferty poniższe pozycje PPPL określił za pomocą pojedynczych cyfr w następujący sposób: poz. 5.1. – 5%, poz. 5.3 – 1%., poz. 7 – 6%, poz. 7.1. – 3%, poz. 7.2 – 3%, poz. 8 – 2%. Natomiast pozostałe pozycje formularza określono w postaci „widełek” w następujący sposób: poz. 1. – 6-8%, poz. 2 – 45-50%, poz. 3 – 10-15%, poz. 4 – 8-10%, poz. 5 – 7-8%, poz. 5.2 – 1-2%, poz. 6 – 1-9%.

Odwołujący w kolumnie nr 3 „Udział procentowy w kwocie kontraktu oferowanych przez Wykonawcę (w zakresie wynikającym z kolumny nr 4)” w tabeli zawartej w pkt 2 formularza ofertowego podał następujące dane względem następujących pozycji: poz. 5.1 – 4,78%, poz. 5.3. – 0,65%, poz. 7 – 4,16%, poz. 7.1 – 2,97%, poz. 7.2 – 1,97%, poz. 8 – 0,92%.

Spór między stronami koncentrował się na kwestii, czy w tak zakreślony stanie faktycznym sprawy, w przypadku pozycji wyrażonych w formularzu ofertowym w kolumnie nr 4 pojedynczą cyfrą dopuszczalne było podanie w kolumnie nr 3 procentowego udziału w kwocie kontraktu w przedziale niższym niż wskazany przez Zamawiającego określoną cyfrą w kolumnie nr 4? Izba stanęła na stanowisku, że na tak zadane pytanie należy udzielić odpowiedzi przeczącej.

Za przyjęciem takiego stanowisko przemawia to, że Zamawiający w treści wspomnianego formularza oferty we wskazanych pozycjach nie zawarł jakiegokolwiek procentowego przedziału, w którym wykonawca mógłby się poruszać, a podał tam konkretne cyfry tj. odpowiednio 5%, 1%, 6% i 3%. Przy określeniu tych wielkości nie zawarł również przyimka, „do”, który pozwałaby na przyjęcie za trafną argumentacji, iż wykonawca mógł podać dowolny udział procentowy w kwocie kontraktu, z tym zastrzeżeniem, aby nie przekraczał on wartości wyrażonej konkretną cyfrą w kolumnie nr 4. Podkreślić również należy, że w SIWZ brak jest jakichkolwiek informacji na temat dolnej granicy udziału procentowego w kwocie kontraktu dla elementów z poz. 5.1, 5.3, 7, 7.1, 7.2 i 8. Tym samym należy uznać za niemające oparcia w treści SIWZ założenie Odwołującego, że wykonawcy mogli w omawianym zakresie kształtować udział procentowy poczynając od zera.

W kontekście powyższego, w świetle tak ukształtowanej treści specyfikacji, wbrew twierdzeniom Odwołującego, Izba nie stwierdziła występowania w treści SIWZ niejasności, czy też postanowień, które mogłyby budzić wątpliwości. Zwrócenia uwagi wymaga, że już w treści pytania nr 13, w odniesieniu do pojedynczych cyfr, czy też liczb, zawartych w ostatniej kolumnie tabeli (kolumna nr 4) wykonawca zadający pytanie stwierdził, że w przypadku braku możliwości modyfikacji tych wartości uznać należy, że te mają one charakter sztywny. Natomiast w przypadku, gdyby intencją Zamawiającego było ustalenie maksymalnego udziału poszczególnych elementów cenotwórczych w wartości kontraktu (tak, aby Wykonawca zachował względną swobodę przy dokonywaniu kalkulacji tych elementów), to ujęte w ostatniej kolumnie tabeli wartości procentowe powinny być określone „widełkowo”. Z powyższego jasno wynika, że nie budziło żadnych wątpliwości wykonawców, że wartości wyrażone za pomocą konkretnych cyfr mają charakter sztywny. Natomiast w zakresie wartości procentowych określonych „widełkowo” wykonawcy mogli mieć pewną swobodę przy ustalaniu zarówno minimalnego jak i maksymalnego poziomu udziału poszczególnych elementów cenotwórczych w wartości kontraktu. Potwierdzeniem powyższego była udzielona przez Zamawiającego odpowiedź w ramach, której Zamawiający wyjaśnił, że podane w ostatniej kolumnie tabeli wartości procentowe (odpowiadające udziałowi procentowemu danego elementu prac w wartościach kontraktu) mogą być modyfikowane przez Wykonawcę, ale tylko w zakresie podanym w formularzu. Nie budziło żadnych wątpliwości Izby, że z tak ukształtowanej treści specyfikacji należało wywieść, że te elementy zamówienia, które Zamawiający określił za pomocą pojedynczych cyfr należało uznać za „sztywne”, tj. niepodlegające żadnej modyfikacji, a te, które zostały określone za pomocą tzw. widełek mogły być zmieniane przez wykonawcę w ramach przedziału zakreślonego przez Zamawiającego.

Z przedstawiony wyżej względów Izba uznała za błędną argumentację Odwołującego, który wskazywał, że w tej mierze postanowienia SIWZ były nieprecyzyjne i budziły wątpliwości. Jeśli zaś chodzi o argumentację, którą Odwołujący opierał się o określeniu przez Zamawiającego zarówno maksymalnego jak i minimalnego procentowego udziału w kwocie kontraktu to Izba uznała ją za nietrafną. Izba zwraca uwagę, że w sytuacji, gdy Zamawiający udział w kontrakcie określił za pomocą jednej cyfry, bez zakreślenia jakiegokolwiek przedziału, to w takim przypadku oznacza to, że jest ona zarówno wartością minimalną jak i maksymalną, co sprowadza się do tego, że jest konkretną wartością ustaloną na „sztywno” określoną przez Zamawiającego. Tym samym stwierdzić należy, że niedopuszczalne jest jej przedstawianie w

innej postaci niż w konkretnej, wymaganej przez Zamawiającego wartości procentowej. Wobec tego stwierdzić należy, że przedstawienie przez Odwołującego w formularzu ofertowym w kolumnie 3 wartości udziału procentowego odmiennego od tego wskazanego w ww. tabeli, (tj. o wartości niższej w kolumnie 4) przesądzało o wystąpieniu w treści oferty Odwołującego niezgodności z treścią specyfikacji, co stanowiło podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy Budimex na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Bez znaczenia w tej sprawie jest to, czy niezgodność ta jest znikoma, czy też ma znacznie większe rozmiary oraz to, że inny wykonawca biorący udział w postępowaniu popełnił ten sam błąd, co Odwołujący.

Kolejno odnosząc się do twierdzeń wykonawcy Budimex w zakresie treści formularza ofertowego w równoległym postępowaniu prowadzonym przez tego Zamawiającego, którego przedmiotem jest: „Wykonanie w formule projektuj i wybuduj obiektów kubaturowych B1, B2 i B3 w Porcie Lotniczym Radom - Sadków” to zwrócenia uwagi wymaga, że w toku rozprawy Przystępujący wskazał, że w jego ramach jedna z pozycji formularza (dot. projektu) zawiera wartość sztywną na poziomie 5%, czemu Odwołujący nie zaprzeczył.

Izba nie zgodziła się również ze stanowiskiem Odwołującego, opierającym się o treść odpowiedzi na pytanie 185 pkt 4. i stwierdziła, że z treści odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego na ww. pytanie nie sposób wywieść wniosków, które formułuje Odwołujący. Dostrzec należy, że treścią odpowiedzi na ww. pytanie Zamawiający poinformował, że art. 3 ust. 4 załącznika nr 4 do SIWZ otrzymał brzmienie, z którego wynikał, że wynagrodzenie za wykonanie Dokumentacji Wykonawczej dla danego elementu Robót nie może przekraczać 6% wartości tych Robót. Izba stanęła na stanowisku, że z powyższego wcale nie wynika, że Zamawiający w treści formularza oferty w odniesieniu do tego elementu dopuścił jakąkolwiek tolerancję w zakresie udziału procentowego w kwocie kontraktu, co jednocześnie miałyby się przekładać na pozostałe elementy wskazywane przez wykonawcę Budimex w treści odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy wskazywanych przez Odwołującego w treści odwołania, co skutkowało oddaleniem odwołania. Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

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

Przewodniczący: