

**Sygn. akt: KIO 324/16**

**WYROK**  
**z dnia 18 marca 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant: Paweł Puchalski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 marca 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 marca 2016 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Budimex Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie przy ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa (Lider), **PKE Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie przy ul. Osmańskiej 14, 02-672 Warszawa

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **12 Terenowy Oddział Lotniskowy**, ul. Nowowiejska 28A, 00-911 Warszawa

przy udziale

wykonawcy **SKANSKA Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie przy ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

**1 Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (Lider), PKE Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (Lider), PKE Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, tytułem wpisu od odwołania.

2.2 Zasądza od Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (Lider), PKE Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego – 12 Terenowego Oddziału Lotniskowego w Warszawie kwotę **3.600 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) 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

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – 12 Terenowy Oddział Lotniskowy z siedzibą w Warszawie w trybie przetargu ograniczonego na *budowę budynku biurowego JW.5949 wraz z zagospodarowaniem terenu oraz dostawą wyposażenia w ramach zadania „Budowa sieci teleinformatycznych i linii telekomunikacyjnych w obiektach JW.5949 oraz dostosowanie infrastruktury budowlanej na potrzeby tych sieci” na terenie kompleksu wojskowego nr 8602 w Legionowo* (nr sprawy 46/U/2015), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich 2015/S 158-290115 w dniu 18 sierpnia 2015 r., wobec czynności oceny oferty Skanska S.A. i jej wyboru jako najkorzystniejszej, zostało wniesione w dniu 4 marca 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Budimex S.A., PKE Polska Sp. z o.o. (dalej jako Konsorcjum) - sygn. akt KIO 324/16.

Zamawiający poinformował Konsorcjum w wynikach oceny ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 23 lutego 2016 r. faksem.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy, tj.:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Skanska S.A. pomimo, iż jej treść nie odpowiada treści siwz;
2. z ostrożności - art. 89 ust. 1 pkt 6 Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Skanska jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny;
3. art. 7 ust. 1 Ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny oferty, odrzucenie oferty Skanska, wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zarzutu zaniechania odrzucenia oferty SKANSKA S.A. jako nie odpowiadającej treści siwz Odwołujący wskazał na ustalony w siwz sposób oceny oferty w kryterium cena, na potrzeby której Zamawiający ustalił procentowy udział wyceny poszczególnych elementów scalonych w stosunku do wartości przedmiotu umowy, odpowiednio:- dla etapu 1 wartość nie większa niż 6 %; dla etapu 2 wartość nie większa niż 18%; dla etapu 7 wartość nie mniejsza niż 2%; dla etapu 8 wartość nie mniejsza niż 5 %. W odpowiedzi na pytanie nr 33 z dnia 2.02.2016 r. Zamawiający wskazał, iż odrzuci ofertę wykonawcy, który nie spełnia kryteriów, o których mowa w pkt 11.3 siwz.

Odwołujący wskazał na cenę oferty Skanska S.A. wraz z prawem opcji, na łączną kwotę 43.539.740,12 zł. netto, tj. 53.553.880,35 zł brutto, w której wartość poszczególnych etapów przedmiotu zamówienia została ustalona na poziomie: etap 1 – 2.197.574,60 zł. netto co stanowi 5,05% wartości przedmiotu umowy; etap 2 – 5.568.319,31 zł. netto co stanowi 12,79% wartości przedmiotu umowy; etap 7 – 776.913,18 zł. netto co stanowi 1,76% wartości przedmiotu umowy; etap 8 – 1.911.559,72 zł. netto, co stanowi 4,39% wartości przedmiotu umowy. W związku z wyceną prac za etapy 7 i 8 Zamawiający powinien był odrzucić ofertę Skanska S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy. Z wyjaśnień jakie złożył wykonawca w piśmie z dnia 18.02.2016 r. wynika, iż błędnie zrozumiał on użyte w siwz pojęcia „Przedmiot Umowy” i pomylił je z „Przedmiotem Zamówienia”. Wykonawca wyjaśnił, iż etapy od 1 do 8 są narzucone przez Zamawiającego i stanowią łącznie tzw. Przedmiot Umowy (wyłącznie Zamówienie Podstawowe). Natomiast siwz jest w tym zakresie jednoznaczna, a Przedmiot Umowy obejmuje zarówno przedmiot zamówienia podstawowego, jak i prawo opcji, na co wskazuje m.in. § 1 ust. 1 załącznika nr 6 do siwz – Istotnych Postanowień Umowy, powtórzone w § 11 ust. 1 lit. a i b załącznika nr 6 do siwz. Przy ustalaniu wynagrodzenia dla wykonawcy za część zamówienia bez prawa opcji, Zamawiający jasno wskazał wyłączenie opcji spod pojęcia Przedmiot Umowy. Zamawiający unieważnił wcześniejszą decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego przyjmując, że wartość poszczególnych etapów zaproponowana przez Odwołującego jest zgodna z wymaganiami siwz, a przez to przyznał, iż wartości etapów 7 i 8 w ofercie Skanska S.A. są nieprawidłowe, tj. niższe niż odpowiednio 2% i 5% wartości Przedmiotu Umowy.

Odwołujący z ostrożności podniósł zarzut błędu w obliczeniu ceny oferty Skanska S.A. wynikający z nieprawidłowego określenia wartości poszczególnych etapów, w sposób niezgodny z zapisami siwz, opisany przy pierwszym zarzucie niezgodności oferty z siwz.

Zaniechanie odrzucenia oferty Skanska S.A. i jej wybór jako najkorzystniejszej, prowadzić ma do naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

### **Stanowisko Izby**

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Zakres zarzutów i żądań z nich wynikających wskazywały na potrzebę ochrony interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, przez wzruszenie wyniku oceny oferty wybranej jako najkorzystniejsza, mogące w konsekwencji prowadzić do jej odrzucenia z postępowania, a dalej do wyboru oferty Odwołującego.

W związku z powyższym Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno prawe dla merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Przy rozpoznaniu odwołania Izba miała na uwadze całokształt okoliczności ustalonych w sprawie, wynikających z dokumentacji postępowania, w szczególności treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz odpowiedzi na pytania udzielone wykonawcom.

Podstawa zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Ustawy sprowadzała się do wspólnej okoliczności – braku zgodności wyceny w ofercie Skanska S.A. etapów 7 i 8 z zastrzeżonymi w pkt 11.3 siwz wielkościami procentowymi Przedmiotu Umowy oraz znaczenia użytego pojęcia Przedmiot Umowy.

Odwołujący wywodził z zapisów wzoru umowy (załącznik nr 6 do siwz), iż różne było znaczenie pojęć używanych w siwz, tj. Przedmiot Umowy oraz Przedmiot Zamówienia, a wynikających z definicji Przedmiotu Umowy zawartej w § 1 ust. 1 IPU *Przedmiotem Umowy jest wykonanie, zgodnie z dokumentacją projektową, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia i złożoną ofertą robót budowlanych związanych z budową budynku biurowego JW.5949 wraz z wykonaniem zagospodarowania terenu, który obejmuje wykonanie dróg, chodników, małej architektury, przyłączy, ukształtowania terenu i zieleni oraz dostawa i montaż wyposażenia w ramach prawa opcji, w ramach zadania „Budowa sieci teleinformatycznych i linii telekomunikacyjnych w obiektach JW. 5949 oraz dostosowanie infrastruktury budowlanej na potrzeby tych sieci” na terenie kompleksu wojskowego w Legionowie. Ponadto, Odwołujący zwrócił uwagę, iż celowym było rozróżnienie w § 11 ust. 1 wysokości wynagrodzenia z wyłączeniem części Przedmiotu Umowy związanej z prawem opcji oraz wynagrodzenia obejmującego wartość Przedmiotu Umowy objętego prawem opcji. Powyższe ma wskazywać, iż Przedmiot Umowy stanowi łącznie wartość zamówienia podstawowego oraz opcji. Na tej podstawie pojęciu Przedmiot Zamówienia przypisywał węższe znaczenie, identyfikując go wyłącznie jako zamówienie podstawowe.*

Izba ustaliła, iż zgodnie z pkt 11.3 siwz (opis sposobu obliczenia ceny), Zamawiający zastrzegł, że wartości etapów przedmiotu zamówienia, wyceniane w ramach wynagrodzenia

kosztorysowego nie mogły odbiegać od poziomu maksymalnego i minimalnego, jaki wyznaczały procentowe wielkości odnoszone do Przedmiotu Umowy. Wartość etapu 7 nie mogła być mniejsza niż 2% wartości Przedmiotu Umowy, a wartość etapu 8 – nie mniejsza niż 5 % wartości Przedmiotu Umowy. W odpowiedzi na pytanie nr 33 z 01.02.2016 r. Zamawiający wskazał, iż odrzuci ofertę wykonawcy, który nie spełni kryteriów, o których mowa w pkt 11.3 siwz. Ponadto, w odpowiedzi na pytanie nr 115, dotyczące wynagrodzenia kosztorysowego zamówienia podstawowego uwzględnianego w formularzu oferty, Zamawiający potwierdził, iż przy ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej będzie brane pod uwagę cena wynagrodzenia podstawowego, bez uwzględnienia (ceny) wartości prawa opcji to znaczy, że ocenie Zamawiającego będzie podlegać cena wynikająca z wypełnienia załącznika nr 2 do siwz (wykaz elementów scalonych, z podziałem na osiem etapów), bez uwzględnienia wartości wynikającej z załącznika nr 3 „Zestawienie urządzeń i oprogramowania w ramach prawa opcji” do siwz. Podobnych odpowiedzi Zamawiający udzielił na pytania nr 30 i 119, dotyczące oceny oferty w kryterium „Cena”

W pkt 11.2 siwz Zamawiający określając podstawę do obliczenia wartości netto (ceny) poszczególnych pozycji tabeli elementów scalonych wskazywał na przedmiary robót w ramach Etapów Przedmiotu Zamówienia i wymagał wskazania wartości netto każdego z Etapów.

Zamawiający w pkt 3.1 siwz wskazał, iż *Przedmiotem Zamówienia jest wykonanie, robót budowlanych związanych z budową budynku biurowego JW.5949 wraz z wykonaniem zagospodarowania terenu, który obejmuje wykonanie dróg, chodników, małej architektury, przyłączy, ukształtowania terenu i zieleni oraz dostawą i montażem wyposażenia w ramach prawa opcji, w ramach zadania „Budowa sieci teleinformatycznych i linii telekomunikacyjnych w obiektach JW. 5949 oraz dostosowanie infrastruktury budowlanej na potrzeby tych sieci” na terenie kompleksu wojskowego w Legionowie.*

Prawem opcji Zamawiający objął dostawę i montaż urządzeń wymienionych w pkt 3.10 siwz, w terminie realizacji identycznym co dla zamówienia podstawowego (pkt 3.16), wycenionych w odrębnym załączniku do siwz (nr 3).

Skanska S.A. w ofercie – załączniku nr 3, zawierającym wykaz elementów scalonych określiła wartości etapów od 1 do 8, w tym dla etapu 7 (odbiór techniczny obiektu) – wyrażona kwotą netto 766.913,18 zł., a dla etapu 8 (odbiór końcowy i przekazanie obiektu do użytkowania) – wyrażona kwotą netto 1.911.559,72 zł. Całkowita wartość etapów 1-8, wyniosła 37.972.828,12 zł i stanowiła jednocześnie wartość netto zamówienia podstawowego wskazaną w formularzu oferty. W załączniku nr 4 do oferty Skanska S.A. wyceniła wartość zamówienia objętego prawem opcji (urządzenia i oprogramowania) na łączną kwotę netto 5.566.912,00 zł., przeniesioną również do formularza oferty.

Odwołujący powołując się na zapis wzoru umowy (załącznika nr 6 do siwz) wycenioną wartość etapów 7 i 8 z oferty Skanska S.A. odniósł do wartości Przedmiotu Umowy, na którą składać miała się wartość zamówienia podstawowego (tj. objętego etapami od 1 do 8) oraz opcji. Przy takim rozumieniu zapisu pkt 11.3, procentowy udział etapów 7 i 8 byłby niższy od wymaganego przez Zamawiającego poziomu odpowiednio: nie mniejszego niż 2% (etap 7) i nie mniejszego niż 5% (etap 8) wartości Przedmiotu Umowy.

Zamawiający oraz Przystępujący (Skanska S.A.) na rozprawie prezentowali odmienny sposób zrozumienia pkt 11.3 siwz, wskazując na potrzebę odnoszenia wartości wycenianych etapów do wartości Przedmiotu Umowy wyznaczonej wartością zamówienia podstawowego (bez prawa opcji).

**Mając na uwadze treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia Izba zważyła.**

Odwołanie podlega oddaleniu.

W świetle ustalonego stanu faktycznego spornym pomiędzy stronami było ustalenie, czy Przedmiotem Umowy, na potrzeby ustalenia zgodności oferty z narzuconym przez Zamawiającego poziomem wyceny etapów 7 i 8, była wartość robót objętych zamówieniem podstawowym (opisanych w ośmiu etapach) łącznie z wartością opcji. Przyjęcie, iż wartością Przedmiotu Umowy na potrzeby oceny zgodności oferty z wymaganiem opisanym w pkt 11.3 siwz, była wartość zamówienia podstawowego z wartością opcji powodowało, iż wycena etapów 7 i 8 w ofercie Skanska S.A. była niższa niż wymagał tego Zamawiający.

Izba uznała, iż zapisy § 1 ust. 1 i § 11 ust. 1 załącznika nr 6 (IPU) nie wskazywały na rozumienie określenia Przedmiotu Umowy prezentowane przez Odwołującego, jako odbiegające od pojęcia Przedmiot Zamówienia. Izba nie podzieliła stanowiska, jakoby Zamawiający wprowadził we wzorze umowy definicję Przedmiotu Umowy, celem opisanie w sposób odmienny Przedmiotu Zamówienia, niż czynił to w treści siwz, w szczególności w opisie przedmiotu zamówienia (pkt 3 siwz). Należy zauważyć, iż opis Przedmiotu Umowy z załącznika nr 6 (§ 1 ust. 1) nie różni się zakresem rzeczowym od opisu Przedmiotu Zamówienia wskazanego w siwz (pkt 3.1) oraz w treści ogłoszenia, w których jednolicie Zamawiający wskazywał na zakres świadczenia obejmujący wykonanie robót budowlanych wraz z dostawą i montażem wyposażenia w ramach prawa opcji. Również z postanowień § 11 ust. 1 lit a i b IPU wynika, iż Zamawiający wynagrodzeniem należnym w ramach Przedmiotu Umowy obejmował wynagrodzenie podstawowe (lit a) oraz wynagrodzenie za opcję (lit. b). W oparciu o sformułowanie użyte w opisie wynagrodzenia za zamówienie podstawowe (lit. a) *wysokości wynagrodzenia z wyłączeniem części Przedmiotu Umowy związanej z prawem opcji* nie można wysnuwać wniosków dalej idących niż te, że Zamawiający rozdzielił wartość wynagrodzenia na dwa zasadnicze elementy podlegające

wycenie w ofercie, tj. zamówienie podstawowe oraz opcje, łącznie stanowiące Przedmiot Umowy, tożsame z opisanym w siwz Przedmiotem Zamówienia. Twierdzenie Odwołującego, jakoby oba pojęcia miały różny zakres znaczeniowy nie znajduje oparcia w przywoływanych zapisach siwz. W ocenie Izby, Zamawiający zamiennie używał tych pojęć, a dla ustalenia sposobu obliczenia ceny oferty i jej zgodności z wyznaczonymi wartościami minimalnymi (etapy 7 i 8), znaczenie miała wyłącznie wartość zamówienia podstawowego (stanowiącego element Przedmiot Umowy), do którego Zamawiający odnosił konieczność wyceny wartości Etapów Przedmiotu Umowy. Wskazanie na Etapy Przedmiotu Umowy (pkt 11.2 siwz) poprzedzające określone w pkt 11.3 wartości procentowe Przedmiotu Umowy, odnosiło się do wyceny robót opisanych w tabeli elementów scalonych (załącznik nr 2 do siwz), wycenianych oddzielnie od zamówienia przewidzianego w ramach prawa opcji. Nie można pominąć odpowiedzi na pytania związane z ustaleniem sposobu oceny oferty w kryterium „cena”, w których Zamawiający wprost wskazywał, iż przy ocenie ofert brana będzie pod uwagę wycena kosztorysowa prac podstawowych (bez opcji). Uwzględniając konstrukcję formularza ofertowego, zawierającego rozbieżność cen za zamówienie podstawowe i opcje oraz odmienny zakres obu elementów Przedmiotu Umowy, brak było logicznego uzasadnienia dla odnoszenia wartości etapów 7 i 8 (związanych z odbiorem obiektu i jego przekazaniem do użytkowania) do wartości opcji obejmującej dostawę i montaż wyposażenia, która nie musi być przez Zamawiającego uruchomiona. W ocenie Izby nie było celowym porównywanie wyceny etapów 7 i 8 z wartością Przedmiotu Umowy (zamówienia podstawowego oraz opcji), gdyż zapisy pkt 11 dotyczyły sposobu obliczenia ceny i zasad oceny ofert w kryterium ceny, co do których Zamawiający jednoznacznie wyłączył wartość opcji. Przywołane zapisy IPU dotyczyły sposobu prezentacji wynagrodzenia w umowie, spójnego z formularzem oferty zawierającym rozbieżność cen na zamówienie podstawowe oraz opcję, pozwalające na późniejsze rozliczenie prac zasadniczych oraz ewentualnej dostawy w ramach opcji. Nie wpływały one jednak na ustalony sposób obliczenia ceny i jej prezentacji w ofercie, w tym wyceny poszczególnych etapów. W świetle powyższego, wyliczenia Odwołującego wskazane w odwołaniu nie odnosiły się do stanu faktycznego wynikającego z oferty oraz ustalonych w siwz zasad oceny. Nie mogły zatem uzasadniać zarzutu niezgodności oferty Skanska S.A. z siwz (pkt 11.3), co w konsekwencji oznaczało, iż wybór tej oferty nie naruszał przepisów Ustawy.

W związku z powyższym Izba na podstawie art. 192 ust 1 Ustawy orzekła jak w sentencji.



O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 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. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis (20.000,00 zł) oraz uzasadnione koszty Zamawiającego stwierdzone rachunkiem przedłożonymi przed zamknięciem rozprawy, obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika (3.600,00 zł) i obciążyła nimi Odwołującego.

**Przewodniczący: .....**