Sygn. akt: KIO 2100/18

WYROK
z dnia 24 października 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Justyna Tomkowska
Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 października 2018 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu**12 października 2018 roku** przez **Odwołującego - Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum firm w składzie:**
1)Track Tec Construction Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) z siedzibą we Wrocławiu,
2)INFRAKOL Sp. z o.o. Sp. k. (Partner Konsorcjum) z siedzibą w Jaworze
w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego:**
1)**PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie (w części A zamówienia) oraz**
2)**Gmina Czernica z siedzibą w Czernicy (w części C zamówienia),**
w imieniu i na rzecz których działa: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji - Region Śląsk z siedzibą we Wrocławiu**
przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie:
1)ETF Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich;
2)ETF S.A.S. z siedzibą we Francji;
zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

orzeka:

1.Oddala odwołanie

2.kosztami postępowania obciąża **Odwołującego: Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum firm w składzie:**
1)Track Tec Construction Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) z siedzibą we Wrocławiu,
2)INFRAKOL Sp. z o.o. Sp. k. (Partner Konsorcjum) z siedzibą w Jaworze
i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania,

2.2.zasądza od **Odwołującego - Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum firm w składzie:**
1)Track Tec Construction Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) z siedzibą we Wrocławiu,
2)INFRAKOL Sp. z o.o. Sp. k. (Partner Konsorcjum) z siedzibą w Jaworze
na rzecz **Zamawiającego:**
1)PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie (w części A zamówienia) oraz
2)Gmina Czernica z siedzibą w Czernicy (w części C zamówienia),w imieniu i na rzecz których działa**: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji - Region Śląski z siedzibą we Wrocławiu**
kwotę w wysokości **642 zł 75 gr** (słownie: sześciuset czterdziestu dwóch złotych 75/100 groszy) tytułem zwrotu kosztów opłaty skarbowej oraz kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok -
w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego we Wrocławiu.**

Przewodniczący:
……

Sygn. akt KIO 2100/18

UZASADNIENIE

Dnia 12 października 2018 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
w Warszawie, na podstawie art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm. - dalej jako „Pzp"), odwołanie wnieśli Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum firm w składzie:
1)Track Tec Construction Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) z siedzibą we Wrocławiu,
2)INFRAKOL Sp. z o.o. Sp. k. (Partner Konsorcjum) z siedzibą w Jaworze (dalej łącznie jako „Konsorcjum" lub „Odwołujący").

Zamówienie publiczne pn. *„Opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót budowlanych w ramach projektu pn.: „Rewitalizacja linii kolejowej 292 na odcinku Jelcz Miłoszyce - Wrocław Sołtysowice w celu przywrócenia przewozów pasażerskich we WrOF"*prowadzą Zamawiający: 1. PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie
(w części A zamówienia) oraz 2. Gmina Czernica z siedzibą w Czernicy (w części C zamówienia), w imieniu i na rzecz których działa: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji - Region Śląski z siedzibą we Wrocławiu Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 maja 2018 r., numer ogłoszenia TED: 2018/S 101-231669.

Odwołanie dotyczy części A zamówienia i wniesiono je w przetargu nieograniczonym wobec dokonania przez Zamawiającego nieprawidłowego wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum: ETF Polska Sp. z o.o. i ETF S.A.S. (dalej jako „ETF" lub „Wykonawca") i zaniechanie odrzucenia tej oferty.

Termin na wniesienie odwołania zakreślony w art. 182 ust. 1 pkt. 1) Pzp został dochowany. Zamawiający opublikował informację o wyborze oferty najkorzystniejszej dnia 2 października 2018 r. Zatem termin na wniesienie odwołania upływał w dniu 12 października 2018 r. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołujący podkreślił, że posiada interes we wniesieniu środka ochrony prawnej przewidzianego w art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący złożył w postępowaniu ofertę
i bezpośrednio ubiegał się o uzyskanie zamówienia. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana przez Zamawiającego

na drugim miejscu w rankingu ofert. Gdyby Zamawiający nie dokonał opisanych w odwołaniu naruszeń, to oferta ETF zostałaby odrzucona, a oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą i Odwołujący uzyskałby zamówienie. Odwołujący poniesie szkodę w postaci co najmniej kosztów przygotowania ważnej oferty i utraty możliwości zrealizowania zamówienia, a tym samym uzyskania należnego wynagrodzenia.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie następujących przepisów Pzp:

1.art. 14 ust. 1 Pzp w zw. z art. 65 §1 KC poprzez dokonanie przez Zamawiającego nieprawidłowej, niezgodnej z zasadami wykładni interpretacji treści pkt. 13.5 IDW, polegające na nieuprawnionym przyjęciu przez Zamawiającego, że wskazaną w tym postanowieniu „wartość Robót netto za wykonanie całości Zamówienia" należy utożsamiać z wartością podaną w Tabeli RCO „Zbiorcze zestawienie kosztów" pod pozycją „Razem", nie zaś z wartością podaną pod pozycją „Łączny koszt robót budowlanych";

2.art. 89 ust. 1 pkt 6) Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty ETF, mimo iż zawiera ona błędy w obliczeniu ceny lub kosztu z uwagi na fakt, że sumaryczna wartość pozycji RCO dotyczących wykonania dokumentacji projektowej, przewidziana w ofercie ETF, przekracza 5% wartości Robót netto za wykonanie całości Zamówienia, co jest niezgodne z określonym przez Zamawiającego w pkt. 13.5 IDW opisem sposobu obliczania ceny w postępowaniu i wypełnia przesłankę obligatoryjnego odrzucenia oferty;

3.ewentualnie: art. 89 ust 1 pkt 2) Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty ETF, mimo iż pozostaje ona niezgodna z SIWZ w zakresie pkt. 13.5 IDW z uwagi na fakt, że sumaryczna wartość pozycji RCO dotyczących wykonania dokumentacji projektowej przekracza 5% wartości Robót netto za wykonanie całości Zamówienia;

a w konsekwencji:

4.art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz bez zachowania zasady przejrzystości postępowania poprzez dokonanie badania oferty ETF, prowadzące do zaniechania odrzucenia tej oferty, z naruszeniem tych zasad, w sposób niezgodny z opisanym przez Zamawiającego w SIWZ;

5.art. 7 ust. 3 Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy ETF wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności wyboru oferty ETF jako oferty najkorzystniejszej;
2)odrzucenia oferty wykonawcy ETF;
3)dokonania ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu;
4)dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania wskazał, że przedmiotowe postępowanie podzielone zostało na dwie części: część A oraz część C, z czego dla każdej z nich przewidziane zostało zawarcie odrębnych umów. Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych - osobno na Część A (w której umowa zawierana będzie z PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.) i Część C (stanowiącą zakres inwestycji Gminy Czernica, w której umowa zawierana będzie z Gminą Czernica).

W postępowaniu Odwołujący złożył ważną, tj. zgodną z przepisami Pzp oraz postanowieniami SIWZ, ofertę, obejmującą obie części zamówienia - Część A oraz Część C. W ramach Części A postępowania ofertę złożył również wykonawca ETF. W dniu 16.07.2018 r. nastąpiło otwarcie ofert w postępowaniu. W dniu 2 października 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wykonawcy ETF jako oferty najkorzystniejszej w części A postępowania. Oferta Odwołującego została natomiast sklasyfikowana jako druga w rankingu złożonych ofert w ramach części A postępowania.

Następnie Odwołujący zaznaczył, że w pkt. 13.5 IDW Zamawiający określił, że:

„13.5.Sumaryczna wartość pozycji RCO dotyczących wykonania dokumentacji projektowej w Tabeli Zbiorcze zestawienie kosztów {Część A: Tabela nr 10, Część C: Tabela nr 1} nie może przekroczyć 5 % wartości Robót netto za wykonanie całości Zamówienia."

Jak wynika z przedłożonego przez ETF wraz z ofertą RCO, przewidziany:

a)łączny koszt wykonania dokumentacji projektowej wynosi 3.650.000 zł;
b)łączny koszt robót budowlanych wynosi 71.278.739 zł;
c)łączna cena za wykonanie całego przedmiotu zamówienia (obejmująca łączny koszt robót budowlanych, dokumentacji projektowej, oceny zgodności i uzyskania certyfikatów oraz promocji) wynosi 75.065.500 zł.

Mając powyższe na uwadze, celem ustalenia, czy zaoferowana przez ETF cena za wykonanie dokumentacji projektowej nie przekracza wskazanego w pkt. 13.5 IDW limitu 5% wartości Robót netto za wykonanie całości Zamówienia, Zamawiający powinien był prawidłowo zestawić ze sobą, na podstawie danych zawartych w Tabeli „Zbiorcze zestawienie kosztów":

a)„sumaryczną wartość pozycji RCO dotyczących wykonania dokumentacji projektowej" - w tym zakresie nie budzi wątpliwości, że chodzi tu o kwotę wpisaną w pozycji „Dokumentacja projektowa" Tabeli (w ofercie ETF: 3.650.000 zł);
b)„wartość Robót netto za wykonanie całości Zamówienia" (w ofercie ETF: 71.278.739 zł);

a następnie obliczyć, drogą prostego działania matematycznego [(a T b) x 100], ich wzajemny procentowy stosunek. W opisanym przypadku wynik działania wynosi 5,12% - a zatem zawiera błąd skutkującym odrzuceniem oferty: (3.650.000 * 71.278.739) x 100 = 5,12%

Pojęcie „wartości Robót netto za wykonanie całości Zamówienia" nie zostało wprost (w identycznym brzmieniu) przywołane w treści Tabeli RCO ani nie zostało zdefiniowane przez Zamawiającego w SIWZ, co powoduje, że konieczne jest dokonanie wykładni omawianego postanowienia SIWZ.

Odwołujący powołał się na wytyczne dotyczące wykładni postanowień SIWZ, opisane w orzecznictwie KIO:

a)wyrok z dnia 08.02.2012 r. (KIO 174/12): *„[Zamawiający] dokonując procesu badania i oceny ofert winien w pierwszej kolejności kierować się literalnym brzmieniem SIWZ oraz ogłoszenia oraz zasadą równego traktowania wykonawców";*
b)wyrok z dnia 27.02.2012 r., KIO 218/12: *„zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w postępowaniu wskazują, iż przy interpretowaniu postanowień SIWZ należy co do zasady stosować literalną wykładnię jej treści, co zapobiega uznaniowości na etapie oceny ofert wykonawców, którzy przystąpili do postępowania. Wobec tego przy wykładni znaczenia postanowień SIWZ należy kierować się zwykłym znaczeniem słów, wyrażeń i zwrotów, ustalonym z uwzględnieniem reguł znaczeniowych i składniowych języka polskiego")*
c)uchwała z dnia 27.05.2015 r. (KIO/KD 29/15): *„Z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to siwz należy uznać za warunki przetargu*

w rozumieniu K.c. Udostępnienie siwz jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w siwz. Literalne i ścisłe egzekwowanie wymogów wskazanych w siwz jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem sine qua non, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców";

d)wyrok z dnia 16.02.2017 r. (KIO 249/17):*„zamawiający naruszył zasadę przejrzystości postępowania, nadając sposobowi oceny kryterium po otwarciu ofert inne znaczenie niż wynikające z literalnego brzmienia siwz";*

e)wyrok z 17.10.2017 r. (KIO 2055/17, KIO 2063/17):*„wykładni oświadczeń należy dokonywać w dwóch fazach, w pierwszej należy wziąć pod uwagę literalne brzmienie zapisu i ustalić, czy obie strony przypisywały treści to samo znaczenie. W przypadku rozbieżności w rozumieniu treści oświadczenia przez jej strony należy przejść do fazy drugiej i ustalić, jak adresat oświadczenia je zrozumiał, a jak powinien zrozumieć (zob. m.in. uchwała SN z 29 czerwca 1995 r., IV CZP 66/05; wyrok SN z 24 maja 2005 r., V CK 655/04). (...) W odniesieniu do oświadczeń woli składanych w formie pisemnej sens tych oświadczeń ustala się, przede wszystkim przyjmując za podstawę wykładni tekst dokumentu, a zatem w pierwszej kolejności odwoływać się należy do językowych reguł znaczeniowych przy uwzględnieniu kontekstu i związków treściowych w tym dokumencie występujących, przy czym uwzględniać należy także okoliczności, w jakich oświadczenie zostało złożone, o ile dokument obejmuje takie informacje oraz cel oświadczenia wskazany w tekście dokumentu lub zrekonstruowany na podstawie zawartych w nim postanowień";*

f)wyrok z dnia 5 czerwca 2018 r. (KIO 1004/18): *„postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ będących podstawowymi dokumentami w postępowaniu o udzielenie zamówienia mają charakter wiążący zarówno dla zamawiającego, jak i dla wykonawców ubiegających się zamówienie. Wyrażone w art. 7 ust. 1 Pzp zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji oraz przejrzystości wymagają respektowania przez zamawiającego ustalonych przez siebie wymagań. Podstawowym rodzajem wykładni postanowień SIWZ jest zatem wykładnia literalna, która nakazuje interpretację wymagań zamawiającego, w taki sposób, jak zostały one zapisane w SIWZ, bez uzupełniania, rozszerzania lub ograniczenia ich treści";*

Zdaniem Odwołującego z ugruntowanego orzecznictwa Izby wynika zatem, że Zamawiający przy badaniu ofert złożonych w postępowaniu powinien kierować się w pierwszej kolejności literalną treścią poszczególnych postanowień SIWZ i językowym znaczeniem poszczególnych sformułowań zawartych przez Zamawiającego w SIWZ.

W świetle powyższego, prawidłowa wykładnia sformułowania „wartość Robót netto za wykonanie całości Zamówienia" powinna prowadzić do wniosku, że pod pojęciem tym należy rozumieć wartość podaną w pozycji „Łączny koszt robót budowlanych" w Tabeli „Zbiorcze zestawienie kosztów" RCO. Jest to bowiem jedyna logiczna i racjonalna interpretacja cytowanego wyżej postanowienia SIWZ, uwzględniająca w szczególności językowe, logiczne i celowościowe znaczenie zastosowania przez Zamawiającego w postanowieniu słowa „Roboty", odnoszącego się niewątpliwie do wartości robót budowlanych (stanowiących, co istotne, jedynie pewien element całości zamówienia, jednak nie jego całość).

Gdyby bowiem intencją i wolą Zamawiającego było odniesienie pozycji za projektowanie do wartości całego zadania, wówczas zapewne w treści 13.5 IDW (SIWZ) napisałby po prostu np. „wartość Robót netto za wykonanie całości Zamówienia" bez zastosowania dodatkowego słowa „Robót". Takich bowiem właśnie sformułowań Zamawiający używa chociażby w innych, równolegle prowadzonych przez siebie postępowaniach o udzielenie zamówienia, o podobnych zakresach przedmiotowych do postępowania.

Należy bowiem podkreślić, że łączna cena za wykonanie całości zamówienia, oprócz kosztu wykonania Robót budowlanych, obejmuje również:

a)sporządzenie Dokumentacji projektowej, dla której właśnie ustanowiony był wymóg maksymalnego udziału procentowego (5%)

b)wykonanie Oceny zgodności i uzyskanie certyfikatów weryfikacji dla TSI PRM w pełnym zakresie oraz TSI Infrastruktura w zakresie objętym przedmiotem zamówienia;

c)Promocję (tablice informacyjne i pamiątkowe);

Wskazując na powyższe zakresy sformułowań w układzie działania na zbiorach należy podkreślić, że „wartość Robót netto za wykonanie całości Zamówienia" jest częścią zawierającą się w zbiorze „wartości netto za wykonanie całości Zamówienia". Oznacza to, że wartość Robót netto jest zawsze wartością mniejszą niż wartość netto całego Zamówienia. Wartości te nie mogą być zatem utożsamiane, czy stosowane jako pojęcia bliskoznaczne, zamienne.

Przenosząc powyższe rozważania na kwestię badania treści RCO złożonego przez ETF, z przywołanego wyżej prostego działania matematycznego wynika, że sumaryczna wartość pozycji dotyczących wykonania dokumentacji projektowej wskazana w ofercie ETF przekracza wyznaczony przez Zamawiającego limit 5% wartości Robót netto za wykonanie całości Zamówienia [(3.650.000*71.278.739) x 100 = 5,12%].

Oferta ETF jest zatem w powyższym zakresie obarczona błędem w postaci nieprawidłowego obliczenia ceny lub kosztu, a zatem powinna ona podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6) Pzp. Oferta w powyższym zakresie pozostaje także niezgodna z treścią SIWZ - pkt. 13.5 IDW, a zatem powinna podlegać odrzuceniu w oparciu o regulację art. 89 ust. 1 pkt. 2) Pzp.

Odwołujący, w związku z brakiem stosownych informacji w dokumentacji postępowania, może jedynie przypuszczać, że Zamawiający, badając ofertę ETF dopuścił się: (i) albo zaniechania sprawdzenia tego elementu i zaniechania odrzucenia oferty niezgodnej z SIWZ oraz zawierającej błąd w obliczeniu ceny, (ii) albo Zamawiający przeprowadzając procedurę weryfikacji oceny, w omawianym zakresie do obliczeń nieprawidłowo przyjął nie kwotę wskazaną w pozycji „Łączny koszt robót budowlanych" (71.278.739 zł), ale kwotę wskazaną w pozycji „Razem" (75.065.500 zł), albowiem wyłącznie przy takim założeniu obliczony stosunek procentowy nie przekraczałby progu 5%. Oba wyżej opisane działania Zamawiającego pozostawałyby w niezgodności z regulacjami Pzp.

W pierwszym przypadku, tj. zaniechania weryfikacji i odrzucenia oferty doszłoby bowiem do naruszenia art. 7 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2) i 6) Pzp i art. 91 ust. 1 Pzp. Zgodnie z prawidłowo zastosowanymi przepisami prawa - Zamawiający, ustalając określone wymagania w SIWZ (pkt. 13.5 IDW) jest nimi związany, tak samo jak wszyscy startujący w postępowaniu wykonawcy. Zamawiający, zobowiązany do transparentnego i przejrzystego postępowania, zobowiązany był zatem zweryfikować ofertę ETF pod kątem prawidłowości obliczenia ceny i zachowania wymaganego poziomu procentowego dla zakresu wykonania dokumentacji projektowej, która została podana jako nieprzekraczalna wartość maksymalna w ujęciu procentowym, tj. 5%. Błąd wychwycony w ofercie ETF winien być zakwalifikowany jako

błąd w obliczeniu ceny, co skutkuje odrzuceniem oferty w myśl art. 89 ust. 1 pkt. 6) Pzp. Ewentualnie owa nieprawidłowość winna zostać oceniona jako niezgodność oferty z treścią SIWZ, co również zobowiązywało Zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2) Pzp.

W drugim przypadku, tj. dokonania weryfikacji z niewłaściwym odniesieniem pozycji cenowych uznać należy, że takie działanie Zamawiającego pozostaje niezgodne
z przytoczonymi wyżej zasadami wykładni postanowień SIWZ i stanowi nieuprawnioną, dowolną interpretację przez Zamawiającego sporządzonej przez niego samego treści SIWZ, którą - zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby - *„zamawiający związany jest (...) od momentu uprawomocnienia się jej zapisów, tj. od momentu kiedy upływa termin składania ofert, gdyż od tego dnia niedopuszczalna jest jej zmiana, a ocena złożonych na jej (s.i.wz.) podstawie ofert musi odbywać się ściśle wg. reguł podanych w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia"* (tak: wyrok z dnia 10.06.2014 r., KIO 1054/14).

Prawidłowe czynności Zamawiającego w postępowaniu winny były doprowadzić Zamawiającego do konkluzji, iż oferta ETF podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6) Pzp jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny lub kosztu (a ewentualnie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp jako nieodpowiadająca treści SIWZ).

Odwołujący wskazał, że w omawianych okolicznościach faktycznych nie zaistniały jakiekolwiek podstawy dla przeprowadzania przez Zamawiającego, przed odrzuceniem oferty ETF, procedury wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Treść oferty ETF została bowiem w omawianym zakresie sformułowana w sposób jednoznaczny i nie budzi ona jakichkolwiek wątpliwości, zwłaszcza wobec braku jakichkolwiek dodatkowych adnotacji wykonawcy w zakresie wpisów dokonanych przezeń w poszczególnych pozycjach RCO
(na co zwracała uwagę Izba m.in. w wyroku z dnia 02.07.2018 r., KIO 1185/18,
w analogicznej sytuacji do omawianej w niniejszej sprawie, gdzie Izba potwierdziła zasadność odrzucenia oferty wykonawcy).

Nie zaistniały również podstawy dla zastosowania w stosunku do oferty ETF instytucji poprawy omyłek w treści oferty przewidzianej w art. 87 ust. 2 Pzp, albowiem błędne obliczenie ceny lub kosztu, nie wypełnia przesłanek poprawy oferty opisanych w pkt. 1-3 tego przepisu:
a) przede wszystkim bowiem, poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 Pzp podlegać mogą tylko
i wyłącznie omyłki, a zatem działania wykonawcy o charakterze niezamierzonym - co jednoznacznie przesądził Sąd Okręgowy w Warszawie (wyrok z dnia 23.08.2018 r., XXIII Ga 540/18). Z takim niezamierzonym działaniem wykonawcy natomiast nie mamy do czynienia w sprawie, zaś treść RCO została sporządzona przez ETF niewątpliwie w sposób zamierzony;
b)omyłki te muszą przy tym - w przypadkach, o których mowa w pkt. 1 i 2 ww. przepisu - mieć charakter oczywisty i być natury pisarskiej lub rachunkowej - co w omawianym
w sprawie przypadku nie zachodzi;
c)co więcej, w przypadkach poprawy tzw. innej omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, w orzecznictwie jednoznacznie potwierdzone zostało (m.in. w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23.08.2018 r., XXIII Ga 540/18), że w celu zastosowania wskazanego przepisu wszystkie jego przesłanki muszą zostać spełnione łącznie.
W szczególności, zamawiający musi dysponować, na podstawie samej już treści oferty, informacjami na temat tego w jaki sposób należy dokonać poprawy oferty wykonawcy. Tymczasem „poprawy" oferty ETF - tak, by była ona zgodna z wymogiem opisanym w pkt. 13.5 IDW - można by dokonać co najmniej na 2 odmienne sposoby. Co ważniejsze jednak - Zamawiający samodzielnie, bez dodatkowego oświadczenia ETF nie jest w stanie ustalić woli wykonawcy innej niż wyrażona w ofercie. Zamawiający nie dysponuje na podstawie oferty wiedzą, czy w ramach ewentualnej poprawy miałby zmniejszyć wynagrodzenie za prace projektowe, czy też podwyższyć wynagrodzenie i w jaki sposób za roboty budowlane. Dlatego w ocenie Odwołującego, jak i w orzecznictwie Izby można znaleźć potwierdzenie tezy, że takowe działanie stanowi błąd w obliczeniu ceny, a nie omyłkę. Nie pozostawia wątpliwości regulacja Pzp, wskazując, że zakazane jest po dacie składania ofert dokonywanie jakichkolwiek modyfikacji przez wykonawcę. Złożenie zaś przez ETF na obecnym etapie oświadczenia jak spowodować zgodność oferty z SIWZ (jak doprowadzić do nieprzekroczenia wymaganych 5%) stanowiłoby de facto modyfikację oferty i dokonanie nowego obliczenia ceny.

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wskazał, że Zamawiający błędnie zaniechał dokonania czynności odrzucenia oferty ETF i zamiast tego w sposób nieuprawniony wybrał tę ofertę jako najkorzystniejszą w postępowaniu, czym naruszył powołane w odwołaniu przepisy prawa oraz podstawowe zasady postępowania o udzielenie zamówienia: uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości. Odwołujący wnosił zatem o uwzględnienie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, złożonych pismach procesowych wraz z załącznikami, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes
w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody
w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania
i oceny ofert, w tym zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy znajdującego się
w klasyfikacji przed ofertą Odwołującego oznacza, że potencjalne stwierdzenie naruszenia
w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie:
1)ETF Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich;
2)ETF S.A.S. z siedzibą we Francji;
Izba potwierdziła skuteczność zgłoszonego Przystąpienia. Przystępujący w złożonym na rozprawie piśmie procesowym

wnosił o uznanie odwołania za bezzasadne w całości.
Na rozprawie Odwołujący podtrzymał zarzuty i żądania odwołania.
Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości.

Biorąc pod uwagę zgromadzony materiał dowodowy, złożone oświadczenia oraz poczynione samodzielnie ustalenia, Izba uznała, że odwołanie w całości podlegało oddaleniu.

Sporną między Stronami kwestią jest sposób rozumienia treści postanowienia SIWZ ujętego w punkcie 13.5. Tomu I „INFORMACJA DLA WYKONAWCÓW' o następującym brzmieniu: *„Sumaryczna wartość pozycji RCO dotyczących wykonania dokumentacji projektowej w Tabeli Zbiorcze zestawienie kosztów (…) nie może przekroczyć 5% wartości Robót netto za wykonanie całości Zamówienia."*

W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, że Zamawiający, co przyznano w odpowiedzi na odwołanie, w żadnym miejscu dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie zdefiniował pojęcia *„Robót netto"*. Zdaniem Izby jednocześnie z dokumentacji tej niezbicie wynika, że Zamawiający nie stosował tego pojęcia zamiennie z innymi określeniami i pod powyższym nie miał na myśli jedynie robót budowlanych.

W dokumentacji postępowania można bowiem wyczytać, iż Zamawiający opisuje odrębnie zarówno roboty budowlane, pozostałe roboty, Roboty netto, używa także innych określeń.

To zaś implikuje wnioski, że wykładnia literalna, na którą wskazywał Odwołujący w odwołaniu, nie może być jako jedyna stosowana do ustalenia treści użytego w SIWZ sformułowania *„Roboty netto za wykonanie całości zamówienia"*.

Z materiału dowodowego złożonego na rozprawie przez Odwołującego wynika, że Zamawiający w różnych postępowaniach stosował różne zapisy SIWZ i wzoru umowy, odnosząc próg procentowy do różnych wartości z tabeli RCO. Nie jest zatem w żaden sposób uprawniona teza Odwołującego, że w instytucji Zamawiającego istnieje jeden utarty zwyczaj, jak należy interpretować sporny zapis. Złożone dokumenty pokazują raczej, że metodyka opisu wyceny dokumentacji projektowej ewoluowała u Zamawiającego.

Przepis art. 65 KC przy interpretacji oświadczeń woli nakazuje stosować się do ustalonych zwyczajów i zasad współżycia społecznego w danej sytuacji, w której składane było oświadczenie woli. Jeżeli nie istnieje ustalony zwyczaj, zastosowanie powinny znaleźć zasady współżycia społecznego, a te w zamówieniach publicznych przy istnieniu zapisów SIWZ, których interpretacja może być co najmniej dwutorowa, nakazują przyjąć interpretację korzystniejszą dla wykonawcy.

W związku z możliwością interpretacji zapisów SIWZ w rożny sposób, wszelkie niejasności, które mogą odnosić się do złożonych w postępowaniu ofert, odczytywać należy na korzyść wykonawców. Zostało to celnie wskazane przykładowo w wyroku KIO z 16.04.2015 r. sygn. akt: KIO 660/15: *„Należy wskazać, że obowiązuje swoista "święta" zasada, że wszelkie niejasności, dwuznaczności, niezgodności postanowień SIWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawców"*. Podkreślono także w uchwale KIO z 03.08.2017 r., sygn. akt: KIO/KD 38/17, że: *„Reguła ta wynika z prawniczej paremii »In dubio contra proferentem« znaczącej w języku polskim »Wątpliwości należy tłumaczyć przeciw autorowi«. Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający jest autorem ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, które zostały zredagowane przez Zamawiającego."* Podobnie wskazano w wyroku SO w Nowym Sączu z 18.03.2015 r., sygn. akt: III Ca 70/15: *„Zapisy w SIWZ (...) muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny; a wątpliwości powstałe na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Obowiązek takiego formułowania i tłumaczenia ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców przystępujących do przetargu (...)"* oraz w wyroku SO w Szczecinie z 07.03.2018 r., sygn. akt. VIII Ga 102/18), że: *„Wyrażona w art. 7 ust 1 p.z.p. zasada, obecnie formułowana jako zasada przejrzystości, oznacza również zakaz wyciągania negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązujących przepisów prawa krajowego, lecz jedynie z wykładni tych przepisów lub dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy lub sądownictwo występujących w tej dokumentacji luk [por. postanowienie TSUE z 13.07.2017 r. w sprawie C-35/17, Saferoad Grawil sp. z o.o. i Saferoad Kabex sp. z o. o. v. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Poznaniu; wyrok TSUE z 2.06.2016 r. w sprawie C-27/15, Pizzo v. CRGT Srl; wyrok TSUE z 7.04.2016 r. w sprawie C-324/14, Partner A. D. v. Zarządowi Oczyszczania Miasta, Monitor Prawniczy z 2016 r., Nr 11, s. 570; oraz wyrok TSUE z 10.05.2012 r. w sprawie C-368/10, Komisja Europejska v. Królestwo Niderlandów"*.

W ocenie składu orzekającego Izby pod pojęciem *„Roboty netto"* można zidentyfikować także inne elementy konieczne do wykonania zamówienia, nie stanowiące stricte robót budowlanych, w ujęciu „inżynierskim". Posiłkować można się rozróżnieniem Zamawiającego z PFU na roboty budowlane, prace projektowe i inne roboty, na co zwracał uwagę w piśmie procesowym Przystępujący. Nieuprawnionym jest identyfikowanie pojęcia *„roboty netto za wykonanie całości zamówienia"* jedynie z pracami budowlanymi do wykonania w rozumieniu ustawy Prawo budowlane i pozycją tabeli *„Łączny koszt robót budowlanych"*. Gdyby Zamawiający chciał, by wartość dokumentacji projektowej odnosić do wartości samych robót budowlanych, to jako autor dokumentacji i tabeli RCO wskazałby, że 5% próg liczyć należy do pozycji *„Łączny koszt robót budowlanych"*. Tymczasem Zamawiający wskazywał na *„sumaryczną wartość pozycji RCO"*, czy też *„wykonanie całości zamówienia"*. Te wszystkie elementy niewątpliwie odnoszą się co ceny globalnej za wykonanie całości przedmiotu zamówienia, czyli *„Robót netto"*. W ocenie Izby do tej wartości wyliczonej w pozycji *„Razem"* tabeli należało proporcjonalnie ustalić próg, który mogła osiągnąć cena za wykonanie dokumentacji projektowej. Interpretacja ta znajduje uzasadnienie, zwłaszcza jeżeli weźmie się pod uwagę fakt, że Zamawiający opisał jak rozumieć należy pojęcie „przedmiotu zamówienia", na który składa się tak wykonanie dokumentacji projektowej, jak też realizacja robót budowlanych oraz inne czynności prowadzące do ukończenia zadania inwestycyjnego.

W skład robót budowlanych w ujęciu zapisów SIWZ o *„robotach netto"* wchodzić miały zatem elementy jak, np. atestacja, certyfikacja, zamontowanie tablic, szeroko pojęta promocja, nie stanowiące w ujęciu generalnym robot budowlanych wykonywanych na placu budowy, jednak służące do osiągnięcia celu zakładanego dla prac budowlanych, jakim jest kompleksowe wykonanie pewnego zamierzenia inwestycyjnego. Stąd właściwym wydaje się odnoszenie pojęcia *„robót netto"* do całości robót (budowlanych i innych) składających się na przedmiot zamówienia.

Konkludując, Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia odwołania i nie dopatrzyła się naruszenia przepisów ustawy Pzp w działaniach Zamawiającego. Z tych powodów orzeczono jak w sentencji, oddalając odwołanie w całości.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

……