

WYROK

z dnia 7 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 października 2021r., w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 września 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Infrastruktury Komunikacyjnej DOLKOM sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz DROMOSTTOR POLSKA sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Lwówku Wrocławskim w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

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

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 625 zł 75 gr (słownie: sześćset dwadzieścia pięć złotych siedemdziesiąt pięć groszy) poniesioną przez Zamawiającego w związku z dojazdem na rozprawę.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący :

UZASADNIENIE

Zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021r., poz. 1129 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Wykonanie robót budowlanych dla zadania pn.: „Rewitalizacja tunelu liniowego w km 118,700 wraz z infrastrukturą towarzyszącą” realizowanego w ramach projektu pn.: „Prace na linii kolejowej nr 274 Wrocław - Zgorzelec na odcinku Wrocław - Jelenia Góra oraz przyległych łącznicach”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 czerwca 2021r., pod numerem 2021/S 118-311236.

W dniu 10 września 2021r. Odwołujący - Konsorcjum firm: Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Infrastruktury Komunikacyjnej „DOLKOM” sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz DROMOSTTOR POLSKA Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Lwówku Śląskim, wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu

naruszenie:

1. art. 223 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty co skutkowało podjęciem przedwczesnej decyzji o odrzuceniu oferty Wykonawcy, która w świetle okoliczności sprawy wbrew twierdzeniom Zamawiającego nie może być uznana w sposób niebudzący wątpliwości, iż jest niezgodna z treścią SWZ;

2. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez odrzucenie oferty Wykonawcy jako niezgodnej z wymaganiami SWZ podczas gdy z okoliczności sprawy wynika, iż oferta Wykonawcy jest zgodna z wymaganiami SWZ, które należy odczytywać w sposób literalny, czego zaniechanie ze strony Zamawiającego doprowadziło do zmiany wymagań SWZ po terminie składania ofert;

3. art. 16 pkt 2 Pzp poprzez dokonanie oceny oferty Odwołującego w sposób nie gwarantujący zachowania przejrzystości postępowania tj. obciążenie Odwołującego negatywnymi konsekwencjami sprzeczności postanowień SWZ skutkujących odrzuceniem

jego oferty;

4. art. 255 ust. 2 Pzp poprzez jego nieuzasadnione zastosowanie w sytuacji, w której poprzez bezzasadne uznanie, iż oferta Odwołującego nie spełnia wymagań SWZ i podlega odrzuceniu, oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu i winna podlegać dalszej ocenie zgodnie z postanowieniami SWZ;

W oparciu o tak sformułowane zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz oceny oferty Odwołującego oraz nakazanie unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;

ewentualnie

3. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz wezwania go do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, że w dniu 31 sierpnia 2021 r. Zamawiający dokonał odrzucenia jego oferty ze względu na jej niezgodność z warunkami zamówienia, polegającą na przewyższeniu wskaźnika procentowego określonego dla wyszczególnionych w pkt. 12.5.3 SWZ prac projektowych. W związku z tym, iż oferta Odwołującego była jedyną ofertą złożoną w postępowaniu, Zamawiający dokonał unieważnienia postępowania w oparciu o art. 255 ust. 2 Pzp.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w treści uzasadnienia odrzucenia oferty wyjaśnił, iż sumaryczna wartość netto pozycji Przedmiaru Robót dotycząca wykonania dokumentacji projektowej wynosi 1 013 310,00 zł. Następnie wskazał iż oferta netto z sumowanych pozycji Przedmiaru wynosi 1 445 812,20 zł. W oparciu o powyższe wyliczenia Zamawiający stwierdził, iż wartość dotycząca wykonania dokumentacji projektowej wynosi 70.09% wartości oferty netto z sumowanych pozycji Przedmiaru.

W ocenie Odwołującego Zamawiający w sposób błędny dokonał odczytania treści SWZ co w konsekwencji doprowadziło do nieuprawnionego przyjęcia, iż oferta Odwołującego podlega odrzuceniu. Podkreślił, że kluczową kwestią do wyjaśnienia pozostaje to w jaki sposób Zamawiający zapisał treść pkt. 12.5.3 SWZ oraz w jaki sposób dokonał oceny oferty w tym zakresie co doprowadziło do błędnego przekonania, iż oferta Odwołującego podlega odrzuceniu.

Wskazał, że w pkt. 12.5.3 SWZ, Zamawiający sformułował sposób określenie

wartości wymienionych w tym punkcie pozycji Przedmiaru Robót dotyczących wykonania dokumentacji projektowej: Sumaryczna wartość pozycji Przedmiaru Robót oznaczonych jako „R” (ryczałt) dotyczących wykonania dokumentacji projektowej:

- 1.01.03 Opracowanie projektu organizacji ruchu,
- 1.01.04 Opracowanie projektu technologicznego organizacji placu budowy,
- 1.01.05 Opracowanie projektu technologicznego wykonania robót budowlanych,
- 1.01.06 Opracowanie dokumentacji projektowej wykonawczej branży srk,
- 1.01.07 Opracowanie dokumentacji projektowej wykonawczej branży teletechnicznej,
- 1.01.08 Opracowanie projektu technologicznego zabezpieczenia linii kolejowej na czas robót budowlanych z uwzględnieniem ruchu pociągów,
- 1.01.09 Opracowanie projektu oznakowania ewakuacyjnego,
- 1.01.10 Opracowanie dokumentacji projektowej kanału odwodnieniowego DN500
od km 119.220 do km 119.750,
- 1.01.17 Opracowanie regulaminów zamknięć torowych i wyłączni sieci trakcyjnej,
- 2.05.01 Opracowanie dokumentacji dla zamknięć torowych wraz z robotami (R),
- 3.06.01 Opracowanie dokumentacji dla zamknięć torowych wraz z robotami (R),
- 4.05.01 Opracowanie dokumentacji dla zamknięć torowych wraz z robotami (R),
- 5.05.01 Opracowanie dokumentacji dla zamknięć torowych wraz z robotami (R),
- 6.05.01 Opracowanie dokumentacji dla zamknięć torowych wraz z robotami (R),
- 7.02.05 Opracowanie dokumentacji powykonawczej dla całego zakresu wykonanych prac - dla wszystkich branż,

nie może przekroczyć 7% wartości oferty netto za wykonanie robót z zsumowanych pozycji Przedmiaru: 2.05 SRK; 2.06 Teletechnika; 2.07 Odwodnienie; 3.06 SRK; 4.05 SRK; 5.05 SRK; 5.06 Teletechnika; 6.05 SRK.

Odwolujący stwierdził, że istotne w niniejszym stanie faktycznym jest ustalenie znaczenia pojęcia „wartość oferty netto”, która jego zdaniem jest ceną oferty obejmującą sumę wartości wszystkich pozycji podanych w wypełnionym Przedmiarze robót. Powyższe potwierdza również pkt. 12.6 SWZ zgodnie z którym: „Ceną oferty jest suma wartości wszystkich pozycji podanych w wypełnionym Przedmiarze Robót, powiększona o podatek VAT”. Tym samym w ocenie Odwołującego, intencją Zamawiającego było by wartość dokumentacji projektowej nie przekroczyła 7% ceny ofertowej netto. W przypadku, w którym Zamawiający miałby na myśli, iż chodzi mu o wartość konkretnych pozycji Przedmiaru Robót to powinien był sformułować zapis w analogiczny sposób do tego, jak uczynił to w przypadku pozycji Przedmiaru robót dotyczących dokumentacji projektowej: „Sumaryczna wartość pozycji Przedmiaru Robót oznaczonych jako „R” (ryczałt) dotyczących wykonania dokumentacji projektowej”. Powyższe jest o tyle istotne, iż wymienione przez Zamawiającego pozycje Przedmiaru: 2.05 SRK; 2.06 Teletechnika; 2.07 Odwodnienie; 3.06; SRK; 4.05 SRK; 5.05 SRK; 5.06 Teletechnika; 6.05 SRK, których rzekomo 7% wartości miała nie przekroczyć wartość dokumentacji projektowej nie przejawiają żadnej wartości. Zwrócić uwagę należy w tym miejscu, iż wskazane przez Zamawiającego pozycje Przedmiaru nie zawierały żadnej formuły, która miałaby doprowadzić choćby do sumowania wartości z jakichkolwiek innych pozycji. Pozycje te nie stanowiły żadnego podsumowania. De facto stanowiły one rozdział pomiędzy kolejnymi elementami koniecznymi do wykonania wyceny. Gdyby Zamawiający miał na myśli faktycznie odniesienie się do pozycji robót to wskazałby, podobnie jak miało to miejsce przy pozycjach Przedmiaru dotyczących dokumentacji projektowej, gdzie zostały wskazane konkretne pozycje obejmujące wykonanie konkretnych czynności za określoną przez wykonawcę wartość. Powyższe ma o tyle istotne znaczenie, iż zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą zapisy SWZ należy czytać w sposób literalny. Z tych też względów nawet gdyby faktycznie chodziło o sumę wartości przywołanych pozycji Przedmiaru Robót to i tak ich sumaryczna wartość wynosiłaby 0 (zero) co tym bardziej dawało Odwołującemu podstawę do przyjęcia, iż zapisy SWZ w pkt. 12.5.3 odnoszą się do całej wartości oferty netto. Nie ulega wątpliwości, iż wynik jakiegokolwiek mnożenia przez 0 doprowadziłby do sytuacji, iż sumaryczna wartość pozycji za dokumentację projektową nie mogłaby przekroczyć wartości 0. Powyższe zresztą byłoby sprzeczne z pkt. 12.5 SWZ gdzie zostało

wskazane w sposób wyraźny, iż wszystkie pozycje Przedmiaru Robót powinny być wypełnione oraz różne od zera.

Tymczasem biorąc pod uwagę treść uzasadnienia odrzucenia oferty Zamawiający dokonał oceny oferty Odwołującego w oparciu o niewyartykułowane w treści SWZ wymagania. Wykonawca w celu ustalenia co obejmuje kwota 1 445 812,20 zł wskazana w uzasadnieniu odrzucenia stanowiąca rzekomo sumę wartości pozycji Przedmiaru: 2.05 SRK; 2.06 Teletechnika; 2.07 Odwodnienie; 3.06; SRK; 4.05 SRK; 5.05 SRK; 5.06 Teletechnika; 6.05 SRK założył, iż być może Zamawiającemu chodziło o sumę wartości odpowiednio kolejnych pozycji Przedmiaru. Jednak z jego obliczeń wynika, że suma wartości pozycji objętych fragmentami Przedmiaru Robót wskazanymi od 1 do 6 wynosi 1 731 124,70 zł. Tym samym jest to wartość inna aniżeli została wskazana przez Zamawiającego w treści uzasadnienia odrzucenia oferty. Powyższe wskazuje, iż Zamawiający dokonując odrzucenia oferty nawet w oparciu o błędnie przyjęte wartości do sumowania, inne niż wartość oferty Odwołującego, dokonał w sposób całkowicie dowolny przyjęcia wartości której 7% nie mogła przekroczyć wartość dokumentacji projektowej. Mogło to być również skutkiem różnego od Wykonawcy sposobu zrozumienia treści SWZ w tym zakresie.

Odwołujący podkreślił, iż przyjmując za punkt wyjścia wartość 1 445 812,20 zł to 7% z tej kwoty wynosi 101 206,85 zł. Tym samym biorąc pod uwagę tok rozumowania Zamawiającego wartość dokumentacji projektowej nie mogłaby przekroczyć tej kwoty. Innymi słowy, przekładając powyższe na grunt konkretnej oferty Odwołującego, Zamawiający oczekiwał by niezależnie od faktycznego kosztu dokumentacji projektowej jej koszt został określony w przedmiarze jako kwota nie wyższa 101 206,85 zł. Odwołujący wskazał, że na etapie przygotowywania oferty pozyskał oferty od firm projektowych na zakres prac obejmujących wykonanie dokumentacji projektowej. Jednak żaden z oferentów nie wycenił kosztu opracowania dokumentacji projektowej, na kwotę choćby zbliżoną do kwoty 101 206,85 zł. Kwoty opracowania dokumentacji projektowej w niniejszym postępowaniu oscylują w okolicy miliona złotych netto. Przyjmując tok rozumowania Zamawiającego, Odwołujący cały koszt wykonania dokumentacji projektowej ponad kwotę 101 206 85 zł winien uwzględnić w innych pozycjach Przedmiaru Robót. Tymczasem zgodnie z pkt. 12.5.2 SWZ Zamawiający wskazał: „Każda pozycja Przedmiaru Robót oznaczona jako „R” (ryczałt) powinna zostać wyceniona zgodnie z zakresem w niej opisanym. Nie dopuszcza się wliczania kosztów wykonania jakiegokolwiek pozycji Przedmiaru Robót w inną pozycję Przedmiaru Robót”. Powyższe, zdaniem Odwołującego potwierdza w sposób jednoznaczny, iż przyjęcie odniesienia wskaźnika za wykonanie dokumentacji projektowej do innej wartości niż wartość oferty netto tak jak literalnie wynika z pkt. 12.5.3 SWZ doprowadziłoby do sytuacji, w której Wykonawca wbrew treści pkt. 12.5.2 SWZ zmuszony byłby do przenoszenia kosztu wykonania dokumentacji projektowej do innych pozycji Przedmiaru Robót.

W związku z tym, Odwołujący sporządzając ofertę po analizie zapisów SWZ przyjął, iż wymagania określone w pkt. 12.5.3 SWZ w zakresie dotyczącym wskaźnika procentowego określającego wartość dokumentacji projektowej należy odnieść do wartości oferty netto. Inny sposób interpretacji zapisów SWZ w przedmiotowym Postępowaniu nie mógł mieć miejsca z uwagi iż:

- wymienione przez w pkt. 12.5.3 SWZ pozycje Przedmiaru robót nie przejawiały żadnej wartości
- przyjęcie sposobu liczenia wartości dokumentacji projektowej w sposób zaproponowany przez Zamawiającego doprowadziłoby do powstania sytuacji, w której znaczną część kosztu dokumentacji projektowej należałoby przenieść do innych pozycji Przedmiaru Robót wbrew postanowieniom pkt. 12.5.2 SWZ.

Ponadto, w jego ocenie miał on prawo uznać, że wartość dokumentacji projektowej w przywołanych w SWZ pozycjach Przedmiaru Robót nie może przekroczyć 7% wartości oferty. Zgodnie ze złożonym przez niego Przedmiarem Robót wartość w/w pozycji za prace projektowe opiewa na kwotę: 1 013 310,00 PLN netto co stanowi około 1,01% wartości złożonej przez niego oferty. Wartość ta w stosunku do całej wartości zadania jest nieistotna. W konsekwencji, jego zdaniem, została zachowana intencja jaką zamierzał osiągnąć Zamawiający wprowadzając ograniczenie wartości prac projektowych w celu niedopuszczenia do tzw. „inżynierii cenowej” przez wykonawców. Co więcej wartość dokumentacji projektowej została wyceniona przez Wykonawcę na podstawie cen rynkowych i stanowi faktyczny koszt jaki Wykonawca będzie musiał ponieść na etapie realizacji zadania.

Tym samym brak jest podstaw, jak stwierdził Zamawiający do przyjęcia, iż Odwołujący popełnił nieusuwalny błąd w swoje ofercie dotyczący procentowej wartości dokumentacji projektowej. W ocenie Odwołującego oraz w świetle przywołanych w treści niniejszego odwołania okoliczności i argumentów oferta Odwołującego została złożona zgodnie z wymaganiami SWZ interpretowanymi w sposób dający się pogodzić z wykładnią literalną pkt.

12.5.3 SWZ jak również z wykładnią celowościową i brak jest potrzeby rozważania czy błąd jest usuwalny czy też nie. Zamawiający powinien co najmniej przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego zwrócić się na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp w celu wyjaśnienia treści złożonej oferty. Powyższe zapewne pozwoliłoby Zamawiającemu ustalić sposób rozumienia przez Wykonawcę zapisów SWZ, a tym samym pozwoliłoby to na prawidłową ocenę treści złożonej przez Wykonawcę oferty. Zaniechanie skierowania wezwania spowodowało co najmniej przedwczesne podjęcie i tak w ocenie Odwołującego bezzasadnej czynności odrzucenia oferty Odwołującego jako rzekomo niezgodnej z wymaganiami SWZ.

Tym samym biorąc pod uwagę choćby treść uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający nie sprostął ciężącemu na nim obowiązku udowodnienia, iż treść oferty Odwołującego jest niezgodna z treścią SWZ. Jak zostało to wykazane w niniejszym odwołaniu, Odwołujący nie ma wiedzy na podstawie jakich obliczeń Zamawiający obliczył kwotę 1 445 812,20 stanowiącą rzekomą wartość „oferty netto za wykonanie robót z sumowanych pozycji Przedmiaru”. Już choćby powyższe pokazuje, iż zarówno Zamawiający jak też Wykonawca w sposób odmienny mogli odczytać wymagania SWZ. Stąd też w sytuacji, w której możliwe jest nadanie różnych znaczeń postanowieniom SWZ i każde może być uznane za prawidłowe, to należy wszelkie w tym zakresie wątpliwości rozstrzygać na korzyść wykonawcy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę. Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SWZ, a także z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy.

Izba ustaliła, że przytoczone przez strony postępowania postanowienia SWZ są zgodne z treścią wynikającą z dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego, w związku z czym Izba odstąpiła od ponownego ich przytaczania w tym zakresie.

Izba ustaliła, że Zamawiający w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, powołał zapis punktu 12.5.3 SWZ i wskazał: „w myśl powyższego zapisu Zamawiający dokonał stosownych obliczeń.

Wykonawca w Przedmiarze Robót wskazał następujące wartości: sumaryczna wartość netto pozycji Przedmiaru Robót dotyczących wykonania dokumentacji projektowej - 1 013 310,00 zł, oferta netto za wykonanie robót z zsumowanych pozycji Przedmiaru - 1 445 812,20 zł.

Z wyliczeń Zamawiającego wynika, iż wartość dotycząca wykonania ww. dokumentacji projektowej wynosi 70,09% wartości oferty netto za wykonanie robót z ww. zsumowanych pozycji Przedmiaru.

W związku z powyższym niniejsze wyliczenia przewyższają wskaźnik, jaki został ustalony przez Zamawiającego w Instrukcji dla Wykonawców.

Zamawiający nie może uznać tego za oczywistą omyłkę rachunkową w myśl art. 223 ust. 2 pkt 2 i samodzielnie dokonać poprawienia cen ustalonych przez Wykonawcę, doprowadziłoby to bowiem do zmiany treści oferty w sposób istotny. Wykonawca zobowiązany został do wypełnienia Przedmiaru Robót według wytycznych Zamawiającego zawartych w treści Instrukcji dla Wykonawców. Każde odstępstwo od ustalonych przez Zamawiającego zasad powinno prowadzić do uznania, że treść oferty nie odpowiada treści SWZ. Oferta w swej warstwie merytorycznej powinna odpowiadać oczekiwaniom

Zamawiającego wyrażonym w dokumentacji postępowania. To Zamawiający określa elementy, które są dla niego istotne i będą stanowiły podstawę do merytorycznej oceny zgodności oferty z jego wymaganiami.

Zamawiający nie może również uznać tego błędu jako innej omyłki, polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującymi istotnych zmian w treści oferty w myśl art. 223 ust. 2 pkt 3. Podstawowym warunkiem umożliwiającym zastosowanie tego przepisu jest stwierdzenie, że dokonanie poprawy nie spowoduje istotnych zmian treści oferty. W ocenie Zamawiającego warunek ten nie został spełniony. Dokonanie poprawy takiej omyłki spowoduje istotne zmiany w treści oferty oraz w istotny sposób zmieni oświadczenie woli Wykonawcy zawarte w ofercie.

Wobec tego faktu, Zamawiający na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy Pzp odrzuca ofertę Wykonawcy, ponieważ ustalono w sposób nie budzący wątpliwości, że jest niezgodna z treścią SWZ. Oferta Wykonawcy nie zapewnia realizacji zamierzonego i opisanego w SWZ celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SWZ wymaganiom. Zgodnie z normą wyrażoną w art. 17 ust. 2 Ustawy Pzp zamówienia udziela się Wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Ustawy. Postępowanie o udzielenie zamówienia ma zatem prowadzić do wyboru Wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, który złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu."

Izba zważyła:

Izba uwzględniając postanowienie punktu 12.5.3. SWZ stwierdziła, że Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, bowiem oferta tego wykonawcy pozostawała w sprzeczności z warunkami zamówienia określonymi w punkcie 12.5.3 SWZ.

W ocenie składu orzekającego zapis wynikający z punktu 12.5.3 SWZ był jasny i precyzyjny, i w sposób nie budzący żadnych wątpliwości interpretacyjnych określał sposób obliczenia procentowej wartości dotyczącej wykonania dokumentacji projektowej, która nie mogła przekraczać 7% wartości oferty netto za wykonanie robót ze ściśle określonych, zsumowanych pozycji Przedmiaru. W treści powyższego punktu jednoznacznie ustalone zostało przez Zamawiającego, że 7% należało policzyć od wartości oferty netto za wykonanie robót z zsumowanych pozycji Przedmiaru: 2.05 SRK; 2.06 Teletechnika; 2.07 Odwodnienie; 3.06 SRK; 4.05 SRK; 5.05 SRK; 5.06 Teletechnika; 6.05 SRK, a więc nie od całej ceny oferty netto. W opinii Izby użycie przez Zamawiającego sformułowania „zsumowane pozycje Przedmiaru” w sposób niebudzący żadnych wątpliwości oznaczało, że każda z pozycji Przedmiaru w sposób enumeratywnie określonych przez Zamawiającego, dotycząca robót musi zostać zsumowana i powyższe stanowić ma podstawę do określenia procentowej wartości opracowania dokumentacji projektowych. Odwołujący wskazując, że pozycje Przedmiaru 2.05 SRK; 2.06 Teletechnika; 2.07 Odwodnienie; 3.06 SRK; 4.05 SRK; 5.05 SRK; 5.06 Teletechnika; 6.05 SRK nie posiadają żadnej wartości kwotowej zdaje się nie zauważać, że w skład danej pozycji wchodzi szereg podpozycji i jasne jest, że zsumowaniu mają podlegać właśnie te, które robót dotyczą i to na ich podstawie, obowiązkiem wykonawcy było obliczenie dopuszczalnej wartości wykonania dokumentacji projektowej. Ewidentnym jest bowiem, iż pozycje „2.05 SRK; 2.06 Teletechnika; 2.07 Odwodnienie; 3.06 SRK; 4.05 SRK; 5.05 SRK; 5.06 Teletechnika; 6.05 SRK” są to tytułowe pozycje określonych działów robót i logicznym jest, iż sumaryczna wartość odnosi się do pozycji znajdujących się pod przytoczonymi tytułami jako wartość sumaryczna tych pozycji w zakresie Robót. Nie do zaakceptowania jest natomiast prezentowane przez Odwołującego stanowisko jakoby 7% należało policzyć od wartości oferty netto. Odwołujący zdaje się nie zauważać końcowego fragmentu postanowienia punktu 12.5.3 SWZ, gdzie Zamawiający wprost określił, że wartość ta „nie może przekroczyć 7% wartości oferty netto za wykonanie robót z zsumowanych pozycji Przedmiaru: 2.05 SRK; 2.06 Teletechnika; 2.07 Odwodnienie; 3.06 SRK; 4.05 SRK; 5.05 SRK; 5.06 Teletechnika; 6.05 SRK”. Podkreślić należy, że jeżeli - jak wynika z fragmentu odwołania „może Zamawiającemu chodziło o sumę wartości odpowiednio kolejnych pozycji Przedmiaru” - Odwołujący miał wątpliwości jak określić sposób obliczenia wartości prac projektowych, to jego obowiązkiem było zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienie powyższej kwestii, co znajduje potwierdzenie w wyroku Sądu Najwyższego z 5 czerwca 2014r., sygn. akt IV CSK 626/2013. Zaniechanie zwrócenia się do Zamawiającego o udzielenie odpowiedzi w zakresie posiadanych przez wykonawcę wątpliwości, na obecnym

etapie postępowania obciąża jedynie Odwołującego, bowiem - pomimo jasnego zapisu SWZ - spowodowało złożenie przez niego oferty niezgodnej z ustalonymi przez Zamawiającego warunkami zamówienia.

W konsekwencji zarzut dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp podlegał oddaleniu.

Izba za niezasadny uznała także zarzut dotyczący naruszenia art. 223 ust. 1 Pzp. Zauważyć należy, że zgodnie z ww. przepisem w toku badania i oceny ofert Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Podkreślić należy, że w przypadku gdy Zamawiający poweźmie jakiegokolwiek wątpliwości co do treści złożonej oferty, może żądać od wykonawcy stosownych wyjaśnień. Uwzględniając jednak przedmiotowy stan faktyczny, w ocenie Izby, nie zaistniały żadne okoliczności które winny wzbudzić wątpliwości Zamawiającego odnośnie treści oferty Odwołującego w zakresie wartości opracowania dokumentacji projektowej, która aż o 63% przekraczała wskaźnik ustalony przez Zamawiającego i w sposób niebudzący żadnych wątpliwości była niezgodna z punktem 12.5.3 SWZ.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Pzp z 2019 r. w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....