Sygn. akt: KIO 3728/21

WYROK

z dnia 14 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska
Członkowie: Marzena Ordysińska, Anna Osiecka
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2021 r. przez wykonawcę: Track Tec Construction Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie

przy udziale:

A. wykonawcy: Kolejowe Zakłady Automatyki S.A. z siedzibą w Katowicach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: AZD PRAHA s.r.o., AZD Polska Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Pradze zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

C. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: ELKOL Sp. z o.o., KZA Przedsiębiorstwo Automatyki i Telekomunikacji S.A. z siedzibą lidera w Bytomiu

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

D. wykonawcy: TORPOL S.A. z siedzibą w Poznaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

E. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Krakowskie Zakłady Automatyki S.A., Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Krakowie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

F. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: PORR S.A., SABEL Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Warszawie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych;

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. 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 wykonawcę: Track Tec Construction Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcy: Track Tec Construction Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....

Sygn. akt: KIO 3728/21

UZASADNIENIE

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie (jednostka prowadząca postępowanie - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Centralny z siedzibą w Warszawie) - dalej: „zamawiający", prowadzi postępowanie

o udzielenie zamówienia publicznego, o wartości zamówienia wyższej niż progi unijne, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp" pn. Zaprojektowanie i budowa nowych urządzeń srk w stacji Zawiercie oraz roboty towarzyszące w ramach projektu pn. „Modernizacja linii kolejowej nr 4 - Centralna Magistrala Kolejowa etap II"; numer postępowania: 9090/IREZA1/12372/03433/21/P (dalej: „postępowanie" lub „zamówienie").

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 lipca 2021 r. pod numerem: 2021/S 141-376112.

Zamawiający w dniu 13 grudnia 2021 r. przesłał wykonawcom zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej, następnie 14 grudnia 2021 r. przesłał do wszystkich wykonawców pismo, stanowiące odpowiedź na wniosek jednego z nich zawierające wyjaśnienie sposobu dokonania przeliczenia cen ujętych w Rozbiciu Ceny Ofertowej (dalej „RCO") o wskaźnik upustu, o którym mowa w pkt 21.17 Instrukcji dla Wykonawców (dalej „IDW"), stanowiącej Tom I Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ").

W dniu 23 grudnia 2021 r. przez wykonawcę: Track Tec Construction Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej „odwołujący") zostało wniesione odwołanie od niezgodnych

z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań zamawiającego, podjętych w postępowaniu, polegających na:

1. zaniechaniu unieważnienia postępowania pomimo, że obarczone jest ono niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w związku z dokonaniem przez zamawiającego na etapie po otwarciu złożonych w postępowaniu ofert, bo w dniu 14 grudnia 2021 r., zmiany w dokumentacji postępowania w zakresie ustalenia poziomu ceny ofertowej po aukcji elektronicznej;

2. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum Krakowskie Zakłady Automatyki S.A. oraz Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o. (dalej: „KZA); wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PORR S.A. oraz SABEL Sp. z o.o., (dalej: „PORR") pomimo, że oferty te zostały złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji;

3. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawców: KZA i PORR pomimo, że treść tych ofert jest niezgodna z warunkami zamówienia;

4. zaniechaniu skierowania do wykonawców KZA i PORR wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie treści ich ofert, co do ich zgodności dokumentacją postępowania;

5. zaniechaniu skierowania do wykonawców KZA i PORR wezwania do wyjaśnień w zakresie ceny ofert tych wykonawców przed zaproszeniem tych wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 137 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie przez zamawiającego, na etapie po otwarciu złożonych w postępowaniu ofert, bo w dniu 14 grudnia 2021 r., zmiany

w dokumentacji postępowania w zakresie, który ma istotne znaczenie dla warunków, na jakich wykonawcy mogą licytować i w zakresie, jaki ma wpływ na ustalenie cen oferowanych w toku aukcji elektronicznej, poprzez zmianę sposobu ustalenia ostatecznego poziomu ceny ofertowej po aukcji elektronicznej. Zamawiający w następujący sposób zmodyfikował treść SWZ (pkt. 21.16 i 21.17 IDW): „Zamawiający nie może na podstawie punktu 21.17 IDW obliczyć upustu dla prawa opcji jako, że nie podlega ono aukcji" podczas gdy do czasu dokonania zmiany przez zamawiającego w dniu 14 grudnia 2021 r., z postanowień pkt. 21.16 i 21.17 IDW wynikało, że cena oferty wyliczana będzie w ten sposób, że na podstawie obliczonego wskaźnika upustu obniżona zostanie nie tylko kwota za zakres podstawowy, ale także kwota wynagrodzenia zaoferowana przez wykonawców za realizację Opcji 1 i Opcji 2. Tym samym zamawiający doprowadził do sytuacji, w której znając zaoferowane przez wykonawców kwoty za Opcję 1 i Opcję 2, dokonał zmiany postanowień dokumentacji postępowania na korzyść tych wykonawców, którzy zaoferowali bardzo niskie ceny w ramach Opcji 1 i Opcji 2
tj. wykonawcy KZA oraz wykonawcy PORR, bowiem wykonawcy ci, na skutek zmiany postanowień dokumentacji przetargowej, mogli składać postąpienia o niższej wartości, mając na względzie, że bardzo niska cena zaoferowana w ramach Opcji kompensować będzie niższy ogólny upust zaoferowany w toku aukcji w odniesieniu do zakresu podstawowego i jednocześnie zamawiający zaniechał przeprowadzenia procedury wyłonienia wykonawcy oferującego najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu w sposób gwarantujący zachowanie zasad równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, a wady postępowania nie można usunąć inaczej jak tylko poprzez unieważnienie i powtórzenie aukcji lub ostatecznie unieważnienie samego postępowania;

2. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczeniu nieuczciwej konkurencji (dalej "uznk") w związku z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty KZA i PORR pomimo, że oferty te zostały złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk, co doprowadziło do utrudnienia dostępu do rynku innym wykonawcom, w tym odwołującemu, z powodu doprowadzenia do sytuacji dokonania przez zamawiającego modyfikacji pkt 21.16 i 21.17 IDW, co opisano powyżej; działania i zaniechania zamawiającego uniemożliwiają równą, uczciwą konkurencję, z uwagi na to, że wpływają zarówno na kształtowanie cen przez wykonawców w toku aukcji, jak i na kształtowanie strategii licytowania; z ostrożności bowiem, jeżeli przyjąć, że zamawiający nie dokonał

modyfikacji pkt 21.16 i 21.17 IDW, czyli zakres Opcji 1 i 2 nie podlega przeliczeniu po licytacji, to działanie wykonawcy KZA oraz PORR (tj. rażąco niska wycena ceny Opcji) należy zakwalifikować jako złożenie oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji,

a działania i zaniechania zamawiającego polegające na zaniechaniu odrzucenia tych ofert stanowią naruszenie wskazanych wyżej przepisów;

3. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z w związku z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty KZA i PORR pomimo, że treść tych ofert jest niezgodna z pkt 12.4 i 12.5 SWZ, co jednocześnie stanowi naruszenia zasad zapewniających zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

4. art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 232 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania KZA i PORR do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty tych wykonawców w zakresie wyceny Opcji 1 i Opcji 2, tj. pozycji niepodlegających licytacji w ramach aukcji elektronicznej, które stanowią istotne części składowe ceny oferty, przed zaproszeniem do udziału w aukcji elektronicznej wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia postępowania z uwagi na to, że obarczone jest ono niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w związku z dokonaniem przez zamawiającego po otwarciu złożonych w postępowaniu ofert - w dniu 14 grudnia 2021 r. - zmiany w dokumentacji postępowania w zakresie ustalenia poziomu ceny ofertowej po aukcji elektronicznej;

ewentualnie, gdyby powyższy zarzut się nie potwierdził:

2. unieważnienia czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu w postępowaniu i przeprowadzenia aukcji elektronicznej ponownie z udziałem wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu;

3. odrzucenia ofert wykonawcy PORR i wykonawcy KZA, jako ofert złożonych w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji;

4. unieważnienia czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu w postępowaniu i przeprowadzenia aukcji elektronicznej ponownie z udziałem wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu;

5. odrzucenia ofert wykonawców PORR i KZA z powodu niezgodności treści ofert tych wykonawców z pkt 12.4 i 12.5 IDW;

6. wezwania wykonawców PORR i KZA do złożenia wyjaśnień treści złożonych ofert, także w zakresie wyjaśnień dotyczących cen tych ofert;

7. ponownego zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu w postępowaniu.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania.

Odnosząc się do zarzutów naruszenia art. 137 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 255 pkt

6 ustawy Pzp w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 Pzp w pierwszej kolejności przywoływał zapisy SWZ, które uznał za istotne dla oceny niniejszego zarzutu, w szczególności Rozdziału 21 IDW pn. Aukcja, w którym zamawiający określił warunki przeprowadzenia aukcji elektronicznej oraz późniejszego przeliczenia ceny oferty. W jego ocenie w treści SWZ zamawiający przesądził, że wartością licytowaną w ramach aukcji elektronicznej będzie cena dla zakresu podstawowego. Następnie, ostateczna cena oferty zostanie obliczona poprzez przemnożenie wskaźnika upustu cenowego i poszczególnych pozycji ceny ofertowej, w tym za Opcję 1 i 2 (poz. 11 i 12 RCO). Oznacza to, że ostatecznie przeliczona będzie nie tylko cena za zakres podstawowy, ale także zakres opcjonalny z zastosowaniem wskaźnika upustu ustalonego w toku aukcji elektronicznej. Podkreślał,

że powyższe zapisy SWZ należy interpretować literalnie, zgodnie z zasadami wykładni językowej. Zamawiający w innych postępowaniach, w których stosuje analogiczne postanowienia w dokumentacji postępowania, przy przeliczaniu ceny oferty po zakończeniu aukcji elektronicznych, stosuje ustalony w toku aukcji wskaźnik upustu, zarówno do zakresu podstawowego, jak i do ceny opcji. Wobec powyższego, należy ustalić, że jest to stałą praktyką zamawiającego, która jak dotąd nie budziła wątpliwości w przypadku identycznych postanowień dokumentacji postępowania.

Następnie wskazał, że zamawiający w dniu 13 grudnia 2021 r. skierował do wykonawców zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej, której termin wyznaczył na dzień 15 grudnia 2021 r.

Ponadto, zamawiający w dniu 14 grudnia 2021 r. (dzień przed wyznaczonym terminem aukcji elektronicznej) przedstawił pismo „wyjaśniające treść SWZ" a w rzeczywistości dokonała w nim modyfikacji treść dokumentacji postępowania w taki sposób, że zmienił dotychczasowe postanowienia pkt 21.16 IDW i 21.17 IDW. Wobec tego działanie zamawiającego w sposób rażący naruszyło przepisy art. 137 ust. 1 ustawy Pzp i stanowi o takiej wadzie postępowania, której nie można usunąć w inny sposób, jak tylko poprzez unieważnienie postępowania. Konsekwencją naruszenia art. 137 ust. 1 ustawy Pzp jest bezsprzeczne naruszenie ustawy Pzp, zatem w przypadku dalszego procedowania postępowania w celu zawarcia umowy

o wykonanie zamówienia publicznego nie może znikać z pola widzenia, że ewentualna umowa obarczona będzie wadą w postaci obligatoryjnej przesłanki do unieważnienia umowy wynikającej z art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Odwołujący zaznaczył, że podniósł niniejszy zarzut z uwagi na niejednolite orzecznictwo Izby i poglądy doktryny, które w niektórych sytuacjach uznaje aukcję elektroniczną za czynność „niepowtarzalną".

W przypadku, gdyby Izba nie uwzględniła żądania dotyczącego unieważnienia postępowania, odwołujący wskazał na konieczność powtórzenia aukcji elektronicznej według zasad pierwotnie określonych w IDW tj. sprzed zmiany z dnia 14 grudnia 2021 r. Odnosząc się do realiów tej sprawy należy uznać, iż mamy do czynienia z naruszeniem przepisu ustawy Pzp, które ma istotny wpływ na wynik postępowania. W niniejszej sprawie aukcja powinna zostać powtórzona również z uwagi na nieprawidłowy krąg zaproszonych wykonawców

tj. zaproszenie KZA i PORR, których oferty powinny zostać odrzucone.

Następnie, uzasadniając zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 2 pkt 1 uznk w związku z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp wskazywał, że działania i zaniechania zamawiającego, które miały miejsce w toku prowadzonego postępowania uniemożliwiają równą, uczciwą konkurencję z uwagi na to, że wpływają zarówno na kształtowanie cen przez wykonawców w toku aukcji, jak i na kształtowanie strategii licytowania.

Z ostrożności bowiem, jeżeli przyjąć, że zamawiający nie dokonał modyfikacji pkt

21.16 i 21.17 IDW, czyli zakres Opcji 1 i 2 nie podlega przeliczeniu po licytacji, to działanie wykonawcy KZA oraz PORR (tj. rażąco niska wycena ceny Opcji) należy zakwalifikować jako złożenie oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a działanie zamawiającego polegające na zaniechaniu odrzucenia tych ofert stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 2 pkt 1 uznk w związku z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący zwracał uwagę na rozbieżności w wycenie Opcji 1 i Opcji 2, sporządzonej przez poszczególnych wykonawców, szczególnie odnosząc się do cen zaoferowanych przez KZA i PORR w stosunku do pozostałych oferentów. Przypomniał, że minimalne postąpienie w ramach aukcji to 800 000 zł., a zatem oczywistym jest, że zarówno wykonawca KZA jak i wykonawca PORR, na skutek korzystnej tylko dla tych wykonawców modyfikacji dokumentacji postępowania dokonanej w dniu 14 grudnia 2021 r., zyskali ogromny „zapas" w licytowaniu - KZA ok. 9 000 000,00 zł. a PORR ok 5 000 000,00 zł., co wypełnia znamiona przesłanki wskazanej w art. 3 uznk w zw. z art. 15 ust. 2 uznk, a tym samym stanowi podstawę do odrzucenia oferty tych wykonawców na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

W konsekwencji zaoferowania tak oczywiście rażąco niskich cen w ramach Opcji 1 i Opcji 2 przez PORR i KZA, uznać należy za nieuczciwe działanie, zmierzające do uzyskania wyższej pozycji w rankingu złożonych ofert, co podlega kwalifikacji jako czyn

nieuczciwej konkurencji i stanowi podstawę odrzucenia oferty z postępowania wskazaną w art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Dodatkowo, w przypadku zaoferowania ceny składowej nieuwzględniającej kosztów realizacji odpowiadającego jej świadczenia, oprócz sytuacji "przeniesienia" tych kosztów do innej pozycji, istnieje również możliwa sytuacja, że koszty te nie zostały nigdzie uwzględnione, co w konsekwencji będzie prowadzić do wniosku, że całkowita cena oferty jest rażąco niska, a zatem, że zaistniała podstawa do odrzucenia oferty wskazana w art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Dokonanie zatem przez zamawiającego po otwarciu złożonych w postępowaniu ofert, w dniu 14 grudnia 2021 r., zmiany w dokumentacji postępowania w zakresie ustalenia poziomu ceny ofertowej, w taki sposób, że „Zamawiający nie może na podstawie punktu

21.17 IDW obliczyć upustu dla prawa opcji jako, że nie podlega ono aukcji", podczas gdy do czasu dokonania zmiany przez zamawiającego w dniu 14 grudnia 2021 r., z postanowień pkt. 21.17 IDW wynikało, że cena oferty wyliczana będzie w ten sposób, że na podstawie wylicytowanego upustu obniżona zostanie także kwota wynagrodzenia zaoferowana przez wykonawców

za realizację Opcji 1 i Opcji 2 powoduje uprzywilejowanie pozycji wykonawców, którzy zaoferowali bardzo niskie ceny w ramach Opcji 1 i Opcji 2 tj. wykonawcy KZA oraz wykonawcy PORR, bowiem wykonawcy Ci, na skutek zmiany postanowień dokumentacji przetargowej mogli składać postąpienia na niższe wartości, mając na względzie, że rażąco niska cena zaoferowana w ramach Opcji kompensować będzie mały upust zaoferowany w toku aukcji

na zamówienie podstawowe. Tym samym zamawiający dopuścił do udziału w postępowaniu wykonawców, których oferty powinny zostać odrzucone, ponieważ ich złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. W konsekwencji należy stwierdzić, że zamawiający zaniechał przeprowadzenia procedury wyłonienia wykonawcy oferującego najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu, w sposób gwarantujący zachowanie zasad równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji.

W dalszej części odwołujący odniósł się do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z w związku z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty KZA i PORR pomimo, że treść tych ofert jest niezgodna z pkt 12.4 i 12.5 SWZ.

W jego ocenie złożenie ofert przez wykonawców KZA i PORR, które zawierają tak niskie ceny w ramach Opcji 1 i Opcji 2 sprawia, że ewidentnie konieczne było wyjaśnienie treści złożonych ofert w postępowaniu i zweryfikowanie, czy oferty te obejmują pełen zakres przedmiotu zamówienia w ramach prawa Opcji. Zaoferowanie przez tych wykonawców, za wykonanie zamówień w ramach Opcji wywołuje oczywiste podejrzenie, że: są to ceny nieuwzględniające kosztów jakie będzie należało ponieść z tytułu realizacji tego zakresu zamówienia; koszty te zostały ujęte w ramach innych pozycji cenowych, co jest z kolei niezgodne z dokumentacją postępowania (pkt 12.4 i 12.5 IDW) - cena każdej z pozycji RCO musi uwzględniać koszt realizacji danego zakresu zamówienia.

W ocenie odwołującego, wykonawcy KZA i PORR, wobec których istotnych części składowych cen ofert, tak istotne wątpliwości nasuwają się automatycznie - pojawienie się tych wątpliwości jest oczywiste - powinni byli zostać wezwani przez zamawiającego do wyjaśnień w zakresie istotnych części składowych cen ich ofert w zakresie Opcji i dopiero, po zbadaniu złożonych wyjaśnień zaproszeni do udziału w aukcji. To KZA i PORR obowiązani byli

do wykazania, że zaoferowana przez każdego z nich cena oferty jest realna i uwzględnia wszystkie koszty, jakie wykonawca obowiązany będzie ponieść w związku z realizacją danego świadczenia. Ciężar dowodu w powyższym zakresie przejść powinien zatem na KZA i PORR.

Dalej odwołujący przywoływał treść przepisu art. 218 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę, z wyjątkiem przypadków określonych w ustawie. Tymczasem partner w Konsorcjum KZA - Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o. - złożył de facto dwie oferty w postępowaniu - jako konsorcjant KZA oraz jako podwykonawca PORR - zgodnie z treścią zobowiązania Bombardier, jakie PORR przedłożył wraz ze swoją ofertą zamawiającemu. Tym samym zamawiający zaniechał przeprowadzenia procedury wyłonienia wykonawcy oferującego najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu, w sposób gwarantujący zachowanie zasad równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. Mając na uwadze oferta wykonawcy KZA podlega odrzuceniu jako niezgodna z przepisami ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że przepisy ustawy Pzp nie zawierają definicji legalnej czynu nieuczciwej konkurencji i odsyłają w tym zakresie do przepisów uznk. Art. 3 tej ustawy określa katalog czynów nieuczciwej konkurencji, a w ust. 1 stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przepis ten posługuje się klauzulą generalną, która wyznacza kategorię czynów nieuczciwej konkurencji, poprzez odwołanie się nie tylko do sprzeczności czynu z prawem, ale także z dobrymi obyczajami, oraz stawia wymóg, aby czyn zagrażał albo naruszał interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ustawodawca dostrzegając niemożność wyczerpującego wskazania działań, które będą sprzeczne z uczciwą konkurencją, jedynie przykładowo wskazał w art. 3 ust. 2 uznk czyny stanowiące delikty nieuczciwej konkurencji, nie wykluczając tym samym tzw. niestypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji (tak w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 9 czerwca 2009 r. sygn. akt II CSK 44/09). W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, iż za czyn nieuczciwej konkurencji można między innymi uznać manipulację przez wykonawcę ceną lub istotną częścią składową ceny oferty, w sytuacji gdy zaoferowane istotne części składowe ceny oferty są nierynkowe, nierealne i nakierowane wyłącznie na uzyskanie lepszej pozycji w rankingu złożonych ofert (tak np. w wyrokach Izby: z dnia 7 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1042/20; z dnia 28 marca 2017 r., sygn. akt KIO 473/17; z dnia 18 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 7/13; z dnia 14 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1240/13, KIO 1246/13, KIO 1248/18; z dnia 26 września 2012 r., sygn. akt KIO 1934/18; z dnia 5 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 640/11). Podobne stanowisko zostało wyrażone przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (Kontrola UZP nr UZP/DKD/KND/14/13).

Z takim czynem nieuczciwej konkurencji, zdaniem odwołującego, mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Nie ulega bowiem wątpliwości, że ceny za Opcję 1 i Opcję 2 stanowią istotną cześć składową ceny oferty, z kolei wykonawcy KZA i PORR w tym zakresie zaoferowali ceny rażąco niskie, przerzucając koszty realizacji zamówienia z Opcji do zakresu podstawowego.

Odwołujący zarzucił ponadto zamawiającemu, że ten naruszył przepisy art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 232 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp z tego powodu, że zaniechał wezwania KZA i PORR do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty tych wykonawców dla Opcji 1 i Opcji 2.

Przypomniał, że cena za każdą z pozycji wskazanych w RCO, w tym za obie Opcje, stanowi istotną część składową ceny oferty każdego z wykonawców biorących udział w postępowaniu. Z kolei art. 224 ust. 1 Pzp wprost wskazuje, iż część składowa ceny ofertowej może stanowić przesłankę uznania ceny za rażąco niską. W świetle tego przepisu zasadnicze znaczenie dla ustalenia, czy element składowy ceny może być badany pod kątem przesłanek rażąco niskiej ceny ma zatem ustalenie, czy ów składnik cenowy ma charakter istotny.

Przepisy ustawy Pzp pojęcia "istotnej" części składowej ceny nie definiują. Zgodnie z definicją słownikową pojęcie to oznacza „taki, który ma duże znaczenie lub duży wpływ na coś” (Wielki Słownik Języka Polskiego PA Wydaje się zatem, że za podstawowe kryteria determinujące możliwość badania składnika ceny ofertowej pod kątem rażąco niskiej winny być uznane okoliczności takie jak to, czy badany składnik stanowi znaczną część całej ceny ofertowej lub też czy składnik ten miał duży wpływ na ww. cenę oraz na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Takie stanowisko znajduje potwierdzenie również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (tak np. wyrok KIO z dnia 24 września 2014 r., sygn. akt: KIO 1844/14 oraz z dnia 24 sierpnia 2012 r., sygn. akt: KIO 1734/12). Odwołujący wskazał również fragment opinii Prezes UZP pt. "Badanie rażąco niskiej ceny po nowelizacji", zachowującej aktualność w nowym stanie prawnym, który odnosił się do badania rażąco niskiej ceny w kontekście jej istotnych części składowych.

Odwołujący przypomniał również, że zgodnie z art. 232 ust. 1 Pzp zamawiający zaprasza do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, przy użyciu połączeń elektronicznych wskazanych w zaproszeniu. Powyższy przepis nie stanowi tylko uprawnienia zamawiającego do badania i oceny ofert w zakresie prawidłowości cen przed aukcją elektroniczną, ale wprowadza obowiązek przeprowadzenia takiego badania. Nie ma przy tym, zdaniem odwołującego, znaczenia fakt, że zamawiający może oraz powinien przeprowadzić kolejną analizę cen ofert po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej. Z żadnego przepisu prawa nie wynika możliwość odstąpienia od badania i oceny ofert przed zaproszeniem wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej - ustawodawca wprost wskazuje bowiem na możliwość zaproszenia wykonawców „którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu”.

Wobec tego, zamawiający miał przed wszczęciem aukcji obowiązek wezwania KZA

i PORR do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ istotne części składowe ceny oferty KZA i PORR (za Opcje 1 i 2) wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz winny wzbudzić wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia oraz wynikającymi z odrębnych przepisów. Odwołujący zaznaczył, że ceny Opcji 1 i Opcji 2 stanowią istotne części składowe ceny oferty KZA i PORR, z uwagi na charakter merytoryczny oraz znaczenie nadane przez zamawiającego, co wynika z treści SWZ - Rozdział 2 IDW pn. „Krótki Opis przedmiotu zamówienia" w którym w pkt. 2.2.2 pn. „Zakres opcjonalny" zamawiający opisał co wchodzi w zakres świadczenia w ramach Opcji. I tak zakres Opcji 2 (pkt 12.1 i 12.2 RCO), opisany przez zamawiającego także w pkt 7 PFU, polega na dostosowaniu urządzeń sterowania ruchem kolejowym (srk), które będą zabudowane w ramach niniejszego projektu inwestycyjnego, do współpracy z urządzeniami przewidzianymi do zabudowy w ramach innych (przyszłych) zamówień. Zamawiający

w ramach przyszłych postępowań zamierza zabudować komputerowe urządzenia srk na stacji Łazy (stacja sąsiadująca ze stacją Zawiercie) oraz zabudować na stacji Zawiercie system ERTMS/ETCS poziomu 2. Zmiany w urządzeniach srk na stacji Zawiercie w związku z zabudową urządzeń na stacji Łazy wyceniona jest w pozycji 12.2 RCO, natomiast w związku z budową systemu ERTMS/ETCS poziomu 2 w pozycji 12.1. System ERTMS/ETCS poziomu 2 jest niejako „nakładką" na system srk warstwy podstawowej, który będzie zbudowany

w ramach niniejszego zamówienia. Nałożenie systemu ERTMS/ETCS poziom 2 powoduje konieczność dostosowania urządzeń warstwy podstawowej, co najmniej w zakresie aplikacji komputerowych urządzeń, poprzez dedykowane narzędzia programistyczne, których sposób działania oraz niezbędne „know-how" są w rękach producentów takich urządzeń. Z kolei w pkt. 3.5.5.2 ppkt 7 PFU zamawiający definiuje według jakiej specyfikacji interfejsu należy takie powiązanie z systemem ERTMS/ETCS poziom 2 wykonać.

Odwołujący nadmienił również, że przyszła zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 jest spełnieniem zobowiązań Polski względem wymagań Komisji Europejskiej wynikających z art. 6 ust. 4 rozporządzenia Komisji (UE) nr 2016/919 z dnia 27 maja 2016 r. w sprawie technicznej specyfikacji interoperacyjności w zakresie podsystemów „Sterowanie"

systemu kolei w Unii Europejskiej, zwanego jako „TSI CCS". Krajowy plan wdrożenia systemu ERTMS/ETCS poziom 2 został przez przyjęty przez Ministerstwo Infrastruktury i Budownictwa Rzeczypospolitej Polskiej w czerwcu 2017 r. Wynika z niego, że stacja Zawiercie ma zostać wyposażona w ten system do 2026 roku. Stacja Zawiercie jest częścią kolejowej linii nr 4

- Centralnej Magistrali Kolejowej, która jest jedną z najważniejszych linii kolejowych w kraju, z uwagi na prowadzenie ruchu z prędkością maksymalną 200 km/h (pierwsze taki wdrożenie w Polsce), dużą intensywnością ruchu kolejowego oraz wpisanie tej linii jako linii magistralnej, stanowiącej część międzynarodowego korytarza transportowego E65.

Zamawiający kilkukrotnie w przeszłości zlecał wykonawcy Bombardier (Konsorcjant KZA) zadania o tożsamym zakresie rzeczowym, gdzie ceny za podany zakres znacząco odbiegały od zaproponowanej ceny na poziomie 70 tys. zł. W poniżej wymienionych zadaniach zamawiający definiował zakres rzeczowy jako: (1) zaprojektowanie i zabudowa interfejsu po stronie urządzeń sterowania ruchem kolejowym, produkcji Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Sp. z o.o., zainstalowanych na odcinku linii E30 Legnica-Wrocław-Opole oraz ich adaptacja, celem umożliwienia współpracy z urządzeniami ERTMS/ETCS poziom 2 przy wykorzystaniu protokołu Euroradio+/ Subset 098" (linia E30); (2) zaprojektowanie i zabudowa półsprzęgu interfejsu po stronie istniejących urządzeń sterowania ruchem kolejowym produkcji Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Sp. z o.o., zainstalowanych na odcinku Warszawa Zachodnia - Koluszki w km 3,900 - 104,918 linii nr 1 i Koluszki - Łódź Widzew w km 26,400 - 7,200 linii nr 17 oraz adaptacja tych urządzeń do współpracy z urządzeniami ERTMS/ ETCS poziom 2 i zapewnienie zgodności z protokołem Euroradio+/ Subset 098" (linia Warszawa-Łódź). W obu przytoczonych przypadkach zamawiający wymagał doprowadzenia zgodności zabudowanych urządzeń do współdziałania z urządzeniami ERTMS/ ETCS poziom 2 po zdefiniowanym protokole Euroradio+/ Subset 098.

I tak dla przypadku linii E30 Bombardier otrzymał wynagrodzenie w wysokości 26,2 mln zł, natomiast dla linii Warszawa-Łódź 35,3 mln zł. Przytoczone projekty obejmowały co prawda swoim zakresem urządzenia na więcej niż jednej stacji (wyposażenie jednej stacji w urządzenia srk jest przedmiotem modernizacji Stacji Zawiercie), co nie zmienia faktu, iż dla linii E30 modernizowanych stacji/ urządzeń srk na stacjach było 14, a w przypadku linii

Warszawa-Łódź było ich 8. Stosując proste przeliczenie, na dostosowanie urządzeń na jednej stacji kolejowej są to koszty rzędu 1,9 mln zł netto (linia E30) lub 4,4 mln zł netto (linia Warszawa-Łódź). Są to kwoty odpowiednio 27 i 62 razy większe, w porównaniu do zaoferowanych przez KZA cen w pozycji 12.1 RCO.

Istotny, zdaniem odwołującego, jest także powód dla którego zamawiający wprowadził zakres opcjonalny w postaci zmian w zakresie interfejsów. W przeszłości, zamawiający ogłaszał przetargi na zabudowę systemu ETCS poziom 2, na liniach na których urządzenia srk warstwy podstawowej były już zainstalowane. Jako, że system ERTMS/ ETCS poziom 2 jest niejako nakładką na urządzenia warstwy podstawowej, wymagane przez zamawiającego było, aby urządzenia te dostosować do współpracy z systemem ETCS. Współpraca ta polega

na opracowaniu tzw. „interfejsów", które w dużej mierze opierają się na konieczności opracowania odpowiedniego oprogramowania zarówno po stronie urządzeń srk warstwy podstawowej jak i urządzeń ERTMS/ ETCS poziom 2. W przypadku ogłaszania przetargów na zabudowę systemu ETCS na liniach, gdzie obecne już są urządzenia warstwy podstawowej danego producenta, stawiało to takiego producenta w pozycji uprzywilejowanej, co było przedmiotem odwołań do KIO producentów chcących zaoferować system ETCS. Tacy producenci byli „skazani" na współpracę z producentem urządzeń srk warstwy podstawowej

i niejako na jego chęć i warunki współpracy. Takie ograniczenie konkurencji zostało przez KIO potwierdzone w kilku postępowaniach przetargowych, gdzie Izba nakazała zamawiającemu wyłączenie z zakresu dostosowania urządzeń już istniejących na linii i późniejszym zleceniu takich prac bezpośrednio producentowi tych urządzeń - uwzględnienie przez zamawiającego zarzutów w ramach postępowania o sygn. KIO 555/12 (E30 Legnica-Wrocław-Opole) oraz Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 listopada 2012 r., KIO 2272/12, KIO 2333/12, KIO 2349/12, KIO 2350/12 (Warszawa-Łódź). W związku z takimi przypadkami, zamawiający już na etapie zabudowy urządzeń srk warstwy podstawowej, chce uniknąć problemu konieczności ich adaptacji w przyszłości, przy nakładaniu systemu ERTMS/ ETCS poziom 2 i już przy zamówieniu na urządzenia srk warstwy podstawowej wymaga od wykonawców wyceny takiego dostosowania. Takie dostosowanie jest przedmiotem zakresu opcjonalnego 2

w niniejszym postępowaniu przetargowym. W ten sposób zamawiający unika konieczności zlecenia konkretnym podmiotom zamówień z wolnej ręki, które co do zasady nie są zamówieniami konkurencyjnymi i mogą stanowić naruszenie zasad prawa zamówień publicznych. Odwołujący sporządził zestawienie tabelaryczne, zestawiając ceny Opcji 1 i Opcji 2, pokazując istotne rozbieżności pomiędzy nimi, które to jego zdaniem powinny wzbudzić wątpliwości zamawiającego.

Wskazał również, że zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację Opcji 1: 7 624 473,39 zł netto, a Opcji 2: 1 630 395,00 zł netto. Szacunek ten znacząco odbiega od cen zaoferowanych przez wykonawców KZA i PORR, wobec powyższego nie ulega wątpliwości, że zamawiający ma obowiązek wyjaśnienia wątpliwości co do zaoferowanych przez nich cen, a ponadto obowiązek ten musiał być spełniony przed zaproszeniem wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej.

Zamawiający, działając na podstawie art. 524 ustawy Pzp, w dniu 28 grudnia 2021 r. za pośrednictwem Platformy Zakupowej poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpili (1) wykonawca: Kolejowe Zakłady Automatyki S.A. z siedzibą w Katowicach; (2) wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: AZD PRAHA s.r.o., AZD Polska Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Pradze; (3) wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: ELKOL Sp. z o.o., KZA Przedsiębiorstwo Automatyki i Telekomunikacji S.A. z siedzibą lidera w Bytomiu; (4) wykonawca: TORPOL S.A. z siedzibą w Poznaniu. Z kolei do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego swoje przystąpienie zgłosili: (1) wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Krakowskie Zakłady Automatyki S.A., Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Krakowie; (2) wykonawcy wspólnie ubiegający się

o zamówienie: PORR S.A., SABEL Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Warszawie.

Zamawiający, działając na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości jako bezzasadnego.

KZA złożył do akt sprawy pismo procesowe, prezentując swoje stanowisko w sprawie i wnosząc o oddalenie odwołania w całości, jako niezasadnego.

Na posiedzeniu w dniu 11 stycznia 2022 r. odwołujący oświadczył, iż cofa zarzuty w zakresie, w jakim podnosił naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 2 pkt 1 uznk w związku z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty KZA i PORR pomimo, że oferty te zostały złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji oraz polegające na naruszeniu przez zamawiającego przepisów art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 232 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania KZA i PORR do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty tych wykonawców w zakresie wyceny Opcji 1 i Opcji 2 (zarzuty sformułowane w pkt 2 i w pkt 4 na stronie trzeciej odwołania). Jak wyjaśnił na rozprawie, pomimo wniosku, który skierował do zamawiającego o udostępnienie pełnej dokumentacji postępowania - zamawiający nie przekazał powyższej dokumentacji w pełnym zakresie. W konsekwencji, odwołujący nie miał wiedzy, że zamawiający wezwał, przed wystosowaniem zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej, wykonawców KZA i PORR do udzielenia wyjaśnień w zakresie wyceny Opcji 1 i Opcji 2. Powyższe nie zostało także odnotowane w protokole z prowadzonego postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania przesłaną przez zamawiającego, a także po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na nie, pismem procesowym złożonym do akt sprawy przez wykonawcę KZA, stanowiskiem zaprezentowanym przez zgłaszających przystąpienie do postępowania wykonawców, zawartym w złożonych przystąpieniach, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestników postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności.

Odwołujący ubiega się o udzielenie przedmiotowego zamówienia i złożył swoją ofertę w postępowaniu. Po przeprowadzonej aukcji odwołujący zajmuje piąte miejsce w rankingu ofert i w przypadku uwzględnienia odwołania i unieważnienia postępowania lub też unieważnienia czynności przeprowadzonej aukcji elektronicznej, odwołujący miałby szansę uzyskać zamówienie. Powyższe dotyczy zarówno sytuacji, kiedy zamawiający musiałby powtórzyć postępowanie, jak też w przypadku powtórzenia aukcji - oferta odwołującego mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Nawet, jeśli Izba nie nakazałaby zamawiającemu unieważnienia aukcji elektronicznej, na obecnym etapie nie dokonano jeszcze wyboru oferty najkorzystniejszej, odwołujący zachowuje prawo do wnoszenia środków ochrony prawnej i w konsekwencji ma szansę na uzyskanie zamówienia, w przypadku odrzucenia ofert wykonawców sklasyfikowanej wyżej, niż odwołujący. Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, a jego oferta odpowiada wymogom SWZ, a zatem może być uznana za najkorzystniejszą. Szkoda, jaką może ponieść odwołujący w wyniku zaskarżonych czynności zamawiającego odpowiada więc co najmniej zyskowi, jaki uzyskałby odwołujący, realizując zamówienie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy. Izba dopuściła i oceniła dowód złożony przez wykonawcę KZA na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że przedmiotem postępowania, zgodnie z opisem zamieszczonym w ogłoszeniu o zamówieniu i w Rozdziale 2 SWZ (IDW) jest realizacja zadania pn. zaprojektowanie i budowa nowych urządzeń srk w stacji Zawiercie oraz roboty towarzyszące w ramach projektu pn. „Modernizacja linii kolejowej nr 4 - Centralna Magistrala Kolejowa etap II" wraz z przeszkoleniem personelu zamawiającego oraz ze świadczeniem Usług gwarancyjnych - stanowiące łącznie Zakres podstawowy zamówienia oraz opcjonalne świadczenie Usług pogwarancyjnych określonych w Rozdziale 6 PFU (Tom III) - Prawo

Opcji 1, jak też opcjonalną realizację świadczeń określonych w Rozdziale 7 PFU (Tom III) „Przewidywane zmiany w zakresie interfejsów" - Prawo Opcji 2, stanowiących łącznie Zakres Opcjonalny zamówienia. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia przedstawiony został w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (PFU) stanowiącym Tom III niniejszej SWZ i Rozbiciu Ceny Ofertowej (RCO) stanowiącej Tom IV niniejszej SWZ.

Z kolei, jak ustalił skład orzekający, w Tomie IV zamawiający, w Rozbiciu Ceny Ofertowej (RCO) oprócz cen jednostkowych wchodzących w skład Zakresu podstawowego zamówienia, ujął także ceny jednostkowe wchodzące w skład Prawa Opcji 1 i Prawa Opcji 2. Formularz RCO został przez zamawiającego przygotowany w taki sposób, że suma wszystkich pozycji RCO dawała kwotę łączną (suma Zakresu podstawowego i Zakresu opcjonalnego oraz Podsumowanie).

Ponadto Izba ustaliła, że zamawiający dokonywał zmian w treści SWZ, w tym w zakresie dotyczącym opisu pkt 21 - Aukcja, Tom I SWZ (IDW). Jego finalne brzmienie zostało ustalone w piśmie z 30 lipca 2021 r. Przedmiotowy zapis regulował sposób i zasady przeprowadzenia aukcji elektronicznej w następujący sposób: (21.1) Zamawiający zamierza dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej. (...) (21.11) Sposób oceny ofert w toku aukcji elektronicznej będzie obejmował przeliczanie postąpień na punktową ocenę oferty w kryterium licytowanym, z uwzględnieniem punktacji otrzymanej

przed otwarciem aukcji w kryteriach niepodlegających licytacji (jeżeli występują) oraz wag poszczególnych kryteriów. Punktacja zostanie zaokrąglona matematycznie do 10 miejsca po przecinku. (21.12) W toku aukcji elektronicznej kryterium licytowanym będzie cena dla Zakresu podstawowego Zamówienia podana w ofercie Wykonawcy. Zamawiający ustala wysokość minimalnego postąpienia na: 800 000,00 zł brutto. (21.13) Zamawiający przypomina, że ceny podawane w trakcie aukcji są cenami brutto. (21.14) Prawidłowo złożone przez Wykonawcę nowe postąpienie podczas trwania aukcji elektronicznej traktowane jest jako nowa oferta.

W związku z tym poprzednia oferta Wykonawcy przestaje wiązać w takim zakresie, w jakim została złożona nowa, korzystniejsza oferta. Nie skutkuje to przerwaniem terminu związania z ofertą, który biegnie od dnia, w którym upłynął termin składania ofert. (21.17) Po zakończeniu aukcji elektronicznej Zamawiający dokona wyliczenia cen jednostkowych netto oferty (jeżeli występują) w następujący sposób: (1) wyliczony zostanie procentowy wskaźnik upustu cenowego od wartości oferty pierwotnej, uzyskany w wyniku aukcji, który zostanie zaokrąglony matematycznie do 10 miejsc po przecinku. Obliczenia zostaną wykonane według wzoru: U=100 - (W aukcji x 100) /W oferty [%]. (2) Następnie wyliczone zostaną indywidualnie poszczególne ceny ryczałtowe netto znajdujące się w RCO oferty złożonej przez Wykonawcę w terminie składania ofert, poprzez obniżenie tych cen o wartość upustu wyliczoną przy zastosowaniu wartości wskaźnika upustu (U), przy czym ceny te zostaną zaokrąglone matematycznie do dwóch miejsc po przecinku. Obliczenia zostaną wykonane wg wzoru:

C aukcji = C oferty - (C oferty x U) gdzie: U - wartość wskaźnika upustu cenowego od wartości oferty pierwotnie złożonej uzyskanego w wyniku aukcji elektronicznej, W oferty - wartość oferty pierwotnie złożonej brutto, W aukcji - wartość oferty uzyskanej w toku aukcji elektronicznej brutto, C aukcji - cena ryczałtowa netto poszczególnych pozycji RCO przyjęta do Umowy,

C oferty - cena ryczałtowa netto poszczególnych pozycji RCO oferty złożonej przez Wykonawcę w terminie składania ofert. (3) Zamawiający wyliczy sumę wartości poszczególnych pozycji RCO, wynikającą z przeliczenia pozycji RCO o przeprowadzeniu aukcji elektronicznej o współczynnik upustu, którą powiększy o należny podatek od towarów i usług (VAT). Wyliczenie cen ryczałtowych Zamawiający przekaże Wykonawcy po aukcji i będzie ono stanowić załącznik do Umowy (wersja elektroniczna, format pdf). (2.17)

Całkowita cena brutto, będzie to wartość oferty brutto uzyskana w wyniku aukcji elektronicznej,

zaś całkowita cena netto zostanie obliczona poprzez odjęcie od całkowitej ceny brutto podatku od towarów i usług (VAT) zgodnie ze stawką wskazaną w ofercie Wykonawcy. Ww. wartości zostaną przyjęte jako wartość Umowy. Wyliczone zgodnie z pkt 21.17. ppkt 2 IDW ceny ryczałtowe poszczególnych pozycji RCO będą uznawane za wiążące i na ich podstawie będą prowadzone wszelkie rozliczenia między Wykonawcą, a Zamawiającym w trakcie realizacji Umowy. Zamawiający zwraca uwagę, że całkowita cena brutto uzyskana w wyniku aukcji elektronicznej, będąca wynagrodzeniem Wykonawcy, wskazanym w Umowie może różnić się, od kwoty o której mowa w pkt 21.17. ppkt 3 IDW Sposób rozliczenia różnicy między tymi kwotami określa Umowa.

Ustalono ponadto, że kryterium oceny ofert w postępowaniu była Całkowita cena brutto (pkt 20.8. IDW), na którą składały się ceny za Zakres podstawowy zamówienia oraz Opcję 1

i Opcję 2 (pkt 4 załącznika nr 1 do IDW).

Otwarcie ofert w postępowaniu nastąpiło w dniu 18 października 2021 r. Zaoferowane w postępowaniu ceny w ramach Opcji kształtowały się następująco: (1) KZA cena Opcji 1

- 1 574 710,00 zł., cena Opcji 2 - 210 210,00 zł.; (2) Kolejowe Zakłady Automatyki S.A. Katowice cena Opcji 1 - 10 664 000,00 zł., cena Opcji 2 - 4 321 000,00 zł.; PORR cena Opcji 1 - 4 463 390,00 zł., cena Opcji 2 - 332 800,00 zł.; AZD Praha s.r.o oraz AZD Polska Sp. z o.o. cena Opcji 1 - 11 322 384,00 zł., cena Opcji 2 - 1 749 051,61 zł.; odwołujący cena Opcji 1 - 18 500 000,00 zł., cena Opcji 2 - 1 675 000,00 zł.; ELKOL Sp. z o.o. oraz KZA Przedsiębiorstwo Automatyki i Telekomunikacji S.A. Lublin cena Opcji 1 - 27 698 000,00 zł., cena Opcji 2 - 3 684 450,00 zł.; TORPOL S.A. cena Opcji 1 - 49 451 831,67 zł., cena Opcji 2

- 3 341 525,44 zł.

W dniu 13 grudnia 2021 r. zamawiający skierował do wykonawców zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej, której termin wyznaczył na dzień 15 grudnia 2021 r.

Następnie, 14 grudnia 2021 r., zamawiający wystosował pismo do wykonawców, które jak wskazał, stanowiło odpowiedź na wniosek jednego z nich, wyjaśniając zapisy pkt 21.17 IDW. Zamawiający stwierdził w piśmie, co następuje: (i) zgodnie z postanowieniami pkt 21.12 IDW w toku aukcji elektronicznej kryterium licytowanym będzie cena dla Zakresu podstawowego Zamówienia podana w ofercie Wykonawcy (...) Postanowienie to wskazuje, że kryterium licytowanym będzie cena dla Zakresu podstawowego. Nie jest zatem dopuszczalne by przeprowadzić licytację dla zakresu opcjonalnego. (ii) zgodnie z pkt 21.14 wskazano, że prawidłowo złożone przez Wykonawcę nowe postąpienie podczas trwania aukcji elektronicznej traktowane jest jako nowa oferta. W związku z tym poprzednia oferta Wykonawcy przestaje wiązać w takim zakresie, w jakim została złożona nowa, korzystniejsza oferta (.) Z zapisu tego jednoznacznie wynika, że oferta Wykonawcy przestaje wiązać

w zakresie w części dotyczącej ceny Zakresu podstawowego bowiem ta cena podlega aukcji. Skoro aukcji nie podlega zakres opcjonalny to oferta Wykonawcy jest w tym zakresie wiążąca. Wyliczenia cen ryczałtowych Zamawiający dokona na podstawie pkt 21.17 IDW w zakresie pozycji w ramach Zakresu podstawowego ujętego w RCO oraz przekaże Wykonawcy po aukcji i będzie ono stanowić załącznik do Umowy. Mając na uwadze postanowienia IDW Zamawiający nie może na podstawie punktu 21.17 IDW obliczyć upustu dla prawa opcji jako że nie podlega ono aukcji.

Izba ustaliła również, że w dniu 15 grudnia 2021 r. przeprowadzona została aukcja elektroniczna, której wyników zamawiający nie opublikował do dnia otwarcia posiedzenia w niniejszej sprawie odwoławczej.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Izba uznała, że w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba rozpoznała zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 137 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie przez zamawiającego, na etapie po

otwarciu złożonych w postępowaniu ofert, bo w dniu 14 grudnia 2021 r., zmiany w dokumentacji postępowania w zakresie, który ma istotne znaczenie dla warunków, na jakich wykonawcy mogą licytować i w zakresie, jaki ma wpływ na ustalenie cen oferowanych w toku aukcji elektronicznej, poprzez zmianę sposobu ustalenia ostatecznego poziomu ceny ofertowej

po aukcji elektronicznej.

Odwołujący stał na stanowisku, że zamawiający zmodyfikował treść pkt. 21.16 i 21.17 SWZ (IDW) w taki sposób, że pierwotny zapis przewidujący, że cena oferty wyliczana będzie w ten sposób, że na podstawie obliczonego wskaźnika upustu obniżona zostanie nie tylko cena za zakres podstawowy, ale także kwota wynagrodzenia zaoferowana przez wykonawców za realizację Opcji 1 i Opcji 2, zastąpił zapisem z którego wynikało, że nie będzie obliczany upust dla prawa opcji jako, że nie podlega ono aukcji. Tym samym, zdaniem odwołującego, doszło do sytuacji, w której znając zaoferowane przez wykonawców kwoty za Opcję 1 i Opcję 2, zamawiający dokonał zmiany postanowień dokumentacji postępowania na korzyść tych wykonawców, którzy zaoferowali bardzo niskie ceny w ramach Opcji 1 i Opcji 2

tj. wykonawcy KZA oraz wykonawcy PORR, bowiem wykonawcy ci, na skutek zmiany postanowień dokumentacji przetargowej, mogli składać postąpienia o niższej wartości, mając na względzie, że bardzo niska cena zaoferowana w ramach Opcji kompensować będzie niższy ogólny upust zaoferowany w toku aukcji w odniesieniu do zakresu podstawowego. Mamy zatem do czynienia z taką wadą postępowania, której nie można usunąć inaczej, jak tylko poprzez unieważnienie i powtórzenie aukcji lub ostatecznie unieważnienie samego postępowania.

Skład orzekający, po analizie zapisów SWZ w zakresie, w jakim zamawiający opisywał sposób przeprowadzenia aukcji i zasady oceny ofert, jak również biorąc pod uwagę treść pisma skierowanego przez zamawiającego do wykonawców w dniu 14 grudnia 2021 r. w przedmiocie sposobu dokonania przeliczenia cen ujętych w RCO o wskaźnik upustu, o którym mowa w pkt 21.17 IDW doszedł do przekonania, że niniejsze postępowanie należy unieważnić na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, gdyż jest ono obarczone wadą, której na obecnym etapie postępowania nie można usunąć, a która to wada uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że z pierwotnych zapisów pkt 21.17 IDW, odnoszących się do zasad prowadzenia aukcji, jak też sposobu, w jaki dokonywana będzie ocena złożonych ofert po zakończeniu aukcji elektronicznej wynikało, że wartością licytowaną w ramach aukcji będzie cena dla zakresu podstawowego.

Z kolei ostateczna cena oferty, po przeprowadzonej aukcji miała zostać obliczona w taki sposób, że wyliczone miały zostać indywidualnie poszczególne ceny ryczałtowe netto, znajdujące się w RCO z oferty złożonej przez wykonawcę w terminie składania ofert, poprzez obniżenie tych cen o wartość wskaźnika upustu (U) z zaznaczeniem, że ceny te miały zostać zaokrąglone matematycznie do dwóch miejsc po przecinku.

Dalej należy dostrzec, że w RCO, który stanowił Tom IV SWZ, oprócz cen jednostkowych wchodzących w skład Zakresu podstawowego zamówienia, ujęto także ceny jednostkowe z Prawa Opcji 1 i Prawa Opcji 2. Cała konstrukcja formularza RCO została przez zamawiającego przygotowana więc w taki sposób, że suma wszystkich pozycji RCO dawała kwotę łączną (suma Zakresu podstawowego, Zakresu opcjonalnego oraz Podsumowanie).

Z kolei suma powyższych cen była poddawana ocenie w kryterium oceny ofert, to ona stanowiła bowiem Całkowitą cenę brutto.

Ponadto, z pkt 12.6 SWZ IDW wynika między innymi, że sposób kalkulacji pozycji nr 11 RCO tj. Prawa opcji nr 1 nie był całkowicie dowolny, gdyż zamawiający zastrzegł, że wartość tej pozycji (Usługi pogwarancyjne) nie może być niższa niż 1% wartości netto za wykonanie Zakresu Podstawowego. Tym samym nie ulega wątpliwości, że zamawiający wiązał cenę obliczoną za zakres podstawowy z ceną Opcji 1 i ta była elementem ceny oferty.

W konsekwencji powyższych zapisów wykonawcy mogli zatem rozumieć treść SWZ w taki sposób, że ostatecznie po przeprowadzonej aukcji, analogicznie jak w przypadku zakresu podstawowego, również ceny Opcji 1 i Opcji 2 zostaną pomniejszone o wartość upustu, wyliczoną przy zastosowaniu wartości wskaźnika upustu.

Z kolei w treści zaproszenia do udziału w aukcji, przekazanego wykonawcom w dniu

13 grudnia 2021 r. zamawiający w uwagach końcowych wskazał, że w trakcie aukcji elektronicznej dla wykonawcy będą widoczne i aktywne pozycje dotyczące zarówno zakresu podstawowego jak i Opcji 1 i Opcji 2 (jest to związane ze sposobem działania modułu aukcji w systemie zakupowym zamawiającego), jednakże zgodnie z pkt 21.12 IDW jedynym parametrem podlegającym licytacji jest Zakres Podstawowy Zamówienia i tylko w ramach tej pozycji wykonawca obowiązany jest dokonywać postąpień aukcyjnych. W związku z powyższym, niezależnie od tego w ramach której z pozycji wykonawca dokona postąpienia podczas aukcji elektronicznej, zamawiający po zamknięciu aukcji przyjmie, że wykonawca obniżył cenę za Zakres Podstawowy Zamówienia. W trakcie aukcji elektronicznej na konsoli aukcyjnej będzie widoczna punktacja wynikająca z łącznej ceny złożonej przez wykonawcę (tj. zarówno Zakresu Podstawowego Zamówienia jak i Opcji 1 i 2) oraz pozycja w klasyfikacji (kolumna „Ranking") oparta na tej punktacji. Taki zapis sugerował, że w trakcie aukcji elektronicznej, na potrzeby ustalenia kolejności ofert po składanych postąpieniach, oprócz ceny za Zakres podstawowy będą brane pod uwagę również ceny Opcji 1 i Opcji, zaproponowane przez wykonawcę w ofercie.

Jeden z wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie, w świetle tych zapisów powziął wątpliwość jaki jest zakres stosowania mechanizmu, o którym mowa w pkt 21.17 ppkt 2 SWZ, tj. czy dotyczy on również cen za Opcję 1 i Opcję 2. W konsekwencji skierował do zamawiającego zapytanie, na które ten udzielił odpowiedzi w piśmie z 14 grudnia 2021 r.

Zamawiający zaprezentował w nim swoje rozumienie SWZ, w szczególności odnośnie interpretacji zapisów pkt 21.12 i 21.14 IDW wyjaśniając, że mechanizmowi, o którym mowa

w pkt 21.17 ppkt 2 SWZ będą podlegać wyłącznie ceny jednostkowe zawarte w formularzu RCO, dotyczące tylko Zakresu podstawowego.

Z powyższych czynności zamawiającego, zarówno podjętych w dniu 13 grudnia 2021 r. (skierowanie zaproszenia do udziału w aukcji), jak też z treści pisma z 14 grudnia 2021 r. wynika więc, że możliwe jest inne rozumienie zapisów SWZ odnoszących się do sposobu przeliczania wartości poszczególnych pozycji RCO, niż można by to było wywodzić z literalnego brzmienia SWZ. Przy czym, w ocenie Izby, trudno przy tym jednoznacznie przesądzić, który ze sposobów jest wiążący i prawidłowy. Jeśli bowiem przyjmiemy literalne brzmienie poszczególnych fragmentów SWZ (w szczególności w kilku miejscach Tomu I, jak też zapisy Tomu IV), dotyczących sposobu działania zamawiającego po zakończeniu aukcji elektronicznej, w zakresie wyliczenia wartości poszczególnych pozycji RCO, to trudno z nich wywieść, że korekcie ceny po przeprowadzonej aukcji będą podlegać wyłącznie poszczególne pozycje RCO dotyczące Zakresu podstawowego.

W tym kontekście treść wyjaśnień zamawiającego przekazanych wykonawcom w dniu 14 grudnia 2021 r., traktować należy rzeczywiście jako zmianę czy też interpretację powyższych postanowień. Jednocześnie jednak z treści przedmiotowego pisma, jak też argumentacji prezentowanej w odpowiedzi na odwołanie, jak też na rozprawie, od początku intencją i zamiarem zamawiającego było to, aby przyjmować sposób wykładni zapisów SWZ tak, jak wynika to z treści wyjaśnień. Przy czym co należy podkreślić taka wykładnia mogłaby również pośrednio wynikać z tych fragmentów SWZ, które wskazują, że gdyby upusty były również naliczane w odniesieniu do Opcji 1 i Opcji 2 - wykonawcy nie mogliby śledzić na bieżąco, w trakcie aukcji, wartości oferty po dokonywanych postąpieniach.

Tym samym prowadzi to, w ocenie Izby do wniosku, że powyższe zapisy można było interpretować w sposób dwojaki, co pokazało zarówno samo postępowanie odwoławcze, biorąc pod uwagę liczbę przystępujących i argumentację przez nich podnoszoną, jak też rozbieżność w zakresie wyliczenia ceny ofertowej przez poszczególnych wykonawców. Analizując ceny zaoferowane przez nich w postępowaniu rzeczywiście, już zauważył odwołujący już na „pierwszy rzut oka" dostrzec można ogromne rozbieżności w zakresie sposobu kalkulacji cen za Opcję 1 i Opcję 2. Na tym tle szczególnie zwracają uwagę kalkulacje sporządzone przez wykonawców KZA i PORR, którzy za Opcje zaoferowali swoje ceny

na poziomie znacznie niższym, niż to ma miejsce w przypadku innych wykonawców.

Okoliczność ta wskazuje pośrednio, że wykonawcy KZA i PORR mogli rozumieć zapisy pkt 21.17 SWZ w taki właśnie sposób, w jaki uczynił to zamawiający w swoim piśmie z 14 grudnia 2021 r. przyjmując, że wartości kwotowe w ramach Opcji pozostają niezmienne. Stąd skalkulowali je na znacznie niższym poziomie, niż inni ubiegający się o to zamówienie, nie zakładali bowiem, że cena za Opcje ulegała będzie obniżeniu, po przeprowadzonej aukcji.

Z kolei kalkulacje sporządzone przez pozostałych wykonawców sugerują, że ci zakładając

pewne rezerwy kwotowe, wynikające z tego, że zamawiający obniży te ceny w wyniku zastosowanego upustu - ustalali swoje ceny za Opcje na znacząco wyższym poziomie.

Izba uznała, że nie można jednoznacznie przesądzić, mając na uwadze analizowane zapisy SWZ, która z powyższych interpretacji jest jedyną poprawną i słuszną. Obydwie, wobec brzmienia SWZ, należy uznać za uprawnione. Mając to na uwadze należy stwierdzić, że w postępowaniu doszło do sytuacji, w której wykonawcy złożyli nieporównywalne oferty, w sposób odmienny kalkulując swoje ceny, zwłaszcza w zakresie Opcji 1 i Opcji 2, przyjmując określone założenia.

Nie można, w okolicznościach niniejszej sprawy dokonać interpretacji spornych zapisów SWZ tak, aby przyjąć rozumienie treści dokumentacji w taki sposób, iż ewentualne wątpliwości należałoby rozstrzygnąć na korzyść wykonawcy. W tej sprawie bowiem, zależnie od sposobu przyjętej wykładni, doszłoby do przyjęcia interpretacji korzystnej dla jednej grupy wykonawców (którzy przyjęli pewien margines ceny za Opcję), lub też korzystnej dla tych, którzy cenę za Opcję ustalali zakładając, że ta nie podlega przeliczeniu po przeprowadzonej aukcji.

Z kolei biorąc pod uwagę etap, na jakim znajduje się prowadzone przez zamawiającego postępowanie tj. okoliczność, że zostały już złożone oferty cenowe, a zatem nie jest już możliwa zmiana SWZ w zakresie doprecyzowania postanowień odnoszących się do sposobu dokonywania oceny ofert po aukcji. Powstałych nieścisłości czy niejasności nie sposób też wyjaśnić czy zinterpretować wyłącznie na drodze wyjaśnień do treści SWZ.

Tym samym nie jest możliwe w okolicznościach niniejszej sprawy nakazanie zamawiającemu powtórnego przeprowadzenia samej aukcji elektronicznej. Nawet gdyby zamawiający dokonał jednej interpretacji zapisów SWZ i przekazał swoje stanowisko wszystkim wykonawcom (co zresztą uczynił w piśmie z 14 grudnia 2021 r.) nie zmieni to sytuacji wykonawców w tym postępowaniu, albowiem oferty cenowe zostały już złożone. Przy czym, co ponownie należy podkreślić, każdy z wykonawców już na etapie dokonywania kalkulacji ceny ofertowej i przyjmując odpowiednią wycenę Opcji 1 i Opcji 2, przyjmował swoje założenia w zakresie, w jakim przyjmował określony sposób dokonywania oceny ofert po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej.

W konsekwencji, jedynym możliwym w tym przypadku rozwiązaniem, jest unieważnienie przedmiotowego postępowania i powtórzenie go, w oparciu o nowe zapisy SWZ, doprecyzowane w taki sposób aby sposób działania zamawiającego nie budził już wątpliwości.

Sam zamawiający przyznawał, że w różnych prowadzonych przez PKP PLK postępowaniach, w zależności od zapisów SWZ, przyjmowane są różne sposoby dokonywania oceny ofert. Odwołujący wskazywał z kolei, że znane mu są przykłady postępowań, w których zamawiający stosując tożsame zapisy, dokonuje przeliczenia ceny w ramach opcji, już po przeprowadzonej aukcji, z kolei przystępujący po stronie zamawiającego - KZA przedstawił dowód, który miał potwierdzać, że przy tożsamych uregulowaniach cena opcji pozostaje niezmienna w toku całego postępowania. Ta argumentacja i tak rozbieżny sposób działania samego zamawiającego potwierdzają, że konieczne jest takie doszczegółowienie tych kwestii, aby wyeliminować wszelkie wątpliwości, które mogłyby powstać w przyszłości na tle spornych zapisów.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że zastosowanie znajdzie przesłanka, wynikająca z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, nakazująca unieważnienie postępowania w przypadku gdy w jego toku wystąpiła niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Spełnione zostały bowiem wszystkie przesłanki uprawniające do zastosowania tego przepisu. Stwierdzić należy, że w postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie (wada postępowania). Wada ta polega na tym, że zamawiający, wobec niejednoznacznych zapisów SWZ nie może dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej

w postępowaniu, przy czym nie jest również możliwe ich zinterpretowanie w taki sposób, który byłby korzystny dla wykonawców. Niezależnie od przyjętej wykładni, jedne podmioty znajdą się w sytuacji uprzywilejowanej, inne będą pokrzywdzone. Nie ulega również wątpliwości, że naruszenie to stanowi wadę niemożliwą do usunięcia, gdyż na tym etapie postępowania, kiedy zostały złożone oferty cenowe, nie można dokonać zmiany zapisów SWZ, w których doprecyzowany zostanie sposób, w jaki ocenione zostaną oferty, po przeprowadzonej aukcji elektronicznej. Należy też stwierdzić, że owa wada postępowania skutkuje brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Nieważność taka może zostać stwierdzona zarówno w oparciu o art. 58 kodeksu cywilnego, w trybie art.

189 kodeksu postępowania cywilnego, jak i w oparciu o możliwość przewidzianą w art. 70^5 kodeksu cywilnego. Jednocześnie nie stoi na przeszkodzie stwierdzenia nieważności umowy w oparciu

o ww. przepisy, brak wystąpienia przesłanek zawartych w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp w przedmiotowym przypadku. Jak zauważono w Komentarzu do PZP wydanym w 2021 r., pod. red. Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych H. Nowaka (strony 1230-1231): „enumeratywne wyliczenie wad powodujących nieważność względną umowy (wzruszalność) w art. 457 ust. 1 oraz art. 458 Pzp nie wyklucza natomiast możliwości zaistnienia wad czynności prawnej, powodujących nieważność bezwzględną, w szczególności w świetle art. 58 Kc. Powództwo przewidziane w art. 189 Kpc można wnosić w każdym przypadku, w którym zachodzi nieważność bezwzględna umowy w sprawie zamówienia publicznego." (...) Pojęcie aukcji albo przetargu, o którym mowa w art. 70^5 Kc, należy przy tym definiować niezależnie, na podstawie ogólnych uregulowań Kodeksu cywilnego. Te ostatnie nie wskazują szczegółowych rozwiązań proceduralnych, a wynika z nich jedynie, że aukcja lub przetarg

to postępowania otwarte, konkurencyjne, poprzedzone ogłoszeniem. Mając to na uwadze, należy wskazać, że dyspozycja art. 70^5 Kc znajdzie zastosowanie do umów w sprawie zamówień publicznych zawartych w wyniku jakiegokolwiek postępowania otwartego (poprzedzonego ogłoszeniem) prowadzonego w oparciu o przepisy Pzp.

Jednocześnie z tego powodu, że przedmiotowy zarzut był w tym przypadku najdalej idącym i niweczy rezultat wszystkich czynności zamawiającego, dokonanych w tym postępowaniu, w tym w zakresie w jakim odwołujący sformułował zarzuty dokonania wadliwej oceny ofert wykonawców KZA i PORR - Izba zaniechała rozpoznania zarzutu w zakresie zgodności treści ofert tych wykonawców z pkt 12.4 i 12.5 SWZ.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie

art. 575 ustawy Pzp oraz §7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący : .....

Członkowie: .....