Sygn. akt: KIO 3540/23

WYROK

z dnia 12 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska
Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 grudnia 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 listopada 2023 r. przez wykonawcę STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Pruszkowie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiających: 1. Powiat Sochaczewski, w imieniu którego działa Powiatowy Zarząd Dróg w Sochaczewie, 2. PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka akcyjna w Warszawie

przy udziale wykonawcy INTOP Warszawa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Pruszkowie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Pruszkowie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Pruszkowie na rzecz zamawiającego – Powiatu Sochaczewskiego, w imieniu którego działa Powiatowy Zarząd Dróg w Sochaczewie, kwotę 3 959 zł 28 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset pięćdziesiąt dziewięć złotych dwadzieścia osiem groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Sygn. akt: KIO 3540/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Powiat Sochaczewski, w imieniu którego działa Powiatowy Zarząd Dróg w Sochaczewie, PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka akcyjna w Warszawie – prowadzą postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowa skrzyżowania wielopoziomowego linii kolejowej z przejściem drogi powiatowej nr 3837W pod linią kolejową w km 41,740 linii kolejowej nr 3 Warszawa-Kunowice - tunelu drogowego pod linią kolejową wraz z rozbudową i przebudową drogi powiatowej.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 roku, poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 27 listopada 2023 r. wykonawca STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Pruszkowie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego, zarzucając naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty INTOP Warszawa sp. z o.o., pomimo że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w zakresie jej istotnej części składowej, tj. opcji rozszerzenia zamówienia – zakres kolejowy, ewentualnie:

2) art. 224 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania INTOP Warszawa sp. z o.o. do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia istotnej części składowej ceny, tj. opcji rozszerzenia zamówienia — zakres kolejowy, a w konsekwencji naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty INTOP Warszawa sp. z o.o.

3) naruszenie art. 16 pkt 1, 2 i 3 oraz art. 17 ust. 2 ustawy P.z.p. poprzez ich niezastosowanie i prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości i w konsekwencji wybór oferty INTOP Warszawa sp. z o.o. niezgodnie z przywołanymi wyżej

przepisami ustawy P.z.p.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i:

1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez INTOP Warszawa sp. z o.o. ,

2) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach nakazanie odrzucenia oferty INTOP Warszawa sp. z o.o. ,

3) nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i dokonanie wyboru jako

najkorzystniejszej oferty odwołującego, ewentualnie:

4) nakazanie zamawiającemu wezwania INTOP Warszawa sp. z o.o. do złożenia

wyjaśnień, czy istotna część oferty w zakresie opcji rozszerzenia zamówienia — zakres kolejowy nie zawiera rażąco niskiej ceny,

5) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści dokumentów postępowania,

dowodów załączonych do odwołania oraz ewentualnych dowodów złożonych na rozprawie przed KIO.

Odwołujący podniósł, że posiada interes prawny w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. we wniesieniu odwołania. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert. W wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, albowiem został on pozbawiony możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający w odpowiedziach na odwołania z dnia 7 i 8 grudnia 2023 roku wniósł o oddalenie odwołania oraz o zasądzenie na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca INTOP Warszawa Sp. z o.o. w Warszawie (dalej także: przystępujący). Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 8 grudnia 2023 roku wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa skrzyżowania wielopoziomowego linii kolejowej z przejściem drogi powiatowej nr 3837W pod linią kolejową w km 41,740 linii kolejowej nr 3 Warszawa-Kunowice - tunelu drogowego pod linią kolejową wraz z rozbudową i przebudową drogi powiatowej".

W dniu 4 stycznia 2023 r. zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu oraz dokumentacją postępowania, w tym tzw. OPZ kolejowy – wymagania PLK S.A. – dokument przedstawiający wymagania jednego z zamawiających – PKP PLK. Następnie (19 kwietnia 2023 r.) dokument został zmodyfikowany. Z OPZ kolejowego wynika, że: „Realizacja zadania inwestycyjnego związanego z budową tunelu drogowego pod linią kolejowa nr 3 w km 41,730 w ciągu ulicy Szymanowskiej w Teresinie w zakresie inwestycji realizowanych przez naszą Spółkę występuje w korelacji z projektem inwestycyjnym „Zabudowa systemu

ERTMS/ETCS poziom 2 na linii E20 Kunowice – Terespol", w ramach projektu CEF 2016-PL-TMC0136-W pn. „Zabudowa systemu ERTMS/ ETCS na liniach sieci bazowej TEN-T" w zakresie opracowania aplikacji uwzględniającej likwidację przejazdu w aplikacji sterowania urządzeniami srk z poziomu Lokalnego Centrum Sterowania (LCS) Błonie".

Ponadto dokument ten wskazywał, iż: „Uzależnienie stanu aktualnie występujących urządzeń przejazdowych od stanu urządzeń stacyjnych st. Teresin poprzez wdrożenie aplikacji warstwy podstawowej wykonał – Thales Polska Sp. z o.o. (GTS Polska Sp. z o.o.) realizujący system ERTMS/ ETCS. Wyłączenie z uzależnienia stanu urządzeń przejazdowych od stanu urządzeń stacyjnych st. Teresin Niepokalanów, w związku z likwidacją przejazdu, poprzez wdrożenie aktualizacji aplikacji warstwy podstawowej zostanie wykonana staraniem Wykonawcy w ramach niniejszego postępowania przetargowego. Wdrożenie aktualizacji aplikacji na zlecenia Wykonawcy realizuje wytwórca systemu sterowania."

Zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia – część ogólna w zakresie części kolejowej z dnia 19 kwietnia 2023 r. obejmowała następujące czynności:

a) demontaż nawierzchni kolejowej i podtorza,

b) odtworzenie podtorza kolejowego i nawierzchni,

c) urządzenia sterowania ruchem kolejowym (srk) w zakresie likwidacji urządzeń przejazdowych oraz wyłączenia systemu przejazdowego z zależności z urządzeniami stacyjnymi st. Teresin Niepokalanów,

d) dostosowania urządzeń i systemów telekomunikacyjnych,

e) przebudowa sieci trakcyjnej wraz z zasilaniem, zgodnie z Notatką z 02.07.2020 r. stanowiącą załącznik nr 6 do Załącznika nr 2 OPZ kolejowy – TOM III SWZ,

f) urządzenia i układy elektroenergetyki do 1 kV,

g) zabudowa peronu tymczasowego, zgodnie z treścią Notatki z 23.06.2020 r. stanowiąca załącznik nr 10 do Załącznika nr 2 OPZ kolejowy – TOM III SWZ,

h) likwidacja przejazdu kolejowego w km 41,740 linii kolejowej nr 3.

W odpowiedzi na pytanie nr 59 do SWZ o treści:

„Prosimy o potwierdzenie, że jeśli wykonawca przebuduje sieć SRK do 1.06.2023, to uaktualnienie aplikacji sterującej urządzeniami SRK na stacji Teresin zostanie wykonane w ramach trwającego projektu zabudowy systemu ERTMS/ETCMS poziom 2 na linii E20 na stacji Teresin realizowanego przez Thales-a i w kosztach tego projektu".

Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi:

„Data przebudowy została zmieniona na 30.09.2023 r.

Aplikacje warstwy podstawowej przebuduje Wykonawca, Aplikację sterowania z LCS oraz aplikację RBC przebuduje Zamawiający w ramach odrębnego zadania inwestycyjnego, związanego z budową systemu ERTMS/ETCS na linii E20".

Dowód: odpowiedź nr 159 z 7 czerwca 2023 roku

W dniu 25 lipca 2023 roku zamawiający dokonał zmiany SWZ, wprowadzając do dokumentacji postępowania możliwość rozszerzenia zamówienia (prawo opcji).

Dowód: modyfikacja SWZ z 25 lipca 2023 roku

Zgodnie z instrukcją dla wykonawców (IDW) pkt 2 przedmiot zamówienia w zakresie kolejowym składa się z elementów:

Przedmiot niniejszego Zamówienia składa się z elementów:

1) opracowanie dokumentacji projektowej, w tym:

a) opracowanie projektu wykonawczego branży starowanie ruchem kolejowym i telekomunikacji kolejowej z uwzględnieniem uwarunkowań wynikających z realizacji projektu: „Zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii E20 Kunowice – Terespol" w ramach projektu CEF 2016-PL-TMC-0136-W "Zabudowa systemu ERTMS/ ETCS na liniach sieci bazowej TEN-T" realizowanym na terenie kolejowym,

b) opracowanie projektu czasowej organizacji ruchu drogowego na czas prowadzenia robót, c) opracowanie dokumentacji powykonawczej, w tym geodezyjnej dokumentacji powykonawczej,

2) wykonania robót kolejowych:

a) demontaż nawierzchni kolejowej i podtorza,

b) odtworzenie podtorza kolejowego i nawierzchni,

c) urządzenia sterowania ruchem kolejowym (srk) w zakresie likwidacji urządzeń przejazdowych oraz wyłączenia systemu przejazdowego z zależności z urządzeniami stacyjnymi st. Teresin Niepokalanów,

c) skreślony

d) dostosowania urządzeń i systemów telekomunikacyjnych,

e) przebudowa sieci trakcyjnej wraz z zasilaniem, zgodnie z Notatką z 02.07.2020 r. stanowiącą załącznik nr 6 do Załącznika nr 2 OPZ kolejowy - TOM III SWZ,

f) urządzenia i układy elektroenergetyki do 1 kV,

g) zabudowa peronu tymczasowego, zgodnie z treścią Notatki z 23.06.2020 r. stanowiąca załącznik nr 10 do Załącznika nr 2 OPZ kolejowy – TOM III SWZ,

h) likwidacja przejazdu kolejowego w km 41,740 linii kolejowej nr 3,

i) dostosowanie urządzeń sterowania ruchem kolejowym (srk) w zakresie wyłączenia systemu przejazdowego z zależności z urządzeniami stacyjnymi st. Teresin Niepokalanów, j) opracowanie aktualizacji aplikacji sterowania urządzeniami srk z poziomu urządzeń stacyjnych (warstwa podstawowa) przed przystąpieniem do likwidacji przejazdu, k) przeprowadzenie procesu certyfikacji i dopuszczenia do eksploatacji podsystemów strukturalnych, zgodnie z § 1 umowy, oraz ustawą z dnia 28 marca 2003 roku o transporcie kolejowym Dz. U. z 2017 r. poz. 2117

z późn. zm.) z opcją rozszerzenia przedmiotu zamówienia w trybie art. 441 ustawy Pzp (na podstawie odrębnego aneksu do umowy):

l) dostosowanie urządzeń sterowania ruchem kolejowym (srk) w zakresie wyłączenia systemu przejazdowego ze sterowania z LCS;

m) dostosowanie urządzeń sterowania ruchem kolejowym (srk) w zakresie wyłączenia systemu przejazdowego z aplikacji RBC (system ERTMS/ETCS,

n) opracowanie aktualizacji aplikacji sterowania urządzeniami srk z poziomu LCS (warstwa nadrzędna) przed przystąpieniem do likwidacji przejazdu,

o) opracowanie aktualizacji aplikacji RBC uwzględniającej likwidację przejazdu w km 41,740. p) przeprowadzenie procesu certyfikacji i dopuszczenia do eksploatacji podsystemów strukturalnych, zgodnie z § 1 umowy, oraz ustawą z dnia 28 marca 2003 roku o transporcie kolejowym Dz. U. z 2017 r. poz. 2117 z późn. zm.) w zakresie wskazanym w pkt k – n (powyżej).

Dowód: IDW

Pismem z dnia 25 lipca 2023 roku zamawiający zmodyfikował treść odpowiedzi na pytanie nr 159 z dnia 7 czerwca 2023 roku, która po zmodyfikowaniu otrzymała treść:

„Zamawiający nie może potwierdzić tej informacji. Uaktualnienie aplikacji warstwy podstawowej należy do obowiązku Wykonawcy. W sytuacji, gdy roboty w ramach budowy tunelu drogowego nastąpią po opracowaniu aplikacji sterowania z LCS i aplikacji RBC uwzględniających zaimplementowanie urządzeń przejazdowych w km 41,740 lk3 w ramach projektu ERTMS/ETCS, uaktualnienie tych aplikacji i proces certyfikacji Wykonawca w ramach projektu budowy tunelu drogowego."

W analogiczny sposób zamawiający zmodyfikował odpowiedź na pytanie nr 161 i 162.

Dowód: pismo z dnia 25 lipca 2023 roku

Zgodnie z pkt. 12.2. IDW Cena ofertowa musi uwzględniać wszystkie wymagania SWZ oraz obejmować wszystkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie wykonawca z tytułu terminowego i prawidłowego wykonania całości przedmiotu zamówienia.

Dowód: IDW

Zgodnie z pkt. 21.8 IDW zamawiający przyjął następujące kryteria oceny ofert:

1) całkowita cena brutto, waga – 60%,

2) długość okresu gwarancji, waga – 30%,

3) doświadczenie wykonawcy, waga – 10%.

Dowód: IDW

Przed otwarciem ofert zamawiający udostępnił kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w wysokości 47 550 379,62 zł brutto (z zastrzeżeniem: zakres kolejowy finansowany przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. – 25 550 379,62 zł brutto; zakres drogowy finansowany przez Powiat Sochaczewski / PZD Sochaczew – 22 000 000,00 zł brutto).

Dowód: protokół postępowania

Do upływu terminu składania ofert złożone zostały następujące oferty:

1. Konsorcjum: Roverpol Sp. z o.o. (Lider), Rover Inrfaestructuras S.A. (Partner), ul. W. Rzymowskiego 30/221, 02-697 Warszawa, NIP: 521-37-34-490, A-28.111.607; cena: 78 228 000,00 zł, w tym: a) zakres kolejowy - 32 410 500,00 zł; b) zakres drogowy - 42 193 766,25 zł, c) opcja rozszerzenia zamówienia (zakres kolejowy) - 3 623 733,75 zł; długość okresu gwarancji: 120 m-cy; doświadczenie wykonawcy: wg oświadczenia spełnia

2. SKANSKA S.A., Aleja "Solidarności" 173, 00-877 Warszawa, NIP: 778-00-01-070; cena: 62 674 298,22 zł, w tym: a) zakres kolejowy - 26 156 578,28 zł, b) zakres drogowy -32 138 698,54 zł, c) opcja rozszerzenia zamówienia (zakres kolejowy) - 4 379 021,40 zł; długość okresu gwarancji: 120 m-cy; doświadczenie wykonawcy: wg oświadczenia spełnia

3. STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków, NIP: 521-04-21-928, cena: 58 956 017,85 zł, w tym: a) zakres kolejowy - 23 424 622,17 zł, b) zakres drogowy -31 656 895,68 zł, c) opcja rozszerzenia zamówienia (zakres kolejowy) - 3 874 500,00 zł; długość okresu gwarancji: 120 m-cy; doświadczenie wykonawcy: wg oświadczenia spełnia

4. INTOP Warszawa Sp. z o.o., ul. Łukasza Drewny 70, 02-968 Warszawa, NIP: 52134-25-602; cena: 48 840 000,00 zł, w tym: a) zakres kolejowy - 21 548 528,77 zł, b) zakres drogowy - 26 184 471,23 zł, c) opcja rozszerzenia zamówienia (zakres kolejowy) -

1 107 000,00 zł; długość okresu gwarancji: 120 m-cy; doświadczenie wykonawcy: wg

oświadczenia spełnia

5. N.-Mosty Sp. z o.o., ul. K. Srokowskiego 27, 41-300 Dąbrowa Górnicza, NIP: 62924-72-541; cena: 66 184 693,87 zł, w tym: a) zakres kolejowy - 35 770 702,71 zł, b) zakres drogowy - 30 413 991,16 zł, c) opcja rozszerzenia zamówienia (zakres kolejowy) - nie wyceniono; długość okresu gwarancji: 120 m-cy; doświadczenie wykonawcy: wg oświadczenia spełnia.

Dowód: protokół postępowania

W dniu 15 listopada 2023 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty INTOP Warszawa sp. z o.o.

Dowód: pismo z 15 listopada 2023 roku

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p., jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z wyjaśnień, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Stosownie do ust. 5, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Użyte w art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p. sformułowanie „budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia" wskazuje na wrażenie zamawiającego charakteryzujące się dużym stopniem subiektywności. Przepisy ustawy P.z.p. w tym zakresie nie wskazują żadnych przesłanek uzasadniających konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Zamawiający może powziąć wątpliwości w oparciu o szereg czynników, w tym doświadczenie nabyte przy udzielaniu tego rodzaju usług, znajomość cen obowiązujących na rynku, ceny innych ofert złożonych w postępowaniu itp.

Dyspozycja zawarta w art. 224 ust. 1 różni się od tej, o której mowa w ust. 2 pkt 1 tegoż artykułu, który nakłada na zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, w sytuacji, gdy zajdą okoliczności o charakterze obiektywnym, tj.: w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10.

W wyroku z dnia 31 maja 2016 r., sygn. akt KIO 820/16, wydanym jeszcze na kanwie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.), ale zachowującym swą aktualność również pod rządami ustawy P.z.p., Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że zwroty „wydaje się" czy „budzi wątpliwości zamawiającego" są pojęciami nieostrymi i należy uznać, że celowo zostały wprowadzone przez ustawodawcę, by dać zamawiającym szerokie możliwości działania, a z których winni korzystać w uzasadnionych sytuacjach, dla zapewnienia uczciwej konkurencji w postępowaniu oraz w celu wyboru wykonawcy, który za zaoferowaną cenę rzeczywiście może wykonać zamówienie w sposób zgodny z oczekiwaniami i wymogami zamawiającego.

Podkreślenia wymaga, że odwołujący w treści odwołania nie zakwestionował ceny zaoferowanej przez przystępującego, nie podnosił, że jest ona nierealna i nie ma możliwości wykonania za nią przedmiotu zamówienia. Odwołujący zakwestionował jedynie wycenę zakresu zamówienia objętego opcją rozszerzenia zamówienia. Okoliczność ta jest o tyle istotna, iż przesłanką odrzucenia oferty ze względu na rażąco niską cenę lub koszt może być wyłącznie zaniżenie ceny całkowitej dotyczącej przedmiotu zamówienia, a nie części tej ceny. Zaniżenie ceny lub kosztu części oferty może mieć jedynie wpływ na ocenę, czy cena ofertowa jest rażąco niska.

Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że zamawiający nie powziął wątpliwości w zakresie wyceny zakresu objętego opcją dokonanej przez przystępującego. Izba zgadza się z poglądem wyrażanym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (por. np. wyrok z dnia 31 maja 2016 r., sygn. akt KIO 820/16), że przepis zawarty w art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p. nie może być odczytywany jedynie jako uprawnienie zamawiającego, nie podlegające kontroli. Przeciwnie, norma prawna zawarta w tym przepisie przewiduje obowiązek przeprowadzenia procedury wyjaśniającej, a tym samym zaniechanie tego obowiązku – gdy okoliczności sprawy wskazują o istnieniu uzasadnionych podstaw do zastosowania art. 224 ust. 1 – może być podnoszone w ramach środków ochrony prawnej. Należy przy tym dodać,

że przepis ten stanowi, że „zamawiający zwraca się” o udzielenie wyjaśnień i złożenie dowodów, a nie, że „zamawiający może zwrócić się”.

W rozpoznawanym przypadku odwołujący jednak nie wykazał, że zamawiający – rezygnując z wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień wyceny zakresu zamówienia objętego opcją na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p. – naruszył wskazany przepis.

Odwołujący podniósł, iż aktualizacja aplikacji będąca przedmiotem opcji rozszerzenia zamówienia może zostać wykonana przez Thales Polska sp. z o.o. (obecnie Ground Transportation Systems Polska Sp. z o.o.), będącą wytwórcą systemu sterowania. Jednocześnie odwołujący podniósł, iż koszt wykonania zakresu objętego opcją, ustalonego na podstawie pozostałych ofert złożonych w postępowaniu, wynosi średnio 2 639 076,25 zł. Ponadto odwołujący przedłożył na rozprawie dowód w postaci złożonej jemu oferty Ground Transportation Systems Polska Sp. z o.o. z dnia 28 lipca 2023 roku oraz korespondencji mailowej z tym podmiotem z dnia 27 lipca 2023 roku, z której wynika, że wskazany podmiot wykona zakres objęty prawem opcji za cenę 3 500 000,00 zł.

Izba podkreśla, że oferta złożona odwołującemu przez Ground Transportation Systems Polska Sp. z o.o. jest efektem podjętej przez ten podmiot decyzji biznesowej o nawiązaniu współpracy z odwołującym na realizację zamówienia objętego przedmiotem oferty za zaproponowaną cenę. Cena taka stanowi wypadkową wielu okoliczności, w tym również zysku, jaki zamierza osiągnąć podmiot przy realizacji zamówienia. Okoliczność, że wskazana spółka zamierza wykonać zadanie za zaoferowaną cenę nie oznacza, że inny wykonawca nie jest w stanie wynegocjować innych warunków realizacji wskazanej części zamówienia, nawet z tym samym podmiotem.

Odwołujący oparł zarzut na porównaniu wyceny prawa opcji dokonanej przez przystępującego z wycenami zawartymi w ofertach innych wykonawców, co – w ocenie Izby – nie jest wystarczające. Odwołujący nie wskazał żadnego minimalnego poziomu kosztów, jakie – w jego przekonaniu – winny zostać poniesione przy realizacji czynności objętych prawem opcji. Sama wycena opcji na wyższym poziomie przez innych wykonawców, bez wskazania, co się na tę wycenę składa, nie stanowi podstawy do uwzględnienia zarzutu.

Wniosek taki jest o tyle uzasadniony, iż – jak wynika z oferty z dnia 28 lipca br. – wykonawca Ground Transportation Systems Polska Sp. z o.o. nie dokonał w niej wyceny poszczególnych czynności składających się na zakres zamówienia objęty prawem opcji, lecz wskazał cenę globalną.

Jednocześnie Izba wskazuje, że z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że konieczność wykonania zakresu zamówienia objętego prawem opcji przez wykonawcę Ground Transportation Systems Polska Sp. z o.o. (dawniej: Thales Polska Sp. z o.o.) nie jest w postępowaniu oczywista. Odwołujący podnosił, że tylko ten podmiot jest uprawniony do wykonania wskazanej części zamówienia. Z kolei zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z

dnia 8 grudnia 2023 roku stwierdził, że same roboty mogą zostać wykonane przez inne podmioty, zaś zmiany muszą zostać jedynie autoryzowane przez Thales Polska sp. z o.o. Przystępujący natomiast uważa, że brak jest podstaw do twierdzenia, iż Thales Polska Sp. z o.o. musi wykonać zakres objęty prawem opcji.

Z analizy dokumentów postępowania wynika, że w dniu 25 lipca 2023 roku zamawiający zmodyfikował SWZ, wprowadzając do OPZ – roboty kolejowe „prawo opcji”, a w ramach zakresu opcji wprowadził zadania nieobjęte pierwotnym opisem przedmiotu zamówienia. Jednocześnie nie zmienił tych postanowień SWZ, z których wynikała konieczność nawiązania współpracy z podmiotem Thales w zakresie aktualizacji warstwy podstawowej. Zamawiający nie nakazał zatem zlecania temu podmiotowi wykonania zakresu obejmującego warstwę nadrzędną, przewidzianą prawem opcji.

Tym samym, w ocenie Izby, istniała możliwość dokonania odmiennej interpretacji w zakresie konieczności wykonania zakresu objętego prawem opcji przez podmiot Thales. Izba wskazuje, że w sytuacji, w której możliwe są różne interpretacje zapisów SWZ, zachodzi niejednoznaczność SWZ. Z kolei niejednoznaczność postanowień SWZ nie może powodować negatywnych skutków dla wykonawców, a wszelkie wątpliwości zamawiający powinien rozstrzygać na korzyść wykonawcy - tak orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku o sygn. akt KIO 643/12 z dnia 16 kwietnia 2012 roku: "Badanie i ocenę ofert powinien zamawiający prowadzić z uwzględnieniem zasady, iż wszelkiego rodzaju niedopowiedzenia, niejasności, niedoprecyzowania, zawarte w postanowieniach SIWZ należy interpretować na korzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. To zamawiającego obciąża obowiązek takiego przygotowania postępowania, aby postanowienia SIWZ były jednoznacznie i nie budziły wątpliwości w toku prowadzonej procedury" Z kolei Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z 10 lipca 2015 r., sygn. akt. I C 2/15 stwierdził, że "Doprecyzowanie zamówienia następuje poprzez przygotowanie przez zamawiającego Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - jednego z podstawowych dokumentów, niezbędnych dla przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego obligatoryjna treść została wskazana przez ustawodawcę w art. 36 ustawy P.z.p. (m. in. co do opisu przedmiotu świadczenia oraz sposobu obliczenia ceny). To na podstawie informacji w niej zawartych wykonawcy przygotowują swe oferty. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia od momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla zamawiającego i jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych, natomiast dla oferenta jest ona wiążąca od momentu złożenia oferty (art. 70^1 § 4 k.c). Należy jednak podkreślić, że dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z postanowień specyfikacji, winny być one jasne i precyzyjne i nie powinny nasuwać wątpliwości interpretacyjnych. Jeżeli zaś takowe się pojawią, w ocenie Sądu winny być one rozstrzygane na korzyść wykonawców,

którzy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji niezastosowania się do niewłaściwie sformułowanych, niejasnych postanowień specyfikacji.”

Wskazanych wyżej wątpliwości interpretacyjnych nie rozwiewa treść specyfikacji warunków zamówienia dla zadania pn. zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii E20 Kunowice – Terespol, którą odwołujący złożył jako dowód na okoliczność posiadania przez Thales praw autorskich do przedmiotu zamówienia. Jak wynika z warunków umowy, subklauzula 1.10 ust. 2 pkt 11 postanowienia subklauzuli nie dotyczą oprogramowania, co do którego będzie się uważało, że wykonawca przez podpisanie kontraktu udzielił zamawiającemu bezterminowej, zbywalnej, niezastrzeżonej, za wynagrodzeniem uwzględnionym w Zaakceptowanej Kwocie Kontraktowej licencji na kopiowanie, używanie i przekazywanie oprogramowania. Niniejsza licencja będzie używana wyłącznie w celu budowy, rozbudowy, remontu, użytkowania i modyfikacji infrastruktury kolejowej w Rzeczypospolitej Polskiej.

Jak wynika z treści wskazanego punktu:

„Przedmiotowa Licencja uprawnia w szczególności do:

(i) trwałego lub czasowego zwielokrotnienia programu komputerowego w całości lub w części jakimikolwiek środkami i w jakiejkolwiek formie;

(ii) rozpowszechniania, w tym użyczenia, dzierżawy lub najmu, programu komputerowego lub jego kopii".

Z powyższego wynika, że pola eksploatacji wymienione we wskazanym wyżej punkcie zostały wymienione jedynie przykładowo. Takie ujęcie znacząco utrudnia wykładnię treści umowy i może powodować spory interpretacyjne.

Odwołujący, w celu wykazania, iż zakres objęty prawem opcji winien zostać wykonany wyłącznie przez firmę Thales, złożył do akt sprawy pismo z dnia 7 grudnia 2023 roku Ośrodka Certyfikacji Transportu na Wydziale Transportu Politechniki Warszawskiej. Odnosząc się do przedłożonego pisma, w pierwszej kolejności Izba wskazuje, że tego rodzaju opinia prywatna, złożona w postępowaniu odwoławczym, nie może zostać potraktowana jako opinia biegłego. Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 29 września 1956 r., stwierdził, że: „Nie może być traktowana jako dowód w procesie opinia biegłego, choćby nim był stały biegły sądowy, sporządzona na piśmie na polecenie strony i złożona do akt sądowych" (sygn. akt: III CR 121/56). Niemniej jednak opinie te nie są w ogóle pozbawione znaczenia w postępowaniu odwoławczym. Stanowią one dowód z dokumentu prywatnego i podlegają ocenie stosownie do reguł oceny dowodów w postępowaniu przed Izbą.

Odnosząc się do treści złożonej opinii Izba stwierdziła, iż pozbawiona jest ona głębszej analizy, a jedynie ogranicza się do stwierdzenia, że zmiany istniejącej aplikacji, ze względu na obecność urządzeń komputerowych, których producentem jest firma Thales, może wykonać wyłącznie firma Thales. Opinia nie uwzględnia wskazanych wyżej

uwarunkowań, z których wynikają wątpliwości interpretacyjne w zakresie obowiązku wykonania prawa opcji przez ten podmiot, dlatego też Izba nie uwzględniła wniosków wynikających z opinii przy rozstrzyganiu zarzutu.

Brak kategorycznego wykazania, iż zakres objęty prawem opcji musi być wykonany wyłącznie przez firmę Thales, oznacza, że przy wycenie tego zakresu można wziąć pod uwagę wyceny dokonane przez inne podmioty. I tak, Izba przeprowadziła dowody z dokumentów złożonych przez zamawiającego (kosztorys inwestorski, umowa nr 21/ALSTOM/Legionowo/2022 z dnia 26 stycznia 2023 roku) oraz ofert złożonych przez przystępującego (objęte tajemnicą przedsiębiorstwa) i stwierdziła, że przedmiot zamówienia objęty prawem opcji lub do niego zbliżony, można wycenić na kwotę znacznie niższą niż wynikająca z oferty złożonej odwołującemu przez Thales, tj. odpowiadającą kwocie wskazanej w ofercie przystępującego.

Odwołujący podniósł, że – jak wynika z ofert złożonych przez pozostałych wykonawców – zakres objęty prawem opcji stanowi istotną część składową ceny.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego. W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że okoliczność, czy zakres przedmiotu zamówienia objęty prawem opcji stanowi istotną część składową ceny oferty, winna być przedmiotem każdorazowego badania. Brak jest podstaw do definitywnego stwierdzenia, że w każdym przypadku zakres opcjonalny stanowi istotną część składową ceny oferty.

Izba podkreśla, że ustawa P.z.p. nie zawiera definicji legalnej pojęcia „prawo opcji".

Definicji takiej nie zawierają również dyrektywy dotyczące udzielania zamówień publicznych. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (dalej: dyrektywa klasyczna), wskazuje jedynie, że podstawą obliczenia szacunkowej wartości zamówienia jest całkowita kwota należna, bez VAT, oszacowana przez instytucję zamawiającą, z uwzględnieniem wszelkich opcji oraz wznowień zamówienia wyraźnie określonych w dokumentach zamówienia (art. 5 ust. 1 akapit pierwszy dyrektywy klasycznej).

Polski ustawodawca, implementując powyższy przepis dyrektywy klasycznej w odniesieniu do instytucji prawa opcji również skupił się na zagadnieniu szacowania wartości zamówienia, wskazując w art. 31 ust. 2 ustawy P.z.p., że przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem opcji oraz wznowień. Zamawiający przewidując prawo opcji, jest więc zobowiązany do określenia maksymalnego poziomu zamówienia wskazując, iż pewien zakres tego zamówienia, z góry przewidziany i określony, będzie przez niego realizowany jedynie w określonych sytuacjach. A zatem instytucja prawa opcji zakłada, że zamawiający każdorazowo określa minimalny

poziom zamówienia, który zostanie na pewno zrealizowany, co pozwala wykonawcom na rzetelne i właściwe dokonanie

wyceny oferty, wskazując jednocześnie dodatkowy zakres, którego realizacja jest uzależniona od wskazanych w kontrakcie okoliczności i stanowi uprawnienie zamawiającego, z którego może, ale nie musi on skorzystać.

W świetle art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p. wezwanie do złożenia wyjaśnień może dotyczyć również istotnych części składowych ceny lub kosztu. Pojęcie „istotnej części składowej ceny lub kosztu" należy rozumieć jako część, która w znacznym stopniu, bardziej niż pozostałe składniki, przyczynia się do powstawania kosztów po stronie wykonawcy. Aby zatem ustalić, czy zakres zamówienia objęty prawem opcji stanowi istotną część składową ceny oferty, należy ustalić, czy w odniesieniu do tego zakresu zachodzą przesłanki powodujące, że zakres ten w sposób znaczny przyczynia się do powstania kosztów po stronie wykonawcy.

Analizując stan faktyczny przedmiotowej sprawy Izba doszła do przekonania, że w rozpoznawanym przypadku okoliczności takie nie zachodzą. Udział ceny zakresu prawa opcji w ogólnej cenie oferty każdej ze złożonych ofert nie przekracza kilku procent. Brak jest zatem podstaw do stwierdzenia, że ta część zamówienia ma decydujący wpływ na powstanie kosztów u wykonawcy.

Jednocześnie podkreślenia wymaga, że o istotności części składowej ceny oferty nie decyduje fakt, iż konieczność wskazania ceny za tę część zamówienia wynika z wyodrębnienia jej w formularzu ofertowym. Zamawiający jest uprawniony do tego, by żądać podania takich informacji, co podyktowane jest specyfiką prawa opcji. Z istoty prawa opcji wynika dopuszczalność nałożenia na wykonawców obowiązku wycenienia i przewidzenia w ramach ich ofert pewnego zakresu ryzyk związanego z niepewnością co do kształtu przyszłego przedmiotu zamówienia, a zamawiający ma prawo wiedzieć, w jaki sposób wykonawca takiej wyceny dokonał. Ma to bowiem wpływ na późniejsze zobowiązania zamawiającego względem wykonawcy, w sytuacji gdy zamawiający zdecyduje się na skorzystanie ze swego uprawnienia do opcji w toku realizacji umowy. Okoliczność ta nie przesądza sama w sobie o tym, że cena opcji stanowi istotną część ceny oferty, jako że istotność – jak to już stwierdzono – winna być ustalana na podstawie okoliczności wskazanych wyżej.

Izba nie podziela również stanowiska odwołującego wyrażonego na rozprawie, iż o istotności części składowej ceny oferty w rozumieniu art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p. decydują inne przesłanki niż kosztowe, w sytuacji, gdy nie mają one istotnego przełożenia na cenę oferty. Odwołujący podnosił, iż dla oceny istotności części składowej nie mniej ważny jest badany zakres zamówienia. W ocenie Izby argument ten znalazłby zastosowanie jedynie w przypadku, gdyby zakres ten wpływał w sposób znaczny na cenę oferty, co – jak wykazano wyżej – w rozpoznawanym przypadku nie miało miejsca. Stanowisku odwołującego przeczy

treść art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p., w którym mowa jest o istotnej części składowej ceny lub kosztu. Oznacza to, że ocena, czy mamy do czynienia z istotną częścią składową ceny lub kosztu, nie może być dokonywana w oderwaniu od tych wartości, a jedynie z uwzględnieniem jej wpływu na przedmiot zamówienia.

Z powyższego wynika, że w rozpoznawanym przypadku nie zaszły przesłanki uzasadniające odrzucenie oferty przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p., jak również wezwanie go do złożenia wyjaśnień dotyczących opcji rozszerzenia zamówienia, stosownie go art. 224 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p.

Oddalenie powyższych zarzutów jest jednoznaczne z uznaniem za nieuzasadniony zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1, 2 i 3 oraz art. 17 ust. 2 ustawy P.z.p. poprzez ich niezastosowanie i prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości i w konsekwencji wybór oferty INTOP Warszawa sp. z o.o. niezgodnie z przywołanymi wyżej przepisami ustawy P.z.p.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 2 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: ……