

**WYROK**

Warszawa, dnia 15 stycznia 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

Przewodniczący: Maksym Smorczewski  
M.K.  
Katarzyna Prowadzisz  
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 stycznia 2024 r. przez wykonawcę Ground Transportation Systems Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - wykonawcy AŽD Praha s.r.o. z siedzibą w Pradze, przy udziale uczestników po stronie odwołującego:

- wykonawcy Zakłady Automatyki "Kombud" spółka akcyjna z siedzibą w Radomiu,
- wykonawcy Alstom Polska spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie

**orzeka:**

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów naruszenia:

- art. 131 ust. 1 w związku z art. 16 pkt 1) – 3) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (oznaczonego w odwołaniu numerem 1),
- art. 116 ust. 1 w związku z art. 112 ust. 1 i 2 pkt 4) oraz w związku z art. 16 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (oznaczonego w odwołaniu numerem 3),
- art. 99 ust. 1 i 4 w związku z art. 16 pkt 1) – 3) w związku z art. 362 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (oznaczonego w odwołaniu numerem 4),
- art. 353<sup>1</sup> ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny w związku z art. 8 ust. 1 oraz w związku z art. 16 pkt 1) – 3) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (oznaczonego w odwołaniu numerem 5),
- art. 495 § 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny w związku z art. 8 ust. 1 oraz w związku z art. 16 pkt 1) – 3) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (oznaczonego w odwołaniu numerem 6),
- art. 91 ust. 1 w związku z art. 16 pkt 1) i 3) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (oznaczonego w odwołaniu numerem 7),

2. oddala odwołanie,

3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Ground Transportation Systems Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych) uiszczoną przez Ground Transportation Systems Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3.600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) poniesioną przez Ground Transportation Systems Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:.....

.....  
.....

**UZASADNIENIE**

W dniu 15 grudnia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Ground Transportation Systems Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane o tytule „Zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn.: "Dostosowanie do wymaganych parametrów sieci TEN-T poprzez zabudowę systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii kolejowej nr 351 na odc. Poznań Główny - Krzyż" realizowanego w ramach Krajowego Planu Odbudowy i zwiększania Odporności (KPO)” (dalej jako „Postępowanie”), prowadzonym przez zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Zamawiający”) wobec „czynności (...) polegających na:

- 1) wyznaczeniu przez Zamawiającego zbyt krótkiego terminu składania ofert w Postępowaniu;
- 2) ukształtowaniu zasad przeprowadzania aukcji elektronicznej w sposób niezgodny z obowiązującymi przepisami prawa;
- 3) sformułowaniu warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz ograniczający konkurencyjność poprzez niczym nieuzasadnione zawężenie kręgu potencjalnych wykonawców zdolnych do wykonania przedmiotowego Zamówienia;
- 4) sformułowaniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób:
  - a) niejednoznaczny i niewyczerpujący, a ponadto nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty, a w szczególności na wysokość proponowanej przez wykonawców ceny ofertowej;
  - b) który utrudnia uczciwą konkurencję, a w szczególności prowadzi do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców z udziału w Postępowaniu;
  - c) naruszający zasadę równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności;
  - d) naruszający prawo wykonawców do swobodnego wyboru kontrahentów, którym zamierzają (ewentualnie) powierzyć wykonanie części zamówienia, a w szczególności poprzez zobowiązanie wykonawcy do zawarcia umowy o podwykonawstwo ze spółką AŽD Praha s.r.o., będącego wykonawcą i producentem urządzeń sterowania ruchem kolejowym warstwy podstawowej na odcinku linii kolejowej nr 351 objętym Zamówieniem;
  - e) przenoszący na wykonawcę zamówienia wszystkie ryzyka związane z zapewnieniem współpracy ze spółką AŽD Praha s.r.o.;
  - f) mogący prowadzić do niemożliwości spełnienia świadczeń objętych zamówieniem.”.

Odwołując zarzucił naruszenie:

- „1) art. 131 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez wyznaczenie przez Zamawiającego w Ogłoszeniu (pkt 5.1.12) oraz SWZ (pkt 17.1 Instrukcji dla Wykonawców) zbyt krótkiego terminu na złożenie oferty, nieadekwatnego do przedmiotu zamówienia i nieuwzględniającego jego złożoności i specyfiki, a tym samym przyznanie oferentom zbyt krótkiego czasu na przygotowanie i złożenie oferty, co prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości prowadzenia postępowania (Zarzut nr 1);
- 2) art. 227 Pzp, art. 229 ust. 1 Pzp oraz art. 234 Pzp w zw. z art. 16 Pzp oraz art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego poprzez ukształtowanie zasad aukcji elektronicznej (SWZ – pkt 21 Instrukcji dla Wykonawców, w tym w szczególności pkt 21.19) w sposób sprzeczny z obowiązującymi przepisami prawa, w tym przede wszystkim art. 66 § 1 k.c. oraz art. 16 Pzp, wskazującymi, że określenie istotnych postanowień oferty, a przede wszystkim ceny oferty jest domeną Wykonawcy (Zarzut nr 2);
- 3) art. 116 ust. 1 Pzp w zw. z art. 112 ust. 1 i 2 pkt 4 Pzp oraz w zw. z art. 16 Pzp poprzez zawarcie w Ogłoszeniu (pkt 5.1.9) oraz SWZ (pkt 8.6.1 lit. c) Instrukcji dla Wykonawców) warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego niezbędnego doświadczenia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, prowadząc do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i proporcjonalności oraz prowadząc do nieuzasadnionego ograniczenia kręgu wykonawców zdolnych do wykonania przedmiotu Zamówienia; (Zarzut nr 3)
- 4) art. 99 ust. 1 i 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp w zw. z art. 362 Pzp poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązku samodzielnego zapewnienia realizacji prac projektowych i robót budowlanych w zakresie wykonania powiązania i integracji urządzeń warstwy podstawowej z urządzeniami systemu ERTMS/ETCS poziom 2 przez podmiot trzeci, tj. spółkę AŽD Praha s.r.o., a także samodzielnego ustalenia szczegółowego zakresu ww. prac przez wykonawców, co powoduje nieuzasadnione uprzywilejowanie jednego z wykonawców (AŽD Praha s.r.o.) oraz wyeliminowanie z udziału w postępowaniu innych wykonawców, naruszając tym samym zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i prowadząc do nieporównywalności ofert złożonych w postępowaniu; (Zarzut nr 4)
- 5) art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp oraz w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązku współdziałania z AŽD Praha s.r.o., co nie może nastąpić w inny sposób niż poprzez wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia lub zawarcie pomiędzy wykonawcą a AŽD Praha s.r.o. umowy o podwykonawstwo, co należy traktować jako bezprawne ograniczenie przez Zamawiającego zasady swobody kontraktowania, a w szczególności zasady swobody doboru kontrahenta; (Zarzut nr 5)
- 6) art. 495 § 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp oraz w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez obciążenie wykonawców całym ryzykiem związanym z niemożnością spełnienia świadczenia w przypadku braku możliwości nawiązania współpracy z AŽD Praha s.r.o. lub odmowy wykonania przez AŽD Praha s.r.o. prac i robót w zakresie wykonania powiązania i integracji urządzeń warstwy podstawowej z urządzeniami systemu ERTMS/ETCS poziom 2, co może prowadzić do niemożności wykonania Zamówienia i wygaśnięcia zobowiązań wynikających z umowy na jego realizację, a także do nieosiągnięcia założonych przez Zamawiającego celów; (Zarzut nr 6)

7)art. 91 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 PZP poprzez zaniechanie podziału zamówienia na części w taki sposób, aby zakres obejmujący prace i roboty wykonania powiązania i integracji urządzeń warstwy podstawowej z urządzeniami systemu ERTMS/ETCS poziom 2, który może być wykonany wyłącznie przez AŽD Praha s.r.o., został udzielony jako odrębna część lub odrębne zamówienie. (Zarzut nr 7)".

Odwołujący wniósł o „uwzględnienie niniejszego Odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1)w związku z Zarzutem nr 1, zmiany treści pkt 5.1.12 Ogłoszenia oraz pkt 17.1 SWZ – Instrukcja dla Wykonawców, poprzez określenie terminu składania ofert nie wcześniej niż na dzień 29.03.2024 r.;
- 2)w związku z Zarzutem nr 2, zmiany treści postanowień SWZ – Instrukcji dla Wykonawców, w szczególności pkt 21.19 oraz 21.20 teŹe, poprzez przyznanie wykonawcom prawa do określenia cen jednostkowych netto oferty (cen ryczałtowych poszczególnych pozycji RCO) z uwzględnieniem wyników przeprowadzonej aukcji elektronicznej, po zakończeniu aukcji elektronicznej;
- 3)w związku z Zarzutem nr 3, zmiany treści postanowień Ogłoszenia (pkt 5.1.9) oraz SWZ – Instrukcji dla Wykonawców (pkt 8.6.1. lit. c) w ten sposób, Źe otrzyma on następujące brzmienie: w okresie ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeŹeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie: co najmniej 1 (jedną) robotę budowlaną zrealizowaną w ramach jednej umowy: obejmującą budowę i przekazanie do eksploatacji Europejskiego Systemu Sterowania Pociągiem poziom 2 (ERTMS/ETCS poziom 2), w ramach której zabudowano co najmniej 1 (jedno) Centrum Sterowania Radiowego (RBC) oraz wykonano powiązanie systemu ETCS (RBC) z siecią Globalnego Systemu Kolejowej Radiokomunikacji Ruchomej (ERTMS/GSM-R);
- 4)w związku z Zarzutami nr 4 – 7, zmiany specyfikacji warunków zamówienia (dalej jako „SWZ”) w pkt 4.3.1 Programu Funkcjonalno-Użytkowego (dalej jako „PFU”) poprzez wyłączenie z zakresu zamówienia obowiązków wykonawcy polegających na wykonaniu powiązania i integracji urządzeń warstwy podstawowej z urządzeniami systemu ERTMS/ETCS poziom 2 poprzez wykreślenie z PFU pkt 4.3.1 ppkt 9, pkt. 4.3.10 ppkt 3 oraz 4.3.10 ppkt 5-9 , a także ich (obowiązków) wydzielenie do odrębnej części lub odrębnego zamówienia oraz dodania w PFU treści potwierdzającej, Źe zakres dotyczący powiązania i integracji urządzeń został lub zostanie zrealizowany przez Zamawiającego w ramach odrębnego postępowania, a także dodanie w treści Tomu II – Warunki Umowy następującej treści: „w przypadku opóŹnienia w opracowaniu interfejsu z przyczyn nie leŹących po stronie wykonawcy zmianie moŹe ulec Harmonogram Realizacji Projektu lub termin realizacji Przedmiotu Zamówienia”.”.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołujący przystąpili wykonawca Zakłady Automatyki "Kombud" spółka akcyjna z siedzibą w Radomiu oraz wykonawca Alstom Polska spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, którzy poparli stanowisko Odwołującego.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca AŽD Praha s.r.o. z siedzibą w Pradze, który przedstawił argumentację mającą świadczyć o bezzasadności odwołania w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu numerami od 4 do 7.

Odwołujący na posiedzeniu w dniu 9 stycznia 2024 r. oświadczył, Źe cofa odwołanie w zakresie zarzutu 3 oraz w zakresie zarzutów 4-7.

W zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi Postępowanie z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp”) w trybie przetargu nieograniczonego. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 5 grudnia 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 00738196-2023.

W pkt 21.19 Tomu I Instrukcja dla wykonawców (IDW) SWZ określono, Źe „Po zakończeniu aukcji elektronicznej Zamawiający dokona wyliczenia cen jednostkowych netto oferty (jeŹeli 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:  $U = 100 - (W \text{ aukcji} \times 100) / W \text{ oferty} [\%]$  2) następnie wyliczone zostaną indywidualnie poszczególne ceny ryczałtowe netto znajdujące się w RCO z oferty złożonej przez Wykonawcę w terminie składania ofert poprzez obniżenie tych cen z wyłączeniem pozycji dotyczących Wynagrodzenia Warunkowego o wartości 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:  $C \text{ aukcji} = C \text{ oferty} - (C \text{ oferty} \times U)$  gdzie: U – wartość wskaźnika upustu cenowego od wartości oferty pierwotnie złożonej (pomniejszonej o wartości brutto Wynagrodzenia Warunkowego) uzyskanego w wyniku aukcji elektronicznej W oferty – wartość oferty pierwotnie złożonej brutto) pomniejszona o wartości brutto Wynagrodzenia Warunkowego z oferty złożonej przez Wykonawcę w terminie składania ofert W aukcji – wartość oferty uzyskanej w toku aukcji elektronicznej brutto (pomniejszona o wartości brutto Wynagrodzenia Warunkowego) z oferty złożonej przez Wykonawcę w terminie składania ofert 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, z zastrzeżeniem, że pozycje dotyczące Wynagrodzenia Warunkowego nie podlegają obniżeniu. 3) Zamawiający wyliczy sumę wartości poszczególnych pozycji RCO, wynikającą z przeliczenia pozycji RCO po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej o współczynnik upustu (z zastrzeżeniem, że pozycje Wynagrodzenie Warunkowe, nie podlegają obniżeniu), 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.)

W pkt 21.20 Tomu I Instrukcja dla wykonawców (IDW) SWZ Zamawiający określił, że „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 21.19. 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 21.19. ppkt 3 IDW. Sposób rozliczenia różnicy między tymi kwotami określa Umowa.”.

W dniu 13 grudnia 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 00756005-2023 zostało opublikowane ogłoszenie zmieniające treść pkt 5.1.12 „Warunki udzielenie zamówienia” ogłoszenia o zamówieniu w Postępowaniu w zakresie terminu składania ofert, który został określony na 15 stycznia 2024 r. godz. 10.00.

Pismem datowanym na 12 grudnia 2023 r. Zamawiający poinformował że pkt 17.1 Tomu I Instrukcja dla wykonawców (IDW) specyfikacji warunków zamówienia w Postępowaniu (dalej jako „SWZ”) otrzymuje brzmienie „Ofertę wraz z wymaganymi dokumentami należy złożyć na Platformie Zakupowej do dnia: 15.01.2024r., do godziny: 10:00”.

W dniu 5 stycznia 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 00007814-2024 zostało opublikowane ogłoszenie zmieniające treść pkt 5.1.12 „Warunki udzielenie zamówienia” ogłoszenia o zamówieniu w Postępowaniu w zakresie terminu składania ofert, który został określony na 24 stycznia 2024 r. godz. 10.00.

Pismem datowanym na 4 stycznia 2024 r. Zamawiający poinformował że pkt 17.1 Tomu I Instrukcja dla wykonawców (IDW) specyfikacji warunków zamówienia w Postępowaniu (dalej jako „SWZ”) otrzymuje brzmienie „Ofertę wraz z wymaganymi dokumentami należy złożyć na Platformie Zakupowej do dnia: 24.01.2024r., do godziny: 10:00”.

Ustalając stan faktyczny Izba oparła się na dokumentach znajdujących się w dokumentacji Postępowania oraz załączonych do odpowiedzi na odwołanie dokumentów oznaczonych jako „modyfikacja treści SWZ” i „Zmiana ogłoszenia OJS004-007814-pl”.

Pozostałe dokumenty załączone do odwołania i odpowiedzi na odwołanie Izba pominęła, mając na uwadze, że zgodnie z art. 531 Pzp „przedmiotem dowodu są fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie” oraz iż nie mogły one służyć ustaleniu faktów mających dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie w zakresie, w jakim Izba rozpoznawała odwołanie merytorycznie (w jakim postępowanie odwoławcze nie zostało umorzona).

#### Izba zważyła, co następuje:

W świetle art. 505 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym „środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy”, Odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania. Izba nie stwierdziła przy tym, aby zachodziła którakolwiek z określonych w art. 528 Pzp okoliczności skutkujących odrzuceniem odwołania.

Odwołujący na posiedzeniu w dniu 9 stycznia 2024 r. oświadczył, że cofa odwołanie w zakresie zarzutu 3 oraz że cofa odwołanie w zakresie zarzutów 4-7, co należało rozumieć jako cofnięcie odwołania w zakresie zarzutów naruszenia:

- art. 116 ust. 1 w związku z art. 112 ust. 1 i 2 pkt 4) oraz w związku z art. 16 Pzp (oznaczonego w odwołaniu numerem 3),
- art. 99 ust. 1 i 4 w związku z art. 16 pkt 1) – 3) w związku z art. 362 Pzp (oznaczonego w odwołaniu numerem 4),
- art. 353<sup>1</sup> ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny w związku z art. 8 ust. 1 oraz w związku z art. 16 pkt 1) – 3) Pzp (oznaczonego w odwołaniu numerem 5),
- art. 495 § 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny w związku z art. 8 ust. 1 oraz w związku z art. 16 pkt 1) – 3) Pzp (oznaczonego w odwołaniu numerem 6),
- art. 91 ust. 1 w związku z art. 16 pkt 1) i 3) Pzp (oznaczonego w odwołaniu numerem 7).

Zgodnie z art. 520 ust. 1 Pzp „odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy”, zaś stosownie do art. 568 pkt 1) Pzp, „Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania”. Mając na względzie, że art. 520 ust. 1 Pzp uprawnia odwołującego do cofnięcia odwołania w całości,

wnioskowanie na zasadzie a maiori ad minus uzasadnia przyjęcie, że odwołujący może cofnąć odwołanie jedynie w części – w zakresie niektórych zarzutów. Potwierdza to art. 522 ust. 3 Pzp, w którym jest mowa o „wycofaniu pozostałych zarzutów” (nie uwzględnionych przez zamawiającego) – co również stanowi wycofanie odwołania w części. Z treści art. 568 pkt 1) Pzp wynika, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu odwołania. W takim stanie rzeczy hipoteza normy wynikającej z tego przepisu była spełniona, co zobowiązywało Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego w zakresie, w jakim Odwołujący cofnął odwołanie.

Wobec powyższego Izba w punkcie 1 wyroku na podstawie art. 568 pkt 1) Pzp umorzyła postępowanie w zakresie zarzutów naruszenia:

- art. 116 ust. 1 w związku z art. 112 ust. 1 i 2 pkt 4) oraz w związku z art. 16 Pzp (oznaczonego w odwołaniu numerem 3),
- art. 99 ust. 1 i 4 w związku z art. 16 pkt 1) – 3) w związku z art. 362 Pzp (oznaczonego w odwołaniu numerem 4),
- art. 353<sup>1</sup> ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny w związku z art. 8 ust. 1 oraz w związku z art. 16 pkt 1) – 3) Pzp (oznaczonego w odwołaniu numerem 5),
- art. 495 § 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny w związku z art. 8 ust. 1 oraz w związku z art. 16 pkt 1) – 3) Pzp (oznaczonego w odwołaniu numerem 6),
- art. 91 ust. 1 w związku z art. 16 pkt 1) i 3) Pzp (oznaczonego w odwołaniu numerem 7).

W punkcie 1 wyroku Izba na podstawie art. 568 pkt 2) Pzp umorzyła ponadto postępowanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 131 ust. 1 w związku z art. 16 pkt 1) – 3) Pzp (oznaczonego w odwołaniu numerem 1).

Zgodnie z art. 568 pkt 2) Pzp, „Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne”.

Nie było sporne pomiędzy stronami i uczestnikami postępowania odwoławczego, że wskutek opublikowania w dniu 5 stycznia 2024 r. ogłoszenia zmieniającego treść pkt 5.1.12 „Warunki udzielenie zamówienia” ogłoszenia o zamówieniu w Postępowaniu oraz zmiany pkt 17.1 Tomu I Instrukcja dla wykonawców (IDW) SWZ, o której Zamawiający poinformował pismem datowanym na 4 stycznia 2024 r., treść dokumentów zamówienia w zakresie objętym przedmiotowym zarzutem, to jest postanowień pkt 5.1.12 ogłoszenia o zamówieniu w Postępowaniu w zakresie terminu składania ofert oraz pkt 17.1 Tomu I Instrukcja dla wykonawców (IDW) SWZ, uległa zmianie w stosunku do treści, jaką miały w dniu wniesienia odwołania.

Zgodnie z art. 552 ust. 1 Pzp „wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego”. Oznacza to, że przy wydawaniu orzeczenia Izba zobowiązana jest uwzględniać ustalony w toku postępowania odwoławczego stan faktyczny istniejący w chwili zamknięcia rozprawy. Nie ulega przy tym wątpliwości, że stan faktyczny obejmuje treść dokumentów zamówienia.

Wskazane powyżej zmiany spowodowały, że treść postanowień pkt 5.1.12 ogłoszenia o zamówieniu w Postępowaniu w zakresie terminu składania ofert oraz pkt 17.1 Tomu I Instrukcja dla wykonawców (IDW) SWZ jest inna niż treść, wobec której Odwołujący wniósł odwołanie (i jaką postanowienia te miały w dniu jego wniesienia). W tym stanie rzeczy dokonując oceny zgodności z prawem dokumentów zamówienia w zakresie postanowień, których w tych dokumentach już nie ma (w wyniku zastąpienia ich postanowieniami innej treści), Izba musiałaby nie wziąć pod uwagę ustalonego w toku postępowania odwoławczego stanu faktycznego), co stałoby w sprzeczności z ww. przepisem.

Ponadto mieć należało na względzie, że zarówno Odwołujący, jak i inni wykonawcy, mogą wnieść odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia w Postępowaniu w zakresie postanowienia pkt 5.1.12 ogłoszenia o zamówieniu w Postępowaniu w zakresie terminu składania ofert, którą postanowienie to ma skutek opublikowania w dniu 5 stycznia 2024 r. ogłoszenia zmieniającego treść pkt 5.1.12 ogłoszenia o zamówieniu w Postępowaniu, oraz w zakresie postanowienia pkt 17.1 Tomu I Instrukcja dla wykonawców (IDW) SWZ, którą postanowienie to ma w wyniku zmiany, o której Zamawiający poinformował pismem datowanym na 4 stycznia 2024 r.

Z tych powodów Izba stwierdziła, że zbędne jest dalsze prowadzenie postępowania odwoławczego w zakresie zarzutu naruszenia art. 131 ust. 1 w związku z art. 16 pkt 1) – 3) Pzp (oznaczonego w odwołaniu numerem 1).

Wobec powyższego rozpoznaniu przez Izbę podlegał wyłącznie zarzut naruszenia art. 227 Pzp, art. 229 ust. 1 Pzp oraz art. 234 Pzp w związku z art. 16 Pzp oraz art. 66 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (dalej jako „kc”).

Po zapoznaniu się z argumentacją stron i uczestnika postępowania odwoławczego, wyrażoną w pismach wniesionych w tym postępowaniu oraz przedstawioną w trakcie rozprawy, Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 227 Pzp stanowi „1. W przypadku postępowań o udzielenie zamówienia prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, zamawiający może przewidzieć w ogłoszeniu o zamówieniu, że wybór najkorzystniejszej oferty zostanie poprzedzony aukcją elektroniczną, jeżeli warunki zamówienia, w szczególności opis przedmiotu zamówienia, są określone w dokumentach zamówienia w sposób precyzyjny i

świadczenia mogą być sklasyfikowane za pomocą metod automatycznej oceny oraz złożono co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu. 2. Zamawiający może przeprowadzić aukcję elektroniczną w celu uzyskania nowych, obniżonych cen lub nowych wartości w zakresie niektórych elementów ofert, podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny ofert.”.

Zgodnie z art. 229 Pzp „Aukcja elektroniczna może opierać się na następujących elementach ofert: 1) cenach, jeżeli jedynym kryterium oceny ofert w postępowaniu jest cena (...)”. Art. 234 Pzp stanowi „1. W toku aukcji elektronicznej wykonawcy za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej, umożliwiającego wprowadzenie niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną, składają kolejne korzystniejsze postąpienia, podlegające automatycznej ocenie i klasyfikacji. 2. Postąpienia, pod rygorem nieważności, składane są w formie elektronicznej.”.

Stosownie do art. 16 Pzp „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.”.

Art. 66 § 1 kc stanowi zaś, że „oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy”.

Konieczne jest wskazanie, że zgodnie z art. 555 Pzp „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu”, a „zarzut tworzą okoliczności faktyczne i prawne wskazujące na naruszenie przepisów ustawy w związku z dokonaną czynnością lub zaniechaniem czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy” (tak w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lutego 2022 r., wydanego w postępowaniu o sygn. akt KIO 124/22). W konsekwencji Izba rozpoznawała odwołanie w granicach przedstawionych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych wskazujących na naruszenie art. 227, art. 229 pkt 1), art. 234 i art. 16 Pzp oraz art. 66 § 1 kc.

Wymaga przy tym zauważenia, że przedstawienie okoliczności faktycznych i prawnych wskazujących na naruszenie danego przepisu Pzp nie może ograniczać się do przedstawienia twierdzeń co do faktów oraz wskazania przepisu Pzp, który został naruszony zdaniem wykonawcy wnoszącego odwołanie; niezbędne jest wskazanie, na czym polega naruszenie danego przepisu Pzp w określonym stanie faktycznym – odniesienie normy wynikającej z tego przepisu do stanu faktycznego.

Należy uznać, że zarzut naruszenia art. 227, art. 229 pkt 1), art. 234 i art. 16 Pzp oraz art. 66 § 1 kc dotyczył wyłącznie treści pkt 21.19 i pkt 21.20 Tomu I Instrukcja dla wykonawców (IDW) SWZ, gdyż zawarte w odwołaniu żądanie co do sposobu jego rozstrzygnięcia dotyczy wyłącznie tych dwóch postanowień, zaś w przedstawionym w odwołaniu „uzasadnieniu prawne zarzutu i żądania odwołującego” Odwołujący nie wskazał na inne postanowienia dokumentów zamówienia, których treść miałyby naruszać ww. przepisy Pzp.

Biorąc pod uwagę treść odwołania Izba - podzielać stanowisko Zamawiającego - stwierdziła, że nie wskazano w nim, na czym miałyby polegać naruszenie art. 227, art. 229 pkt 1) i art. 234 Pzp w związku z treścią pkt 21.19 i pkt 21.20 Tomu I Instrukcja dla wykonawców (IDW) SWZ. Do treści pkt 21.19 Tomu I Instrukcja dla wykonawców (IDW) SWZ, w którym określono, w jaki sposób po zakończeniu aukcji elektronicznej Zamawiający „dokona wyliczenia cen jednostkowych netto oferty” oraz „sumy wartości poszczególnych pozycji RCO”, oraz pkt 21.19 Tomu I Instrukcja dla wykonawców (IDW) SWZ, w którym uregulowano kwestie dotyczące ceny oferty i „cen ryczałtowych poszczególnych pozycji RCO”, Odwołujący nie odniósł norm wynikającej z tych przepisów, określających przypadki, w których można przeprowadzić aukcję elektroniczną oraz sposób jej przeprowadzenia. W konsekwencji należy uznać, że w odwołaniu nie przedstawiono okoliczności prawnych wskazujących na naruszenie ww. przepisów. Tym samym brak było podstaw do stwierdzenia, że którykolwiek z nich został naruszony.

Powyższe należy odnieść także do zarzutu naruszenia art. 227, art. 229 pkt 1), art. 234 i art. 16 Pzp oraz art. 66 § 1 kc w zakresie naruszenia art. 16 Pzp oraz art. 66 § 1 kc.

Jak celnie podniósł Zamawiający, w odniesieniu do art. 16 Pzp oraz art. 66 § 1 kc w odwołaniu ograniczono się do stwierdzenia, iż „powyższe postanowienia SWZ stoją w oczywistej opozycji do obowiązujących przepisów prawa, a w szczególności art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, a także prowadzą do naruszenia podstawowych zasad związanych z prowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 16 Pzp)”. Odwołujący nie wskazał przy tym, na czym polega naruszenie art. 66 § 1 kc (w którym określono, co stanowi ofertę) przez postanowienia pkt 21.19 i pkt 21.20 Tomu I Instrukcja dla wykonawców (IDW) SWZ, ani którą z wyrażonych w art. 16 Pzp zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i w jaki sposób postanowienia te naruszają.

Wobec nie przedstawienia w odwołaniu okoliczności prawnych wskazujących na naruszenie art. 227, art. 229 pkt 1), art. 234 i art. 16 Pzp oraz art. 66 § 1 kc brak było podstaw do uznania, że naruszenie któregośkolwiek z tych przepisów zostało wykazane, a w konsekwencji stwierdzenia, że Zamawiający je naruszył.

W tym stanie rzeczy Izba w punkcie 2. wyroku oddaliła odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono w punkcie 3. wyroku na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp

oraz § 2 ust. 2 pkt 2), § 5 pkt 1) i 2) oraz § 8 ust. 2 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.

Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego”.

Art. 575 Pzp stanowi, że „strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku”.

Z § 2 ust. 2 pkt 2) ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty budowlane o wartości przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp, wynosi 20.000 złotych.

Stosownie do § 5 pkt 1) i 2) ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz „uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego (...) w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące: (...) b) wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych (...)”.

§ 8 ust. 2 ww. rozporządzenia stanowi, że „w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący”.

Zgodnie z § 5 pkt 1) ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zaliczono wpis w wysokości uiszczony przez Odwołującego, tj. 20.000 złotych.

Odwołujący na rozprawie był reprezentowany przez pełnomocnika. Jak wynika ze złożonej do akt sprawy faktury, koszty postępowania odwoławczego Odwołującego obejmują wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3.600 złotych. Stosownie do § 5 pkt 2) ww. rozporządzenia do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego zaliczono zatem wynagrodzenie pełnomocnika go reprezentującego w wysokości 3.600 złotych.

Zważywszy, że jedyny zarzut, w zakresie którego postępowanie odwoławcze nie zostało umorzony, nie został uznany za uzasadniony, w wyniku czego odwołanie zostało oddalone, zdaniem Izby do rozstrzygnięcia o kosztach postępowania należało zastosować § 8 ust. 2 pkt 1) ww. rozporządzenia, wobec czego stosownie do tego przepisu kosztami postępowania odwoławczego Izba obciążyła Odwołującego.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący:.....

.....

.....