

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 5 czerwca 2025 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 maja 2025 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w Konsorcjum firm: ZUE S.A. oraz DUNA Polska S.A. z siedzibą w Krakowie** postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – **wykonawcy PORR S.A. z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w Konsorcjum firm: ZUE S.A. oraz DUNA Polska S.A. z siedzibą w Krakowie i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w Konsorcjum firm: ZUE S.A. oraz DUNA Polska S.A. z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego oraz kwotę 51 zł 00 gr (pięćdziesiąt jeden złotych zero groszy) tytułem opłat skarbowych od udzielonych pełnomocnictw uiszczonych przez zamawiającego,

2.2. zasądza od odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w Konsorcjum firm: ZUE S.A. oraz DUNA Polska S.A. z siedzibą w Krakowie na rzecz zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 3651 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset pięćdziesiąt jeden złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłat skarbowych od udzielonych pełnomocnictw.

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:

Sygn. akt KIO 1865/25

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2024 r., poz. 1320 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. „zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn. *Rewitalizacja linii kolejowej nr 108 na odcinku Jasto – Nowy Zagórz w ramach projektu pn.: „Rewitalizacja linii kolejowej nr 108 na odcinku Jasto – Nowy Zagórz wraz z budową łącznicy kolejowej Jedlicze-Szebnie” (numer postępowania: 9090/IRZR3/15338/03908/24/P)*. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 września 2024 r., Numer publikacji ogłoszenia: 546776-2024, Numer wydania Dz.U. S: 177/2024.

W dniu 12 maja 2025 r. odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia w Konsorcjum firm: ZUE S.A. oraz DUNA Polska S.A. z siedzibą w Krakowie – dalej Odwołujący lub Konsorcjum ZUE Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

- 1) nieuzasadnionego odrzucenia w postępowaniu oferty złożonej przez Konsorcjum ZUE na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp z uwagi na rzekomą niezgodność jej treści z warunkami zamówienia;
- 2) nieuzasadnionego wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty PORR S.A. (dalej jako PORR lub Przystępujący), przy jednoczesnym odrzuceniu oferty Konsorcjum ZUE, która nie podlegała odrzuceniu i powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp przez błędne przyjęcie, że oferta Konsorcjum ZUE podlega odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia, z uwagi na fakt, iż Konsorcjum ZUE wyceniło element ściany oporowej w niewłaściwej pozycji, niezgodnie z brzmieniem Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”), podczas gdy:

– po pierwsze – dokonanie wyceny ściany oporowej w pozycji 3.1. RCO w zakresie Prawa Opcji 1 nie ma żadnego znaczenia z punktu widzenia prawidłowej realizacji kontraktu, w szczególności z uwagi na fakt, iż należne Wykonawcy

wynagrodzenie (również za realizację zakresu zamówienia w ramach Prawa Opcji 1) jest wynagrodzeniem ryczałtowym, a ujęcie kosztów w innej niż zakładana przez Zamawiającego pozycja RCO ma wyłącznie charakter formalny (nie niesie ze sobą żadnych merytorycznych skutków, jeśli chodzi o treść oferty);

– po drugie – Zamawiający nie wykazał jakichkolwiek merytorycznych (istotnych) niezgodności oferty oraz skutków wyceny ściany oporowej w innej pozycji RCO niż zakładana przez Zamawiającego;

- po trzecie – Zamawiający nie wskazał, aby Odwołujący osiągnął z tytułu przeniesienia kosztu ściany oporowej do innej pozycji niż zakładana przez Zamawiającego jakiegokolwiek korzyści, co też mogłoby ewentualnie wskazywać na motywację Konsorcjum ZUE w tym zakresie (i przemawiać przeciwko stwierdzeniu, iż powodem zaistniałej sytuacji było coś innego niż np. niejasność dokumentacji postępowania);

a w konsekwencji powyższego;

2. art. 16 pkt 1-3 ustawy pzp przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Konsorcjum ZUE;
- 3) powtórzenie czynności oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty Konsorcjum ZUE.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że:

– po pierwsze – Zamawiający zdecydował się odrzucić ofertę Konsorcjum ZUE wyłącznie z czysto formalnych powodów; ewentualna niezgodność oferty Odwołującego z warunkami zamówienia nie ma bowiem charakteru merytorycznego czy też istotnego, co – zgodnie z bogatym orzecznictwem Izby – w żadnej mierze nie powinno stanowić podstawy odrzucenia oferty, ponieważ, nie stanowi niezgodności oferty w rozumieniu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp;

– po drugie – powyższe znalazło swoje potwierdzenie w treści informacji o odrzuceniu oferty, w której próżno szukać wskazania przez Zamawiającego jakichkolwiek merytorycznych (istotnych) niezgodności oferty oraz skutków wyceny ściany oporowej w innej pozycji RCO niż zakładana przez Zamawiającego (brak wykazania merytorycznej niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia). W szczególności Zamawiający nie wskazał, aby wycena kosztów ściany oporowej w innej pozycji miała swoje konkretne konsekwencje czy też Odwołujący osiągnął z tytułu przeniesienia tego kosztu jakiegokolwiek korzyści, co też mogłoby ewentualnie wskazywać na motywację Konsorcjum ZUE w tym zakresie (a przemawiać przeciwko stwierdzeniu, iż powodem zaistniałej sytuacji było coś innego niż np. niejasność dokumentacji postępowania);

– po trzecie - Konsorcjum ZUE nie miało żadnego interesu (nie osiągnęło żadnych korzyści) w ujęciu ściany oporowej w innej pozycji RCO niż uznana za prawidłową przez Zamawiającego.

BRAK NIEZGODNOŚCI OFERTY Z WARUNKAMI ZAMÓWIENIA W ROZUMIENIU ART. 226 UST. 1 PKT 5 (CZYSTO FORMALNA PODSTAWA ODRZUCENIA OFERTY)

Odnosząc się do podstawy odrzucenia oferty Konsorcjum ZUE, Odwołujący podkreślił, iż w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej nie budzi żadnych wątpliwości, iż niezgodność oferty musi mieć charakter istotny i dotyczyć kwestii merytorycznych, a nie formalnych oferty. Jedynie w takiej sytuacji można ewentualnie rozważać odrzucenie oferty, o ile wspomnianych niezgodności nie da się usunąć w trybie art. 223 ust. 2 ustawy pzp. Powołał się na wyrok Zespołu Arbitrów przy UZP z dnia 28 kwietnia 2005 r. UZP/ZO/0-799/05, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 listopada 2011 r. KIO 2383/11, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 grudnia 2013 r. KIO 2845/13, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 lipca 2015 r. KIO 1414/15.

Odwołujący wskazał, że w dokumencie RCO próżno szukać jakichkolwiek merytorycznych niezgodności oferty z warunkami zamówienia. Jeśli przeanalizować w całości treść podstawy odrzucenia tak naprawdę sprowadza się ona (ogranicza) do formalnego ujęcia niewielkiego kosztu (ok. 0,2% wartości Opcji 1; ok. 0,05% wartości całej oferty) w innej pozycji niż zakładana przez Zamawiającego – bez jakichkolwiek konsekwencji, które skonkretyzowałby Zamawiający w swojej decyzji. W ocenie PKP PLK wycena ściany oporowej powinna mieć miejsce w poz. 9.2 RCO Budowa wiaduktu kolejowego wraz ze ścianą oporową, a nie w poz. 3.1 RCO Ściana oporowa przy ulicy Grodzkiej, gdzie ujął ją Odwołujący. W tym zakresie w uzasadnieniu odrzucenia oferty czytamy m.in.: „Wykonawca w Wyjaśnieniach nr 2 z dnia 14 marca 2025 r. (pismo o sygn. DPW\2025\01099) wyjaśniając cenę za realizację Prawa opcji nr 1 (część kolejowa), 9.

Branża mostowa, poz. 9.2 Budowa wiaduktu kolejowego wraz ze ścianą oporową wskazał w Załączniku nr 4 do wyjaśnień, iż wykonanie ściany oporowej z betonu cementowego uwzględnił w RCO w pozycji 3.1 "Ściana oporowa przy ulicy Grodzkiej". Zatem nie wycenił jej w pozycji 9.2." Samo ujęcie pewnego, tym bardziej niewielkiego, kosztu w innej pozycji niż zakładana przez Zamawiającego nie świadczy jeszcze o merytorycznej niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia (ma to charakter czysto formalny). W tej sytuacji nie mamy bowiem do czynienia (Zamawiający nie wykazał tego w uzasadnieniu odrzucenia) z zaoferowaniem przez wykonawcę: innego przedmiotu zamówienia niż wymagany przez zamawiającego, w tym przedmiotu nieodpowiadającego wymaganiom określonym w warunkach zamówienia; zakresu świadczenia wykonawcy lub sposobu spełnienia świadczenia, które nie odpowiadały warunkom zamówienia. Zamawiający całkowicie zignorował fakt, iż Konsorcjum ZUE w swojej ofercie wyceniło cały przedmiot zamówienia, w tym w całości Prawa opcji 1. Co więcej, przyjęło ilości robót i materiałów, które pozwalają na realizację zamówienia, co też w toku postępowania kilkakrotnie w stosunku do różnych pozycji sprawdzał Zamawiający (szereg wezwań do wyjaśnień; brak odrzucenia oferty w tym zakresie). W żadnej mierze Odwołujący nie zdecydował się też na realizację zamówienia w jakiś odmienny sposób, który został zakazany przez Zamawiającego. Jedyne co wystąpiło, to wycena jednej niewielkiej pozycji w innym miejscu niż zakładana przez Zamawiającego. Jest to jednak kwestia czysto formalna, a odrzucanie oferty na tej podstawie jest skrajnym formalizmem.

BRAK KORZYŚCI FINANSOWEJ PO STRONIE ODWOŁUJĄCEGO. BRAK ZASADNICZYCH KONSEK WYCENY KOSZTU W INNEJ POZYCJI

Odwołujący wskazał, że dokonanie wyceny ściany oporowej w innej pozycji niż zakładał Zamawiający pozostaje bez jakichkolwiek konsekwencji, co też potwierdza treść uzasadnienia odrzucenia oferty. W wyniku takiej kalkulacji Odwołujący nie osiągnął żadnych korzyści ani na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia (brak np. jakichkolwiek dodatkowych punktów przy ocenie ofert), ani też na etapie realizacji inwestycji (Konsorcjum ZUE nie otrzyma np. za sporny zakres wcześniejszej zapłaty). Wskazuje to nie tylko na formalny charakter zmiany wyceny spornej pozycji, ale ponadto pokazuje brak jakiegokolwiek motywacji ze strony Odwołującego. Brak jakichkolwiek korzyści (konsekwencji) z przeniesienia pozycji świadczy, iż mamy do czynienia wyłącznie z odmiennym formalnie ujęciem treści oferty. Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 listopada 2023 r., KIO 3034/23.

Brak wykazania przez Zamawiającego merytorycznej niezgodności oferty z warunkami zamówienia.

Co do braku osiągnięcia przez Odwołującego jakichkolwiek korzyści czy też skutków takiego zachowania przekonany do takiego zapatrywania w tym zakresie wydaje się być sam Zamawiający. Na pozytywne skutki dla Odwołującego wynikające z przeniesienia jakichś kosztów na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia w żadnej mierze nie wskazuje bowiem treść uzasadnienia odrzucenia oferty. Przyjął zatem należy ich brak. Jeśli natomiast chodzi o etap realizacji zamówienia, Zamawiający jednym enigmatycznym zdaniem stwierdza: „Wybór oferty, w której sporządzono wycenę ściany oporowej, będącej elementem wiaduktu kolejowego w niewłaściwej pozycji RCO skutkowałby pozbawieniem Zamawiającego możliwości prawidłowego rozliczenia inwestycji.” I jest to jedyne zdanie, które zostało zawarte przez Zamawiającego w informacji o odrzuceniu oferty Konsorcjum ZUE, w którym odnosi się do ewentualnych konsekwencji przeniesienia kosztów ściany oporowej z pozycji 9.2 RCO Budowa wiaduktu kolejowego wraz ze ścianą oporową do poz. 3.1 RCO Ściana oporowa przy ulicy Grodzkiej. Jednocześnie Zamawiający – po pierwsze – nie wskazuje i nie precyzuje, o jakie konkretnie pozbawienie możliwości prawidłowego rozliczenia inwestycji chodzi (choć najlepiej zna specyfikę postępowania i kształt umowy i powinien wiedzieć, które konkretnie postanowienia WU miałyby wskazywać możliwość wystąpienia jakichkolwiek trudności). Po drugie, takie ujęcie przez Zamawiającego sprawy w sposób oczywisty uniemożliwia Odwołującemu jakiegokolwiek ustosunkowanie się w tym zakresie do zajętego stanowiska i jest niezgodne z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, które zobowiązuje zamawiającego do podania uzasadnienia prawnego i faktycznego odrzucenia oferty. W konsekwencji, czynność odrzucenia oferty może być oceniana wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez Zamawiającego przedstawione jako uzasadniające odrzucenie oferty w informacji przekazanej zainteresowanemu wykonawcy. Z punktu widzenia czynności Zamawiającego, powyższe jest istotne o tyle, iż w treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający skupił się na formalnej niezgodności tej oferty z SWZ, która nie może zostać zakwalifikowana jako przesłanka odrzucenia oferty, o której mowa w treści art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, a sugerowana merytoryczna niezgodność, którą próbuje przedstawiać Zamawiający – sprowadza się do jednego gołosłownego zdania. Kluczowym z punktu widzenia brzemienia uzasadnienia jest dla Zamawiającego postanowienie 12.5. IDW Zamawiający ogólnikowo wskazuje na formalne niezgodności, których wystąpienie powinno zdaniem Zamawiającego skutkować odrzuceniem oferty, nawet w sytuacji, gdyby owa niezgodność merytoryczna oferty z SWZ nie wystąpiła. Odwołujący zwrócił uwagę, że z punktu widzenia Zamawiającego, kluczowym dla niego jest to, co faktycznie znalazło się w RCO (w opisie dla pozycji 3.1.), a nie odpowiednia treść wiążącego zarówno Zamawiającego, jak i wykonawców (i kluczowego z punktu widzenia opisu przedmiotu zamówienia) PFU (zakres przedmiotu

zamówienia). Przedkładając powyższe na wiodące stanowisko prezentowane przez Izbę, Odwołujący wskazał, że nie może stanowić podstawy odrzucenia oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia, niezgodność o charakterze stricte formalnym. Formalna niezgodność z SWZ nie stanowi niezgodności z warunkami zamówienia, a oferta zawierająca ewentualne niezgodności ze specyfikacją o charakterze stricte formalnym nie może z tej przyczyny podlegać odrzuceniu. Ocena prawidłowości podjętych przez Zamawiającego czynności powinna być dokonywana zatem z zastrzeżeniem, że takiej ocenie mogą podlegać tylko okoliczności zakomunikowane wykonawcy w uzasadnieniu decyzji Zamawiającego. Jednocześnie na rozstrzygnięcie sprawy nie mogą wpłynąć ewentualne okoliczności, które Zamawiający podniósłby dopiero w postępowaniu odwoławczym, w szczególności przedstawiane w składanych w postępowaniu przed Izbą pismach procesowych i na rozprawie.

Brak nieprawidłowości/ przeszkód do rozliczenia umowy.

Niezależnie od powyższego Odwołujący zwrócił uwagę, że ewentualne uznanie, że w procesie kalkulacji ceny dokonał nieprawidłowego skalkulowania ściany oporowej w pozycji 3.1. Prawa opcji 1, z punktu widzenia ceny: Prawa Opcji 1, jak i ceny całej oferty, nie ma żadnego znaczenia. Cena ta pozostaje bowiem niezmienna (ma charakter ryczałtowy; nie wpływa na ranking ofert) i, co najważniejsze, uwzględnia ona wycenę kwestionowanej przez Zamawiającego ściany oporowej (całego przedmiotu zamówienia), czego nawet nie kwestionuje Zamawiający. Oczywistym jest także, że w przypadku spornej pozycji realizowanej w ramach Prawa opcji 1, z uwagi na treść postanowień SWZ, które ograniczają uprawnienie Zamawiającego do zwiększenia zakresu realizacji zamówienia w odniesieniu do całego zakresu prac wykonywanych odpowiednio w ramach Prawa opcji nr 1 lub nr 2 i/lub nr 3 i/lub nr 4 na zasadach opisanych w § 4a Warunków Umowy, nie występuje żaden problem z rozliczeniem prac. Zamawiający nie może zdecydować się bowiem na zwiększenie zakresu zamówienia w odniesieniu do niepełnego/częściowego zakresu jednej części Opcji, np. Prawa Opcji 1. Dany zakres Prawa opcji może być zlecony wykonawcy jedynie w całości (na zasadzie: albo wszystko, albo nic). W sytuacji zatem, gdy Zamawiający zdecyduje się na uruchomienie Prawa opcji 1, cały zakres prac objęty opcją zostanie zrealizowany, w tym obie omawiane pozycje RCO: pozycja 3.1. oraz pozycja 9.2. Innymi słowy – w sytuacji uruchomienia opcji 1 – pozycje te zostaną zawsze zrealizowane, a wykonawca otrzyma za ich realizację odpowiednie wynagrodzenie, w tym wynagrodzenie za realizację ściany oporowej, która zdaniem Zamawiającego powinna zostać wyceniona w pozycji 9.2. Powyższe potwierdza treść WU, w tym § 3 ust. 3.

Dodatkowo wskazał, iż prace za poszczególne części będą rozliczane zgodnie z WU, a zatem, o ile zostaną wykonane w całości (poszczególne pozycje RCO). W związku z ujęciem w jednej pozycji prac dotyczących dwóch ścian oporowych, można zakładać, że Odwołujący zapłatę otrzyma dopiero po wykonaniu całości, tj. zarówno jednej, jak i drugiej. Wypłata wynagrodzenia w przypadku ściany z poz. 9.2, na którą wskazuje Zamawiający, może zatem być uzależniona od wykonania prac z poz. 3.1 RCO, co świadczyć wręcz o pogorszeniu sytuacji Odwołującego. Dopiero bowiem wykonanie obu ścian oporowych przy i wzdłuż ulicy Grodzkiej, a nie tylko tej pierwszej, będzie uprawniało Konsorcjum ZUE do wystawienia stosownej faktury. Zdaniem Odwołującego nie sposób uznać, iż wystąpią jakiegokolwiek problemy z rozliczeniem umowy. Zamawiający nie sprecyzował ich w informacji, natomiast na podstawie treści umowy nie sposób się ich dopatrzeć. Mamy więc do czynienia wyłącznie z gołosłownym stwierdzeniem ze strony Zamawiającego. Zamawiający na etapie realizacji jednej z umów (Umowa nr 90/103/0019/18/Z/1 z dnia 19.03.2018 r. „Zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania nr 1 pn.: „Prace na odcinku linii kolejowej nr 99 Chabówka – Zakopane” oraz zadania nr 2 pn.: „Budowa łącznicy w Chabówce w ciągu linii kolejowych nr 98 Sucha Beskidzka – Chabówka i nr 99 Chabówka – Zakopane” oraz umowa nr 90/103/0113/18/i/i/ z dnia 5 października 2018 r. na Pełnienie nadzorów inwestorskich nad realizacją inwestycji obejmującej zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania nr 1: „ Prace na odcinku linii kolejowej nr 99 Chabówka Zakopane” w ramach zadania pn.: „Prace na liniach kolejowych nr 97, 98, 99 na odcinku Skawina -Sucha-Beskidzka-Chabówka-Zakopane”.) zawartej z Odwołującym odrzucił skierowane przez niego do Zamawiającego roszczenie o roboty dodatkowe, przyznając de facto, iż – po pierwsze - sam nie jest w stanie przygotować RCO w sposób wyczerpujący, a dokument ten jest sporządzony na pewnym stopniu ogólności. Ponadto Zamawiający powoływał się we fragmencie przywołanego pisma na orzeczenia dot. znaczenia i funkcji przedmiaru robót dla dokumentacji postępowania, wskazując, iż „przedmiar robót nie determinuje zakresu prac objętych przedmiotem zamówienia”. Zamawiający w kontekście RCO stwierdził, iż: „nieujęcie w kosztorysie pewnych elementów – zagregowanie ich w innych pozycjach, nie może stanowić o niezgodności oferty z treścią SIWZ, co jednoznacznie przesądza o niedopuszczalności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.” Nieuzasadnionym jest zatem przyjmowanie na gruncie niniejszej sprawy poglądu całkowicie odmiennego niż ten prezentowany przez niego dotychczas i wymaganie od Odwołującego, aby ten był bez żadnych wyjątków związany postanowieniami RCO. Ponadto Odwołujący odwołał się do wyroków cytowanych przez samego Zamawiającego w treści uzasadnienia o odrzuceniu oferty Odwołującego, tj. m.in. wyroku KIO 2830/22. Izba wskazała w nim za orzeczeniem z dnia 29 kwietnia 2022 r. (KIO 965/22). Za uznaniem, że w niniejszym stanie faktycznym w odniesieniu do oferty wykonawcy nie mamy do czynienia z

jednoznaczną, zasadniczą i nieusuwalną niezgodnością z pewnością przemawia fakt, iż postanowienia dokumentacji postępowania budziły wątpliwości wykonawców.

NIEJEDNOZNACZNE POSTANOWIENIA SPECYFIKACJI

Argumentem, potwierdzającym prawidłowość oferty i działań Odwołującego, jest okoliczność, iż treść dokumentacji postępowania, będącej podstawą sporządzenia oferty przez wykonawców, w ocenie Odwołującego jest nieprecyzyjna, pozwalająca na dokonanie różnej interpretacji jej treści. Odwołujący wskazał, że dokonana przez niego wykładnia SWZ pozwalała na przyjęcie takiego sposobu kalkulacji oferty, który pozwalał (i uzasadniał) skalkulowanie w poz. 3.1. spornej ściany oporowej. Postawienie przez Odwołującego rzeczony tezy uzasadnia szereg wymienionych poniżej okoliczności. Po pierwsze, zgodnie z brzmieniem SWZ, za dokument kluczowy w postępowaniu z punktu widzenia opisu przedmiotu zamówienia, uznaje się PFU (W pkt w PFU „Opis przedmiotu zamówienia (str. 12) wskazano, iż nadrzędna na udostępnioną dokumentacją należy traktować postanowienia PFU). Powyższe jest w szczególności istotne w przypadku Prawa opcji, w treści definicji którego (zawartej w dokumentacji), wskazano wprost, iż Zakres poszczególnych Praw opcji został szczegółowo opisany w Tomie III SWZ PFU w pkt 3 – Zakres robót. Po drugie, opis obiektu kolejowego nie odnosi się wprost – w żadnym miejscu PFU – do ściany oporowej, której rzekome nieprawidłowe skalkulowanie (w błędnej pozycji) – stanowi podstawę odrzucenia oferty Odwołującego.

Po trzecie, wiadukt kolejowy, w zakresie, którego Zamawiający powziął wątpliwości kierując do Odwołującego Wezwanie III, został opisany jako odrębny obiekt budowlany w stosunku do ściany/ konstrukcji oporowej przy wiadukcie kolejowym. Parametry obu tych obiektów zostały zamieszczone w niezależnych jednostkach PFU.

Z punktu widzenia hierarchii dokumentów postępowania, taki sposób opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie wiaduktu i ściany oporowej (również ich techniczne wyodrębnienie w niezależnych punktach PFU), stanowiło dla Odwołującego sygnał, że Zamawiający nie traktuje omawianej ściany oporowej oraz wiaduktu jako jednego obiektu budowlanego (nie łączy ich zasadniczo ze sobą), a wręcz przeciwnie, obiekty te są od siebie niezależne (na co wskazuje liczba mnoga – parametry obiektów). Dodatkowo, RCO zawierał odrębną pozycję – odnoszącą się wprost do ścian oporowych – pozycję 3.1. – co skłoniło wykonawcę do skalkulowania w tej pozycji 2 ścian. Po czwarte, wbrew twierdzeniom Zamawiającego (prezentowanych w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty), Zamawiający nigdzie wprost nie połączył konkretnych zakresów prac (robót), opisanych w treści PFU (lub w innych dokumentach postępowania) z poszczególnymi pozycjami RCO. Sposób właściwego powiązania tych prac/robót budził wątpliwości i był przedmiotem szeregu pytań dotyczących dokumentacji, które wpłynęły do Zamawiającego od wykonawców. Powyższe potwierdza m.in. skierowane do Zamawiającego pytanie nr 761 dotyczące lokalizacji obiektu wskazanego w pozycji 9.2. - z uwagi na niewskazanie w tej pozycji odpowiedniego kilometrażu dla obiektu, wykonawcy mogli mieć (i mieli) wątpliwości, jaki obiekt w danej pozycji wycenić. Co więcej, mimo sformułowania pytania dotyczącego obiektu, Zamawiający odniósł się tylko do wiaduktu kolejowego, słowem nie wspominając o ścianie oporowej.

Jednocześnie Odwołujący zauważył, iż także inne (niezwiązane bezpośrednio z niniejszym odwołaniem) postanowienia SWZ były niejednoznaczne i mogły budzić wątpliwości. Jako przykład należy wskazać:

a) RCO dla Prawa opcji 1 - branży drogowej, gdzie nie dokonano jednoznacznego podporządkowania elementów realizacyjnych do opisów RCO. W odniesieniu do tej branży, Zamawiający udzielił w toku postępowania m.in. odpowiedzi na pytania 130 i 508, przyporządkowując drogi wyszczególnione w PFU w pkt 3.7.4 do poszczególnych pozycji RCO. W odpowiedziach nie wskazał jednakże, jak mają być ujęte wszystkie konieczne do realizacji elementy – dla przykładu „budowa infrastruktury towarzyszącej” została przyporządkowana w całości do pozycji 2.6 RCO - nie podano jednakże, gdzie mają być przyporządkowane ciągi pieszo rowerowe, jak również nie podano, co należy rozumieć przez pojęcie infrastruktury towarzyszącej. Zwyczajowo za takowe uznaje się ciągi piesze i rowerowe;

b) Zakres realizacji Prawa opcji 2 w zakresie mostu w km 69,618. RCO nie zawierało jednoznacznych wymagań, co do zakresu prac podlegających wycenie w ramach obiektu: Rewitalizacja mostu w km 69,618. W PFU (tabela na stronie 183 PFU) Zamawiający opisał, iż obiekt podlega rewitalizacji polegającej na odtworzeniu powłok antykorozyjnych blachownic wymiany wyposażenia i wykonaniu napraw powierzchniowych betonu z odtworzeniem powłok ochronnych. Jednocześnie w opisie dla Prawa opcji 1 (strona 181 PFU) ten sam obiekt podlegał wymianie na nowy. Zamawiający w toku postępowania, w odpowiedzi na pytanie nr 815 o zakres odpowiedział, że przyjęta została rewitalizacja – zestaw VI. Następnie (odpowiedź na pytanie nr 933) zamieścił opis stanu istniejącego (zestaw odpowiedzi na VIII Opis techniczny), w którym czytamy: „2 STAN ISTNIEJĄCY 2.1 Most w km 69,618 W stanie istniejącym most na rzece Lubatówka stanowi konstrukcja stalowa belkowa, długość obiektu wynosi 17,35 m, szerokość całkowita przęsła wynosi 5,0 m. „Światło” poziome pod obiektem wynosi 14,8 m. Wysokość konstrukcyjna przęsła stalowego wynosi 1,35m. Na elementach żelbetowych podpór występują liczne uszkodzenia w postaci pęknięć, ubytków betonu a także zacieków i wykwitów.

Elementy stalowe konstrukcji blachownicowej pomostu a także balustrad ochronnych są mocno skorodowane. Nad obiektem znajduje się jeden tor linii kolejowej Nr 108. Most wybudowano w roku 1951. Obiekt jest w stanie technicznym niedostatecznym i przeznaczony jest do rozebrania a w miejsce jego wybudowana zostanie nowa konstrukcja." Pomimo przedstawienia w ramach wyjaśnień opisu stanu istniejącego nie zmienione zostały wymagania PFU i opis RCO. Zamawiający przygotował opis przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, co potwierdzają też ceny zaofertowane dla tej pozycji przez wykonawców, które kształtują się od 0,352 mln do nawet 2, 589 mln zł. Skoro opis pozycji RCO nie koresponduje z wymaganiami Zamawiającego – co ma miejsce np. w pozycji opisanej powyżej w literce b) – uznać należy, że twierdzenia Zamawiającego dot. jednoznaczności dokumentacji postępowania (w tym RCO), zawarte w treści uzasadnienia odrzucenia oferty, nie są prawidłowe. Gdyby przyjąć stanowisko Zamawiającego, wykonawcy powinni wycenić rewitalizację, a nie wymianę ww. obiektu, co w sposób oczywisty byłoby niezgodne z dokumentacją zamówienia. 62. Wątpliwości w treści SWZ należy odczytywać na korzyść wykonawcy.

W dniu 4 czerwca 2025 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

W dniu 5 czerwca 2025 r. wpłynęło do Izby stanowisko Przystępującego, w którym wniósł o oddalenie odwołania przedstawiając argumentację w sprawie.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca PORR S.A. z siedzibą w Warszawie.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpienia wraz z załącznikami, pismo procesowe Przystępującego wraz z załącznikami oraz dowody złożone przez Zamawiającego na posiedzeniu.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie podlegało oddaleniu.

Izba ustaliła w sprawie następujący stan faktyczny:

Zgodnie z Tomem I SWZ: IDW:

- „1. *INFORMACJE WPROWADZAJĄCE*, 1.3 *Użyte w SWZ terminy mają następujące znaczenie: (...) 24) „Opcja” „Prawo opcji” – oznacza uprawnienie Zamawiającego do zwiększenia zakresu realizacji Zamówienia w zakresie Prawa opcji nr 1 i/lub Prawa opcji nr 2 i/lub Prawa opcji nr 3 i/lub Prawa opcji nr 4 na zasadach opisanych w § 4a Warunków Umowy, w zakresie opisanym w SWZ. Zakres poszczególnych Praw opcji został szczegółowo opisany w Tomie III SWZ PFU, w pk 3 – Zakres robót.”*

- „12. *SPOSÓB OBLICZENIA CENY* 12.1. *Podana w ofercie cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie wymagania SWZ oraz obejmować wszystkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie Wykonawca z tytułu terminowego i prawidłowego wykonania całości przedmiotu Zamówienia oraz podatek od towarów i usług (nie dotyczy Wykonawców zagranicznych, którzy nie są płatnikami podatku VAT w Polsce). (...) 12.4. Cena ofertowa musi uwzględniać wszystkie wymagania oraz czynności i badania składające się na wykonanie Zamówienia, określone w Programie Funkcjonalno-Użytkowym, w tym roboty tymczasowe i prace towarzyszące konieczne dla wykonania tych robót 12.5. Wykonawca musi dołączyć do oferty wypełnione Rozbicie Ceny Ofertowej („RCO”). Wykonawca musi wycenić wszystkie pozycje RCO, gdzie zarówno ceny jednostkowe, jak i cena za daną pozycję jest podana z matematycznym zaokrągleniem do dwóch miejsc po przecinku i jest różna od zera. Każda pozycja RCO powinna zostać*

wyceniona zgodnie z zakresem w niej opisanym. Nie dopuszcza się wliczania kosztów wykonania jakiegokolwiek pozycji RCO w inną pozycję RCO. (...) 12.7. Dodatkowe warunki dotyczące RCO: Wartość pozycji RCO dotyczący wykonania dokumentacji projektowej (...) Prawo opcji nr 1 Sumaryczna wartość pozycji RCO dotyczących wykonania dokumentacji projektowej dla części kolejowej (Nazwa pozycji: SUMA ZAKRESU DOKUMENTACJA – OPCJA NR CZĘŚĆ KOLEJOWA (PLN bez VAT) nie może przekroczyć 7% wartości oferty netto za wykonanie Prawa opcji nr 1 dla części kolejowej (bez Wynagrodzenia Warunkowego). (...) 12.8. W przypadku niezachowania w ofercie wymagań określonych w pkt 12.5 i w pkt 12.7 oferta zostanie uznana za niezgodną z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SWZ i będzie podlegała odrzuceniu. 12.9. Ceną oferty jest suma wartości wszystkich pozycji podanych w wypełnionym RCO, powiększona o podatek VAT. 12.10. Sposób zapłaty i rozliczenia za realizację Zamówienia, określone zostały w Warunkach Umowy stanowiących Tom II SWZ.”

- „15. ZAWARTOŚĆ OFERTY 15.1 Do Formularza złożenia oferty przekazywanego za pośrednictwem Platformy Zakupowej, należy załączyć następujące dokumenty:

a) „Formularz Ofertowy” – sporządzony zgodnie ze wzorem zawartym w Załączniku nr 1 do IDW;

b) Wypełnione „Rozbicie Ceny Ofertowej” (w celu usprawnienia weryfikacji w zakresie omyłek rachunkowych požądane jest dołączenie RCO również w formacie .xlsx) sporządzony zgodnie ze wzorem zawartym w Tomie IV SWZ (...).”

Zgodnie z Tomem II SWZ: WU:

- „§ 1. Definicje i skróty 1. Użyte w Umowie określenia oznaczają: (...) 67) Zasadniczy Przedmiar Robót Stałych lub ZPRS – oznacza uszczegółowienie wykazu płatności zgodnie z postanowieniami § 8 i służy do celów oszacowania wartości oraz zaawansowania Robót oraz nie ma żadnego wpływu na Wynagrodzenie należne na mocy Umowy. Zasadniczy Przedmiar Robót Stałych należy wykonać w formie uzgodnionej z Inżynierem i Zamawiającym. Zasadniczy Przedmiar Robót Stałych sporządzany jest w oparciu o RCO i zawiera ceny jednostkowe każdej pozycji.”

- „§ 3. Wynagrodzenie 1. Całkowite Wynagrodzenie za wykonanie całości przedmiotu Umowy, włącznie z zakresem prac objętych Prawem opcji, włącznie z Wynagrodzeniem Warunkowym wskazanym w § 6 ust. 3 oraz kwotą na pokrycie kosztów komunikacji zastępczej wskazaną w cenie Oferty Wykonawcy, wynosi łącznie PLN (słownie: złotych) brutto, w tym wartość netto PLN (słownie: złotych) oraz podatek VAT PLN (słownie: złotych): (...) 2) wartość wynagrodzenia za realizację Prawa opcji nr 1 włącznie z Wynagrodzeniem Warunkowym wskazanym w § 6 ust. 3 oraz kwotą na pokrycie kosztów komunikacji zastępczej wskazaną w cenie Oferty Wykonawcy: – wartość wynagrodzenia brutto za realizację Prawa opcji nr 1 PLN (słownie: złotych), w tym: – wartość wynagrodzenia netto za realizację Prawa opcji nr 1 PLN (słownie: złotych) – podatek VAT PLN (słownie: złotych). (...) 3. Wynagrodzenie stanowi cenę Oferty Wykonawcy za realizację Zakresu podstawowego albo cenę Oferty Wykonawcy za realizację Zakresu podstawowego i cenę Oferty Wykonawcy za zakres Opcji (w zależności od tego, która z Opcji zostanie uruchomiona), po poprawieniu oczywistych omyłek rachunkowych zgodnie z u.p.z.p., włącznie z Wynagrodzeniem Warunkowym wskazanym w § 6 ust. 3 oraz kwotą na pokrycie kosztów komunikacji zastępczej wskazaną w cenie Oferty Wykonawcy. 4. Wynagrodzenie stanowi wynagrodzenie ryczałtowe, w rozumieniu przepisu art. 632 Kodeksu cywilnego, za wykonanie przedmiotu Umowy, z zastrzeżeniem postanowień § 9 (zmiana wynagrodzenia wynikająca ze zmiany Umowy), § 10 i § 11 (zmiana wynagrodzenia wynikająca z waloryzacji), innych przypadków, kiedy w treści Umowy przewidziano zapłatę za dodatkowy Koszt, pozycji w RCO oznaczonych symbolem „O”, które będą rozliczane zgodnie z obmiarem. Oznacza to, że Wykonawca, poza przypadkami określonymi w Umowie oraz w u.p.z.p., nie może żądać podwyższenia Wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia Umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub Kosztu Robót do zgodnego z Umową i Prawem wykonania całości przedmiotu Umowy. Wynagrodzenie pokrywa również wartość Robót, w tym Materiałów i Urządzeń w odniesieniu do Robót, Materiałów i Urządzeń, które nie zostały wprost wyszczególnione i wykazane w Dokumentacji Projektowej, a są konieczne do wykonania przedmiotu Umowy, a także wszystkie koszty, jakie poniesie Wykonawca bezpośrednio w związku z wykonywaniem Robót, jak również wszystkie koszty pośrednio związane z realizacją przedmiotu Umowy. (...) 8. Ceny podane w poszczególnych pozycjach wypełnionego przez Wykonawcę RCO nie zawierają podatku od towarów i usług (VAT). Ceny wymienione w poszczególnych pozycjach w RCO są niezmiennie w całym okresie realizacji Umowy, z zastrzeżeniem postanowień § 10 oraz § 11. 9. Podstawą ustalenia Wynagrodzenia za poszczególne, wymienione w RCO, elementy przedmiotu Umowy będą: 1) ceny ujęte w poszczególnych pozycjach RCO; 2) potwierdzone przez Wykonawcę, Inżyniera oraz osobę wyznaczoną przez Zamawiającego zgodnie z Warunkami Odbioru, protokoły Odbioru częściowego, stanowiące załączniki do faktur, wskazujące na kompletne i kompleksowe wykonanie odpowiednio: a) Dokumentacji Projektowej, b) albo elementu Robót (na podstawie zaakceptowanej przez Zamawiającego Dokumentacji Projektowej) albo części takiego elementu w przypadku wyrażenia przez Zamawiającego pisemnej zgody, o której mowa w ust. 11, na podział elementów wymienionych w RCO na potrzeby fakturowania; 3)

protokolarnie potwierdzenie przez Inżyniera zgromadzenia na Terenie Budowy albo terenie lub magazynie uzgodnionym i zaakceptowanym przez Inżyniera w formie pisemnej, wyrobów budowlanych podlegających fakturowaniu; 4) wszelkie kwoty, które mają być dodane jako płatności zaliczkowe i potrącone jako zwroty udzielonej przez Zamawiającego zaliczki.

10. Strony postanawiają, że rozliczenie za wykonanie przedmiotu Umowy odbywać się będzie fakturami częściowymi, za zaakceptowane przez Zamawiającego zakresy Robót wykonanych w danym okresie rozliczeniowym z tym, że dotyczyć będą mogły one tylko: 1) zakończonych i kompletnych elementów wymienionych w RCO, albo 2) poszczególnych pozycji wynikających z zatwierdzonych przez Zamawiającego, zgodnie z ust. 11, podziałów elementów wymienionych w RCO na części, z zastrzeżeniem, iż faktura za wykonaną Dokumentację Projektową stanowiącą zamkniętą całość może być wystawiona dopiero po zaakceptowaniu przez Zamawiającego tej dokumentacji lub jej części oraz wysokość faktury częściowej będzie odpowiadać procentowej wartości wykonanych Robót za zakresy wskazane zgodnie z pkt 1 albo 2. 11. Wykonawca może zgłosić Zamawiającemu propozycję podziału poszczególnych elementów (pozycji) RCO na elementy częściowe, przy czym propozycja Wykonawcy w tym zakresie musi być zgłoszona Zamawiającemu w formie pisemnej, a przy tym może być zgłoszona jednorazowo lub kilkakrotnie w ciągu realizacji przedmiotu Umowy. Propozycja, o której mowa w poprzednim zdaniu, wymaga pisemnej zgody Zamawiającego. Wykonawca, na wniosek Zamawiającego, zobowiązuje się do podziału RCO na elementy określone przez Zamawiającego.”

- „§ 8. Harmonogram rzeczowo-finansowy (...) 33. Każdy Zasadniczy Przedmiar Robót Stałych ma być zgodny z Harmonogramem Płatności dla etapu projektowania lub Harmonogramem Przerobów i Płatności oraz RCO.”

Zgodnie z Tomem III SWZ: PFU:

- str. 12: „Zamawiający informuje, iż nadrzędnie nad udostępnioną dokumentacją należy traktować zapisy niniejszego PFU.”

Tom IV SWZ: RCO:

- Zakładka: „RCO Prawo Opcji nr 1 KOLEJOWA: Rozbicie Ceny Ofertowej - PRAWO OPCJI NR 1 - CZĘŚĆ KOLEJOWA: Wartość kosztorysowa winna uwzględniać rzeczywisty zakres prac projektowych, robót budowlano montażowych oraz dokumentacji powykonawczej, Uwaga!: Sumaryczna wartość pozycji RCO dotyczących wykonania dokumentacji projektowej (Nazwa pozycji: SUMA ZAKRESU DOKUMENTACJA - OPCJA NR 1 CZĘŚĆ KOLEJOWA (PLN bez VAT)) nie może przekroczyć 7% wartości oferty netto za wykonanie Prawa opcji nr 1 dla części kolejowej (bez Wynagrodzenia Warunkowego) (...) 9.2. Budowa wiaduktu kolejowego wraz ze ścianą oporową.”

- Zakładka: „RCO Prawo Opcji nr 1 DROGOWA, Rozbicie Ceny Ofertowej - PRAWO OPCJI NR 1 - CZĘŚĆ DROGOWA: (...) 3.1. Ściana oporowa przy ulicy Grodzkiej.”

Pismem z dnia 7 lutego 2025 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do udzielenia szczegółowych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia istotnych części składowych ceny za realizację Zakresu podstawowego zamówienia oraz zakresu wynikającego z Prawa opcji nr 1.

W dniu 17 lutego 2025 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia.

Pismem z dnia 11 marca 2025 r. Zamawiający w trybie art. 224 ust. 1 ustawy pzp zwrócił się o uszczegółowienie, „w jaki sposób Wykonawca wyliczył koszty materiałów, robocizny i pracy sprzętu dla następujących pozycji RCO?: (...) II. Prawo opcji nr 1 (część kolejowa) 9. Branża mostowa > poz. 9.2 Budowa wiaduktu kolejowego wraz ze ścianą oporową.”

W dniu 14 marca 2025 r. Odwołujący udzielił wyjaśnień, z których wynika dla poz. 9.2. prawa opcji nr 1 (część kolejowa) adnotacja: „Wykonanie ściany oporowej z betonu cementowego uwzględnione w RCO pozycja 3.1 "Ściana oporowa przy ulicy Grodzkiej.”

Pismem z dnia 26 marca 2025 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 ustawy pzp m.in. w zakresie: „Wykonawca w wyjaśnieniach z dnia 14 marca 2025 r. wyjaśniając cenę za realizację Prawa opcji nr 1 (część kolejowa), 9. Branża mostowa, poz. 9.2 Budowa wiaduktu kolejowego wraz ze ścianą oporową wskazał w Załączniku nr 4, iż wykonanie ściany oporowej z betonu cementowego uwzględnił w RCO w pozycji 3.1 "Ściana oporowa przy ulicy Grodzkiej". Zgodnie z Projektami Budowlanym oraz Wykonawczym dla wiaduktu nad ulicą Grodzką będącymi częścią SWZ zał. 6 do PFU Krosno v2 ściana oporowa jest elementem wiaduktu kolejowego – przedłużeniem skrzydła przyczółka. Mając na uwadze powyższe proszę o wyjaśnienie podstaw ujęcia zakresu budowy ściany oporowej wiaduktu kolejowego w pozycji 3.1 RCO Opcja nr 1 część Drogowa? Dodatkowo proszę o uszczegółowienie pozycji 3.1 "Ściana oporowa przy ulicy Grodzkiej", odnośnie do sposobu wyliczenia kosztów materiałów, robocizny i pracy sprzętu oraz ilości przyjętych materiałów. Proszę o wyjaśnienie, czy w pozycji 3.1 Wykonawca wycenił dwie ściany oporowe?”

W dniu 3 kwietnia 2025 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia: „Wykonawca wycenił w ofercie wszystkie koszty związane z

budową obiektu nad ulicą Grodzką, a także wszystkie elementy związane z przebudową ulicy Grodzkiej zgodnie z przekazanymi Projektami. Wykonawca informuje, że Zamawiający w przesłanych RCO podał pozycje w Opcji nr 1 Część drogowa nr 3.1. „Ściana oporowa przy ulicy Grodzkiej”. Odnosząc się do powyższego, po pierwsze należy wskazać, iż nie budzi zasadniczych wątpliwości, że to właśnie PFU jest podstawowym dokumentem, jeśli chodzi o opis zakresu zamówienia – czy to dla zamówienia podstawowego, czy też dla poszczególnych opcji. Znajduje to wprost potwierdzenie w Specyfikacji Warunków Zamówienia (...) Powyższe jest o tyle istotne, iż – po drugie - obiekt, o który w Wezwaniu obecnie dopytuje Zamawiający, w PFU w części, która w sposób oczywisty odnosi się do zakresu kolejowego (o czym świadczy tytuł Tabeli 57): (...) w żadnej mierze nie odnosi się do ściany oporowej, o którą obecnie dopytuje Zamawiający. Wspomniany powyżej wiadukt został w PFU opisany w sposób następujący: (...) Jak nietrudno zauważyć, próżno w ramach zakresu robót (jego opisu) szukać jakiegokolwiek wskazania na ścianę oporową. Co więcej, po trzecie, w szeregu miejsc dokumentacji postępowania, w tym projektach wykonawczych czy też opisie technicznym, ściana oporowa, o którą obecnie dopytuje Zamawiający, została opisana jako odrębny obiekt budowlany. Dla przykładu – poniższy zrzut fragmentu dokumentacji: (...) Powyższe jest o tyle istotne, iż dla Wykonawcy był to jasny sygnał, że Zamawiający nie traktuje omawianej ściany oporowej oraz wiaduktu jako jednego obiektu budowlanego (nie łączy ich zasadniczo ze sobą). Z drugiej natomiast strony Wykonawca dostrzegał, iż pozycję RCO opisano w sposób następujący: Budowa wiaduktu kolejowego wraz ze ścianą oporową. W związku z powyższym, tj. rozłącznym traktowaniem przez Zamawiającego ściany oporowej, o którą obecnie dopytuje, oraz wiaduktu kolejowego, Wykonawca przyjął, iż ww. opis należy traktować jako opis (jednego) obiektu budowlanego. Jednocześnie, przy powyższych wątpliwościach, które się nasuwały, Wykonawca wziął pod uwagę również fakt, iż Zamawiający w RCO stworzył odrębną i wprost odnoszącą się do ścian oporowych pozycję, odmiennie niż miało to miejsce w przypadku pozycji dotyczącej budowy wiaduktu. W dokumentacji Postępowania Zamawiający nigdzie wprost nie połączył konkretnych zakresów prac (robót) z poszczególnymi pozycjami RCO. Kwestia ta, co pokazuje powyższe, a także zadawane przez wykonawców pytania w tym zakresie, wskazuje, iż nie była jasna i jednoznaczna. Podkreślenia wymaga, iż niezależnie od wątpliwości, które wynikały m.in. ze wskazanego powyżej opisu obiektu w PFU oraz traktowania ściany oporowej jako odrębny obiekt w dokumentacji Postępowania, wiązały się także z samymi nazwami poszczególnych pozycji w RCO. Przykładowo Zamawiający opisał poz. 3.1 RCO jako „Ściana oporowa przy ulicy Grodzkiej”, co odpowiada przede wszystkim opisowi ściany oporowej przy wiadukcie (znajduje się przy ul. Grodzkiej). Drugą ze ścian oporowych Zamawiający opisywał w PFU jako idącą wzdłuż (a nie przy) ul. Grodzkiej. (...) Co więcej, Zamawiający niekiedy np. opisywał w pozycjach RCO rozbiórkę etc., a w przypadku omawianego wiaduktu, mimo iż taka informacja znajduje się w PFU, pominął ten element w opisie pozycji. Na marginesie Wykonawca wskazuje, iż samą nazwę pozycji Budowa wiaduktu kolejowego ze ścianą oporową, w świetle opisanych powyżej postanowień dokumentacji, tj. m.in. odrębności wiaduktu od ściany i braku jej opisu w PFU, odczytywać należy raczej jako opis jednego obiektu (a nie kilku) i nie wskazuje, iż wraz z wiaduktem należy ująć z jednej pozycji osobną ścianę oporową (co jest sprzeczne z opisem PFU). Ścianą oporową jest przecież również konstrukcję oporową ukazaną na poniższych rysunkach: O ile tak przyjąć, odpowiada to nazwie pozycji RCO: Budowę wiaduktu kolejowego wraz ze ścianą oporową. Wykonawca potwierdza, że w pozycji 3.1 uwzględnił wycenę dwóch ścian oporowych. Wykonawca wyliczył koszty materiałów, robocizny i pracy sprzętu w następujący sposób: •Wyliczenie ilości przedmiarowych na opisu zamówienia (Dokumentacja Zamawiającego); • Zużycie zasobów na każdą jednostkę przedmiarową według norm zakładowych oraz cenników wewnętrznych i kosztów na aktualnie realizowanych kontraktach; • W celach kalkulacyjnych posłużył się programem do kosztorysowania. W załączeniu (załącznik nr 1) Wykonawca przekazuje uszczegółowienie pozycji nr 3.1. „Ściana oporowa przy ulicy Grodzkiej”. W załączeniu (załącznik nr 2) Wykonawca przekazuje ofertę podwykonawcy na wykonanie ścian oporowych z wyłączeniem materiałów. W załączeniu (załącznik nr 8) Wykonawca przekazuje ofertę podwykonawcy na materiał, transport i wytworzenie grodzic.”

Pismem z dnia 30 kwietnia 2025 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego wskazując: „Uzasadnienie faktyczne:

W toku badania i oceny oferty Wykonawcy, Zamawiający stwierdził co następuje: Wykonawca w Wyjaśnieniach nr 2 z dnia 14 marca 2025 r. (pismo o sygn. DPW\2025\01099) wyjaśniając cenę za realizację Prawa opcji nr 1 (część kolejowa), 9. Branża mostowa, poz. 9.2 Budowa wiaduktu kolejowego wraz ze ścianą oporową wskazał w Załączniku nr 4 do wyjaśnień, iż wykonanie ściany oporowej z betonu cementowego uwzględnił w RCO w pozycji 3.1 "Ściana oporowa przy ulicy Grodzkiej". Zatem nie wycenił jej w pozycji 9.2. Zgodnie z Projektami Budowlanym oraz Wykonawczym dla wiaduktu nad ulicą Grodzką, będącymi częścią SWZ - zał. 6 do PFU Krosno v2, ściana oporowa jest elementem wiaduktu kolejowego – przedłużeniem skrzydła przyczółka. W związku z powyższym, Zamawiający poprosił Wykonawcę o wyjaśnienie podstaw ujęcia zakresu budowy ściany oporowej wiaduktu kolejowego w pozycji 3.1 RCO Opcja nr 1 część drogowa oraz postawił Wykonawcy pytanie, czy zatem w pozycji 3.1 Wykonawca wycenił dwie ściany oporowe? Wykonawca w Wyjaśnieniach nr 3 z dnia 03 kwietnia 2025 r. potwierdził, iż w pozycji 3.1 uwzględnił wycenę dwóch ścian oporowych, a ściana oporowa, o którą zapytał Zamawiający została opisana zdaniem Wykonawcy w projekcie jako

odrębny obiekt budowlany. Wyodrębnienie w Projekcie wykonawczym dla części kolejowej Część 7-M – Obiekty mostowe w ramach punktu 1.5 Podstawowe parametry techniczne projektowanych obiektów dwóch podpunktów: 1.5.1 Wiadukt kolejowy nad ul. Grodzką oraz 1.5.2 Konstrukcja oporowa przy wiadukcie kolejowym było zdaniem Wykonawcy sygnałem do tego, jak wyjaśnił Wykonawca, że: „Zamawiający nie traktuje omawianej ściany oporowej oraz wiaduktu jako jednego obiektu budowlanego (nie łączy ich zasadniczo ze sobą). Z drugiej natomiast strony Wykonawca dostrzegł, iż pozycję RCO opisano w sposób następujący: Budowa wiaduktu kolejowego wraz ze ścianą oporową. W związku z powyższym, tj. rozłącznym traktowaniem przez Zamawiającego ściany oporowej, o którą obecnie dopytuje, oraz wiaduktu kolejowego, Wykonawca przyjął, iż ww. opis należy traktować jako opis (jednego) obiektu budowlanego. Jednocześnie, przy powyższych wątpliwościach, które się nasuwały, Wykonawca wziął pod uwagę również fakt, iż Zamawiający w RCO stworzył odrębną i wprost odnoszącą się do ścian oporowych pozycję, odmiennie niż miało to miejsce w przypadku pozycji dotyczącej budowy wiaduktu. W dokumentacji Postępowania Zamawiający nigdzie wprost nie połączył konkretnych zakresów prac (robót) z poszczególnymi pozycjami RCO. Kwestia ta, co pokazuje powyższe, a także zadawane przez wykonawców pytania w tym zakresie, wskazuje, iż nie była jasna i jednoznaczna. Podkreślenia wymaga, iż niezależnie od wątpliwości, które wynikały m.in. ze wskazanego powyżej opisu obiektu w PFU oraz traktowania ściany oporowej jako odrębny obiekt w dokumentacji Postępowania, wiązały się także z samymi nazwami poszczególnych pozycji w RCO. Przykładowo Zamawiający opisał poz. 3.1 RCO jako „Ściana oporowa przy ulicy Grodzkiej”, co odpowiada przede wszystkim opisowi ściany oporowej przy wiadukcie (znajduje się przy ul. Grodzkiej). Drugą ze ścian oporowych Zamawiający opisywał w PFU jako idącą wzdłuż (a nie przy) ul. Grodzkiej.”

W załączonym Projekcie wykonawczym dla branży mostowej (dla części kolejowej zamówienia) na stronie 13 w punkcie 1.5 Zamawiający wskazał podstawowe parametry projektowanych obiektów, tj.: w punkcie 1.5.1 Wiadukt kolejowy nad ul. Grodzką oraz w punkcie 1.5.2 Konstrukcję oporową przy wiadukcie kolejowym, tj. ścianę oporową wskazaną przez Zamawiającego do wyceny w punkcie 9.2. RCO. Rozbicie punktu 1.5 w ramach tego samego Projektu wykonawczego na podpunkty 1.5.1 i 1.5.2 w żaden sposób nie powoduje, że obiekty te należy traktować rozłącznie. Ściana oporowa przy wiadukcie kolejowym (z konstrukcji żelbetowej) traktowana jest jako element konieczny wiaduktu kolejowego. Znalazło to odzwierciedlenie w Rozbiciu Ceny Ofertowej, gdzie Zamawiający wyraźnie wskazał pozycję 9.2 jako właściwą do wyceny Budowy wiaduktu kolejowego wraz ze ścianą oporową. W innym Projekcie wykonawczym dla branży konstrukcyjnej (dla części drogowej zamówienia) na stronie 11, w punkcie 1.4 Zamawiający wskazał parametry ściany oporowej – Ściana oporowa przy ul. Grodzkiej (z grodzic stalowych), której wyceny należało dokonać wprost w pozycji 3.1 RCO.

Zdaniem Zamawiającego dokumenty zamówienia są spójne i nie powinny budzić żadnych wątpliwości Wykonawcy. Zamawiający wbrew twierdzeniom Wykonawcy połączył konkretne zakresy robót z poszczególnymi pozycjami RCO. Z dokumentacji postępowania absolutnie nie wynikało, że Wykonawca ma dowolność w wycenie ściany oporowej będącej elementem wiaduktu kolejowego (w konstrukcji żelbetowej) w ramach innej pozycji niż została do tego wskazana w ramach części kolejowej Opcji 1, oraz że w pozycji 3.1 RCO dla części drogowej Opcji 1 może wycenić dwie ściany oporowe (jedną w konstrukcji żelbetowej i drugą z grodzic stalowych), niezgodnie z opisem robót dla tego zakresu drogowego, który przewidywał dla tego zakresu jedną ścianę oporową z grodzic stalowych. Wskazując na powyższe nie sposób przyjąć, że Wykonawca pomylił się przygotowując dokument RCO. Przeciwnie, Wykonawca miał pełną świadomość tego, że w jednej pozycji RCO kalkuluje dwie różne ściany oporowe.

Zgodnie z pkt 12.5 IDW: Wykonawca musi dołączyć do oferty wypełnione Rozbicie Ceny Ofertowej („RCO”). Wykonawca musi wycenić wszystkie pozycje RCO, gdzie zarówno ceny jednostkowe, jak i cena za daną pozycję jest podana z matematycznym zaokrągleniem do dwóch miejsc po przecinku i jest różna od zera. Każda pozycja RCO powinna zostać wyceniona zgodnie z zakresem w niej opisanym. Nie dopuszcza się wliczania kosztów wykonania jakiegokolwiek pozycji RCO w inną pozycję RCO.

Dodatkowo w pkt 12.8 IDW Zamawiający wskazał, że: w przypadku niezachowania w ofercie wymagań określonych w pkt 12.5 i w pkt 12.7 oferta zostanie uznana za niezgodną z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SWZ i będzie podlegała odrzuceniu.

Z powyższego wynika, że Zamawiający w sposób niebudzący wątpliwości określił, w jaki sposób ma być dokonana wycena w RCO, w tym w szczególności podkreślił, że niedopuszczalne jest wliczanie kosztów wykonania jakiegokolwiek pozycji RCO w inną pozycję RCO. Dodatkowo Zamawiający określił skutki niezachowania w ofercie wymagań określonych w pkt 12.5 i w pkt 12.7 IDW w postaci niezgodności oferty z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SWZ i odrzucenia oferty.

Nie budzi wątpliwości Zamawiającego, iż Konsorcjum ZUE wyceniło element dotyczący ściany oporowej w niewłaściwej pozycji. Wykonawca potwierdził w Wyjaśnieniach nr 3, że w pozycji 3.1 uwzględnił wycenę dwóch ścian oporowych - wykonanie ściany oporowej żelbetowej uwzględnił w RCO w pozycji 3.1 "Ściana oporowa przy ulicy Grodzkiej",

jednocześnie nie uwzględniając jej we właściwej pozycji RCO, tj. pozycji 9.2. Zamawiający precyzyjnie określił w IDW sposób, w jaki Wykonawcy mają przedstawić wycenę oferty w RCO. Mając na uwadze powołane wyżej postanowienia IDW Wykonawcy nie powinni mieć jakichkolwiek wątpliwości co do tego, w jaki sposób dokument RCO załączony do oferty winien być sporządzony. Wybór oferty, w której sporządzono wycenę ścian oporowej, będącej elementem wiaduktu kolejowego w niewłaściwej pozycji RCO skutkowałaby pozbawieniem Zamawiającego możliwości prawidłowego rozliczenia inwestycji.

Wobec powyższego Zamawiający stwierdził, że Wykonawca dokonał wyceny w sposób niezgodny z warunkami zamówienia, co skutkuje odrzuceniem jego oferty na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5) Ustawy jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

Uzasadnienie prawne:

Oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5) ustawy Pzp, gdyż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.”

Dowody Zamawiającego: część dokumentacji projektowej: dwa rzuty dot. ścian oporowych, jedna w zakresie branży drogowej, a druga w zakresie branży kolejowej.

Dowody Przystępującego do pisma procesowego:

Załącznik nr 1 Pozwolenie na budowę dla części kolejowej.

Załącznik nr 2 Pozwolenie na budowę dla części drogowej.

Załącznik nr 3 Projekt wykonawczy, 7-M OBIEKTY MOSTOWE, inwestor: PKP PLK S.A.

Załącznik nr 4 Projekt budowlany, Projekt Zagospodarowania Terenu, inwestor: Prezydent Miasta Krosna.

Załącznik nr 5 Projekt wykonawczy dla zadania: „Likwidacja problemów komunikacyjnych na skrzyżowaniach układu drogowego z linią kolejową nr 108 na terenie miasta Krosna”, inwestor: Prezydent Miasta Krosna.

Załącznik nr 6 Uzasadnienie odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na przerzucenie kosztów realizacji zamówienia.

Przedmiot sporu w niniejszej sprawie sprowadzał się do odpowiedzi na pytanie czy Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp z uwagi na dokonanie niedozwolonego postanowieniami SWZ przenoszenia kosztów RCO Prawa Opcji nr 1 pomiędzy pozycjami. W tym zakresie Odwołujący podnosił, że odrzucenie oferty nastąpiło wyłącznie z formalnych a nie merytorycznych powodów. Podkreślał niewielką wartość przerzuconych kosztów, jak również okoliczność, że odpowiednie koszty ścian oporowych zostały uwzględnione w ofercie, a Wykonawca nie odniesie żadnej korzyści z umieszczenia kosztów w jednej pozycji RCO. Nadto wskazywał, że powyższe nie ma również wpływu na możliwość rozliczenia inwestycji w świetle wynagrodzenia ryczałtowego. Dodatkowo akcentował niejednoznaczność postanowień dokumentów zamówienia, która miała wpływ na błędne zakwalifikowanie kosztów w RCO co powinno zostać zinterpretowane na korzyść Wykonawcy. Izba dokonała analizy dokumentów zamówienia jak również zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego i uznała, że argumentacja odwołania jest w całości chybiona stąd odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie wskazania wymaga, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp: „1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.” Natomiast w myśl art. 7 pkt 29 ustawy pzp: „Ilekroć w niniejszej ustawie jest mowa o: 29) warunkach zamówienia – należy przez to rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.” Podkreślić należy, że zamawiający aby odrzucić ofertę na podstawie przywołanego przepisu jest zobowiązany przeprowadzić analizę porównawczą treści oferty oraz warunków zamówienia (w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia ale również wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umownych), które stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje i uszczegóławia, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty (zdefiniowanej w art. 66 kodeksu cywilnego) jako najkorzystniejszej. Dokonanie takiego porównania przesądza o tym, czy treść złożonej w postępowaniu oferty odpowiada warunkom zamówienia w rozumieniu art. 7 pkt 29 ustawy pzp. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi więc, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym

w SWZ wymaganiom. Istotnym jest, że niezgodność oferty z warunkami zamówienia musi po pierwsze być oczywista i niewątpliwa, czyli zamawiający musi mieć pewność co do niezgodności oferty z jego oczekiwaniami, przy czym postanowienia SWZ powinny być jasne i klarowne (tak też: wyrok z dnia 22 września 2020 roku, sygn. akt: KIO 1864/20; wyrok z dnia 20 stycznia 2020 roku, sygn. akt: KIO 69/20). Po drugie, odrzucenie oferty nie może nastąpić z błahych, czysto formalnych powodów nie wpływających na treść złożonej oferty, jak również, gdy zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy Izba w pierwszej kolejności odniesie się do warunków zamówienia. Bezsporne było przy tym w sprawie, że Odwołujący w RCO dla Prawa Opcji nr 1 koszt ściany oporowej przy wiadukcie kolejowym z poz. 9.2. branży kolejowej uwzględnił w koszcie ściany oporowej w poz. 3.1. branży drogowej. Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający opisał w SWZ w pkt 12 w jaki sposób należy wyliczyć cenę oferty. Zamawiający wymagał, aby wraz z ofertą wykonawcy złożyli rozbieżności ceny ofertowej, w tym dla Prawa Opcji nr 1 rozdzielone na branżę kolejową i branżę drogową. W postanowieniach SWZ, ale również w formularzach RCO zostało podkreślone, że należy wycenić wszystkie pozycje zgodnie z opisanym zakresem i niedopuszczalne jest wliczanie kosztów wykonania jakiegokolwiek pozycji RCO w inną pozycję RCO. Niezastosowanie się do powyższych wymagań zostało obwarowane sankcją odrzucenia oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia. Skoro więc bezspornym było, że Odwołujący uwzględnił koszt ściany oporowej z poz. 9.2. branży kolejowej w poz. 3.1. branży drogowej, a więc dokonał przeniesienia kosztów z jednej pozycji do innej to świadczy to o niezgodności z wyżej wskazanymi warunkami zamówienia determinującymi odrzucenie oferty. Izba zauważa, że postanowienia pkt 12.5. i 12.8. nie były kwestionowane, a w konsekwencji obowiązywały i były wiążące zarówno dla Zamawiającego jak i wykonawców składających oferty. Zamawiający w sytuacji wystąpienia takich niezgodności na etapie badania i oceny ofert nie może odstąpić od postanowień, które sam sformułował. Jak słusznie podnosili Zamawiający i Przystępujący takie działanie stanowiłoby naruszenie zasady równości, przejrzystości i uczciwej konkurencji.

Nie ulega wątpliwości, że sankcja odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp nie mogłaby zostać zastosowana wyłącznie w sytuacji, gdyby warunki zamówienia, a w tym przypadku opisy poszczególnych pozycji RCO były niejednoznaczne i pojawiłyby się wątpliwości czy ścianę oporową dla branży kolejowej należało uwzględnić w poz. 9.2. czy pozycji 3.1. Wbrew jednak twierdzeniom Odwołującego okoliczności powołane w decyzji o odrzuceniu oferty dotyczyły precyzyjnych i jasnych warunków zamówienia. Odwołujący w tym zakresie odwoływał się wybiórczo do treści wynikających z PFU jako mających nadrzędne znaczenie względem dokumentacji projektowej, gdzie przy wiadukcie kolejowym PFU nie opisuje ściany oporowej. Nadto wskazywał na rozdzielenie parametrów wiaduktu i ściany oporowej jako odrębnych obiektów budowlanych. Odnosząc się do powyższego Izba przede wszystkim wskazuje, że niezgodność oferty Odwołującego z warunkami zamówienia dotyczy sposobu obliczenia ceny, a autorem tych zasad jest Zamawiający. To Zamawiający określił, jak należy przyporządkować koszty dotyczące odpowiedniego zakresu zamówienia. I tak RCO Prawa Opcji nr 1 zostało rozdzielone na dwa osobne pliki – jeden dotyczący branży kolejowej i drugi dotyczący branży drogowej. W poz. 9.2. branży kolejowej wskazano jednoznacznie: „*Budowa wiaduktu kolejowego wraz ze ścianą oporową.*” Argumentacja więc Odwołującego, że w pozycji tej należało wycenić wyłącznie budowę wiaduktu kolejowego jest abstrakcyjna, nielogiczna i oderwana od literalnego opisu tej pozycji niewymagającej dodatkowych wykładni. Co więcej w poz. 3.1. RCO branży drogowej również Zamawiający jasno określił, że koszt ma dotyczyć: „*Ściana oporowa przy ulicy Grodzkiej.*” Zamawiający użył przy tym liczby pojedynczej, nie sposób więc uznać, że pozycja dotyczyła dwóch lub więcej ścian. Już powyższe świadczy o nieprawidłowym zakwalifikowaniu kosztów przez Odwołującego. Zdaniem Izby także pozostałe postanowienia dokumentów zamówienia nie powodują wątpliwości, które mogłyby zostać zinterpretowane na korzyść Odwołującego. Jak słusznie wskazywał w piśmie procesowym Przystępujący PFU w części kolejowej: „*pkt 3.7.1. Nawierzchnia kolejowa 3.7.1.1. Tory*” odsyła do szczegółowego zakresu robót torowych i drogowych opisanych w Projekcie budowlanym i wykonawczym. Natomiast w części drogowej: „*pkt 3.7.4. Drogi kołowe, przejazdy kolejowo – drogowe i przejścia*” do zakresu decyzji administracyjnych i dokumentacji projektowej (które to decyzje w zakresie torowym i drogowym wydane są dla różnych inwestorów i dla różnych dokumentacji projektowych: decyzja o pozwoleniu na budowę nr 6/22 z 8 lutego 2022 r. dla części kolejowej (inwestor: Zamawiający/ PKP PLK S.A.), decyzja o pozwoleniu na realizację inwestycji drogowej (ZRID) nr 7/21 z 14 grudnia 2021 r dla części drogowej (inwestor: Prezydent Miasta Krosna). Część drogową i część kolejową opisują dwie odrębne dokumentacje projektowe. Cytowane przez Odwołującego w odwołaniu postanowienia Projektu wykonawczego, 7-M OBIEKTY MOSTOWE (inwestor: Zamawiający/ PKP PLK S.A.) opisują wiadukt i ścianę oporową dla części kolejowej nie drogowej: „*1.5.1. Wiadukt kolejowy nad ul. Grodzką*” i „*1.5.2. Konstrukcja oporowa przy wiadukcie kolejowym (...) Rodzaj konstrukcji: żelbetowa.*” Natomiast Projekt budowlany, Projekt Zagospodarowania Terenu (inwestor: Prezydent Miasta Krosna): „*pkt 4.6.5. Ściana oporowa (...) Ściana oporowa z grodziec stalowych: stal konstrukcyjna S355*” oraz Projekt wykonawczy dla zadania: „*Likwidacja problemów komunikacyjnych na skrzyżowaniach układu drogowego z linią*

kolejową nr 108 na terenie miasta Krosna” (inwestor: Prezydent Miasta Krosna): *„1.4. Podstawowe parametry techniczne projektowanych obiektów (...) Ściana oporowa przy ul. Grodzkiej (...)”* opisują ścianę oporową dla części drogowej. Jak wynika z powyższego, w dokumentacji projektowej wyraźnie rozdzielono ścianę oporową przy wiadukcie kolejowym i ścianę oporową branży drogowej, w tym ich konstrukcje mają zostać wykonane z innych materiałów. Rzuty dotyczące ścian oporowych, jedna w zakresie branży drogowej, a druga w zakresie branży kolejowej złożone jako dowód przez Zamawiającego, a stanowiące część dokumentacji projektowej przedstawiają, że ściany te będą w całkiem innych miejscach, jedna przy drodze a druga przy wiadukcie kolejowym. Analiza przywołanych postanowień dokumentów zamówienia nie pozostawia żadnych wątpliwości, w których pozycjach miały zostać wycenione odpowiednie ściany oporowe. Nie zmienia tej oceny powoływane przez Odwołującego pytanie nr 761, w którym wykonawca pytał o wskazanie lokalizacji obiektu z poz. 9.2. RCO Prawa Opcji nr 1 i odpowiedzi, że dotyczy wiaduktu nad ulicą Grodzką w km 69,867. Pozycja ta została opisana w sposób klarowny, niedający zdaniem Izby pola do odmiennej interpretacji niż wynikająca z jej literalnego brzmienia, że koszt w niej wskazany miał dotyczyć: *„Budowa wiaduktu kolejowego wraz ze ścianą oporową.”* Pozostałe pozycje RCO opisywane w odwołaniu jako niejednoznaczne i argumentacja w tym zakresie pozostaje poza podstawami odrzucenia oferty Odwołującego i jako taka jest irrelevantna dla oceny prawidłowości czynności Zamawiającego. Przeniesienie kosztów pomiędzy pozycjami w ofercie Odwołującego było bezsporne co przy jednoznacznych postanowieniach dokumentów zamówienia musiało odnieść skutek opisany w SWZ w postaci odrzucenia oferty w trybie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp.

Izba nie podzieliła przy tym stanowiska Odwołującego, że stwierdzona niezgodność była niezgodnością o charakterze formalnym a nie merytorycznym. Zamawiający określił w jaki sposób wykonawcy mają wycenić przedmiot zamówienia. Każda z pozycji RCO powinna była obejmować pełen zakres prac w niej opisanych. Odwołujący nie wycenił w poz. 9.2. ściany oporowej, a w poz. 3.1. wycenił dwie ściany oporowe. Cena ofertowa została więc wyceniona nieprawidłowo. Nie ma przy tym znaczenia, że Odwołujący założył koszty materiałów, sprzętu odpowiednie dla dwóch różnych ścian oporowych. Powyższe zostało ustalone przez Zamawiającego na skutek prowadzenia procedury wyjaśniającej, a nie wynika z oferty Odwołującego, która miała przedstawiać wycenę w inny sposób. Argumentacja Odwołującego podważająca istotność tej wyceny również w kontekście prawidłowego rozliczenia inwestycji jest argumentacją właściwie kwestionującą co do zasady zasadność dokonywania rozbicia cenowego przy wynagrodzeniu ryczałtowym i jako taka pozostaje spóźniona. Odwołujący w odpowiednim terminie nie zaskarżył postanowień dokumentów zamówienia nakazujących złożenie wraz z ofertą rozbicia cenowego i przygotowania wyceny w odpowiedni sposób, w tym zastrzeżenia, że wliczenie kosztów jednej pozycji w inną spowoduje odrzucenie oferty. Nadto, Zamawiający byłby zobowiązany uzasadnić potrzebę takich a nie innych postanowień, gdyby odwołanie dotyczyło treści dokumentów zamówienia. Na obecnym etapie czynienie zarzutu Zamawiającemu, że w decyzji o odrzuceniu oferty wskazał wyłącznie na konieczność prawidłowego rozliczenia kosztów inwestycji jest nieuprawnione. Jak wynika z dowodu Przystępującego: *„Uzasadnienie odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na przerzucenie kosztów realizacji zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia sektorowego, pn. Zabudowa zdalnego sterowania na nastawni w Siedlcach (sterowanie stacjami Platerów, Niemojki oraz Sokołów Podlaski), (nr 0114/IZ21GM/07760/02027/23/P)”* Zamawiający stosuje takie postanowienia i są one egzekwowane na etapie badania i oceny ofert, gdyż jak już wskazano, ustalone w SWZ zasady wiążą i Zamawiającego i wykonawców składających oferty. Warunkiem zamówienia było, aby każda pozycja RCO zawierała koszt w niej opisany. W tym zakresie oferta miała przedstawiać co wyceniono i jaki jest koszt danych prac. Odwołujący do tych zasad się nie zastosował chociaż opisy poz. 9.2. branży kolejowej i 3.1. branży drogowej Prawa Opcji 1 były jasne i precyzyjne, stąd błędnie wyceniona oferta merytorycznie nie odpowiada treści SWZ. Irrelevantne dla tej oceny są dalsze wyjaśnienia Wykonawcy, jakie koszty i w jakiej wysokości ściany oporowej z poz. 9.2. zostały ujęte w poz. 3.1., gdyż koszty wyszczególnionych prac miały zostać przypisane w ofercie do określonej pozycji. Wyłącznie dodatkowo Izba wskazuje, że odpowiednie zaszeregowanie kosztów nie jest bez znaczenia dla realizacji umowy jak to podkreślał Odwołujący. Szereg postanowień SWZ odwołuje się do cen wynikających z RCO, przede wszystkim powoływany przez Odwołującego § 3 *„Wynagrodzenie”* projektu umowy (WU), gdzie w ust. 4 wskazano, że wynagrodzenie jest ryczałtowe: *„z zastrzeżeniem postanowień § 9 (zmiana wynagrodzenia wynikająca ze zmiany Umowy), § 10 i § 11 (zmiana wynagrodzenia wynikająca z waloryzacji), innych przypadków, kiedy w treści Umowy przewidziano zapłatę za dodatkowy Koszt, pozycji w RCO oznaczonych symbolem „O”, które będą rozliczane zgodnie z obmiarem.”* W kolejnych ustępach podkreślono, że: *„8 (...) Ceny wymienione w poszczególnych pozycjach w RCO są niezmiennie w całym okresie realizacji Umowy, z zastrzeżeniem postanowień § 10 oraz § 11. 9. Podstawą ustalenia Wynagrodzenia za poszczególne, wymienione w RCO, elementy przedmiotu Umowy będą: 1) ceny ujęte w poszczególnych pozycjach RCO; (...) 10. Strony postanawiają, że rozliczenie za wykonanie przedmiotu Umowy odbywać się będzie fakturami częściowymi, za zaakceptowane przez Zamawiającego zakresy Robót wykonanych w danym okresie rozliczeniowym z tym, że dotyczyć będą mogły one tylko: 1) zakończonych i kompletnych elementów wymienionych w RCO, albo (...). Zamawiający podnosił, że zakaz przenoszenia kosztów zabezpiecza interesy*

Zamawiającego przed koniecznością zaliczkowania robót (płatności za prace jeszcze niewykonane). Argumentacja Odwołującego, że: „W związku z ujęciem w jednej pozycji prac dotyczących dwóch ścian oporowych, można zakładać, że Odwołujący zapłatę otrzyma dopiero po wykonaniu całości, tj. zarówno jednej, jak i drugiej. Wypłata wynagrodzenia w przypadku ściany z poz. 9.2, na którą wskazuje Zamawiający, może zatem być uzależniona od wykonania prac z poz. 3.1 RCO, co świadczyć wręcz o pogorszeniu sytuacji Odwołującego. Dopiero bowiem wykonanie obu ścian oporowych przy i wzdłuż ulicy Grodzkiej, a nie tylko tej pierwszej, będzie uprawniało Konsorcjum ZUE do wystawienia stosownej faktury.” stanowi, jak sam Odwołujący wskazuje jego założenie co do przebiegu realizacji umowy. Zaakceptowanie sytuacji, w której koszty jednej pozycji są przenoszone do innej nie może gwarantować Zamawiającemu, że prace nie będą zaliczkowane a taki był cel ustanowionego zakazu w SWZ i sankcji odrzucenia oferty w przypadku niezastosowania się do postanowienia pkt 12.5 SWZ. Jak podnosił Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w pkt 52.:„(...) realizacja pozycji RCO 3.1 skutkowałaby obowiązkiem wypłaty wynagrodzenia w zawyżonej wysokości, natomiast pozycja RCO 9.2 została niedoszacowana, co w konsekwencji uniemożliwiłoby Odwołującemu prawidłowe wykonanie tej części zamówienia. Należy również podkreślić, że realizacja pozycji RCO 3.1 oraz RCO 9.2 nie jest ze sobą wzajemnie powiązana, a zatem w wyniku dalszych decyzji Zamawiającego może dojść do sytuacji, w której zrealizowana zostanie wyłącznie jedna z wymienionych pozycji, podczas gdy druga zostanie zaniechana. Wartość poszczególnych pozycji ma ponadto istotne znaczenie dla rozliczeń prowadzonych przez Zamawiającego z podmiotami samorządowymi współfinansującymi przedmiotową inwestycję oraz z punktu widzenia racjonalnego gospodarowania środkami publicznymi i dbałości o finanse publiczne.” Na taki możliwy sposób rozliczeń zwracał uwagę Przystępujący podnosząc, że inwestorem części kolejowej (m.in. poz. 9.2. RCO) jest PKP PLK S.A., a części drogowej (m.in. poz. 3.1. RCO) Prezydent Miasta Krosna. Kluczowym jednak jest, że zasadność postanowienia dotyczącego przedłożenia RCO, konieczności wyceny danych prac zgodnie z opisem pozycji, klarowność opisu poz. 9.2. i poz. 3.1., a także zakaz przenoszenia kosztów i sankcja w postaci odrzucenia oferty nie zostały przez Odwołującego w odpowiednim terminie zakwestionowane w związku z czym ich podważanie na etapie badania i oceny ofert jest spóźnione i nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Zaznaczenia wymaga, że irrelevantna dla tej oceny jest także wysokość przeniesionych kosztów. Izba zauważa, że gdyby przyjąć za prawidłową koncepcję Odwołującego, że nie jest istotne do jakich pozycji zaszeregowano dane koszty to tak naprawdę należałoby w ogóle poddać pod rozagę zasadność żądania RCO do oferty, a przecież tego wymagania w ujęciu całościowym Odwołujący nie kwestionuje. Bez znaczenia dla oceny oferty Odwołującego są również motywacje Wykonawcy, które zdeterminowały, że wycenił ścianę oporową z poz. 9.2. w poz. 3.1., czy też ewentualny brak korzyści przy takim zaszeregowaniu kosztów, przy czym tego ostatniego Odwołujący zdaniem Izby nie wykazał. Odwołujący szeroko odwoływał się do uzasadnienia orzeczenia w sprawie KIO 3034/23 z dnia 3 listopada 2023 r., przy czym Izba zauważa, że stan faktyczny tej sprawy był odmienny, gdyż w ogóle nie wykazano, aby koszty pomiędzy pozycjami zostały przeniesione. W niniejszej sprawie okoliczność ta jest bezsporna, co wobec jednoznacznych warunków zamówienia musiało skutkować odrzuceniem oferty Odwołującego. Zamawiający nie naruszył więc dyspozycji art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp i dokonał czynności z uwzględnieniem zasad postępowania.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b i d oraz § 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 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego, koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego i koszty uiszczenia opłat skarbowych od udzielonych pełnomocnictw Zamawiającego oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3600,00 zł oraz opłat skarbowych od udzielonych pełnomocnictw w wysokości 51,00 zł na podstawie faktury Vat oraz potwierdzeń przelewu złożonych przez Zamawiającego na rozprawie oraz załączonych do odpowiedzi na odwołanie.

Przewodniczący: