

Sygn. akt: KIO 827/18

WYROK

z dnia 16 maja 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Członkowie: Danuta Dziubińska

Emilia Garbala

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 maja 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 kwietnia 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Porr S.A., Porr Bau GmbH, Gülermak Ağir Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş., Energopol -Szczecin S.A., ul. Hołubcowa 123, 02-845 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Świnoujście, w imieniu której postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie - Oddział w Szczecinie, ul. Wojska Polskiego 1/5, 72-600 Świnoujście,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Astaldi S.p.A., Ghella S.p.A., Via Giulio Vincenzo Bona 65, 00159 Rzym** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Porr S.A., Porr Bau GmbH, Gülermak Ağir Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş., Energopol -Szczecin S.A., ul. Hołubcowa 123, 02-845 Warszawa** i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Porr S.A., Porr Bau GmbH, Gülermak Ağir Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş., Energopol -Szczecin S.A., ul. Hołubcowa 123, 02-845 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Porr S.A., Porr Bau GmbH, Gülermak Ağir Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş., Energopol -Szczecin S.A., ul. Hołubcowa 123, 02-845 Warszawa** na rzecz **Gminy Miasta Świnoujście**, w imieniu której postępowanie prowadzi **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie - Oddział w Szczecinie, ul. Wojska Polskiego 1/5, 72-600 Świnoujście** kwotę **3878,00 zł** (słownie: trzy tysiące osiemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy), stanowiącą koszty wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty dojazdu na rozprawę, zgodnie ze złożoną do akt sprawy fakturą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Miasto Świnoujście, w imieniu której postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Usprawnienie połączenia komunikacyjnego pomiędzy wyspami Uznam i Wolin w Świnoujściu - budowa tunelu pod Świną” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) - zwanej dalej Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 20 kwietnia 2016 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2016/S 077-135585. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 27 kwietnia 2018r. Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Porr S.A., Porr Bau GmbH, Gülermak Ağir Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş., Energopol -Szczecin S.A. (dalej Odwołujący lub konsorcjum Porr) wniosło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od:

1. niezgodnej z prawem czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Astaldi S.p.A., Ghella S.p.A. (dalej konsorcjum Astaldi), mimo, że jej treść a także sposób obliczenia ceny nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. zaniechania przez Zamawiającego podjęcia czynności, do której – zgodnie z Pzp – był zobowiązany, a to zaniechania wezwania konsorcjum Astaldi oraz konsorcjum ToTo S.p.A Costruzioni Generali i ICM S.p.A. (dalej konsorcjum ToTo) do złożenia wyjaśnień treści złożonych ofert, w sytuacji w której – jeśli uwzględnić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia – zachodziły uzasadnione wątpliwości co do przedmiotu oferty konsorcjum Astaldi oraz przedmiotu oferty konsorcjum ToTo w zakresie dokumentów wykonawcy,
3. zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty konsorcjum Astaldi oraz konsorcjum ToTo do czego Zamawiający był zobowiązany z uwagi na niezgodność treści przedmiotowych ofert z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp poprzez:
 - a. zaniechanie odrzucenia, a w konsekwencji niezasadny wybór, jako oferty najkorzystniejszej, oferty Konsorcjum Astaldi, pomimo tego, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako : „SIWZ”), a to z uwagi na:

- i. zaniechanie przypisania do poz. 2.2 Wykazu Płatności (pn. *Pozostałe Dokumenty Wykonawcy, nieobjęte poz. 2.1, w tym dokumentacja wykonawca i podwykonawca, w tym wartość praw autorskich*) opracowań projektowych wchodzących w skład Dokumentów Wykonawcy, które stanowią część dokumentacji wykonawczej i przypisanie ich do poz. 2.1. Wykazu Płatności (pn. *Projekt budowlany i inne Dokumenty niezbędne do złożenia wniosku o ZR1D, w tym wartość praw autorskich*), co miało miejsce w stosunku do następujących projektów wykonawczych:
- Projektu sieci kanalizacyjnej zewnętrznej;
 - Projektu sieci instalacji deszczowej;
 - Projektu sieci zewnętrznej instalacji gazowej;
 - Projektu zewnętrznej sieci wodociągowej;
 - Projektu sieci energetycznej
 - Projektu zewnętrznej instalacji kontroli dostępu
 - Projektu zewnętrznej instalacji telewizji kablowej i Internetu;
 - Projektu zewnętrznej instalacji monitoringu;
 - Projektu przyłączy indywidualnych wod.-kan.;
- ii. zaniechanie przypisania do poz. 2.1. Wykazu Płatności (pn. *Projekt budowlany i inne Dokumenty niezbędne do złożenia wniosku o ZRID, w tym wartość praw autorskich*) opracowań projektowych wchodzących w skład Dokumentów Wykonawcy, które stanowią część dokumentacji budowlanej w rozumieniu PFU i przypisanie ich do poz. 2.2 Wykazu Płatności (pn. *Pozostałe Dokumenty Wykonawcy, nieobjęte poz. 2.1, w tym dokumentacja wykonawca i podwykonawca, w tym wartość praw autorskich*), co miało miejsce w stosunku do:
- Projektu architektonicznego tunelu wraz z obiektami obsługi;
 - Projektu konstrukcyjnego tunelu wraz z obiektami obsługi;
 - Projektu wentylacji mechanicznej tunelu wraz z obiektami obsługi.
 - Projektu instalacji sanitarnej tunelu wraz z obiektami obsługi
 - Projektu instalacji energetycznej tunelu wraz z obiektami obsługi.
 - Projektu instalacji niskoprądowych tunelu wraz z obiektami obsługi.
 - Projektu instalacji gazowej,
- iii. objęcie treścią oferty zobowiązania Zamawiającego do dokonywania w ramach zapłaty Dokumenty Wykonawcy zapłaty za świadczenia Konsorcjum, które nie stanowią Dokumentów Wykonawcy w rozumieniu SIWZ, w tym w szczególności za:
- Umowy Podwykonawcze.
 - Harmonogram Rzeczowo-Finansowy.
 - Przejściowe Świadczenia Płatności.

- Przygotowanie materiałów reklamowo informacyjnych tj. projekt graficzny logo przedsięwzięcia, projekt folderów, projekt strony internetowej, projekty inne.
- iv. zaoferowanie *de facto* niewiadomego i niedookreślonego (nieprecyzyjnego) w zakresie Dokumentów Wykonawcy przedmiotu świadczenia - zgodnie bowiem z SIWZ (treść pkt 2.1 i 2.2 Wykazu Płatności oraz) Wykonawcy byli zobowiązani do wyceny w pkt 2.2 wszystkich nieobjętych poz. 2.1 Dokumentów Wykonawcy, a zatem nie sposób ustalić, co Konsorcjum Astaldi zaoferowało w pkt 2 Wykazu Płatności, tym bardziej jeśli wziąć pod uwagę definicję Dokumentów Wykonawcy sformułowaną w punkcie 1.1.6.1 Warunków Szczególnych Kontraktu, szczególnie, iż Zamawiający nie wzywał ww. Konsorcjum do wyjaśnień w tym zakresie;
- b. zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ToTo, której treść nie odpowiada treści SIWZ, także z uwagi na zaoferowanie niezgodnego z treścią SIWZ przedmiotu zamówienia w zakresie Dokumentów Wykonawcy - zgodnie bowiem z SIWZ (treść pkt 2.1 i 2.2 Wykazu Płatności) Wykonawcy byli zobowiązani do wyceny w pkt 2.2 wszystkich nieobjętych poz. 2.1 dokumentów, a zatem nie sposób ustalić, co Konsorcjum TOTO zaoferowało w pkt 2 Wykazu Płatności, tym bardziej jeśli uwzględnić definicję Dokumentów Wykonawcy sformułowaną w punkcie 1.1.6.1 Warunków Szczególnych Kontraktu i brak wezwania Konsorcjum TOTO do wyjaśnień w tym zakresie;
- c. brak odrzucenia, a w konsekwencji wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Astaldi, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny, a to z uwagi na brak przewidzenia przez Konsorcjum Astaldi w swojej ofercie odwodnienia tymczasowego w trakcie budowy tunelu, a także kosztów z tym związanych, co wskazuje na sprzeczność z przedmiotem zamówienia i niezgodność z wiążącymi postanowieniami PFU, a także błąd w obliczeniu ceny (kosztu);

ewentualnie:

2. art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 PZP poprzez:

- a. zaniechania przez Zamawiającego wezwania Konsorcjum Astaldi oraz Konsorcjum TOTO do wyjaśnień treści złożonej oferty, w sytuacji w której - jeśli uwzględnić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia - zachodziły uzasadnione wątpliwości co do zaoferowanego przez oba Konsorcja przedmiotu zamówienia w zakresie Dokumentów Wykonawcy, w szczególności poz. 2 Wykazu Płatności, co wskazuje na brak rzetelnego przeprowadzenia postępowania, w tym oceny ofert w sposób staranny i rzetelny, a w konsekwencji wybór najkorzystniejszej oferty niezgodnie z przepisami Pzp;

3. art. 7 ust 1 i 3 PZP poprzez:

- a. przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, a w konsekwencji wybór oferty niezgodnie z przepisami Pzp z uwagi na ocenę ofert poszczególnych Wykonawców z uwzględnieniem odmiennych limitów cenowych za konkretne pozycje Wykazu Płatności oraz - analogicznie - przyjęcie różnych terminów płatności za Dokumenty Wykonawcy dla poszczególnych Oferentów.

Na wypadek, gdyby Izba nie podzieliła wskazanych powyżej uchybień, Odwołujący podniósł zarzut ewentualny naruszenia:

4. art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 PZP poprzez:

- a. zaniechanie unieważnienia postępowania, a to w sytuacji zaistnienia nieporównywalności ofert z uwagi na odmienny przedmiot ofert poszczególnych Wykonawców, sposób obliczania ceny (przyjęcie różnych limitów dla różnych Wykonawców) oraz termin zapłaty za Dokumentację Wykonawcy (brak w dokumentacji przetargowej terminu zapłaty Konsorcjum Astaldi i Konsorcjum ToTo ceny wskazanej w pkt 2 Wykazu Płatności).

Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty konsorcjum Astaldi jako najkorzystniejszej,
2. nakazanie Zamawiającemu wezwania konsorcjum Astaldi oraz konsorcjum ToTo do wyjaśnień w zakresie przedmiotu oferty,
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert, a w konsekwencji tego odrzucenie oferty konsorcjum Astaldi z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ (oraz konsorcjum ToTo dodatkowo z tego powodu) a następnie ponowny wybór najkorzystniejszej oferty,
4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego wedle spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie przez Krajową Izbą Odwoławczą.

Alternatywnie, w przypadku uwzględnienia przez Izbę jedynie zarzutu ewentualnego:

5. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania a to z uwagi na nieporównywalność ofert ze względu na okoliczności powyżej wskazane, zgodnie z treścią art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp.

Zamawiający pismem z dnia 11 maja 2018r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania jako wniesionego po terminie oraz dotyczącego tych samych okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę oraz czynności, które

Zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Sądu ewentualnie wniósł o oddalenie odwołania w całości i obciążenie Odwołującego kosztami postępowania.

Do postępowania odwoławczego zgłosiło przystąpienie po stronie Zamawiającego konsorcjum Astaldi, które domagało się odrzucenia odwołania względnie jego oddalenia i stanowisko swoje zawarło w piśmie z dnia 14 maja 2018r.

Odwołujący złożył do akt sprawy pismo z dnia 14 maja 2018r., stanowiące polemikę z argumentacją Zamawiającego.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W dniu 17 kwietnia 2018r. Zamawiający poinformował wykonawców, biorących udział w postępowaniu, iż w wyniku ponownej oceny ofert dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum Astaldi oraz odrzucenia oferty konsorcjum ToTo z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ. Czynność ta nastąpiła na skutek wykonania wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 7 marca 2018r. Sygn. akt VIII Ga 102/18, którym Sąd zmienił zaskarżony wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 grudnia 2017r. Sygn. akt KIO 2576/17 w części uwzględniającej odwołanie złożone przez konsorcjum Astaldi w ten sposób, że oddalił to odwołanie.

Odwołanie konsorcjum Porr, będące przedmiotem rozstrzygnięcia Sądu, opierało się na tym, że konsorcjum Astaldi oraz konsorcjum ToTo błędnie wypełniły dokument „Wykaz Płatności” tj. bez zachowania podanych w tym wykazie limitów ceny. Odwołujące konsorcjum Porr twierdziło, że konsorcjum Astaldi i konsorcjum ToTo wypełniły Wykazy Płatności w sposób niezgodny z SIWZ i zawierający błędy w obliczeniu ceny, stąd ich oferty winny zostać odrzucone.

Sąd Okręgowy w Szczecinie, rozpoznając skargi konsorcjum Astaldi oraz konsorcjum ToTo, doszedł do przekonania, że „w sytuacji, gdy sposób sporządzenia formularza „wykazu płatności” zawiera niejednoznaczne, odmiennie odczytane przez poszczególnych wykonawców sformułowania, to aby ustalić, który z wykonawców wypełnił formularz prawidłowo, konieczne jest dokonanie wykładni zapisów tego formularza (...)”. W okolicznościach rozpoznawanej sprawy, z uwagi na obowiązek zachowania zasady przejrzystości i uczciwej konkurencji, Sąd stanął na stanowisku, że nie ma możliwości odrzucenia którejkolwiek z ofert z powodu wypełnienia w sposób błędny „Wykazu Płatności”, skoro błąd ten został wywołany niejasnością zapisów dokumentacji przygotowanej przez samego Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała za niezasadny wniosek Zamawiającego oraz konsorcjum Astaldi o odrzucenie odwołania w całości, mimo, iż nie wszystkie zarzuty odwołania podlegają merytorycznemu rozpoznaniu.

Przedmiotem rozpoznawanego przez Izbę odwołania nie są wyłącznie te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania i wniesionego przez tego samego Odwołującego się. (art. 189 ust.2 pkt 4 Pzp). Zauważyć należy, że przedmiotem aktualnie wniesionego odwołania przez konsorcjum Porr jest błędne wypełnienie przez konsorcjum Astaldi i konsorcjum ToTo Wykazów Płatności polegające na niewłaściwym przypisaniu poszczególnych kosztów świadczeń związanych z realizacją zamówienia do poszczególnych pozycji Wykazu Płatności a także objęcie treścią oferty świadczeń, które nie są objęte przedmiotem zamówienia i zaoferowanie przedmiotu niezgodnego z przedmiotem zamówienia. Mimo, iż sam Wykaz Płatności był przedmiotem orzeczenia zarówno Krajowej Izby Odwoławczej jak i Sądu Okręgowego, to jednak okoliczności sporu i aktualnie stawiane zarzuty są zgoła odmienne i dotyczą innych okoliczności faktycznych. Aktualnie sformułowanych zarzutów dotyczących Wykazów Płatności Odwołujący nie mógł podnosić na wcześniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia, bowiem, co nie jest sporne, o okolicznościach dających podstawę do złożenia odwołania i formułowania tego rodzaju zarzutów Odwołujący dowiedział się z pisma procesowego złożonego przez konsorcjum Astaldi w toku rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą dnia 20 grudnia 2018r. Zatem termin na wniesienie odwołania w zakresie zarzutów dotyczących Wykazu Płatności i niewłaściwego przypisania dokumentacji do poszczególnych pozycji tego wykazu należy liczyć od przekazania wykonawcom informacji o ponownym badaniu i ocenie ofert oraz wyborze oferty najkorzystniejszej, która jest czynnością nową w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i miała miejsce dnia 17 kwietnia 2018r.

Z wyżej wskazanych powodów Izba skierowała do rozpoznania na rozprawie: zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp polegający na zaniechaniu odrzucenia i niezasadnym wyborze konsorcjum Astaldi, mimo, że treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści SWZ z uwagi na:

- a) zaniechanie przypisania do poz. 2.2 wykazu płatności opracowań projektowych wchodzących w skład Dokumentów Wykonawcy, które stanowią część dokumentacji wykonawczej i przypisanie ich do poz. 2.1 wykazu płatności.
- b) zaniechanie przypisania do poz. 2.1. wykazu płatności opracowań projektowych wchodzących w skład dokumentów wykonawcy, które stanowią część dokumentacji budowlanej w rozumieniu PFU i przypisanie ich do poz. 2.2. wykazu płatności,

- c) objęcie treścią oferty zobowiązania Zamawiającego do dokonywania w ramach zapłaty Dokumenty Wykonawcy zapłaty za świadczenia Konsorcjum, które nie stanowią Dokumentów wykonawcy w rozumieniu SIWZ, w tym w szczególności: umowy podwykonawcze, harmonogram rzeczowo- finansowy, przejściowe świadectwa płatności, przygotowanie materiałów reklamowo informacyjnych.
- d) zaoferowanie de facto niewiadomego i niedookreślonego w zakresie Dokumentów wykonawcy przedmiotu świadczenia – zgodnie bowiem z SIWZ Wykonawcy byli zobowiązani do wyceny w pkt 2.2. wszystkich nieobjętych poz. 2.1 Dokumentów wykonawcy, a zatem nie sposób ustalić co Konsorcjum Astaldi zaoferowało w pkt 2 wykazu płatności.

Ponadto Izba skierowała do rozpoznania na rozprawie zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp polegający na zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjum ToTo z uwagi na zaoferowanie niezgodnego z treścią SIWZ przedmiotu zamówienia w zakresie Dokumentów wykonawcy - zgodnie bowiem z SIWZ Wykonawcy byli zobowiązani do wyceny w pkt 2.2. wszystkich nieobjętych poz. 2.1 Dokumentów wykonawcy, a zatem nie sposób ustalić co Konsorcjum ToTo zaoferowało w pkt 2 wykazu płatności.

Również zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp polegający na zaniechaniu wezwania konsorcjum Astaldi i konsorcjum ToTo do wyjaśnień treści złożonej oferty w zakresie wątpliwości co do zaoferowanego przez konsorcja przedmiotu zamówienia w zakresie Dokumentów wykonawcy, w szczególności poz. 2 Wykazu Płatności, został merytorycznie rozpatrzony.

W tak zakreślonych granicach rozpoznania odwołania, Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu. Na wstępie wskazać należy, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania, a na skutek czynności i zaniechań Zamawiającego może ponieść szkodę w postaci braku możliwości uzyskania zamówienia publicznego.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp polegający na niezgodności treści oferty konsorcjum Astaldi z treścią siwz poprzez przypisanie lub zamienne przypisanie określonych dokumentów do poszczególnych pozycji Wykazu Płatności (poz. 2.1. do poz. 2.2 i odwrotnie) nie zasługuje na uznanie. Po pierwsze, podkreślić należy, że w żadnym miejscu dokumentacji przetargowej Zamawiający nie podał listy dokumentów, które należy przypisać do konkretnych pozycji Wykazu Płatności. Z samego jedynie dość ogólnego określenia nazw (tytułów) poszczególnych pozycji Wykazu Płatności nie sposób jednoznacznie stwierdzić, które opracowanie winno być ujęte w której pozycji tegoż wykazu. Same nazwy (tytuły) pozycji Wykazu Płatności, posługując się sformułowaniami nieostrymi typu „inne dokumenty niezbędne do złożenia wniosku o ZRID” czy „pozostałe dokumenty” nie określają

zamkniętego katalogu dokumentów, które należy w nich ująć. Już sam fakt braku sformułowania przez Zamawiającego w SIWZ w sposób jasny i precyzyjny wymagań co do przyporządkowania konkretnej dokumentacji projektowej do poszczególnych pozycji powoduje, że zarzut niezgodności treści oferty konsorcjum Astaldi z treścią SIWZ polegający na niewłaściwym przypisaniu dokumentacji do poszczególnych pozycji Wykazu Płatności jest chybiony. W tym zakresie Izba w pełni popiera stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 7 marca 2018r. Sygn. akt VIII Ga 102/18, zgodnie z którym *„wyrażona w art. 7 ust. 1 Pzp zasada przejrzystości oznacza zakaz wyciągania negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązujących przepisów prawa, lecz jedynie z wykładni tych przepisów lub dokumentacji (...)”* Skoro, jak wyżej wykazano, dokumentacja postępowania o zamówienie publiczne nie zawierała precyzyjnych wymagań co do przypisania dokumentacji do poszczególnych pozycji Wykazu Płatności, to określone przyporządkowanie takich dokumentów nie może wywoływać negatywnych konsekwencji wobec tego wykonawcy.

Zauważyć trzeba także, iż Odwołujący formułuje zarzut niezgodności treści oferty konsorcjum Astaldi z SIWZ nie w oparciu o samą treść oferty tego wykonawcy, ale jego pismo procesowe z dnia 20 grudnia 2017r., złożone w toku poprzedniego postępowania odwoławczego przed Izbą. Tymczasem z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp mamy do czynienia wówczas, gdy treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, a niezgodność ta ma charakter zasadniczy, nie podlegający poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W analizowanej sprawie nie można mówić o niezgodności treści oferty konsorcjum Astaldi z żadnym wymaganiem określonym w dokumentacji przetargowej.

Niezasadnym jest także zarzut błędu w obliczeniu ceny (art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp). Błąd w obliczeniu ceny zachodzi, jeśli cena oferty została obliczona w sposób niezgodny ze sposobem jej obliczenia podanym w dokumentacji przetargowej lub w cenie oferty uwzględniono niewłaściwą stawkę podatku Vat. Błędem w obliczeniu ceny nie jest z całą pewnością niewłaściwe przypisanie kosztów oferty do poszczególnych pozycji Wykazu Płatności, w szczególności w sytuacji, gdy brak jasnych wymagań w dokumentacji przetargowej w tym zakresie a ustalone w tym postępowaniu wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy.

Słusznym jest także stanowisko Zamawiającego i Przystępującego konsorcjum Astaldi, iż w Wykazie Płatności, który stanowił rozbiecie całkowitej ceny ryczałtowej oferty należało uwzględnić wszelkie koszty związane z należyтым wykonaniem danego zamówienia. Z tych względów nie można czynić zarzutu wykonawcy, iż w cenie oferty ujął on koszty pośrednie i bezpośrednie związane z wykonaniem niezbędnych robót. Niezależnie od tego, nawet gdyby przyjąć, że w poz. 2.1. i 2.2 ujęto dokumentację, która nie powinna być tam ujęta, to

okoliczność ta nie ma znaczenia przy przyjętym w tym kontrakcie wynagrodzeniu ryczałtowym, które obejmuje realizację całego przedmiotu zamówienia za z góry umówioną kwotę i jedynie ta kwota była brana pod uwagę przy ocenie ofert.

Za racjonalne Izba uznała także stanowisko Przystępującego, który wykazał w toku rozprawy, że pewne koszty związane z wykonaniem dokumentacji wykonawczej mogą okazać się niezbędne do poniesienia już na etapie złożenia wniosku o ZRID, co uprawnia do ujęcia ich w poz. 2.1 Wykazu Płatności. O konieczności sporządzenia tej dokumentacji decyduje sam wykonawca, któremu powierzono wykonanie robót o charakterze niezwykle złożonym i które mają doprowadzić do uzyskania konkretnego efektu końcowego polegającego na zbudowaniu tunelu pod rzeką Świną. Obawy i sugestie Odwołującego, iż Zamawiający będzie dwukrotnie płacił za to samo, albo będzie płacił za coś co nie jest objęte przedmiotem zamówienia są jedynie niczym nieuzasadnionymi hipotezami.

W konsekwencji nie było także żadnych podstaw, aby wezwać konsorcjum Astaldi oraz konsorcjum TOTO do wyjaśnień treści złożonych ofert w trybie art. 87 ust. 1 Pzp w zakresie podania informacji co do dokumentów wykonawcy ujętych w poz. 2. Wykazu Płatności.

Pozostałe zarzuty podniesione w odwołaniu nie zostały merytorycznie przez Izbę rozpatrzone z uwagi na to, że są albo zarzutami spóźnionymi albo zostały już prawomocnie rozstrzygnięte (*res iudicata*).

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp polegający na zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjum Astaldi z uwagi na brak przewidzenia w ofercie odwodnienia tymczasowego w trakcie budowy tunelu i kosztów z tym związanych (zarzut pkt 1 lit c odwołania) został podniesiony z uchybieniem terminu do jego wniesienia (art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp). Niespornym jest, że podstawą do podniesienia tego zarzutu są wyjaśnienia konsorcjum Astaldi z dnia 13 października 2017r., udzielone w wyniku odpowiedzi na pyt. nr 15. Jest to okoliczność, która była Odwołującemu znana jeszcze przed dokonaniem pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 24 listopada 2017r. i przed wniesieniem odwołania z dnia 4 grudnia 2017r., zatem Odwołujący mógł ten zarzut sformułować w tamtym postępowaniu odwoławczym. Dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia jest terminem zawitym, a jego upływ skutkuje utratą prawa do podnoszenia zarzutów.

Podniesiony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp polegający na zaniechaniu unieważnienia postępowania, w sytuacji zaistnienia nieporównywalności ofert z uwagi na odmienny przedmiot ofert poszczególnych wykonawców, sposób obliczenia ceny (przyjęcie różnych limitów dla różnych wykonawców) oraz termin zapłaty za Dokumentację Wykonawcy (brak w dokumentacji przetargowej terminu zapłaty ceny wskazanej w pkt 2 wykazu płatności w ofercie konsorcjum Astaldi

i konsorcjum ToTo), jest zdaniem Izby, zarzutem opartym na tych samych okolicznościach faktycznych, które były już przedmiotem rozpoznania przez Sąd Okręgowy w Szczecinie (art. 189 ust. 2 pkt 4 Pzp) i stanowi on w istocie polemikę z orzeczeniem Sądu, które jest ostateczne i wiąże strony. Mimo, iż Sąd z uwagi na brak podniesienia zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w odwołaniu nie mógł rozpoznać tego zarzutu (str. 10,11 uzasadnienia Sądu), to jednak odniósł się do kwestii porównywalności ofert, na której oparty jest aktualnie podnoszony zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. W uzasadnieniu swego stanowiska Sąd wskazał, że „ (...) wypełnienie przez jednego wykonawcę „wykazu płatności” w sposób, w jaki uczyniło to konsorcjum Porr (a więc z błędem odnoszącym się jedynie do formy prezentacji, polegającym na wpisaniu w rubryce „2” zamiast „0” sumy rubryk 2.1 i 2.2., przy jednoczesnej wiedzy zamawiającego o takim sposobie wypełniania wykazu) nie spowodowało braku przejrzystości ofert i nie pozbawiło zamawiającego – na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej – możliwości zestawienia wszystkich ofert jako zachowujących cechę porównywalności”.

Niezależnie od tego wskazać należy, że zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp jest zarzutem spóźnionym (art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp). Zarzut nieporównywalności mógł być podniesiony przez Odwołującego już w pierwszym odwołaniu, gdzie znana była treść siwz, która rzekomo prowadzi do nieporównywalności ofert a zatem termin na podniesienie tego zarzutu należy liczyć od pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej tj. od dnia 24 listopada 2017r. Nie można zgodzić się z Odwołującym, iż podstawy do unieważnienia postępowania zaistniały dopiero po wyroku Sądu. Sąd, jak wyżej zacytowano, w sposób klarowny stwierdził, że oferty zachowują cechę porównywalności.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący:

.....

.....