

Sygn. akt: KIO 2673/13

WYROK
z dnia 3 grudnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Cyprian Świś

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **3 grudnia 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 listopada 2013 r. przez **Odwołującego – TEC-CUATRO S.A., C/Lepant 350 3, 08021 Barcelona**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Sudop Polska Sp. z o.o., Sudop Praha s.a., ul. Tamka 16/11, 00-349 Warszawa, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie powtórzenie czynności oceny ofert, z uwzględnieniem procedury określonej art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych, w zakresie części II zamówienia;
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – TEC-CUATRO S.A. z siedzibą w Barcelonie, tytułem wpisu od odwołania,

2.2.zasądza od Zamawiającego - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz Odwołującego – TEC-CUATRO S.A. z siedzibą w Barcelonie, kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz.907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 [ustawa Pzp]), którego przedmiotem jest „Opracowanie dokumentacji projektowej na modernizację linii nr 91 odcinek Przeworsk - Hurko w ramach zadania pn.: Modernizacja linii kolejowej nr 91 Kraków Główny Osobowy - Medyka i nr 92 Przemyśl - Medyka, odcinek Rzeszów – granica państwa”. Zdaniem Odwołującego – TEC - CUATRO S.A. z Barcelony w tym postępowaniu naruszono (1) art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 2 pkt. 4 tej ustawy z uwagi na uznanie za odrzuconą ofertę Odwołującego, który został wykluczony z tego postępowania z powodu złożenia, zamiast wyjaśnień nowego zobowiązania tej samej osoby, które to dokumenty wpłynęły do Zamawiającego w wyznaczonym terminie wyłącznie faksem. Wykonawca wskazał również na naruszenie (2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu oraz równego traktowania wykonawców oraz (3) na naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, z uwagi na zaniechanie przez Zamawiającego poprawienia w ofercie innych, niż oczywiste omyłki pisarskie, omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, co nie powoduje istotnych zmian w treści oferty, a także na naruszenie (4) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na uznanie oferty wykonawcy za ofertę najkorzystniejszą. Wykonawca podał także, że posiada interes w złożeniu odwołania, ponieważ w przypadku nie odrzucenia oferty Odwołującego zostałaaby uznana ona za ofertę najkorzystniejszą oraz, że jego interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W uzasadnieniu odwołania w zakresie naruszenia art. 24 ust. 4 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp podał, że faktem przyznanym przez wnoszącego odwołanie jest, że w dniu 18 października 2013 r. Zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów dotyczących załącznika nr 5A i 5C - Wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia dla części I i III. Pismem z dnia 21 października 2013 r. (wpływ do Zamawiającego 24 października 2013 r.) złożył załącznik nr 5A i 5C do oferty jak również załączył zobowiązanie do współpracy z dnia 12 września 2013 r. podpisane przez podmiot trzeci (Pana J..... L.....). Następnie Zamawiający pismem z dnia 30 października 2013 r. zobowiązał

wykonawcę do udzielenia wyjaśnień w zakresie zobowiązania podmiotu trzeciego w zakresie braku określenia charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z podmiotem trzecim. Pismem z dnia 30 października 2013 r. (wpływ do Zamawiającego faksu 31 października 2013 r.) Odwołujący udzielił stosownych wyjaśnień. Dalej podał, że zgodnie z pkt 9.1.2.a) Specyfikacji wykonawca powołujący się na zasób podmiotu trzeciego miał przedstawić pisemne zobowiązanie tego podmiotu, w którym miał być w szczególności wskazany charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem. Powyższe wymaganie, odnoszące się do wskazania charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem jest zdaniem Odwołującego nieprecyzyjne. Nie wskazano bowiem wprost, jaki ma być podany przez wykonawcę charakter stosunku łączącego jego z innym podmiotem. Zdaniem Odwołującego zobowiązanie z dnia 12 września 2013 r. złożone w wyniku uzupełnienia w dniu 24 października 2013 r. spełnia wszystkie warunki określone w pkt 9.1.2. a) SIWZ, albowiem wprost zostało wskazane w pkt 3 przedmiotowego zobowiązania, że inny podmiot trzeci przyjmuje na siebie obowiązki wynikające z zapisów SIWZ, a zatem został wykazany stosunek zobowiązaniowy. Ponadto, z treści zobowiązania wynika jednoznacznie, że podmiot trzeci zobowiązuje się do współpracy z wykonawcą na okres realizacji zamówienia, co wypełnia wymagania wynikające z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej podał, że „w związku z tym, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem sformalizowanym to z nieprecyzyjnych zapisów SIWZ i niepoprawnych językowo Zamawiający nie ma prawa wywodzić ujemnych skutków dla wykonawców.” Zatem tylko przez pryzmat wymagań jasno określonych w specyfikacji możliwe jest dokonanie badania i oceny złożonych ofert, a jakiegokolwiek wątpliwości w interpretacji warunków i wymagań w SIWZ nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawcy i tym samym nie mogą przesądzać o wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wykluczenie wykonawcy z postępowania za niespełnienie warunków udziału może nastąpić wyłącznie w oparciu o jasno brzmiące postanowienia ogłoszenia i SIWZ. Skoro więc zamawiający nie określił w sposób kategoriyczny, jak należy rozumieć postawione przez niego wymagania, to na etapie badania i oceny ofert nie może ustalać, dodatkowych warunków i je doprecyzować. Wskazał również, że treść zobowiązania pozwala na stanowczą i jednoznaczną ocenę, że wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla

należytego wykonania zamówienia oraz że stosunek, który łączy wykonawcę z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów. Podkreślił zakaz negatywnej dla wykonawcy (odwołującego) interpretacji nieprecyzyjnych zapisów SIWZ. Dalej wskazał, że art. 26 ust. 4 ustawy Pzp zobowiązuje do wyjaśnienia złożonych w ofercie oświadczeń i dokumentów. Żądanie wyjaśnień może dotyczyć wszystkich oświadczeń i dokumentów wymienionych w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, a więc zarówno tych dotyczących potwierdzenia spełniania warunków podmiotowych, jak i tych, które są składane na potwierdzenie spełnienia wymagań odnoszących się do przedmiotu zamówienia. W przeciwieństwie do uzupełniania oświadczeń i dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwanie o wyjaśnienie może być kierowane kilkakrotnie w stosunku do tego samego oświadczenia lub dokumentu. Powodem może być zarówno fakt, iż pierwotne wyjaśnienia są niewystarczające, jak i fakt stwierdzenia innych wątpliwości. Podkreślił fakultatywność odpowiedzi. Wykonawca nie ma tu obowiązku udzielenia wyjaśnień. W przeciwieństwie do nie uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, przepisy nie przewidują żadnej sankcji z powodu nie udzielenia wyjaśnień. Jego zdaniem, nawet przyjmując, iż Odwołujący miał obowiązek udzielenia wyjaśnień, to Odwołujący miał prawo udzielić wyjaśnień w takiej formie, jakiej tego dokonał, a ponadto zakres udziału podmiotu udostępniającego zasób w realizacji zamówienia powinien wynikać z dokumentu pochodzącego od tego podmiotu, składanego w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, bowiem tylko z niego wynikają określone obowiązki tego podmiotu wobec wykonawcy, na podstawie których Zamawiający mógłby ocenić realność udostępnienia zasobu. Nie może powyższego zastąpić oświadczenie własne wykonawcy składane wobec zamawiającego, (...) ten dokument kreuje bowiem określone zobowiązanie wykonawcy wobec Zamawiającego, podczas gdy wykazanie, że wykonawca dysponuje określonymi zasobami należącymi do podmiotu trzeciego musi nastąpić na podstawie dokumentu opisującego relację między tymi podmiotami. Tylko bowiem dokument obrazujący określone relacje między wykonawcą, a podmiotem udostępniającym mu określone zasoby pozwala na ocenę, że wykonawca znalazł się w konkretnej pozycji wobec innego podmiotu, że ten podmiot jest w określonym zakresie i czasie zobowiązany wobec wykonawcy do określonego świadczenia. Tylko zatem dokument pochodzący od tych podmiotów pozwala na ocenę, czy udostępnienie zasobów ma charakter realnego udostępnienia. Wykonawca stwierdził, że Odwołujący wykazał składając

zobowiązanie z dnia 12 września 2013 r., że będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania przedmiotu zamówienia oraz że stosunek, który łączy go z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do jego zasobów. Stwierdził również, że nie można zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, że dokumenty tj. wyjaśnienia Odwołującego do pisma Zamawiającego z dnia 30 października 2013 r. wpłynęły do Zamawiającego w wyznaczonym terminie wyłącznie faksem a nie w oryginale. Pismo Zamawiającego z dnia 30 października 2013 r. wskazywało, iż termin do udzielenia odpowiedzi upływa dnia 31 października 2013 r. o godz. 10.00. Odpowiedz należało przesłać w pierwszej kolejności (w podanym terminie) faksem a następnie drogą pocztową przekazać oryginały dokumentów. Przedmiotowe pismo Odwołujący otrzymał faksem w dniu 30 października 2013 r. o godz. 13.36. W tym samym dniu wykonawca udzielił wyjaśnień fax-em, a następnie oryginały dokumentów zostały wysłane do Zamawiającego w dniu 4 listopada 2013 r. i tym samym dotrzymał - jego zdaniem - wymaganego terminu [31 października 2013 r.]. Tu powołał się na orzecznictwo KIO stwierdzając, że „oświadczenie woli wysłane i odebrane za pomocą telefaksu należy uważać za złożone z chwilą, w której adresat mógł zapoznać się z jego treścią. Chwilą tą jest chwila odbioru faksu przez aparat adresata. Zauważył, że powyższe pismo Zamawiającego zostało odebrane przez Odwołującego 30 października 2013 r. w godzinach popołudniowych, przez co nie byłoby możliwe przekazanie oryginałów dokumentów do Zamawiającego pocztą na adres do doręczeń – Kraków do dnia następnego do godz. 10.00. Odnośnie naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp podał, że jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty była cena realizacji zamówienia - najniższa cena. Zaproponowana w ofercie przez Odwołującego cena była najniższą spośród cen zaproponowanych w pozostałych ofertach, co było wiadome Zamawiającemu. Odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego naraziło na szkodę nie tylko jego, jak również Skarb Państwa. Odnośnie naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp podał, że Zamawiający w załączniku 2B do SIWZ (Harmonogram rzeczowo - finansowy) w kolumnie dotyczącej Etapu VI dla części II wymagał, aby wartość netto dla tej części nie była mniejsza niż 10% wartości zadania. Zaznaczył, że w ramach części II do wykonania było 6 zadań. Wykonawca (Odwołujący) omyłkowo w jednym miejscu dotyczącym etapu VI dla zadania nr 6 wpisał kwotę niższą niż 10% wartości zadania. Różnica pomiędzy kwotą wpisaną przez Odwołującego a kwotą żadaną przez Zamawiającego wynosiła 57 zł. Z uwagi na fakt,

że w pozostałych jedenastu pozycjach harmonogramu rzeczowo - finansowego dla części II Odwołujący poprawnie wpisał kwoty dla poszczególnych zadań należy uznać, że omyłka miała charakter nieумыślny. Biorąc pod uwagę wartość błędu, tj. 57 zł, należy uznać, że poprawienie niniejszej omyłki poprzez dodanie 57 zł nie spowodowałoby istotnej zmiany w treści oferty. Powołując się na orzecznictwo KIO stwierdził, że celem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest niedopuszczenie do wyeliminowania z postępowania ofert na skutek zaistnienia niezgodności, które nie mają istotnego znaczenia dla przedmiotu zamówienia i oczekiwań Zamawiającego. Aby powyższy cel został osiągnięty, przepis ten nie może być interpretowany zawężająco. Dalej podał, że na gruncie postanowień art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ważne jest jedynie stwierdzenie faktu omyłki, a jej poprawienie jest możliwe nawet wtedy, gdy dotyczy ona treści oferty, tyle, że ingerencja w treść oferty - nie może być istotna, nadmierna w stosunku do pierwotnego oświadczenia woli wykonawcy, złożonego w ofercie i w tym przypadku, sprostowana pomyłka ingerując w treść oferty, nie powodowałaby żadnych odstępstw od wymagań siwz, czego przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie wyłącza. Skoro przywoływany przepis pozwala na poprawianie omyłek w ofercie, skutkujących jej niezgodnością z siwz, to tym bardziej zezwala na korektę takich omyłek, które same w sobie nie wykazują niezgodności z siwz. W konkluzji stwierdził, że Zamawiający nie podjął próby wyjaśnienia zaistniałej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, a będąc podmiotem odpowiedzialnym za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania powinien dołożyć należytej staranności, aby dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, a wykonawcy, który ją złożył, powierzyć realizację zamówienia. Zdaniem wykonawcy (...) Trudno, w świetle zasad doświadczenia życiowego, uznać za racjonalne działanie wykonawcy, polegające na świadomym złożeniu oferty, której treść nie będzie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Innymi słowy, zasadą jest, że wykonawca chce złożyć ofertę zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a niezgodności, które popełnia, stanowią niezamierzone omyłki czy przeoczenia. Okoliczność ta podlega weryfikacji, bowiem wykonawca musi wyrazić zgodę na poprawienie niezgodności. Jeśli jego zamiarem było złożenie oświadczenia woli (oferty), nieodpowiadającego specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie wyraził zgody na poprawienie stwierdzonej niezgodności, a jego oferta będzie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Wykonawca podkreślił, że

przedstawione okoliczności faktyczne oraz wskazane naruszenia przepisów i wykazanie szkody po stronie Odwołującego w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp powoduje, że jego odwołanie powinno zostać uwzględnione, a czynności Zamawiającego powtórzone.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie, w szczególności stwierdził, że wykonawca w wymaganym terminie – do dnia 31.10.2013 r. do godz.10,00 – nie udzielił wyjaśnień, albowiem przesłał tylko fax-em przy piśmie z dnia 30.10.2013 r. w załączniku z poz. 1 uzupełnione zobowiązanie Pana Józefa Lisa, co nie mogło być uznane - wbrew twierdzeniom wykonawcy - za skuteczne uzupełnienie braków w jego ofercie. Wskazał również, że w pkt 24.2 IDW wskazał jednoznacznie i kategorycznie, że (...)uzupełnienia oferty muszą być złożone w formie pisemnej przed upływem terminu wyznaczonego przez Zamawiającego w odrębnym wezwaniu przekazanym Wykonawcy." Wobec powyższego dostarczenie dokumentu po zakreślonym terminie tj. 31 października 2013 r. z oświadczeniem, że podstawą dysponowania osobą Pana J..... L..... będzie umowa zlecenia musiało skutkować wykluczeniem go z postępowania. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp Zamawiający stwierdził, że nawet pobieżna analiza Harmonogramu rzeczowo-finansowego dla części drugiej zawartego w załączniku 2B do SIWZ w części Etapu VI, wskazuje na wadliwe złożenie oferty przez wykonawcę, a nie na omyłkę rachunkową, albowiem z tych wyliczeń wynika, że wartość poszczególnych zadań Etapu VI, z wyjątkiem zadania VI, kształtuje się na poziomie od ok.12-13% wartości całości zadania nawet - w przypadku zadania 2 - do 20 %. Tak więc, należy przyjąć nie wykonawca nie pomylił się o 57 zł jak twierdzi, tylko w zadaniu 6, z dużym prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością, można założyć, że zamieściłby kwotę wyższą od wpisanej o więcej niż 57 zł. Dalej podał, że omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp powinny mieć taki charakter, by ich poprawienia mógł dokonać Zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy. Wobec powyższego – jego zdaniem - bezspornie nie może być mowy w niniejszym stanie faktycznym mowy o oczywistej omyłce rachunkowej, którą mógł skorygować zamawiający. W konkluzji stwierdził, że w niniejszej sytuacji mamy do czynienia z niezgodnością ofert ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2, a zatem oferta ulegała odrzuceniu. Wskazując na § 2.ust.1 rozporządzeniem w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu,

dotkownie stwierdził, że Odwołujący nie uiszczył wpisu od odwołania, albowiem jedynie załączył do odwołania dowód uiszczenia opłaty przez Spółkę Global Power Services Sp. z o.o. i zgodnie z art. 187 ust 1 pkt. 2 w zw. z ust. 2 ustawy Pzp wobec upływu terminu do złożenia odwołania i nieopłaceniu przez odwołującego wpisu odwołanie powinno podlegać zwrotowi.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum - Sudop Polska Sp. z o.o., Sudop Praha s.a. z siedzibą w Warszawie [dla lidera] [Przystępujący], wnosząc także o oddalenie odwołania. Przystępujący w szczególności podał, że Zamawiający zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentu zobowiązania. Odwołujący w dniu 24.10.2013 r. przedstawił na stanowisko projektanta w zakresie sieci trakcyjnej nową osobę, dołączając do załączników zobowiązanie tej osoby. Złożone przez Odwołującego dokumenty, zawierały błędy i Zamawiający ponownie w dniu 30.10.2013 r. zwrócił się do Odwołującego, tym razem w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, o złożenie wyjaśnień, co do zobowiązania osoby wskazanej na stanowisko projektanta w zakresie sieci trakcyjnej, prosząc o określenie charakteru stosunku, jaki będzie łączył Odwołującego z innym podmiotem. Taka informacja w zobowiązaniu podmiotu trzeciego musiała być zawarta zgodnie z punktem 9.1.2 SIWZ, zatem prośba o wyjaśnienie była niczym innym, jak wypełnieniem ustawowego obowiązku Zamawiającego określonego w art. 26 ust 4 ustawy Pzp. Termin udzielenia wyjaśnień Zamawiający ustalił na dzień 31.10.2013 r., do godz. 10:00. Biorąc pod uwagę, że udzielenie wyjaśnienia sprowadzało się de facto do złożenia jednozdaniowego oświadczenia ze strony Odwołującego, Zamawiający wyznaczył jednodniowy termin na wyjaśnienie, dopuszczając złożenie takiego wyjaśnienia faksem, a dopiero później przesłanie oryginału drogą pocztową. Zarówno termin na złożenie wyjaśnienia, jak i forma przekazania wyjaśnień nie spotkały się ze sprzeciwem Odwołującego, ani z jakimkolwiek wnioskiem o wydłużenie tego terminu. Odwołujący tego samego dnia [30.10.2013 r. o godz. 22:34] odpowiedział na powyższe wezwanie fax - em, jednakże w miejsce żądanego przez Zamawiającego krótkiego wyjaśnienia, ponownie uzupełnił treść oferty, przekazując nowe zobowiązania osoby wskazanej na stanowisko projektanta w zakresie sieci trakcyjnej, co nie tylko nie odpowiadało treści wezwania, ale na tym etapie postępowania było niezgodne z przepisami

ustawy - Prawo zamówień publicznych. Podkreślił, że Odwołujący, w żądanym przez Zamawiającego terminie przesłał w pierwszej kolejności faksem, zamiast wyjaśnienia, kolejne uzupełnienie do oferty w postaci nowego zobowiązania, a następnie 5 dni po wyznaczonym terminie drogą pocztową, żądane wyjaśnienie, co do podstawy dysponowania osobą na stanowisko projektanta w zakresie sieci trakcyjnej. Odnosząc się do argumentacji z odwołania, o braku precyzyjności wymagania odnoszącego się do wskazania charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, wyjaśnił, że punkt 9.1.2 SIWZ szczegółowo określa, że w zobowiązaniu – w spornym zakresie - musi być wskazany charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem. Jego zdaniem, Zamawiający nie może narzucać Odwołującemu, w jaki sposób ma kształtować swój stosunek prawny z podmiotem trzecim, ani też wyręczać go w tym obowiązku. W złożonym uzupełnieniu zobowiązania brak było informacji, o której mowa w punkcie 9.1.2. a), tiret 3 SIWZ, a zdaniem Przystępującego, wymagania w zakresie warunków, jakie musi (nie powinno) zawierać zobowiązanie podmiotu trzeciego są zapisami precyzyjnymi i przejrzystymi, co może potwierdzać fakt, że inni uczestnicy postępowania przetargowego nie mieli z treścią tego punktu żadnych problemów interpretacyjnych. Na marginesie dodał, że Odwołujący uznając punkt 9.1.2 a) SIWZ za niezrozumiały, miał prawo zwrócić się do Zamawiającego w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie treści SIWZ. W związku z powyższym, w ocenie Przystępującego, nie doszło w żadnym razie do interpretacji postanowień SIWZ na niekorzyść Odwołującego, gdyż nie można nazywać interpretacją, zwykłych czynności związanych z badaniem i oceną ofert. Także zdaniem Przystępującego, wykonawcy nie mogą ignorować wezwania do uzupełnienia dokumentów lub odpowiadać na nie w sposób zupełnie dowolny. Jeżeli zatem Zamawiający, dokonując badania i oceny dokumentów, poweźmie wątpliwość czy złożone dokumenty potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu, wówczas ma nie tylko prawo, ale obowiązek zwrócić się do wykonawcy o złożenie stosownych wyjaśnień. W przypadku braku odpowiedzi na wezwanie, sankcją – jego zdaniem - jest wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp, z uwagi na nie wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a nie sam brak odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Dalej podał, że Odwołujący wezwany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, nie zastosował się do treści wezwania i zamiast udzielenia krótkiego oświadczenia w

żądanym zakresie dokonał ponownego uzupełnienia dokumentu. Takie uzupełnienie w żądanym terminie nastąpiło tylko i wyłącznie faksem, a Zamawiający drogą faksową dopuścił jedynie złożenie wyjaśnienia, co do treści zobowiązania i w żadnym wypadku nie dopuścił składania przez Odwołującego drogą faksową nowego dokumentu, jakim było kolejne zobowiązanie podmiotu trzeciego. Podał również, że nawet gdyby w jakiś sposób starać się uznać, że uzupełnienie oferty poprzez złożenie nowego zobowiązania było żądanym wyjaśnieniem, to oryginał zobowiązania winien znaleźć się w siedzibie Zamawiającego w dniu określonym w wezwaniu. Zdaniem Przystępującego, Zamawiający nie tylko nie dostał oryginału wymienionego zobowiązania w wyznaczonym terminie, ale również nie dostał go do dnia rozprawy, otrzymując w zamian dopiero w dniu 05.11.2013 r. - 5 dni po wyznaczonym terminie - odpowiedź na pismo z dnia 30.10.2013 r., zawierające wymagane wyjaśnienie. W konkluzji stwierdził, że nie odpowiadając na wezwanie Zamawiającego w wyznaczonym terminie, został słusznie wykluczony z postępowania przetargowego, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp, jako, że nie spełniał warunków udziału w postępowaniu, określonych w treści SIWZ. Przystępujący stwierdził także, że w treści odwołania brak jest argumentów na potwierdzenie zarzutu naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, o której stanowi art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt. 3) ustawy Pzp stwierdził, że zdaniem Przystępującego, Zamawiający nie miał prawa poprawienia oferty Odwołującego, w załączniku nr 2B do SIWZ - Harmonogram Rzeczowo - Finansowy, dla Etapu VI, Zadanie nr 12 Przemysł - Hurko na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3) ustawy Pzp, gdyż taka poprawka powodowałaby istotną zmianę w treści oferty Odwołującego. Zwrócił również uwagę na opis kolumny dotyczący Etapu VI, [podano, że "Etap VI - uzyskanie ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę/ zgłoszenia robót niewymagających pozwolenia na budowę. Nie mniej niż 10% wartości zadania"], który wykluczał - przy tak skonstruowanym wymaganiu możliwości poprawienia oferty przez Zamawiającego, gdyż musiałby on arbitralnie sam ustalić za Odwołującego kwotę za Zadanie nr 12, dla Etapu VI, czego uczynić nie mógł, gdyż w ten sposób dopuściłby się do prowadzenia negocjacji, czego z kolei zabrania art. 87 ust. 1 (zdanie drugie) ustawy Pzp. Gdyby Zamawiający zamiast 10% progu minimalnego, ustanowił sztywną wartość 10%, wtedy ewentualnie mógłby skorzystać z art. 87 ust. 2 pkt. 2) ustawy Pzp i dokonać poprawy oczywistej omyłki rachunkowej. W tym przypadku jednak, w

żaden sposób nie można zarzucać Zamawiającemu, że sam nie dokonał poprawienia kwoty w ofercie Odwołującego, gdyż musiałby sam wpisać zamiast istniejącej kwoty 11.229,00 PLN, jakąkolwiek kwotę wyższą niż 10% wartości zadania nr 12, a więc każdą kwotę wyższą od kwoty 11.286,00 PLN. Dalej podał, że (...) Biorąc pod uwagę kształt załącznika nr 2B, gdzie należy zsumować poszczególne Zadania i w ten sposób ustalić końcową wartość wynagrodzenia dla Części II, jakakolwiek poprawka Zamawiającego, co do kwoty w zadaniu nr 12, prowadziłyby do stanu, gdzie Zamawiający zmuszony byłby również uwzględnić konsekwencje rachunkowe dokonanych przez siebie poprawek i ponownie poprawić ofertę Odwołującego, tym razem na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp. W konkluzji stwierdził, że taka podwójna ingerencja w treść oferty Odwołującego jest niedopuszczalna na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności, wobec wniosku Zamawiającego, jak również Przystępującego po jego stronie wykonawcy, Izba stwierdziła, brak podstaw faktycznych i prawnych do zwrotu odwołania. W aktach sprawy bowiem znajduje się dowód uiszczenia wpisu, z którego jednoznacznie wynika, że kwota 15.000 PLN uiszczona została w dniu 18.11.2013 r. [w dacie wniesienia odwołania] tytułem (...) Odwołanie TEC-CUATRO S.A. w ramach postępowania prowadzonego przez PKP PLK S.A. (znak postępowania nr: IRO 3ZAe-216-07/2013]. Nadawcą tej kwoty jest, co prawda firma GLOBAL POWER SERVICES SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z Poznania, jednakże ta okoliczność – wobec dokonania na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych wpłaty wymaganej kwoty w dniu wniesienia odwołania TEC-CUATRO S.A. i tytułem jego wniesienia nie może mieć znaczenia dla oceny ważności wniesienia wpisu i tym samym w niniejszej sprawie nie ma zastosowania art. 187 ust.6 w zw. z ust.7 ustawy Pzp.

Izba, uwzględniając przepis art. 189 ust.2 ustawy Pzp nie stwierdziła również podstaw do odrzucenia odwołania. Izba ustaliła jednocześnie, że Odwołujący ma legitymację do wniesienia odwołania, albowiem spełnia przesłanki wymagane przepisem art. 179 ust.1 ustawy Pzp, a mianowicie posiada interes w złożeniu odwołania, ponieważ w przypadku nie odrzucenia oferty Odwołującego, zostałyby

jego oferta uznana za najkorzystniejszą oraz, że w związku z tym jego interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Odwołanie podlega uwzględnieniu w zakresie części II zamówienia.

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy odwołanie, jest „Opracowanie dokumentacji projektowej na modernizację linii nr 91 odcinek Przeworsk - Hurko w ramach zadania pn. Modernizacja linii kolejowej nr 91 Kraków Główny Osobowy - Medyka i nr 92 Przemyśl - Medyka, odcinek Rzeszów – granica państwa, „ które to zamówienie podzielono na trzy części. Odwołujący złożył ofertę zarówno na część I jak i II oraz część III tego zamówienia. Zamawiający, dokonując oceny jego oferty - na podstawie art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp - wykluczył wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie części I i III, a w zakresie części II zamówienia – odrzucił ofertę na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu decyzji podał, że wykonawca wezwany do wyjaśnienia zobowiązania osoby wskazanej na projektanta w sieci trakcyjnej, odnośnie charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z tą osobą, złożył w miejsce żądanych wyjaśnień nowe zobowiązanie tej osoby, które to dokumenty wpłynęły do niego wyłącznie fax - em W odniesieniu do podstaw odrzucenia oferty Odwołującego, stwierdził, że wykonawca w sposób niezgodny z treścią siwz wypełnił załącznik nr 2B – Harmonogram rzeczowo-finansowy dla części II - Etap VI, albowiem wartość wskazana w poz.6 dla zadania 12 jest mniejsza niż 10 % wartości zadania.

Wykonawca, odnośnie części I i III zamówienia, podniósł w odwołaniu zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na bezpodstawne uznanie za odrzuconą jego ofertę, w związku z niezasadnym jego wykluczeniem z postępowania, a odnośnie części II - zarzut naruszenia art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy z uwagi na niezasadne zaniechanie poprawienia przez Zamawiającego w jego ofercie omyłek, innych niż pisarskie, polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją, a które to omyłki nie powodowały istotnych zmian w treści oferty. Wskazał także na naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w

postępowaniu oraz równego traktowania wykonawców, a także na naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, wobec nie uznania oferty wykonawcy za ofertę najkorzystniejszą.

Rozpoznając niniejsze odwołanie, Izba przede wszystkim miała na uwadze dyrektywę zawartą w art. 192 ust.7 ustawy Pzp, zgodnie, z którą Krajowa Izba Odwoławcza może orzekać tylko w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu. Rozpoznając z kolei zarzuty podniesione w odwołaniu, Izba ma także obowiązek stwierdzić, czy dany zarzut został wniesiony w terminie określonym w art. 182 ustawy Pzp. Także orzekając w zakresie podnoszonych zarzutów, Izba musi uwzględniać dyrektywę z art. 190 ust.1 ustawy Pzp, zgodnie, z którą strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu ma związek z zasadą [kontrydiktoryjności](#), która obowiązuje w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą i w myśl tej zasady strony toczące spór mają obowiązek przedstawiać przed KIO dowody na prawdziwość swoich twierdzeń, a skład orzekający dokonuje ich oceny, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów, oczywiście na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału, co wynika z art. 190 ust.7 ustawy Pzp.

Rozpoznając pierwszy z zarzutów [odnośnie części I i III zamówienia], dotyczący naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że zarzut nie jest zasadny. W tym przypadku Izba stwierdziła, że wykonawca w piśmie przekazany fax-em, w związku z zobowiązaniem podmiotu trzeciego [z dnia 12 września 2013 r. Pana J..... L.....] złożonym na podstawie art. 26 ust.3 ustawy Pzp w dniu 24.10.2013 r. w wyniku uzupełnienia dokumentów [na wezwanie z dnia 18.10.2013 r.] został ponownie wezwany, tym razem na podstawie art. 26 ust.4 ustawy Pzp do udzielenia odpowiedzi do dnia 31.10.2013 r. w przedmiocie „charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem”, który to element był wymagany zgodnie z pkt 9.1.2 Instrukcji dla Oferentów [IDW – tom I siwz]. W miejsce wyjaśnień wykonawca, w spornym zakresie, przekazał przy piśmie z dnia 30.10.2013 r. – zgodnie z jego treścią - tylko nowe zobowiązanie tego podmiotu [zał.1] oraz pełnomocnictwo dla podpisującego pismo [zał.2], o czym poinformował w tym piśmie. Nowe zobowiązanie – z datą 12.09.2013 r. - w stosunku do poprzedniego - także z datą 12.09.2013 r. - zawierało dodatkowy punkt 5 informujący, że podmiot oświadczający jest (...) zobowiązany do współpracy z TEC-CUATRO S.A. na podstawie umowy cywilno-prawnej lub innej dopuszczalnej prawem współpracy w zakresie

niezbędnym do wykonania Zamówienia”. Izba zwraca uwagę, że w wezwaniu z dnia 30.10.2013 r. - skierowanym do wykonawcy na podstawie art. 26 ust.4 ustawy Pzp - Zamawiający zezwolił na przesyłanie korespondencji fax- em, ale tylko, co do składanych wyjaśnień, wymagając następnie przekazania oryginału odpowiedzi pocztą. Nie uchylił natomiast wymaganego w pkt 9.1.2 specyfikacji oryginału dokumentu zobowiązania. Izba jednocześnie stwierdza, że pisemnej odpowiedzi, zawartej w piśmie z dnia 30.10.2013 r. przekazanej fax-em, nie można uznać za oryginał korespondencji wysłanej pocztą w dniu 4.11.2013 r., a doręczonej do Zamawiającego w dniu 5.11. 2013 r. Przede wszystkim, Izba ponownie wskazuje, że w korespondencji przesłanej fa-xem, Odwołujący informuje o przekazanym zobowiązaniu Pana Lisa [poz. 2 - zał.2], a pod poz.1 wymienia pełnomocnictwo dla podpisującego pismo. Z kolei w przesłanym pocztą pisemnym stanowisku [doręczonym w dniu 5.11. 2013 r.] wyjaśnia, że podstawą dysponowania osobą Pana L....., będzie umowa zlecenia, a wśród załączników wymienia tylko jeden załącznik - pełnomocnictwo dla osoby podpisującej odpowiedź [zał.1]. Tym samym wykonawca w terminie do dnia 31.10.2013 r., nie udzielając wyjaśnień w zakresie żądanym nie potwierdził spełnienia warunku, albowiem Zamawiający do tej daty nie dysponował wymaganą pkt 9.1.2 siwz informacją, ani żadnym innym oryginałem dokumentu zobowiązania [aniżeli dokument zobowiązania przedłożony - na wezwanie na podstawie art. 26 ust.3 ustawy Pzp - w oryginale w dniu 24 października 2013 r.] na podstawie których mógł ustalić charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z podmiotem trzecim udostępniającym swoje zasoby. Jak wskazano taka informacja została przekazana dopiero w dniu 5.11.2013 r., a zatem po upływie wyznaczonego terminu, co więcej w przesłanym piśmie brak jest informacji o przekazanym przy nim oryginale zobowiązania. Izba stwierdza ponownie, że zgodnie z pkt 9.1.2 siwz Zamawiający wymagał przedłożenia zobowiązania w oryginale. Zwolnienie wykonawcy z tego obowiązku nie wynikało z pisma Zamawiającego z dnia 30.10.2013 r. skierowanego do wykonawcy, albowiem to pismo dotyczyło wyłącznie wyjaśnień i przeciwna jego interpretacja powodowałaby naruszenie zasady wyrażonej w art. 7 ust.1 ustawy Pzp w stosunku do pozostałych, uczestniczących w tym postępowaniu wykonawców, zobowiązanych do złożenia wraz z ofertą oryginału zobowiązania.

Rozpoznając zarzut naruszenia art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp - odnośnie części II zamówienia – Izba stwierdziła, że zarzut ten zasługuje na uwzględnienie. Zdaniem Izby, w okolicznościach niniejszej sprawy możliwe było w Harmonogramie rzeczowo-finansowym dla części II w zakresie etapu VI [zadanie 12] w poz. 6 poprawienie podanej wartości, kwalifikując tę czynność, jako poprawienie innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp. Tak jak wskazał Zamawiający w opisie kolumny ósmej dotyczącej Etapu VI, podana wartość dlatego zadania nie

mogła być niższa niż 10 % wartości zadania. Zatem, tak jak podał Odwołujący, przyjmując ten wskaźnik na minimalnym wymaganym poziomie, różnica pomiędzy kwotą wpisaną w formularz, a kwotą żadaną przez Zamawiającego wynosiła 57 zł, co nie było kwestionowane w toku rozprawy. W tym przypadku, Izba – wobec brzmienia opisu w kolumnie - nie podzieliła poglądu Przystępującego, że poprawienie spornej kwoty wymagałoby konsultacji z wykonawcą, albo arbitralnego rozstrzygnięcia Zamawiającego, celem ustalenia kwoty wyższej niż 10% wartości zadania nr 12. Izba zwraca uwagę, że w pozostałych jedenastu pozycjach Harmonogramu dla części II, Odwołujący poprawnie wpisał kwoty dla poszczególnych zadań. Ponadto Izba zwraca uwagę, że pozycja ta wymagana także w części I i III zamówienia nie została przez Zamawiającego zakwestionowana, co do poprawności jej wyceny. Te okoliczności, zdaniem Izby wskazują, że sporna omyłka została popełniona w sposób niezamierzony. Izba miała oczywiście na uwadze fakt, że w niniejszej sprawie nie mamy do czynienia ze sztywno ustalonym wskaźnikiem, jednakże w tym stanie faktycznym, zastosowanie przez Zamawiającego minimalnego wskaźnika 10 % dla poprawienia omyłki, nie spowodowałoby istotnej ingerencji w treść oferty w stosunku do pierwotnego oświadczenia woli wykonawcy, złożonego w ofercie, jak również nie powodowałoby odstępstw od wymagań specyfikacji. Izba ponownie zwraca uwagę, że wymagany wskaźnik wymagał kwoty nie niższej niż 10 % wartości, a nie kwoty wyższej niż 10 %. Izba zwraca dodatkowo uwagę, że w tej części wykonawca zaoferował realizację zadania za cenę 924.738,00 zł, a w ofercie uznanej za najkorzystniejszą cena została ustalona w kwocie 1.365.300,00 zł i tym samym nawet zakładane hipotetycznie przez Odwołującego zastosowanie wyższego wskaźnika, musiałyby być niewątpliwie skutkiem racjonalnej decyzji i tym samym obiektywnie nie powodowałoby zmiany pozycji Odwołującego w rankingu. Oczywiście, dokonana poprawka będzie miała wpływ na końcową wartość wynagrodzenia części II zamówienia i tym samym także ta wartość będzie podlegała korekcie, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek.

W konkluzji Izba stwierdza, że w związku z uwzględnieniem zarzutu naruszenia art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp w zakresie części II zamówienia, także należało uznać za zasadny zarzut naruszenia art. 7 ust.1 oraz art. 91 ust.1 ustawy Pzp w zakresie tej części.

W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....