

**WYROK
z dnia 17 maja 2017 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 maja 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 kwietnia 2017 r. przez wykonawcę TORPOL S.A. z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy INTOP Warszawa sp. z o.o. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 853/17 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, nakazuje Zamawiającemu wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie przepisu art. 87 ust.1 zd.1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a następnie dokonanie ponownego badania i oceny złożonych ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

2. kosztami postępowania obciąża PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę TORPOL S.A. z siedzibą w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcy TORPOL S.A. z siedzibą w Poznaniu kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące 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 (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 wraz 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 Warszawie.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: Wykonanie prac projektowych i robót budowlanych w ramach projektów: 1. „Prace na linii kolejowej nr 31, na odcinku gr. województwa - Czeremcha - Hajnówka”; 2. „Prace na linii kolejowej nr 32, na odcinku Białystok -Bielsk Podlaski (Lewki)”; 3. „Prace na linii kolejowej nr 52, na odcinku Lewki – Hajnówka”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 29 grudnia 2016r. pod numerem 2016/S 251-463267.

W dniu 21.04.2017 r. Zamawiający poinformował Odwołującego: TORPOL S.A., ul. Mogileńska 10G, 61-052 Poznań o odrzuceniu jego oferty złożonej dla Zadania częściowego nr 1 (linia nr 31) z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 28 kwietnia 2017r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie zamówienia częściowego (zadania) 1.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie przepisów art. 87 ust 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nieprecyzyjne, ogólnikowe i niezwiązane z rzeczywistością intencją Zamawiającego wezwanie do złożenia wyjaśnień oraz poprzez zastosowanie mechanizmu przewidzianego w punkcie 20.7.2.5. SIWZ (tom I - Instrukcja Dla Wykonawców) - Zasady weryfikacji, a przecież jeżeli Zamawiający podjął jakiegokolwiek wątpliwości w zakresie złożonej oferty co do skrócenia realizacji etapu 2 na linii nr 31 (lub podjął te wątpliwości dopiero w wyniku udzielonych wyjaśnień) w konsekwencji powinien on precyzyjnie (lub ponownie) wezwać Odwołującego do wyjaśnienia, czy złożona oferta (lub wyjaśnienia) przewidują wykonanie etapu 2 na linii nr 31 z całkowitym zamknięciem ruchu kolejowego, natomiast brak precyzyjnego wezwania w tym zakresie doprowadził w konsekwencji do odrzucenia oferty Odwołującego i przeprowadzenia postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

2. naruszenie art 89 ust 1 pkt. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust 1 ustawy Pzp

poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w powołaniu na jej niezgodność z treścią SIWZ w zakresie zaproponowanego skrócenia realizacji etapu 2 na linii 31 z treścią SIWZ (IDW) i rzekomym przyjęciem w ofercie całkowitego zamknięcia ruchu kolejowego na tej linii, gdzie oferta Odwołującego:

a) jest zgodna formalnie i merytorycznie w zakresie złożonych w niej dokumentów i oświadczeń w przedmiocie skrócenia realizacji etapu nr 2 na linii 31 i w swej treści nie przewiduje całkowitego zamknięcia ruchu kolejowego;

b) została oceniona nieracjonalnie, co doprowadziło do niesłusznego odrzucenia najkorzystniejszej oferty i co nie zapewnia rozstrzygnięcia postępowania zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz z zasadami wskazanymi w treści SIWZ (IDW);

c) a co w konsekwencji doprowadziło do przeprowadzenia postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższymi zarzutami, Odwołujący wnosił o:

1. unieważnianie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
2. dokonania ponownego badania i oceny oferty Odwołującego, a w tym zakresie:
 1. wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień czy Odwołujący przyjął organizację ruchu kolejowego etapu 2 linii nr 31 przez całkowite zamknięcie ruchu kolejowego lub
 2. przyjęcie, że oferta Odwołującego jest zgodna z treścią SIWZ (IDW), gdyż w żadnym miejscu nie wskazuje, że Odwołujący przyjął organizację ruchu kolejowego etapu 2 linii nr 31 przez całkowite zamknięcie ruchu kolejowego;
 3. a w konsekwencji wezwania Odwołującego do złożenia oświadczeń i dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp i kolejno wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Nadto Odwołujący wnosił o:

1. merytoryczne rozpoznanie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania;
2. uwzględnienie odwołania;
3. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania, oferty Odwołującego i złożonych wyjaśnień na okoliczności wskazane w odwołaniu;
4. zasądzenie kosztów postępowania wywołanego wniesieniem niniejszego odwołania od Zamawiającego na rzecz Odwołującego.

W swoim odwołaniu Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający w treści rozdziału

20.7 SIWZ (IDW) określił kryteria oceny ofert:

20.7. W celu oceny ofert Zamawiający przyjmuje następujące kryteria:

- a) Całkowita cena brutto - waga: 60%;
- b) Termin realizacji - waga 35%;
- c) Doświadczenie personelu Wykonawcy - waga 5%.

Zauważył, że Zamawiający w treści rozdziału 20.7 podpunkcie 2) i kolejne, określił sposób weryfikacji kryterium pod nazwą Termin realizacji - waga 35%:

2) Termin realizacji.

20.7.2.1. Ocena punktowa (z uwzględnieniem wagi kryterium) w kryterium Termin realizacji zostanie dokonana wg poniższego wzoru

$$TR = \frac{T_b}{T_n} \times 100 \times W_{kr}$$

gdzie:

TR - ilość punktów oferty badanej z uwzględnieniem wagi kryterium,

T_b - suma miesięcy, o którą ulegają skróceniu czasy trwania poszczególnych Etapów zaproponowane w badanej ofercie, w stosunku do czasów trwania tych Etapów określonych przez Zamawiającego,

T_n - największa suma miesięcy, spośród wszystkich ofert niepodlegających odrzuceniu, o którą zostały skrócone czasy trwania poszczególnych Etapów względem czasów trwania określonych przez Zamawiającego,

W_{kr} - waga kryterium [%].

Uwaga: wynik przeprowadzonych obliczeń podany zostanie z dokładnością do 2 miejsc po przecinku.

Uwaga: przy obliczaniu ilości punktów oferty badanej (TR) nie będą brane pod uwagę dane zawarte w ofertach odrzuconych.

Uwaga: w przypadku, gdy żaden z Wykonawców nie zaproponuje skrócenia terminu realizacji któregoś z Etapów (tj. T_n = 0), to przyjmuje się, że ilość punktów oferty badanej z uwzględnieniem wagi kryterium (TR) równa się 0 punktów.

Wykonawca w celu potwierdzenia możliwości skrócenia terminu realizacji zadania i Etapów przedstawi Harmonogram Realizacji Zadania Wykonawcy (HRZW), o którym mowa w punkcie 20.7.2.3 IDW stworzony na podstawie wzorcowego Harmonogramu Realizacji Zadania Zamawiającego (HRZZ).

Skutki braku realizacji umowy w terminach określonych w HRZW określa Tom II SIWZ - Warunki Umowy.

20.7.2.2. Harmonogram Realizacji Zadania Zamawiającego

HRZZ, stanowiący załącznik nr 6, przedstawia terminy na wykonanie poszczególnych Etapów, z których wynika maksymalny termin realizacji Umowy przewidziany przez

Zamawiającego.

20.7.2.3 Harmonogram Realizacji Zadania Wykonawcy

HRZW będzie zawierał wszelkie terminy wykonania Etapów szczegółowo opisanych w Subklauzuli 8.13 Warunków Umowy oraz ewentualne punkty kontrolne wszystkich terminów pośrednich realizacji zadania przedstawiono przez Wykonawcę.

HRZW będzie zawierał porównanie do HRZZ.

Wykonawca podczas tworzenia HRZW uwzględni wytyczne dotyczące:

a) całkowitego terminu realizacji,

b) maksymalnego czasu trwania poszczególnych Etapów, zgodnie z założeniami Subklauzuli 8.13 Warunków Umowy.

Przy tworzeniu HRZW nie dopuszcza się skracania lub wydłużania terminów zadań wymienionych w HRZZ, które nie są określone jako Etapy wg Subklauzuli 8.13 Warunków Umowy. W przypadku skrócenia lub wydłużenia przez Wykonawcę takiego zadania, oferta zostanie odrzucona.

Dopuszcza się modyfikację czasu trwania i/lub terminu na wykonanie zadań wyłącznie tych, określonych jako Etapy, których możliwość modyfikacji przewidzę Subklauzula 8.13 Warunków Umowy, W przypadku, gdy jakikolwiek Etap zostanie wydłużony lub skrócony niezgodnie z zapisami Subklauzuli 8.13 Warunków Umowy, to oferta zostanie odrzucona. Przy tworzeniu HRZW nie dopuszcza się usuwania żadnych zadań wymienionych w HRZZ, także tych określonych jako Etapy. W przypadku usunięcia jakiegokolwiek zadania, wymienionego w HRZZ, oferta zostanie odrzucona

Wykonawca w HRZW uwzględni możliwości realizacyjne oraz trudności, które mogą wystąpić podczas realizacji i mogą mieć wpływ na osiągnięcie poszczególnych terminów pośrednich. Zaoferowany przez Wykonawcę czas realizacji poszczególnych Etapów będzie zawierał wykonanie robót w każdym z Etapów, powstanie dokumentów Wykonawcy, zamówień, dostaw, montaż, dokonanie prób, kolejność i rozłożenie w czasie inspekcji i odbiorów.

20.7.2.4 Forma Harmonogramu Realizacji Zadania Wykonawcy

Wykonawca jest zobowiązany do przedstawienia HRZW z zachowaniem wszystkich wytycznych podanych w pkt 20.7.2.3 oraz bazując na załączonym HRZZ.

HRZW zostanie przedstawiony w formie wykresu Gantta z osią czasu o dokładności co najmniej jednego miesiąca oraz jednostką mierzoną w miesiącach oraz przedłożony w wersji papierowej oraz elektronicznej zgodnie z punktem 14.1 IDW.

Na wykresie Gantta zadania planowane przez Wykonawcę będą przedstawione za pomocą pasków, które określają czas trwania każdego pojedynczego Etapu. Punkty kontrolne będą przedstawione jako obiekty

Założenia przedstawione przez Zamawiającego należy zapisać jako plan bazowy a widok wykresu Gantta musi pokazywać planowaną przez Wykonawcę realizację zadań w

porównaniu do planu bazowego przedstawionego przez Zamawiającego (2 wiersze). HRZW będzie zawierał porównanie przedstawionych przez Wykonawcę rozwiązań do założonych przez Zamawiającego w HRZZ Niezbędne do przedstawienia będą:

- czas trwania wg HRZZ

- czas trwania wg HRZW

Powyższe pozwoli zobrazować wprowadzone zmiany w terminach realizacji Etapów oraz czasie trwania, jak również poprawność modyfikacji HRZZ oraz wprowadzonych zmian.

20.7.2.5. Zasady weryfikacji

- * Ocena całkowitego Czasu na Ukończenie

Zamawiający dokona oceny wprowadzonych w HRZW przez Wykonawcę zmian w następujący sposób:

Czy całkowity termin realizacji jest mniejszy bądź równy: 32 miesiące (zamówienie częściowe nr 1); 28 miesięcy (zamówienie częściowe nr 2 i nr 3)?

Jeżeli Wykonawca zaproponuje całkowity termin realizacji powyżej: 32 miesięcy (zamówienie częściowe nr 1); 28 miesięcy (zamówienie częściowe nr 2 i nr 3) - oferta zostanie odrzucona.

- * Ocena poprawności modyfikacji poszczególnych Etapów

Zamawiający dokona oceny wprowadzonych w HRZW przez Wykonawcę zmian w następujący sposób:

Czy właściwie zostały zmodyfikowane terminy realizacji poszczególnych Etapów? Jeżeli którykolwiek z Etapem zostanie wydłużony lub skrócony, niezgodnie z zapisami Subklauzula 8.13 Warunków Umowy, to oferta zostanie odrzucona.

- ◆ Ocena modyfikacji zadań innych niż Etapy

Zamawiający dokona oceny wprowadzonych w HRZW przez Wykonawcę zmian w następujący sposób:

Czy zostały skrócone lub wydłużone czasy trwania zadań, które nie są określone jako Etapy według Subklauzuli 8,13 Warunków Umowy?

Jeżeli którekolwiek z zadań niebędące Etapem (według Subklauzuli 8.13 Warunków Umowy), zostanie wydłużone lub skrócone, to oferta zostanie odrzucona

- ◆ Ocena poprawności uwzględnienia zadań

Zamawiający dokona oceny wprowadzonych w HRZW przez Wykonawcę zmian w następujący sposób:

Czy zostały usunięte jakiegokolwiek zadania wymienione w HRZZ?

W przypadku usunięcia jakiegokolwiek zadania, wymienionego w HRZZ, oferta zostanie odrzucona.

Nadto Odwołujący wskazał, że w dniu 14 lutego 2017r., Zamawiający dokonał ZMIANY NR 5 SIWZ w której dodał w punkcie 20.7.2.5.- Zasady weryfikacji, tiret o treści:

2. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia Tom I - (IDW) w punkcie 20.7,2.5. - Zasady weryfikacji dodaje się kolejny tiret o treści:

- Ocena wiarygodności modyfikacji poszczególnych Etapów

Zamawiający dokona oceny modyfikacji Etapów dokonanych przez Wykonawcę w HRZW w następujący sposób:

Czy przedstawiona w ofercie modyfikacja czasu trwania któregokolwiek z Etapów jest o co najmniej 30 % niższa niż średnia arytmetyczna modyfikacji czasu trwania tego Etapu spośród wszystkich ofert nie podlegających odrzuceniu?

W przypadku gdy modyfikacja czasu trwania któregokolwiek z Etapów jest o co najmniej 30 % niższa niż średnia arytmetyczna modyfikacji czasu trwania tego Etapu - spośród wszystkich ofert niepodlegających odrzuceniu - Zamawiający wezwie Wykonawcę do złożenia wyjaśnień. Jeżeli przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienie w zakresie:

- 1) Metod, którymi Wykonawca planuje realizować Roboty,
- 2) Zasobów ludzkich i sprzętowych koniecznych do zrealizowania Robót w zaproponowanym rozwiązaniu technicznym opisanym zgodnie z punktem 1),
- 3) Zakładanych wydajności zasobów wymienionych zgodnie z punktem 2),
- 4) Planu dostaw Materiałów i Urządzeń,
- 5) Oceny ryzyka i jego ewentualnej mitygacji,

nie będą wiarygodne w stosunku do zastosowanych technologii i zakresu Robót - oferta zostanie odrzucona.

Zamawiający odrzuci ofertę Wykonawcy, który niełoży wyjaśnień w terminie wskazanym przez Zamawiającego, nie krótszym niż 3 dni robocze.

Dalej Odwołujący powołał się na okoliczność, że w dniu 27.03.2017r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień:

Działając w imieniu Zamawiającego - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”), na podstawie art 87 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r, Prawo zamówień publicznych (t.j: Dz. U. z 2015 r.. poz. 2164 z późn, zm.) (.Ustawa”), w związku ze skróceniem czasu realizacji w złożonej przez Państwa ofercie dla zamówienia częściowego nr 1 oraz dla zamówienia częściowego nr 3, żądam udzielenia wyjaśnień w następującym zakresie:

- 1) Metod, którymi Wykonawca planują realizować Roboty.
- 2) Zasobów ludzkich i sprzętowych koniecznych do zrealizowania Robót w zaproponowanym rozwiązaniu technicznym opisanym zgodnie z punktem 1),
- 3) Zakładanych wydajności zasobów wymierzonych zgodnie z punktem 2j
- 4) Planu dostaw Materiałów i Urządzeń,
- 5) Oceny ryzyka i Jego ewentualnej mitygacji.

Odwołujący wyjaśnił również, że zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o wydłużenie terminu na złożenie wyjaśnień, gdyż chciał je przygotować rzetelnie i skrupulatnie.

Wskazał przy tym, że Odwołujący został wezwany do wyjaśnień w związku z wprowadzoną ZMIANĄ NR 5 SIWZ (wskazaną wyżej), w której Zamawiający dodał w punkcie 20.7.2.5. - Zasady weryfikacji dodatkową zasadę oceny zaproponowanego skrócenia terminu wykonania w ramach kryterium pod nazwą Termin realizacji - waga 35%.

Według Odwołującego wprowadzony zmianą zapis jest w istocie novum w praktyce Zamawiającego i jest wynikiem spotkań Forum inwestycyjnego oraz zmienionym art. 91 ust. 2d ustawy Pzp.

Stwierdził, że zmieniony zapis wprowadza metodologię badania rażącego zaniżenia kryterium terminu realizacji, a Odwołującemu zależało na profesjonalnym podejściu do sprawy - wykazaniu wszelkich możliwych przesłanek, planów i metod, które pozwoliły mu określić termin realizacji dla linii nr 31.

Oświadczył również, że po uzyskaniu zgody na wydłużenie terminu, Odwołujący złożył wyjaśnienia w dniu 31.03.2017r., zaś w dniu 21.04.2017 roku Zamawiający poinformował go, że jego oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, gdzie w treści uzasadnienia Zamawiający wskazał:

UZASADNIENIE:

- prawne:

Art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy.

- faktyczne:

Zamawiający, w dniu 27 marca 2017 r. pismem o sygn. ICZ4a - POPW - linia nr 31, 32, 52-15/17 wezwał Wykonawcę do złożenia szczegółowych wyjaśnień dotyczących skrócenia czasu realizacji zamówienia częściowego nr 1. Wykonawca w wyjaśnieniach z dnia 31 marca 2017 r. wskazuje, że przyjął organizację ruchu kolejowego etapu 2 przez całkowite zamknięcie ruchu kolejowego (odcinek linii jednotorowej Czeremcha - Hajnówka).

W dalszej części wyjaśnień potwierdza, że dla fazowania prac na szlakach przyjął zamknięcie jednotorowego szlaku Czeremcha – Hajnówka na okres 5 miesięcy. Powyższe wyjaśnienia są niezgodne z pkt. 4.2.2 PFU określającym organizację ruchu kolejowego w czasie realizacji robót, w którym Zamawiający zastrzegł, że: „Na odcinku jednotorowym dopuszczane są zamknięcia trwające 10h/dobę. Wykonawca może ubiegać się o zamknięcia całodobowo na odcinku jednotorowym, lecz nie mogą być one dłuższe niż 3 doby

następujące po sobie. Maksymalna liczba dni zamknięć całodobowych na odcinku linii jednotorowym dla całego kontraktu wynosi 12 dni.”

Tym samym oferta Wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ i podlega odrzuceniu na podstawie przepisu wskazanego powyżej.

Odwołujący podkreślił, że z tą decyzją się nie zgadza.

Uzasadnienie merytoryczne zarzutów 1 i 2.

Odwołujący wskazał, że w świetle uzasadnienia faktycznego przytoczonego powyżej, widać że Zamawiający w wyniku analizy przesłanych w dniu 31.03.2017 r. wyjaśnień o treści:

„Przyjęto następującą organizację ruchu kolejowego:

- dla etapu 2 - odcinek linii jednotorowej - całkowite zamknięcie ruchu kolejowego pociągi będą kończyć bieg na stacjach stycznych tj. Czeremcha i Hajnówka. W czasie realizacji tego etapu prowadzone będą również prace związane z remontem stacji Hajnówka;

Dla fazowania prac na szlakach przyjęto następujące założenia i okresy zamknięć torowych:

- ze względu na znikomy ruch pociągów pasażerskich na odcinku Hajnówka - Czeremcha - Siemiatycze możliwe są zamknięcia wieloszlakowe. Zamknięcie jednotorowego szlaku Czeremcha - Hajnówka na okres 5 miesięcy wraz z jednoczesnym zamknięciem na okres po 3,5 miesiąca toru szlakowego nr 1 szlaków Platerów - Siemiatycze, Siemiatycze - Nurzec i Nurzec - Czeremcha. W czasie zamknięcia na odcinku Hajnówka - Czeremcha (etap 2) w tym okresie zostanie wykonany kompleksowy remont linii kolejowej obejmujący wykonanie podtorza, nawierzchni kolejowej, rozjazdów, peronów, obiektów inżynierskich oraz instalacji kablowych i systemów SRK i telekomunikacji.” przyjął, że Odwołujący oferuje wykonanie etapu nr 2 na linii 31 w całkowitym zamknięciu ruchu kolejowego, natomiast wobec zapisu punktu 4.2.2. Programu Funkcjonalno - Użytkowego o treści: „...10h/dobę. Wykonawca może ubiegać się o zamknięcia całodobowe na odcinku jednotorowym lecz nie mogą być one dłuższe niż 3 doby następujące po sobie. Maksymalna liczba dni zamknięć całodobowych na odcinku linii jednotorowym dla całego kontraktu wynosi 12 dni. Dla odcinka dwutorowego maksymalny czas zamknięć torowych dla całego kontraktu wynosi 12 miesięcy. W ocenie Zamawiającego, Odwołujący złożył ofertę niezgodną z treścią SIWZ (IDW).”.

Odwołujący, dokonując analizy pisma Zamawiającego z dnia 21.04.2017 r. o odrzuceniu oferty zwrócił uwagę na stwierdzenie, że „przyjął on organizację ruchu kolejowego etapu 2 przez całkowite zamknięcie ruchu kolejowego (odcinek linii jednotorowej Czeremcha - Hajnówka)”, ale Odwołujący nie stwierdził w treści oferty ani treści wyjaśnień, że całkowite (całodobowe) zamknięcie toru na szlaku jednotorowym w ramach etapu 2 na

linii 31 będzie trwało przez okres 5 miesięcy.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający dokonał nadinterpretacji oświadczenia Odwołującego zawartego w cytowanych wyjaśnieniach i „dopisał sobie” do jego wyjaśnień słowo „całkowite”, a wtedy faktycznie, treść wyjaśnień może budzić wątpliwości, ergo wyglądałyby one tak:

Dla fazowania prac na szlakach przyjęto następujące założenia i okresy zamknięć torowych:

- ze względu na znikomy ruch pociągów pasażerskich na odcinku Hajnówka - Czeremcha - Siemiatycze możliwe są zamknięcia wieloszlakowe. Zamknięcie jednotorowego szlaku Czeremcha - Hajnówka na okres 5 miesięcy wraz z jednoczesnym zamknięciem na okres po 3,5 miesiąca toru szlakowego nr 1 szlaków Platerów - Siemiatycze, Siemiatycze - Nurzec i Nurzec - Czeremcha. W czasie zamknięcia na odcinku Hajnówka - Czeremcha (etap 2) w tym okresie zostanie wykonany kompleksowy remont linii kolejowej obejmujący wykonanie podtorza, nawierzchni kolejowej, rozjazdów, peronów, obiektów inżynierskich oraz instalacji kablowych i systemów SRK i telekomunikacji.

Odwołujący stwierdził przy tym, że ani w momencie składania oferty ani wyjaśniania Zamawiającemu jej treści jego wolą nie było całkowite zamknięcie jednotorowego szlaku Czeremcha - Hajnówka przez okres 5 miesięcy. Gdyby takie oświadczenie w treści wyjaśnień złożył Odwołujący - stałoby ono w sprzeczności z treścią złożonych w formularzu oferty oświadczeń takich jak:

1. Oświadczamy, że zapoznaliśmy się z treścią Ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ dla niniejszego zamówienia.

2. akceptujemy, w pełni i bez zastrzeżeń, postanowienia: SIWZ dla niniejszego zamówienia, wyjaśnień do tej SIWZ oraz modyfikacji tej SIWZ i uznajemy się za związanych określonymi w nim postanowieniami.

3. gwarantujemy wykonanie całości niniejszego zamówienia zgodnie z treścią: SIWZ, wyjaśnień do SIWZ oraz jej modyfikacji.

i

12. akceptujemy bez zastrzeżeń wzór umowy oraz warunki ogólne i szczególne umowy przedstawione w Tomie II niniejszej SIWZ.

Powyżej skopiowane oświadczenia z treści formularza ofertowego, potwierdzają – zdaniem Odwołującego, że jego oferta jest zgodna z treścią SIWZ (w tym programem funkcjonalno-użytkowym) oraz jej modyfikacjami, a przedmiot umowy wykonany zostanie w terminach wskazanych w subklauzuli 8.13 IDW.

Odwołujący wskazał również - po pierwsze - na ofertę składa się szereg dokumentów charakteryzujących zobowiązanie, a przesądzenie o kwestii zgodności / niezgodności treści oferty z treścią SIWZ wymaga ich całościowej analizy i interpretacji, nie zaś jak to uczynił Zamawiający - jedynie dokonując fragmentarycznej oceny wybranego przez siebie fragmentu wyjaśnień.

Uznanie stanowiska wyartykułowanego w treści odrzucenia doprowadziło do absurda, w ocenie Odwołującego, sytuacji w której jego oferta została odrzucona wyłącznie z uwagi na błędne zrozumienie treści złożonych wyjaśnień.

Zauważył również, że należy mieć również na względzie - po drugie - że zastosowanie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp ma na celu wyjaśnienie treści oferty, ale powinno ono być dokonane w sposób jednoznaczny i zrozumiały, wskazując konkretne pytanie, którego odpowiedź później może stać się podstawą do odrzucenia oferty, a nie jak miało to miejsce w postępowaniu, gdzie Odwołujący wyjaśniał okoliczności skrócenia terminu realizacji w ramach kryterium, a przy tej samej okazji Zamawiający stwierdził, że treść wyjaśnień wskazuje na to, że oferta jest niezgodna z SIWZ i można odrzucić ofertę Odwołującego.

Zwrócił uwagę, że w tym przypadku, według kształtu i treści oferty zaprojektowanej w SIWZ (IDW), gdzie Zamawiający generalnie wymagał, aby wykonawca zobowiązał się w ofercie do wykonania robót budowlanych na zasadach i w sposób opisany w SIWZ (IDW), a Odwołujący dokonał skrócenia terminu realizacji etapu 2 na linii 31 w ramach przyzwolenia określonego punktem 20.7 SIWZ (IDW), a więc Odwołujący wypełnił w treści swojej oferty wymagania Zamawiającego i tak opisane zobowiązanie zaciągnął, to oferta Odwołującego pozostaje w tym zakresie idealnie zgodna z treścią SIWZ i nie mogą jej zmienić żadne wyjaśnienia (vide art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp).

Odwołujący poinformował, że wykonawca inwestycji może wykonywać roboty budowlane również podczas innych niż całodobowe zamknięć – na co pozwala mu treść punktu 4.2.2. PFU cyt. „Na odcinku jednotorowym dopuszczalne są zamknięcia trwające 10h/dobę”. Poza zamknięciami 10 godzinnymi, istnieje możliwość uzyskania zamknięć nocnych – co przewiduje §3 ust. 8 Instrukcji Ir-19 pn. Zasady organizacji i udzielania zamknięć torowych cyt. „4 godziny na liniach jednotorowych w godzinach nocnych”.

Według Odwołującego ogólna treść oświadczeń złożonych w treści formularza oferty, załączony do treści oferty Harmonogram Realizacji Zamówienia Wykonawcy oraz złożone

wyjaśnienia powinny być badane łącznie, a jeżeli w wyniku złożonych wyjaśnień Zamawiający powziął wątpliwości co do zgodności treści oferty z treścią SIWZ, to przed zastosowaniem instytucji odrzucenia oferty, która jest przecież ostatecznością w stosunku do oferty, Zamawiający powinien jasno i precyzyjnie sformułować treść wniosku o wyjaśnienie treści oferty i skierować ją do Odwołującego tak, aby ten - nie dokonując zmiany w treści oferty - wyjaśnił mu wątpliwe okoliczności.

Analogicznie gdyby już złożone wyjaśnienia budziły wątpliwości Zamawiającego, przed skorzystaniem z uprawnienia płynącego z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp winien – zdaniem Odwołującego - wezwać wykonawcę do dodatkowych wyjaśnień.

Podniósł, że w tym postępowaniu stało się inaczej, gdyż Zamawiający wezwał Odwołującego jedynie do wyjaśnienia dokonanych modyfikacji etapów (zgodnie z treścią punktu 20.7.2.5. SIWZ (IDW)- Zasady weryfikacji), a nie sprecyzował przecież pytania do Odwołującego w zakresie przyjętej ilości czasu zamknięć toru na szlaku jednotorowym w ramach etapu 2 na linii 31.

Zwrócił uwagę, że oferta nieodpowiadająca treści specyfikacji to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia SIWZ. Odmienność ta powinna przejawiać się przede wszystkim w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji. Może przejawiać się też w innym sposobie sporządzenia oferty, niż żądał zamawiający, przy czym powinny to być elementy składające się na treść oferty, a więc odnoszące się do przedmiotu zamówienia.

Podkreślił, że w obecnym stanie faktycznym oferta Odwołującego przewiduje wykonanie etapu 2 na linii nr 31 zgodnie z zapisami PFU oraz subklauzuli 8.13 Tomu II IDW (cyt. „Do 17 miesięcy od Daty Rozpoczęcia”) w terminie 16 miesięcy od Daty Rozpoczęcia.

Wobec powyższego, Odwołujący wywodził, że sama treść wyjaśnień, nie może powodować niezgodności oferty z treścią SIWZ.

W jego ocenie, dowodem na to, że oferta Odwołującego jest zgodna z treścią SIWZ, jest poniżej dokonana analiza zgodności treści oferty z treścią SIWZ (IDW):

Oferta odwołującego:

1. zawiera wszelkie terminy wykonania Etapów szczegółowo opisanych w Subklauzuli 8.13 Warunków Umowy oraz ewentualne punkty kontrolne wszystkich terminów pośrednich realizacji zadania przedstawione przez Wykonawcę (vide HRZW);
2. całkowity termin realizacji jest mniejszy niż 32 miesiące (vide formularz oferty i

HRZW);

3. skrócono termin realizacji etapów wskazanych w treści subklauzuli 8.13 Warunków Umowy (a nie etapów stałych 1 i 5, vide subklauzula 8.13 i HRZW);
4. złożony do oferty HRZW zawiera porównanie do HRZZ (vide HRZW);
5. nie zostały usunięte jakiegokolwiek zadania wymienione w HRZZ (vide HRZW);
6. a finalnie wykonawca podczas tworzenia HRZW uwzględnił wytyczne dotyczące:
 - a) całkowitego terminu realizacji,
 - b) maksymalnego czasu trwania poszczególnych Etapów, zgodnie z założeniami Subklauzuli 8.13 Warunków Umowy (vide HRZW).

Powyższą analizą, Odwołujący wskazał na zgodność zobowiązania, które w swojej ofercie i przez jej złożenie na siebie przyjął, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje Zamawiający i które opisał w SIWZ (IDW).

Podniósł, że w myśl art. 140 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, przedmiot zamówienia na etapie wykonywania umowy musi być tożsamy z tym, jaki wykonawca zobowiązał się świadczyć w ofercie, ten zaś musi odpowiadać określeniu przedmiotu zamówienia zawartemu w SIWZ.

Zgodnie z tym przepisem, zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, przy czym umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Jeśliby zatem potwierdziłyby się - po zawarciu umowy - zastrzeżenia jakie zostały sformułowane w toku badania oferty, to zamawiający będzie mógł – w opinii Odwołującego - skorzystać z mechanizmów przewidzianych w subklauzuli 8.7 Warunków Umowy (kary umowne) lub subklauzuli 15.2 Warunków Umowy (odstąpienie przez Zamawiającego).

Skorzystanie z tych zapisów nie jest jednak w interesie stron, dlatego trudno Odwołującemu zarzucić, że przygotowując ofertę specjalnie przyjął odmienne rozwiązanie niż wyartykułowane w SIWZ - żeby później otrzymać tak poważne sankcje jak kary umowne lub oświadczenie o odstąpieniu. Takie zachowanie nie jest przecież zgodne z logiką.

Nadto, zauważył, że w zakresie poruszanego niniejszym odwołaniem terminu realizacji etapu 2 - przesłanki odrzucenia oferty zostały szczegółowo opisane przez Zamawiającego w punkcie 20.7.2.5. SIWZ (IDW) - Zasady weryfikacji.

Odwołujący wywodził z tego, że Zamawiający dokładnie określił, kiedy odrzuci ofertę

wykonawcy w zakresie oferowanego kryterium terminu realizacji. Nie do przyjęcia jest natomiast odrzucanie oferty w powołaniu na inne przesłanki, niewyartykułowane w treści SIWZ (IDW), wykreowane przez Zamawiającego po terminie złożenia ofert, w szczególności jeżeli niezgodność nie wynika wprost z treści oferty, a jest jedynie wysnutą nieuprawnioną hipotezą wynikającą z błędnej analizy złożonych w postępowaniu wyjaśnień.

Odwołujący wskazuje, że zgodnie z linią orzeczniczą Izby, „dla uznania oferty za niezgodną z SIWZ i odrzucenia jej na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy konieczne jest bowiem wykazanie ponad wszelką wątpliwość, że oferowany przedmiot nie odpowiada treści SIWZ.

Zwrócił również uwagę, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dokonanie wyboru oferty najbardziej poprawnej formalnie, lecz dokonanie wyboru oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia, a taka jest oferta Odwołującego. Oferta ta jest zgodna z treścią SIWZ (IDW) i odpowiada zobowiązaniom tam wyartykułowanym, a co najważniejsze doprowadzi do osiągnięcia celu jakim jest wykonanie prac projektowych i robót budowlanych na linii nr 31.

Pismem z dnia 2 maja 2017r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca INTOP Warszawa sp. z o.o.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść SIWZ, oferty Odwołującego, wezwania Zamawiającego z dnia 27 marca 2017r., odpowiedzi Odwołującego na powyższe wezwanie z dnia 31 marca 2017r. wraz z załączonymi dokumentami, zawiadomienia o odrzuceniu oferty z dnia 21 kwietnia 2017r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 17 maja 2017r., pisma procesowego Odwołującego z dnia 17 maja 2017r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art.87 ust.1 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Odwoływającego z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ.

Izba ustaliła, że Zamawiający w piśmie z dnia 27 marca 2017r. na podstawie art 87 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Pzp, w związku ze skróceniem czasu realizacji w złożonej przez Odwoływającego ofercie dla zamówienia częściowego nr 1 oraz dla zamówienia częściowego nr 3, zażądał udzielenia wyjaśnień w następującym zakresie:

- 1) Metod, którymi Wykonawca planuje realizować Roboty,
- 2) Zasobów ludzkich i sprzętowych koniecznych do zrealizowania Robót w zaproponowanym rozwiązaniu technicznym opisanym zgodnie z punktem 1),
- 3) Zakładanych wydajności zasobów wymierzonych zgodnie z punktem 2,
- 4) Planu dostaw Materiałów i Urządzeń,
- 5) Oceny ryzyka i Jego ewentualnej mitygacji.

W odpowiedzi na powyższe pismem z dnia 31 marca 2017r. Odwoływający, w spornym zakresie, oświadczył między innymi w zakresie metody realizacji kontraktu – zadanie nr 1 – linia nr 31, że przyjął następującą organizację ruchu kolejowego dla etapu 2 – odcinek linii jednotorowej – całkowite zamknięcie ruchu kolejowego pociągi będą kończyć bieg na stacjach stycznych tj. Czeremcha i Hajnówka.

Nadto, oświadczył on, że dla fazowania prac na szlakach przyjął następujące założenia i okresy zamknięć torowych, w spornym zakresie: zamknięcie jednotorowego szlaku Czeremcha i Hajnówka na okres 5 miesięcy.

Izba ustaliła również, że pismem z dnia 21.04.2017r. Zamawiający poinformował Odwoływającego, że jego oferta nr 2 złożona dla zadania częściowego nr 1 została odrzucona ze wskazaniem następującego uzasadnienia:

„- prawne:

Art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy.

- faktyczne:

Zamawiający, w dniu 27 marca 2017 r. pismem o sygn. ICZ4a - POPW - linia nr 31, 32, 52-15/17 wezwał Wykonawcę do złożenia szczegółowych wyjaśnień dotyczących skrócenia czasu realizacji zamówienia częściowego nr 1. Wykonawca w wyjaśnieniach z

dnia 31 marca 2017 r. wskazuje, że przyjął organizację ruchu kolejowego etapu 2 przez całkowite zamknięcie ruchu kolejowego (odcinek linii jednotorowej Czeremcha - Hajnówka).

W dalszej części wyjaśnień potwierdza, że dla fazowania prac na szlakach przyjął zamknięcie jednotorowego szlaku Czeremcha – Hajnówka na okres 5 miesięcy. Powyższe wyjaśnienia są niezgodne z pkt. 4.2.2 PFU określającym organizację ruchu kolejowego w czasie realizacji robót, w którym Zamawiający zastrzegł, że: „Na odcinku jednotorowym dopuszczane są zamknięcia trwające 10h/dobę. Wykonawca może ubiegać się o zamknięcia całodobowe na odcinku jednotorowym, lecz nie mogą być one dłuższe niż 3 doby następujące po sobie. Maksymalna liczba dni zamknięć całodobowych na odcinku linii jednotorowym dla całego kontraktu wynosi 12 dni.

Tym samym oferta Wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ i podlega odrzuceniu na podstawie przepisu wskazanego powyżej.”.

Izba stwierdziła również dla potrzeb niniejszego rozstrzygnięcia, że zgodnie z pkt 4.2.2. Programu Funkcjonalno-Użytkowego Zamawiający postanowił, że na odcinku jednotorowym dopuszczane są zamknięcia trwające 10h/dobę. Wykonawca może ubiegać się o zamknięcia całodobowe na odcinku jednotorowym, lecz nie mogą być one dłuższe niż 3 doby następujące po sobie. Maksymalna liczba dni zamknięć całodobowych na odcinku linii jednotorowym dla całego kontraktu wynosi 12 dni.

Przechodząc do meritum sprawy, Izba uznała, że Zamawiający zrozumiał oświadczenie Odwołującego ze strony 3 jego wyjaśnień z dnia 31 marca 2017r. w sposób odbiegający od jego faktycznej intencji.

Według Izby Odwołujący wprost nie oświadczył, że zamknie dla etapu 2 odcinek linii jednotorowej szlaku Czeremcha – Hajnówka w wymiarze 24 godzin na dobę przez okres 5 miesięcy, co pozostawałoby w kolizji z powołanym wyżej postanowieniem pkt. 4.2.2. Programu Funkcjonalno-Użytkowego.

Wymaga wskazania, że Odwołujący wytłumaczył powyższe oświadczenie, jako całkowite zamknięcie ruchu kolejowego, lecz nie całodobowe(brak tego słowa).

Według jego twierdzeń zamknięcie odcinka linii jednotorowej na szlaku Czeremcha – Hajnówka miało być w czasie nieprzekraczającym 10h/dobę, co było dopuszczone treścią SIWZ.

Izba uznała powyższe wyjaśnienia za logiczne i spójne.

Należy wprowadzić przyznać, że oświadczenie to nie było jednoznaczne z racji posłużenia się przez Odwołującego zwrotem „całkowite”, jednak brak takiej precyzji nie może automatycznie eliminować – w ocenie Izby - wykonawcy z przetargu.

W takim przypadku Zamawiający powinien szczegółowo wyjaśnić powyższą kwestię związaną z przyjętą przez Odwołującego organizacją ruchu kolejowego, a także przyjęte przez niego założenia i okresy zamknięć torowych w spornym zakresie na zasadzie art.87 ust.1 zd. 1 ustawy Pzp, tym bardziej, że Odwołujący w swojej ofercie oświadczył również, że akceptuje, w pełni i bez zastrzeżeń, postanowienia: SIWZ dla niniejszego zamówienia, wyjaśnienia do tej SIWZ oraz modyfikacje tej SIWZ i uznaje się za związanego określonymi w nim postanowieniami i gwarantuje wykonanie całości niniejszego zamówienia zgodnie z treścią: SIWZ, wyjaśnień do SIWZ oraz jej modyfikacji.

Stosownie do brzmienia tego przepisu w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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 ze zm.).

Przewodniczący:.....