

Sygn. akt: KIO 1860/18

WYROK
z dnia 2 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska
Anna Osiecka
Anna Packo

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 września 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 września 2018 r. przez wykonawcę **INTOP Warszawa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **PKP Polskie Linie Kolejowe spółka akcyjna w Warszawie**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu - **PKP Polskie Linie Kolejowe spółka akcyjna w Warszawie**, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy **INTOP Warszawa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**, oraz powtórzenie badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty wykonawcy **INTOP Warszawa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**;
2. Kosztami postępowania obciąża **PKP Polskie Linie Kolejowe spółka akcyjna 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 **INTOP Warszawa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**, tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od **PKP Polskie Linie Kolejowe spółka akcyjna w Warszawie** na rzecz **INTOP Warszawa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**, kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony 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 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) 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

I. PKP Polskie Linie Kolejowe spółka akcyjna w Warszawie (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „*Rozbudowa przejścia pod torami wraz z przebudową peronu nr 2 w stacji Jaworzyna Śląska*” w ramach projektu: „*Prace na linii kolejowej nr 274 Wrocław-Zgorzelec na odcinku Wrocław-Jelenia Góra oraz przyległych łącznicach*”.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017, poz. 1579 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 17 września 2018 r. wykonawca INTOP Warszawa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- (i) art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez jego nieuzasadnione zastosowanie, pomimo że oferta złożona przez Odwołującego jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a:
 - (a) Zamawiający nie określił minimalnych terminów realizacji zamówienia;
 - (b) termin realizacji zamówienia zaoferowany przez Odwołującego (w tym termin na realizację Etapu II) jest w pełni realny, co potwierdzają szczegółowe i wyczerpujące wyjaśnienia złożone na żądanie Zamawiającego;
 - (c) Zamawiający nie wykluczył możliwości korzystania z transportu kołowego na etapie realizacji zamówienia;
- (ii) art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 2 pkt 7 Prawa zamówień publicznych poprzez niezasadne uznanie, że przedłożone przez Odwołującego wyjaśnienia wprowadzają odmienne od określonych w dokumentacji przetargowej warianty wykonania zamówienia publicznego, gdy tymczasem wyjaśnienia te w żaden sposób nie modyfikują oczekiwanego przez Zamawiającego zamówienia, ani sposobu jego wykonania określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (tj. nie prowadzą do złożenia oferty wariantowej w rozumieniu art. 2 pkt 7 Prawa zamówień publicznych);
- (iii) art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 oraz art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez jego nieuzasadnione zastosowanie i błędne uznanie, że skrócenie terminu

realizacji zamówienia stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i skutkować powinno odrzuceniem oferty Odwołującego, gdy tymczasem działaniu Odwołującego nie sposób przypisać cechy sprzeczności z prawem lub dobrymi obyczajami;

a w konsekwencji powyższego,

- (iv) art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Zarzut dotyczący wyjaśnień w zakresie terminu realizacji etapu 2 (niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia)

Odwołujący podnosił, że uzasadniając decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego jako niezgodnej z SIWZ Zamawiający wskazywał rzekomą niedopuszczalność uwzględnienia w założeniach na etapie ofertowania transportu kołowego, z którego mieliby korzystać wykonawcy na etapie realizacji zamówienia. Zdaniem Zamawiającego niemożność korzystania z transportu kołowego wynikać ma z pkt. 7 Projektu budowlanego branży torowej. W pierwszej kolejności Odwołujący wykazywał zatem, że nie jest prawdą, jakoby z treści dokumentacji przetargowej wynikały jakiegokolwiek jednoznaczne wytyczne w zakresie środków transportu, w tym w szczególności wymóg korzystania jedynie z transportu kolejowego.

Przywołane powyżej postanowienie projektu budowlanego w zakresie branży torowej formułuje następujący wymóg: „Faza I - przebudowa peronu nr 2. Tory nr 4 i 6 są obecnie zamknięte dla ruchu. Dostawa materiałów wagonami z rozładunkiem na peronie nr 2 w części nie objętej przebudową. Na koniec fazy i należy oddać do eksploatacji cały peron nr 2 wraz z torami nr 4 i 6.”

Z powyższego fragmentu Zamawiający wywodził wniosek o jednoznacznym zakazie korzystania przez wykonawców z transportu kołowego. Tymczasem, nawet abstrahując od innych postanowień dokumentacji, z których wynikają wnioski zupełnie odmienne (o czym w dalszej części odwołania), nie ulega wątpliwości, że wykładnia Zamawiającego nie znajduje potwierdzenia w treści przytoczonego fragmentu. Zamawiający stwierdził w nim jedynie bowiem, że:

- a) tory 4 i 6 są zamknięte dla ruchu;

b) dostawa materiałów, która odbywać się będzie wagonami uwzględniać musi rozładunek w części nieobjętej przebudową;

c) oddanie do eksploatacji peronu 2 odbywać się musi wraz z torami 4 i 6.

Tymczasem na podstawie tego postanowienia Zamawiający formułuje nieuzasadniony wniosek. Co więcej stanowisko Zamawiającego ewoluowało, co zdaniem Odwołującego dowodzi, że jest ono podyktowane jedynie próbą dostosowania go do decyzji o odrzuceniu oferty. Jak dotychczas Zamawiający twierdził bowiem jedynie, że uzgodnienia w zakresie organizacji przejazdu kolejowego (co jest niezbędne dla skorzystania z transportu kołowego) może być czasochłonne. Zresztą na stronie 5 Zawiadomienia o odrzuceniu oferty argument ten ponownie się pojawia (Odwołujący odniesie się do niego w dalszej części odwołania). Natomiast dopiero w tym zawiadomieniu pojawia się teza niedopuszczalności transportu kołowego (str. 1 i 4 Zawiadomienia).

Odwołujący zwracał uwagę, że nie jest obowiązkiem wykonawców poddawanie dokumentacji przetargowej zabiegom interpretacyjnym. Dlatego też na etapie formułowania oferty założył on, iż skoro transport kołowy nie został przez Zamawiającego wykluczony, to może on być wzięty pod uwagę jako jedna z możliwości dostawy materiałów na plac budowy. Tym bardziej, że ewentualne wątpliwości w tym zakresie rozwiewane są przez inne materiały wchodzące w skład dokumentacji przetargowej.

W STWiORB (tory wraz z peronem), pkt 4, Zamawiający wskazał:

4. TRANSPORT.

Dobór środków transportu Wykonawca przedstawia do akceptacji Inspektorowi Nadzoru.

Postanowienie to jednoznacznie wskazuje, że kwestie doboru środków transportu rozstrzygane będą na etapie następującym po wyborze wykonawcy. Pozostaje to zresztą w pełni zgodne z formułą niniejszego zamówienia, zgodnie z którą projekty wykonawcze dla każdej z branż opracowywane będą przez wybranego wykonawcę.

Okoliczność tę doprecyzowują postanowienia ujęte w Warunkach umowy (TOM II SIWZ), § 1 pkt 2: „Szczegółowe rozwiązanie techniczno - materiałowe, w zgodności odrębnymi przepisami i normami, określone będą w projekcie budowlanym/projekcie wykonawczym sporządzonym przez Wykonawcę.

Nie budzi wątpliwości Odwołującego, że „rozwiązania techniczno-materiałowe”, o których mowa w tym postanowieniu obejmować będą właśnie m. in. takie aspekty jak dobór środków transportu.

Przywołane przez Odwołującego postanowienia jednoznacznie jego zdaniem dowodzą, że etap przygotowywania i składania ofert nie jest właściwym dla opracowywania szczegółowych założeń dla transportu materiałów na plac budowy. Tym samym nie istniały powody, dla których akurat transport kołowy nie mógł być jednym z tych, które weźmie pod uwagę wykonawca.

Znajduje to ostateczne potwierdzenie w postanowieniach dokumentacji przetargowej, w których sam Zamawiający wskazuje na możliwość korzystania z transportu kołowego. I tak w Warunkach umowy (§ 12 pkt 16) rozstrzygnięto kwestię ponoszenia kosztów utrzymania obiektów tymczasowych: „Koszty wykonania i utrzymania obiektów tymczasowych na terenie budowy wraz z wykonaniem, utrzymaniem, konserwacją dróg dojazdowych i ogrodzeń, rozprawieniem wody, energii elektrycznej, łączności itp. po terenie budowy ponosi wykonawca w całości.”

Odwołujący zauważa, że Zamawiający wprost wskazuje tu na możliwość posługiwania się drogami dojazdowymi (zorganizowania właśnie takiej drogi wymagać będzie transport kołowy).

Dodatkowo w pkt. 8.6.2 IDW ppkt b) Zamawiający wymagał, aby każdy z wykonawców w celu realizacji zamówienia wykazał się dostępnością m.in. żurawia drogowego lub kolejowego, a więc w gestii wykonawcy było przyjęcie dźwigów kolejowych do rozładunku lub przy wykorzystaniu dźwigu drogowego wraz z zapewnieniem mu odpowiedniego dojazdu (m.in. drogi tymczasowe, przejazdy tymczasowe itp.) w miejsce pracy m.in. przy rozładunku materiałów przywiezionych koleją oraz rozbiórek itp. Zamawiający nie może żądać od wykonawców dysponowaniem sprzętem na etapie procedury przetargowej, którym de facto wykonawcy nie mogliby się posłużyć na etapie realizacji zamówienia. Także pkt 4.7 ppkt 9) PFU mówi o konieczności wykonywania robót przy użyciu sprzętu co najmniej wymienionego w ofercie.

Z kolei w STWiORB (tory wraz z peronem), pkt 4.2 (str. 14), Zamawiający wskazał:

4.2. Transport sprzętu i materiałów: Samochód dostawczy.

Podobnie w pkt 4.2 (str. 26):

4.2. Transport sprzętu i materiałów.

Transport kołowy: samochód samowyladowczy dla transportu kruszywa na terenie budowy.

Nie jest więc prawdą, jakoby transport kołowy był niedopuszczalny w oparciu o postanowienia dokumentacji przetargowej. Wykonawcy ubiegający się o niniejsze zamówienia mieli prawo, wobec przywołanych postanowień, wysnuć wnioski zupełnie odmienne od aktualnie formułowanych przez Zamawiającego. Brak jednoznacznych wymogów w postaci zakazu uwzględnienia w ofercie transportu kołowego (a wręcz wskazanie na możliwość jego zastosowania) czyni korzystanie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych nieuzasadnionym. Wielokrotnie na temat braku podstaw do odrzucenia oferty na skutek nieprecyzyjnych postanowień dokumentacji przetargowej wypowiedziała się Izba: „Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) może mieć miejsce tylko i wyłącznie w sytuacji, gdy zamawiający ma pewność, że oferta danego wykonawcy jest niezgodna z SIWZ, przy czym, postanowienia SIWZ powinny być jasne i klarowne, w tym co do sposobu realizacji zamówienia w przyszłości, a jakiegokolwiek wątpliwości w interpretacji postanowień zawartych w SIWZ w tym zakresie nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawcy”.

Zdaniem Odwołującego, działania Zamawiającego ewidentnie pozbawione są konsekwencji. Jeśliby bowiem prawdą było, że z dokumentacji przetargowej wynika zakaz korzystania z transportu kołowego, to już po złożeniu Wyjaśnień 2 (gdzie wprost jest mowa o tym rodzaju transportu) oferta Odwołującego powinna zostać odrzucona. Tymczasem Zamawiający kontynuował procedurę wyjaśnień. Świadczy to tym, że aktualne twierdzenia Zamawiającego na temat środków transportu są jedynie konsekwencją przyjętej taktyki procesowej (której założeniem jest rozbudowanie podstaw uzasadniających odrzucenie oferty Odwołującego).

Odwołujący podnosił, że zastosowanie transportu kołowego nie musi się bezwzględnie wiązać z wybudowaniem w tym celu przejazdu kolejowego. Możliwe (i niejednokrotnie praktykowane) jest korzystanie przez wykonawców realizujących kontrakty kolejowe z rozwiązań łączonych, tj. kolejowo - samochodowych. Nic bowiem nie stoi na przeszkodzie, aby materiał dowożony był samochodami do miejsca przeładunku znajdującego się w pobliżu placu budowy, po czym torami (np. drezyną) dowożony byłby do samego placu budowy. Prezentowana na obecnym etapie przez Zamawiającego wykładnia powodowałaby niemożność korzystania z takiego rozwiązania, a rozładunek materiałów bez wykorzystania np. dźwigów samochodowych uniemożliwiłaby rozładunek niektórych materiałów.

Wszystkie powyższe okoliczności zostały wzięte pod uwagę przez Odwołującego na etapie opracowywania oferty. Odwołujący podkreślał, że w Wyjaśnieniach 2 (w których widnieje odniesienie do transportu kołowego) oraz w kolejnych, transport kołowy pojawia się jako

uzupełniająca (a nie główna i zasadnicza) forma transportu. Co więcej, dwie spośród równoważnych wersji opisanych w Wyjaśnieniach 2 w ogóle nie uwzględniają transportu kołowego (wersja 2A oraz wersja 5).

Powyższe oznacza, że niezależnie od tego czy Zamawiający zgodzi się na wybudowanie przejazdu kolejowego, Odwołujący będzie w stanie zagwarantować wywiązanie się z zaoferowanego terminu realizacji Etapu 2 i całego zamówienia.

Odwołujący nie zgadzał się z Zamawiającym, że w realiach czasowych zamówienia stanowiącego przedmiot Postępowania nie będzie możliwe podjęcie wszelkich niezbędnych ustaleń w związku z budową przejazdu i to niezależnie od tego czy, jak twierdził Zamawiający, procedura trwała będzie kilkadziesiąt dni. Odwołujący przypominał, że w Harmonogramie Fazowania Robót (załącznik 1 do Wyjaśnień 1) przewidział liczący kilkadziesiąt dni (szczegóły w tym zakresie nie są podawane w odwołaniu z uwagi na objęcie wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa) okres przeznaczony na prace przygotowawcze. W tym czasie podejmowane będą właśnie takie działania jak uzgodnienia z Zamawiającym optymalnego rozwiązania w zakresie środków transportu.

Co więcej, nawet jeśli do pierwszego dnia realizacji Etapu 2 nie uda się wypracować porozumienia oraz wybudować przejazdu, to nic nie stoi na przeszkodzie, aby nastąpiło to w późniejszym okresie. Zgodnie z treścią Wyjaśnień 1 materiały i urządzenia niezbędne do wykonania zamówienia dostarczane będą sukcesywnie (szczegóły w tym zakresie w pkt. 5 Wyjaśnień 1).

Odwołujący podkreślał również, że już na etapie opracowywania oferty porozumiał się z podwykonawcą w sprawie organizacji przejazdu kolejowego. W przypadku wyboru oferty Odwołującego podwykonawca ten niezwłocznie przystąpi do opracowania projektu przejazdu na stacji Jaworzyna Śląska oraz wypracowania niezbędnych uzgodnień.

Odnosząc się do rzekomej niemożliwości zorganizowania przejazdu na stacji objętej przedmiotem Postępowania, Odwołujący podkreśla, że przeczy temu realizacja poprzednich inwestycji prowadzonych w jej obszarze. W 2016 r. udzielone zostało zamówienie, którego przedmiotem była modernizacja peronów, wiat peronowych oraz przejścia pod torami w st. Jaworzyna Śląska, w ramach projektu inwestycyjnego „Prace na linii kolejowej nr 274 Wrocław - Zgorzelec na odcinku Wrocław - Jelenia Góra oraz przyległych łącznicach”. W materiałach przetargowych zamieszczonych dla tego zadania nie było wskazania wykonania przejazdu kolejowego technologicznego (podobnie jak w przypadku Postępowania były zastosowane analogiczne postanowienia wskazujące na transport kolejowy lub samochodowy). Opracowanie

i fazowanie powyższego zadania obejmowało peron nr 2 i tor 4 i 6. Pomimo to wybrany wykonawca zorganizował i wykorzystywał przejazd kolejowy. Na dowód powyższego Odwołujący przedkładał materiał zdjęciowy obrazujący przebieg realizacji przywołanego postępowania dotyczącego zadania na linii kolejowej nr 274. Zawiera on poszczególne klatki wycięte z ogólnodostępnego filmu pn. „Remont stacji kolejowej Jaworzyna Śląska”.

Odwołujący podnosił, że zastosowany przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych przewiduje, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Odwołujący podkreśla, że szanuje prawo Zamawiającego do ustalenia ponad wszelką wątpliwość wszelkich okoliczności mających znaczenie z punktu widzenia realizacji zamówienia, dlatego też udzielał rzeczowych i wyczerpujących wyjaśnień w odpowiedzi na każde skierowane do niego wezwanie.

Art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych służy do „wyjaśniania”, a więc doprowadzenia niezrozumiałej treści oferty wykonawcy w konkretnym zakresie do znaczenia zrozumiałego i niebudzącego wątpliwości. Trudno zgodzić się z Zamawiającym, że oświadczenie Odwołującego może być odczytywane jako niezrozumiałe - Odwołujący w sposób jednoznaczny wskazał terminy realizacji poszczególnych Etapów. Terminy te nie wykraczały poza określone w dokumentacji limity. W również jednoznaczny sposób terminy te zostały potwierdzone w złożonych wyjaśnieniach.

Przyczyn rzekomej niezgodności Zamawiający dopatruje się w treści złożonych wyjaśnień. Po pierwsze jednak (abstrahując od oceny samych wyjaśnień, o czym w dalszej części odwołania), wyjaśnienia nie zmieniają oświadczenia zawartego w ofercie co do terminów realizacji poszczególnych Etapów. Nie sposób więc ustalić na czym polegać miałyby rzekoma niezgodność z SIWZ. Po drugie - skoro Zamawiający nie postawił dolnego limitu w zakresie czasu trwania Etapów (nic nie stało na przeszkodzie, aby to uczynił, tym bardziej, że w przetargach organizowanych przez PKP PLK zdarza się to dosyć często), to ewentualna ocena zasadności odrzucenia oferty nie powinna odbywać się przez pryzmat art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

Jak wskazuje Izba w jednej z analizowanych spraw, również dotyczących rzekomej niezgodności ze specyfikacją zaoferowanego (skróconego) terminu realizacji zamówienia: „W przypadku zarzutów dot. niezgodności treści oferty z SIWZ, konieczne jest jednoznaczne ustalenie, iż dany wykonawca złożył oświadczenie sprzeczne z konkretnymi wymogami SIWZ”. Tymczasem w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego wskazano na jedną tylko podstawę niezgodności (przejazd kolejowy), co zostało już dostatecznie wyjaśnione powyżej. Skoro więc Zamawiający nie zdecydował się na określenie minimalnych terminów realizacji

poszczególnych Etapów, to nie sposób zgodzić się, że oświadczenie wykonawcy w tym zakresie może prowadzić do skorzystania przez Zamawiającego z art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych. Weryfikacja zgodności oferty ze specyfikacją nie może opierać się wyłącznie na subiektywnej ocenie czy też swoistym domniemaniu wysnutym przez Zamawiającego⁶. Aby stwierdzona została przesłanka niezgodności ze specyfikacją niezbędne jest ustalenie, że złożona oferta nie odpowiada wymaganiom co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia⁷. Skoro takie wymagania nie zostały sprecyzowane (a więc nie jest również możliwe stwierdzenie, że złożona oferta im nie odpowiada), to Zamawiający nie ma podstaw do korzystania z art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, czego dowodzi również to, że Zamawiający nie wskazał, który z wymogów specyfikacji został naruszony.

Zamawiający nie tylko nie udowodnił, ale nawet nie podjął próby wskazania, na czym polega niezgodność oferty Odwołującego ze specyfikacją, stosując więc przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych naruszył jego dyspozycję.

Niezależnie od braku podstaw do skorzystania przez Zamawiającego z art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, Odwołujący podkreślał, że, odpowiadając na wezwania Zamawiającego, udzielał wyjaśnień szczegółowych i wyczerpujących, a w treści składanych pism nie ograniczał się jedynie do zakresu informacji żądanego przez Zamawiającego:

(a) Wyjaśnienia 1 odnoszą się szczegółowo, na 18 stronach, do wszystkich sześciu okoliczności, które wskazał Zamawiający;

(b) Wyjaśnienia 2 zawierają wieloaspektowe omówienie możliwych do wykorzystania sposobów transportu materiałów do miejsca wykonywania robót w ramach realizacji Etapu 2 w zaoferowanym przez Odwołującego terminie;

(c) z kolei Wyjaśnienia 3 uszczegóławiają przyszłą realizację Etapu 2, w kontekście zasobów kadrowych i sprzętowych.

Żadna z wątpliwości podniesionych w toku postępowania wyjaśniającego przez Zamawiającego nie pozostała bez odpowiedzi, na każde pytanie Odwołujący prezentował nie tylko szczegółowe wyjaśnienia, ale i odpowiedni materiał dowodowy (złożonych zostało łącznie jedenaście dowodów).

W treści Zawiadomienia Zamawiający stwierdza, że udzielane przez Odwołującego informacje odnośnie fazowania robót ewoluowało i podlegało modyfikacjom (str. 3). Odwołujący nie może zgodzić się z takim twierdzeniem. Wszystkie informacje na temat fazowania, które

ujęte zostały w poszczególnych wyjaśnieniach mają jeden wspólny mianownik, którym jest możliwość wywiązania się z terminu realizacji Etapu 2 w trzy miesiące.

46. Jaskrawym przykładem obrazującym zaistniałą sytuację jest rzekoma ewolucja czasu prac peronowych. Zamawiający zwrócił uwagę, że zgodnie z Wyjaśnieniami 2 miały one trwać określoną liczbę dni (Odwołujący nie wskazuje szczegółów ze względu na objęcie wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa), a Wyjaśnienia 3 wskazują na okres o kilkanaście dni krótszy. Zupełnie pomija jednak Zamawiający, że wzywając Odwołującego do złożenia Wyjaśnień 3 Zamawiający podzielił się informacją (brak możliwości korzystania z transportu kołowego), która nie była wcześniej znana wykonawcom.

Twierdzenia Zamawiającego o rzekomym wydłużeniu w Wyjaśnieniach 2 czasu w zakresie prac w ramach Etapu 2 jest nieprawdziwe. Zamawiający pomija, że do Wyjaśnień 1 poza tabelą przedstawiającą ogólne założenia fazowania dla wszystkich etapów (załącznik 1) została załączona również tabela szczegółowa dla Etapu 2 i 3. Liczby dni tam wskazane są identyczne z tymi, które podane zostały w Wyjaśnieniach 2 (z wyjątkiem omyłki, o której poniżej), co zupełnie pomija Zamawiający.

Z podobnym nadużyciem interpretacyjnym ze strony Zamawiającego mamy do czynienia, zdaniem Odwołującego, w przypadku twierdzenia na temat rzekomego skrócenia prac na peronie w Wyjaśnieniach 2 o kilkadziesiąt dni. Informacje na temat czasu wykonywania poszczególnych prac zostały przedstawione przez Odwołującego na wykresach, gdzie obok linii na osi czasu widniała informacja o liczbie dni. Rzeczywiście przy pracach peronowych pojawia się przywołana przez Zamawiającego liczba. Jest ona jednak oczywistą omyłką wynikającą z wadliwego sumowania się poszczególnych dni harmonogramu (przedstawionego na wykresie Gantta), o czym świadczy zaznaczenie na osi czasu (odpowiadające właściwej, zgodnej z pozostałymi wersjami, liczbie) oraz uszczegółowione na tym samym wykresie rodzaje prac na peronie.

Wykonawca, uszczegóławiając Wyjaśnienia nr 1 podawał terminy, które również ulegały uszczegółowieniu pod względem ilości robót, konsekwencją było zaprezentowaniu ich w rozbiciu dziennym. W związku z powyższym Zamawiający niesłusznie porównywał dane wyrażone w miesiącach z danymi wyrażonymi w dniach (rozbicie dziennie zawiera informacje o wyższym poziomie szczegółowości, np. pół roboczego tygodnia - 2,5 dnia, przy braku posłużenia się rozbiciem dziennym może być rozumiane jako 2 lub 3 dni).

Odwołujący podkreślał, że składając Wyjaśnienia niezmienna pozostawała deklaracja w zakresie utrzymania dla Etapu 2 terminu trzech miesięcy. Kolejne Wyjaśnienia

doprecyzowywały jedynie przebieg prac, zgodnie z kolejnymi pytaniami sformułowanymi przez Zamawiającego. W treści dokumentacji przetargowej Zamawiający nie postawił żadnych wymagań odnośnie fazowania poszczególnych etapów, twierdzenia o niezgodności oferty z SIWZ w tym zakresie są więc nieuzasadnione.

Niezrozumiałe dla Odwołującego są również twierdzenia Zamawiającego o nieuwzględnieniu w opisie fazowania niektórych prac, takich jak np. rewitalizacja wiaty oraz infrastruktury peronowej (str. 3 Zawiadomienia). Jest dokładnie odwrotnie - Odwołujący, zgodnie z opisem projektu budowlanego oraz STWiORB remont/rewitalizację istniejących wiat musiał uwzględnić w robotach należących do obiektu mostowego, tj. w robotach przynależnych do budowy i przebudowy przejścia podziemnego i tak zostały wskazane w harmonogramie robót. Prace te będą wykonywane przez cały okres związany z przebudową przejścia Etapu 2. Znamienne jest przy tym, że Zamawiający nie określił żadnych wymagań w zakresie treści harmonogramów fazowania (w tym nie narzucił ich poziomu szczegółowości), a jednocześnie podaje jako podstawę odrzucenia oferty rzekome nieuwzględnienie w ofercie określonych prac.

Dodatkowo Odwołujący wskazywał, że w harmonogramie w części dot. Etapu 2 ujęto pozycję „czynności odbiorowe oraz wszelkie inne nieprzewidziane roboty”, co powinno jednoznacznie przekonać Zamawiającego, że nawet jeżeli dane prace nie zostały wyszczególnione, to teza o ich pominięciu w kalkulacji ofertowej jest nieprawdziwa.

Nieuzasadnione są również wywody Zamawiającego odnośnie założeń, które przyjął Odwołujący w kontekście zamknięć torowych (str. 3 i 4 Zawiadomienia). Standardem jest, że szczegóły w tym zakresie określa regulamin opracowany przez wybranego wykonawcę wspólnie z Zamawiającym. Potwierdza to zresztą przywołany już powyżej projekt w zakresie branży torowej, gdzie w pkt. 7 (str. 23) przeczytać można: „Roboty natęży realizować przy zamknięciach torów dla ruchu pociągów po uprzednim spisaniu regulaminu tymczasowego ruchu pociągów na czas trwania robót”. Potwierdzają to również Warunki umowy, gdzie wśród obowiązków wybranego wykonawcy wymienia się uczestnictwo w opracowaniu Regulaminu tymczasowego prowadzenia ruchu w czasie wykonywania robót (§ 15 ust. 1 pkt 4 lit. c). Na marginesie - kwestie zamknięć torowych regulowane są w wiążącej wszystkich wykonawców instrukcji „Zasady organizacji i udzielania zamknięć torowych Ir-19”.

Odnosząc się do twierdzenia Zamawiającego o braku zapewnienia zmian zgodnie z regulacjami Kodeksu pracy (str. 4 Zawiadomienia) Odwołujący oświadcza, że są one niczym nieoparte. Normy kodeksowe są przez Odwołującego przestrzegane restrykcyjnie w toku wszystkich realizowanych inwestycji, nie inaczej będzie w przypadku zamówienia stanowiącego przedmiot Postępowania.

Odwołujący podtrzymywał dotychczasowe twierdzenia o analogii przedmiotu Postępowania z pracami realizowanymi w ramach zadania „Rewitalizacja linii kolejowych nr 139 na odcinku Bielsko Biała - Lipnik - Wilkowiec Bystra” (które realizowane jest przed Odwołującym). Podobieństwo pomiędzy obiema inwestycjami jest aż nadto widoczne – w obu przypadkach mamy do czynienia z pracami na dwukrawędziowym peronie o długości 150 m oraz podobnym zakresem prac torowych. W obu przypadkach prace torowe i peronowe prowadzone były lub mają być prowadzone jednocześnie. To, co różni inwestycję w zakresie linii kolejowej 139 od przedmiotu Postępowania, to zakres prac związanych z budową nawierzchni. O ile w przypadku linii 139 Odwołujący musiał wykonać ok. 7 000 m nawierzchni, o tyle w Postępowaniu zakres tych prac wynosi 995 m (a więc jest ponad siedmiokrotnie mniejszy). Dla powyższych prac w zakresie linii 139 termin realizacji wynosił trzy i pół miesiąca, co oznacza, że każdego dnia wykonywane było ok. 66 mb nawierzchni, w przypadku Postępowania (okres realizacji - trzy miesiące) Odwołujący będzie musiał wykonać dziennie ok. 13,3 mb nawierzchni (a więc prawie pięć razy mniej).

Odwołujący podkreślał, że w przetargu dot. linii kolejowej nr 139 Zamawiający na żadnym etapie nie kwestionował możliwości zrealizowania podobnego (a w zakresie prac nawierzchniowych wręcz znacznie większego) zakresu prac. Co więcej - prace te, o zakresie znacząco większym (dodatkowo do wykonania była sieć trakcyjna) zostały zrealizowane w terminie 3,5 miesiąca i odebrane przez Zamawiającego. Stanowisko Zamawiającego, który nie tylko ma świadomość, że wykonanie obszerniejszego niż ten określony w Postępowaniu zakresu prac jest możliwe w zakładanym terminie, ale wie również, że konkretny wykonawca jest w stanie temu podołać, budzi daleko idące wątpliwości.

Bez znaczenia dla oceny podobieństw pomiędzy pracami dot. linii kolejowej nr 139 a przedmiotem Postępowania jest możliwość korzystania z transportu kołowego w przypadku linii kolejowej nr 139. Transport samochodami nie jest obiektywnie szybszy i nie daje wykonawcy, korzystającemu z niego istotnej przewagi nad tym, który realizuje zamówienie przy pomocy transportu kolejowego. Na faktyczną szybkość prowadzonych prac wpływają raczej takie czynniki jak zasób sprzętowy czy ludzki zgromadzony w ramach inwestycji, dostęp do materiałów czy też doświadczenie wykonawcy.

Na dowód powyższego, Odwołujący przedkładał graficzne porównanie zakresu prac wykonywanych w ramach zadania dot. linii 139 oraz planowanych dla Postępowania. Pierwszy wykres pokazuje, że biorąc pod uwagę zakres prac w zakresie budowy nawierzchni oraz układu torowego, jaki wykonywany był w ramach zadania dot. linii 139 {7 000 m} i uwzględniając wydajność, którą zagwarantował w tamtym postępowaniu Odwołujący (66 mb/dzień) możliwe byłoby wykonanie w planowanym dla Etapu 2 terminie zakresu prac

pięciokrotnie większego (4 950 m) od tego, który faktycznie będzie realizowany (995 m). Z kolei drugi wykres pokazuje, że przy wydajności z tamtego postępowania zakres prac wchodzących w Etap 2 zostałyby zrealizowane już po ok. 15 dniach.

Niezasadne zdaniem Odwołującego są również dalsze twierdzenia Zamawiającego w zakresie rzekomych zmian liczby brygad i pracowników (str. 4 Zawiadomienia). Jeszcze raz podkreślić należy, że udzielane przez Odwołującego wyjaśnienia były konsekwencją uszczegóławiających pytań Zamawiającego. Nawet bowiem, gdyby uszczegółowienia w wyjaśnieniach Odwołującego były niczym nieuzasadnione (a tak nie jest), to Odwołujący nie dopuszcza się zmian w złożonej ofercie, gdyż ta w żaden sposób nie odnosi się do kwestii liczby brygad i pracowników. Z niedozwoloną zmianą oferty w drodze wyjaśnień mielibyśmy do czynienia jedynie wtedy, gdy udzielane przez wykonawcę wyjaśnienia ingerowałyby w treść zobowiązania ofertowego. Okoliczność ta nie budzi wątpliwości w orzecznictwie Izby: „W przeciwieństwie do treści oferty wyjaśnieniom treści oferty nie nadano rygoru niezmienności, tak jak zrobiono to w stosunku do samej oferty (art. 87 ust. 1 p.z.p.). Nie oznacza to oczywiście, że wykonawca w ramach wyjaśnień może dowolnie zmieniać swoje oświadczenia lub składać oświadczenia z sobą całkowicie sprzeczne - świadczyłyby to bowiem o tym, że jego oferta nie jest "poważna". Może jednak wyjaśnienia korygować, doprecyzowywać itd.”.

Jeśli chodzi o alokację sprzętu (str. 4 Zawiadomienia, ad. 3) to Odwołujący przedstawił, jaki sprzęt będzie dostępny na budowie oraz w harmonogramie zaznaczył (poprzez pogrubienie), w jakim okresie sprzęt będzie wykorzystywany w Etapie 2. Po stronie wykonawcy jest dysponowanie odpowiednim sprzętem oraz jego obciążają przestoje tego sprzętu, z czego Odwołujący składając ofertę zdawał sobie sprawę. Po raz kolejny Zamawiający, posługując się danym argumentem, nie wskazuje, na czym polegać ma rzekoma niezgodność oferty z SIWZ.

Za zupełnie nietrafione Odwołujący uznawał twierdzenia Zamawiającego w zakresie rzekomo nierealnych założeń realizacyjnych. Na dowód tego Odwołujący ponownie przywołuje poprzednie zamówienie, które realizowane było na stacji Jaworzyna Śląska (wskazywane już w kontekście przejazdu kolejowego).

Wydajność zakładana przez Odwołującego w Postępowaniu wynosząca: 2x1,67 m krawędzi peronowej/dzień jest mniejsza od wydajności, którą bazowo określił Zamawiający w poprzednim postępowaniu na stacji Jaworzyna Śląska, tj.: 2x1,73 m krawędzi peronowej/dzień. Należy nadmienić, że w poprzednim postępowaniu termin 173 dni można było dodatkowo skrócić o 30 dni, co za tym idzie wydajność musiałaby być jeszcze dodatkowo zwiększona od bazowych Zamawiającego.

Podsumowując, Odwołujący podtrzymywał w całości swoje twierdzenia o braku podstaw do uznania, że realizacja prac składających się na Etap 2 jest niemożliwa w terminie trzech miesięcy. Już w Wyjaśnieniach 1 wykazano, że termin ten zostanie zachowany. W załączniku 1 (harmonogram fazowania) do Wyjaśnień 1 zaprezentowane zostały szczegółowe założenia w tym zakresie. Z kolei załącznik 2 przedstawiał rozwiązania technologiczne. Wyjaśnienia 2 odnoszą się do wątpliwości Zamawiającego związanych z transportem materiałów do miejsca wykonania robót. Aby zaprezentować pełną gamę możliwości Odwołujący posłużył się opisem pięciu możliwych sposobów realizacji prac (związanych z różnymi metodami transportu materiałów), które były rozpatrywane przez Odwołującego na etapie składania oferty. Z kolei w Wyjaśnieniach 3, z uwagi na twierdzenia Zamawiającego zawarte w wezwaniu co do ewentualnego braku akceptacji i możliwości zrealizowania tymczasowego przejazdu kolejowego, Odwołujący wychodząc naprzeciw oczekiwaniom Zamawiającego, przedstawił dalsze szczegóły w odniesieniu do rozwiązania przewidującego jedynie transport kolejowy (w tym omówiono zagadnienia kadrowe i sprzętowe z tym związane).

Zamawiający nie wykazał, w ocenie Odwołującego, na czym polegać miałyby niezgodność oferty Odwołującego z SIWZ. Przedstawiona w Zawiadomieniu argumentacja ma charakter ogólny, nie jest poparta nie tylko rzetelną analizą, ale wręcz nie wskazuje postanowień SIWZ, które miałyby zostać przez Odwołującego naruszone (poza tym dot. transportu kołowego). Odwołujący stoi na stanowisku, że skoro Zamawiający decyduje się na tak radykalny środek, jakim jest odrzucenie oferty wykonawcy, to nie powinno ono bazować na niedopowiedzeniach i domysłach Zamawiającego, powinno być bezsporne i jednoznaczne. Próba pozbawienia Odwołującego dostępu do zamówienia publicznego w oparciu o zaprezentowaną przez Zamawiającego argumentację nie może więc zasługiwać na uwzględnienie.

W treści zawiadomienia o odrzuceniu oferty Zamawiający wskazywał również na wprowadzenie przez Odwołującego rzekomych wariantów, co ma pozostawać w sprzeczności z postanowieniem pkt. 5 IDW. W tym miejscu Odwołujący oświadcza, że miał i ma pełną świadomość, iż Zamawiający w treści IDW nie dopuścił składania ofert wariantowych. Okoliczność ta pozostaje jednak bez znaczenia, gdyż oferta złożona przez Odwołującego była i pozostaje w pełni jednoznaczna i przewidująca sposób wykonania zamówienia zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazuje, że pojęcie oferty wariantowej zostało zdefiniowane w art. 2 pkt 7 Prawa zamówień publicznych: „należy przez to rozumieć ofertę przewidującą, zgodnie z warunkami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia

publicznego". Już pobieżna analiza tej definicji pozwala ustalić, że z wariantowością ofert będziemy mieli do czynienia jedynie, gdy w treści dokumentacji zamawiający przewidzi sposób wykonania zamówienia. Jak wskazuje Izba „ofertę wariantową charakteryzuje odmienny sposób wykonania zamówienia, tj. prezentuje ona inną niż przyjęta przez zamawiającego koncepcję uzyskania tego samego efektu za pomocą innych rozwiązań technicznych, zaś o możliwości składania ofert wariantowych decyduje zamawiający” .

Aby więc złożoną ofertę można było rozpatrywać w kategoriach wariantu, o którym mowa w art. 2 pkt 7 Prawa zamówień publicznych konieczne jest, by zamawiający w sposób jednoznaczny ustalił sposób / metodę / technologię wykonania zamówienia: „Nawet w sytuacji, gdy ulotka lub katalog, a więc dokumenty pochodzące od producenta i często niezależne od wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu, przewidują kilka wariantów części danego urządzenia, nie oznacza to, że wykonawca ten złożył ofertę wariantową. Przy analizie treści oferty należy analizować wszystkie oświadczenia i dokumenty składające się na treść oferty, a więc także brać pod uwagę złożone w ofercie oświadczenie wykonawcy. Brak wymagań zamawiającego w treści SIWZ w określonym zakresie nie stanowi o wariantowości oferty” .

Za wariantowością oferty nie może przemawiać również użycie przez wykonawcę słowa „wariant”. Odwołujący podkreśla, że pojęcie to na stałe weszło do języka polskiego na długo zanim jeszcze „oferta wariantowa” została zdefiniowana w przepisach Prawa zamówień publicznych. Fakt więc posłużenia się w składanych przez Odwołującego wyjaśnieniach tym słowem nie ma wpływu na zaistnienie samej wariantowości (na marginesie Odwołujący podkreśla, że w wyjaśnieniach nigdy nie użył określenia „oferta wariantowa”, lecz posługiwał się jedynie pojęciem „wariant”). Znajduje to potwierdzenie w orzecznictwie Izby: „Użycie wyrażenia "wariant" nie czyni jeszcze oferty ofertą wariantową, który to rodzaj oferty został zdefiniowany w art. 2 pkt 7 p.z.p.” .

W wezwaniu do złożenia Wyjaśnień 2 Zamawiający poprosił o wskazanie założeń technologicznych, dotyczących transportu materiałów do miejsca wykonania robót przy uwzględnieniu jednoczesnego wykonywania prac peronowych oraz torowych.

Ustosunkowując się do wezwania Odwołujący przedstawił Zamawiającemu kilka wersji / sposobów / wariantów transportu materiałów, które brał pod uwagę już na etapie opracowywania oferty (co zresztą jest zrozumiałe z uwagi na to, że już wtedy musiał złożyć deklarację odnośnie terminu realizacji Etapu 2). Nie można tej deklaracji zrównywać z wariantowością oferty. Zamawiający w dokumentacji przetargowej nie określił bowiem bezwzględnych wymagań w zakresie sposobu wykonania zamówienia odnośnie tych elementów, które omawiane są przez Odwołującego w poszczególnych wersjach

zaprezentowanych w Wyjaśnieniach 2 (takich jak dostawa materiałów, czy przebieg realizacji prac).

Celem, który przyświecał Odwołującemu prezentującemu poszczególne wersje było wykazanie Zamawiającemu, że istnieje co najmniej kilka metod pozwalających poradzić sobie z transportem materiałów do miejsca wykonania robót, a wszystkie one pozwalają zachować wskazany w ofercie trzymiesięczny termin realizacji Etapu 2.

Twierdzenia Zamawiającego, zgodnie z którym mamy tu do czynienia z różnymi sposobami wykonania zamówienia są zdaniem Odwołującego nieuzasadnione - Zamawiający nie określił bowiem szczegółów w tym zakresie w dokumentacji przetargowej. Taka sytuacja w pełni odpowiada powszechnej praktyce. Trudno bowiem oczekiwać, aby Zamawiający w treści dokumentacji przetargowej ingerował w takie detale, jak transport materiałów na plac budowy i narzucał wykonawcom określone rozwiązania w tym zakresie. Takie rozwiązanie byłoby niecelowe i pozbawione logiki. Zamawiający błędnie utożsamia więc metody transportu ze sposobem wykonania robót; pojęcia te nie mają ze sobą wiele wspólnego.

Odwołujący ponownie odwoływał się do postanowień dokumentacji technicznej oraz Warunków umowy opracowanych przez Zamawiającego na potrzeby Postępowania, z których jednoznacznie wynika, że transport kołowy może być brany pod uwagę na etapie składania oferty, a szczegóły w tym zakresie zostaną doprecyzowane przez wybranego wykonawcę.

Odwołujący wykazał, że umieszczona w projekcie budowlanym wzmianka o transporcie kolejowym nie może być traktowana jako definitywne wykluczenie transportu samochodowego. Obowiązkiem wykonawców było natomiast uwzględnienie specyfiki zamówienia, tj. np. tego, że Zamawiający może (acz nie musi) wyrazić zgody na uruchomienie tymczasowego przejazdu kolejowego. Odwołujący nie podporządkował transportowi kołowemu swojej koncepcji, nie sposób więc mówić, że ewentualny brak zgody w tym zakresie będzie negatywnie oddziaływać na możliwość wywiązania się przez Odwołującego z zobowiązania.

Jednocześnie, abstrahując od braku postawienia przez Zamawiającego jakichkolwiek wymogów w zakresie aspektów podnoszonych w wyjaśnieniach, Odwołujący podkreśla, że przedstawione wersje nie różnią się pomiędzy sobą w kwestiach planowanego do wykorzystania potencjału osobowego i sprzętowego. Wszystkie, co warto ponownie podkreślić, gwarantują również zachowanie zadeklarowanego terminu.

Jako odrębną podstawę prawną odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazywał art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 oraz art. 10 ust. 1 Uznk. W opinii Zamawiającego fakt zaoferowania skróconego terminu realizacji jest

czynem nieuczciwej konkurencji i, jak rozumie Odwołujący, zdaniem Zamawiającego zmierza jedynie do eliminacji z postępowania firm konkurencyjnych. Argumentacja Zamawiającego jest zdaniem Odwołującego błędna. Już samo wykazanie, że Odwołujący zaoferował realne, możliwe do dochowania terminy wykonania poszczególnych Etapów stanowi o niezasadności postawienia zarzutu w postaci czynu nieuczciwej konkurencji.

Ponadto, na uwagę zasługuje również fakt, iż to właśnie Zamawiający dążył do tego, aby przedmiotową inwestycję zakończyć jak najszybciej, w celu jak najszybszego oddania jej do użytkowania. Wskazują na to chociażby kryteria oceny ofert postawione przez Zamawiającego - kryterium termin realizacji Zamawiający przyznał aż 40 % wagi. Zauważyć należy, iż Zamawiający, jakim jest spółka PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. rzadko nadaje tak duże wagi w kryteriach pozacenowych. Zasadne wydaje się więc twierdzenie, że jest to zawsze uwarunkowane uzasadnionym oczekiwaniem co do możliwie szybkiego terminu realizacji zamówienia.

W pierwszej kolejności Odwołujący podkreśla, że immanentną cechą każdego czynu nieuczciwej konkurencji jest jego sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami. Po spełnieniu tej przesłanki niezbędne jest dodatkowo wykazanie, że zagraża to lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Odwołujący kwestionuje wystąpienie kluczowej z punktu widzenia art. 3 Uznk przesłanki w postaci sprzeczności z prawem lub dobrymi obyczajami. Po pierwsze przepisy prawa nie ingerują w kwestie terminów realizacji zobowiązań umownych. Po drugie również dobre obyczaje nie uniemożliwiają deklarowania wykonania zamówienia w terminie, który ustalony został w oparciu o wiedzę i doświadczenie wykonawcy.

W orzecznictwie zwraca się uwagę na zobiektywizowany miernik oceny pojęcia „dobre obyczaje”. Gdyby bowiem uznać, że każde działanie, które rodzi potencjalne ryzyko zagrożenia dla interesów konkurencyjnego wykonawcy jest czynem nieuczciwej konkurencji, to można by dojść do absurdalnego wniosku, że przez pryzmat tego pojęcia należy rozpatrywać już sam fakt złożenia konkurencyjnej (cenowo czy też w zakresie innych aspektów) oferty. Jak słusznie podniesiono w doktrynie, do naruszenia interesów gospodarczych podmiotu działającego na rynku, włącznie z jego wyeliminowaniem, może dojść w wyniku uczciwej gry rynkowej, a więc walki jakością, ceną i skutecznymi akcjami promocyjnymi .

Dlatego też dobre obyczaje, o których mowa w art. 3 Uznk odnosić należy do norm moralnych czy też innych, zwyczajowo mających zastosowanie w zakresie działalności gospodarczej. Niejednokrotnie naruszenie dobrych obyczajów bywa zrównywane z naruszeniem zasad współżycia społecznego. Jak wskazuje w jednym ze swoich orzeczeń Sąd Najwyższy: „Pojawienie się na rynku konkurenta z reguły wiąże się z poniesieniem przez

innego przedsiębiorcę uszczerbku w postaci mniejszego zysku, a w każdym razie - ryzyka utraty dotychczasowej pozycji, i jest to wpisane w samą zasadę konkurencyjności. Zatem, nie sam fakt zagrożenia lub powstania straty po stronie innego przedsiębiorcy, lecz sposób realizacji mechanizmu rywalizacji między konkurentami podlegać musi rozważeniu przy ocenianiu działań konkurencyjnych pod kątem sprzeczności z dobrymi obyczajami (art. 3 ust. 1 u.z.n.k.). Sposób ten powinien być weryfikowany każdorazowo w okolicznościach konkretnego miejsca i czasu przy uwzględnieniu, zasługujących na aprobatę w świetle norm moralnych, zwyczajów dochodzenia przez przedsiębiorców do osiągnięcia korzyści gospodarczych”.

Odwołujący podnosił, że zagadnienie czynu nieuczciwej konkurencji w kontekście złożenia konkurencyjnej oferty było wielokrotnie przedmiotem orzeczeń Izby. W wyroku z dnia 22 listopada 2011 r. stwierdza ona: „Utrudnienie dostępu do rynku to utrudnianie w prowadzeniu działalności gospodarczej, ale tylko takie utrudnienie, które nie wynika z prowadzonej dozwolonymi metodami walki konkurencyjnej. Niemniej jednak samo konkurowanie w postępowaniu o zamówienie publiczne, w tym takimi elementami jak cena, termin wykonania, okres gwarancji itp. nie oznacza jeszcze, że doszło do utrudnienia dostępu do rynku innym przedsiębiorcom”. Odwołujący podkreślał, że wyrok ten zapadł na gruncie sprawy, gdzie zarzut odwoławczy odnosił się właśnie do skrócenia przez wykonawcę terminu realizacji umowy.

Podobnie zresztą jak w wyroku z dnia 1 grudnia 2017 r. : „W ocenie izby zaofierowanie terminu realizacji zamówienia nawet znacząco krótszego od tych wskazanych przez konkurentów nie przesądza jeszcze o zaistnieniu czynu nieuczciwej konkurencji. Zaofierowanie tak krótkiego terminu realizacji zamówienia nie świadczy wprost o celu, jakim jest eliminowanie innych wykonawców z rynku”. Odwołujący podkreślał, iż to właśnie Zamawiającemu zależało na jak najkrótszym terminie realizacji zamówienia określając wagę w kryterium termin realizacji aż na 40%, nie wyznaczając przy tym terminu minimalnego, a jedynie termin maksymalny w jakim Wykonawcy mogą zrealizować zadanie.

Zamawiający w żaden sposób nie rozwinął postawionego przez siebie zarzutu przez co nie sposób uznać jego zasadności. Izba wielokrotnie podkreślała w swoich orzeczeniach, że formułowanie zarzutów w zakresie popełnienia przez wykonawcę rywalizującego o zamówienie publiczne czynu stanowiącego nieuczciwą konkurencję, a w szczególności jeżeli budowany jest on w oparciu o klauzulę generalną z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, powinno być poparte dowodami i nie może opierać się wyłącznie na hipotezach nie znajdujących odzwierciedlenia w rzeczywistości.

Nietrafne jest również, w ocenie Odwołującego, odwołanie się przez Zamawiającego do dyspozycji art. 10 ust. 1 Uznk. Przepis ten co do zasady chroni przed wprowadzającym w błąd oznaczeniem towarów lub usług. Po pierwsze już samo powołanie się na ten przepis budzi daleko idące wątpliwości, wszak zdaje się być oczywiste, że intencją ustawodawcy było, aby znajdował on zastosowanie wobec wprowadzanych na rynek towarów lub usług. Trudno więc wytłumaczyć jego zastosowanie do nieoferowanych masowo (lecz skompilowanych w kontekście danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego) świadczeń. Po drugie, nawet, gdyby przepis ów stosować wobec ofert przetargowych, nie jest dla Odwołującego jasne, na czym owo wprowadzenie w błąd miałyby polegać. Oświadczenie Odwołującego jest bowiem prawdziwe, nie wprowadza w błąd co do pochodzenia, ilości, jakości, składników, sposobu wykonania, przydatności, możliwości zastosowania, naprawy, konserwacji lub innych istotnych cech towarów albo usług, a także zatajenie ryzyka, jakie wiąże się z korzystaniem z nich.

Do podobnego wniosku doszła zresztą Izba w poprzednim wyroku w niniejszym Postępowaniu, gdzie na str. 17 (wyrok z dnia 14 sierpnia 2018 r. sygn. KIO 1541/18) uzasadnienia stwierdza: „W tym miejscu zauważenia dodatkowo wymaga, że powołanie się przez Zamawiającego na art. 10 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zwłaszcza wobec braku przedstawienia jakiegokolwiek argumentacji w tym zakresie, jest całkowicie niezrozumiałe, przepisy zamieszczone w art. 10 tej ustawy dotyczą bowiem wprowadzającego klientów w błąd oznaczenia towarów lub usług. W ocenie Izby nie sposób powiązać tych przepisów ze stanem faktycznym, do którego Zamawiający próbował je zastosować.

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o:

- (i) rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:
 - (a) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
 - (b) przeprowadzenia badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
 - (c) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, złożonej w Postępowaniu;
- (ii) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. W odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie wnosil o oddalenie odwołania.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Zamawiający na posiedzeniu wnosił o odrzucenie odwołania. Wniosek uzasadniał twierdząc, że Odwołujący nie posiada interesu prawnego we wniesieniu odwołania, ponieważ nie zakwestionował wszystkich przesłanek odrzucenia oferty, o których Zamawiający zawiadomił go pismem z 5 września 2018. Zamawiający precyzował, że w odwołaniu nie zakwestionowano w zarzutach naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z pkt 7 dokumentacji budowlanej - projektu budowlanego branży torowej oraz w związku z pkt 20.7.2.5 tiret 5 IDW. Wykonawca nie podniósł także zarzutu odnośnie negocjowania treści oferty.

W ocenie składu orzekającego, powyżej przytoczony wniosek Zamawiającego nie prowadzi do odrzucenia odwołania, a ewentualnie – w razie braku zakwestionowania wszystkich przesłanek odrzucenia oferty – do oddalenia odwołania ze względu na brak interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Zdaniem Izby, Odwołujący zakwestionował wszystkie przesłanki odrzucenia oferty, w tym wymienione przez Zamawiającego we wniosku o odrzucenie odwołania. Zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z pkt 7 dokumentacji budowlanej - projektu budowlanego branży torowej oraz w związku z pkt 20.7.2.5 tiret 5 IDW były szeroko przedstawiane w odwołaniu: stanowią zasadniczą treść odwołania.

Odnośnie braku podniesienia w odwołaniu zarzutu dotyczącego negocjowania treści oferty – to Zamawiający w piśmie informującym o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazał, że „Dodatkowo dochodzi w wyjaśnieniach do zaoferowania wariantowego sposobu wykonania robót oraz faktycznego negocjowania treści oferty”. Zamawiający w żaden sposób nie rozwinął tak sformułowanego, w piśmie opisującym podstawy odrzucenia oferty, zastrzeżenia – nie powiązał go z żadnym przepisem Prawa zamówień publicznych, który miałby zostać naruszony, ani ze skonkretyzowaniem, w którym miejscu których wyjaśnień „dochodzi do negocjowania treści oferty”. W rezultacie z takim stwierdzeniem Zamawiającego trudno polemizować w odwołaniu. W ocenie składu orzekającego zarzuty podniesione w odwołaniu skorelowane są z informacją o odrzuceniu oferty w zakresie podstaw prawnych i faktycznych odrzucenia oferty.

Materialną przesłankę skuteczności wniesienia odwołania Izba bada z urzędu. Izba w wyniku tego badania stwierdziła, że Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły – wówczas Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

W zakres przedmiotem zamówienia w postępowaniu, w którym wniesiono odwołanie, jest wykonanie dokumentacji wykonawczej, powykonawczej (w tym geodezyjnej), certyfikacji oraz realizacja robót w zakresie obiektów inżynierskich, peronów z infrastrukturą pasażerską, nawierzchni i podtorza, urządzeń sterowania ruchem kolejowym, elektroenergetyki w zakresie prac na linii kolejowej nr 274 Wrocław - Zgorzelec na odcinku Wrocław - Jelenia Góra.

Zamawiający ustalił następujące kryteria ocen ofert:

- (a) całkowita cena brutto - 60%:
- (b) termin realizacji - 40%.

Ocena punktowa w ramach kryterium „Termin realizacji” miała zostać przyznana poprzez porównanie sumy miesięcy, o którą ulegają skróceniu terminy na wykonanie poszczególnych Etapów w badanej ofercie z największą sumą miesięcy, o którą zostaną skrócone terminy na wykonanie poszczególnych Etapów względem terminów określonych przez Zamawiającego jako maksymalne.

Zamawiający, w treści Instrukcji dla Wykonawców (dalej jako „IDW”) przewidział, że maksymalna liczba miesięcy (Czas na Ukończenie) wynosić może 17 miesięcy (pkt 20.7.2.5 IDW). Załącznikiem nr 5 do IDW był Harmonogram Realizacji Zadania Zamawiającego (dalej jako „HRZZ”). HRZZ (sporządzony na wykresie Gantta) przewidywał pięć Etapów realizacji zamówienia. Obowiązkiem wykonawcy było opracowanie Harmonogramu Realizacji Zadania Wykonawcy (dalej jako „HRZW”) poprzez nałożenie terminów realizacji poszczególnych Etapów na HRZZ (co miało pozwolić Zamawiającemu w sposób przejrzysty zapoznać się z proponowanymi przez wykonawców terminami realizacji poszczególnych Etapów).

W pkt. 20.7.2.5 IDW Zamawiający opisał procedurę weryfikacji poprawności skrócenia przez wykonawców czasu na wykonanie zamówienia poprzez zaoferowanie terminów realizacji poszczególnych Etapów krótszych o co najmniej 30% wobec średniej arytmetycznej skrócenia terminu na wykonanie danego Etapu przez wykonawców składających wszystkie oferty niepodlegające odrzuceniu. Zaistnienie takiej sytuacji spowodować miało wszczęcie procedury wyjaśniającej prowadzonej w oparciu o art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

W pkt. V IDW Zamawiający nie dopuścił możliwości składania ofert wariantowych.

W terminie wyznaczonym w IDW złożonych zostało pięć ofert. Najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów przedstawiała oferta Odwołującego (z ceną 29 950 500,00 zł brutto).

Odwołujący przewidział następujące terminy realizacji poszczególnych Etapów:

- (a) Etap 1 - 1 miesiąc;
- (b) Etap 2 - 3 miesiące (wobec maksymalnych 7 przewidzianych przez Zamawiającego);
- (c) Etap 3 - 3 miesiące (wobec maksymalnych 7 przewidzianych przez Zamawiającego);
- (d) Etap 4 - 3 miesiące (wobec maksymalnych 5 przewidzianych przez Zamawiającego);
- (e) Etap 5 - 2 miesiące (wobec maksymalnych 6 przewidzianych przez Zamawiającego).

Pismem z dnia 7 czerwca 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty. Wyjaśnienia te miały odnosić się do Etapów 2, 3, 4 i 5 i wskazywać na następujące aspekty realizacji zamówienia:

- (a) fazowanie robót;
- (b) metody, jakimi wykonawca planuje wykonać roboty;
- (c) zasoby ludzkie i sprzętowe konieczne do zrealizowania robót w zaproponowanym rozwiązaniu technicznym;
- (d) zakładana wydajność zasobów;
- (e) plan dostaw materiałów i urządzeń;
- (f) ocena ryzyka i jego ewentualna mitygacja.

Pismem z dnia 13 czerwca 2018 r. (dalej jako „Wyjaśnienia 1”) Odwołujący przedstawił wyjaśnienia w zakresie wskazywanych przez Zamawiającego okoliczności.

Następnie, pismem z dnia 5 lipca 2018 r., Zamawiający zwrócił się do Odwołującego z wnioskiem o uszczegółowienie informacji odnośnie Etapu 2. Wniosek sprowadzał się do wskazania szczegółowych założeń technologicznych wraz z przyjętymi rozwiązaniami dotyczącymi transportu materiałów do miejsca wykonania robót. Zamawiający poinformował Odwołującego, iż ocena wyjaśnień złożonych w nawiązaniu do czasu realizacji Etapu 2 odbędzie się w kontekście świadczenia niemożliwego do spełnienia w rozumieniu art. 387 k.c. w zw. z art. 58 k.c. Pismem z dnia 9 lipca 2018 r. (dalej jako „Wyjaśnienia 2”) Odwołujący ustosunkował się do wezwania, przedstawiając m. in. analizowane przez Odwołującego (na etapie składania oferty) możliwości realizacji jednoczesnych prac na peronie oraz wykonywania robót torowych (różniących się głównie metodami transportu materiałów do placu budowy).

W wyjaśnieniach Odwołujący opisał „możliwości wykonania, jakie brał pod uwagę na etapie składania oferty”:

Wersja 1, 2, 3 i 4 - transport kolejowy z częściowym wykorzystaniem transportu samochodowego po wykonaniu tymczasowego przejazdu kolejowego („lub z częściowym wykorzystaniem istniejącego”

Wersja 5 – całość prac prowadzona transportem kolejowym.

Odwołujący w wyjaśnieniach podał, że jako najkorzystniejszy założył wariant 4, „jednocześnie w/w warianty realizacji są w naszej opinii jak najbardziej do wykorzystania

w przypadku wystąpienia nieprzewidzianych (a możliwych do przewidzenia przez Zamawiającego na tym etapie postępowania lub Wykonawcę w późniejszym etapie postępowania) okoliczności, które mogą wpłynąć na zastosowanie innej wersji wykonania robót”.

Dnia 17 lipca 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do udzielenia kolejnych wyjaśnień. Wszystkie postawione (cztery) pytania sprowadzały się do sposobu realizacji prac w ramach Etapu 2 (dot. potencjału kadrowego, sprzętowego oraz wykorzystania przejazdu kolejowego). Do tego wezwania Odwołujący ustosunkował się pismem z dnia 19 lipca 2018 r. (dalej jako „Wyjaśnienia 3”).

Dnia 24 lipca 2018 r. Zamawiający powiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (tj. w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych). Jako pierwszą z przyczyn wskazał brak wykazania, że realizacja prac z Etapu 2 może być wykonana w terminie 3 miesięcy. Zdaniem Zamawiającego przedłożone wyjaśnienia przedstawiają warianty, a Zamawiający nie przewidział możliwości składania ofert wariantowych. Dodatkowo Zamawiający stwierdził, że udzielając wyjaśnień Odwołujący „zaczął negocjować sposób wykonania zamówienia”. Jako podstawę prawną odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający wskazał także art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych (w zw. z art. 3 i 10 Uznk), stwierdzając, że celem przyswiecającym Odwołującemu była eliminacja konkurencyjnych wykonawców.

Dnia 3 sierpnia 2018 r. Odwołujący wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego, wskazując, poza brakiem podstaw do odrzucenia oferty z uwagi na rzekomą niezgodność z SIWZ, na wadliwe uzasadnienie faktyczne i prawne decyzji o odrzuceniu oferty. W wyroku z dnia 14 sierpnia 2018 r. (sprawa o sygn. KIO 1541/18). Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Pismem z dnia 5 września 2018 r. Zamawiający powiadomił Odwołującego o unieważnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego, a następnie, tego samego dnia zawiadomił o ponownym odrzuceniu jego oferty, jako podstawę prawną wskazując: art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z pkt. 20.7.2.5 tiret 5 IDW oraz pkt 7 Projektu budowlanego branży torowej, art. 87 ust. 1 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 i art. 10 ust. 1 Uznk (dalej jako „Zawiadomienie”).

Uzasadniając decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego jako niezgodnej z SIWZ Zamawiający wskazał niedopuszczalność uwzględnienia w założeniach na etapie ofertowania transportu kołowego, z którego mieliby korzystać wykonawcy na etapie realizacji zamówienia. Zdaniem Zamawiającego niemożność korzystania z transportu kołowego wynikać ma z pkt. 7 Projektu budowlanego branży torowej.

W treści zawiadomienia o odrzuceniu oferty Zamawiający wskazał również na wprowadzenie przez Odwołującego wariantów, co ma pozostawać w sprzeczności z postanowieniem pkt. 5 IDW.

Jako odrębną podstawę prawną odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 oraz art. 10 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zdaniem Zamawiającego, fakt zaoferowania przez Odwołującego skróconego terminu realizacji Etapu 2 zamówienia jest czynem nieuczciwej konkurencji i, według Zamawiającego zmierza jedynie do eliminacji z postępowania firm konkurencyjnych.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że wszystkie zarzuty podniesione przez Odwołującego w odwołaniu są uzasadnione.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez jego nieuzasadnione zastosowanie, pomimo że oferta złożona przez Odwołującego jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Zdaniem Zamawiającego, zgodnie z pismem informującym o podstawach odrzucenia oferty Odwołującego, „wyniki badania i oceny wiarygodności modyfikacji terminu realizacji Etapu 2, stosownie do pkt 20.725. tiret 5 jednoznacznie wskazują, że oferta Wykonawcy wraz z przedłożonymi wyjaśnieniami, dowodzą braku możliwości wykonania Etapu 2 zastosowanymi przez Wykonawcę technologiami w zakresie Robót przewidzianych dla tego Etapu”.

Po pierwsze, Izba zauważyła, że Zamawiający swoją decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego oparł na porównywaniu wyjaśnień złożonych przez Odwołującego (porównywał wyjaśnienia z innymi wyjaśnieniami), a nie z treścią oferty. Nieścisłości w samych wyjaśnieniach, jako takie, nie mogą być podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ). Aby można było brać pod uwagę ewentualną przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, wynikającą z wyjaśnień, to wyjaśnienia musiałyby wprost ingerować w treść oferty – w zakres zobowiązania określonego ofertą. W ocenie składu orzekającego takie ingerencje – zmiany oferty – w wyjaśnieniach nie miały miejsca.

Po drugie, Zamawiający nie określił minimalnych terminów realizacji zamówienia poszczególnych etapów – terminy realizacji zamówienia były jednym z kryteriów oceny ofert i Odwołujący deklarował określony termin w ofercie, termin ten nie był zmieniany w toku wyjaśnień. Wobec tego brak zaistnienia przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych w związku z terminem realizacji poszczególnych etapów.

Co do rodzaju transportu – nie był on treścią oferty. Dobór środków transportu należy do wykonawcy na etapie wykonania zamówienia. Nawet, jeżeli ten dobór podlega ograniczeniom technicznym – to w zakresie realizacji etapu 2 nie wynikają one wprost z treści SIWZ. Zamawiający nie zawarł w SIWZ wyraźnego zakazu korzystania z transportu kołowego. Wobec tego okoliczność, że w wyjaśnieniach treści oferty Odwołujący, wskazując na realność wykonania etapu 2 w zadeklarowanym przez siebie terminie, opisał wszystkie opcje transportu, które brał pod uwagę, nie ma znaczenia dla oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ. Według Odwołującego, wszystkie opcje transportu pozwalają na wykonanie etapu 2 w zaoferowanym przez niego terminie – a Zamawiający nie zakwestionował skutecznie takiego twierdzenia.

Nawet, jeżeli zaakceptować wywód Zamawiającego o braku możliwości zastosowania transportu kołowego, co miałyby wynikać ze SIWZ, co prawda nie wprost – to wśród opcji transportu branych pod uwagę przez Odwołującego był transport wyłącznie kolejowy (wyjaśnienia nr 2, opcja 5). W takich okolicznościach brak podstaw do stwierdzenia niezgodności oferty Odwołującego ze SIWZ, biorąc pod uwagę zarówno treść oferty, jak i treść wyjaśnień. Nie ma znaczenia również to, że jedną z możliwości transportu Odwołujący mógł oprzeć na błędnych założeniach (brak istniejącego przejazdu kolejowego), skoro co najmniej jedna była możliwa (transport kolejowy), i zgodna z oczekiwaniami Zamawiającego.

Na marginesie trzeba zauważyć, że Zamawiający dopiero na rozprawie stanowczo oświadczył, że budowa przejazdu tymczasowego nie jest w ogóle możliwa (co wyklucza ma transport kołowy). W piśmie informującym o podstawach odrzucenia oferty Zamawiający podawał jedynie, że budowa przejazdu tymczasowego wymaga przeprowadzenia procedury związanej z bezpieczeństwem prowadzenia ruchu kolejowego, a „Z doświadczenia Zamawiającego wynika, że taka procedura może potrwać kilkadziesiąt dni, co nie pozwoli zachować oferowanego zmian terminu dla Etapu 2, a nadto stanowi zagrożenie dla bezpieczeństwa w ruchu”.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 2 pkt 7 Prawa zamówień publicznych poprzez uznanie, że przedłożone przez Odwołującego wyjaśnienia wprowadzają odmienne od określonych w dokumentacji przetargowej warianty wykonania zamówienia publicznego, gdy wyjaśnienia te w żaden sposób nie modyfikują oczekiwanego przez Zamawiającego zamówienia, ani sposobu jego wykonania określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (tj. nie prowadzą do złożenia oferty wariantowej w rozumieniu art. 2 pkt 7 Prawa zamówień publicznych).

Zgodnie z art. 2 pkt 7 Prawa zamówień publicznych, oferta wariantowa to oferta

przewidująca, zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ, odmienny, niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego. Nie było sporne, że Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie dopuścił składania ofert wariantowych.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 2 pkt 7 Prawa zamówień publicznych, co uzasadniał tym, że w złożonych wyjaśnieniach doszło „do zaoferowania wariantowego sposobu wykonania robót oraz faktycznego negocjowania treści oferty”. Jak już wyżej w uzasadnieniu opisano, w wyjaśnieniach nr 2 Odwołujący podał analizowane przez siebie, przy sporządzaniu oferty, możliwości transportu. Niezależnie od tego, w jaki sposób możliwości te zostały nazwane przez Odwołującego czy Zamawiającego – wersje czy warianty transportu – użyta nazwa nie ma znaczenia dla oceny zgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ i badanie, czy zaoferował ofertę wariantową. Dobór środków transportu należy do wykonawcy i nawet jeśli podlega ograniczeniom, to opisanie możliwości transportu, które Odwołujący brał pod uwagę, ustalając termin realizacji etapu 2, nie może ani stanowić podstawy odrzucenia oferty, ani przesądzać o złożeniu oferty wariantowej.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 oraz art. 10 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez jego nieuzasadnione zastosowanie i błędne uznanie, że skrócenie terminu realizacji zamówienia stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i skutkować powinno odrzuceniem oferty Odwołującego, gdy tymczasem działaniu Odwołującego nie sposób przypisać cechy sprzeczności z prawem lub dobrymi obyczajami.

W wyroku sygn. akt KIO 1541/18 (dokumentację tego postępowania skład orzekający w niniejszym postępowaniu dopuścił jako dowód z urzędu) Izba nakazała powtórzenie badania i oceny ofert i uszczegółowienie powodów odrzucenia oferty Odwołującego, m.in. ponieważ „Na koniec Zamawiający stwierdza, że skrócenie terminu realizacji i niewykazanie możliwości jego dokonania stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 oraz art. 10 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający, nie dość że nie podał nawet, o które ustępy ww. artykułów mu chodzi, to przede wszystkim nie przedstawił żadnego uzasadnienia faktycznego, podczas gdy uznanie oferty za stanowiącą czyn uczciwej konkurencji wymaga wykazania, że wyczerpane zostały wszystkie znamiona określonego przepisu przywołanej wyżej ustawy. W tym miejscu zauważenia dodatkowo wymaga, że powołanie się przez Zamawiającego na art. 10 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zwłaszcza wobec braku przedstawienia jakiegokolwiek argumentacji w tym

zakresie, jest całkowicie niezrozumiałe, przepisy zamieszczone w art. 10 tej ustawy dotyczą bowiem wprowadzającego klientów w błąd oznaczania towarów lub usług.” (sygn. akt KIO 1641/18).

Wobec powyższego, Zamawiający uściślił podstawy odrzucenia oferty Odwołującego, wskazując „art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawa zamówień publicznych. w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 i art. 10 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.”

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zgodnie z ust 2 tegoż artykułu, czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej oraz prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym. Natomiast zgodnie z art. 10 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest takie oznaczenie towarów lub usług albo jego brak, które może wprowadzić klientów w błąd co do pochodzenia, ilości, jakości, składników, sposobu wykonania, przydatności, możliwości zastosowania, naprawy, konserwacji lub innych istotnych cech towarów albo usług, a także zatajenie ryzyka, jakie wiąże się z korzystaniem z nich.

W ocenie składu orzekającego Zamawiający nadal, podając podstawy faktyczne odrzucenia oferty, nie uzasadnił, na czym miałyby polegać czyn nieuczciwej konkurencji, który miałyby popełnić Odwołujący.

Izba podzieliła w całości stanowisko Odwołującego w tym zakresie. Nie można się zgodzić z twierdzeniem Zamawiającego, że fakt zaoferowania skróconego terminu realizacji jest czynem nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący trafnie zauważał, że immanentną cechą każdego czynu nieuczciwej konkurencji jest jego sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami. Po spełnieniu tej przesłanki niezbędne jest dodatkowo wykazanie, że zagraża to lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Odwołujący słusznie kwestionuje wystąpienie kluczowej z punktu widzenia art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przesłanki w postaci sprzeczności z prawem lub dobrymi obyczajami. Po pierwsze przepisy prawa nie ingerują w kwestie terminów realizacji zobowiązań umownych. Po drugie również dobre obyczaje nie

uniemożliwiają deklarowania wykonania zamówienia w terminie, który ustalony został w oparciu o wiedzę i doświadczenie wykonawcy.

Odwołujący również trafnie podnosił, że w orzecznictwie zwraca się uwagę na zobiektywizowany miernik oceny pojęcia „dobre obyczaje”. Gdyby bowiem uznać, że każde działanie, które rodzi potencjalne ryzyko zagrożenia dla interesów konkurencyjnego wykonawcy jest czynem nieuczciwej konkurencji, to można by dojść do absurdalnego wniosku, że przez pryzmat tego pojęcia należy rozpatrywać już sam fakt złożenia konkurencyjnej (cenowo czy też w zakresie innych aspektów) oferty: do naruszenia interesów gospodarczych podmiotu działającego na rynku, włącznie z jego wyeliminowaniem, może dojść w wyniku uczciwej gry rynkowej, a więc walki jakością, ceną i skutecznymi akcjami promocyjnymi .

Dlatego też dobre obyczaje, o których mowa w art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jak słusznie zauważał Odwołujący, odnosić należy do norm moralnych, czy też innych, zwyczajowo mających zastosowanie w zakresie działalności gospodarczej. Niejednokrotnie naruszenie dobrych obyczajów bywa zrównywane z naruszeniem zasad współżycia społecznego. Jak wskazuje w jednym ze swoich orzeczeń Sąd Najwyższy: „Pojawienie się na rynku konkurenta z reguły wiąże się z poniesieniem przez innego przedsiębiorcę uszczerbku w postaci mniejszego zysku, a w każdym razie - ryzyka utraty dotychczasowej pozycji, i jest to wpisane w samą zasadę konkurencyjności. Zatem, nie sam fakt zagrożenia lub powstania straty po stronie innego przedsiębiorcy, lecz sposób realizacji mechanizmu rywalizacji między konkurentami podlegać musi rozważeniu przy ocenianiu działań konkurencyjnych pod kątem sprzeczności z dobrymi obyczajami (art. 3 ust. 1 u.z.n.k.). Sposób ten powinien być weryfikowany każdorazowo w okolicznościach konkretnego miejsca i czasu przy uwzględnieniu, zasługujących na aprobatę w świetle norm moralnych, zwyczajów dochodzenia przez przedsiębiorców do osiągnięcia korzyści gospodarczych” (wyrok z dnia 2 stycznia 2007 r., sygn. V CSK 311/06).

Izba również podzieliła stanowisko wyrażane do tej pory w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. „Utrudnienie dostępu do rynku to utrudnianie w prowadzeniu działalności gospodarczej, ale tylko takie utrudnienie, które nie wynika z prowadzonej dozwolonymi metodami walki konkurencyjnej. Niemniej jednak samo konkurowanie w postępowaniu o zamówienie publiczne, w tym takimi elementami jak cena, termin wykonania, okres gwarancji itp. nie oznacza jeszcze, że doszło do utrudnienia dostępu do rynku innym przedsiębiorcom” (sygn. akt KIO 2407/11). Podobnie innym orzeczeniu „W ocenie Izby zaoferowanie terminu realizacji zamówienia nawet znacząco krótszego od tych wskazanych przez konkurentów nie przesądza jeszcze o zaistnieniu czynu nieuczciwej konkurencji. Zaoferowanie tak krótkiego terminu realizacji zamówienia nie świadczy wprost o celu, jakim jest eliminowanie innych

wykonawców z rynku" (sygn. akt KIO 2415/17). Odwołujący słusznie podkreślał, iż to właśnie Zamawiającemu zależało na jak najkrótszym terminie realizacji zamówienia określając wagę w kryterium termin realizacji aż na 40%, nie wyznaczając przy tym terminu minimalnego, a jedynie termin maksymalny w jakim wykonawcy mogą zrealizować zadanie. W konsekwencji, nie stwierdzono podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego z powodu czynu nieuczciwej konkurencji.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że doszło naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 2 pkt 7 Prawa zamówień publicznych oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 oraz art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz.972).

Przewodniczący:

.....

.....

.....