

Sygn. akt: KIO 1541/18

WYROK
z dnia 14 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 sierpnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 sierpnia 2018 r. przez wykonawcę **INTOP Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie,**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
2. Kosztami postępowania obciąża PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego 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

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie 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.*

W dniu 3 sierpnia 2018 r. wykonawca INTOP Warszawa Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty oraz zaniechania przekazania mu uzasadnienia faktycznego decyzji o odrzuceniu oferty. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 2 pkt 7 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 oraz art. 10 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny:

Zamawiający ustalił następujące kryteria ocen ofert: całkowita cena brutto – 60%, 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. W pkt. V IDW Zamawiający nie dopuścił możliwości składania ofert wariantowych. Zamawiający w 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, sporządzony na wykresie Gantta, który przewidywał pięć etapów realizacji zamówienia. Obowiązkiem wykonawcy było opracowanie Harmonogramu Realizacji Zadania Wykonawcy poprzez nałożenie terminów realizacji poszczególnych Etapów na HRZZ. 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 ustawy Pzp.

W terminie wyznaczonym w IDW złożonych zostało pięć ofert. Najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów przedstawiała oferta Odwołującego (29.950.500,00 zł brutto). Odwołujący przewidział następujące terminy realizacji poszczególnych Etapów:

- Etap 1 – 1 miesiąc;
- Etap 2 – 3 miesiące (wobec maksymalnych 7 przewidzianych przez Zamawiającego);
- Etap 3 – 3 miesiące (wobec maksymalnych 7 przewidzianych przez Zamawiającego);
- Etap 4 – 3 miesiące (wobec maksymalnych 5 przewidzianych przez Zamawiającego);
- Etap 5 – 2 miesiące (wobec maksymalnych 6 przewidzianych przez Zamawiającego).

Pismem z 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: fazowanie robót, metody, jakimi wykonawca planuje wykonać roboty, zasoby ludzkie i sprzętowe konieczne do zrealizowania robót w zaproponowanym rozwiązaniu technicznym, zakładana wydajność zasobów, plan dostaw materiałów i urządzeń, ocena ryzyka i jego ewentualna mitygacja.

Pismem z 13 czerwca 2018 r. Odwołujący przedstawił wyjaśnienia w zakresie wskazywanych przez Zamawiającego okoliczności (wyjaśnienia 1).

Następnie (pismo z 5 lipca 2018 r.) Zamawiający zwrócił się do Odwołującego z wnioskiem o uszczegółowienie informacji dotyczących Etapu 2. Wniosek sprowadzał się do wskazania szczegółowych założeń technologicznych wraz z przyjętymi rozwiązaniami dotyczącymi transportu materiałów do miejsca wykonania robót. Zamawiający poinformował Odwołującego, że ocena wyjaśnień złożonych w nawiązaniu do czasu realizacji Etapu 2 odbędzie się w kontekście świadczenia niemożliwego do spełnienia w rozumieniu art. 387 Kc w zw. z art. 58 Kc. Pismem z 9 lipca 2018 r. 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 (wyjaśnienia 2).

Dnia 17 lipca 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do udzielenia kolejnych wyjaśnień. Pytania Zamawiającego 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 19 lipca 2018 r. (wyjaśnienia 3).

Dnia 24 lipca 2018 r. Zamawiający powiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty jako niezgodnej z SIWZ. 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 ustawy Pzp w zw. z art. 3 i 10 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, stwierdzając, że celem przyświecającym Odwołującemu była eliminacja konkurencyjnych wykonawców.

Zarzut dotyczący niezgodności oferty z treścią SIWZ

Odwołujący zakwestionował twierdzenie Zamawiającego, jakoby składając wyjaśnienia nie wykazał, że realizacja świadczenia jest możliwa w zakresie Etapu 2 w okresie trzech miesięcy. Podniósł, że Zamawiający nie zdecydował się na zaprezentowanie przyczyn, dla których doszedł do takiego wniosku.

Zdaniem Odwołującego, działania podjęte przez Zamawiającego mają znamiona nadużywania procedury, o której mowa w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten służy bowiem 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 jednoznaczny sposób terminy te zostały potwierdzone w złożonych wyjaśnieniach. Zamawiający natomiast podjął decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego nie wykazując, że oferta ta nie odpowiada treści SIWZ.

Odwołujący podniósł, że udzielone przez niego wyjaśnienia nie zmieniają oświadczenia zawartego w ofercie co do terminów realizacji poszczególnych Etapów. Nie sposób więc ustalić, na czym polegać miałyby rzekoma niezgodność ze specyfikacją. Skoro bowiem Zamawiający nie dopatrywał się podstaw do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przed wezwaniem do złożenia wyjaśnień, to takowe nie istniały również po ich złożeniu. Ponadto, skoro Zamawiający nie postawił dolnego limitu w zakresie czasu trwania Etapów, to ewentualna ocena zasadności odrzucenia oferty nie powinna odbywać się przez pryzmat art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że weryfikacja zgodności oferty ze specyfikacją nie może opierać się wyłącznie na subiektywnej ocenie czy też swoistym domniemaniu wysnutym przez Zamawiającego. Aby stwierdzona została przesłanka niezgodności z SIWZ niezbędne jest ustalenie, że złożona oferta nie odpowiada wymaganiom co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Skoro takie wymagania nie zostały sprecyzowane (a więc nie jest możliwe stwierdzenie, że

złożona oferta im nie odpowiada), to Zamawiający nie ma podstaw do korzystania z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, czego dowodzi również to, że Zamawiający nie wskazał który z wymogów specyfikacji został naruszony. Zdaniem Odwołującego 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 ustawy Pzp naruszył jego dyspozycję.

Odwołujący podkreślił, 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: wyjaśnienia 1 odnoszą się szczegółowo, na 18 stronach, do wszystkich sześciu okoliczności, które wskazał Zamawiający, 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, 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. Odwołujący podniósł, że poprzez niewywiązanie się przez Zamawiającego z obowiązku wykazania podstaw faktycznych odrzucenia oferty, Zamawiający uniemożliwił mu ustosunkowanie się do konkretnych twierdzeń w tym zakresie. Przebieg postępowania wyjaśniającego i lektura wezwań, które skierował on do Odwołującego pozwala jednak przyjąć, że najprawdopodobniej za problematyczne uznał Zamawiający wykonanie Etapu 2 w terminie trzech miesięcy (drugie i trzecie wezwanie do złożenia wyjaśnień w całości odnoszą się bowiem do Etapu 2).

Odwołujący zakwestionował tezę, że realizacja prac składających się na Etap 2 jest niemożliwa w terminie trzech miesięcy. Podniósł, że już w wyjaśnieniach 1 wykazał, że termin ten zostanie zachowany. W załączniku 1 (harmonogram fazowania) zaprezentował 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 insynuacje 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). Odwołujący podkreślił także, że w wyjaśnieniach wskazywał na

okoliczność kilkukrotnych wizji lokalnych przeprowadzonych na miejscu przyszłego placu budowy, co dowodzi, że w ocenie ryzyk związanych z terminami prac dołożył staranności znacznie przekraczającej przyjęte standardy. Było to możliwe dzięki zlokalizowaniu części kadry kierowniczej, którą dysponuje Odwołujący w okolicach przyszłego placu budowy.

Zdaniem Odwołującego, ogólnikowe, nieoparte jakimikolwiek kontrargumentami stanowisko Zamawiającego jest niezrozumiałe również z tego powodu, że Odwołujący jest wykonawcą realizującym inwestycję pn. *Rewitalizacja linii kolejowej nr 139 na odcinku Bielsko Biała Lipnik – Wilkowice Bystra w ramach zadania inwestycyjnego „Prace na linii kolejowej nr 139 na odcinku Czechowice Dziedzice - Bielsko Biała - Zwardoń (granica państwa)”* realizowanej na zlecenie tego samego Zamawiającego. Pomędzy tą inwestycją a przedmiotem obecnego postępowania zachodzą istotne podobieństwa, w obu przypadkach mamy do czynienia z pracami na dwukrawędziowym peronie o długości 150m oraz podobnym zakresem prac torowych. W obu przypadkach prace torowe i peronowe prowadzone były lub mają być prowadzone jednocześnie. To, co różni te inwestycje, to zakres prac związanych z zabudową 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 niniejszego postępowania Odwołujący będzie musiał wykonać dziennie ok. 13,3 mb nawierzchni (a więc prawie pięć razy mniej). 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 zakresu prac jest możliwe w zakładanym terminie, ale wie również, że konkretny wykonawca jest w stanie temu podołać, budzi daleko idące wątpliwości.

Zdaniem Odwołującego, o braku konsekwencji Zamawiającego świadczy również postępowanie, którego przedmiotem była *Poprawa bezpieczeństwa i likwidacja zagrożeń eksploatacyjnych na linii 271 Opole Groszowice - Wrocław Brochów wraz z łącznicami - przebudowa wiaduktu w km 6,420 wraz z rewitalizacją estakady i robotami towarzyszącymi w stacji Opole Wschodnie w ramach projektu „Poprawa bezpieczeństwa i likwidacja zagrożeń eksploatacyjnych na sieci kolejowej”*. W przetargu tym Odwołujący zaoferował dla Etapu 2 termin wykonania wynoszący dwa miesiące (maksymalny termin wynosił osiem miesięcy), podobnie jak dla Etapu 3 (maksymalny termin wynosił dziewięć miesięcy). Oznacza to, że zaproponowane przez Odwołującego skrócenia terminów przewidzianych

przez Zamawiającego dla poszczególnych Etapów były znacznie większe niż w przypadku obecnego postępowania. Zamawiający przyjął wyjaśnienia bez zastrzeżeń, a zakres do wykonania robót torowych (w szczególności podlegający wyjaśnieniom etap 2 i 3 był porównywalny do tego, który wykonywany będzie w ramach niniejszego zamówienia.

Odwołujący podniósł, że podstawą odrzucenia oferty nie mogło być również przewidzenie w wersjach z wyjaśnień 2 posłużenia się transportem kołowym. Wręcz można by stwierdzić, że w postępowaniu dot. linii kolejowej nr 277 zakres prac był większy, wykonawca musi bowiem wymienić przęsła wiaduktu nad ul. Oleską oraz wyremontować estakadę na stacji Opole Wschodnie, a tego typu prac nie przewidziano w ramach tego postępowania (Odwołujący podkreślił, że argumentacja ta prezentowana jest z ostrożności, z treści zawiadomienia o odrzuceniu oferty nie wynika bowiem, aby Zamawiający zarzucał Odwołującemu niezastosowanie się do wymogów specyfikacji w tym zakresie). Jak zostało wykazane w wyjaśnieniach 3 (str. 4) wzmianka o transporcie przy użyciu wagonów pojawiła się jedynie w projekcie budowlanym (dot. układu torowego wraz z peronem) w odniesieniu do fazy I, gdzie projektant wskazuje na zamknięcie torów 4 i 6 dla ruchu oraz możliwą dostawę materiałów na peronie nr 2 w części nie objętej przebudową (analogicznie w pkt. projektu zagospodarowania terenu). Nie sposób uznać, że z treści tego fragmentu wyprowadzić można jakieś bezwzględnie wiążące wykonawców obowiązki w zakresie organizacji transportu materiałów. Praktyką powszechną i zupełnie zrozumiałą jest pozostawienie kwestii związanych z organizacją procesu inwestycyjnego wykonawcy (zresztą znajduje to odzwierciedlenie w postanowieniach dokumentacji przetargowej, o czym w dalszej części odwołania). Obowiązkiem Zamawiającego jest więc poinformowanie wykonawców o braku możliwości korzystania z określonych form transportu (jak to zresztą zrobił Zamawiający, wskazując na niedostępność torów 4 i 6). Organizacja procesu budowlanego obciąża natomiast w pełni wykonawcę, szczegóły w tym zakresie znajdują się w projekcie wykonawczym, do którego wykonania zobowiązany będzie wybrany wykonawca. Odwołujący stwierdził, że wywiązanie się z zadeklarowanego terminu realizacji Etapu 2 jest możliwe zarówno przy wykorzystaniu transportu kolejowego, jak i samochodowego. Oczywiście jest przy tym, że transport samochodowy uwzględniać musi specyfikę stacji Jaworzyna Śląska, tj. brak przejazdu kolejowego w obrębie stacji i planowanego miejsca robót. Już w wyjaśnieniach 3 Odwołujący wykazał, że wzmianka o ewentualnym i częściowym skorzystaniu z istniejącego przejazdu kolejowego użyta w Wyjaśnieniach 2 była omyłką, która w żaden sposób nie mogła rzutować na ocenę poprawności wyjaśnień. Po pierwsze, w tych miejscach wyjaśnień 2, gdzie mowa jest o istniejącym przejeździe, jest to wskazane jedynie jako opcja alternatywna. Po drugie, wyjaśnienia 2 jednoznacznie wskazują

na możliwość wywiązania się z zadeklarowanego terminu przy oparciu się jedynie bądź głównie na transporcie kolejowym (wersje 4 i 5).

Abstrahując od tego, że wszystkie zaprezentowane w Wyjaśnieniach 2 możliwości transportu materiałów przewidują i wskazują na bezproblemowe wywiązanie się z terminu trzech miesięcy, Odwołujący podkreślił, że wyjaśnieniom udzielanym przez wykonawcę ustawodawca nie nadał rygoru niezmienności. Nie oznacza to oczywiście, że wykonawca w ramach wyjaśnień może dowolnie zmieniać swoje oświadczenia lub składać oświadczenia z sobą całkowicie sprzeczne, może jednak wyjaśnienia korygować, doprecyzowywać itd. Gdyby nawet uznać, że ewentualność posłużenia się przejazdem kolejowym, który uruchomiony zostanie przez Odwołującego, jest przedwczesna i niepewna (Zamawiający będzie bowiem musiał na takie rozwiązanie wyrazić zgodę), to nic nie stało na przeszkodzie, aby opcja ta została uwzględniona w treści wyjaśnień. Z odmienną sytuacją mielibyśmy do czynienia, gdyby poprawność realizacji Etapu 2 uzależniona była właśnie wyłącznie od możliwości korzystania z przejazdu kolejowego. W analizowanym przypadku jednak tak nie jest, a transport samochodowy został zaprezentowany jako jedna z opcji dostawy materiałów. Odwołujący zakłada niezmiennie, że opcja ta, po jej ewentualnym zaprezentowaniu na etapie realizacji umowy, zostanie przez Zamawiającego rozważona (z żadnego postanowienia dokumentacji przetargowej nie wynika bowiem brak możliwości skorzystania z takiego rozwiązania).

Odwołujący wskazał, że w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Zamawiający posłużył się sformułowaniem „możliwości” realizacji Etapu 2 w 3 miesiące, w wezwaniu do złożenia wyjaśnień 2 wskazał natomiast na rozpatrywanie udzielonych odpowiedzi przez pryzmat art. 387 w zw. z art. 58 Kc. Odwołujący nie jest w stanie ustalić ponad wszelką wątpliwość, czy za stanowiskiem Zamawiającego nie stoi przekonanie o niemożliwości wykonania świadczenia, dodatkowo, spore wątpliwości budzi zasadność takiego twierdzenia Zamawiającego, w sytuacji, gdy Odwołujący przedstawił możliwości wykonania tego Etapu zamówienia, wykazując przy tym, że termin trzymiesięczny jest terminem realnym.

Odwołujący nie zgodził się z Zamawiającym, że mamy do czynienia ze świadczeniem niemożliwym do spełnienia. Podkreślił, że „niemożliwość”, o której mowa w art. 387 Kc musi mieć charakter obiektywny, co oznacza to, że tzw. „niemożliwość subiektywna” (a więc będąca konsekwencją uwarunkowań właściwych dla danego podmiotu) nie ma i nie może mieć znaczenia w kontekście tego przepisu. Zdaniem Odwołującego, już sama koncepcja badania zadeklarowanego terminu realizacji zamówienia przez pryzmat art. 387 Kc jest wadliwa. Niezależnie od tego, 3-miesięczny termin realizacji Etapu 2 jest terminem w pełni realnym, o czym Zamawiający doskonale wie z innych realizowanych inwestycji.

Zarzut dotyczący braku uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego

Odwołujący podniósł, że w uzasadnieniu odrzucenia oferty, odnosząc się do realności zaproponowanego terminu realizacji Etapu 2 Zamawiający stwierdził jedynie brak wykazania, że *realizacja świadczenia jest możliwa w zakresie Etapu II w okresie 3 miesięcy*. Zdaniem Odwołującego, takie uzasadnienie pozbawia go możliwości podjęcia faktycznej (tj. odnoszącej się do konkretnych wątpliwości Zamawiającego) polemiki na etapie postępowania odwoławczego. W toku postępowania wyjaśniającego Odwołujący przedłożył trzy pisma poparte bogatym materiałem dowodowym. Obowiązkiem Zamawiającego było więc wykazać motywy i powody, dla których uznał, że wyjaśnienia te są niewystarczające. Powinien on odnieść się do konkretnych twierdzeń zawartych w wyjaśnieniach i uzasadnić dlaczego nie daje im wiary.

Odwołujący podniósł, że art. 92 ust. 1 ustawy Pzp jest wyrazem jawności, przejrzystości oraz uczciwej konkurencji, a więc fundamentalnych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o których mowa w art. 7 ust. 1 oraz 8 ust. 1 ustawy. Brak możliwości prześledzenia przez Odwołującego toku myślowego Zamawiającego stanowi o naruszeniu ww. przepisu. Zamawiający jest zobowiązany podać uzasadnienie podejmowanych czynności, tak aby zagwarantować wykonawcom możliwość ich weryfikacji w toku procedury odwoławczej. W szczególności uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł do wskazanych przez zamawiającego okoliczności w pełni ustosunkować się wnosząc odwołanie.

Odwołujący podkreślił, że do wszystkich obowiązków związanych z ubieganiem się o udzielenie zamówienia podchodzi ze starannością przekraczającą zwyczajowo spotykane standardy, o czym świadczy chociażby kilkakrotnie przeprowadzana wizja lokalna czy też poziom szczegółowości wyjaśnień składanych na każde wezwanie Zamawiającego. W opinii Odwołującego obowiązek dołożenia należytej staranności obciąża jednak nie tylko wykonawców, ale i instytucje zamawiającego. Reguła ta powinna znaleźć odzwierciedlenie w szczególności na etapie podejmowania tak newralgicznych decyzji, jak te o wykluczeniu wykonawcy czy odrzuceniu oferty, które pozbawiają wykonawców możliwości ubiegania się o zamówienie. Właściwe uzasadnienie podejmowanych decyzji jest niezbędne nie tylko z uwagi na interes wykonawcy w kontekście skorzystania ze środka ochrony prawnej. Uzasadnienie decyzji służy również temu, aby umożliwić Izbie, a następnie sądowi wykonanie przezeń kontroli nad czynnościami zamawiającego. Przedstawiając lakoniczne, pozbawione argumentacji i wykazania okoliczności faktycznych uzasadnienie, Zamawiający uchybił obowiązkowi, o którym mowa w art 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Zarzut dotyczący wariantowości oferty

Odwołujący wskazał, że w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Zamawiający wskazuje na wprowadzenie przez Odwołującego rzekomych wariantów, co ma pozostawać w sprzeczności z postanowieniem pkt. 5 IDW. Odwołujący oświadczył, że ma pełną świadomość niedopuszczenia składania ofert wariantowych, okoliczność ta pozostaje jednak bez znaczenia, gdyż oferta Odwołującego jest w pełni jednoznaczna i przewidująca sposób wykonania zamówienia zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego, również w kontekście rzekomej wariantowości Zamawiający nie pokusił się o szczegółowe uzasadnienie swojej decyzji, poprzestając na gołosłownym twierdzeniu. W istotny sposób utrudnia to Odwołującemu odniesienie się do tezy Zamawiającego. Odwołujący zakłada, że stanowisko na temat wariantowości oferty Odwołującego zostało sformułowane w oparciu o treść wyjaśnień 2, gdzie wskazane zostały różne metody transportu materiałów i realizacji robót.

Odwołujący podniósł, że już pobieżna analiza definicji oferty wariantowej (art. 2 ust. 7 ustawy Pzp) pozwala ustalić, że z wariantowością ofert ma miejsce jedynie, gdy w treści dokumentacji zamawiający przewidzi sposób wykonania zamówienia. Aby więc złożoną ofertę można było rozpatrywać w kategoriach wariantu, konieczne jest, by zamawiający w sposób jednoznaczny ustalił sposób/metodę/technologię wykonania zamówienia. Za wariantowością oferty nie może przemawiać również użycie przez wykonawcę słowa „wariant”. Odwołujący stwierdził, że pojęcie to na stałe weszło do języka polskiego na długo zanim jeszcze „oferta wariantowa” została zdefiniowana w ustawie Pzp. Fakt więc posłużenia się w składanych przez Odwołującego wyjaśnieniach tym słowem nie ma wpływu na zaistnienie samej wariantowości (Odwołujący podkreślił, że w wyjaśnieniach nigdy nie użył określenia „oferta wariantowa”, lecz posługiwał się jedynie pojęciem „wariant”).

Odwołujący wskazał, że w wezwaniu do 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). Zdaniem Odwołującego 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 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 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.

Odwołujący podkreślił, że zgodnie z postanowieniem § 1 ust. 2 warunków umowy, *szczegółowe rozwiązania techniczno-materiałowe, w zgodności z odrębnymi przepisami i normami, określone będą w projekcie budowlanym/projekcie wykonawczym sporządzonym przez Wykonawcę*. Oznacza to, że szczegóły w zakresie m. in. transportu materiałów (w tym ewentualne rozważenie kwestii uruchomienia przejazdu kolejowego) ustalone zostaną już na etapie następującym po zawarciu umowy. Ponadto z dokumentu specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych, część G, Wymagania Ogólne, wynika m. in., że obowiązkiem wykonawcy będzie sporządzenie projektów wykonawczych (pkt 1.5.2), a dobór środków transportu Wykonawca przedstawi do akceptacji Inspektorowi Nadzoru (pkt 4). W związku z tym 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 (ale nie musi) wyrazić zgody na uruchomienie tymczasowego przejazdu kolejowego. Odwołujący nie podporządkował temu sposobowi transportu swojej koncepcji, nie sposób więc mówić, że ewentualny brak zgody w tym zakresie będzie negatywnie oddziaływać na możliwość wywiązania się ze zobowiązania. Dodatkowo Odwołujący podkreślił, że przedstawione wersje nie różnią się pomiędzy sobą w kwestiach planowanego do wykorzystania potencjału osobowego oraz sprzętowego i wszystkie gwarantują zachowanie zadeklarowanego terminu.

Odwołujący podniósł, że niezrozumiałe są dla niego twierdzenia Zamawiającego o rzekomym rozpoczęciu negocjacji sposobu wykonania zamówienia. Nie sposób uznać, że za takowe potraktowane mogą być wyjaśnienia, w których Odwołujący wskazuje na możliwość posłużenia się uruchomionym przejazdem kolejowym. Odwołujący jest świadomy, że szczegóły w zakresie rozwiązań techniczno-materiałowych określone zostaną na późniejszym etapie. Skoro jednak Zamawiający nie wykluczył możliwości posłużenia się prowizorycznym przejazdem kolejowym, to Odwołujący nie widzi nic niestosownego

w uwzględnieniu tej możliwości w przedstawionych wyjaśnieniach, tym bardziej, że Zamawiający wezwał Odwołującego do przedłożenia szczegółowych wyjaśnień w zakresie możliwych rozwiązań technologicznych w odniesieniu do transportu materiałów. Zamawiający niesłusznie zakwalifikował udzielone wyjaśnienia jako próbę prowadzenia negocjowania treści oferty, gdy wyjaśnienia zostały złożone w zgodzie z art. 87 ust. 1 Pzp.

Zarzut dotyczący czynu nieuczciwej konkurencji

Odwołujący wskazał, że jako odrębną podstawę prawną odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający podał art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 oraz art. 10 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. 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. Zdaniem Odwołującego, argumentacja Zamawiającego jest 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. Odwołujący zwrócił uwagę, że to właśnie Zamawiający miał na celu, aby przedmiotową inwestycję zakończyć jak najszybciej, w celu jak najszybszego oddania jej do użytkowania. Wskazują na to chociażby kryteria oceny ofert kryterium *termin realizacji* Zamawiający przyznał aż 40 % wagi.

Odwołujący podniósł, 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 zakwestionował wystąpienie przesłanki sprzeczności z prawem lub dobrymi obyczajami. Wskazał, że przepisy prawa nie ingerują w kwestie terminów realizacji zobowiązań umownych, dobre obyczaje również nie uniemożliwiają deklarowania wykonania zamówienia w terminie, który ustalony został w oparciu o wiedzę i doświadczenie wykonawcy. 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 odnosić należy do norm moralnych czy też innych, zwyczajowo mających zastosowanie w zakresie działalności gospodarczej. 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.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w żaden sposób nie rozwinął postawionego zarzutu, przez co nie sposób uznać jego zasadności. Tymczasem formułowanie zarzutów w zakresie popełnienia przez wykonawcę czynu stanowiącego nieuczciwą konkurencję, 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.

Zdaniem Odwołującego, nietrafne jest również odwołanie się przez Zamawiającego do dyspozycji art. 10 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. 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, gdyż nie budzi wątpliwości, 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.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty, przeprowadzenia badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na polegającej niezyskaniu zamówienia.

Izba nie dopuściła do postępowania odwoławczego Konsorcjum: N.-Mosty Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane „Armex” Sp. z o.o., z uwagi na zgłoszenie

przystąpienia po upływie ustawowego terminu. Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, zgłoszenie to doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Izba ustaliła, że Zamawiający przekazał wykonawcom kopię odwołania z wezwaniem do udziału w postępowaniu odwoławczym 3 sierpnia 2018 r., wobec czego 3-dniowy termin upłynął 6 sierpnia 2018 r. Zgłoszenie przystąpienia wpłynęło do Prezesa Izby 6 sierpnia 2018 r. w formie mailowej bez kwalifikowanego podpisu elektronicznego, natomiast w formie pisemnej w dniu 7 sierpnia 2018 r., tj. po upływie ustawowego terminu.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z punktem 3 Instrukcji dla Wykonawcy (tom I SIWZ), okres realizacji Zamówienia jest zgodny z terminem wskazanym w ofercie przez Wykonawcę, jednak nie dłuższy niż: zakończenie robót budowlanych — do 14 miesięcy od dnia podpisania umowy, rozliczenie umowy, w tym: procedura odbiorowa oraz uzyskanie wszelkich niezbędnych decyzji administracyjnych i pozwoleń — 3 miesiące od dnia zakończenia robót budowlanych.

W punkcie 20.7 IDW Zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert: cena całkowita brutto – 60%), termin realizacji – 40%. W odniesieniu do kryterium dotyczącego terminu realizacji Zamawiający zobowiązał wykonawców do przedstawienia Harmonogramu Realizacji Zadania Wykonawcy i podał, że dokona oceny modyfikacji Etapów dokonanej przez Wykonawcę w HRZW w następujący sposób: *Czy przedstawione w ofercie skrócenie terminu na wykonanie któregośkolwiek z Etapów jest o co najmniej 30 % większe, niż średnia arytmetyczna skrócenia terminu na wykonanie tego Etapu spośród wszystkich ofert niepodlegających odrzuceniu? W przypadku gdy skrócenie terminu na wykonanie któregośkolwiek z Etapów, zaproponowane przez Wykonawcę, jest o co najmniej 30 % większe niż średnia arytmetyczna ze skrócenia terminu na wykonanie tego Etapu - spośród wszystkich ofert niepodlegających odrzuceniu — Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 Ustawy wezwie Wykonawcę do złożenia wyjaśnień. Jeżeli Wykonawca nie udzieli wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami w zakresie: 1) fazowania Robót, 2) metod, którymi Wykonawca planuje realizować Roboty, 3) zasobów ludzkich i sprzętowych koniecznych do zrealizowania Robót w zaproponowanym rozwiązaniu technicznym opisanym zgodnie z punktem 2), 4) zakładanych wydajności zasobów wymienionych zgodnie z punktem 3), 5) planu dostaw Materiałów i Urządzeń, 6) oceny ryzyka i jego ewentualnej mitygacji, potwierdza, że wykonanie zamówienia z zaproponowanymi przez Wykonawcę zastosowanymi technologiami i zakresem Robót nie*

jest możliwe - oferta zostanie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy. Zamawiający odrzuci ofertę Wykonawcy, który nie złoży wyjaśnień w terminie wskazanym przez Zamawiającego (nie krótszym niż 3 dni robocze).

Odwołujący zaoferował następujące terminy realizacji zadania:

- Etap 1 – 1 miesiąc;
- Etap 2 – 3 miesiące (maksymalny termin określony przez Zamawiającego wynosił 7 miesięcy);
- Etap 3 – 3 miesiące (maksymalny termin określony przez Zamawiającego wynosił 7 miesięcy);
- Etap 4 – 3 miesiące (maksymalny termin określony przez Zamawiającego wynosił 5 miesięcy);
- Etap 5 – 2 miesiące (maksymalny termin określony przez Zamawiającego wynosił 6 miesięcy).

Pismem z 7 czerwca 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących Etapów 2, 3, 4 i 5, wskazując na następujące aspekty: fazowanie robót, metody, jakimi wykonawca planuje wykonać roboty, zasoby ludzkie i sprzętowe konieczne do zrealizowania robót w zaproponowanym rozwiązaniu technicznym, zakładana wydajność zasobów, plan dostaw materiałów i urządzeń, ocena ryzyka i jego ewentualna mitygacja. Pismem z 13 czerwca 2018 r. Odwołujący przedstawił wyjaśnienia, których treść zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z 5 lipca 2018 r. wezwał Odwołującego do dalszych wyjaśnień dotyczących Etapu 2, wskazując, że wcześniejsze wyjaśnienia nie zawierają odpowiedzi na wszystkie wątpliwości Zamawiającego i są niekompletne. Zamawiający wniósł o podanie szczegółowych założeń technologicznych wraz z przyjętymi rozwiązaniami dotyczącymi transportu materiałów do miejsca wykonania robót. Zamawiający poinformował, że dokona oceny wyjaśnień w kontekście świadczenia niemożliwego do spełnienia w rozumieniu art. 387 Kc w zw. z art. 58 Kc. Pismem z 9 lipca 2018 r. Odwołujący przedstawił wyjaśnienia, których treść zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Następnie, pismem z 17 lipca 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących sposobu realizacji prac w ramach Etapu 2 w zakresie rozdysponowania potencjału kadrowego i sprzętowego oraz wykorzystania przejazdu kolejowego. Pismem z 19 lipca 2018 r. Odwołujący przedstawił wyjaśnienia, których treść zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Dnia 24 lipca 2018 r. Zamawiający powiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty. Zamawiający podał: *Na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy (...) w związku*

z punktem 20.7.2.5 IDW Zasady weryfikacji, Zamawiający odrzuca ofertę nr 1 złożoną przez Wykonawcę INTOP Warszawa Sp. z o.o. (...) uzasadniając to brakiem wykazania, że realizacja świadczenia jest możliwa w zakresie Etapu II w okresie 3 miesięcy. Dodatkowo przedłożone wyjaśnienia wprowadziły warianty, co pozostaje w sprzeczności z zapisem punktu 5 IDW mówiącym o tym, że Zamawiający nie przewiduje możliwości składania ofert wariantowych. Ponadto w trakcie udzielania wyjaśnień Wykonawca zaczął negocjować sposób wykonania zamówienia, co jest niezgodne z art. 87 ust. 1 ustawy (...). Podstawę odrzucenia stanowi również art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy (...) w związku z art. 3 oraz art. 10 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (...), ze względu na fakt, że Wykonawca zaoferował skrócony termin realizacji i nie wykazał możliwości jego dokonania celem eliminacji z postępowania udzielenie zamówienia firm konkurencyjnych.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności. Przywołany przepis, stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na Zamawiającego obowiązek podania wykonawcom podstaw faktycznych odrzucenia oferty, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn odrzucenia oferty. To na podstawie informacji przekazanej zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie – jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tj. przedstawiać wszystkie okoliczności faktyczne, w których zamawiający upatruje powodów odrzucenia oraz prezentować tok rozumowania zamawiającego i argumentację na poparcie dokonanej przez niego oceny, tak aby wykonawca, gdy oceny tej nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować. Wykonawca powinien powziąć pełną wiedzę w tym zakresie właśnie z informacji o odrzuceniu oferty, nie zaś dopiero ze stanowiska Zamawiającego prezentowanego w postępowaniu odwoławczym.

W związku z powyższym zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność odrzucenia oferty może być oceniana wyłącznie w odniesieniu do tych okoliczności, które zostały przez zamawiającego przedstawione jako uzasadniające odrzucenie oferty. Ocena dokonywana przez Izbę w tym zakresie nie może więc wykraczać poza uzasadnienie

przedstawione przez zamawiającego i polegać na badaniu istnienia podstaw do odrzucenia oferty w szerszym aspekcie.

Następnie podkreślić należy, że Zamawiający nie jest zwolniony z obowiązku przedstawienia wyczerpującego uzasadnienia odrzucenia oferty w sytuacji, kiedy podstawy faktyczne tego odrzucenia odnoszą się do informacji zastrzeżonych przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa. Również w takiej sytuacji wykonawca, którego tajemnicy przedsiębiorstwa to dotyczy, musi otrzymać pełne uzasadnienie czynności odrzucenia. Przyjęcie stanowiska przeciwnego prowadziło do zezwolenia na dokonywanie przez zamawiającego arbitralnych i nieweryfikowalnych ocen oraz ograniczałoby prawo wykonawcy do korzystania ze środków ochrony prawnej.

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający w żadnej mierze nie wywiązał się z obowiązku przedstawienia przyczyn odrzucenia oferty. Zauważenia wymaga, że odrzucenie oferty oparte zostało na uznaniu, że wykonanie zamówienia nie jest możliwe w zaoferowanym terminie, co jest okolicznością trudną do oceny, wymagającą dogłębnej analizy i zaprezentowania jej wyników, a tymczasem pismo informujące o odrzuceniu oferty w zasadzie uzasadnienia nie zawiera. Jest ono bowiem jedynie zestawieniem kilku tez Zamawiającego, niepopartych żadnym wywodem wykazującym ich prawdziwość. Po pierwsze, Zamawiający podaje, że powodem odrzucenia jest brak wykazania, że realizacja świadczenia jest możliwa w okresie 3 miesięcy, nie przedstawia jednak jest jakiegokolwiek, chociażby ogólnego wyjaśnienia, dlaczego doszedł do takiego wniosku. Dalej Zamawiający stwierdził, że przedłożone wyjaśnienia wprowadziły warianty, co pozostaje w sprzeczności z SIWZ. Tu również Zamawiający nie podał żadnego uzasadnienia, które informacje i dlaczego uznał za ofertę wariantową. Kolejną tezę Zamawiającego jest to, że wykonawca zaczął negocjować sposób wykonania zamówienia i w tym przypadku również nie wiadomo, dlaczego Zamawiający tak uważa. 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.

W ocenie Izby nie sposób powiązać tych przepisów ze stanem faktycznym, do którego Zamawiający próbował je zastosować.

Podkreślić również należy, że w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający nie wskazał nawet takich podstaw jego czynności, na które powołał się na rozprawie, jak sprzeczności w złożonych wyjaśnieniach czy niezłączenie do nich oferty podwykonawcy. Twierdzenie, jakoby podanie tych okoliczności stanowiło ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa jest niezrozumiałe i świadczy o nieprawidłowym pojmowaniu tej tajemnicy, za którą mogą być uznane wyłącznie nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności (art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).

W związku z powyższym należy stwierdzić, że pismo z 24 lipca 2018 r. informujące o odrzuceniu oferty Odwołującego, nie zawiera de facto żadnego uzasadnienia tej czynności, a jedynie prezentuje kilka tez Zamawiającego, bez jakichkolwiek informacji pozwalających prawidłowość tych tez zweryfikować.

Za usprawiedliwienie zaniechania Zamawiającego nie może być uznana okoliczność, że wyjaśnienia Odwołującego zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Po pierwsze stwierdzić należy, że Zamawiający miał możliwość przedstawienia uzasadnienia w taki sposób, aby pokazywało ono okoliczności faktyczne i tok rozumowania Zamawiającego, a nie ujawniałoby tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający mógł sformułować informację o odrzuceniu oferty odwołując się do treści złożonych przez Odwołującego wyjaśnień w taki sposób, aby nie ujawniać tej tajemnicy, przykładowo nie przywoływać wprost określonych informacji, ale odesłać do konkretnej strony czy punktu wyjaśnień i w ten sposób wytknąć chociażby takie uchybienia, jak sprzeczność wyjaśnień, nieprzedstawienie dowodów, nieudzielenie odpowiedzi na zadane przez Zamawiającego pytanie, itp. Gdyby natomiast konieczne było odniesienie się do wyjaśnień w taki sposób, który mógłby prowadzić do ujawnienia tajemnicy, to nie było żadnych przeszkód, aby część uzasadnienia, zawierającą informację chronioną, przedstawić tylko Odwołującemu, jako zawierającą jego tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Izby żaden przepis ustawy Pzp nie stoi temu na przeszkodzie, a taki sposób postępowania zamawiających – wbrew twierdzeniom Odwołującego – jest często spotykany w praktyce. Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, że przekazanie części uzasadnienia tylko wykonawcy, którego oferty ono dotyczy, byłoby niedozwolone jako prowadzące do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Odnosząc się do tego stanowiska zauważyć należy, że już sam fakt zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa powoduje, że inni

wykonawcy, nie mając wglądu do tych informacji, znajdują się w gorszej sytuacji chociażby z punktu widzenia możliwości kwestionowania oferty konkurenta. Skoro jednak sama ustawa Pzp zezwala na takie sytuacje, pod warunkiem spełnienia wszystkich przesłanek uzasadniających takie zastrzeżenie, to znaczy, że ustawodawca w wyjątkowych przypadkach uznał potrzebę ochrony informacji przedsiębiorcy za wartość nadrzędną w stosunku do jawności postępowania. Zakładając, że Zamawiający zgodnie z ciążącym na nim obowiązkiem dokonał badania skuteczności zastrzeżenia wyjaśnień złożonych przez Odwołującego, to fakt, że nie dokonał ich ujawnienia należy poczytać za stwierdzenie, że wszystkie przesłanki zachowania niejawności tych informacji zostały spełnione, a więc że informacje pozostają niejawne w zgodzie z przepisami prawa, a zatem pozbawienie innych wykonawców dostępu do nich jest również zgodne z przepisami prawa. Nie sposób zatem twierdzić, że nieprzekazanie im szczegółowego uzasadnienia odrzucenia oferty, zawierającego informacje ustawowo chronione, byłoby naruszeniem prawa. Brak dostępu innych wykonawców do tej części uzasadnienia byłby bowiem konsekwencją uznania przez Zamawiającego, że wyjaśnienia zostały zastrzeżone w zgodzie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jeśli natomiast zastrzeżenie wyjaśnień było niezasadne, Zamawiający zobowiązany był stwierdzić jego nieskuteczność, ujawnić treść wyjaśnień i przekazać pełne uzasadnienie odrzucenia wszystkim wykonawcom. Nie może natomiast zasłaniać się tym zastrzeżeniem usprawiedliwiając zaniechanie przedstawienia uzasadnienia czynności odrzucenia oferty.

W ocenie Izby już sama wadliwość informacji o odrzuceniu oferty świadczy o tym, że wszystkie zarzuty odwołania, a nie tylko ten dotyczący art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy, są zasadne. Czynność odrzucenia oferty Izba ocenia bowiem pod kątem okoliczności i argumentów zawartych w informacji o odrzuceniu oferty przekazanej wykonawcy. Skoro Zamawiający nie przedstawił uzasadnienia wykazującego, dlaczego oferta jest niezgodna z SIWZ czy dlaczego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, to odrzucenie należy uznać za merytorycznie niezasadne, jego zasadność nie została bowiem wykazana w informacji o odrzuceniu oferty. W tej sytuacji bezprzedmiotowe jest ocenianie polemiki stron w odniesieniu do kwestii, które nie były wykonawcy zakomunikowane jako podstawa odrzucenia oferty i polegały na domysłach Odwołującego, a które Zamawiający wyartykułował dopiero w postępowaniu odwoławczym. Wszelkie twierdzenia Zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na odwołanie oraz podczas rozprawy są spóźnione i nie mogą prowadzić do uznania odrzucenia oferty Odwołującego za uzasadnione.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że odrzucając ofertę Odwołującego Zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w stopniu mogącym mieć wpływ na wynik postępowania, zatem odwołanie – stosownie do

art. 192 ust. 2 ustawy Pzp – podlegało uwzględnieniu. W świetle ogólnej, nieprecyzyjnej i niezawierającej uzasadnienia informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, czynność tę należy uznać za niezasadną. Wobec powyższego Izba nakazała unieważnienie czynności odrzucenia oferty i powtórzenie badania i oceny ofert. Jeżeli w wyniku powtórzonych czynności Zamawiający doszedłby do wniosku, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, zobowiązany jest przedstawić szczegółowe uzasadnienie takiej oceny, wobec której wykonawcy przysługiwać będzie prawo wniesienia odwołania.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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, poz. 972).

Przewodniczący: