

WYROK

z dnia 9 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Anna Packo**

Protokolant: **Piotr Ceglowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 i 9 czerwca 2017 r., w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 22 maja 2017 r. przez wykonawcę **N. S. A. (...)**,

B. w dniu 22 maja 2017 r. przez wykonawcę **T. P. S. A. (...)**

w postępowaniu prowadzonym przez

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., (...)

przy udziale wykonawców:

A. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **T. S.A., P. I. Sp. z o.o. (...)** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1002/17 i KIO 1020/17 po stronie zamawiającego,

B. **T. P.S.A. (...)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1002/17 po stronie zamawiającego,

C. **Z. S.A. (...)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1002/17 i KIO 1020/17 po stronie zamawiającego,

D. **N. S.A. (...)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1020/17 po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie o sygn. akt KIO 1002/17 i nakazuje PKP Polskim Liniom Kolejowym S.A. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty N. S.A. oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty N. S.A.,**
- 2. oddala odwołanie o sygn. akt KIO 1020/17,**
- 3. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 1002/17 obciąża PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., a w sprawie o sygn. akt KIO 1020/17 obciąża wykonawcę T. P.S. A. i:**

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez N. S.A. tytułem wpisu od odwołania,**
- 3.2. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę T. P.S. A. tytułem wpisu od odwołania,**
- 3.3. zasądza od PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. na rzecz N. S.A. kwotę 24 410 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia cztery tysiące czterysta dziesięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu, dojazdu i wynagrodzenia pełnomocnika,**
- 3.4. zasądza od wykonawcy T. P.S. A. na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego dla Warszawy-Pragi w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1002/17

KIO 1020/17

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „zaprojektowanie i wykonanie robót w ramach projektu *Prace na linii kolejowej nr 216 na odcinku D.-O.* przewidzianego do realizacji w ramach Programu Operacyjnego Polska Wschodnia” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 30 grudnia 2016 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2016/S 252-464879. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania – odwołanie o sygn. KIO 1002/17

Odwołujący N. S.A. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż jest ona zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

2. art. 87 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie ponownego wezwania Odwołującego do wyjaśnień dotyczących złożonej oferty, pomimo iż Zamawiający powziął wątpliwości niewyartykułowane w pierwotnym wezwaniu do wyjaśnień, co pozbawiło Odwołującego możliwości wykazania, że oferowany sposób realizacji zamówienia jest zgodny ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, odrzucenie oferty wyłącznie na podstawie treści wyjaśnień, w zupełnym oderwaniu od jednoznacznej treści oferty Odwołującego zgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia,

3. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niedokonanie wyboru oferty Odwołującego, pomimo że jego oferta nie podlega odrzuceniu i jednocześnie jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu,

4. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie skutkujące naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, czego wyrazem jest odrzucenie oferty Odwołującego oraz zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień, pomimo iż jego oferta jako odpowiadająca treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie podlegała odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
2. dokonania ponownej oceny ofert i w efekcie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej poprzez wybór oferty złożonej przez Odwołującego, która uzyskała najwyższy wynik punktowy w ramach ustalonych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert,
3. dopuszczenie dowodów z załączonych do odwołania: a) rysunku obrazującego stację O., b) Harmonogramu Ogólnego – na okoliczności wskazane w uzasadnieniu,
4. obciążenie Zamawiającego w całości kosztami postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że Zamawiający ustalił w przedmiotowym postępowaniu, iż „termin realizacji” jest jednym z kryteriów oceny ofert z wagą 20% – zgodnie z pkt. 20.7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia – TOM I – Instrukcje Dla Wykonawców (IDW). Zgodnie z postanowieniami punktu 20.7.3 IDW (po zmianie z 17 lutego 2017 r.) Zamawiający przewidział, iż możliwe jest skrócenie przez wykonawców terminów realizacji Etapu 3 oraz Etapu 4 zamówienia. W celu przedstawienia terminów wykonania etapów wykonawca był zobowiązany do przedstawienia Harmonogramu Realizacji Zadania Wykonawcy (HRZW). W punkcie 20.7.3.3 IDW Zamawiający określił wymagania w stosunku HRZW, zgodnie z którymi harmonogram składany przez wykonawcę wraz z ofertą musiał uwzględniać m.in. maksymalny czas trwania poszczególnych Etapów, zgodnie z założeniami Subklauzuli 8.13 Warunków Umowy. Zamawiający dopuszczał modyfikację czasu trwania lub terminu na wykonanie zadań wyłącznie tych, określonych jako Etapy, których możliwość modyfikacji przewiduje Subklauzula 8.13 Warunków Umowy.

Przywołana Subklauzula 8.13 Warunków Umowy, w brzmieniu ustalonym zmianą z 2 lutego 2017 r. ustanawiała następujące Etapy i dopuszczalne ramy ich modyfikacji:

Etap 1: 8 miesięcy od Daty Rozpoczęcia (termin stały – nie podlega modyfikacji) – złożenie kompletnego wniosku o Pozwolenia na Budowę do właściwego organu. W przypadku składania więcej niż jednego wniosku o Pozwolenie na Budowę jako zakończenie Etapu uznaje się termin złożenia ostatniego z wniosków.

Etap 2: 10 miesięcy od Daty Rozpoczęcia (termin stały – nie podlega modyfikacji) – Zaakceptowane Roboty o wartości nie mniejszej niż 10% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej,

Etap 3: do 18 miesięcy od Daty Rozpoczęcia – oddanie do eksploatacji odcinka od stacji O. (wraz ze stacją) do stacji O. (2),

Etap 4: do 14 miesięcy rozpoczynając po zakończeniu Etapu 3 – oddanie do eksploatacji odcinka od stacji D. do stacji O.,

Etap 5: 4 miesiące od zakończenia Etapu 4 (termin stały – nie podlega modyfikacji) – pozostałe Roboty wraz z dokonaniem wszelkich niezbędnych odbiorów oraz uzyskaniem wymaganych decyzji i pozwoleń.

Z kolei Etap został zdefiniowany w Warunkach Umowy w następujący sposób: 1.1.3.10 „Etap” – oznacza zakres Robót przewidziany do wykonania w danym terminie.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający wskazał, że „w pkt 1 Wykonawca poinformował, iż w Fazie 2 planuje zamknięcie toru nr 1 na odcinku O. – D. – 6 miesięcy (...) w załączonym do wyjaśnień Harmonogramie Ogólnym (wstępnym) przedstawił, iż zamierza rozpocząć prace na odcinku od stacji D. do stacji O. (realizacja Etapu 4) przed oddaniem poprzedniego odcinka od stacji O. do stacji O. (2) do eksploatacji (Etap 3) (...) przyjęte założenie i udzielone wyjaśnienia są niezgodne z SIWZ, ponieważ Zamawiający nie dopuścił możliwości rozpoczęcia Etapu 4 (w tym także zamknięcia toru na odcinku O. – D.) przed zakończeniem Etapu 3, co zostało wyraźnie określone w SubKLAUZULI 8.13 Warunków Kontraktu”. W ocenie Odwołującego, postanowienia IDW i Warunków Umowy nie kształtują terminów wykonania Etapu 3. i Etapu 4. w sposób wskazany przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty. Sposób sformułowania Subklauzuli 8.13 Warunków Umowy wskazuje bowiem wyraźnie, iż Zamawiający wyznaczył jedynie maksymalne terminy wykonania zarówno Etapu 3., jak i i Etapu 4. Każdy z tych dwóch Etapów mógł zostać skrócony w ofercie składanej przez wykonawcę. Etap 3. musi zostać zrealizowany „do 18 miesięcy od Daty Rozpoczęcia”, z kolei Etap 4. wykonawca zobowiązany jest wykonać „do 14 miesięcy rozpoczynając po zakończeniu Etapu 3”, co należy rozumieć wyłącznie jako maksymalny termin końcowy na wykonanie Etapu 4, zatem Etap 4. powinien być zakończony nie później niż po upływie 14 miesięcy licząc od zakończenia Etapu 3. Sposób sformułowania Subklauzuli 8.13 Warunków Umowy nie pozwala na stwierdzenie, jakoby zapis ten wprowadzał początkowy termin realizacji Etapu 4. Zamawiający dla Etapu 4. nie wyznaczył tym samym przedziału czasowego dla tego Etapu, a jedynie określił najpóźniejszy termin dla jego zakończenia.

W odpowiedzi na pytanie nr 58 dot. treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia: „Czy Zamawiający na przedmiotowe zadanie przewidział zamknięcie torowe całkowite. W sieciowym harmonogramie zamknięć torowych dla linii kolejowej nr 216 zostały uwzględnione tylko krótkie odcinki do przebudowy wiaduktów kolejowych. Prosimy o podanie proponowanych przez zamawiającego zamknięć torowych na przedmiotowe zadanie. Jest to konieczne do wyboru odpowiedniej technologii robót i sporządzenia oferty przetargowej”, Zamawiający wskazał: „Zamawiający zakłada na czas robót całkowite zamknięcie linii kolejowej w dwóch fazach obejmujących odcinki D. – O. i O. – O. (2). Decyzje o kolejności i czasie zamknięć podejmie Zamawiający w uzgodnieniu z Wykonawcą, na podstawie przygotowanego przez Wykonawcę fazowania robót”. Powyższa odpowiedź na pytanie nr 58 wskazuje wprost, iż Zamawiający nie wykluczał sytuacji, w której zamknięcia torowe na odcinkach D. – O. i O. – O. (2) będą się częściowo pokrywać. Skoro bowiem kolejność i czas zamknięć miały być uzgodnione z wykonawcą na podstawie przygotowanego przez wykonawcę fazowania robót, to każdy oferent mógł założyć takie fazowanie robót, które

będzie obejmować rozpoczęcie zamknięcia torowego na odcinku D. – O. jeszcze przed zakończeniem zamknięcia torowego na odcinku O. – O. (2). Zamawiający ani w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ani w udzielonych wyjaśnieniach, nie wyłączył wprost takiej możliwości. Wręcz przeciwnie, odpowiedź na pytanie nr 58 wskazuje, iż Zamawiający liczył się z taką ewentualnością.

Jeśli intencją Zamawiającego rzeczywiście byłoby wprowadzenie braku możliwości rozpoczęcia Etapu 4. przed zakończeniem Etapu 3. oraz braku możliwości zamknięcia toru na odcinku O. – D. przed zakończeniem Etapu 3., w tym zakończeniem zamknięcia toru na odcinku O. – O. (2)), to Zamawiający powinien takie wymagania jasno i precyzyjnie określić w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w taki sposób, aby były one przejrzyste dla wszystkich potencjalnych oferentów. Skoro jednak Zamawiający nie ukształtował zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia w taki sposób, to na obecnym etapie postępowania niedopuszczalne jest wyciąganie z tego tytułu negatywnych konsekwencji wobec Odwołującego w postaci odrzucenia jego oferty. Jak słusznie wskazuje się w orzecznictwie, precyzyjne określenie wymagań jest jedną z najważniejszych czynności Zamawiającego, która ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania (jak również późniejszą realizację zamówienia) i musi być jasno określona w ogłoszeniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, by wykonawca nie miał problemu z jej zrozumieniem. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego specyfikacja istotnych warunków zamówienia tworzona jest po to, aby Zamawiający otrzymał w wyniku przeprowadzonego postępowania zamówienie, które odpowiadać będzie ściśle jego potrzebom. Specyfikacja jest jednym z podstawowych dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i jednym z głównych dokumentów, na podstawie którego wykonawcy sporządzają ofertę. Specyfikacja stanowi instrukcję dla wykonawców, w jaki sposób powinni sporządzić poprawnie ofertę, przy czym jeśli wykonawcy wykażą spełnienie wszystkich wymagań Zamawiającego zgodnie z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Zamawiający nie może odrzucić oferty takiego wykonawcy. Wykonawca czytając specyfikację istotnych warunków zamówienia nie może się domyślać, jakie wymagania powinien spełnić startując do przedmiotowego postępowania. Wymagania Zamawiającego powinny być określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób jednoznaczny; nie budzący wątpliwości, gdyż specyfikacja wiąże zarówno Zamawiającego jak i wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z tych też względów specyfikacja istotnych warunków zamówienia musi być precyzyjna i jednoznaczna, a jakiegokolwiek wątpliwości powstałe na tym tle powinny być, przy poszanowaniu przepisów prawa, rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Zamawiający nie może również obowiązku sporządzenia oraz doprecyzowania zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia przerzucać na wykonawców (wyrok KIO z 21 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 269/13). Zamawiający powinien przy tym tak interpretować i oceniać oferty

wykonawców, aby w ramach przepisów ustawy w pierwszej kolejności dążyć do ich utrzymania w postępowaniu, co w pełni koresponduje z naczelnym celem ustawy, jakim jest zapewnienie racjonalnego i sprawnego wydatkowania środków publicznych (wyrok KIO z 8 października 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1401/09).

Niezależnie od faktu, iż postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wykluczały rozpoczęcia Etapu 4. oraz zamknięcia toru na odcinku O. – D. jeszcze przed zakończeniem Etapu 3., należy zwrócić uwagę na zakres robót składających się na Etap 3. Zgodnie z Subklauzulą 8.13 Warunków Umowy, Etap 3. obejmuje bowiem odcinek od stacji O. – wraz ze stacją – do stacji O. (2). Definicji legalnej stacji należy poszukiwać w powszechnie obowiązujących przepisach prawa oraz w wewnętrznych regulacjach Zamawiającego, tj. § 3 ust. 4 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 lipca 2005 (tj. Dz. U. z 2015 r., poz. 360) oraz § 3 ust. 5 i 9 instrukcji Ir-1 PKP PLK – Instrukcja o prowadzeniu ruchu pociągów: Stacja jest to posterunek zapowiadawczy. w obrębie którego, oprócz tom głównego zasadniczego, znajduje się co najmniej jeden tor główny dodatkowy, a pociągi mogą rozpoczynać i kończyć jazdę, krzyżować się i wyprzedzać, jak również zmieniać skład lub kierunek jazdy. Duże stacje mogą być podzielone na rejony stanowiące osobne posterunki zapowiadawcze. Granicę pomiędzy szlakiem a posterunkiem zapowiadawczym stanowi: 1) na liniach jednotorowych – semafor wjazdowy tego posterunku, 2) na liniach dwutorowych – miejsce znajdowania się semafora wjazdowego i linia prostopadła do osi torów, w miejscu ustawienia tego semafora, z wyjątkiem przypadków, w których granica między poszczególnymi torami szlakowymi a posterunkiem zapowiadawczym jest różna...

Z powyższych regulacji wynika wprost, iż granicę stacji – w tym również stacji O. przewidzianej do wykonania w ramach Etapu 3. – wyznacza semafor wjazdowy. To z kolei oznacza, iż roboty dotyczące stacji obejmują także głowice rozjazdowe. W przypadku stacji O. prace należy wykonać także na głowicy zlokalizowanej od strony stacji Nidzica, znajdującej się już na odcinku O. – D. (przewidzianym do wykonania w ramach Etapu 4.). Skoro jednak w ramach Etapu 3. wykonawca zobowiązany jest wykonać wszystkie roboty obejmujące stację O., a tym samym zobowiązany jest wykonać roboty obejmujące głowice rozjazdowe, to do zakończenia prac w ramach Etapu 3. konieczne jest zamknięcie odcinka O. – D. co najmniej w zakresie do najbliższej stacji, czyli do N., prace na głowicach nie mogą być bowiem prowadzone bez zamknięcia toru do najbliższej stacji. Odwołujący uwzględnił powyższe uwarunkowania w złożonych wyjaśnieniach do oferty. Jednocześnie wobec faktu, iż ukończenie robót na stacji O. (głowicy rozjazdowej) wymusza zamknięcie toru na odcinku O. – D. jeszcze przed zakończeniem Etapu 3. – Odwołujący wskazał w wyjaśnieniach już w tym momencie rozpoczęcie prac wchodzących w zakres Etapu 4. W przeciwnym wypadku udzielone zamknięcie nie zostałoby w pełni wykorzystane do wykonania wszystkich możliwych prac. Założeniem Odwołującego była realizacja robót z

uwzględnieniem aspektów ekonomicznych, celem zmniejszenia kosztów komunikacji zastępczej na zamykanych odcinkach torów.

Niezależnie od powyższego, nawet przy przyjęciu, iż treść Subklauzuli 8.13 rzeczywiście uniemożliwia rozpoczęcie Etapu 4. (w tym zamknięcie toru na odcinku O. – D.) przed zakończeniem Etapu 3., to oferta Odwołującego spełnia takie wymagania. Wskazuje na to wprost treść formularza ofertowego oraz Harmonogramu Realizacji Zadania Wykonawcy (str. 9 i str. 165 oferty) będących częścią oferty Odwołującego. Zarówno bowiem formularz ofertowy, jak i harmonogram wskazują na realizację Etapu 3. do 14. miesiąca od Daty Rozpoczęcia, a następnie, po zakończeniu Etapu 3., rozpoczęcie prac wchodzących w zakres Etapu 4. Dokumenty te jednoznacznie wskazują, jaka była wola Odwołującego jako oferenta w niniejszym postępowaniu – intencją było zaoferowanie realizacji poszczególnych etapów zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym samym, skoro taka jest treść oświadczenia woli Odwołującego zawartego w ofercie, to nie sposób twierdzić, że oferta ta jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co potwierdza załączony Harmonogram Ogólny, zgodny z przywołanymi wyżej założeniami.

Zamawiający naruszył więc przepisy art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych odrzucając ofertę Odwołującego, albowiem jest ona w pełni zgodna z wymaganiami postawionymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Ponadto Zamawiający, z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, nie skierował do Odwołującego ponownego wezwania w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do wyjaśnienia niejasnej dla niego części oferty. Jedynym wezwaniem było pismo z 20 kwietnia 2017 r., w którym Zamawiający zwrócił się do wykonawcy „o wyjaśnienie sposobu oferowanego skrócenia Etapu 4 realizacji przedmiotowego zadania, ze szczególnym uwzględnieniem:

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

biorąc pod uwagę zachowanie terminów administracyjnych zgodnie z przepisami powszechnie obowiązującego prawa oraz uwzględnienie czasu na realizację, zakończenie i odbiór elementów, dla których wymagane są pozwolenia na budowę oraz zgodę na użytkowanie”.

W odpowiedzi Odwołujący przesłał obszernie wyjaśnienia dotyczące treści oferty, odnoszące się szczegółowo do zagadnień wskazanych w wezwaniu. 12 maja 2017 r. Zamawiający poinformowało odrzuceniu oferty Odwołującego w uzasadnieniu wskazując powołaną

powyżej argumentację. Zamawiający zignorował jednak treść formularza ofertowego złożonego przez Odwołującego (str. 9 oferty), a także zupełnie pominął Harmonogram Realizacji Zadania Wykonawcy (str. 165 oferty). Dokumenty te jednoznacznie wskazują, jaka była wola Odwołującego jako oferenta w niniejszym postępowaniu. Wynika z nich wprost, iż intencją było zaoferowanie realizacji poszczególnych etapów zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym samym, skoro taka jest treść oświadczenia woli Odwołującego zawartego w ofercie, to nie sposób twierdzić, że oferta ta jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W piśmiennictwie podkreśla się, że „zgodnie z dyspozycją art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wskutek udzielenia wyjaśnień przez wykonawcę nie jest możliwe dokonywanie jakichkolwiek zmian w treści oferty, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2 tego przepisu. Jakiegokolwiek wyjaśnienia składane przez wykonawcę wezwanego do ich złożenia, w jakimkolwiek trybie, nie mogą w myśl art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zmienić jasnej, wyrażonej na piśmie i zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, treści złożonej przez niego oferty.

Jeżeli zatem, w ocenie Zamawiającego, wyjaśnienia złożone przez Odwołującego w piśmie z 27 kwietnia 2017 r. były niezgodne z wymaganiami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to wobec niezaprzeczalnego faktu, iż sama oferta Odwołującego była w pełni zgodna ze specyfikacją, Zamawiający powinien był ponownie wezwać Odwołującego do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Podjęcie ww. czynności było w tej sytuacji obligatoryjne. Skoro bowiem Zamawiający miał zastrzeżenia jedynie do treści wyjaśnień, a nie do samej oferty Odwołującego, to nie był uprawniony do jej odrzucenia przed dostatecznym wyjaśnieniem wszystkich kwestii wskazanych w pierwotnym wezwaniu oraz ewentualnych rozbieżności pomiędzy poszczególnymi dokumentami złożonymi przez Odwołującego.

Oferta Odwołującego od początku była i nadal jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Zarówno formularz ofertowy, jak i Harmonogram Realizacji Zadania Wykonawcy spełniają wymagania postawione przez Zamawiającego, a z żadnej części oferty nie wynika wniosek przeciwny. Takiego przeciwnego wniosku nie można wyciągać z treści wyjaśnień złożonych przez Odwołującego, albowiem wyjaśnieniami nie można doprowadzić do zmiany treści oferty. Podstawą odrzucenia oferty nie może być wyłącznie ocena treści wyjaśnień składanych w trybie art. 87 ust. 1, oderwana od treści samej oferty. Tymczasem działania Zamawiającego wyraźnie wskazują na to, iż podstawą jego decyzji wydanej w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie była sprzeczność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia samej oferty. Podstawą tą była wyłącznie ocena Zamawiającego w stosunku do treści wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w kontekście Subklauzuli 8.13 Warunków Umowy. Takie działanie jest sprzeczne z przepisami ustawy.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty nie wskazał, jakoby wyjaśnienia Odwołującego dotyczące oferowanego sposobu skrócenia Etapu 4. były niewiarygodne w stosunku do zastosowanych technologii i zakresu robót. Jedynym zastrzeżeniem wskazanym w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego była rzekoma, forsowana przez Zamawiającego rozbieżność między założeniami przyjętymi w wyjaśnieniach a wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczącymi terminu rozpoczęcia Etapu 4. i zamknięcia toru na odcinku O. – D.. Wszelkie wątpliwości w tym zakresie powinny być usunięte poprzez ponowne wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Uprawnienie Zamawiającego do żądania wyjaśnień od wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych traci charakter dyspozytywnego uprawnienia i przybiera formę zobowiązania do żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, jeżeli zaistnieją ku temu przesłanki.

Zamawiający powziął wątpliwości co do zgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia wyłącznie na podstawie wyjaśnień złożonych przez Odwołującego, przy czym z uwagi na konkretny zakres wezwania skierowanego przez Zamawiającego, wyjaśnienia te dotyczyły wyłącznie „sposobu oferowanego skrócenia Etapu 4.”, a nie terminu rozpoczęcia Etapu 4. i zamknięcia toru na odcinku O. – D.. Odwołujący wbrew art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych został zatem pozbawiony możliwości złożenia wyjaśnień, że oferuje wykonanie zamówienia zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (co wynika wprost z treści złożonej oferty), albowiem Zamawiający nie skierował do Odwołującego ponownego wezwania, które precyzyjnie opisywałoby wątpliwości Zamawiającego w zakresie wskazanym w decyzji o odrzuceniu oferty, a nie wyartykułowanym w pierwotnym wezwaniu do złożenia wyjaśnień,

W związku z powyższym Zamawiający był zobligowany do ponownego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień. Zaniechanie tej czynności i odrzucenie oferty Odwołującego stanowi rażące naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, które miało istotny wpływ na wynik postępowania.

II Zarzuty i żądania odwołania – odwołanie o sygn. KIO 1020/17

Odwołujący – T. P.S. A. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo braku podstaw faktycznych i prawnych do przypisania ofercie niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak uzasadnienia faktycznego i prawnego dla czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie zwrócenia się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty,

4. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
2. uwzględnienia oferty Odwołującego w toku dalszego postępowania, w tym dokonanie jej oceny w ramach przewidzianych kryteriów oceny ofert, ewentualnie nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,
3. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa prawnego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający uznał za niezgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia działania polegające na założeniu, że Odwołujący złoży wniosek o wydanie decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego (ULICP) w pierwszym tygodniu trwania Kontraktu oraz, że po 65 dniach zostanie pozyskana ww. decyzja. Stanowisko Zamawiającego jest niezrozumiałe i bezpodstawne. Dodatkowo przywoływane w uzasadnieniu pkt 3.3.3 PFU oraz SubKLAUZULA 5.2 Warunków Kontraktu w żadnym wypadku nie zawierają treści, która uprawniałaby Zamawiającego do wniosku o niezgodności powyższych założeń z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Co istotne, Zamawiający sam przyznaje w uzasadnieniu odrzucenia, że przedstawione działania pozwalają osiągnąć zaproponowany termin na wykonanie Przedmiotu Zamówienia. Zamawiający nie kwestionuje więc wiarygodności i skuteczności przyjętych przez wykonawcę rozwiązań, ale uznaje, że pozostają one niezgodne ze specyfikacją.

Zamawiający nie określił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, kiedy najwcześniej może zostać złożony wniosek o wydanie decyzji ULICP oraz kiedy najwcześniej może zostać uzyskana ww. decyzja, z tego też względu nie zaistniały żadne podstawy, by przypisywać ofercie Odwołującego niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Czynność Zamawiającego podlega ocenie w takim kształcie, w jakim została przedstawiona w uzasadnieniu. Ogólnikowe odwołanie do „niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia” nie tworzy uzasadnienia czynności, tak samo jak zastrzeżenie o treści „a w szczególności”. Zastrzeżenie to nie daje Zamawiającemu prawa do poszukiwania na etapie rozprawy innych podstaw, niż te, które podał w treści uzasadnienia, wykonawca nie może bowiem domyślać się podstaw decyzji Zamawiającego.

Z tych też względów, niezgodność oferty z treścią SIWZ może być analizowana jedynie przez pryzmat podstaw, jakie wyraźnie przytoczył Zamawiający w treści uzasadnienia, a więc przez pryzmat SubKLAUZULI 5.2 oraz pkt 3.3.3 PFU, pkt 3.3.2 PFU i pkt 4.4.1 PFU.

Zakwestionowane przez Zamawiającego założenia nie naruszają ww. postanowień.

Zamawiający nie zarzucił, że założenia wykonawcy nie gwarantują, iż na Dokumenty Wykonawcy będą składały się „dokumenty pozwalające uzyskać wszystkie wymagane przepisami zatwierdzenia, w tym niezbędne uzgodnienia, decyzje lokalizacyjne”. Stąd podkreślenie poczynione przez Zamawiającego jest niezrozumiałe – Odwołujący składając ofertę uwzględnił powyższy wymóg.

Podkreślenie Zamawiającego, że „żaden okres przeglądu nie przekroczy 21 dni” również nie świadczy o niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający ustalił tym wymogiem jedynie termin maksymalny (nie dłuższy niż 21 dni). Oczywistym jest, że założenie uznane przez Zamawiającego za wadliwe, tj. założenie o złożeniu wniosku o wydanie decyzji ULICP w pierwszym tygodniu trwania Kontraktu, nie pozostaje w sprzeczności z powyższym terminem 21-dniowym. Jeżeli Zamawiający zastrzegł jedynie, że określone czynności nie będą trwały dłużej niż 21 dni, to nie wykluczył tym zastrzeżeniem możliwości poczynienia przez wykonawcę założenia, iż czynności te będą mogły zostać wykonane szybciej. Wskazany termin 21-dniowy ma charakter gwarancyjny dla wykonawcy, który poprzez wprowadzenie górnej granicy ma zapewnione, że określone czynności po stronie Zamawiającego nie będą trwały dłużej niż 21 dni. Jednocześnie, analizowana SubKLAUZULA 5.2 nie przesądza o tym, że czynności przeglądu zawsze będą trwały 21 dni. Sam pkt 3.3.3 PFU, na którym powołuje się Zamawiający, stanowi o tym, że: „Wykonawca opracuje (we współpracy z Zamawiającym) wnioski wraz z niezbędnymi załącznikami o wydanie: decyzji o ustaleniu lokalizacji linii kolejowej i/lub decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego”. Obowiązkiem Zamawiającego jest więc współpraca z wykonawcą. Współpraca ta może pozwolić na wykonanie określonych czynności wcześniej, byleby nie został przekroczony próg 21 dni.

Stanowisko Zamawiającego nie tylko nie znajduje oparcia w przytoczonej SubKLAUZULI 5.2 oraz pkt 3.3.3 PFU, ale pozostaje także niekonsekwentne względem przewidzianych przez Zamawiającego warunków konkurowania o uzyskanie przedmiotowego przetargu.

Zamawiający ustanowił termin realizacji kryterium oceny ofert o wadze 20%. W toku postępowania Zamawiający odstąpił od terminu minimalnego na realizację zamówienia, pozwolił więc na znacznie szersze konkurowanie terminem realizacji zamówienia, nie przewidując żadnego terminu minimalnego, a jedynie wprowadzając określoną procedurę weryfikacji sposobu skrócenia etapów. W konsekwencji wykonawca miał dodatkowe uzasadnienie, by poczynić założenia pozwalające na zaoferowanie krótszego terminu realizacji zamówienia, w tym miał prawo poczynić założenie, że proces przeglądu może zakończyć się w krótszym terminie niż 21 dni, pozwalającym na złożenie wniosku o wydanie ULICP w pierwszym tygodniu trwania Kontraktu.

Uzasadnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, gdzie Zamawiający ograniczył się do ogólnikowych wniosków, dla których przytoczył zapisy PFU i Warunków Kontraktu, które

wniosków tych w ogóle nie uzasadniają, świadczy o tym, że Zamawiający dokonał wybiórczej oceny otrzymanych wyjaśnień z 27 kwietnia 2017 r.

Argument Zamawiającego, iż wykonawca przedstawił, że „rozpocznie pewne zadania przed podpisaniem Umowy (Datą Rozpoczęcia), co wiąże się z działaniami Wykonawcy na własne ryzyko, bez możliwości pełnej współpracy z Zamawiającym”, nie jest argumentem mogącym przemawiać za niezgodnością oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak również przepisy prawa, nie zabraniają wykonawcy podjęcia czynności przygotowawczych przed formalnym podpisaniem Kontraktu. Jeżeli oferta Wykonawcy zostałaby wybrana, jako najkorzystniejsza, to podjęcia działań przygotowawczych przed podpisaniem samego Kontraktu, należy oceniać wyłącznie jako działanie świadczące o profesjonalizmie wykonawcy, rzetelnym podejściu do współpracy z Zamawiającym, jak również jako okoliczność dodatkowo wpisującą się i uzasadniającą strategię wykonawcy w zakresie skrócenia terminów etapów, a finalnie terminu realizacji zamówienia.

W praktyce wybór oferty i podpisanie umowy przy tego rodzaju przedmiocie zamówienia rozdziela okres 1-2 miesięczny, co związane jest z przeprowadzeniem kontroli Centrum Unijnych Projektów Transportowych. Okres ten może być wykorzystany przez wykonawcę do przeprowadzenia czynności przygotowawczych wyspecyfikowanych wyjaśnieniach. Zamawiający nie zakwestionował, by którekolwiek z przewidzianych tam działań nie mogło zostać podjęte przez wykonawcę w tym okresie. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie zawiera zakazu podejmowania czynności przygotowawczych przed podpisaniem kontraktu z Zamawiającym.

Argument, że czynności przygotowawcze wiążą się z działaniem na własne ryzyko wykonawcy pozostaje bez znaczenia. Wykonawca zgadza się na to ryzyko. Jeżeli wcześniej podjęte czynności przygotowawcze nie dałyby założonych rezultatów, to ryzykiem, jakie mogłoby się zaktualizować, jest ryzyko ewentualnego wydłużenia okresu przewidzianego na złożenie wniosku o wydanie ULICP. Gdyby hipotetycznie doszło nawet do takiej sytuacji, to wykonawca, przy przyjętej strategii realizacji kontraktu, i tak jest w stanie dochować terminu realizacji zamówienia, co potwierdzają także wyjaśnienia. W skrajnym przypadku (rozważanym jedynie teoretycznie) gdyby wydłużenie okresu przewidzianego na złożenie wniosku o wydanie ULICP miało skutkować opóźnieniem terminu realizacji zamówienia, to wykonawca mógłby zostać ewentualnie obciążony karami umownymi. Nie można natomiast w tej sytuacji doszukiwać się niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wniosek ten potwierdza także analiza treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia: w pkt. 20.7.3.1 IDW, Zamawiający wskazał, że „skutki braku realizacji umowy w terminach określonych w HRZW określa Tom II SIWZ – Warunki Umowy”. Zamawiający nie przewidział sankcji odrzucenia oferty. W punkcie 20.7.3.3 – 20.7.3.5 IDW Zamawiający

określił zasady modyfikacji etapów, zasady weryfikacji, jak również przypadki odrzucenia oferty.

Podstawy podane przez Zamawiającego (uwzględnienie procesów poprzedzających uzyskanie decyzji ULICP, które są niezgodne z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a więc założenie wykonawcy o złożeniu wniosku o wydanie ULICP w pierwszym tygodniu trwania Kontraktu, a po 65 dniach uzyskanie ww. decyzji) nie kwalifikują się do żadnego z przypadków określonych przez Zamawiającego.

Co istotne, w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu Zamawiający nie powołuje żadnego z ww. postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W konsekwencji Zamawiający odrzuca ofertę w sposób sprzeczny z zasadami, jakie sam określił w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wyjaśnienia z 27 kwietnia 2017 r. wraz z załączonym „Harmonogramem prac projektowych i pozyskania niezbędnych decyzji administracyjnych”, z którego treści Zamawiający w sposób wybiórczy wywiódł okoliczności mające świadczyć o niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowiło wyjaśnienie Harmonogramu Realizacji Zadania Wykonawcy (HRZW). Analiza dokumentu HRZW i przewidzianych przez Zamawiającego zasad jego oceny ma więc kluczowe znaczenie dla oceny zgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający nie stwierdził, by HRZW Odwołującego było niezgodne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W treści uzasadnienia odrzucenia brak jest jakichkolwiek informacji, które wskazywałyby na to, że HRZW Odwołującego naruszyło postanowienia treści specyfikacji. Jeżeli Zamawiający wywiódł wniosek o niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia na podstawie wyjaśnień udzielonych względem HRZW, to winien wykazać niezgodność HRZW z treścią specyfikacji, czego nie uczynił.

Punkt 20.7.3.1: „Wykonawca w celu potwierdzenia możliwości skrócenia terminu realizacji zadania i Etapów przedstawi Harmonogram Realizacji Zadania Wykonawcy [HRZW], o którym mowa w punktach poniżej, stworzony na podstawie wzorcowego Harmonogramu Realizacji Zadania Zamawiającego”.

Punkt 20.7.3.2: „HRZZ, stanowiący Załącznik nr 7, przedstawia terminy na wykonanie poszczególnych Etapów, z których wynika maksymalny termin realizacji Umowy przewidziany przez Zamawiającego”.

Punkt 20.7.3.3: „HRZW będzie zawierał wszelkie terminy wykonania Etapów szczegółowo opisanych w Subklauzuli 8.13 Warunków Umowy oraz ewentualne punkty kontrolne wszystkich terminów pośrednich realizacji zadania przedstawione przez Wykonawcę.

HRZW będzie zawierał porównanie do HRZZ, Wykonawca podczas tworzenia HRZW uwzględni wytyczne dotyczące: a. całkowitego terminu realizacji, b. maksymalnego czasu trwania poszczególnych Etapów, zgodnie z założeniami Subklauzuli 8.13 Warunków Umowy”.

Wszystkie powyższe wymogi zostały spełnione przez Odwołującego. Co istotne, Zamawiający określił, jakie wytyczne należy uwzględnić przy tworzeniu HRZW. Wśród wytycznych dotyczących tworzenia HRZW nie wymieniono „procesów poprzedzających uzyskanie decyzji ULICP”, na które powołuje się Zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający określił przypadki odrzucenia oferty w kontekście skracania etapów. Jest to okoliczność szczególnie istotna, gdyż argumenty Zamawiającego o rozpoczęciu pewnych zadań przed podpisaniem Umowy bez możliwości pełnej współpracy z Zamawiającym, założeniu wykonawcy, że złoży wniosek o wydanie ULICP w pierwszym tygodniu trwania Kontraktu, a po 65 dniach zostanie pozyskana ww. decyzja, powołanie treści pkt 3.3.3 PFU oraz treści SubKLAUZULI 5.2 Warunków Kontraktu, w tym podkreślenie zapisów stanowiących o tym, że "żaden okres przeglądu nie przekroczy 21 dni, a wykonawca przekaże Zamawiającemu opracowane, kompletne materiały celem akceptacji, pozwalają na wniosek, że Zamawiający zmierzał w swoim stanowisku do zanegowania zaoferowanego przez Odwołującego skrócenia Etapów 3. i 4.

Zamawiający zastrzegł, że „dopuszcza się modyfikację czasu trwania i/lub terminu na wykonanie zadań wyłącznie tych, określonych jako Etapy, których możliwość modyfikacji przewiduje Subklauzula 8.13 Warunków Umowy. W przypadku, gdy jakikolwiek Etap zostanie wydłużony lub skrócony niezgodnie z zapisami Subklauzuli 8.13 Warunków Umowy, to oferta zostanie odrzucona.

HRZW Odwołującego nie narusza SubKLAUZULI 8.13. Zamawiający w ogóle nie powołał tej SubKLAUZULI w uzasadnieniu odrzucenia oferty. Skoro Zamawiający określił jako podstawę odrzucenia niezgodność z SubKLAUZULĄ 8.13, a niezgodności tej nie stwierdził, to nie miał prawa do odrzucenia oferty.

W pkt 20.7.3.5 IDW, Zamawiający określił ponadto zasady weryfikacji, zastrzegając, że „dokona oceny wprowadzonych w HRZW przez Wykonawcę zmian w następujący sposób (...)", zastrzegając jednocześnie sankcję w postaci odrzucenia oferty za niespełnienie ściśle określonych warunków. I tak, oferta podlegała odrzuceniu, jeżeli: 1) zaproponowano całkowity termin realizacji powyżej 36 miesięcy (nie zachodzi w przypadku oferty Odwołującego); 2) którykolwiek z Etapów zostanie wydłużony lub skrócony niezgodnie z zapisami SubKLAUZULI 8.13 (nie zachodzi w przypadku oferty Odwołującego); 3) zostały skrócone lub wydłużone czasy trwania zadań, które nie są określone, jako Etapy według SubKLAUZULI 8.13 (nie zachodzi w przypadku oferty Odwołującego); 4) zostały usunięte jakiekolwiek zadania, wymienione w HRZZ (nie zachodzi w przypadku oferty Odwołującego); 5) wyjaśnienia przedstawione przez Wykonawcę nie będą wiarygodne w stosunku do zastosowanych technologii i zakresu Robót lub w przypadku niezłożenia

wyjaśnień w terminie wskazanym przez Zamawiającego (nie zachodzi w przypadku oferty Odwołującego).

Zamawiający określił ramy oceny skracania etapów, jak również przypadki odrzucenia oferty. Żaden z tych przypadków nie odnosi się do oferty Odwołującego, co potwierdza również to, że sam Zamawiający nie odwołał się do którejkolwiek z podstaw odrzucenia oferty. Pomimo to Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego. Działanie Zamawiającego stanowi nie tylko naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2, ale także art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Prowadzenie postępowania w sposób, gdzie Zamawiający określa przesłanki odrzucenia oferty (dając tym samym wykonawcom informację, co do tego, w jakim zakresie możliwe jest zaistnienie niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia), następnie wychodzi poza określone przez siebie przesłanki, wskazuje dodatkowo, jako uzasadnienie odrzucenia niezgodność procesów poprzedzających uzyskanie decyzji ULICP, których to procesów nie określa i przywołuje treść PFU oraz Warunków Kontraktu, które wcale nie pozostają w sprzeczności z założeniami Odwołującego, jak również dokonuje wybiórczej oceny otrzymanych wyjaśnień, a ofertę, na którą składa się szereg dokumentów dyskwalifikuje w oparciu o drobny element poddany niezrozumiałej wykładni – jest w ocenie Odwołującego naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców oraz obowiązku prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

Oferta Odwołującego nie narusza także przywołanego przez Zamawiającego pkt 3.3.3 PFU. Jak stanowi ten punkt, w przypadku realizacji robót budowlanych wymagających pozwolenia na budowę, w razie konieczności, wykonawca pozyska decyzję o ustaleniu lokalizacji linii kolejowej i/lub decyzję o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego. Wykonawca we współpracy z Zamawiającym opracuje także wnioski wraz z niezbędnymi załącznikami. W żadnym razie z treści udzielonych wyjaśnień, w tym z założeń, które przytacza Zamawiający, nie można wyprowadzać wniosków, że wykonawca powyższych obowiązków nie zamierzał wykonać, bądź, by obowiązki te nie zostały objęte treścią jego zobowiązania zawartego w złożonej ofercie. Dotyczy to również podkreślonej przez Zamawiającego treści, że wykonawca przekaze Zamawiającemu opracowane, kompletne materiały celem akceptacji. W odniesieniu do zanegowanego przez Zamawiającego założenia o pozyskaniu decyzji po 65 dniach, argumentem wystarczającym do wykazania wadliwości stanowiska Zamawiającego jest to, że zgodnie z art. 51 ust. 2 zdanie pierwsze ustawy z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym „w przypadku niewydania przez właściwy organ decyzji w sprawie ustalenia lokalizacji inwestycji celu publicznego w terminie 65 dni od dnia złożenia wniosku o wydanie takiej decyzji, organ wyższego stopnia wymierza temu organowi, w drodze postanowienia, na które przysługuje zażalenie, karę pieniężną w wysokości 500 zł za każdy dzień zwłoki”. Przepis ten określa termin wydania decyzji ULICP. Termin 65-dniowy jest więc terminem ustawowym, który musi być przestrzegany.

Odwołujący nie miał obowiązku ani podstaw do czynienia założeń, że termin ten nie może być w tym postępowaniu uwzględniony w strategii budowania oferty, bądź, że będą występowały jakieś wyjątkowe okoliczności, które nie pozwolą na jego zachowanie. W sytuacji, gdy Odwołujący zakłada termin zgodny z przepisami prawa, a dodatkowo Zamawiający nie określa żadnego minimalnego terminu dla uzyskania decyzji, twierdzenia o niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia pozostają całkowicie błędne.

W odniesieniu do pkt 1b oraz pkt 2 harmonogramu, z których Zamawiający także wywiódł twierdzenie o niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia – przedstawiony w harmonogramie złożonym przy wyjaśnieniach z 27 kwietnia 2017 r. termin uzyskania uzgodnienia projektów przez Zamawiającego nie narusza podanego pkt 3.3.2 oraz 4.4.1 PFU. Wykonawca uwzględnił w sposób zgodny z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagania odnośnie koncepcji projektowej.

Powołany pkt 3.3.2 PFU stanowi o obowiązku przedstawiania koncepcji projektowej w terminie do 60 dni. Założony przez Odwołującego termin jest krótszy, oczywistym jest tym samym, że zachowany zostaje wymóg złożenia tej koncepcji w terminie do 60 dni.

Procedura SMS-PW-09, na którą powołuje się Zamawiający nie określa terminów minimalnych na zatwierdzenie koncepcji projektowej, w szczególności nie zawiera postanowień, które stanowiłyby, że zatwierdzenie to nie może zostać dokonane w terminie przewidzianym przez wykonawcę.

Niezrozumiałe jest także podkreślenie Zamawiającego, że zatwierdzona koncepcja projektowa będzie podstawą do sporządzenia kolejnych elementów dokumentacji projektowej. Z punktu 1b oraz pkt 2 harmonogramu w żadnym stopniu nie wynikają informacje, które pozwalałyby na stwierdzenie sprzeczności z ww. modelem postępowania.

To samo należy odnieść do podanego przez Zamawiającego punktu 4.4.1 PFU. Nie wiadomo, z czego Zamawiający wywodzi, że odbiór dokumentacji nie miałby w przypadku oferty Odwołującego polegać na przyjęciu koncepcji projektowej, projektu budowlanego oraz projektu wykonawczego wielobranżowego, bądź, że zatwierdzenie tej dokumentacji miało odbywać się w sposób sprzeczny z przepisami obowiązującymi u Zamawiającego, w tym z procedurą SMS-PW-09.

Uzasadnienie Zamawiającego wskazuje, że za niezgodne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający uznał założenia, na których wykonawca określił wykonanie przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie zanegował samej treści oferty, nie stwierdził wprost jej niezgodności, ale zanegował jedynie „założenia” wykonawcy. W dodatku dotyczy to założeń związanych z elementem z kryteriów oceny ofert, gdzie Zamawiający odstępując od terminu minimalnego, dał wykonawcom szeroką możliwość konkurowania. Zamawiający zanegował więc w zasadzie strategię budowania oferty (a nie jej merytoryczną

treść), w tym przyjęte przez Wykonawcę ryzyka, dla których jedyną sankcją może być ewentualnie nałożenie kar umownych.

Niezrozumiałe przedstawienie uzasadnienia winno być kwalifikowane na równi z faktycznym brakiem uzasadnienia decyzji Zamawiającego. Oczywiście pozostaje także naruszenie obowiązku podania uzasadnienia prawnego. Poprzestanie na zdaniu „oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy” nie stanowi wypełnienia obowiązku, o którym mowa w art. 92 ust 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W świetle utrwalonego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie jest naruszeniem tylko formalnym, ale może mieć wpływ na przebieg, a tym samym – na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Sposób i możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej ma bowiem bezpośredni wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Uzasadnienie decyzji Zamawiającego pokazuje także, że Zamawiający w sposób wybiórczy potraktował otrzymane wyjaśnienia, wybierając z nich drobne elementy, które mają rzekomo przesądzać o niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, podczas gdy na ofertę składał się szereg dokumentów charakteryzujących zobowiązanie.

Przytoczone przez Zamawiającego wymagania Warunków Kontraktu oraz PFU nie potwierdzają niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jest czynnością wadliwą.

Zamawiający dopuścił się ponadto naruszenia art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Podstawy do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający wywiódł z fragmentów załącznika nr 1 do wyjaśnień z 27 kwietnia 2017 r.

Pkt 20.7.3.5. IDW zawiera następującą treść:

„Ocena wiarygodności modyfikacji poszczególnych Etapów

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

Czy przedstawiona w ofercie modyfikacja czasu trwania któregośkolwiek z Etapów jest o co najmniej 30% niższa niż średnia arytmetyczna modyfikacji czasu trwania tego Etapu spośród wszystkich ofert niepodlegających odrzuceniu.

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

1) Metod, którymi Wykonawca planuje realizować Roboty,

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

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

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

W tym trybie Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień, z których następnie wywiódł wniosek o niezgodności oferty. Odwołujący, udzielając odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, musiał odnosić się do zakresu i charakteru tego wezwania, w szczególności tego, że Zamawiający będzie oceniał „wiarygodność wyjaśnień w stosunku do zastosowanych technologii i zakresu Robót”. Te tylko przesłanki Zamawiający określił w IDW jako podstawę odrzucenia oferty.

Zamawiający nie stwierdził w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, że udzielone wyjaśnienia są niewiarygodne. Przeciwnie, wskazał, że przedstawione działania pozwalają osiągnąć zaproponowany termin na wykonanie Przedmiotu Zamówienia. Zamawiający udzielonych wyjaśnień nie odnosił też w ogóle do zastosowanych technologii i zakresu Robót, a te tylko okoliczności uczynił w IDW perspektywą oceny wyjaśnień wykonawcy.

W konsekwencji Zamawiający pozbawił Odwołującego możliwości złożenia wyjaśnień na okoliczność zgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia wprowadzając jednocześnie Odwołującego w błąd co do celu swoich działań. Zamawiający zażądał wyjaśnień, które miał ocenić pod kątem ich wiarygodności w stosunku do zastosowanych technologii i zakresu Robót, a nie pod kątem zgodności założeń dotyczących uzyskania decyzji ULICP, czy uzyskania uzgodnień projektów.

Zamawiający nie może wyciągać negatywnych konsekwencji względem Odwołującego, jeżeli nie wezwał go do złożenia wyjaśnień na okoliczność zgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Gdyby Wykonawca został prawidłowo wezwany, mógłby przedstawić Zamawiającemu wyjaśnienia skoncentrowane na „założeniach” zanegowanych przez Zamawiającego, w tym mógłby na etapie postępowania przed Zamawiającym przedstawić wszystkie argumenty przemawiające za tym, że przyjęte założenia pozostają w zgodzie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający powinien umożliwić Odwołującemu obronę oferty poprzez kolejne wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, precyzyjnie określające, co budzi wątpliwości Zamawiającego. Procedowanie Zamawiającego pozostaje tym samym w sprzeczności również z obowiązkiem zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania

wykonawców. Zaistniałe w sprawie naruszenia kwalifikują się do naruszeń mających lub mogących mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

III Stanowisko Zamawiającego

Odwołanie o sygn. KIO 1002/17

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości i obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego, w tym zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Zamawiający nie zgodził się z zarzutami Odwołującego. Wskazał, że przewidział podział robót na etapy, co ma swoje odbicie w Tomie II SIWZ – Warunkach Umowy, SubKlauzuli 8.13, w brzmieniu ustalonym zmianą z 2 lutego 2017 r. Klauzula ta określa terminy na ukończenie poszczególnych etapów. Odwołujący twierdzi, że z zapisów tej SubKlauzuli wynika, że Etap 3. i Etap 4. mogą być prowadzone równolegle, co jest sprzeczne z samym brzmieniem tej SubKlauzuli, które jest następujące:

Etap 3: do 18 miesięcy od Daty Rozpoczęcia – oddanie do eksploatacji odcinka od stacji O. (wraz ze stacją) do stacji O. (2),

Etap 4: do 14 miesięcy rozpoczynając po zakończeniu Etapu 3 – oddanie do eksploatacji odcinka od stacji D. do stacji O..

Z brzmienia powyższego zapisu wprost wynika, jakie są terminy początkowe i końcowe wykonania każdego etapu. Dla Etapu 3. terminem początkowym jest Data Rozpoczęcia, a termin końcowy przypada w dniu upływu 18 miesięcy od Daty Rozpoczęcia. Dla Etapu 4. terminem początkowym jest dzień zakończenia Etapu 3. – co wynika z zapisu: „rozpoczynając po zakończeniu Etapu 3”, zaś termin końcowy przypada w dniu upływu 14 miesięcy od dnia zakończenia Etapu 3.

W celu uniknięcia nieporozumień, Zamawiający w załączniku nr 7 do Tomu I SIWZ – Harmonogramie Realizacji Zadania Zamawiającego – przedstawił graficznie sekwencję etapów, która nie pozostawiała żadnych wątpliwości, że powinny być realizowane jeden po drugim, a nie jednocześnie. Roboty na linii 216 mają być prowadzone na dwóch odcinkach w różnym czasie, tj. w pierwszej kolejności na odcinku O. – O. (2) wraz ze stacją O., po zakończeniu i dokonaniu odbioru eksploatacyjnego wykonawca rozpoczyna roboty na odcinku D. – O. (2). Podczas robót na danym odcinku założona jest komunikacja zastępcza, a na czynnym odcinku linii kolejowej prowadzony będzie ruch pociągów. Pozostali wykonawcy nie mieli problemów z interpretacją postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczących etapów.

Aby wyjaśnić postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Zamawiający wskazał w odpowiedzi na pytanie 58., że zakłada na czas robót całkowite zamknięcie linii kolejowej w dwóch fazach obejmujących odcinki D.-O. i O.-O. (2). Decyzje o kolejności i

czasie zamknięć podejmie Zamawiający w uzgodnieniu z wykonawcą, na podstawie przygotowanego przez wykonawcę fazowania robót. Treść odpowiedzi na pytanie 58. także nie pozostawia wątpliwości, że dwie fazy zamknięć linii kolejowej nie trwają jednocześnie, lecz są prowadzone w pewnej kolejności, która to kolejność stanowi przedmiot uzgodnienia wykonawcy z Zamawiającym.

Zamawiający odniósł się do kwestii zamknięć także w odpowiedzi na pytanie nr 59, gdzie wprost odesłał do Harmonogramu Realizacji Zadania Zamawiającego: „Zamawiający pisze w pkt. 4.2.2. do PFU Wykonawca zobowiązany jest umożliwić prowadzenie i organizację ruchu pociągów na warunkach określonych w Ir-19 z zapewnieniem prędkości pociągów po torze czynnym zgodnie z Id-18 oraz Id-1 w sposób bezpieczny. (...) Przydzielone zamknięcia torowe określone są w załączniku nr do niniejszego PFU. Prosimy o podanie numeru i udostępnienie odpowiedniego załącznika. Odpowiedź: Termin i odcinek są określone w załączniku nr 7 do IDW jako Harmonogram Realizacji Zamawiającego.

Odwołujący został wezwany do złożenia wyjaśnień dotyczących sposobu oferowanego skrócenia Etapu nr 4. Z treści oferty i wyjaśnień złożonych przez Odwołującego wprost wynikało, że Odwołujący planował rozpoczęcie prac z Etapu 4. przed oddaniem Etapu 3., co spowodowałoby całkowite zamknięcie linii kolejowej na okres 1 miesiąca. Byłoby to całkowicie sprzeczne z założeniem Zamawiającego ujętym w Harmonogramie Realizacji Zadania Zamawiającego, jak i odpowiedzią na pytania nr 58 i 59. Tym samym decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych była słuszna i uzasadniona.

Decyzji tej nie zmienia nawet kolejny harmonogram, który Odwołujący załączył do odwołania. Zmiana harmonogramu w stosunku do przedstawionego w ofercie stanowi niedozwoloną zmianę w treści oferty i jako taka nie jest brana przez Zamawiającego pod uwagę.

W świetle powyższego kwestia zakresu robót składających się na Etap 3. pozostaje bez znaczenia. Niezależnie od tego, zgodnie z Harmonogramem Realizacji Zadania Zamawiającego i specyfikacją istotnych warunków zamówienia, wykonawca, modernizując stację O. w Etapie 3. przy fazowaniu robót musi założyć możliwość wjazdu na stację od strony Działdowa – i to wykonuje w ramach Etapu 3. Po zakończeniu Etapu 3. zamykany jest odcinek od D. do semafora wjazdowego na stacji O. Dzięki temu zapewnienie komunikacji zastępczej dla całej linii kolejowej nr 216 nie jest konieczne – wbrew twierdzeniom Odwołującego.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych należy zatem uznać za bezpodstawny.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu również to, że nie skierował do niego ponownego wezwania w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w celu wyjaśnienia rzekomo niejasnej części oferty. Zarzut ten jest o tyle chybiony, że po udzieleniu przez Odwołującego wyjaśnień Zamawiający nie miał już wątpliwości co do niezgodności oferty

Odwołującego ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Tym samym, wbrew twierdzeniom Odwołującego, po uzyskaniu wyjaśnień treść oferty stała się jasna, stąd nie zaistniała potrzeba dalszego wzywania do wyjaśnień.

Kierowanie do wykonawców wezwań w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych to uprawnienie, a nie obowiązek Zamawiającego. Zamawiający może, ale nie musi korzystać z tego uprawnienia. Jeśli jednak zaniecha żądania wyjaśnień i wskutek tego niewłaściwie zinterpretuje treść oferty, może narazić się na odwołanie ze strony wykonawcy. Nie może jednak opierać się ono na zarzucie nieskorzystania przez zamawiającego ze swych uprawnień, ale wyłącznie na wykazaniu, że ocena oferty została dokonana z naruszeniem prawa polegającym na niewłaściwej ocenie zawartej w niej propozycji, którego można było uniknąć, gdyby zwrócono się o stosowne wyjaśnienia do wykonawcy. Wyjaśnienia wykonawcy służą właściwej ocenie oferty i mogą dotyczyć potwierdzenia merytorycznego jej zakresu, niewynikającego wprost ze złożonych oświadczeń lub dokumentów.

W przedmiotowej sprawie nie zaistniały przesłanki do ponownego wystąpienia o wyjaśnienia treści oferty, ponieważ Zamawiający uzyskał żądane informacje i nie powziął dalszych wątpliwości co do treści oferty Odwołującego – wbrew twierdzeniom Odwołującego. Na gruncie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie może dochodzić do sytuacji, w której Zamawiający, dla którego treść oferty jest jasna i w sposób oczywisty niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, musi ponawiać wezwania. Byłoby to w sposób oczywiste sprzeczne z zasadą równego traktowania wykonawców i mogłoby zostać uznane za niedozwolone negocjacje z Odwołującym, a także prowadziłoby do przewlekania postępowania.

Odwołanie o sygn. KIO 1020/17

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości i obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego, w tym zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Wskazał, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo braku podstaw faktycznych i prawnych do przypisania ofercie niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy uznać za bezzasadny.

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący zaoferował realizację zamówienia na warunkach nieodpowiadających wymaganiom określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a rozbieżność ta wypełnia hipotezę normy z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Norma art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych odnosi się do merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości,

wymagań technicznych, warunków realizacji, ceny i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego.

Na sposób realizacji świadczenia wpływa to, co Zamawiający zastrzegł jako niezbędne elementy tego świadczenia, co ma swój wyraz w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (w tym PFU). Zgodnie z pkt 3.3.2 PFU:

Zatwierdzenie koncepcji projektowej odbywać się będzie zgodnie z przepisami obowiązującymi u Zamawiającego, w szczególności z procedurą SMS-PW-09.

Z kolei w pkt 3.3.3 PFU jest zapisane:

(...) wnioski o wydanie decyzji lokalizacyjnej należy przygotować według „Standardów opracowania wniosku o wydanie decyzji o ustaleniu lokalizacji linii kolejowej lub inwestycji celu publicznego” przyjętych Decyzją Nr 39/2015 z 12 czerwca 2015 r. Dokumentem związanym zarówno z procedurą SMS-PW-09 jak i z Decyzją Nr 39/2015 jest na mocy § 3 pkt 11 SMS-PW-09 oraz z § 1 ust. 3 Decyzji, załącznik do uchwały nr 287/2016 Zarządu PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z 5 kwietnia 2016 r. – Procedura uzyskiwania decyzji administracyjnych związanych z procesem inwestycyjnym, tj. decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach decyzji lokalizacyjnych (decyzji o ustaleniu lokalizacji linii kolejowej lub decyzji ustaleniu lokalizacji celu publicznego), pozwolenia wodnoprawnego, zezwolenia na usunięcie drzew i krzewów, decyzji o pozwoleniu na budowę, pozwolenia na rozbiórkę, zgłoszenia robót (brak sprzeciwu), zezwolenia na czynności zakazane w stosunku do zwierząt, roślin i grzybów (Ia-14). PFU odsyła do Instrukcji Ia-14, zatem wykonawcy są zobowiązaniu przestrzegać postanowień tego dokumentu przy realizacji zamówień.

Zgodnie z Instrukcją Ia-14 Zamawiający w związku z uzyskiwaniem decyzji lokalizacyjnej musi przestrzegać następujących terminów: 10 dni roboczych na weryfikację wniosku, 5 dni roboczych na ponowną weryfikację wniosku po korektach wykonawcy oraz do 5 dni roboczych na akceptację i podpisanie wniosku. Łącznie daje to do 20 dni, które Zamawiający może przeznaczyć na czynności weryfikacji i akceptacji wniosku o wydanie ULICP. Do tego terminu należy doliczyć także czas, jaki wykonawca przeznaczy na korektę wniosku po uwagach Zamawiającego – zgodnie z Instrukcją Ia-14 jest to 10 dni.

Na potrzeby przedmiotowego Zamówienia Zamawiający przewidział, że żaden okres przeglądu nie przekroczy 21 dni, licząc od dnia, kiedy Inżynier otrzyma dany Dokument Wykonawcy i powiadomienia Wykonawcy – SubKLAUZULA 5.7. Warunków Kontraktu.

Założenie Odwołującego, że Zamawiający przyspieszy wewnętrzne procedury do tego stopnia, że zaakceptowany przez Zamawiającego wniosek zostanie złożony w pierwszym tygodniu trwania Kontraktu, jest nierealne i przeczy postanowieniom PFU.

Wykonawca narzuca bowiem Zamawiającemu 7 dni na akceptację wniosku, tymczasem SubKLAUZULA 5.7 wskazuje, że okres ten nie przekroczy 21 dni. Uprawnieniem

Zamawiającego jest zatem skrócenie terminu, ale wykonawcy powinni w Harmonogramach przewidzieć terminy maksymalne. W tym miejscu można wskazać analogię do terminu wydania decyzji przez organ administracji – wykonawcy przyjmują w ofertach maksymalny termin 65 dni na wydanie decyzji, co nie oznacza, że organ nie może wydać decyzji wcześniej. Zarówno termin akceptacji wniosku przez Zamawiającego, jak i termin wydania decyzji przez organ administracji nie podlega bowiem negocjacom z wykonawcą, lecz zależy jedynie od wewnętrznych procedur tych podmiotów. Tym samym, Odwołujący powinien był na potrzeby sporządzenia oferty przyjąć termin 21 dni na akceptację wniosku. Z powodu zmiany tego terminu na 7 dni, oferta Odwołującego jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący przewidział w ofercie krótszy termin procedowania Zamawiającego także w przypadku wniosku na roboty budowlane niewymagające pozwoleń na budowę. Odwołujący przewidział o ofercie, że Zamawiający ma 7 dni na zatwierdzenie koncepcji projektowej, co przeczy ww. punktowi 3.3.2 PFU. Tymczasem również w tym przypadku Zamawiający ma 21 dni na zastosowanie wewnętrznych procedur i zatwierdzenie koncepcji projektowej.

Z tego powodu oferta przedstawiona przez Odwołującego podlegała odrzuceniu jako niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wyczerpujące uzasadnienie faktyczne i prawne dla czynności odrzucenia oferty Odwołującego zostało przedstawione w piśmie z 12 maja 2017 r.

Zamawiający wymienił w piśmie, z jakimi postanowieniami PFU jest niezgodny przedłożony przez Odwołującego harmonogram prac projektowych i pozyskania niezbędnych decyzji administracyjnych. Zamawiający podał także, że w związku z niezgodnością harmonogramu z PFU, oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym, zarzut braku uzasadnienia dla czynności odrzucenia oferty Odwołującego jest pozbawiony podstaw.

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie zwrócenia się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty jest nietrafny, ponieważ Zamawiający w toku postępowania wystąpił do Odwołującego o wyjaśnienia i Odwołujący przedstawił wyjaśnienia. Choć wezwanie dotyczyło sposobu oferowanego skrócenia Etapów 3. i 4. realizacji przedmiotowego zadania, wyjaśnienia przedstawione przez Odwołującego były dla Zamawiającego wystarczające do stwierdzenia, że złożona oferta jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Dalsze występowanie o wyjaśnienia byłoby niezgodne z zasadą równego traktowania wykonawców, a także mogłoby prowadzić do niedozwolonych zmian w treści oferty, co byłoby niezgodne z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Kierowanie do wykonawców wezwań w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych to uprawnienie, a nie obowiązek zamawiającego i zamawiający może, ale nie musi, korzystać z tego uprawnienia. Jeśli jednak zaniecha żądania wyjaśnień i wskutek tego niewłaściwie zinterpretuje treść oferty, może narazić się na odwołanie ze strony wykonawcy. Nie może jednak opierać się ono na zarzucie nieskorzystania przez zamawiającego ze swych uprawnień, ale wyłącznie na wykazaniu, że ocena oferty została dokonana z naruszeniem prawa polegającym na niewłaściwej ocenie zawartej w niej propozycji, którego można było uniknąć, gdyby zwrócono się o stosowne wyjaśnienia do wykonawcy. Wyjaśnienia wykonawcy służą właściwej ocenie oferty i mogą dotyczyć potwierdzenia merytorycznego jej zakresu, niewynikającego wprost ze złożonych oświadczeń lub dokumentów.

IV Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący mają interes we wniesieniu swoich odwołań.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między Stronami.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron i Przystępujących, w oparciu o stan faktyczny ustalony podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie o sygn. KIO 1002/17 zasługuje na uwzględnienie, natomiast odwołanie o sygn. KIO 1020/17 nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba wskazuje przy tym, że stany faktyczne obu spraw, pomimo niewątpliwego podobieństwa, nie są identyczne, a ocena wyjaśnień obu wykonawców rodzi odmienne skutki prawne.

Oferta Odwołującego N. S.A. została odrzucona w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jako niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. W uzasadnieniu odrzucenia Zamawiający wskazał, że wykonawca ten został wezwany do złożenia wyjaśnień dotyczących sposobu oferowanego skrócenia Etapu 4. realizacji przedmiotowego zadania, w szczególności do przedłożenia harmonogramu realizacji Etapów. W odpowiedzi złożył wyjaśnienia, w których poinformował, iż w Fazie 2. planuje zamknięcie toru nr 1 na odcinku O. – D. – 6 miesięcy, a w załączonym do wyjaśnień Harmonogramie Ogólnym (wstępnym) przedstawił, iż zamierza rozpocząć prace na odcinku od stacji D. do stacji O. (realizacja Etapu 4.) przed oddaniem poprzedniego odcinka od stacji O. do stacji O. (2) do eksploatacji (Etap 3.), co potwierdza założenie przedstawione w piśmie przewodnim. Przyjęte założenie i udzielone

wyjaśnienia są niezgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, ponieważ Zamawiający nie dopuścił możliwości rozpoczęcia Etapu 4. (w tym także zamknięcia toru na odcinku O. – D.) przed zakończeniem Etapu 3., co zostało wyraźnie określone w SubKLAUZULI 8.13 Warunków Kontraktu w brzmieniu „(...) rozpoczynając po zakończeniu Etapu 3 – oddanie do eksploatacji odcinka D. do stacji O.”.

Z treści udzielonych przez Odwołującego N. S.A. wyjaśnień (harmonogramu stanowiącego załącznik nr 1 – zawartych w nim wykresów oraz dat) wynika rzeczywiście, iż prace w etapie 3. i 4. nakładają się na siebie, tj. prace w etapie 4. zaczną się miesiąc przed ukończeniem etapu 3.

Tymczasem z treści Subklauzuli 8.13 Warunków Umowy wynikają następujące okresy realizacji poszczególnych etapów:

Etap 1: 8 miesięcy od Daty Rozpoczęcia (termin stały – nie podlega modyfikacji) – złożenie kompletnego wniosku o Pozwolenia na Budowę do właściwego organu. W przypadku składania więcej niż jednego wniosku o Pozwolenie na Budowę jako zakończenie Etapu uznaje się termin złożenia ostatniego z wniosków,

Etap 2: 10 miesięcy od Daty Rozpoczęcia (termin stały – nie podlega modyfikacji) – Zaakceptowane Roboty o wartości nie mniejszej niż 10% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej,

Etap 3: do 18 miesięcy od Daty Rozpoczęcia – oddanie do eksploatacji odcinka od stacji O. (wraz ze stacją) do stacji O. (2),

Etap 4: do 14 miesięcy rozpoczynając po zakończeniu Etapu 3 – oddanie do eksploatacji odcinka od stacji D. do stacji O.,

Etap 5: 4 miesiące od zakończenia Etapu 4 (termin stały – nie podlega modyfikacji) – pozostałe Roboty wraz z dokonaniem wszelkich niezbędnych odbiorów oraz uzyskaniem wymaganych decyzji i pozwoleń.

Zdaniem Izby z powyższego opisu wynika, że moment rozpoczęcia etapu 4. należało przyjąć dopiero z chwilą zakończenia etapu 3. Nawet jeśli z samego brzmienia powyższego postanowienia można by wysnuć inne konkluzje, to nie budzi wątpliwości, że przygotowany przez Zamawiającego wzór harmonogramu obrazował to jednoznacznie. Jak podniósł Przystępujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia T. S.A. i P. I. Sp. z o.o., Zamawiający przygotował nawet załącznik do wykorzystania przy użyciu komputera, w którym etap 4. automatycznie dostosowywał się do etapu 3. („przesuwał się”). Nawet jeśli Odwołujący N. S.A. z tego pliku nie skorzystał, to samo jego istnienie ma istotne znaczenie ze względu na fakt, że termin wykonania etapu 3. i 4. stanowi kryterium oceny ofert, zatem w tym zakresie musi być przykładana szczególna uwaga do sposobu sporządzenia ofert przez wykonawców. Nie można więc zbyt luźno interpretować

postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, lecz wszyscy wykonawcy muszą być poddani tym samym regułom, według których mogli poczynić założenia do sposobu skrócenia terminu wykonania zamówienia.

Jednak owa możliwość czy też, dokładniej, brak możliwości nałożenia na siebie etapów 3. i 4. nie ma tu zasadniczego znaczenia ze względu na to, że Odwołujący N. S.A. w ofercie zawarł harmonogram, w którym wskazał, że etap 4. rozpocznie się dopiero po zakończeniu etapu 3. Co do tej treści oferty nie ma wątpliwości.

Wskazany błąd wynika z harmonogramu załączonego do wyjaśnień. Harmonogram ten w zakresie rozpoczęcia realizacji etapu 4. w jawny sposób odbiega od harmonogramu przedstawionego w ofercie.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących treści złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2 (nieistotne dla niniejszej sprawy), dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Z przepisu tego wynika, że próby dokonania jakiegokolwiek zmiany treści oferty poprzez wyjaśnienia muszą pozostawać bezskuteczne (nie chodzi tu jednak o to, że same wyjaśnienia są nieważne, czyli zachodzi nieważność czynności, lecz jej bezskuteczność w danym zakresie – nie wywołuje ona zamierzonego skutku).

Tym samym harmonogram zawarty w wyjaśnieniach nie może zmienić harmonogramu przedstawionego w ofercie. Powoduje to, że Zamawiający – w zależności od tego, jakie ten zakres wyjaśnień ma dla niego i dla samej oferty znaczenie – albo musi ów harmonogram pominąć, albo poprosić o dalsze wyjaśnienia co do powyższej rozbieżności z ofertą. W odpowiedzi wykonawca musi wskazać albo to, że wyjaśnienia zawierają błąd, albo też, że błędne były jego wskazania zawarte w ofercie.

Co do wskazanej przez Zamawiającego niezgodności z założeniami co do zamknięć torowych, to zdaniem Izby ani ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ani z udzielonych odpowiedzi nie wynikają konkretne założenia. Odpowiedzi na pytania nr 59 i 108 nie zawierają żadnych wskazań – odsyłają jedynie do załączników, istotna jest więc jedynie treść odpowiedzi nr 58.

W odpowiedzi na pytanie nr 58 dotyczące wyjaśnienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, o treści pytania: *Czy Zamawiający na przedmiotowe zadanie przewidział zamknięcie torowe całkowite. W sieciowym harmonogramie zamknięć torowych dla linii kolejowej nr 216 zostały uwzględnione tylko krótkie odcinki do przebudowy wiaduktów kolejowych. Prosimy o podanie proponowanych przez zamawiającego zamknięć torowych na przedmiotowe zadanie. Jest to konieczne do wyboru odpowiedniej technologii robót*

i sporządzenia oferty przetargowej i odpowiedzi: Zamawiający zakłada na czas robót całkowite zamknięcie linii kolejowej w dwóch fazach obejmujących odcinki D. – O. i O. – O. (2). Decyzje o kolejności i czasie zamknięć podejmie Zamawiający w uzgodnieniu z Wykonawcą, na podstawie przygotowanego przez Wykonawcę fazowania robót Zamawiający, owszem, wskazał, że planuje zamknięcie w dwóch fazach, ale nie sprecyzował dokładnie, jak te zamknięcia będą przebiegać. Przeciwnie, oświadczył wykonawcom, że w obu przypadkach będą one obejmowały O. (bez sprecyzowania, w którym miejscu zamknięcie nastąpi) oraz zostaną dokonane w uzgodnieniu z wykonawcą i w taki sposób, jaki będzie wynikał z przygotowanego przez wykonawcę fazowania robót. Wykonawcy zatem mieli tu pewną dowolność w przygotowywaniu swoich własnych założeń.

Tym samym w tym zakresie Izba nie stwierdziła niezgodności pomiędzy założeniami Odwołującego N. S.A. a założeniami wynikającymi ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Na marginesie Izba zauważa, że problem, który musi rozwiązać Zamawiający wynika z faktu, że prawidłowym pod względem proceduralnym działaniem byłoby żądanie przedmiotowych informacji nie w ramach wyjaśnień, lecz wraz z ofertą. Wyjaśnienia co od zasady powinny dotyczyć jedynie pewnych niejasnych lub nieprecyzyjnych szczegółów, a nie całego tak istotnego zagadnienia jak skrócenie terminu wykonania, dodatkowo będącego kryterium oceny ofert.

Sytuacja, która wynika z wyjaśnień udzielonych przez Odwołującego T. P. S.A. jest odmienna. Udzielone przez niego wyjaśnienia nie są bowiem niezgodne ze złożoną ofertą, zatem żadnemu ze złożonych tam oświadczeń nie można przypisać wady bezskuteczności. Wynika z nich natomiast, że Odwołujący T. P. S.A. opracowując założenia do sposobu skrócenia terminu wykonania zadania w etapie 3. i 4. przyjął te założenia w sposób niezgodny z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Jak Izba ustaliła podczas rozprawy, zakres sporu dotyczył dwóch kwestii: rozpoczęcia realizacji etapu 3. przed zawarciem umowy oraz skrócenia 21-dniowego terminu na dokonanie przez Zamawiającego czynności przeglądu. Nie było sporne, że Odwołujący T. P. S.A. takie założenia poczynił.

Niezależnie zatem od tego, czy dokonane przez Odwołującego założenia w ogóle są realne (choć zdaniem Izby są zbyt optymistyczne, a zatwierdzanie dokumentów nawet w jeden dzień musiałoby polegać co najwyżej na „postawieniu pieczętki”, a nie rzeczywistej analizie dokumentów), to, co istotniejsze, są one niedopuszczalne ze względów proceduralnych.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że są one niezgodne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jak wynika z cytowanej Subklauzuli 8.13 Warunków Umowy, Zamawiający przewidział początek realizacji etapów „od Daty Rozpoczęcia”. Zamawiający zastrzegł też sobie 21 dni na dokonanie przeglądu (uzgodnienia dokumentów) – Subklauzula 5.7 Warunków Umowy.

Jest to termin zastrzeżony dwustronnie, tj. poniżej owych 21 dni na korzyść Zamawiającego (może on pewne czynności wykonać szybciej, ale nie musi), a powyżej owych 21 dni na korzyść wykonawcy, gdyż wykonawca może oczekiwać, że Zamawiający nie będzie prowadził tych czynności dłużej niż przez 21 dni.

Jak wskazano powyżej, fakt, że termin wykonania etapu 3. i 4. stanowi kryterium oceny ofert, ma istotne znaczenie dla oceny skutków prawnych działań wykonawców w zakresie skrócenia tego terminu. W tym zakresie Zamawiający musi bowiem zwrócić szczególną uwagę na realizację zasady równego traktowania wykonawców oraz zasadę przejrzystości postępowania. Nie może bowiem dopuścić do tego, by wykonawcy przyjmowali założenia, zwłaszcza sprzeczne z wynikającymi ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które doprowadzą do tego, że ich sytuacja będzie korzystniejsza niż pozostałych wykonawców, którzy realizowali postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a oferty staną się nieporównywalne.

Niezależnie zatem od tego, czy w praktyce wykonawca będzie mógł i chciał przystąpić do pewnych czynności nawet przed zawarciem umowy, to na potrzeby badania ofert, musi on przyjąć termin od dnia zawarcia umowy. Jak wskazano powyżej, Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał wprost na początkowy dzień biegu terminu poszczególnych etapów – etap 1., 2. i 3. „Od Daty Rozpoczęcia”.

Podobnie, nawet jeśli w praktyce Zamawiający dokonywałby z wykonawcą uzgodnień w terminie krótszym niż 21 dni, to do celów przygotowania oferty nie można było przyjąć terminu krótszego niż zastrzeżony przez Zamawiającego.

Jak już wskazano powyżej, wszelkie zmiany w tym zakresie powodują, że oferta jest nieporównywalna z ofertami innych wykonawców, którzy dostosowali się do założeń specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nie może być zaakceptowana jako naruszająca równą konkurencję pomiędzy wykonawcami.

Słuszny jest także podnoszony podczas rozprawy argument, iż Odwołujący T. P. S.A. *de facto* skrócił termin etapu 1., który został określony jako stały i nie podlegający modyfikacji. Zamawiający określił go na 8 miesięcy, a miał on zakończyć się złożeniem kompletnego wniosku o pozwolenia na budowę do właściwego organu, ewentualnie ostatniego z takich wniosków. Wszyscy wykonawcy dla celów przygotowania oferty musieli więc przyjąć, że etap

ten będzie trwał 8 miesięcy, niezależnie od tego, czy w praktyce udało się im złożyć wnioski o pozwolenia wcześniej.

Odwołujący co prawda w harmonogramie formalnie nie skrócił tego etapu (obejmuje on 8 miesięcy), ale założył wykonanie etapu 3. w 7 miesięcy. Etap 3 i 4. są etapami wykonawczymi, tj. etapami wykonywania robót budowlanych. Ze swojej istoty muszą więc nastąpić po przygotowaniu dokumentacji projektowej, uzyskaniu pozwoleń, decyzji itd. Nawet jeśli niektóre prace mogą być wykonywane bez przygotowania dokumentacji oraz jedynie na zgłoszenie, to wciąż istnieje pewien zakres robót, które owej dokumentacji, decyzji i pozwoleń wymagają. Należy też zauważyć, że etap 1. kończy się jedynie złożeniem wniosków, a przystąpić do wykonywania prac, zgodnie z prawem, można dopiero po otrzymaniu stosownych decyzji. Zatem etap 3. w żadnym razie nie może zakończyć się w ciągu 7 miesięcy od Daty Rozpoczęcia.

W ocenie Izby udzielonych przez Odwołującego T. P. S.A., powyższych wyjaśnień, nie można zmienić kolejnymi wyjaśnieniami, gdyż takie działanie stanowiłoby właśnie niedopuszczalne w świetle art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych negocjowanie warunków oferty, i to w zakresie objętym kryterium oceny ofert.

Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie zarzutu dotyczącego uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego. Być może Odwołujący oczekiwałby innego uzasadnienia lub uznał wskazane podstawy odrzucenia i argumenty za chybione lub niewystarczające do dokonania samego odrzucenia, jednak można uznać, że wyrażają one podstawy podjęcia decyzji Zamawiającego co do odrzucenia oferty Odwołującego.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

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

Przewodniczący: