

Sygn. akt: KIO 212/18

WYROK

z dnia 27 lutego 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Zadrozny

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lutego 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lutego 2017 r. przez wykonawcę **ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne w Częstochowie Sp. z o. o z siedzibą w Częstochowie,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **NDI S.A. z siedzibą w Sopocie, NDI Sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie, Construcciones y Promociones Balzola S.A. z siedzibą w Bilbao (Hiszpania), Balzola Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie;**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne w Częstochowie Sp. z o. o z siedzibą w Częstochowie** stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Częstochowie**.

Przewodniczący :

Uzasadnienie

Zamawiający – **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne w Częstochowie Sp. z o. o z siedzibą w Częstochowie** (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na: „*Wykonanie inwestycji w systemie „projektuj i buduj” pod nazwą: „Przebudowa liniowej infrastruktury tramwajowej w Częstochowie (odcinek 1,2,3,4,5a,6)”* (dalej jako „Postępowanie”).

Wartość ww. zamówienia jest wyższa od kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 lipca 2017 r. pod nr 2017/S 134-275243.

Odwołujący wykonawca ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie (dalej jako „Odwołujący”), wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lutego 2018 r., wobec czynności i zaniechań Zamawiającego dokonanych w Postępowaniu, polegających na naruszeniu:

1. Artykułu 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 36a ust. 2 ustawy Pzp w zw. z pkt I „Opis przedmiotu zamówienia” ppkt 4) SIWZ przez brak odrzucenia oferty konsorcjum **NDI S.A. z siedzibą w Sopocie, NDI Sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie, Construcciones y Promociones Balzola S.A. z siedzibą w Bilbao (Hiszpania), Balzola Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (dalej jako „konsorcjum NDI”) z Postępowania, mimo faktu, iż treść oferty konsorcjum NDI nie odpowiada treści SIWZ w zakresie w jakim w ofercie zostało wyraźnie wskazane, że określone prace będą realizowane za pomocą podwykonawców, podczas gdy, warunki Postępowania jednoznacznie wskazywały, że pewien zakres robót musi być wykonywany osobiście przez Wykonawcę;

2. Artykułu 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z §8 ust. 5 pkt 10 i 15 wzoru umowy (załącznik nr 4 do SIWZ) przez brak odrzucenia oferty konsorcjum NDI z Postępowania, mimo faktu, iż treść oferty konsorcjum NDI nie odpowiada treści SIWZ w zakresie w jakim konsorcjum NDI przedstawiło harmonogram prac niezgodny z wymaganiami SIWZ, podczas gdy, warunki Postępowania jednoznacznie w sposób „sztywny” wskazują określone terminy w ramach których mają być dokonane określone czynności, a konsorcjum NDI skróciło terminy zastrzeżone dla Zamawiającego (procedury odbiorowe);

3. Artykułu 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie przekazanie Odwołującemu pełnej treści wyjaśnień dotyczących kwestii podwykonawstwa (pisma z dnia 28 listopada 2017 r.. znak: L. dz. /DDP/DŁ/7869/2017), podczas gdy, nie sposób uznać, by przedmiotowe wyjaśnienie mogło być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa z uwagi na okoliczność, iż stanowią one uzasadnienie czemu zdaniem konsorcjum NDI przykładowo pojęcie „zasilanie linii tramwajowej” nie mieści się w pojęciu „roboty elektroenergetyczne” co stanowi również naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji;

Odwołujący z ostrożności procesowej zarzucił naruszenie także:

4. Artykułu 87 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez bezpodstawne wezwanie konsorcjum NDI do złożenia wyjaśnień w przedmiocie treści oferty, podczas gdy, w przypadku wyraźnego oświadczenia konsorcjum NDI nie sposób wzywać go do wyjaśnienia treści oferty, a należy - prowadząc Postępowania z zachowaniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji - przyjąć treść oświadczenia takiego wykonawcy w kształcie, w jakim je złożył.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

- 1) merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą (dalej jako „KIO”) niniejszego Odwołania i jego uwzględnienie;
- 2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania na okoliczności wskazane w treści odwołania, w tym dowodu z opinii biegłego z ewentualnym wezwaniem biegłego, celem przyspieszenia rozpoznania sprawy, na termin rozprawy, celem wydania opinii ustne;
- 3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego polegających na badaniu i ocenie ofert oraz na wyborze oferty konsorcjum NDI jako najkorzystniejszej w Postępowaniu;
- 4) nakazanie Zamawiającemu udostępnienia Odwołującemu treści pisma z dnia 28 listopada 2017 r. w zakresie umożliwiającym poznanie istoty wyjaśnień;
- 5) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty konsorcjum NDI;
- 6) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert bez oferty konsorcjum NDI a w konsekwencji wybór oferty ZUE SA jako najkorzystniejszej;
- 7) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wskazał, co następuje:

Odwołujący wskazał, iż jest uprawniony do wniesienia Odwołania, a to dlatego, iż zostały spełnione przesłanki określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący ma interes we wniesieniu Odwołania, gdyż w wyniku nieprawidłowych działań Zamawiającego Odwołujący doznał uszczerbku związanego z niemożliwością realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego, a w konsekwencji osiągnięcia z tego tytułu zysku (co jest szkodą). Zamawiający bezpodstawnie wybrał bowiem ofertę konsorcjum NDI, mimo tego, iż oferta tego wykonawcy winna zostać odrzucona. Gdyby Zamawiający postąpił w sposób prawidłowy - odrzucił ofertę konsorcjum NDI, to oferta Odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą, a w konsekwencji to Odwołujący powinien uzyskać zamówienie publiczne (co wskazuje na fakt naruszenia interesu Odwołującego).

Jak wskazał Odwołujący, Zamawiający poinformował Odwołującego o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, w dniu 25 stycznia 2018 r., gdy to przesłał mu mailowo pismo z tej samej daty. Tym samym tego dnia Odwołujący uzyskał informacje o czynnościach, jak i fakcie wystąpienia zaniechań po stronie Zamawiającego, które stanowią podstawę do wniesienia niniejszego odwołania. Mając na uwadze treść art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Odwołujący może wnieść odwołanie w ciągu 10 dni, tj. do dnia 5 lutego 2018 r. (dzień 4 lutego to niedziela).

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający ogłosił Postępowanie, którego przedmiotem jest *„Wykonanie inwestycji w systemie „projektuj i buduj” pod nazwą: „Przebudowa liniowej infrastruktury tramwajowej w Częstochowie (odcinek 1,2,3,4,5a,6)”*. Jako kryteria oceny ofert zostały wskazane a. cena ofertowa, b. termin realizacji, oraz c. okres gwarancji i rękojmi.

W warunkach Postępowania wskazane zostało, że Zamawiający zastrzega do osobistego wykonania kluczowe części zamówienia, a to: roboty torowe oraz b. zasilanie linii tramwajowej czyli sieci trakcyjnej i podstacji trakcyjnych. Konsorcjum NDI wskazało natomiast w swojej ofercie, że zamierza podzlecić zarówno roboty drogowe (przy czym roboty torowe są częścią robót drogowych), jak i roboty elektroenergetyczne (przy czym zasilanie Unii tramwajowej czyli sieci trakcyjnej i podstacji trakcyjnych stanowi część robót elektroenergetycznych). Tym samym konsorcjum NDI złożyło ofertę o treści jednoznacznie nie odpowiadającej treści SIWZ, co powoduje konieczność odrzucenia tej oferty. Co więcej w piśmie stanowiącym uzasadnienia dla utajnienia przeważającej części oferty konsorcjum NDI wskazało, że zamierza ono podzlecić całość realizacji przedmiotu zamówienia podwykonawcom.

Jednocześnie Zamawiający nakazał, by wykonawcy przedstawili harmonogram, który będzie odzwierciedlał przebieg prac, zgodnie z wytycznymi ujętymi w SIWZ. Jedną z takich

wytucznych było to, że Zamawiający ma mieć 21 dni na przeprowadzenie procedur odbioru końcowego (§8 pkt 8 załącznika nr 4 do SIWZ - wzoru umowy). Co istotne, procedury odbioru końcowego jest wliczany do czasu realizacji całości zadania (§8 pkt 15). Konsorcjum NDI w swoim harmonogramie zdecydowało jednak, że Zamawiający ma mieć 7 dni na przeprowadzenie odbioru końcowego. Pokazuje to zatem jednoznacznie i w sposób niebudzący wątpliwości, że oferta, która została złożona przez konsorcjum NDI jest sprzeczna z wymaganiami SIWZ.

Jak wskazał Odwołujący, jednym z kryteriów oceny ofert jest termin realizacji zadania. W konsekwencji mamy do czynienia ze sprzecznością danego okresu wliczanego do realizacji całości zadania (jego bezpodstawnego skrócenia przez konsorcjum NDI), co wpływa na długość realizacji całego zadania - jednego z kryterium oceny ofert. Zauważenia również wymaga, że Odwołujący zwrócił uwagę Zamawiającemu na fakt, iż oferta konsorcjum NDI jest sprzeczna z wymogami ustanowionymi w myśl art. 36a ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający wezwał konsorcjum NDI do złożenia wyjaśnień treści oferty (w myśl art. 87 ust. 1 ustawy Pzp), na co w odpowiedzi konsorcjum NDI odpowiedziało pismem znak: L. dz. /DPP/DŁ/8105/2017, iż zastrzega ono treść pisma L. dz. /DPP/DL/7869/2017 jako tajemnicę przedsiębiorstwa, co stanowi pewne kuriozum. W ten sposób bowiem konsorcjum NDI zastrzegło swój wywód zapewne prawny co do tego, czemu jego oferta nie jest jednak sprzeczna z SIWZ. Abstrahuję w tym miejscu w ogóle od tego, że Zamawiający i tak powinien był odrzucić ofertę konsorcjum NDI, a nie wzywać jej do składania wyjaśnień (wyjaśnienia nie mogą wszak prowadzić do zmiany oferty, a w sytuacji, gdy z treści oferty jednoznacznie wynika, że jest ona sprzeczna z SIWZ [konsorcjum NDI wprost wskazało, że zamierza podzlecić np. roboty elektroenergetyczne bez wskazania „za wyjątkiem prac dotyczących sieci trakcyjnej i zasilania linii tramwajowej”, jakiegokolwiek wyjaśnienia sprzeczne z treścią oferty będą prowadziły do zmiany treści oferty).

Odnosząc się szczegółowiej do postawionych zarzutów, Odwołujący wskazał, iż prace dotyczące zasilania linii tramwajowej to prace elektroenergetyczne, a wynika to także z przepisów. Jako przykład można tu wskazać art. 3 pkt 3a Prawa budowlanego, gdzie, w definicji obiektu liniowego wskazano, że należy przez to rozumieć m.in. trakcję elektroenergetyczną. Innymi słowa - trakcja (sieć trakcyjna) to krótsza nazwa dla trakcji elektroenergetycznej. Analogicznie w rozporządzeniu Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 10 września 1998 r. (Dz.U. Nr 151, poz. 987) w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe i ich usytuowanie, w jego §53 i nast. omówione zostały urządzenia elektrotrakcyjne (co się sprowadza również do podstacji trakcyjnych, a więc tego co zostało zastrzeżone w SIWZ do samodzielnego wykonania). Wprost jest tam wskazane, że mamy do czynienia z urządzeniami zasilania

elektroenergetycznego, które jak wskazuje §54 ust. 3 mają być albo sterowane przez personel podstacji albo w inny sposób. Jednocześnie wskazuję, że w tym zakresie Odwołujący nie powołuje się na definicje (zresztą akurat rozporządzenie dotyczy kolei), ale wskazuje na terminologię techniczną dotyczącą trakcji i podstacji - zarówno sieć trakcyjna, jak i podstacje są to elementy zapewniające zasilanie dla linii tramwajowych, czy też kolejowych (zasada jest taka sama - prąd - mówiąc najprościej - jest adresowany z zakładu produkcyjnego do podstacji trakcyjnej, która go przetwarza na prąd, który zasila chociażby tramwaj, a jest do niego dostarczany za pomocą sieci trakcyjnej). Oznacza to, że konsorcjum NDI przedstawiło ofertę, której treść nie odpowiada treści SIWZ - wprost i jednoznacznie bowiem wskazała, że zamierza podzlecać właśnie te prace, które nie mogą być podzlecane, a więc prace elektroenergetyczne.

Jak wskazał odwołujący, konsorcjum NDI wskazało w uzasadnieniu utajnienia dokumentów, składanym wraz z ofertą - że zakres prac, jakie zamierza podzlecić obejmuje całość przedmiotu zamówienia. W konsekwencji - chociaż już sama treść oferty jest w tym zakresie wystarczająca - konsorcjum NDI pismem tym wskazało jednoznacznie, że zamierza podzlecić całość prac, a jest to - co istotne - pismo składane w tej samej dacie co oferta.

Konsorcjum NDI wskazało, że zamierza podzlecić roboty drogowe, bez jakiegokolwiek zastrzeżenia, iż wyłącza z tego roboty torowe, podczas gdy na pojęcie robót drogowych (szersze pojęcie) składają się także roboty torowe. Należy w tym zakresie wyjść od art. 2 pkt 1 ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. Prawo o ruchu drogowym (tj. z dnia 8 czerwca 2017 r., opublik. Dz.U. z 2017 r. poz. 1260), gdzie zostało wskazane, że przez drogę należy rozumieć wydzielony pas terenu składający się z jezdni, pobocza, chodnika, drogi dla pieszych lub drogi dla rowerów, łącznie z torowiskiem pojazdów szynowych znajdującym się w obrębie tego pasa, przeznaczony do ruchu lub postoju pojazdów, ruchu pieszych, jazdy wierzchem lub pędzenia zwierząt.

Odwołujący wskazał w zakresie drugiego z zarzutów, że zadaniem wykonawcy było załączenie do oferty harmonogramu, który będzie wskazywał w jakim terminie wykonawca wykona zadanie przy czym termin realizacji stanowił jedno z kryterium oceny ofert. W SIWZ Zamawiający wskazał, że na odbiór końcowy wykonawca musi zapewnić okres 21 dni (3 tygodnie). W harmonogramie opracowanym przez konsorcjum NDI wszelkie prace realizacyjne kończą się pod koniec 19 miesiąca, tak, że pozostaje tydzień na odbiór końcowy (zresztą konsorcjum NDI jednoznacznie w harmonogramie wskazało, że na odbiór końcowy pozostawia 1 tydzień). W ten sposób zatem konsorcjum NDI złożyło ofertę sprzeczną z wymogami wynikającymi z SIWZ - gdzie wprost zostało wskazane, ile czasu mają trwać prace odbiorowe (konsorcjum NDI skróciło termin, którego nie mogło skracać, gdyż nie

odnosi się do jego prac, a odnosi się do tego, jaki czas zastrzegł sobie Zamawiający na wykonanie swoich czynności - odbiorowych. W ten zatem sposób doszło do niezgodności oferty z wymaganiami Zamawiającego - wykonawca bowiem w swoim harmonogramie wskazał termin właściwy dla Zamawiającego niezgodnie z tym co wynikało z wymogów Zamawiającego, a co równie istotne - Zamawiający wprost wskazał w SIWZ, że „Czas procedury odbioru końcowego wliczany jest do czasu wyznaczonego na realizację przedmiotu zamówienia, o którym mowa w §1 niniejszej umowy”. Przedmiotowe postanowienia ujęte są w §8 ust. 5 pkt 10 i 15 wzoru umowy (załącznik nr 4 do SIWZ).

Jak wskazał Odwołujący, zmiana polegająca na dodaniu dwóch tygodni do terminu realizacji oznaczałaby natomiast, że wykonawca nie zmieściłby się w deklarowanych przez niego 19 miesiącach (w ramach 19-go miesiąca konsorcjum NDI zaznaczyło w jego % na swoim harmonogramie realizację prac wykonawczych, a ostatni tydzień z 19 miesiąca jest przeznaczony na prace odbiorowe. Tym samym dodanie tych brakujących 2 tygodni powodowałoby, że termin realizacji „wszedłby” już w 20 miesiąc) a to z pewnością należałoby uznać za istotną zmianę treści oferty - skoro deklarowana ilość miesięcy miała wpływ na element stanowiący kryterium oceny ofert.

W zakresie trzeciego z zarzutów Odwołujący wskazał, że poinformował Zamawiającego o dostrzeżonych błędach w ofercie konsorcjum NDI. Spowodowało to, jak dowiedział się Odwołujący w dniu 29 stycznia 2018 r., gdy otrzymał dokumentację w sprawie, wezwanie konsorcjum NDI przez Zamawiającego odnośnie złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Konsorcjum NDI złożyło wyjaśnienia, jednakże osobnym pismem w całości dokonało zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (przedmiotowe pismo również zostało po raz pierwszy przekazane ZUE w dacie 29 stycznia 2018 r.). W konsekwencji dochodzimy do tego, że Zamawiający uznał, że całe pismo dotyczące wyjaśnień w przedmiocie rozumienia oświadczenia woli konsorcjum NDI za utajnione, do czego nie ma żadnych podstaw. W piśmie takim bowiem konsorcjum NDI musiało przedstawić swoje tłumaczenie - ciąg twierdzeń, które miały za zadanie przekonać Zamawiającego, że nie doszło do sprzeczności oferty z SIWZ. Musiało zatem wskazać czemu uważa, że nie popełniło błędu. Takie tłumaczenie nie może być natomiast uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa - chyba, że dojdziemy do kuriozalnego stanowiska, a to, że „sposób tłumaczenia się” stanowi know-how przedsiębiorcy.

W zakresie czwartego zarzutu Odwołujący wskazał, że w sytuacji, gdy z treści oświadczenia zawartego w ofercie wynika że wykonawca zamierza - przykładowo podzlecić prace elektroenergetyczne, w ramach to których prac mamy m.in. prace dotyczące zasilania linii tramwajowej, nie sposób uznać, by istniała możliwość „wyjaśnienia” w trybie art. 87 ust. 1

ustawy Pzp takiej okoliczności, w szczególności gdy jednocześnie wykonawca taki składa oświadczenie, że zamierza podzlecić „całość” prac objętych przedmiotem zamówienia. Wezwanie takie nie może bowiem prowadzić do zmiany oferty, a w niniejszej sytuacji jakiegokolwiek oświadczenie konsorcjum NDI byłoby sprzeczne z wyraźną treścią jego oświadczenia ujętego w ofercie (jak i - dodatkowym piśmie), a więc w konsekwencji prowadziłoby do zmiany oferty. Tym samym jakiegokolwiek wzywanie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie może mieć żadnego znaczenia dla konieczności odrzucenia oferty konsorcjum NDI - nawet w sytuacji, gdy zostało ono dokonane nie ma ono żadnego znaczenia dla konieczności odrzucenia takiej oferty.

Zamawiający w trakcie posiedzenia z udziałem stron złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania, wskazując, iż wszystkie podniesione przez Odwołującego zarzuty nie zasługują na uwzględnienie.

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpiło konsorcjum NDI S.A. z siedzibą w Sopocie, NDI Sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie, Construcciones y Promociones Balzola S.A. z siedzibą w Bilbao (Hiszpania), Balzola Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie po stronie Zamawiającego. Przystępujący podczas posiedzenia złożył pismo procesowe, w którym wskazał że twierdzenia Odwołującego są nie zasługują na uwzględnienie i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba postanowiła dopuścić dowód w postaci dokumentacji Postępowania oraz dowody złożone przez Strony, Izba nie dopuściła dowodu z opinii biegłego uznając, iż do dowodzenia wskazywanej tezy niewymagane są wiadomości specjalne a powołanie tego dowodu prowadziłoby do przewlekłości postępowania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron oraz uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Zgodnie z tym przepisem wykonawcy przysługuje

legitymacja do wniesienia odwołania, jeżeli ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W ocenie Izby Odwołujący wykazał spełnienie powyższych przesłanek.

Nie podważa istnienia interesu okoliczność, podnoszona przez Zamawiającego oraz Przystępującego, że oferta Odwołującego jest droższa od kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Ewentualne unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie było objęte przedmiotem orzekania przez Izbę, ponadto w przypadku wystąpienia przesłanek do zastosowania tego przepisu, Zamawiający jest uprawniony do zwiększenia swego budżetu.

Jak przyjmuje się w orzecznictwie Izby, do czasu podjęcia czynności unieważnienia postępowania z powodu braku środków na sfinansowanie zamówienia, wykonawcy z ofertami opiewającymi na kwoty wyższe, w dalszym ciągu posiadają interes we wniesieniu odwołania. Na tym etapie brak pewności czy Zamawiający nie zwiększyłby kwoty na sfinansowanie zamówienia w przypadku wystąpienia takiej konieczności.

W zakresie zarzutów odwołania:

zarzut nr 1 – naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 36a ust. 2 ustawy Pzp w zw. z pkt I „Opis przedmiotu zamówienia” ppkt 4) SIWZ przez brak odrzucenia oferty konsorcjum NDI z Postępowania, mimo faktu, iż treść oferty konsorcjum NDI nie odpowiada treści SIWZ w zakresie w jakim w ofercie zostało wyraźnie wskazane, że określone prace będą realizowane za pomocą podwykonawców, podczas gdy, warunki Postępowania jednoznacznie wskazywały, że pewien zakres robót musi być wykonywana osobiście przez Wykonawcę;

oraz;

zarzut nr 4 – naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez bezpodstawne wezwanie konsorcjum NDI do złożenia wyjaśnień w przedmiocie treści oferty, podczas gdy, w przypadku wyraźnego oświadczenia konsorcjum NDI nie sposób wzywać go do wyjaśnienia treści oferty, a należy - prowadząc Postępowania z zachowaniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji - przyjąć treść oświadczenia takiego wykonawcy w kształcie, w jakim je złożył.

Izba nie uwzględniła powyższych zarzutów.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zastrzegł m.in., iż nakłada na wykonawcę obowiązek osobistego wykonania kluczowych części zamówienia tj.: *robót torowych oraz zasilania linii tramwajowych czyli sieci trakcyjnej i podstawy trakcyjnej* (rodz. I pkt 4 SIWZ).

Przystępujący w swojej ofercie wskazał, iż powierzy podwykonawcom m.in. *roboty drogowe oraz roboty elektroenergetyczne*.

Odwołujący wskazał, iż poprzez użycie tych sformowań, wolał Przystępującego było przekazanie podwykonawcom, także *robót torowych oraz zasilania linii tramwajowych czyli sieci trakcyjnej i podstawy trakcyjnej*.

Stan faktyczny w zakresie tych zarzutów nie był sporny, spór sprowadzał się do kwestii interpretacji użytych sformułowań a zatem nie wymagał powołania biegłego.

Ponadto Przystępujący, użył w uzasadnieniu utajnienia dokumentów, iż zamierza zlecić realizację całości zakresu przedmiotu zamówienia podwykonawcom. Oświadczenie to pozostaje w sprzeczności z oświadczeniem Przystępującego zawartym w JEDZ, iż zamierza przeznaczyć 60% zamówienia podwykonawcom, ponadto pozostaje w sprzeczności z wyjaśnieniami złożonymi Zamawiającemu w toku postępowania oraz złożonymi przed Izbą.

Izba uznała, iż treść uzasadnienia utajnienia dokumentów nie stanowi co do zasady treści oferty, niemniej jednak wynikiem z takich uzasadnień wątpliwości należy każdorazowo wyjaśnić. W zestawieniu do oświadczeń złożonych w ofercie, w wyjaśnieniach oferty oraz w JEDZ, Izba uznała, iż oświadczenie złożone w uzasadnieniu utajnienia dokumentów było złożone jedynie omyłkowo (także ze względu na znaczenie i wagę uzasadnienia utajnienia dokumentów w porównaniu do dokumentu formularza oferty, JEDZ oraz wyjaśnień).

Izba nie uznała twierdzeń Odwołującego, wprawdzie Przystępujący użył w swej ofercie dość nieprecyzyjnego określenia zakresu prac jakie zamierza powierzyć podwykonawcom, to jednak w przypadku rozważania niezgodności treści oferty z SIWZ (a przez to odrzucenia oferty), konieczne jest jednoznaczne stwierdzenie czy dany wykonawca złożył oświadczenie sprzeczne z SIWZ.

W przedmiotowej sprawie, Przystępujący w żadnym miejscu w swojej ofercie nie zawarł oświadczenia, iż zamierza zlecić podwykonawcom wykonanie *robót torowych oraz zasilania linii tramwajowych czyli sieci trakcyjnej i podstawy trakcyjnej*. Niemniej jednak poprzez użycie nie precyzyjnych sformułowań w ofercie, mogły i powinny wystąpić wątpliwości dot. zakresu prac jakie zamierza powierzyć podwykonawcom. W sytuacji kiedy występują wątpliwości w zakresie oświadczenia wykonawcy zawartego w ofercie, zamawiający są uprawnieni a wręcz zobligowani do skorzystania z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wezwanie do złożenia wyjaśnień oferty.

W wyniku złożenia wyjaśnień na wezwanie Zamawiającego, Przystępujący jednoznacznie wskazał, iż „składając ofertę zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ rozdział I pkt 4 (Opis przedmiotu zamówienia), zobowiązał się do osobistego wykonania kluczowych części zamówienia, tj.: robót torowych oraz zasilania linii tramwajowych czyli sieci trakcyjnej i podstawy trakcyjnej.” Przystępujący powtórzył to oświadczenie zarówno w piśmie procesowym a także podczas rozprawy.

Izba nie podzieliła twierdzeń Odwołującego, iż Przystępujący „jednoznacznie w ofercie wskazał, iż zamierza przekazać podwykonawcom zastrzeżone kluczowe części zamówienia”. Przystępujący użył w swojej ofercie innych określeń niż wskazane w SIWZ, ponadto Zamawiający nie zawarł w SIWZ definicji użytych przez siebie sformułowań.

Przywoływane przez Odwołującego definicje sformowań użytych przez Przystępującego z aktów prawnych, nie mogą jednoznacznie przesądzić, iż Przystępujący miał wole ich użycia w znaczeniu takim jak widział to Odwołujący. Definicje zawarte w tych aktach odnoszą się tylko do zakresu ich stosowania, nie ma nakazu używania danych sformułowań wyłącznie w znaczeniu przypisywanym im poprzez te akty. Przywoływane definicje robót elektroenergetycznych odnoszą się do zakresu kolejnictwa a nie zakresu tramwajowego. Natomiast sformułowanie *robót drogowych* zwłaszcza w języku potocznym nie obejmuje robót torowych i te dwa sformułowania używane są często obok siebie.

Izba stwierdziła, iż Zamawiający słusznie wezwał Przystępującego do wyjaśnień w zakresie złożonej oferty, powstałe wątpliwości należało wyjaśnić przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący słusznie podnosił, iż poprzez wyjaśnienie oferty nie jest możliwe dokonywanie jej zmian, jednak w tym wypadku wyjaśnienia posłużyły do sprecyzowania treści oferty a nie jej uzupełnienia bądź zmiany. Wyjaśnienia te wraz z ofertą stanowią dowód zakresu zobowiązania Przystępującego zarówno w postępowaniu przed Izbą jak i w przypadku wystąpienia ewentualnego sporu między Zamawiającym a Przystępującym na etapie realizacji zamówienia.

Odwołujący argumentował, iż przy uwzględnieniu wartości wykonania robót kluczowych, powinny one jego zdaniem stanowić ok. 70% całego zamówienia. Jednak wskazane przez Odwołującego na rozprawie pozycje cenowe zawierają w sobie także dostawy, przykładowo przy robotach torowych wymagane są dostawy choćby podkładów. Przyjmując argumentację Odwołującego, tylko producenci wszystkich materiałów mogliby złożyć oferty. Natomiast zgodnie z SIWZ zastrzeżone do osobistego wykonania zostały jedynie (*stricte*) roboty a nie wymagane do ich przeprowadzenia dostawy.

Mając na uwadze powyższe, Izba nie znalazła podstaw to przypisywania sformułowaniom użytym przez Przystępującego, innego znaczenia, niż takie jakie widział w nich sam Przystępujący. A zatem, nie uznała, iż Przystępujący złożył ofertę której treść nie odpowiada treści SIWZ.

zarzut nr 2 – naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z §8 ust. 5 pkt 10 i 15 wzoru umowy (załącznik nr 4 do SIWZ) przez brak odrzucenia oferty konsorcjum NDI z Postępowania, mimo faktu, iż treść oferty konsorcjum NDI nie odpowiada treści SIWZ w zakresie w jakim konsorcjum NDI przedstawiło harmonogram prac niezgodny z wymaganiami SIWZ, podczas gdy, warunki Postępowania jednoznacznie w sposób „sztywny” wskazują określone terminy w ramach których mają być dokonane określone czynności, a konsorcjum NDI skróciło terminy zastrzeżone dla Zamawiającego (procedury odbiorowe);

Izba nie uwzględniła powyższego zarzutu.

Izba ustaliła, iż Zamawiający wymagał złożenia harmonogramu oraz zgodnie z SIWZ w kryteriach oceny ofert oceniał termin realizacji zamówienia. Przystępujący w swojej ofercie (formularzu oferty) wskazał, iż wykona przedmiot zamówienia w ciągu 19 miesięcy. Natomiast, zgodnie z załączonym do oferty harmonogramem (który potwierdzał 19 miesięczny termin realizacji), Przystępujący wskazał, iż na odbiór prac przewidział jeden tydzień.

Izba ponownie wskazuje, iż w przypadku zarzutów dot. niezgodności treści oferty z SIWZ, konieczne jest jednoznaczne ustalenie, iż dany wykonawca złożył oświadczenie sprzeczne z konkretnymi wymogami SIWZ.

W przypadku harmonogramu, Zamawiający argumentował na rozprawie, iż ten dokument był wymagany wyłącznie pomocniczo wraz z ofertą, natomiast „*harmonogram wiążący zostanie złożony przez wykonawcę dopiero po podpisaniu umowy*”.

Ponadto Zamawiający dokonał zmiany treści formularza ofertowego pismem z dnia 10 sierpnia 2017 r. polegającej na zmianie sformułowania:

„wykonanie przedmiotu zamówienia w terminiemiesiący od dnia przekazania terenu budowy, zgodnie z załączonym do oferty harmonogramem”

na następujące:

„Wykonanie przedmiotu zamówienia w terminie miesiący od dnia otrzymania przez Wykonawcę oświadczenia od Zamawiającego potwierdzającego podpisanie umowy z

instytucją pośredniczącą/zarządzającą o przyznaniu środków finansowych pochodzących z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego na lata 2014-2020

Przy czym udostępnił na stronie internetowej wykonawcom wzór formularza oferty (najwyraźniej omyłkowo), który zawierał w sobie dwa powyższe oświadczenia. Zarówno Przystępujący jak i Odwołujący wypełnili w swoich ofertach tylko drugie wyżej wskazane postanowienie.

Jak podkreślał Przystępujący oraz Zamawiający, w SIWZ brak było wzoru harmonogramu oraz szczegółowych wymagań dot. harmonogramu. W formularzu oferty wskazano tylko, iż Załącznikami do oferty są:

„(...) załącznik nr 4: harmonogram rzeczowo – terminowo – finansowy robót budowlanych, obejmujących przedmiot zamówienia,

Przedmiotowy harmonogram będzie zawierał co najmniej:

- zakres rzeczowy robót z uwzględnieniem terminów ich wykonania”*

Przystępujący podkreślał także, iż w SIWZ brak jednoznacznych postanowień wskazujących, że harmonogram powinien zawierać w sobie terminy odbiorów.

Zgodnie ze wzorem umowy (§ 2 ust. 5 pkt 10), *„Rozpoczęcie czynności odbioru nastąpi do 7 dni kalendarzowych od terminu wskazanego przez Wykonawcę i zakończy się nie później niż w 21. dniu, licząc od dnia rozpoczęcia odbioru”*. Natomiast zgodnie z § 2 ust. 5 pkt 15 wzoru umowy, *„Czas procedury odbioru końcowego wliczany jest do czasu wyznaczonego na realizację przedmiotu zamówienia, o którym mowa w § 1 niniejszej umowy”*. Zgodnie ze wzorem umowy, harmonogram może ulegać zmianom ze względu na wskazane w umowie okoliczności, a zatem nie ma on obowiązującego charakteru.

Przystępujący podkreślał także, że odbiór może nastąpić w terminie krótszym niż 21 dni, a zatem uprawnionym byłoby założenie w harmonogramie terminu krótszego. Co ciekawe, sam Zamawiający również podkreślał, iż odbiór nie musi trwać całych 21 dni, ponadto Zamawiający wskazywał na modyfikację terminów odbiorów w postanowieniach wzoru umowy w § 8 ust. 5 pkt 13 i 14, zgodnie z którymi stwierdzenie w toku odbioru końcowego wad może wydłużyć procedurę odbioru końcowego. W harmonogramach złożonych przez Przystępującego oraz Odwołującego nie przewidziano tych wydłużonych procedur.

Wzór umowy zawiera w sobie postanowienie wskazujące na termin realizacji przedmiotu umowy bez wskazania, że wynika on z harmonogramu (§2 ust. 1 wzoru umowy) oraz

postanowienie, że termin realizacji umowy oraz terminy w harmonogramie mogą ulec zmianie (§2 ust. 2 wzoru umowy), co może wskazywać na ich względną niezależność.

Powyższe okoliczności wywołują wątpliwości co do charakteru harmonogramu złożonego wraz z ofertą. Po zmianie SIWZ z dnia 10 sierpnia 2017 r., harmonogram nie służył już do weryfikacji wskazanego w ofercie terminu realizacji umowy (to postanowienie zostało usunięte). Okoliczność ta oraz brak jednoznacznych wymogów co do treści harmonogramu (w tym czy w ogóle powinien on zawierać terminy odbiorów) przesądzają zdaniem Izby, iż harmonogram złożony wraz z ofertą miał charakter jedynie pomocniczy i nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty Przystępującego w zakresie wskazywanej przez Odwołującego niezgodności. Zgodnie z treścią formularza oferty, harmonogram powinien zawierać co najmniej *zakres rzeczowy robót z uwzględnieniem terminów ich wykonania*. Jednak brak uregulowań co jeszcze powinien zawierać.

Odwołujący wskazywał, iż Przystępujący jako profesjonalista powinien nie jako domyślić się jak prawidłowo wykonać harmonogram, jednak profesjonalizm wykonawców nie może uzupełniać braków postanowień SIWZ.

Izba podziela pogląd wielokrotnie wyrażany w orzecznictwie, iż wątpliwości dot. postanowień SIWZ nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawcy składającego ofertę i nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia oferty takiego wykonawcy.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, iż nie sposób uwzględnić zarzutu wobec Przystępującego, iż jako że założył w harmonogramie tydzień na dokonanie odbioru, to treść jego oferty jest niezgodna z SIWZ.

zarzut nr 3 – naruszenie art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie przekazanie Odwołującemu pełnej treści wyjaśnień dotyczących kwestii podwykonawstwa (pisma z dnia 28 listopada 2017 r. znak: L. dz. /DDP/DŁ/7869/2017), podczas gdy, nie sposób uznać, by przedmiotowe wyjaśnienie mogło być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa z uwagi na okoliczność, iż stanowią one uzasadnienie czemu zdaniem konsorcjum NDI przykładowo pojęcie „zasilanie linii tramwajowej” nie mieści się w pojęciu „roboty elektroenergetyczne” co stanowi również naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji;

Izba nie uwzględniła powyższego zarzutu.

Izba uznała, iż wprawdzie pismo z dnia 28 listopada 2017 r. w zakresie żądanym przez Odwołującego, tj. wyjaśnień dotyczących podwykonawstwa bez części dot.:

- wskazania konkretnego podwykonawcy;
- oraz tabeli z kalkulacją oferty,

nie stanowiło tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępującego, to jednak ze względu na treść art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, zarzut ten nie mógł być uwzględniony ze względu na brak wpływu na wynik postępowania.

Odwołujący słusznie wskazywał, iż argumentacja i wyjaśnienia Przystępującego dot. wskazania zakresu zlecenia podwykonawstwa nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż informacjom tym nie sposób przyznać wartości gospodarczej. Niemniej jednak w przedmiotowym orzeczeniu Izba dokonała rozstrzygnięcia, iż Przystępujący nie zamierzał w swojej ofercie zlecić podwykonawcom zastrzeżonych kluczowych części zamówienia. A zatem, uwzględnienie powyższego zarzutu zgodnie z żądaniem tj. ujawnieniem pełnej treści wyjaśnień w piśmie z dnia 28 listopada 2017 r. dotyczących kwestii podwykonawstwa nie mogło mieć w przedmiotowym Postępowaniu wpływu na wynik tegoż Postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Pełnomocnik Zamawiającego wniósł o zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego w kwocie 4 428 zł brutto oraz załączył fakturę VAT do akt postępowania.

Izba zasądziła na rzecz Zamawiającego 3600 zł tytułem zastępstwa procesowego, uznając, iż wydatek ten stanowił uzasadniony koszt strony. Zgodnie z brzmieniem § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. W przedmiotowej sprawie pełnomocnik Zamawiającego złożył rachunek w postaci faktury VAT. Jednocześnie mając na uwadze treść ww. przepisów, tj. iż maksymalna kwota jaka może zostać zasądzona tytułem zwrotu kosztu wynagrodzenia pełnomocnika wynosi 3 600 zł, Izba zasądziła tą kwotę a w pozostałym zakresie oddaliła wniosek.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów

w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczenia (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.),
stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: