

WYROK
z dnia 20 marca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 marca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 marca 2014 r. przez **Odwołującego** - Trakcja PRKil S.A., ul. Złota 59, 00-120 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa

przy udziale **wykonawcy** - Krakowskie Zakłady Automatyki Kraków S.A., ul. Wielicka 28 30-550 Kraków zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy - Krakowskie Zakłady Automatyki Kraków S.A. z Krakowa oraz nakazuje odrzucenie oferty tego wykonawcy;
2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego** - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - Trakcja PRKil S.A., ul. Złota 59, 00-120 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Zamawiającego** - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa na rzecz **Odwołującego** - Trakcja PRKil S.A., ul. Złota 59, 00-120 Warszawa kwotę **23 915 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone jest przez Zamawiającego – PKP PLK S.A. [Centrum Realizacji Inwestycji Oddział w Lublinie] na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [ustawa Pzp], w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Przebudowa posterunku odgałęźnego Biała Rawska”.

Wykonawca - TRAKCJA PRKil S.A. z Warszawy [Odwołujący] stwierdził, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp jego interes w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku - został narażony na szkodę w postaci utraty możliwości uzyskania kontraktu w tym postępowaniu, w którym złożył najkorzystniejszą ofertę, z uwagi na podstawy odrzucenia oferty wykonawcy - Krakowskie Zakłady Automatyki S.A. (KZA). Odwołujący zatem był uprawniony do wniesienia niniejszego odwołania, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zdaniem wykonawcy w tym postępowaniu Zamawiający bezpodstawnie, w sposób tendencyjny i z naruszeniem przepisów ustawy Pzp wezwał KZA do wyjaśnienia treści załącznika nr 14 do siwz - Wykaz urządzeń sterowania ruchem kolejowym przewidzianych do zabudowy w ramach zamówienia, doprowadził do bezprawnego uzupełnienia/zmiany treści oferty przez KZA po terminie składania ofert, a następnie bezpodstawnie uznał, że oferta KZA spełnia wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), czym zaniechał odrzucenie tej oferty i bezpodstawnie dokonał wyboru oferty tego wykonawcy, jako najkorzystniejszej.

Wskazując na powyższe stwierdził, że zaniechane i podjęte czynności przez Zamawiającego dokonane zostały z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, w szczególności naruszają dyspozycje art. 7 ust. 1 i 3, art. 26 ust. 4, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 tej ustawy Pzp w sposób mający istotny wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący wniósł o wydanie wyroku nakazującego Zamawiającemu dokonania unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonania czynności odrzucenia oferty KZA.

W uzasadnieniu odwołania podał w szczególności, że Zamawiający bezpodstawnie [pismem nr IR02ZAd-216-58/13/14 z dnia 21.02.2014 r.] wezwał KZA do wyjaśnień treści załącznika nr 14. W tym przypadku wskazał, że wezwanie do złożenia wyjaśnień nie powinno być

dokonane na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, bowiem załącznik nr 14 nie jest dokumentem wymienionym w tym przepisie ustawy, a treść tego dokumentu stanowi treść oferty KZA, zatem ewentualne wezwanie do wyjaśnień winno być dokonane w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Dalej podał, że wezwanie do wyjaśnień treści załącznika nr 14, jako takie, nie powinno być skierowane do KZA w ogóle. A to dlatego, że w stanowiącym element oferty KZA załączniku nr 14, w pozycji o l.p. 3 - Urządzenie samoczynnej blokady liniowej, brak jest opisu oferowanego urządzenia. Wykonawca podał, że (...) W poszczególnych kolumnach pozycji o l.p. 3 wpisane są kreski wskazujące jedynie na fakt, że KZA takiego urządzenia nie oferuje i nie przewiduje do zabudowy w ramach przedmiotowego zamówienia. Nie było zatem czego wyjaśniać. Możliwe zaś było wezwanie KZA do wyjaśnień w zakresie pozycji o l.p. 4 i 6 załącznika nr 14, ale czynność ta była zbędna wobec braku możliwości wzywania do wyjaśnień w zakresie pozycji o l.p. 3 tego samego załącznika. Zamawiający dokonując bezpodstawnego wezwania do wyjaśnień załącznika nr 14 naruszył art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp”. Odwołujący podkreślił, że w tym załączniku wykonawcy mieli zamieścić dane o oferowanych przez siebie urządzeniach sterowania ruchem kolejowym przewidzianych do zabudowy w ramach przedmiotowego zamówienia.

Odnosnie pozycji 3 załącznika w szczególności podkreślił, że wykonawca KZA nie zaoferował urządzenia samoczynnej blokady liniowej i nie przewidział do zabudowy tego urządzenia, mimo że zabudowa takiego urządzenia jest przez Zamawiającego wymagana. Wbrew oczywistym faktom Zamawiający w pkt 1 wezwania z dnia 21 lutego 2014 r. zadał pytanie: (...) Jakie urządzenia samoczynnej blokady liniowej wykonawca przewiduje do zabudowy w ramach niniejszego zamówienia? Tak postawione pytanie z góry sugeruje akceptację Zamawiającego, że urządzenie, jako takie, jest zaoferowane i przewidziane do zabudowy przez KZA, a jedynie brak w ofercie informacji, jakie to będzie urządzenie”. Odwołujący zwrócił uwagę, że w pozycji o l.p. 3 w kolumnie nazwanej „Rodzaj urządzeń” urządzenie było wpisane przez samego Zamawiającego, a wykonawca miał jedynie uszczegółowić, jakie urządzenie przewiduje do zabudowy, poprzez wpisanie w poszczególnych kolumnach pozycji o l.p.3 następujących informacji: typ urządzenia, nr świadectwa, data wydania świadectwa oraz data ważności świadectwa. Wstawienie przez KZA kresek we wszystkich kolumnach pozycji o l.p. 3 załącznika nr 14 wskazuje na rezygnację z oferowania urządzenia samoczynnej blokady liniowej, a tym samym rezygnację z zabudowy tego urządzenia w ramach przedmiotowego zamówienia. Jego zdaniem, wpisując kreski w poszczególnych kolumnach pozycji o l.p. 3 KZA wykazało aktywną rezygnację z tego urządzenia i nie może być tutaj mowy o zapomnieniu, błędzie, czy innej formie nieporozumienia, a składane wyjaśnienia KZA [zawarte w piśmie l.dz. KZASA/M/068/2014 z dnia 26 lutego 2014 r.], że niby powodem omyłkowego niewypełnienia

pozycji o lp. 3 załącznika nr 14 był błąd edycyjny formularza przygotowanego w formie elektronicznej nie mogą mieć znaczenia dla rozstrzygnięcia w tej sprawie. Odwołujący podkreślił, że wybierając ofertę KZA jako najkorzystniejszą Zamawiający zaakceptował uzupełnienie (zmianę) treści oferty przez KZA po terminie składania ofert, co stanowi naruszenie art. 87 ust.1 ustawy Pzp. Zwrócił także uwagę, że tej pozycji załącznika nie można było uzupełnić w trybie przewidzianym art. 87 ust.2 ustawy Pzp, gdyż w tej sprawie nie było możliwe zastosowanie ust. 1a [postępowanie nie było prowadzone w trybie dialogu konkurencyjnego] jak również ust. 2 pkt 1 - 3 [nie mamy do czynienia z oczywistą omyłką pisarską, czy z oczywistą omyłką rachunkową, jak również - z niepowodującą istotnych zmian w treści oferty omyłką polegającą na niezgodności oferty z treścią siwz], albowiem brak wypełnienia tej pozycji było świadomym działaniem KZA i jej jeżeli nawet założyć, że była to omyłka, to nie można było jej poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż ta niby omyłka powodowałaby istotną zmianę treści oferty w stosunku do treści siwz oraz byłaby niemożliwa do poprawienia samodzielnie bez negocjacji z KZA, ponieważ z pozostałej treści oferty nie można wywnioskować, jakie treści powinny zostać wpisane do kolumn pozycji o lp. 3 załącznika nr 14.

Odnosnie pozycji 4 i 6 załącznika nr 14 Odwołujący stwierdził, że wskutek złożonych wyjaśnień nastąpiły zmiany w treści oferty KZA poprzez zamianę oferowanych i przeznaczonych do zabudowy urządzeń w ramach przedmiotowego zamówienia, a mianowicie zamiana dotyczyła urządzenia - napęd zwrotnicy z typu EBI Switch 700 na urządzenie - typu Elektrohydrauliczny system HYDROSTAR, oraz urządzenia - kontroler położenia iglic i krzyżownic z typu EFA-1 na urządzenie - typu HYDROSTAR. Zmiany powyższe nie mają prawnego i faktycznego uzasadnienia i są niemożliwe do przeprowadzenia w sposób i w dokonanym zakresie. Podkreślił, że rozważania dotyczące uzupełnienia/zmiany treści oferty związanych z pozycją lp. 3 załącznika nr 14 mają także odpowiednie zastosowanie w zakresie zmiany treści oferty w pozycjach o lp. 4 i 6 tegoż załącznika. Jeżeli przyjąć, że faktycznie wystąpiły omyłki w pozycjach o lp. 4 i 6 załącznika nr 14, to tych omyłek Zamawiający nie mógł poprawić samodzielnie bez negocjacji z KZA, ponieważ z pozostałej treści oferty nie można wywnioskować, jakie treści powinny zostać wpisane do kolumn pozycji o l.p. 4 i 6 załącznika nr 14. Wbrew twierdzeniom KZA zawartym w ww. piśmie z dnia 26 lutego 2014 r. Odwołujący podkreślił, że de facto w tym stanie faktycznym Zamawiający nie skorzystał z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i nie poprawił samodzielnie tych omyłek (w ogóle ich nie poprawił), lecz uznał zmiany treści oferty zawarte w piśmie KZA, jako obowiązujące, czym naruszył art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp do czego nie był uprawniony i tę ofertę powinien odrzucić jako niezgodną z treścią siwz.

W konkluzji Odwołujący stwierdził, że nie dokonując czynności odrzucenia oferty wykonawcy KZA naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, a dokonując wyboru tej oferty naruszył art. 91 ust. 1 ustawy Pzp i tym samym przeprowadził postępowanie niezgodnie z przepisami prawa i postanowieniami siwz oraz nie zapewnił zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i w związku z tym naruszył zasadę wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie przede wszystkim stwierdził, że w postanowieniach pkt 15.1. ppkt 10) części I SIWZ wymagał, aby wykonawcy w ofertach wskazali wykaz urządzeń sterowania ruchem kolejowym przewidzianych do zabudowy w ramach zamówienia w sposób określony w załączniku nr 14 do SIWZ. Tak sformułowane żądanie znajduje – jego zdaniem - oparcie w dyspozycji art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wykonawca - Krakowskie Zakłady Automatyki S.A. w „Wykazie urządzeń sterowania ruchem kolejowym przewidzianych do zabudowy w ramach niniejszego zamówienia" nie wskazał urządzeń samoczynnej blokady liniowej. W tej sytuacji Zamawiający uznał, że charakter tego dokumentu uzasadnia zastosowanie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do wyjaśnienia jego treści, a nie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, jak błędnie wywodzi Odwołujący. Dalej podał, że po zapoznaniu się z wyjaśnieniami KZA złożonymi w piśmie L.dz. KZASA/M/068/2014 z dnia 26.02.2014 r. Zamawiający uznał, że w oparciu o pierwotne brzmienie oferty możliwe jest dokonanie jej oceny, albowiem lp. 3 załącznika nr 14 wymagałaby wypełnienia tylko w przypadku, gdyby wykonawca zamierzał zabudować inny typ urządzeń samoczynnej blokady liniowej niż obecnie eksploatowane, w szczególności, jeśli zważy się, że w załączniku A do III części SIWZ w pkt. 1.1 w śródtytule „Wymagania szczegółowe" tiret piąte Zamawiający wymagał, aby zabudowane urządzenia umożliwiały współpracę m.in. z dwukierunkową samoczynną blokadą liniową Eac oraz z kontrolą nie zajętości toru szlakowego. Wskazany przez wykonawcę w wyjaśnieniach typ urządzeń Eac jest zgodny - z typem, jaki jest aktualnie zabudowany.

Co do poz.4 i 6 załącznika nr 14 Zamawiający stwierdził, że nie wziął pod uwagę wyjaśnień wykonawcy KZA z dnia 26.02.2014 r., uznając, że wyjaśnienia te prowadzą w istocie rzeczy do zmiany treści oferty, co jest prawnie niedopuszczalne w świetle postanowień art. 84 ust.1 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 1 zdanie drugie tej ustawy. Podał, że dał temu wyraz w pkt 13 ppkt 4 Protokołu postępowania (druk ZP-PN), dokonując oceny oferty KZA w pierwotnej wersji i uznał, że jest ona najkorzystniejsza w oparciu o kryterium ceny. W konkluzji stwierdził, że wbrew twierdzeniu Odwołującego nie zachodziła przesłanka odrzucenia oferty wykonawcy KZA na podstawie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, bowiem merytoryczna treść oferty odpowiada treści siwz.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca - Krakowskie Zakłady Automatyki S.A. z Krakowa [Przystępujący], wnosząc o oddalenie odwołania w całości, jako niezasługującego na uwzględnienie i wskazując w szczególności, że zgodnie z wymogami specyfikacji kompletna oferta powinna zawierać m.in. wykaz urządzeń sterowania ruchem kolejowym przewidzianych do zabudowy w ramach zamówienia sporządzony wg wzoru stanowiącego załącznik nr 14 do siwz, a także deklarację zgodności WE dla rozjazdów w oparciu o Certyfikat Jednostki Upoważnionej, stosownie do wymagań zawartych w załączniku B do cz. III SIWZ - Wymogi dot. rozjazdów. Dalej podał, że do oferty z dnia 27 stycznia 2014 r. Przystępujący, zgodnie z wymaganiami załączył wypełniony załącznik nr 14 oraz Deklarację. Przyznał jednocześnie, że w załączniku nr 14 nie została wypełniona pozycja lp. 3), zaś w pozycjach lp. 4) i 6) wskazane zostały urządzenia inne niż wynikające z dokumentacji załączonej do oferty (Deklaracji zgodności i Dokumentacji technicznej) i jednocześnie podkreślił, że zarówno załącznik nr 14, jak i załączone dokumenty (na str. 229-233) stanowią integralną część oferty. Z uwagi na fakt, iż pomiędzy treścią załącznika nr 14 a treścią dokumentacji załączonej do oferty powstała rozbieżność Zamawiający, na którym ciąży obowiązek rzetelnego prowadzenia postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, miał prawo a nawet był zobowiązany wezwać Przystępującego do wyjaśnienia stwierdzonej sprzeczności w treści oferty. Podkreślił, że ta nieścisłość dotyczyła wyłącznie wewnętrznej treści oferty i związku z powyższym decyzja o wezwaniu do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp była właściwa, albowiem żądane przez Zamawiającego wyjaśnienia niewątpliwie dotyczyły oświadczeń i dokumentów, potwierdzających spełnienie przez oferowane roboty budowlane określonych wymagań. Podkreślił, że (...) ocena wyjaśnień złożonych przez wykonawcę należy do Zamawiającego, który dokonując oceny takich wyjaśnień powinien wziąć pod uwagę wszystkie dokumenty załączone do oferty, a nie opierać się wyłącznie na literalnym brzmieniu Załącznika nr 14.

W zakresie pozycji lp. 3 Przystępujący przyznał, że nie wskazał typu urządzenia samoczynnej blokady liniowej, nr świadectwa, daty jego wydania i daty ważności, jednakże to w żaden sposób – jego zdaniem - nie prowadzi do niezgodności oferty w treścią siwz, albowiem niewypełnienie powyższych pozycji miało charakter omyłkowy spowodowany błędem edycyjnym formularza przygotowanego w formie elektronicznej, a Odwołujący interpretując omyłkę Przystępującego, nie wykazał, że omyłkę Przystępującego należy traktować, jako celowe działanie. Podkreślił, że na modernizowanym odcinku są już zabudowane urządzenia samoczynnej blokady liniowej typu Eac, co wskazane zostało w specyfikacji. Stwierdził, że gdyby nawet teoretycznie przyjąć za słuszną interpretację, że wykreślenie pozycji 3) powoduje, że Przystępujący nie zamierza zabudowywać nowych

urządzeń samoczynnej blokady liniowej w ramach realizacji zamówienia, to w żaden sposób nie prowadzi to do niezgodności z treścią SIWZ, czy do oceny, że w takim przypadku zamówienie nie może być zrealizowane. W konkluzji stwierdził, że wyjaśnienia złożone przez Przystępującego, nie doprowadziły do zmiany czy uzupełnienia oferty.

Co do pozycji 4 i 6 Zamawiający podał, że Przystępujący w piśmie z dnia 26.02.2014 r. również wyjaśnił omyłkowy charakter wpisów w ofercie i wskazał na strony 229 - 233 oferty, gdzie zamieszczono dokumenty, z których wynika, że planowane przez Przystępującego do zabudowy w ramach realizacji zadania urządzenia napędu zwrotnicowego i kontrolera położenia iglic i krzyżownic, to urządzenia typu HYDROSTAR. Zatem jego wyjaśnienia nie dokonały żadnej zmiany w treści oferty, ani jej uzupełnienia, skoro jednym z podstawowych wymogów zawartych w specyfikacji było załączenie do oferty deklaracji zgodności i dokumentacji technicznej dla przewidywanych do zabudowy urządzeń i takie dokumenty Przystępujący załączył do swojej oferty. Dalej podał, że fakt omyłkowego wypełnienia załącznika poprzez wpisanie innych urządzeń, (które Przystępujący pierwotnie planował zastosować) pozostaje bez znaczenia dla ważności i kompletności oferty. Wszystkie dane i informacje zamieszczone w wyjaśnieniach przez Przystępującego wynikały bezpośrednio z treści dokumentacji dołączonej do oferty. Nie może zatem być mowy o niezgodnym z przepisami uzupełnieniu czy zmianie treści oferty po upływie terminu składania ofert.

Podał również, że gdyby nawet przyjąć, że właściwym trybem wyjaśnień w niniejszej sprawie był art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, nie zaś art. 26 ust. 4 tej ustawy, to po uzyskaniu stosownych wyjaśnień od Przystępującego, Zamawiający winien był samodzielnie poprawić w ofercie Przystępującego zaistniałą omyłkę, jako niepowodującą istotnych zmian w treści oferty (tj. wyjaśnienia Przystępującego nie spowodowały wprowadzenia do oferty nowej treści i nie stanowiły w związku z tym niedozwolonych negocjacji pomiędzy Przystępującym a Zamawiającym) i niezwłocznie zawiadomić o tym Przystępującego. W konkluzji stwierdził, że biorąc pod uwagę treść oferty Przystępującego oraz treść wyjaśnień, nie ma wątpliwości, co do treści oświadczenia jakie zamierzał złożyć Przystępujący. Niezależnie od zastosowanego przez Zamawiającego trybu wezwania do złożenia wyjaśnień, skutek w obydwu przypadkach byłby taki sam, a mianowicie nie było podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego. Z ostrożności procesowej wskazał, że nawet gdyby przyjąć, iż w skutek złożonych przez Przystępującego wyjaśnień doszło do zmiany/uzupełnienia oferty, to w takiej sytuacji Zamawiający winien pominąć wyjaśnienia złożone przez Przystępującego i dokonać oceny oferty w wersji złożonej w dniu 27 stycznia 2014 r., albowiem jak już wskazano, na odcinku przeznaczonym do modernizacji w ramach przedmiotowego zamówienia są już zainstalowane urządzenia samoczynnej blokady liniowej, a zatem nie ma potrzeby jej

wymiany, a jedynie powiązanie (część III SIWZ - (projekty budowlane (przebudowa urządzeń srk))) z urządzeniami stacyjnymi poprzez interfejs (Przystępujący w swojej ofercie proponuje zabudowę urządzeń stacyjnych typu EBI Lock, które posiadają taki interfejs).

Wykreślenie zatem przez Przystępującego pozycji l.p. 3) Załącznika nr 14 oznacza jedynie, iż Przystępujący nie zamierza dokonywać zmian już zainstalowanych urządzeń. Wymienienie przez Zamawiającego w Załączniku nr 14 pozycji „samoczynna blokada liniowa” nie oznacza, wbrew twierdzeniom Odwołującego, iż Zamawiający nie wymaga zabudowy nowego urządzenia w miejsce już istniejącego, a jedynie dopuszcza taką możliwość.

W konkluzji stwierdził, że w tym postępowaniu nie doszło do naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż (...) Odwołujący nie wskazuje na czym miałyby polegać niezgodność oferty złożonej przez Przystępującego z postanowieniami SIWZ, ani które postanowienie SIWZ nie zostało spełnione bądź zostało naruszone” Dalej podał, że w tej sprawie do żadnej zmiany ani uzupełnienia nie doszło. W ramach wyjaśnień Przystępujący sprostował jedynie nieścisłość pomiędzy treścią Załącznika nr 14 a treścią dokumentacji załączonej do oferty. Nie można zatem w ogóle mówić o niezgodności oferty w SIWZ, gdyż takiej niezgodności nie było, a jedynie rozbieżność pomiędzy oświadczeniem Przystępującego a załączonymi dokumentami, która została wyjaśniona i sprostowana. Tym samym nie było podstaw do żądania wyjaśnień w trybie art. 87 ustawy Pzp, natomiast dopuszczalne i zasadne było żądanie przez Zamawiającego wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 tej ustawy tj. wyjaśnień w zakresie oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, czyli potwierdzające spełnienie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Reasumując podał, że wobec powyższych ustaleń zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, a także art. 91 ust. 1 oraz przepisu art. 7 ust.1 tej ustawy jest całkowicie bezzasadny.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne, albowiem oferta wykonawcy KZA S.A. z Krakowa podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że w niniejszej sprawie nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust.2 ustawy Pzp, a wnoszący

odwołanie wykonawca miał legitymację procesową wymaganą art. 179 ust.1 ustawy Pzp do wniesienia tego odwołania.

Rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu Izba ustaliła, że Zamawiający w części I pkt 8 specyfikacji istotnych warunków zamówienia [siwz] określił warunki jakie muszą spełnić wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, a w pkt 9 wymienił dokumenty, jakie są wymagane na potwierdzenie tych warunków. Powyższe dotyczyło warunków podmiotowych i takich dokumentów ustalonych w oparciu o art. 25 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp. W odniesieniu do przedmiotu zamówienia w pkt 2.4 tej części specyfikacji wskazano, że „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia przedstawiony został w Opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym Część III SIWZ”. W pkt 15 z kolei Zamawiający podał, że kompletna oferta powinna zawierać - zgodnie z pkt 10 – „Wykaz urządzeń sterowania ruchem kolejowym przewidzianych do zabudowy w ramach zamówienia” sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 14 do specyfikacji, a zgodnie z pkt 11 - Oświadczenie o posiadaniu świadectw dopuszczenia do eksploatacji na urządzenia, które wykonawca zamierza zainstalować w ramach niniejszego zamówienia, sporządzone według wzoru stanowiącego załącznik nr 15 do tej specyfikacji.

Izba ustaliła także, że w załączniku nr 14 do specyfikacji w spornej pozycji o lp. 3, jak również w pozycji o lp. 4 i 5 Zamawiający wymagał w poszczególnych kolumnach podania typu urządzenia, nr świadectwa, daty wydania świadectwa oraz daty ważności tego świadectwa. Z kolei w wymienionym załączniku nr 15 ustalono treść oświadczenia dla potwierdzenia, że oferowane urządzenia do zabudowy spełniają wymagania prawne i techniczne [wskazane w tym oświadczeniu i w załącznikach do specyfikacji]. Izba zauważyła, że z treści tego oświadczenia nie wynikał obowiązek załączenia dokumentów dla oferowanych w załączniku nr 14 urządzeń.

Zgodnie z ustaleniami Izby, w załączniku nr 14 do oferty wykonawcy KZA w pozycji o lp. 3 [„Urządzenie samoczynnej blokady liniowej”] brak jest opisu oferowanego urządzenia. W miejsce wymaganych danych w poszczególnych kolumnach pozycji o l.p. 3 wpisane zostały kreski.

Rozpoznając podnoszone w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 26 ust. 4 i art. 87 ust. 1 oraz art. 89 ust. pkt 2 i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp Izba uwzględniła dyrektywę wynikającą z art. 192 ust.7 ustawy Pzp zgodnie z którą, KIO orzeka wyłącznie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu oraz wytyczne z art. 190 ust.1 ustawy Pzp, w myśl której strony i uczestnicy postępowania - zgodnie z zasadą kontrydiktoryjności obowiązującą

w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą - są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów z których wywodzą skutki prawne.

Rozpatrując zarzut niewłaściwego zastosowania art. 26 ust.4 ustawy Pzp Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że podstawą oceny oferowanych urządzeń, co do ich zgodności z wymaganiami specyfikacji mogły być – w tym stanie faktycznym - wyłącznie dane zamieszczone w załączniku nr 14 do siwz.

Izba stwierdziła także, że ten załącznik stanowił element oferty w tym postępowaniu i tym samym wezwaniu skierowane do wykonawcy KZA w zakresie danych zamieszczonych w tym załączniku mogło być wyłącznie oparte na podstawie art. 87 ust.1 ustawy Pzp.

Przedmiotem wezwania do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust.4 ustawy Pzp mogło być - w niniejszej sprawie - wyłącznie oświadczenie, którego treść ustalona została w powołanym załączniku nr 15, albowiem tylko to oświadczenie związane z przedmiotem zamówienia [wymagane w celu potwierdzenia, że oferowane urządzenia spełniają wymagania Zamawiającego] mogło być zakwalifikowane do dokumentów, o których stanowi art. 25 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp.

Tym samym – w tych okolicznościach faktycznych sprawy - zarzut nieprawidłowego zastosowania art. 26 ust.4 ustawy Pzp w odniesieniu do poz. 3 i poz. 4 i 6 załącznika nr 14 jest zasadny, aczkolwiek to ustalenie nie miało bezpośredniego i wyłącznego wpływu na rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie.

Rozpoznając zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp Izba uznała, że zarzut dotyczący braku odrzucenia oferty wykonawcy KZA na podstawie tego przepisu jest zasadny.

Izba przede wszystkim stwierdziła, że wobec treści specyfikacji [jej części ogólnej i szczegółowej] brak było podstaw do zaniechania wypełniania kolumn w pozycji 3 w załączniku nr 14 i tak jak słusznie stwierdził Odwołujący – wykonawca KZA posługując się znakiem minus [(-)] w tej pozycji w jej poszczególnych kolumnach oświadczył de facto, że nie oferuje w ramach przedmiotowego zamówienia wymaganego w tej pozycji urządzenia do wbudowania.

W ocenie Izby brzmienie zapytania Zamawiającego z pisma z dnia 21.02.2014 r. [„jakie urządzenia samoczynnej blokady liniowej wykonawca przewiduje do zabudowy w ramach

niniejszego zamówienia] wskazywało na brak określenia typu urządzenia [jak również nr świadectwa, daty jego wydania oraz daty ważności świadectwa] skierowane do wykonawcy KZA potwierdzało, że żadne urządzenie w tej pozycji nie zostało przez wykonawcę określone.

Tym samym brak było podstaw kierowania do wykonawcy KZA wezwania [bez względu na jego podstawę prawną] do złożenia wyjaśnień, co do tej pozycji. Podnoszona w wyjaśnieniach argumentacja, że „niewypełnienie powyższych pozycji miało charakter omyłkowy spowodowany błędem edycyjnym formularza przygotowanego w formie elektronicznej”, w tym stanie faktycznym, jest nieuprawnione, albowiem te kolumny zostały wypełnione z użyciem znaku ujemnego [kreski], co bezsprzecznie wskazuje, że wykonawca nie zaoferował żadnych urządzeń samoczynnej blokady liniowej [zarówno Eac, czy innego kompatybilnego urządzenia z dotychczas zamontowanymi].

W zakresie spornej pozycji 3 Izba podnosi, że twierdzenia Zamawiającego o możliwości niewypełnienia tej pozycji, nie zostały poparte żadnymi dowodami. Powyższych twierdzeń w żaden sposób nie dowodzi punkt 1.1. [str 2] – wymagania szczególne. Punkt ten wręcz przeciwnie - jak wynika z jego brzmienia - stanowi o obowiązku wskazania zabudowywanych urządzeń, które muszą umożliwić m.in. współpracę z istniejącą samoczynną blokadą liniową Eac [tiret 5]. Podobnie to wymaganie reguluje punkt 6.2 cz. III – tom V Projekt budowlany.

Izba dodatkowo zauważa, że zarówno Zamawiający jak i Przystępujący wykonawca nie wykluczyli zabudowy urządzeń z poz. 3 załącznika 14, podnosząc, obok argumentacji, co do braku bezwzględnego wymagania zabudowy nowych urządzeń w miejsce już istniejących, możliwość takiej zabudowy, o ile zaistniałaby taka potrzeba.

Tym samym oferta Przystępującego nie odpowiada treści specyfikacji, albowiem brak jest informacji o urządzeniach oferowanych w poz. 3 załącznika nr 14 i ta pozycja nie podlega w żadnym wypadku uzupełnieniu w trybie art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, a zatem oferta wykonawcy KZA podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

Izba jednocześnie stwierdza, że Zamawiający nie może po złożeniu ofert przez wykonawców interpretować wymagań siwz na etapie ich oceny – tak jak w okolicznościach faktycznych tej sprawy w odniesieniu do poz. 3 załącznika nr 14 - w dostosowaniu do treści złożonych ofert [w tym przypadku do treści oferty KZA]. Ewentualna modyfikacja wymagań, bądź ich wyjaśnianie [celem usunięcia wątpliwości, co do danego warunku i celem obiektywnego

ustalenia woli zamawiającego, co do danego postanowienia specyfikacji] powinno następować - zgodnie z przepisami prawa zamówień publicznych - przed upływem terminu do składania ofert,. Rozszerzająca interpretacja postanowień specyfikacji - na etapie oceny ofert – w dostosowaniu do treści oferty jednego z wykonawców prowadziłaby w konsekwencji – bez względu na pobudki zamawiającego – do naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, o których to zasadach stanowi art. 7 ust.1 ustawy Pzp.

Rozpoznając zarzuty odnośnie pozycji 4 i 6 załącznika nr 14 Izba stwierdza, że pytania skierowane do wykonawcy KZA w zakresie tych pozycji [na wadliwej jak już podano podstawie prawnej z art.26 ust.4 ustawy Pzp] dotyczyły konkretnych zagadnień związanych przede wszystkim z możliwością współpracy oferowanych urządzeń. Z kolei wyjaśnienia wykonawcy zmierzały do niedopuszczalnej zmiany urządzeń oferowanych przez wykonawcę KZA w ofercie w jej pierwotnym brzmieniu w ramach przedmiotowego zamówienia. Ten wykonawca bowiem w stosunku do oferty złożonej w terminie [27.01.2014 r.] zamienił urządzenie „napęd zwrotnicy” z typu EBI Switch 700 na urządzenie typu Elektrohydrauliczny system HYDROSTAR, a urządzenie „kontroler położenia iglic i krzyżownic” z typu EFA-1 na urządzenie typu HYDROSTAR.

Izba dodatkowo zauważa, że w wyniku wezwania z dnia 21.02.2014 r. Zamawiający oprócz zmiany urządzeń nie uzyskał żądanych wyjaśnień.

Izba stwierdziła, że w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający zawarł wyłącznie informację o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy KZA oraz o drugiej ofercie złożonej przez Odwołującego. Również w protokole z dnia 26.02.2014 r. komisja przetargowa przede wszystkim stwierdziła, że „W wyniku wezwań, o których mowa w protokole z czynności komisji przetargowej w dniach 28.01. - 21.02.2014 r. wezwani wykonawcy złożyli żądane dokumenty”. Powyższe stwierdzenie dotyczy m.in. wezwania z dnia 21.02.2014 r. skierowanego do wykonawcy KZA i jego odpowiedzi z dnia 26.02.2014 r., w której wykonawca ten zasłaniając się intencjonalnie – na użytek tego postępowania – rzekomymi omyłkami i błędami edycyjnymi modyfikuje w sposób niedopuszczalny ustawą Pzp załącznik nr 14, uzupełniając ofertę w zakresie poz. 3, a w zakresie poz. 4 i 6 – zmieniając jej treść.

Zdaniem Izby te okoliczności wskazują, że ocena oferty Przystępującego w zakresie poz. 4 i poz. 6 mogła następować w oparciu o zmodyfikowane dane, albowiem twierdzenia Zamawiającego o pominięciu wyjaśnień z dnia 26.02.2014 r. zostały, co prawda zaznaczone w protokole [Druk ZP-N – pkt 13.4], jednakże – jak wyżej wskazano – nie zostały one

uzewnętrznione w zawiadomieniach skierowanych do wykonawców, jak również w protokole „częstkowym” z dnia 26.02.2014 r. Izba zwraca uwagę także na stanowisko wykonawcy KZA przedstawione w piśmie procesowym z dnia 20.03.2014 r., w którym ten wykonawca – tak jak i w wyjaśnieniach powołał się „na omyłkowy charakter wpisów w ofercie”, a potwierdzenie spełnienia warunków w zakresie poz. 4 i 6 załącznika nr 14 oparł na dokumentach zamieszczonych na str 229 - 230 dotyczących innych urządzeń, aniżeli wykazano w tych pozycjach w ofercie w jej pierwotnym brzmieniu. Stanowisko Przystępującego pośrednio potwierdza, że ocena m.in. w tych pozycjach mogła być dokonana w oparciu o zaoferowane zamiennie urządzenia.

W tym miejscu Izba stwierdza, że Zamawiający dokonując oceny oferty wykonawcy KZA taką ocenę mógł rzeczywiście oprzeć wyłącznie na danych, co do urządzeń z załącznika nr 14 w poz. 4 i 6 znajdujących się w treści pierwotnej oferty uwzględniając treść oświadczenia z załącznika nr 15, albowiem uwzględnienie urządzeń wskazanych zamiennie w wyjaśnieniach z dnia 26.02.2014 r. powodowałoby niezgodną z przepisami Prawa zamówień publicznych zmianę treści oferty wykonawcy.

W konkluzji Izba stwierdza, że wydając rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie miała na uwadze art. 192 ust.2 ustawy Pzp, albowiem bezsprzecznie nie odrzucenie oferty wykonawcy KZA z uwagi na niezgodność treści oferty w pozycji 3 stanowi naruszenie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 91 ust.1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust.1 i 3 ustawy Pzp.

Z tego też względu Izba uwzględniając odwołanie nakazała odrzucenie oferty wykonawcy KZA z uwagi na nieusuwalną wadliwość w poz. 3 załącznika nr 14. Ewentualne nakazanie ponownej oceny oferty wykonawcy KZA w zakresie pozycji 4 i 6 tego załącznika zgodnie z treścią pierwotną oferty [z pominięciem wyjaśnień wykonawcy, które *de facto* nie odpowiadało na zapytanie Zamawiającego w tych pozycjach] stało się wobec powyższego bezprzedmiotowe, tym bardziej, że Odwołujący nie podnosił zarzutu niezgodności treści oferty KZA z wymaganiami specyfikacji w jej pierwotnym brzmieniu w tych pozycjach.

W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając przepisy 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).

.....