

WYROK

z dnia 5 kwietnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz
Członkowie: Jolanta Markowska
Katarzyna Brzeska
Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 kwietnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 marca 2017 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, TORPOL S.A. z siedzibą w Poznaniu, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Astaldi S.p.A. z siedzibą w Rzymie, Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim, Construzioni Linee Ferroviarie S.p.A. z siedzibą w Bolonii, Zhol zhondeushi Company LLP z siedzibą w Astanie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego

doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z podziałem na części pn.: „Prace na linii kolejowej nr 7 Warszawa Wschodnia Osobowa – Dorohusk na odcinku Warszawa – Otwock – Dęblin – Lublin, odcinek Otwock – Lublin w km 26,050 – 175,850”, zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 grudnia 2015 r., pod nr 2015/S 241-436552.

W dniu 10 marca 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia o wyborze w zadaniu częściowym C oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Astaldi S.p.A. z siedzibą w Rzymie, Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim, Construzioni Linee Ferroviarie S.p.A. z siedzibą w Bolonii, Zhol zhondeushi Company LLP z siedzibą w Astanie, zwanych dalej „Konsorcjum A”.

W dniu 20 marca 2017 r. do Prezesa Izby wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, TORPOL S.A. z siedzibą w Poznaniu (dalej „Odwołujący”), w którym zaskarżono:

1. wybór oferty Konsorcjum A,
2. zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum A, mimo że jego oferta podlega odrzuceniu jako niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”),

co, w ocenie Odwołującego, stanowi naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum A w sytuacji, gdy treść złożonej przez nie oferty nie odpowiada treści SIWZ w zakresie, w jakim Konsorcjum A nie podało w załączonym do oferty Harmonogramie Realizacji Zadania Wykonawcy („HRZW”) informacji o terminach wykonania Etapów, w tym o terminie rozpoczęcia realizacji Etapu C1 oraz informacji o czasie trwania Etapów C2, C3, C4, C6 i C8,

2. art. 7 Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum A,
2. dokonania ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty Konsorcjum A i wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący wyjaśnił, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przywołanych wyżej przepisów Pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku. Skutkiem zaskarżonej czynności Zamawiającego jest bowiem wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum A, która to oferta powinna zostać odrzucona, i tym samym pozbawienie Odwołującego możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia, w sytuacji gdy Odwołujący złożył ofertę sporządzoną w sposób prawidłowy i która stanowi dla Zamawiającego „ofertę najkorzystniejszą” spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, w szczególności jest ofertą sporządzoną w sposób zgodny z wymogami SIWZ.

Uzasadniając ww. zarzuty Odwołujący podał, że zgodnie z postanowieniami SIWZ – „Instrukcja dla wykonawców” („IDW”):

„[...]”

18.9. W celu oceny ofert Zamawiający przyjmuje następujące kryteria:

- Całkowita cena brutto – waga: 80%;
- Termin realizacji – waga 10%;
- Okres gwarancji – waga 10%

18.9.2.1.

(...)Wykonawca w celu potwierdzenia możliwości skrócenia terminu realizacji zadania przedstawi Harmonogram Realizacji Zadania Wykonawcy (HRZW), o którym mowa w punkcie 18.9.2.3. IDW stworzony na podstawie wzorcowego Harmonogramu Realizacji Zadania Zamawiającego (HRZZ).

18.9.2.2. Harmonogram Realizacji Zadania Zamawiającego

HRZZ stanowiący załącznik nr 7 przedstawia maksymalne i minimalne terminy wykonania Etapów oraz maksymalny i minimalny termin realizacji Umowy.

18.9.2.3. Harmonogram Realizacji Zadania Wykonawcy

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.

18.9.2.4. Forma Harmonogramu Realizacji Zadania Wykonawcy

Wykonawca jest zobowiązany do przedstawienia HRZW dla Zamówienia, którego Oferta dotyczy z zachowaniem wszystkich wytycznych podanych w pkt. 18.9.2.3 oraz bazując na załączonym HRZZ.

HRZW zostanie przedstawiony w formie wykresu Gantta z osią czasu o dokładności co najmniej jednego miesiąca oraz jednostką mierzoną w miesiącach oraz przedłożony w wersji papierowej oraz elektronicznej zgodnie z punktem 12.1 IDW.

Na wykresie Gantta zadania planowane przez Wykonawcę będą przedstawione za pomocą pasków, które określają czas trwania każdego pojedynczego Etapu, Punkty kontrolne będą przedstawione jako obiekty.

Założenia przedstawione przez Zamawiającego należy zapisać jako plan bazowy a widok wykresu Gantta musi pokazywać planowaną przez Wykonawcę realizację zadań w porównaniu do planu bazowego przedstawionego przez Zamawiającego (2 wiersze).

HRZW będzie zawierał porównanie przedstawionych przez Wykonawcę rozwiązań do założonych przez Zamawiającego w HRZZ. Niezbędne do przedstawienia będą:

- czas trwania wg HRZZ
- czas trwania wg HRZW

Powyższe pozwoli zobrazować wprowadzone zmiany w datach realizacji Etapów oraz czasie trwania. tak również, poprawność modyfikacji HRZZ oraz wprowadzonych zmian.

18.9.2.5. Zasady weryfikacji.

(...)Zamawiający dokona oceny wprowadzonych w HRZW przez Wykonawcę zmian w następujący sposób:

Czy zostały zachowane minimalne i maksymalne czasy trwania poszczególnych Etapów?

Jeżeli którykolwiek z Etapów zostanie wydłużony lub skrócony, niezgodnie z zapisami Subklauzuli 8.13 Warunków Umowy to oferta zostanie odrzucona.

[...].

Jak wynika z zacytowanych powyżej postanowień SIWZ – IDW, wykonawcy biorący udział w Postępowaniu mieli załączyć do składanych Zamawiającemu ofert HRZW, sporządzony na podstawie wzorcowego Harmonogramu Realizacji Zadania Zamawiającego („HRZZ”) załączonego do SIWZ.

Odwołujący wyjaśnił, że HRZW miał stanowić porównanie rozwiązań zaoferowanych przez wykonawcę do rozwiązań założonych przez Zamawiającego, stąd Zamawiający wymagał, by HRZW przedstawiał wszelkie terminy wykonania Etapów i czas trwania poszczególnych Etapów z uwzględnieniem całkowitego terminu realizacji zamówienia.

Zamawiający przesądził także w sposób jednoznaczny zapisami SIWZ, że jeżeli z załączonego do oferty HRZW wynikać będzie, że którykolwiek z Etapów zostanie przez wykonawcę wydłużony lub skrócony, niezgodnie z zapisami Subklauzuli 8.13 Warunków Umowy („WU”), to oferta zostanie odrzucona.

Zgodnie z Subklauzulą 8.13 WU:

„[...]”

Dla Zamówienia Częściowego C ustanawia się następujące Etapy, które Wykonawca zobowiązany jest wykonać w następujących terminach:

Etap C1 – 18 miesięcy rozpoczynając od dnia 11.06.2017 roku, zakończenie Robót na Odcinkach: 10, 11, 12 i 13 oraz uzyskanie Pozwolenia na Użytkowanie dla LOTu C

Etap C2 – 75 dni przed zakończeniem Etapu C1 zakończenie robót torowych i sieciowych na odcinku (ciągłym) równym połowie Odcinka 12

Etap C3 – 35 dni przed zakończeniem Etapu C1 zakończenie robót torowych i sieciowych na odcinku (ciągłym) równym pozostałej połowie Odcinka 12

Etap C4 – 9 miesięcy od rozpoczęcia Etapu C1 zakończenie Robót związanych z budową nastawni LCS w km 175,289

Etap C5 – 9 miesięcy od rozpoczęcia Etapu C1 uzyskanie pozwolenia na użytkowanie dla toru nr 2 na odcinku od km 107.283 do stacji Puławy Azoty z dojazdem na bocznice Zakładów Azotowych

Etap C6 – 5 miesięcy od rozpoczęcia Etapu C1 zakończenie Robót związanych z budową nastawni z budynkami socjalnymi na stacjach Zarzeka i Puławy Azoty

Etap C7 – 7 miesięcy od Daty Rozpoczęcia zakup i dostarczenie na Plac Budowy albo na uzgodniony teren lub do uzgodnionego magazynu 30 % liczby/ilości materiałów, masowych elementów (bez konstrukcji stalowych dla obiektów inżynieryjnych) i urządzeń wymienionych w załączniku 2A do Oferty

Etap C8 – 10 miesięcy od Daty Rozpoczęcia zakup i dostarczenie na Plac Budowy albo na uzgodniony teren lub do uzgodnionego magazynu 50 % liczby/ilości konstrukcji stalowych dla obiektów inżynieryjnych wymienionych w załączniku 2A do Oferty

Etap C9 – 30 dni przed zakończeniem Etapu C10 złożenie wniosku do UTK o wydanie nowego zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji podsystemu strukturalnego „Infrastruktura” i „Energia ”

Etap C10 – od 3 do 4 miesięcy od zakończenia Etapu C1 wykonanie pozostałych Robót

[...]”.

Zamawiający przewidział więc łącznie 10 Etapów wykonania umowy, przy czym każdy z Etapów musiał zostać zakończony w terminach określonych w powołanej subklauzuli WU. Z kolei czas trwania poszczególnych Etapów wynikał z postanowień załączonego do SIWZ HRZZ i był określony jako pewna liczba miesięcy, bądź jako tzw. punkt kontrolny. Etapy, których czas wykonania był określony w SIWZ jako liczba miesięcy większa niż 0, miały zostać oznaczone w HRZW, na wykresie Gantta, za pomocą pasków. Etapy stanowiące tzw. punkty kontrolne, miały zostać przedstawione na wykresie Gantta jako obiekty.

Zdaniem Odwołującego HRZW załączony przez Konsorcjum A do jego oferty nie spełnia opisanych powyżej wymogów SIWZ z dwóch względów:

Po pierwsze – HRZW Konsorcjum A nie zawiera informacji o terminach wykonania Etapów (brak kolumny nr 4 z HRZZ). Z HRZW Konsorcjum A można więc wyczytać, jaki będzie okres realizacji Etapów C1, C5 i C10 i wykonywania umowy, nie można natomiast wyczytać, kiedy poszczególne Etapy będą się zaczynały, a kiedy kończyły (terminów ich realizacji) i czy w związku z tym zachowane są relacje wynikające z SIWZ między poszczególnymi Etapami. Brak możliwości ustalenia tych danych jest konsekwencją m.in. faktu, że wykres sporządzony jest w oparciu o okresy miesięczne (M1, M2 itd.), natomiast wynikające z SIWZ terminy wykonania Etapów określone są z dokładnością nawet do kilku dni (np. 75 dni, 35 dni).

Co przy tym istotne, także termin realizacji Etapów C1, C2 i C3 został określony przez Zamawiającego w taki sposób, że dla ustalenia zgodności treści złożonej oferty z treścią SIWZ konieczne jest złożenie przez wykonawcę wprost oświadczenia w tym zakresie (np. Etap C1 ma zacząć się zgodnie z SIWZ „od dnia 11 czerwca 2017 r.”). Bez złożonego wprost oświadczenia wykonawcy w treści HRZW nie jest możliwe do „wyinterpretowania” z części graficznej (z samego wykresu Gantta) początku lub końca biegu terminu realizacji tych Etapów. Sporządzony przez wykonawcę HRZW ma więc pokazywać nie tylko czas trwania poszczególnych Etapów, ale i termin realizacji Etapów (i całej umowy) liczony od określonych, wymaganych w SIWZ, dat kalendarzowych. W świetle cytowanych postanowień SIWZ Zamawiający chciał zweryfikować, czy zostały zachowane minimalne i maksymalne

czasy trwania poszczególnych Etapów, w tym także terminy określone, czyli liczone, od konkretnych dat kalendarzowych

Po drugie – HRZW Konsorcjum A nie zawiera informacji o czasie trwania Etapów C1, C3, C4, C6 i C8.

Jak wynika z legendy do sporządzonego przez Konsorcjum A HRZW, punkt kontrolny wg HRZZ został oznaczony przez Konsorcjum A jako \diamond . Punkt kontrolny HRZW został oznaczony przez Konsorcjum A jako \odot . Punkt kontrolny HRZW został przez Konsorcjum A naniesiony na wykres tylko przy Etapie C9 i C10. Przy pozostałych Etapach, które traktowane są jako punkty kontrolne, wykonawca naniósł na wykres tylko punkt kontrolny wynikający z HRZZ, pominał zaś własną propozycję umiejscowienia w czasie tych punktów kontrolnych – Etapów.

W odniesieniu do Etapów C2, C3, C4, C6 i C8 z HRZW dostarczonego przez Konsorcjum A ani nie wynika, jaki będzie ich czas trwania, ani kiedy zostaną rozpoczęte i zakończone, a więc jaka będzie ich relacja do pozostałych Etapów (termin realizacji).

Odwołujący zaznaczył, że pozostali wykonawcy, którzy złożyli oferty, nawet w sytuacji, gdy zdecydowali się pozostawić Etapy C2, C3, C4, C6 i C8 do realizacji w terminach i czasie identycznym, jak wynikający z HRZZ, stosowną adnotację czynili w swoich harmonogramach (wstawiając oznaczenia graficzne dla wszystkich punktów kontrolnych).

Brak wskazania w HRZW Konsorcjum A własnych punktów kontrolnych dla Etapów C2, C3, C4, C6 i C8 i brak wskazania terminów wykonania Etapów, jest równoznaczne z tym, że:

1. HRZW Konsorcjum A nie spełnia wymogów SIWZ – IDW (pkt 18.9.2.3 i 18.9.2.4),
2. oferta Konsorcjum A podlega odrzuceniu, bowiem wykonawca wbrew jednoznacznym postanowieniom SIWZ, nie złożył w ofercie oświadczenia dotyczącego założonego przez siebie czasu trwania i terminów realizacji wszystkich Etapów wykonania zamówienia, co z kolei powoduje, że Zamawiający nie może ocenić, czy wykonawca wydłużył lub skrócił którykolwiek z Etapów w sposób niezgodny z SIWZ. Złożenie HRZW miało służyć temu właśnie celowi, zaś Zamawiający w zapisach SIWZ sam przesądził, że jeżeli którykolwiek z Etapów zostanie wydłużony lub skrócony, niezgodnie z postanowieniami Subklauzuli 8.13 WU, to oferta zostanie odrzucona. Na podstawie oferty złożonej przez Konsorcjum A nie sposób więc ustalić, czy wykonawca zamierza zrealizować Etapy C2, C3, C4, C6 i C8, a jeśli tak, to w jakim czasie i w jakich terminach.

Jak czytamy w pkt 18.9.2.1 SIWZ – IDW, skutki braku realizacji umowy w terminach określonych w HRZW określa Tom II SIWZ – WU. Mowa tu w szczególności o postanowieniach Subklauzuli 8.7 „Kary umowne”, gdzie w lit. a) przewidziano karę umowną za niewykonanie w terminie Etapu, określonego w Subklauzuli 8.13 Warunków Szczególnych – w wysokości 0,02 % wartości Robót objętych Etapem, ustalonej zgodnie z Subklauzulą 14.4 Warunków Szczególnych, za każdy dzień zwłoki.

Odwołujący podkreślił, że HRZW, jako część oferty wykonawcy, stanowić będzie, zgodnie z § 1 pkt 5 aktu umowy, część umowy. Na etapie wykonywania umowy, zgodnie z Subklauzulą 8.3 WU, wykonawca będzie opracowywał harmonogramy rzeczowo-finansowe uszczegółowiające HRZW, które będą jednak musiały pozostawać w zgodzie (co do terminów i czasu wykonania Etapów) z HRZW. W Subklauzuli 8.3 WU wskazano przy tym wprost:

„W przypadku zgłoszenia przez Inżyniera uwag do Harmonogramu rzeczowo-finansowego, Wykonawca będzie zobowiązany do ich uwzględnienia, w terminie 7 dni i ponownie przedłoży poprawiony Harmonogram rzeczowo-finansowy Inżynierowi do zatwierdzenia. Jeżeli Wykonawca nie uwzględni uwag Inżyniera w powyższym terminie, a przedłożony przez niego Harmonogram rzeczowo-finansowy będzie niezgodny z Umową Inżynier będzie uprawniony do wstrzymania Robót w całości lub części. Wszelkie konsekwencje takiego wstrzymania obciążą Wykonawcę.”.

Wykonawca, który nie uwzględniłby w harmonogramach tworzonych na etapie realizacji umowy terminów i okresów wykonania Etapów wynikających z jego oferty (z HRZW), naraziłby się więc na wstrzymanie wykonywania Robót przez Inżyniera i konsekwencje finansowe z tym związane.

W ocenie Odwołującego nie sposób także zgodzić się, by uszczegółowienie HRZW na etapie realizacji umowy miało obejmować ustalenie terminów i okresów realizacji Etapów wykonywania umowy, w szczególności Etapów C2, C3, C4, C6 i C8. Etapowanie wykonywanych robót jest w niniejszej sprawie powiązane z koniecznością dokonywania zamknięć torowych i koordynacją prac wykonywanych w ramach innych Zamówień Częściowych. Z tego względu Zamawiający nie może być aż do czasu przystąpienia do realizacji zamówienia w stanie niepewności, co do tego, jakie ostatecznie daty i okresy realizacji Etapów pojawią się w harmonogramach rzeczowo-finansowych wykonawcy.

W świetle powyższego przyjąć należy, że HRZW jest istotnym elementem treści oferty wykonawcy — stworzenie HRZW nie było tylko wymogiem formalnym SIWZ, ale i służyło ocenie oferty wykonawcy w ramach kryterium pozacenowego (Termin realizacji) i ustaleniu treści ostatecznego zobowiązania wykonawcy do wykonania przedmiotu

zamówienia w określonych terminach, o czym świadczą powołane powyżej zapisy SIWZ – IDW i WU.

Niezgodność treści oferty Konsorcjum A z treścią SIWZ jest więc istotna i nieusuwalna.

Odnosnie drugiej ze wskazanych cech pomyłki popełnionej przez Konsorcjum A Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie ma możliwości samodzielnego ustalenia terminów i okresów realizacji poszczególnych Etapów przez Konsorcjum A, jeśli informacje dotyczące tych elementów nie znalazły się w HRZW załączonym do oferty.

Dodać należy w tym miejscu, że Zamawiający nie ma również możliwości prostego przyjęcia do HRZW wykonawcy terminów wynikających pośrednio lub pośrednio z SIWZ, w szczególności nie może tu kierować się ogólnym zapewnieniem wykonawcy złożonym w Formularzu ofertowym o zamiarze wykonania zamówienia w sposób zgodny z SIWZ. Złożenie takiego zapewnienia nie oznacza automatycznie, że każdą pomyłkę wykonawcy zawartą w jego ofercie można poprawić. Wniosek taki powodowałby, że przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp byłby w istocie zbędny, a wykonawca nigdy nie mógłby popełnić omyłki w treści oferty. W niniejszej sprawie, Zamawiający w instrukcji zawartej w pkt 18 IDW wskazał przy tym wprost, że wykonawcy w HRZW mają wskazać wszelkie terminy i okresy realizacji Etapów wykonania zamówienia, nie zaś tylko tych Etapów, które zamierzają zmodyfikować w celu uzyskania dodatkowych punktów w kryterium pozacenowym. Zamawiający zamierzał więc ocenić Harmonogram wykonawców w sposób kompleksowy, analizując też powiązania założone przez wykonawcę między poszczególnymi Etapami. W ślad za tym Zamawiający wskazał w SIWZ wprost, że jeżeli którykolwiek z Etapów zostanie wydłużony lub skrócony, niezgodnie z zapisami Subklauzuli 8.13 WU, to oferta zostanie odrzucona.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie uzasadniając wniosek o w następujący sposób.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego Etapów C1, C5 i C10 Zamawiający podał, że Konsorcjum A w formularzu ofertowym złożyło następujące deklaracje o: (1) zapoznaniu się z treścią ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, (2) akceptacji w pełni i bez zastrzeżeń postanowień SIWZ, ich wyjaśnień i modyfikacji, (3) zagwarantowaniu wykonania zamówienia zgodnie z SIWZ, jej wyjaśnieniami i modyfikacjami, (4) realizacji zamówienia zgodnie z SIWZ za kwotę wskazaną w formularzu oferty i (5) uwzględnieniu w cenie wszystkich wymagań SIWZ oraz objęciu wszelkich kosztów bezpośrednich i pośrednich, jakie poniesie Przystępujący z tytułu prawidłowego i terminowego wykonania całości przedmiotu zamówienia, zysku oraz wszelkich wymaganych przepisami podatków i opłat, a w szczególności VAT i podatku akcyzowego.

W związku z powyższym oświadczeniem woli i mając na uwadze treść subklauzuli 8.13 WU Zamawiający stwierdził, że w ramach przywoływanych Etapów C1 i C5 nie było możliwości zmiany ich i czasu trwania ani terminu wykonania, gdyż automatycznie taka zmiana powodowałaby niezgodność oferty z treścią SIWZ. Zamawiający sztywno określił Datę Rozpoczęcia realizacji przedmiotu zamówienia na dzień 11 czerwca 2017 r. Nie sposób w żaden sposób logicznie uzasadnić, że wykonawca składając ofertę i HRZW i deklarując wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z treścią SIWZ miał na myśli inny termin rozpoczęcia realizacji przedmiotu zamówienia, niż ten określony przez Zamawiającego. Natomiast w przypadku Etapu C10, gdzie Zamawiający dopuszczał skrócenie czasu trwania realizacji, Konsorcjum A jednoznacznie wskazało w HRZW skrócenie tego etapu z 4 na 3 miesiące. HRZW został przedstawiony w formie wykresu Gantta z osią czasu z dokładnością co najmniej jednego miesiąca oraz jednostką mierzoną w miesiącach, tak jak to Zamawiający opisał w IDW. Konsorcjum A zgodnie z IDW przedstawiło czas trwania wg HRZZ i czas trwania wg HRZW co zostało uwidocznione w HRZW w postaci osobnych wierszy. Wykonawca akceptując w pełni i bez zastrzeżeń postanowienia SIWZ, w szczególności załącznik nr 7 do IDW, potwierdził rozpoczęcie Etapu C1 11 czerwca 2017 r.

Zamawiający podkreślił, że termin wykonania i czas trwania każdego z Etapów jest możliwy do określenia w sposób jednoznaczny i oczywisty, na podstawie HRZW czytanego łącznie z WU stanowiącymi integralną część SIWZ oraz oferty.

Odnosnie zarzutu, że HRZW Konsorcjum A nie zawiera informacji o czasie trwania Etapów C2, C3, C4, C6, C8 oraz, że nie wynika jaki będzie ich czas trwania, ani kiedy zostaną rozpoczęte i zakończone, a więc jaka będzie ich relacja do pozostałych Etapów (termin realizacji), wskazać należy, że zgodnie z kolumną „Czas trwania wg HRZW” czas trwania tych Etapów wynosi „0 mieś.” i jest to czas tożsamy z czasem trwania według HRZZ, stąd też podnoszony zarzut jest całkowicie bezpodstawny.

Mając na uwadze postanowienia SIWZ, a w szczególności treść subklauzuli 8.13 WU, Zamawiający nie przewidywał możliwości modyfikacji ich czasu trwania, czy terminu wykonania. Zgodnie z IDW Konsorcjum A przedstawiło HRZW w formie wykresu Gantta z osią czasu o dokładności co najmniej jednego miesiąca oraz jednostką mierzoną w miesiącach. Terminy wykonania i czas trwania każdego z Etapów są możliwe w sposób prosty i oczywisty do ustalenia na podstawie HRZW, czytanego łącznie z WU stanowiącymi integralną część SIWZ oraz oferty. Konsorcjum A akceptując w pełni i bez zastrzeżeń postanowienia SIWZ, w szczególności załącznik nr 7 do IDW, potwierdziło terminy wskazane w subklauzuli 8.13 WU oraz przedstawione w HRZZ będącym załącznikiem nr 7 do IDW.

Przedstawiony HRZW potwierdza, że czasy trwania Etapów C2, C3, C4 i C8 są tożsame dla HRZW i HRZZ.

Wobec powyższego uznać należy, że postawione przez Odwołującego zarzuty są całkowicie bezpodstawne. Ewentualne braki w HRZW nie mogą skutkować odrzuceniem oferty z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ, gdyż są to – o ile faktycznie można uznać, że występują – wyłącznie uchybienia formalne, które nie mają żadnego wpływu na treść złożonej oferty.

Zamawiający zwrócił uwagę, że zgodnie z postanowieniami IDW:

„Zamawiający dokona oceny wprowadzonych w HRZW przez Wykonawcę zmian w następujący sposób: Czy całkowity termin realizacji zawiera się w przedziale: powyżej (Minimalna liczba miesięcy) poniżej (Maksymalna liczba miesięcy)? (...) Czy zostały zachowane minimalne i maksymalne czasy trwania poszczególnych etapów”.

Zamawiający określił tym samym jakie nieprawidłowości w HRZW będą powodowały odrzucenie oferty. Z żadnym z wyżej wskazanych przypadków nie mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosiło Konsorcjum A wnosząc o oddalenie odwołania.

W piśmie procesowym z 3 kwietnia 2017 r. zgłaszający przystąpienie zajęli następujące stanowisko w sprawie.

Zgodnie z postanowieniami pkt 18.9.2.2. IDW HRZZ przedstawiał maksymalne i minimalne terminy wykonania Etapów oraz maksymalny i minimalny termin realizacji Umowy. Natomiast w świetle pkt 18.9.2.3. IDW HRZW miał zawierać wszelkie terminy wykonania Etapów szczegółowo opisanych w Subklauzuli 8.13 WU oraz ewentualne punkty kontrolne wszystkich terminów pośrednich realizacji zadania przedstawione przez wykonawcę. HRZW miał stanowić porównanie do HRZZ. Wykonawca podczas tworzenia HRZW winien uwzględnić wytyczne dotyczące: a) całkowitego terminu realizacji, b) minimalnego i maksymalnego czasu trwania poszczególnych Etapów, zgodnie z założeniami Subklauzuli 8.13 WU.

W pkt 18.9.2.4. IDW Zamawiający zawarł informację co do formy HRZW i napisał, że wykonawca jest zobowiązany do przedstawienia HRZW dla Zamówienia, którego Oferta dotyczy z zachowaniem wszystkich wytycznych podanych w pkt. 18.9.2.3. oraz bazując na załączonym HRZZ. HRZW miał zostać przedstawiony jako wykres Gantta z osią czasu o dokładności co najmniej jednego miesiąca oraz jednostką mierzoną w miesiącach oraz miał zostać przedłożony w wersji papierowej oraz elektronicznej zgodnie z punktem 12.1 IDW. Na wykresie Gantta zadania planowane przez wykonawcę miały być przedstawione za

pomocą pasków, które określają czas trwania każdego pojedynczego Etapu, punkty kontrolne zaś przedstawione jako obiekty.

HRZW miał zawierać porównanie przedstawionych przez wykonawcę rozwiązań do założonych przez Zamawiającego w HRZZ. Niezbędne były do przedstawienia: (1) czas trwania wg HRZZ i (2) czas trwania wg HRZW. Powyższe miało pozwolić zobrazować wprowadzone zmiany w datach realizacji Etapów oraz czasie trwania, jak również poprawność modyfikacji HRZZ oraz wprowadzonych zmian.

Konsorcjum A spełniło wszystkie wymagania Zamawiającego i przygotowało harmonogram bazując na załączniku nr 7. Brak kolumny nr 4 jest bez jakiegokolwiek znaczenia, z uwagi na fakt, że zaznaczone na wykresie obiekty stanowiące punkty kontrolne dla etapów C2, C3, C4, C6, C7 i C8 zostały naniesione na wykres wg HRZZ. Takie oświadczenie zawiera sporządzony przez zgłaszającego przystąpienie harmonogram. Tym samym nie jest prawdą, że nie można z niego wyczytać czasu trwania tych etapów.

Wbrew twierdzeniu Odwołującego Konsorcjum A naniósł na swój harmonogram punkty kontrolne dla etapów C2, C3, C4, C6, C7 i C8 pokrywające się z terminami realizacji tych punktów założonymi przez Zamawiającego, czyli postanowieniami planu bazowego. Wyraźnie o tym stanowią podpisy pod wskazaniem graficznymi z nazwami poszczególnych etapów, linki do poszczególnych etapów, których przedstawienie graficzne przez linie zakończone grotami wskazują jednoznacznie miejsce położenia poszczególnych etapów oraz, co najważniejsze, pokrywające się oznaczenia Zadania wykonawcy oraz Planu Bazowego. W związku z powyższym nie ma znaczenia brak jakiejś kolumny bowiem informacje z niej wynikające zostały ujęte na wykresie Gantta, do sporządzenia którego wykonawca został zobowiązany. Wykres taki to graf uwzględniający podział projektu na poszczególne zadania, oraz rozplanowanie ich w czasie.

Na rozprawie strony i Konsorcjum A podtrzymały dotychczasową argumentację.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. HRZW Odwołującego, Przystępującego i Konsorcjum Trakcja PRKiL,
2. Zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie prac projektowych i robót budowlanych dla projektu „Prace na linii obwodowej w Warszawie (odc. Warszawa Gołębki/Warszawa Zachodnia – Warszawa Gdańska” – pismo z 20 października 2016 r.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i Konsorcjum A zawarte w przytoczonych powyżej

pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba postanowiła dopuścić Konsorcjum A (dalej również „Przystępujący”) do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego uznając, że spełnione zostały warunki, o których mowa w przepisie art. 185 ust. 2 Pzp.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ, HRZW sporządzonego przez Przystępującego i dokumentów złożonych przez Odwołującego do akt postępowania odwoławczego na rozprawie stwierdzając, że stan faktyczny został przedstawiony w omówionych pismach procesowych adekwatnie i nie wymaga odrębnego omówienia.

Analiza zgromadzonego materiału dowodowego doprowadziła Izbę do wniosku, że zarzuty odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie.

Nie potwierdziło się stanowisko Odwołującego, jakoby Przystępujący nie złożył oświadczenia o dacie rozpoczęcia robót, ustalonej przez Zamawiającego na 11 czerwca 2017 r. Jakkolwiek rzeczywiście nie jest ona możliwa do wyinterpretowania z treści wykresu Gannta, tym niemniej Konsorcjum A trafnie argumentowało, że można ją wywieść z innych dokumentów składających się na ofertę wykonawcy. Należało zatem zwrócić uwagę na pkt 12 formularza ofertowego Przystępującego, z którego wynika, że zamówienie zostanie zrealizowane w terminie 22 miesięcy liczonych od Daty Rozpoczęcia, która – jak wspomniano – została określona przez Zamawiającego datą dzienną. W konsekwencji uprawnione jest twierdzenie, że zarzut odwołania miał charakter *stricte* formalny, opierający się na założeniu, że informacja ta musiała zostać – pod rygorem uznania oferty za niezgodną z SIWZ – przeniesiona do HRZW sporządzonego przez Przystępującego.



W nawiązaniu do powyższego skład orzekający wskazuje, że – po pierwsze – skoro na ofertę Przystępującego składał się szereg dokumentów charakteryzujących zobowiązanie, to przesądzenie kwestii zgodności/niezgodności oferty z treścią SIWZ wymagało ich całościowej analizy i interpretacji, nie zaś – jak to uczynił Odwołujący – fragmentarycznej oceny wybranego dokumentu. Uznanie stanowiska zaprezentowanego w odwołaniu za uzasadnione doprowadziłoby do absurdalnej, w ocenie Izby, sytuacji, w której oferta Konsorcjum A podlegałaby odrzuceniu wyłącznie na tej podstawie, że określona informacja nie została zamieszczona w określonym miejscu. W związku z tym należy mieć na względzie, że – po drugie – odrzucenie oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nie obejmuje przypadków uchybień formalnych, wyrażających się chociażby

w odmiennym od oczekiwanego przez zamawiającego sposobie prezentowania informacji w ofercie, jak to miało miejsce w omówionym powyżej zakresie.

Chybione było również stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym HRZW Przystępującego nie obrazował relacji czasowych pomiędzy etapami C2-C4, C6 i C8, czy też długości ich trwania, wynikających z pominięcia we wskazanym dokumencie kolu. 4 HRZZ. Skoro strony i Przystępujący byli zgodni w kwestii nierozzerwalnego związku pomiędzy HRZZ i HRZW, to ustalenie tej kwestii sprowadzało się do prostego zabiegu interpretacyjnego polegającego na zestawieniu informacji zawartych w kol. 4 HRZZ z wykresem Gantta w HRZW Konsorcjum A. Analiza układu graficznego rozwiązania zastosowanego przez Przystępującego (rozgałęziająca się niebieska linia zakończona strzałkami w miejscach, w których oznaczono punkty kontrolne, o których w dalszej części uzasadnienia), w zestawieniu z informacjami zawartymi w HRZZ Zamawiającego, pozwala na ustalenie zarówno długości trwania ww. etapów, jak i ich wzajemnych relacji czasowych. Porównanie tego aspektu HRZW Przystępującego i, przykładowo, HRZW Odwołującego (na marginesie warto zaznaczyć, że tożsame wnioski płyną również z porównania HRZW Konsorcjum A z HRZW Konsorcjum Trakcja PRKiL – zob. dowód złożony przez Odwołującego na rozprawie) prowadzi do wniosku, że wykonawcy ci, posługując się na wykresie Gantta rozgałęzionymi liniami, zastosowali identyczne rozwiązania graficzne, z tą różnicą, że Odwołujący osobno oznaczył na wykresie punkty kontrolne wynikające z HRZZ i przyjęte przez siebie punkty kontrolne (*notabene* pokrywające się w czasie z założeniami Zamawiającego).

Powyższe prowadzi do wniosku, że istotą tego zarzutu odwołania było zaniechanie przez Przystępującego powielenia informacji wynikających z HRZZ i oznaczenia ich jako założeń własnych Konsorcjum A, w czym nie sposób upatrywać podstaw do odrzucenia oferty Konsorcjum A. Przemawiają za tym następujące argumenty.

Po pierwsze – nie było sporne między uczestnikami postępowania odwoławczego, że przyjęte przez Zamawiającego dla etapów C2-C4, C6 i C8 założenia odnośnie momentu ich rozpoczęcia, jak i czasów ich trwania były niezmiennie, w przeciwieństwie do etapów C9 i C10, w odniesieniu do których wykonawcy mogli zadeklarować krótsze terminy ich realizacji. Ustalenie to ma ważne znaczenie w płaszczyźnie akcentowanego przez Odwołującego braku oznaczenia przez Konsorcjum A na wykresie Gantta punktów kontrolnych HRZW. W tej kwestii Izba ustaliła, że istotnie, jak na to wskazywał Zamawiający, doszło do nałożenia się dwóch znaków graficznych na wykresie Gantta HRZW Konsorcjum A w ten sposób, że znak graficzny symbolizujący „Punkt kontrolny wg HRZ Zamawiającego” ◇ przykrył część znaku graficznego oznaczającego „Punkt kontrolny HRZ

Wykonawcy² , w taki sposób, że powstał nieoznaczony w legendzie pod wykresem Gannta znak graficzny .

Po drugie – nawiązując do argumentacji Odwołującego o braku istotności ogólnych oświadczeń dotyczących, przykładowo, akceptacji wymogów SIWZ, czy zobowiązania do zrealizowania zamówienia zgodnie z nimi, zawartych w formularzu oferty Przystępującego w płaszczyźnie oceny zgodności oferty z SIWZ skład orzekający wskazuje, że kwestię tą należy oceniać indywidualnie. W sytuacjach, w których dany element treści oferty może być kształtowany przez wykonawcę swobodnie, czy też w granicach zakreślonych przez zamawiającego (np. w drodze wyboru jednej z kilku przewidzianych przez zamawiającego opcji), ukształtowanie treści oferty w sposób sprzeczny z SIWZ nie może być tłumaczone złożeniem wzmiankowanych powyżej deklaracji. Inaczej jest jednak w przypadku, gdy zamawiający nie pozostawia wykonawcom wyboru odnośnie określonych elementów treści oferty. W takiej sytuacji oświadczenie o akceptacji postanowień SIWZ, czy deklaracja wykonania zamówienia zgodnie z opisanymi w niej wymogami mogą stanowić podstawę ustalenia zgodności treści oferty z SIWZ.

Przedstawionego powyżej zapatrywania nie zmienia treść drugiego z dowodów przedstawionych przez Odwołującego, a to zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z innego postępowania prowadzonego przez Zamawiającego. Wbrew zapatrywaniom Odwołującego nie wynika z niego jakoby Zamawiający wcześniej odrzucał oferty innych wykonawców za uchybienia w HRZW podobne do tych, które objęte zostały zarzutami odwołania. We wspomnianym zawiadomieniu mowa jest o braku określenia skrajnych dat realizacji etapów, co – z przyczyn opisanych powyżej – nie miało miejsca w przedmiotowej sprawie. Nawet gdyby jednak przyjąć odmienne zapatrywanie, to dowód na historyczną wykładnię określonych postanowień SIWZ (*notabene*, nieznanych) nie przeczy możliwości zmiany przez Zamawiającego sposobu ich interpretacji.

Reasumując, Izba uznała, że o ile HRZW Przystępującego rzeczywiście dotknięty jest pewnymi brakami, o tyle ich charakter nie uzasadnia odrzucenia oferty Konsorcjum A z uwagi na niezgodność jej treści z SIWZ. Z HRZW Przystępującego, interpretowanego w kontekście pozostałych dokumentów składających się na jego ofertę, wynikają wszystkie niezbędne informacje umożliwiające jej ocenę, wobec czego Zamawiający nie naruszył przywołanych w *petitum* odwołania przepisów.

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 2 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U.2010.41.238 ze zm.).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....