

Sygn. akt: KIO 607/19

**WYROK**  
**z dnia 18 kwietnia 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**  
**Protokolant: Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 kwietnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 kwietnia 2019 r. przez wykonawcę **Nokia Solutions and Networks sp. z o.o. w Warszawie**

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

przy udziale wykonawcy **PKP Telkol sp. z o.o. w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

przy udziale wykonawcy **Aldesa Construcciones Polska sp. z o.o. w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

przy udziale wykonawcy **Maxto sp. z o.o. s.k.a. w Modlniczce**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

przy udziale wykonawcy **Kolejowe Zakłady Łączności sp. z o.o. w Bydgoszczy**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

**orzeka:**

1. **umarza postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zarzutu VIII. 5 odwołania z powodu wycofania odwołania w tej części,**
2. **umarza postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zarzutu VIII.1, VIII.2, VIII. 4 (w zakresie dotyczącym odpowiedzi na pytanie nr 531), a także zarzutu dotyczącego odpowiedzi na pytanie nr 327 z powodu uwzględnienia ww. zarzutów przez zamawiającego,**
3. **odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu VIII. 3 odwołania,**
4. **oddala odwołanie w pozostałym zakresie,**
5. **kosztami postępowania obciąża wykonawcę Nokia Solutions and Networks sp. z o.o. w Warszawie i:**

- 5.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Nokia Solutions and Networks sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „zaprojektowanie, dostawa i instalacja elementów prezentacji dynamicznej informacji pasażerskiej oraz systemu monitoringu wizyjnego wraz z infrastrukturą techniczną na dworcach, stacjach i przystankach kolejowych. Numer referencyjny: 9090/IRZU/00019/00211/19/P”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 21 stycznia 2019 r., nr 2019/S 014-029765. W tej samej dacie na stronie internetowej zamawiającego została zamieszczona specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

W dniu 27 i 29 marca 2019 r. zamawiający zamieścił na swej stronie internetowej odpowiedzi na wnioski wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ.

W dniu 4 kwietnia 2019 r. wykonawca Nokia Solutions and Networks sp. z o.o. w Warszawie, zwany dalej „odwołującym”, wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 38 ust. 1, 2, 4 i 6 ustawy Pzp przez zaniechanie przedłużenia terminu składania ofert mimo iż przekazał wykonawcom wyjaśnienia SIWZ (odpowiedzi na pytania wykonawców) dopiero w dniach 27 marca 2019 r. i 29 marca 2019 r., mimo że dokumentacja postępowania została umieszczona na stronie już w dniu 21 stycznia 2019 r. Pierwotny termin składania ofert był wyznaczony na dzień 7 marca 2019 r., a zatem odpowiedzi na pytania mogły być udzielone przez zamawiającego znacznie wcześniej, a nie na kilkanaście dni przed upływem terminu składania ofert. Upublicznienie odpowiedzi na pytania dopiero w ww. dniach stanowi naruszenie przede wszystkim zasad z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem zapoznanie się i przeanalizowanie w ramach tak ogromnego zamówienia, jak te objęte postępowaniem, co najmniej 559 pytań i odpowiedzi prowadzi do niemożności prawidłowego opracowania ofert, a zamawiający nie wykazał, że wcześniejsze (proporcjonalne) udzielenie odpowiedzi nie było możliwe (zarzut VIII.1),
- 2) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 38 ust. 1, 2, 4 i 6 w zw. z art. 9a ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 65 k.c. przez nieprzedłużenie terminu składania ofert z uwagi na odpowiedzi na pytania udzielone w dniach 27 marca 2019 r. oraz 29 marca 2019 r. w zakresie pytań numer: 2, 15, 21, 25, 26, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 41, 51, 52, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 84,

- 85, 101, 103, 106, 107, 108, 109, 110, 140, 141, 142, 152, 275, 317, 327, 367, 377, 385, 388, 389, 418, 419, 421, 422, 427, 428, 429, 430, 459, 466, 472, 473, 481, 482, 483, 485, 486, 509 - których treść dopiero na skutek jej wyrażenia spowodowała, że zamawiający wymaga przyjęcia określonych założeń do wyceny oferty, dokonania określonych czynności w trakcie wizji lokalnych, co jednak nie było znane wcześniej, a na skutek ww. odpowiedzi istnieje w niektórych sytuacjach konieczność powtórzenia wizji, co wprost nakłada na wykonawcę dodatkową pracę w celu prawidłowej wyceny oferty lub dokonania modyfikacji ustaleń dotychczas dokonanych ustaleń, a w takim celu koniecznym jest przedłużenie terminu składania ofert (zarzut VIII.2),
- 3) art. 29 ust. 1 w zw. z art. 38 ust. 2, 4 i 6 ustawy Pzp przez brak udostępniania dokumentacji w ramach postępowania, posiadanej przez zamawiającego, o czym wykonawcy powzięli informacje dopiero na skutek odpowiedzi zamawiającego z dnia 27 marca 2019 r. i 29 marca 2019 r., co ma istotny wpływ na proces sporządzania oferty, w tym jej szacowanie tj. w zakresie odpowiedzi na pytania numer: 2, 15, 28, 29, 30, 34, 41, 52, 85, 101, 419, 421, 422, 466, 482, 485, 486, 509, 551 albowiem zamawiający nakazał przyjęcie jakichś założeń, co jednak winno skutkować zmianą dokumentacji postępowania i wydłużeniem terminu składania ofert (zarzut VIII.3),
- 4) art. 38 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp przez udzielenie odpowiedzi na pytanie nr 531 niezgodnie z pytaniem, jak też niezgodnej ze stanem rzeczywistym, albowiem pomimo że formalnie odpowiedź została udzielona, to nie wyjaśnia on treści SIWZ w zakresie o który wnosił wykonawca, gdyż w wersji TOMu IV RCO cz. 2 z dnia 21 marca 2019 r., nadal pozostał niezdefiniowany i nieznanym wykonawcy skrót „CDDiP” oraz nadal i niezmiennie znajduje się wyrażenie „Projekt integracji z istniejącym podsystemem CDDIP”, co należy wycenić w ofercie (w ponad 160 arkuszach), a poprzez brak wyjaśnień, mimo zadanego pytania, brak możliwości skonstruowania oferty należycie, skoro nie wiadomo co poprzez ww. wyrażenie zamawiający rozumie. Brak także odpowiedzi na pytanie numer 226, w stosunku do którego zamawiający wskazał, że dokonał modyfikacji RCO w dniu 21 marca 2019 r., mimo iż kwestie zawarte w pytaniu nie były przedmiotem tej modyfikacji, a mimo zmiany RCO, nadal niewyjaśnione postanowienia są w nim zawarte. Poprzez brak wyjaśnień, mimo zadanego pytania, brak możliwości skonstruowania oferty należycie, skoro nie wiadomo co przez ww. wyrażenie zamawiający rozumie, co nie kwalifikuje tej odpowiedzi, jako poprawnie udzielonej (zarzut VIII.4),
- 5) art. 10 a ust. 5 w zw. z art. 38 ust. 2 ustawy Pzp przez udzielenie niezgodnej z przepisami prawa odpowiedzi na pytanie w zakresie pytania numer 332, dotyczącego formy złożenia oferty, gdzie niezgodnie z przepisami i orzecznictwem (KIO 169/19) zamawiający dopuścił możliwość sporządzenia oferty i podpisanie jej zarówno

odręcznie, jak i później po zeskanowaniu dopiero kwalifikowanym podpisem elektronicznym w formacie PAdES (zarzut VIII.5 odwołania).

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) zmiany terminu składania ofert na 15 maja 2019 r.,
- 2) udzielenia odpowiedzi na pytanie numer 531 i dokonania stosownej zmiany TOM IV RCO cz. 2 oraz dokonania zmiany odpowiedzi na pytanie numer 332;
- 3) ujawnienia jako część dokumentacji postępowania, dokumentów, o których mowa w zarzucie VIII.4.

W uzasadnieniu zarzutów VIII.1-3 odwołania odwołujący podniósł, że wielość pytań w postępowaniu powoduje, że udzielenie odpowiedzi na nie dopiero w dniach 27 marca oraz 29 marca winno skutkować wydłużeniem terminu składania ofert. Pytań bowiem było aż 559 i właściwe ich przeanalizowanie oraz dokonanie weryfikacji planowanych ofert, wymaga znacznie dłuższego czasu niż ten, który zamawiający pozostawił wykonawcom. Zamawiający bowiem w treści wyjaśnień nakazał przyjąć nieznanne wcześniej założenia, jak też wskazał, co dodatkowo każdy wykonawca powinien we własnym zakresie ustalić w ramach przeprowadzanych wizji lokalnych. Treść tych odpowiedzi może zatem powodować konieczność powtórzenia wizji, w zakresie w jakim wcześniej nie było to konieczne. Zasada proporcjonalności przez której pryzmat powinny być wykładane wszystkie szczegółowe normy ustawy, wskazuje, że zachowanie minimalnego ustawowego terminu na wyjaśnienia SIWZ przy tej skali pytań i tym stopniu ich skomplikowania, oraz bez uzasadnienia dla takiego działania przez zamawiającego, godzi w prawo wykonawcy do zapewnienia czasu na prawidłowe przygotowanie oferty.

Odwołujący wywiódł, że termin składania ofert, w związku ze zmianą treści SIWZ (w ocenie odwołującego również w związku z prawnokształtującą wykładnią wyjaśnień) powinien być przedłużony przez zamawiającego o taki czas, który zapewni zachowanie w prowadzonym postępowaniu zasady uczciwej konkurencji, przejrzystości i równego traktowania wykonawców. Oznacza to, że okres, o jaki przedłużony zostaje termin składania ofert, powinien zapewniać, że wszyscy potencjalni wykonawcy będą dysponować wystarczającym czasem na dokonanie analizy zmian SIWZ (lub nowej wykładni), analizy ich wpływu na dotychczas przyjęte w ramach przygotowywanych ofert założenia, analizy zakresu koniecznych zmian w przygotowywanych ofertach, na dokonanie tych zmian oraz na dokonanie ponownej wyceny ofert. Jednocześnie, zgodnie z ww. zasadą, przedłużony termin składania ofert musi być wystarczająco długi, aby nie faworyzować żadnego z wykonawców zainteresowanych ubieganiem się o zamówienie.

Odwołujący argumentował, że w postępowaniu przewidziana została wizja lokalna, jednakże postanowienia SIWZ i wyjaśnienia zamawiającego, które miały miejsce po tej wizji,

z których wynika, że dodatkowe niektóre warunki wykonywania zamówienia należy ocenić w ramach tej wizji, nie zwalniają zamawiającego z obowiązku należytego opisanie przedmiotu zamówienia, tj. w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Wykonawca nie powinien być zmuszony do pozyskania dodatkowych informacji dotyczących uszczegółowienia warunków związanych z wykonaniem przedmiotu zamówienia poprzez odbycie wizji lokalnej - czyli w innych źródłach - poza dokumentem SIWZ. W konsekwencji to na wykonawców został przerzucony obowiązek, który z mocy art. 29 ust. 1 ustawy Pzp ciąży na zamawiającym. Umożliwienie wykonawcom odbycia wizji lokalnej nie może bowiem stanowić uzupełnienia braków w opisie przedmiotu zamówienia. Powyższe ma też zastosowanie do przedstawionych założeń, które zamawiający w wyjaśnieniach dopiero nakazał przyjąć. Dotyczy to m.in. odpowiedzi na pytania numer: 2, 15, 21, 25, 26, 28, 29, 31, 32, 33, 34, 41, 51, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 103, 106, 107, 108, 109, 110, 140, 141, 142, 152, 275, 317, 377, 389, 419, 421, 422, 427, 428, 429, 430, 459, 466, 472, 473, 481, 482, 483, 485, 486, 509.

Odwołujący wywiódł, że wizja lokalna jest czynnością w postępowaniu wykonywaną na etapie przed terminem składania ofert. Żaden z przepisów ustawy Pzp nie określa zasad i terminów przeprowadzenia takiej wizji. W tym zakresie ma jedynie zastosowanie ogólny zapis wynikający z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, dotyczący zobowiązania zamawiającego do przeprowadzenia postępowania z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadami przejrzystości i proporcjonalności.

Odwołujący wskazał, że odpowiedzi na pytania opublikowane w dniu 27 marca oraz 29 marca nie zawierają literalnej zmiany treści SIWZ, ale zawierają nowe nieznane wcześniej informacje, jak doprecyzowanie wymogów, czy też wykładnie postanowień SIWZ oraz informacje o posiadanych w tym w zakresie przez zamawiającego dokumentach, których jednak ten z niewiadomych powodów nie chce udostępnić, a w oparciu o art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i art. 29 ust. 1 ustawy Pzp ma taki obowiązek. Dodatkowo zamawiający dokonał też wykładni niektórych postanowień SIWZ w sposób nieznanymi wcześniej wykonawcom, jak też określił, iż w zakresie pozyskania niektórych danych, to wykonawcy powinni je samodzielnie uzyskać m.in. na skutek wizji lokalnych, co nie wynikało z dotychczasowej dokumentacji. Tak późne upublicznienie wyjaśnień narusza uczciwą konkurencję z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Wykonawcy bowiem w krótkim czasie muszą zmodyfikować swe oferty, stosownie do wyjaśnień, jak też przeprowadzić ponownie wizje lokalne, aby zrealizować wytyczne co do ustaleń w ramach wizji z wyjaśnień zamawiającego. Takie działania nie są zaś możliwe w pozostałym do składania ofert terminie.

Odwołujący argumentował, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest podstawowym dokumentem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a

rozszerzanie zawartych w niej wymagań na etapie oceny ofert narusza zasady Pzp. Specyfikacja wraz z opisem przedmiotu zamówienia i wzorem umowy precyzuje wzajemne prawa i obowiązki stron postępowania, umożliwia wykonawcom poznanie oczekiwań zamawiającego oraz weryfikację predyspozycji do należytego wykonania zamówienia. Wskazane zasady dotyczą również wyjaśnień treści specyfikacji w trybie art. 38 ustawy Pzp. Wyjaśnienia udzielane przez zamawiającego w toku postępowania stanowią wykładnię postanowień specyfikacji i są wiążące zarówno dla zamawiającego jak i dla wykonawców. Skoro wyjaśnienia treści SIWZ same w sobie kształtują jej brzmienie i mogą je modyfikować, to oczywistym jest, że wyjaśnienia udzielone później uaktualniają brzmienie SIWZ w stosunku do poprzedniego, czy to pierwotnego brzmienia, czy nadanego innymi, wcześniejszymi wyjaśnieniami. W tym zaś kontekście należy uznać, że zamawiający doprecyzował, czy nawet rozszerzył zakres informacji, jakie wykonawcy mają pozyskać na etapie przygotowania ofert, w tym też w ramach wizji lokalnych. Co więcej, w treści niektórych odpowiedzi na zadane pytania, zamawiający wskazał na konieczność przyjęcia poszczególnych założeń, czego z pierwotnej treści dokumentacji postępowania nie dało się wywieść i założyć. Już zatem w tym zakresie konieczne jest przedłużenie terminu składania ofert, aby wykonawcy mogli poczynić założenia wskazane w odpowiedziach na pytania zamawiającego.

Odwołujący wskazał na niektóre wyjaśnienia zamawiającego, które wprowadzają nowe okoliczności, wymogi lub nową wykładnię, co ma wpływ na etap ofertowania i powinno skutkować przedłużeniem terminu składania ofert. Wymienił odpowiedzi na pytania nr 2, 15, 26, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 51, 52, 77, 78, 84, 85, 101, 103, 140 i 152. Argumentował, że w kontekście pytania numer 140, to z udzielonej odpowiedzi wynika, że zamawiający ma porozumienia z PKP S.A. w zakresie umieszczenia szaf teletechnicznych w budynkach dworców. Ta odpowiedź wpływa na konieczność zmiany wyceny ze względu na posadowienie szaf, doprowadzenie do nich zasilania i kabli teletechnicznych. Jest to również nowa, nieznana wcześniej okoliczność. Odwołujący wywiódł, że zasada przejrzystości postępowania obejmuje również, a nawet - przede wszystkim - jawność przebiegu postępowania przed wykonawcami biorącymi w nim udział. Za naruszenie tej zasady należy uznać brak przez długi okres informacji, czy zamawiający w ogóle zamierza udzielić żądanych wyjaśnień do SIWZ, biorąc pod uwagę stopień skomplikowania przedmiotu zamówienia i tym samym ofert - nieomal w ostatniej chwili. Przepis art. 38 ust. 1 ustawy Pzp posługuje się terminem niedookreślonym „niezwłocznie”, co tłumaczy się najczęściej jako „bez zbędnej zwłoki”, czy „jak najszybciej”, przy czym konkretny okres, któremu te pojęcia odpowiadają, określa się indywidualnie. Jeśli zamawiający potrzebuje więcej czasu na opracowanie odpowiedzi, ma taką możliwość, jednak nie oznacza to, że wykonawcom nie należy się stosowna informacja o jego działaniach i zamierzeniach. Jest to tak oczywista

norma postępowania, że wręcz nie wymaga od ustawodawcy tworzenia przepisu zawierającego taki nakaz. W takiej sytuacji zamawiający powinien niezwłocznie poinformować wykonawców o przewidywanym terminie udzielenia odpowiedzi - w tym wypadku „niezwłocznie” należy odczytywać jako „w najkrótszym terminie, w którym można sporządzić i wysłać stosowne pismo” - oraz przesunąć termin składania ofert o odpowiednio długi okres. Gdyby zamawiający nie był w stanie pierwotnie wskazanego terminu dotrzymać, powinien ponownie poinformować wszystkich wykonawców o nowym terminie udzielenia odpowiedzi.

Odwołujący argumentował, że na skutek udzielonych wyjaśnień, które miały zmierzać do usunięcia wątpliwości i niejasności, nadal jest tak, iż przedmiot zamówienia nie jest określony w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zazaczył, iż dla prawidłowej realizacji kontraktu oraz poprawnego funkcjonowania Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej, jak również zapewnienia funkcjonalności systemu monitoringu wizyjnego potrzebne są szczegółowe techniczne i technologiczne informacje, co do których dopiero w wyjaśnieniach zamawiający wskazał, że powinien je sam wykonawca ustalić podczas wizji lub niektóre dane zostaną przekazane dopiero wybranemu wykonawcy. Udzielenie przez zamawiającego odpowiedzi na pytania wykonawców na kilkanaście dni przed terminem składania ofert stanowi naruszenie zasady z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem zapoznanie się i przeanalizowanie w ramach tak ogromnego zamówienia, jak te objęte postępowaniem, co najmniej 559 pytań i odpowiedzi prowadzi do niemożności prawidłowego opracowania ofert.

Odwołujący wywiódł, że kluczowymi w ramach przedmiotowego postępowania są przede wszystkim kwestie związane z możliwością wykorzystania istniejącej infrastruktury teletechnicznej zlokalizowanej na obiektach dworcowych, co obiektywnie wpływa na wycenę oferty wykonawców. Dodatkowo wykonawcy ubiegający się o zamówienie nie mieli dostatecznych danych w zakresie:

- 1) możliwości wykorzystania wiat peronowych oraz konieczność ich modyfikacji (podwyższenia) oraz maksymalnego obciążenia konstrukcji,
- 2) doprecyzowania, jakie zamawiający posiada narzędzia i aplikacje wspierające zarządzanie terminalami CSDIP,
- 3) dysponowania przez zamawiającego dokumentacją inwentaryzacyjną przebiegu Kabla Szlakowego OTK i/lub danych jakie powinien przyjąć wykonawca w zakresie długości kabla jakie będzie trzeba wybudować w ramach zamówienia,
- 4) z jakiego materiału i jakie wymiary powinny mieć tablice informacyjne i pamiątkowe zgodnie z zapisem pkt 4.11.3.18 TOMU III SIWZ (OPZ),
- 5) wymagania dotyczące kontrolera systemu rozgłoszeniowego,



- 6) wymagań dotyczących rozmieszczenia szaf teletechnicznych,
- 7) konieczność dostarczenia i zabudowy dla każdego z obiektów obsługi pasażerskiej lokalnego stanowiska zarządzania dla CSDIP.

Odwołujący argumentował, że złożenie przez zamawiającego wyjaśnień do treści SIWZ, zawierających nowe informacje, które uprzednio nie zostały zawarte w dokumentacji postępowania przetargowego prowadzą w konsekwencji do konieczności zmiany kalkulacji oferty wykonawcy. Wskazywał, że na etapie wyceny wykonawcy nie są w dużej mierze w stanie określić zakresu robót bez dokumentacji, o którą zwracają się do zamawiającego, a którą ten posiada (vide odpowiedzi na pytania). Przeważająca część obiektów obsługi pasażerskiej zamawiającego uwzględniona w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia powinna posiadać dokumentację powykonawczą, sporządzoną na potrzeby dokonanej modernizacji. Z wizji lokalnych, co do poszczególnych obiektów obsługi pasażerskiej nie da się jednoznacznie określić, jaka została zabudowana infrastruktura podziemna, teletechniczna itp. Dokumentacja powykonawcza przedmiotowych obiektów pozwala wykonawcom szczegółowo i miarodajnie wycenić zakres robót. Zgodnie z przepisami ustawy - Prawo budowlane tj. art. 22 ust. 6 w zw. z art. 60, przez dokumentację powykonawczą należy rozumieć dokumentację budowy z naniesionymi zmianami dokonanymi w toku wykonywania robót oraz geodezyjnymi pomiarami powykonawczymi przez kierownika budowy, co następnie po zakończeniu budowy i oddaniu obiektu budowlanego do użytkowania, podlega przekazaniu przez inwestora na rzecz właściciela lub zarządcy danej nieruchomości. Właściciel ten lub zarządca są zobowiązani przechowywać dokumentację powykonawczą (wraz z pozostałymi dokumentami) przez cały okres istnienia obiektu budowlanego. W związku z powyższym niezrozumiałe jest dlaczego zamawiający nie udostępnił dokumentacji powykonawczej wykonawcom pomimo faktu, iż jest w jej posiadaniu i to pozwoliłoby wykonawcom doprecyzować zakres przedmiotu zamówienia oraz skalkulować ofertę zgodnie z wymaganiami zamawiającego.

Dodatkowo odwołujący podniósł, że w zakresie pytania numer 327 zamawiający nie wskazuje, że nie definiuje pojęcia „zakresu metropolitalnego lub regionalnego”, bo są to niby pojęcia powszechnie znane. Jednakże, z uwagi na wielość interpretacji tego pojęcia, wykonawcy nie wiedzą, co zamawiający uważa za powszechnie znane. W tym zakresie brak jest odpowiedzi na zadane pytanie. Również w zakresie pytania 551 zamawiający nie odpowiedział na nie prawidłowo. Wykonawca pytał o to, albowiem było to potrzebne w celu oszacowania oferty, zakresu i czasu prac. Brak było podstaw, aby zamawiający udzielił odpowiedzi na tak istotne zapytanie. Szczególnie, że posiada wiedzę w tym zakresie.

Dodatkowo na jakiej podstawie zamawiający przyjął kwotę przeznaczoną na realizację przedmiotowego zadania inwestycyjnego, jak nie na dokumentacji powykonawczej

lub inwentaryzacyjnej obiektów obsługi pasażerskiej? Odwołujący wskazał także, że zamówienie jest na dostawy, a nie w trybie zaprojektuj i wybuduj z art. 31 ust. 2 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu zarzutu VIII.4 odwołania odwołujący podniósł, że brak wyjaśnienia skrótu „CCDiP” prowadzi do rozbieżności w interpretowaniu zapisów SIWZ. Skrót ten nie widnieje nigdzie więcej niż w TOMie IV RCO cz. 2. Widniał on zarówno przed zmianą z 21 marca 2019 r., jak i widnieje po tej zmianie. Podstawa pytania się zatem nie zmieniła i udzielenie na nie odpowiedzi nie stało się bezprzedmiotowe. Co więcej, treść postanowienia jest tożsama. Jest to też element podlegający wycenie w ramach oferty. Wobec tego, zamawiający udzielając odpowiedzi na takie pytanie, powinien rzeczywiście na pytanie odpowiedzieć, czego jednak nie zrobił. Wskazanie, że zmieniono treść TOMu IV RCO cz. 2 w dniu 21 marca 2019 r. nie zmieniło stanu rzeczy, albowiem w aktualnej wersji wątpliwy skrót i wyrażenie nadal jest.

Odwołujący wskazał, że zamawiający mając na celu zachowanie zasady uczciwej konkurencji powinien w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń wyjaśnić skrót i rozwiązać wątpliwości wykonawców w zakresie jego interpretacji. Powinien też wyjaśnić wątpliwości objęte pytaniem. Bez tego, jak wykonawcy mają dokonać wyceny danej pozycji, skoro w zasadzie nie wiadomo czego ona dotyczy? Powyższa okoliczność może doprowadzić do sytuacji, w której to oferty przygotowane przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia mogą zostać odrzucone ze względu na błędnie przygotowaną ofertę związaną z niezrozumieniem przedmiotowego zwrotu. Odwołujący wskazał, że obowiązek udzielenia odpowiedzi na pytania do treści SIWZ wynika z samego faktu zadania pytania dotyczącego niejasnych treści SIWZ. Ratio legis art. 38 ust. 1 ustawy Pzp polega na uzyskaniu przez wykonawców pewności co do wymagań zawartych w SIWZ, w szczególności dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, i w konsekwencji umożliwienie podjęcia decyzji, czy są w stanie złożyć oferty niepodlegające odrzuceniu.

Obowiązkiem zamawiającego jest sprostowanie nieprawidłowo udzielonej odpowiedzi. Zaniechanie poprawienia odpowiedzi może skutkować złożeniem ofert kwalifikujących się do odrzucenia z uwagi na niezgodność z treścią SIWZ. Obowiązek odrzucenia ofert będzie aktualizował się, pomimo tego że zamawiający będzie miał świadomość, iż w rzeczywistości oferta dotyczy produktu jaki zamawiający chciałby nabyć. Poprawienie błędu opisanego w pytaniu będzie polegać na zamieszczeniu na stronie internetowej informacji o zaistniałej sytuacji wraz z prawidłową treścią odpowiedzi na pytania do SIWZ. Podstawą prawną jaka znajdzie zastosowanie jest art. 38 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp.

Analogiczna argumentacja jest w zakresie odpowiedzi na pytanie numer 226. W tym zakresie również zamawiający tylko wskazał, że zmodyfikował dokument, ale zakres pytania

oraz treść wobec której zadano pytanie, pozostała. Zamawiający nie odpowiedział, jak to postanowienie należy interpretować, jak też co istotniejsze „Czy Zamawiający w ten sposób informuje, że zakres przedmiotu zamówienia może się zmienić (np. ilość stacji) i że nie skutkuje to zmianą ceny za wykonanie?”

W uzasadnieniu zarzutu VIII.5 odwołania odwołujący podniósł, że 29 marca 2019 r. zamawiający opublikował m.in. odpowiedź na pytanie numer 332 o treści „*Zamawiający w punkcie 12.3 oraz 14.1.3 wymaga aby oferta, a także inne dokumenty były sporządzone w formacie PDF i podpisane formatem podpisu PAdES. Czy zamawiający dopuszcza by oferta sporządzona w ten sposób była podpisana zarówno podpisem odręcznym jak i podpisem elektronicznym w formacie PAdES?*” Zamawiający odpowiedział „*Zamawiając akceptuje sposób podpisania oferty podany przez Wykonawcę*”.

Odwołujący wywiódł, że w świetle wyroku KIO z 13 lutego 2019 r. (KIO 169/19) taka możliwość została uznana za niezgodną z art. 10 a ust. 5 ustawy Pzp. Wobec tego, odpowiedź zamawiającego i jego działanie jest niezgodne z ww. przepisem. Odwołujący nie mógł wcześniej zaskarżyć treści postanowień SIWZ, albowiem taka okoliczność nie wynikała z treści tych postanowień. Dlatego też zostało zadane pytanie. Na skutek tego pytania, zamawiający dokonał wykładni prawnokształtującej, która nie jest zgodna z przepisami PZP. Pierwotna treść dokumentacji postępowania nie wskazywała, że dopuszczalna jest taka forma sporządzenia oferty, jak ta zadana w pytaniu. Nie można zatem uznać, że zarzut ten jest zarzutem spóźnionym. Odwołujący podniósł, że wymóg, wynikający z art. 10 a ust. 5 ustawy Pzp dotyczy nie tyle samego przekazania (doręczenia) oferty w postaci elektronicznej, ale odnosi się do „sporządzenia” oferty w postaci elektronicznej. Odwołujący w celu uzasadnienia tego zarzutu powołuje się na argumentację przedstawioną w wyroku KIO w sprawie KIO 169/19. Wskazywał, że przepis art. 78<sup>1</sup> k.c. wyraźnie rozróżnia formę pisemną od formy elektronicznej, przy czym formy te nie są w pełni ekwiwalentne. Oznacza to, że sporządzenie dokumentu w formie pisemnej w sytuacji zastrzeżenia formy elektronicznej nie wywołuje tych samych skutków przewidzianych dla czynności prawnej. Przy czym dla zachowania formy elektronicznej niezbędne jest spełnienie dwóch przesłanek tj. złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej oraz opatrzenie składanego oświadczenia woli kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Siłą rzeczy zaś, aby złożyć podpis własnoręczny, nie da się sporządzić dokumentu w formie elektronicznej.

Przedmiotowa odpowiedź zamawiającego na wskazane pytanie może wprowadzić w błąd wykonawców, o dopuszczalności złożenia ofert w sposób opisany pytaniem i odpowiedzią, co jednak nie jest zgodne z przepisami Pzp. Zamawiający zaś nie jest uprawniony do dokonywania modyfikacji przepisów Pzp i ich wykładni. Tym samym, dana odpowiedź winna podlegać zmianie.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wskazał, że rozpoznawanie niektórych zarzutów stało się bezprzedmiotowe, na skutek dokonania modyfikacji SIWZ i odpowiedzi na pytania, a także przedłużenia terminu składania ofert zgodnie z żądaniem odwołującego. W pozostałym zakresie wniósł o odrzucenie, względnie o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy PKP Telkol sp. z o.o. w Warszawie, Aldesa Construcciones Polska sp. z o.o. w Warszawie, Maxto sp. z o.o. s.k.a. w Modlniczce, Kolejowe Zakłady Łączności sp. z o.o. w Bydgoszczy. Wnieśli o uwzględnienie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawili uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Odwołujący w trakcie rozprawy cofnął odwołanie w zakresie zarzutu VIII.5 odwołania.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), odpowiedzi na pytania dotyczące treści SIWZ, modyfikacje treści SIWZ, odwołanie, odpowiedź na odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska złożone przez strony i uczestników postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestników postępowania po stronie odwołującego wykonawców PKP Telkol sp. z o.o. w Warszawie, Aldesa Construcciones Polska sp. z o.o. w Warszawie, Maxto sp. z o.o. s.k.a. w Modlniczce, Kolejowe Zakłady Łączności sp. z o.o. w Bydgoszczy uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś przystępujący wykazali interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Na etapie udzielania przez zamawiającego w SIWZ odpowiedzi na pytanie dotyczące treści SIWZ udzielenie odpowiedzi w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący a

także nieprzedłużenie terminu składania ofert, uniemożliwia lub utrudnia wykonawcy złożenie oferty i uzyskanie zamówienia i godzi w interes wykonawcy w uzyskaniu danego zamówienia. Ponadto taki opis prowadzi do powstania szkody po stronie tego wykonawcy w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba, działając na podstawie art.187 ust. 8 w zw. z art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 10a ust. 5 w zw. z art. 38 ust. 2 ustawy Pzp (zarzut VIII.5 odwołania). W trakcie rozprawy w dniu 16 kwietnia 2019 r. odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie w tej części. Zgodnie z art. 187 ust. 8 ustawy Pzp, *odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze. W przywołanym przepisie ustawodawca przyznał odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wniosku a maiori ad minus, należy uznać, że odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość skutecznego cofnięcia odwołania w części. Odwołujący w trakcie rozprawy oświadczył, że nie popiera już tych zarzutów, wobec powyższego postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Dostrzec należy, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu części odwołania, czego skutkiem wynikającym wprost z art. 187 ust. 8 ustawy Pzp jest obowiązek umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanych zarzutów.*

Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zarzutu VIII.1, VIII.2, VIII. 4 (w zakresie dotyczącym odpowiedzi na pytanie nr 531), a także zarzutu dotyczącego odpowiedzi na pytanie nr 327 z powodu uwzględnienia ww. zarzutów przez zamawiającego.

Ustalono, że do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca. Ustalono także, że zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 15.04.2019 r. poinformował, że wykonał żądania odwołania związane w ww. zarzutami. Wskazał na modyfikacje SIWZ i modyfikacje odpowiedzi na pytania zawarte w pismach z dnia 5 kwietnia 2019 r. i 12 kwietnia 2019 r. Jednocześnie zamawiający oświadczył w odpowiedzi na odwołanie, że – jego zdaniem - w tej sytuacji rozpoznawanie odwołania w omawianej części jest bezprzedmiotowe. Co istotne, zamawiający nie wniósł o oddalenie odwołania w tej części. Odwołujący w trakcie rozprawy oświadczył, że stanowisko zamawiającego w przedmiocie ww. zarzutów należy rozumieć jako ich uwzględnienie, czemu zamawiający i przystępujący nie oponowali. Wskazać w tym miejscu należało, że ustawa Pzp nie zna instytucji umorzenia postępowania odwoławczego w całości lub w części z

powodu jego bezprzedmiotowości. Zarzuty niewycofanie i nieuwzględnione, muszą zostać rozpoznane, mając na względzie stan faktyczny istniejący na moment wyrokowania. Powyższe wynika z art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba wydając wyrok bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Wobec powyższego Izba stwierdziła, że stanowisko zamawiającego co do spornych zarzutów z odpowiedzi na odwołanie – w okolicznościach danej sprawy - należało zinterpretować jako uwzględnienie tych zarzutów odwołania. Zgodnie z art. 186 ust. 4a ustawy Pzp, *w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów w części, gdy po jego stronie do postępowania odwoławczego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów, Izba rozpoznaje odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów.*

Izba, działając na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 192 ust. 1, postanowiła odrzucić odwołanie w zakresie zarzutu opisanego w pkt VIII. 3 odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 w zw. z art. 38 ust. 2, 4 i 6 ustawy Pzp przez brak udostępniania dokumentacji w ramach postępowania, posiadanej przez zamawiającego, co ma istotny wpływ na proces sporządzania oferty, w tym jej szacowanie tj. w zakresie odpowiedzi na pytania numer: 2, 15, 28, 29, 30, 34, 41, 52, 85, 101, 419, 421, 422, 466, 482, 485, 486, 509, 551.

W trakcie rozprawy odwołujący zmodyfikował żądanie towarzyszące temu zarzutowi. Sprecyzował, że ostatecznie domaga się nakazania zamawiającemu uzupełnienia treści SIWZ o dokumenty, co do których zamawiający przyznał w odpowiedziach na pytania, że jest w ich posiadaniu.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie i w trakcie rozprawy, że odwołanie w tym zakresie należało uznać za spóźnione.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, *Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.* Stosownie natomiast do art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, *odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.*

Nie było sporne między stronami, że zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, zaś wartość zamówienia przewyższa kwoty, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Izba ustaliła ponadto, że zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej

w dniu 21 stycznia 2019 r. W tej sytuacji termin na wniesienie odwołania wobec treści SIWZ upłynął odwołującemu w dniu 31 stycznia 2019 r., tymczasem sporny zarzut odwołujący podniósł w odwołaniu wniesionym do Prezesa Izby w dniu 4 kwietnia 2019 r.

Nie podzielono stanowiska odwołującego i przystępujących po jego stronie, jakoby o okolicznościach faktycznych stanowiących podstawę wniesionego zarzutu odwołujący powziął informację dopiero w dniu 27 i 29 marca 2019 r. kiedy to zamawiający – w przywołanych odpowiedziach na pytania - miał odmówić udostępnienia jako części SIWZ dokumentacji wnioskowanej przez wykonawców.

Wzięto pod uwagę, że o tym, iż zamawiający nie udostępnia wykonawcom jako części treści SIWZ dokumentacji, o której mowa w przywołanych pytaniach, wykonawcy wiedzieli od dnia 21 stycznia 2019 r., to jest od dnia publikacji postanowień SIWZ na stronie internetowej. Na uwagę zasługiwał fakt, że już w pierwotnej treści tomu III SIWZ (OPZ) znajdowały się następujące postanowienia:

*Pkt 2.2.1 Ryzyko realizacji Zamówienia*

*1. Ryzyko związane z realizacją Zamówienia:*

*1) Konieczność pozyskania pełnych danych od Zamawiającego, stanowiących niejednokrotnie tajemnicę przedsiębiorcy. (...)*

*3. Ryzyko realizacji Zamówienia zostanie uwzględnione w ofercie.*

*Pkt 2.2.3. Opis stanu istniejącego*

*6. Dla każdego obiektu objętego przedmiotem zamówienia Wykonawca powinien założyć konieczność wykonania:*

- 1) inwentaryzacji obiektu, ze szczególnym uwzględnieniem stanu zabudowy teletechnicznej i sprawdzenia warunków przyłączenia do światłowodowej sieci szlakowej (pozyskania Warunków Technicznych z biura merytorycznego Zamawiającego - właściwego dla Automatyki i Telekomunikacji),*
- 2) prac adaptacyjnych w zakresie posadowienia elementów konstrukcji wsporczych (m.in. prefabrykowanych elementów fundamentowych, dodanie słupów, zawiesi itp.),*
- 3) budowy przyłączy (odgałęzień) od światłowodowych Lokalnych Kabli Szlakowych OTK do projektowanych obiektowych szaf dostępowych,*
- 4) udrożnienia i odbudowy istniejącej kanalizacji teletechnicznej (głównie dla obiektów modernizowanych przed rokiem 2015),*
- 5) budowy lub rozbudowy kanalizacji teletechnicznej w przypadku jej braku lub degradacji (głównie dla obiektów modernizowanych przed rokiem 2015).*

*Pkt 3.3. Etapy realizacji przedmiotu zamówienia*

*(...)*

### *3.3.2 Analiza stanu istniejącego infrastruktury - wizje lokalne*

- 1. Pozyskanie: wywiadów branżowych warunków technicznych, projektów powykonawczych, pozwoleń i uzgodnień, będących podstawą do sporządzenia koncepcji realizacji projektu o którym mowa w pkt 3.3.4 i dokumentacji projektowej – w stosunku do organów administracyjnych i jednostek organizacyjnych Zamawiającego leży po stronie Wykonawcy.*
- 2. Wykonawca zgromadzi dostępne dokumenty, wykona wizje lokalne i przeanalizuje na ich podstawie stan infrastruktury oraz przedstawi wyniki i wnioski z tej analizy (...).*
- 3. Wykonawca na swój koszt uzupełni dane określone powyżej, jeżeli realizacja projektu będzie tego wymagała.*
- 4. Wykonawca sporządzi szczegółowy opis rozpoznania w terenie, zestawienie podstawowych danych technicznych i dokumentację fotograficzną najważniejszych elementów analizowanej infrastruktury.*
- 5. Rozpoznanie będzie dotyczyło wszystkich wyżej wymienionych elementów infrastruktury. W trakcie wizji lokalnej Wykonawca jest zobowiązany do dokonania przeglądu poszczególnych elementów infrastruktury.*
- 6. Dane z rozpoznania zostaną zebrane i przedstawione w formie tabelarycznej i graficznej.*

### *Pkt 3.3.5 Dostępne dane*

- 1. W ramach realizacji zamówienia Wykonawca zobowiązany jest do pozyskania we własnym zakresie i na własny koszt wszelkich danych (materiałów), niezbędnych do zrealizowania pełnego zakresu prac w określonym niniejszą specyfikacją terminie. Tymi materiałami mogą być, m.in.: warunki techniczne, projekty wykonawcze i dokumentacje powykonawcze obiektów objętych Przedmiotem Zamówienia.*
- 2. Niektóre dane branżowe będą możliwe do pozyskania od Zamawiającego.*
- 4. Zamawiający udzieli Wykonawcy pomocy w uzyskaniu powyższych materiałów źródłowych w następujący sposób:*
  - 1) ustali jedną osobę ze strony Zamawiającego odpowiedzialną za koordynację dostarczania Wykonawcy wewnętrznych danych, będących w wyłącznej dyspozycji Zamawiającego, w zakresie niezbędnym do realizacji zadania. Zamawiający udostępni powyższe dane na wniosek Wykonawcy, o ile nie będzie to naruszało interesów Zamawiającego;*
  - 2) wystawi oświadczenia umożliwiające wystąpienie do innych Spółek Grupy PKP, jak i podmiotów spoza Grupy PKP.*
- 5. Wykonawca powinien wziąć pod uwagę ryzyko, że zarówno spółki Grupy PKP, jak i podmioty spoza Grupy PKP, będąc autonomicznymi podmiotami gospodarczymi niezależnymi od Zamawiającego oraz chroniąc pewne obszary swoich interesów,*



*mogą nie udostępnić w części lub całości danych, o które Wykonawca wystąpi. Wobec powyższego w takich sytuacjach, Wykonawca we własnym zakresie dokona rozpoznania i zdefiniowania problemów, zestawienia niezbędnych danych i materiałów.*

6. *Wszelkie dane pozyskane przez Wykonawcę powinny podlegać jego ocenie w zakresie wiarygodności, kompletności oraz aktualności, a wszelkie braki w tym zakresie muszą być przedmiotem analizy, komentarza i wdrożenia przez Wykonawcę środków zaradczych (między innymi przez pomiary aktualizacyjne, badania lub wizje lokalne).*

Analiza przywołanych postanowień OPZ prowadziła do wniosku, że od samego początku przedmiotem zamówienia było opracowanie koncepcji realizacji zamówienia na podstawie dokumentacji, którą wykonawca będzie zdobywał na etapie realizacji zamówienia, przy wsparciu zamawiającego. Co więcej zamawiający przesądził, że przerzuca na wykonawców ryzyko pozyskania dokumentacji od zamawiającego, w tym również takiej, która stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Wskazał, że takie ryzyko powinno być uwzględnione w cenie ofertowej. Jednocześnie, konsekwentnie zamawiający nie zamieścił na stronie internetowej w dacie 21 stycznia 2019 r. dokumentów, o których uzupełnienie obecnie wnosi odwołujący.

W tej sytuacji odwołujący, jeśli nie zgadzał się z takim sposobem opisanego przez zamawiającego przedmiotu zamówienia miał prawo wniesienia odwołania wobec treści SIWZ w terminie wynikającym z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Odwołujący nie może utrzymywać, że dopiero w wyniku analizy odpowiedzi na pytania pozyskał informację o nieudostępnieniu na etapie ofertowania dokumentacji będącej w posiadaniu zamawiającego. Skoro dokumentacja zgodnie z SIWZ miała być pozyskiwana przez wykonawcę dopiero na etapie realizacji zamówienia, to logicznym jest, że zamawiający nie przewidywał jej udostępnienia wcześniej, na etapie ofertowania.

Okoliczność, że wykonawcy już na tle pierwotnej treści SIWZ doskonale zdawali sobie sprawę z faktu istnienia dokumentacji i jej nieudostępnienia na etapie ofertowania wynikała choćby z treści zadawanych pytań. Przykładowo można wskazać na treść pytanie nr 2 które brzmiało: „Zgodnie z OPZ pkt 2.2.3.1 zamawiający wybrał do niniejszego postępowania obiekty obsługi pasażerskiej ze względu na gotowość technologiczną do zabudowy systemami CSDIP oraz SMW remontowanych od 2015 r. Wynika z tego, iż zamawiający posiada aktualną dokumentację powykonawczą do tych obiektów. Prosimy o udostępnienie przez zamawiającego posiadanej aktualnej dokumentacji powykonawczej, która potrzebna jest do analizy, przygotowania ofert oraz dokładnego przeprowadzenia wizji lokalnych”. Na tak zadane pytanie zamawiający konsekwentnie udzielił odpowiedzi, że nie

udostępnia dokumentacji powykonawczej i że zapewni wykonawcy posiadaną dokumentację po zawarciu umowy. Można przywołać też pytanie nr 29 i odpowiedź na nie. *„Czy zamawiający mógłby w zakresie pkt 2.2.3. ppkt 6 , 4 tomu II SIWZ (OPZ) udostępnić wykonawcy informację o stanie kanalizacji kablowej / teletechnicznej na poszczególnych obiektach objętych przedmiotem zamówienia. Prosimy o uzupełnienie dokumentacji w tym zakresie”*. Również i w tym zakresie zamawiający nie przychylił się do wniosku o uzupełnienie dokumentacji. Zamawiający nie przychylił się także do prośby wyrażonej przykładowo w pytaniu nr 85 o treści: *„prosimy o zamieszczenie na stronie postępowania dla każdego z obiektów obsługi pasażerskiej map geodezyjnych z naniesioną infrastrukturą”*.

Zadawane pytania świadczyły o tym, że wykonawcy doskonale zdawali sobie sprawę z tego, że SIWZ opublikowana w dniu 21 stycznia 2019 r. nie zawiera wnioskowanej przez nich dokumentacji i prosili zamawiającego o jej uzupełnienie. Jeśli wykonawca nie odnajduje w treści SIWZ informacji, które w jego ocenie są istotne w celu przygotowania oferty, to powinien skorzystać ze środków ochrony prawnej wobec zaniechania udostępnienia takich danych. Sytuacja, w której zamawiający nie uwzględnia prośby o uzupełnienie dokumentacji nie stanowi żadnej nowej okoliczności, która uzasadniałaby liczenie terminu do wniesienia odwołania wobec niekompletności dokumentacji dopiero od dnia uzyskania odpowiedzi na prośbę. Stan zarzucany w odwołaniu, w postaci zaniechania udostępnienia na stronie wnioskowanej dokumentacji wynikał z pierwotnej treści SIWZ i był wynikiem przyjęcia takiej a nie innej koncepcji opisu przedmiotu zamówienia, znanej wykonawcom od dnia 21 stycznia 2019 r. Wobec powyższego Izba postanowiła odrzucić odwołanie w ww. zakresie jako spóźnione. Podzielono w tym zakresie poglądy prawne wyrażone przez Izbę w orzeczeniach wskazanych w odpowiedzi na odwołanie, które wydano w analogicznych okolicznościach faktycznych.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego i częściowym odrzuceniu odwołania musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu.

Co do konieczności zamieszczenia w sentencji wyroku informacji o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego podzielono także stanowisko opisane szeroko, interesująco i wyczerpująco w wyroku KIO z 24 września 2018 r. sygn. akt KIO 1817/18.

Za chybiony uznano zarzut opisany w pkt VIII. 4 odwołania, w części dotyczącej odpowiedzi na pytanie nr 226.

Odwołujący podniósł w odwołaniu, że zamawiający zaniechał udzielenia poprawnej odpowiedzi na pytanie numer 226. Wywiódł, że w odpowiedzi tej *zamawiający wskazał, że dokonał modyfikacji RCO w dniu 21 marca 2019 r., mimo iż kwestie zawarte w pytaniu nie były przedmiotem tej modyfikacji, a mimo zmiany RCO, nadal niewyjaśnione postanowienia są w nim zawarte. Poprzez brak wyjaśnień, mimo zadanego pytania, brak możliwości skonstruowania oferty należyście, skoro nie wiadomo co poprzez ww. wyrażenie Zamawiający rozumie, co nie kwalifikuje tej odpowiedzi, jako poprawnie udzielonej.*

Zamawiający w pkt 36 odpowiedzi na odwołanie wskazał, że nie może odnieść się do zarzutu, gdyż przytoczona w odwołaniu argumentacja nie odpowiada stanowi faktycznemu związanemu z pytaniem nr 226. Zamawiający zwrócił uwagę, że odpowiedź na pytanie nr 226 ta nie dotyczyła bowiem żadnej modyfikacji SIWZ. Wskazał, że odpowiedź na pytanie nr 226 brzmiała „patrz odpowiedź na pytanie nr 225”. Z kolei w odpowiedzi na pytanie nr 225 również nie zamieszczono żadnej wzmianki o modyfikacji treści SIWZ. Wobec tego zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w tej części.

Izba ustaliła, że pytanie nr 226 brzmiało: *„dotyczy OPZ pkt 6.2. ppkt 12. Prosimy o wyjaśnienie sposobu postępowania w przypadku jeśli przedstawiciele zamawiającego, pomimo przeszkolenia, podczas wykonywania naprawy spowodują kolejną usterkę”*. Na tak postawione pytanie zamawiający udzielił odpowiedzi: *„patrz odpowiedź na pytanie nr 225”*. Z kolei w odpowiedzi na pytanie nr 225 zamawiający wskazał: *„szkolenie musi być realizowane w taki sposób i w takim zakresie, aby personel Zamawiającego był w stanie przeprowadzić skuteczne naprawy. W wyjątkowych sytuacjach dopuszcza się wsparcie wykonawcy w zakresie prowadzonej naprawy.”*

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że rzeczywiście udzielona przez zamawiającego odpowiedź na pytanie nr 226 nie odnosiła się do modyfikacji RCO z dnia 21 marca 2019 r. Zarzut opisany przez odwołującego nie był zatem związany z tym pytaniem, co przesądzało o konieczności oddalenia zarzutu. Izba wzięła pod uwagę, że odwołujący w trakcie rozprawy oświadczył, że dopuścił się omyłki w treści odwołania. Wskazał, że miał na myśli odpowiedź na pytanie nr 266. Pomimo to nie wycofał jednak odwołania w zakresie zarzutu dotyczącego odpowiedzi na pytanie nr 226, wobec czego Izba zmuszona była zarzut rozpoznać, uznać za chybiony i oddalić odwołanie w tej części.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że nie mogła rozpoznać zarzutu dotyczącego odpowiedzi na pytanie nr 266. Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, *Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.* Oświadczenie odwołującego

przedstawione na rozprawie należało potraktować jako zgłoszenie nowego zarzutu, który jednak nie został podniesiony w treści odwołania. Wobec powyższego postanowiono pozostawić bez rozpoznania zarzut dotyczący odpowiedzi na pytanie nr 266.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 4 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia części odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 1, 2, 3, 5 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło odpowiednio umorzenia części postępowania odwoławczego, odrzucenia części odwołania i kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 4 sentencji) i formalnym (pkt 1, 2, 3, 5 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W rozpatrywanej sprawie nie stwierdzono żadnego naruszenia przepisów ustawy Pzp.

W konsekwencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1-5 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Stosownie zaś do art. 186 ust. 6 pkt 4 ustawy Pzp, *koszty postępowania odwoławczego w okolicznościach, o których mowa w ust. 4a, ponosi:*

- a) *odwołujący, jeżeli odwołanie, w części zarzutów, których zamawiający nie uwzględnił zostało oddalone przez Izbę,*
- b) *zamawiający, jeżeli odwołanie, w części zarzutów, których zamawiający nie uwzględnił, zostało uwzględnione przez Izbę.*

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*” Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

W niniejszej sprawie odpowiedzialność za wynik postępowania odwoławczego ponosił odwołujący. Odwołanie w części zarzutów, których zamawiający nie uwzględnił, zostało częściowo odrzucone i częściowo oddalone. Kosztami postępowania obciążono zatem odwołującego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10, art. 186 ust. 6 pkt 4 lit. a) ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący:** .....