

**WYROK**

**z dnia 19 czerwca 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska**

**Protokolant: Edyta Paziewska**

po rozP. na rozprawie w dniach: 12 oraz 14 czerwca 2017 r. w W. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 maja 2017 r. przez **wykonawcę: T.P. S.A. z siedzibą w W.** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: P.P.L.K. S. A. z siedzibą w W.**

przy udziale **wykonawcy T. S. A. z siedzibą w P.** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

przy udziale **wykonawcy N. S. A. z siedzibą w S.** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie**

**2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę T.P. S.A. z siedzibą w W. i:**

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę T.P. S.A. z siedzibą w W.** tytułem wpisu od odwołania;
- 2) zasądza od **wykonawcy: T.P. S.A. z siedzibą w W.** kwotę **3 600 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz **Zamawiającego: P.P.L.K. S. A. z siedzibą w W.** stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. z 2015 r., poz. (...) z późn. 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 – P.P.L.K. S. A. z siedzibą w W. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. z 2015 r., poz. (...)) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia *na zaprojektowanie i wykonanie robót w ramach projektu Prace na linii kolejowej nr (...) na odcinku S.-E.*

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

Wykonawca - T.P. S.A. z siedzibą w W. (zwany dalej „*Odwołującym*”) w dniu 29 maja 2017 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z uwagi na niezgodność treści oferty z SIWZ, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo braku podstaw faktycznych i prawnych do przypisania ofercie niezgodności z treścią SIWZ, art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez brak uzasadnienia faktycznego i prawnego dla czynności odrzucenia oferty Odwołującego, art 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zwrócenia się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji. W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, uwzględnieniem oferty Odwołującego w toku dalszego postępowania, w tym dokonanie jej oceny w ramach przewidzianych kryteriów oceny ofert, ewentualnie: nakazanie Zamawiający wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust 1 ustawy Pzp, obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa prawnego.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy T.P. S.A. z siedzibą w W. jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu..

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 30 maja 2017 r.

Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili przystąpienie następujący wykonawcy:

- T. S. A. z siedzibą w P. zgłaszający przystąpienie po stronie Zamawiającego,
- N. S. A. z siedzibą w S. zgłaszający przystąpienie po stronie Zamawiającego.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpień do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawców: T. S. A. z siedzibą w P. oraz N. S. A. z siedzibą w S. (zwanym dalej odpowiednio: „Przystępującym T.” oraz „Przystępującym N.”).

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Przedmiotem zamówienia jest: *„Zaprojektowanie i wykonanie robót w ramach projektu Prace na linii kolejowej nr (...) na odcinku S.-E.”*

*/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 1/.*

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również: „SIWZ”) zawierała m. in. następujące postanowienia:

Zgodnie z SubKLAUZULĄ 5.2 DOKUMENTY WYKONAWCY: Na Dokumenty Wykonawcy będą składały się: dokumenty techniczne wyszczególnione w wymaganiach Zamawiającego, dokumenty, niezbędne do ustanawiania ograniczonych praw rzeczowych na nieruchomościach nie będących własnością Zamawiającego, dokumenty pozwalające uzyskać wszystkie wymagane przepisami zatwierdzenia, w tym niezbędne uzgodnienia, decyzje lokalizacyjne, pozwolenia na budowę oraz dokumenty opisane w SubKLAUZULI 5.6 i w SubKLAUZULI 5.7 Warunków Szczególnych. (...) Jeżeli w Wymaganiach Zamawiającego

nie podano inaczej, to żaden okres przeglądu nie przekroczy 21 dni, licząc od dnia, kiedy Inżynier otrzyma dany Dokument Wykonawcy i powiadomienie Wykonawcy. (...) b) realizacja takiej części Robót, nie rozpocznie się przed upływem okresów przeglądu wszystkich Dokumentów Wykonawcy, które odnoszą się do jej projektowania i realizacji....

*/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, Warunki Umowy, str.51/104/.*

Zgodnie z pkt 3.3.3 PFU: „W przypadku realizacji robót budowlanych wymagających PnB, w razie konieczności, Wykonawca zobowiązany jest w ramach realizacji zamówienia pozyskać decyzję o ustaleniu lokalizacji linii kolejowej i/lub decyzję o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego. Wykonawca opracuje (we współpracy z Zamawiającym) wnioski wraz z niezbędnymi załącznikami o wydanie: decyzji o ustaleniu lokalizacji linii kolejowej i/lub decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego. (...) Po opracowaniu wniosków (wraz z załącznikami) Wykonawca przekaże Zamawiającemu opracowane, kompletne materiały celem akceptacji.

*/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, Program Funkcjonalno-Użytkowy, str. 74/211/.*

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że w niniejszym postępowaniu m. in. oferty złożyli następujący wykonawcy:

1. T.P. S.A. z siedzibą w W.,
2. T. S. A. z siedzibą w P.,
3. N. S. A. z siedzibą w S..

*/dokumentacja postępowania: Zawiadomienie o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 18 maja 2017 r. /.*

Zamawiający w dniu 24 kwietnia 2017 r. wystąpił do Odwołującego o wyjaśnienie sposobu oferowanego skrócenia Etapu 3 realizacji przedmiotowego zadania.

*/dokumentacja postępowania: Wezwanie Zamawiającego z dnia 24 kwietnia 2017 r./.*

Odwołujący w dniu 28 kwietnia 2017 r. udzielił Zamawiającemu wyjaśnień w niniejszej sprawie. Niniejsze wyjaśnienia zostały przez Odwołującego zastrzeżone jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

*/dokumentacja postępowania: Odpowiedź Odwołującego z dnia 28 kwietnia 2017 r. zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa/.*

Zamawiający w dniu 18 maja 2017 r. odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

*/dokumentacja postępowania: Zawiadomienie o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 18 maja 2017 r., uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego zastrzeżono jako tajemnicę przedsiębiorstwa/.*

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawca: T.P. S.A. z siedzibą w W. wniósł odwołanie w dniu 29 maja 2017 r.

*/dokumentacja postępowania: Odwołanie wykonawcy T.P. S.A. z siedzibą w W. z dnia 29 maja 2017 r. /.*

Izba ustaliła również że Zamawiający pismem z dnia 12 czerwca 2017 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

*/dokumentacja postępowania: Odpowiedź na odwołanie z dnia 12 czerwca 2017 r., odpowiedź na odwołanie częściowo zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa/.*

#### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba - oceniając zarzut dotyczący odrzucenia oferty wykonawcy T.P. S.A. z siedzibą w W. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z uwagi na niezgodność oferty Odwołującego z treścią SIWZ - uznała, że zarzut ten nie potwierdził się w zebranych przez Izbę materiale dowodowym. Izba wzięła pod uwagę następujące okoliczności faktyczne i prawne:

Odwołujący zaoferował realizację zamówienia na warunkach nieodpowiadających wymaganiom określonym w SIWZ. Niezgodność treści oferty Odwołującego miała dotyczyć postanowień SIWZ: Subklauzula 5.2 DOKUMENTY WYKONAWCY: „Na Dokumenty Wykonawcy będą składały się: dokumenty techniczne wyszczególnione w wymaganiach Zamawiającego, dokumenty, niezbędne do ustanawiania ograniczonych praw rzeczowych na nieruchomościach nie będących własnością Zamawiającego, dokumenty pozwalające uzyskać wszystkie wymagane przepisami zatwierdzenia, w tym niezbędne uzgodnienia, decyzje lokalizacyjne, pozwolenia na budowę oraz dokumenty opisane w Subklauzuli 5.6 i w Subklauzuli 5.7 Warunków Szczególnych. (...) Jeżeli w Wymaganiach Zamawiającego nie

podano inaczej, to żaden okres przeglądu nie przekroczy 21 dni, licząc od dnia, kiedy Inżynier otrzyma dany Dokument Wykonawcy i powiadomienie Wykonawcy. (...) b) realizacja takiej części Robót, nie rozpocznie się przed upływem okresów przeglądu wszystkich Dokumentów Wykonawcy, które odnoszą się do jej projektowania i realizacji...". Ponadto zgodnie z pkt 3.3.3 PFU: „W przypadku realizacji robót budowlanych wymagających PnB, w razie konieczności, Wykonawca zobowiązany jest w ramach realizacji zamówienia pozyskać decyzję o ustaleniu lokalizacji linii kolejowej i/lub decyzję o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego. Wykonawca opracuje (we współpracy z Zamawiającym) wnioski wraz z niezbędnymi załącznikami o wydanie: decyzji o ustaleniu lokalizacji linii kolejowej i/lub decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego. (...) Po opracowaniu wniosków (wraz z załącznikami) Wykonawca prześle Zamawiającemu opracowane, kompletne materiały celem akceptacji."

Zatem na potrzeby przedmiotowego zamówienia Zamawiający przewidział, że żaden okres przeglądu nie przekroczy 21 dni, licząc od dnia, kiedy Inżynier otrzyma dany Dokument Wykonawcy i powiadomienia Wykonawcy - Subklauzula 5.2. Warunków Kontraktu. Działanie Odwołującego sprowadzało się do skrócenia etapu 3 i 4, jednocześnie skracając terminy przewidziane dla Zamawiającego (np. Odwołujący narzucił Zamawiającemu 7 dni na sprawdzenie wniosku).

Izba zgodziła się z Odwołującym, że niektóre czynności mogą być wykonane przez wykonawcę przed podpisaniem umowy, ale niewątpliwie jak wskazał Zamawiający większość czynności musi być wykonana po podpisaniu kontraktu, zatem istotnym – w tym przypadku - jest data rozpoczęcia umowy. Zauważenia również wymaga, że koniecznym jest również współdziałanie wykonawcy z Zamawiającym, czego nie można pominąć rozstrzygając niniejszy spór.

Nie można zgodzić się z Odwołującym, że skrócenie tych etapów nie odnosi się do merytorycznej części oferty (jej treści), skoro etapy – które zostały skrócone przez wykonawcę stanowiły pozacenowe kryteria oceny ofert i niewątpliwie odnosiły się do warunków realizacji. Izba nie zgodziła się z Odwołującym, że niniejsze naruszenia warunków kontraktu nie dotyczyły treści oferty (jej merytorycznej części oferty). Zgodzić należało się z Zamawiającym, że naruszenie warunków kontraktu mogło prowadzić do manipulacji przyznawaną punktacją (w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert).

Zgodzić należało się z Zamawiającym i Przystępującym T., że Zamawiający miał prawo wystąpić do Odwołującego o wyjaśnienia, co Zamawiający uczynił wezwaniem z dnia 24 kwietnia 2017 r.

Izba nie dopatrzyła się w działaniach Zamawiającego złamania zasady równości, Zamawiający wyjaśnił na rozprawie w jakich okolicznościach występował do wykonawców o wyjaśnienia. Kluczem do wzywania wykonawców o wyjaśnienia była okoliczność skrócenia etapu 3 i niezależnie etapu 4 w stosunku do ofert wszystkich wykonawców.

Trudno też zarzucić Zamawiającemu, że powinien powyższą kwestię wyjaśniać po raz kolejny, skoro występował o wyjaśnienia do Odwołującego. Zamawiający nie wzywał ponownie o wyjaśnienia Odwołującego, gdyż złożone wyjaśnienia były dla Zamawiającego jasne, czytelne a złożone wyjaśnienia Odwołującego – w zakresie skrócenia terminu etapu 3 - potwierdziły obawy Zamawiającego, a wykonawca poczynił błąd w samych założeniach, interpretacji postanowień SIWZ.

Zgodzić należało się z Przystępującym T., że wykonawca zobowiązany był do przestrzegania regulacji Zamawiającego zawartych na stronie internetowej Zamawiającego, do czego Odwołujący się nie zastosował w niniejszym postępowaniu.

Izba nie zgodziła się z Odwołującym co do naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp – t.j. braku uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego. W piśmie z dnia 18 maja 2017 r. znajduje się uzasadnienie prawne odrzucenia oferty Odwołującego jak również znajduje się uzasadnienie faktyczne, które w precyzyjny sposób wskazuje na intencje Zamawiającego. Odnosząc się do przywołanych przez Zamawiającego dodatkowych postanowień SIWZ wskazane postanowienia potwierdzają właściwość decyzji Zamawiającego wyrażonej w piśmie z dnia 18 maja 2017 r. W ocenie Izby przedstawiona przez Zamawiającego argumentacja mieści się w podstawie faktycznej odrzucenia, Zamawiający nie wyszedł poza jej granice, wskazał jedynie na postanowienia, które potwierdzają właściwość i prawidłowość jego decyzji oraz przytoczonej argumentacji w podstawie odrzucenia z dnia 18 maja 2017 r. Zgodzić należało się z Zamawiającym i Przystępującymi, że do oceny zgodności treści oferty z SIWZ należy brać pod uwagę całość, wszystkie postanowienia specyfikacji, a regulacje wskazane przez Zamawiającego nie mogą być odczytywane fragmentarycznie. Co do złożonego przez Odwołującego materiału dowodowego Izba zgodziła się, że mają one charakter niekompletny, dlatego też nie mogą – w tej sprawie – być brane pod uwagę przez Izbę. Co do złożonych dowodów - protokołów tj. 71B/2015 zgodzić należało się z Zamawiającym, że



dotyczą one tylko fragmentu odcinka jednej branży oraz istniejącej już dokumentacji projektowej, co do protokołu z dn. 24 marca 2017 r. w zał. nr 2 zostało wskazane szereg wad. W przypadku protokołu nr 8 dotyczył on tylko projektu wykonawczego, analogicznie protokół nr 67/2014. Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza nie brała pod uwagę ww. dowodów złożonych w tej sprawie.

Wobec tak zaistniałego stanu faktycznego Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła podstaw do uwzględnienia niniejszego odwołania. W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem, odwołanie podlega oddaleniu.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba w punkcie 1 sentencji orzekła w formie wyroku, oddalając odwołanie. W punkcie 2 sentencji Izba orzekła o kosztach na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, zaś zgodnie z § 3 pkt 1 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. Nr 41, poz. 238), Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł.

**Przewodniczący:**

.....