

WYROK
z dnia 24 listopada 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński
Paweł Trojan
Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 listopada 2017 r. i w dniu 23 listopada 2017 r.
odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

1. w dniu 3 listopada 2017 r. przez Odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających
się o udzielenie zamówienia Comp Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie i Alma Spółka Akcyjna z siedzibą w
Poznaniu

(KIO 2326/17),

2. w dniu 4 listopada 2017 r. przez Odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających
się o udzielenie zamówienia Fonbud Spółka Akcyjna Spółka Komandytowa z siedzibą we Wrocławiu, Atende
Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ICRAFT Co. Ltd.

z siedzibą w Seulu i TOB YKPKOM z siedzibą w Kijowie (KIO 2329/17),
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka
Akcyjna z siedzibą w Warszawie,

przy udziale:

- a) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Longside
Investments Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i Alcatel-Lucent Polska Spółka
z ograniczoną odpowiedzialnością zgłaszających przystąpienie do postępowania

1

-
- odwoławczego o sygn. akt: KIO 2326/17 oraz KIO 2329/17 po stronie Zamawiającego,
b) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Comp Spółka
Akcyjna z siedzibą w Warszawie i Alma Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu
zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO
2329/17 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala oba odwołania,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie
zamówienia: Comp Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie i Alma Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu i
wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie
zamówienia: Fonbud Spółka Akcyjna Spółka Komandytowa z siedzibą we Wrocławiu,
Atende Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ICRAFT Co. Ltd. z siedzibą w Seulu
i TOB YKPKOM z siedzibą w Kijowie i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr
(słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołujących,
w tym:
 - a. kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną
przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Comp Spółka Akcyjna z siedzibą w
Warszawie i Alma Spółka Akcyjna z siedzibą
w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania,
 - b. kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną
przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Fonbud Spółka Akcyjna Spółka
Komandytowa z siedzibą we Wrocławiu, Atende Spółka
Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ICRAFT Co. Ltd. z siedzibą w Seulu i TOB
YKPKOM z siedzibą w Kijowie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza kwotę 7 200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero

groszy) od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:
Comp Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie i Alma Spółka Akcyjna z siedzibą
w Poznaniu i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:
Fonbud Spółka Akcyjna Spółka Komandytowa z siedzibą we Wrocławiu, Atende
Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ICRAFT Co. Ltd. z siedzibą w Seulu i TOB YKPKOM z siedzibą w

Kijowie

na rzecz PKP Polskie Linie

Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w tym:

- a. kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)
od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Comp 2

Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie i Alma Spółka Akcyjna z siedzibą
w Poznaniu na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą
w Warszawie stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika
(KIO 2326/17),

- b. kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)
od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Fonbud Spółka Akcyjna
Spółka Komandytowa z siedzibą we Wrocławiu, Atende Spółka
Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ICRAFT Co. Ltd. z siedzibą w Seulu i TOB
YKPKOM z siedzibą w Kijowie na rzecz Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie
stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia
pełnomocnika (KIO 2329/17).

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

Przewodniczący.....

.....

.....

3

Sygn. akt: KIO 2326/17

Sygn. akt: KIO 2329/17

Uzasadnienie

PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna 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 Ustawą Pzp,
postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę infrastruktury systemu
ERTMS/GSM-R na liniach kolejowych PKP Polskie Linie Kolejowe S. A. w ramach
NPW ERTMS, znak sprawy 6060/ICZ4/08860/03374/15/P, 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 26 września 2015 r. pod nr 2015/S 187-340003.

W dniu 3 listopada 2017 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia:
Comp S.A. z siedzibą w Warszawie (Lider) i Alma S.A. z siedzibą w Poznaniu
(dalej „Odwołujący Comp S.A.”), wnieśli odwołanie (sygn. akt KIO 2326/17), w którym
zaskarżyli:

1. odrzucenie oferty Odwołującego Comp S.A. jako niezgodnej z treścią Specyfikacji
Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”),
2. zaniechanie poprawienia występującej w ofercie Odwołującego Comp S.A. innej
omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian
w treści oferty,
3. udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

Zaskarżonym działaniom i zaniechaniom Odwołujący Comp S.A. zarzucił naruszenie:

1. art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie poprawienia występującej w ofercie Odwołującego Comp S.A. innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty,

4

-
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego Comp S.A. pomimo, że jej treść odpowiada treści SIWZ;
 3. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy) oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Ustawy Pzp.

Odwołujący Comp S.A. wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. dokonania powtórnej czynności badania i oceny z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
3. dokonanie poprawienia omyłki występującej w ofercie Odwołującego Comp S.A. poprzez zastąpienie w pkt 8 formularza ofertowego dotyczącym deklarowanego przez wykonawcę skrócenia terminu realizacji zamówienia dla części II frazy „12 miesięcy” frazą „3 miesiące” oraz w załączniku nr 2 rubryka Czas na Ukończenie, 1.1.3.3 subklauzule Warunków Ogólnych i Szczególnych Umowy frazy „53 miesiące” frazą „62 miesięcy”.

W dniu 4 listopada 2017 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Fonbud S.A. Sp. K. z siedzibą we Wrocławiu (Lider), Atende S.A. z siedzibą w Warszawie, ICRAFT Co. Ltd. z siedzibą w Seulu i TOB YKPKOM z siedzibą w Kijowie (dalej „Odwołujący Fonbud S.A. Sp. k.”), wnieśli odwołanie (KIO 2329/17), w którym zaskarżyli:

1. przeprowadzenie czynności oceny ofert w sposób niezgodny z SIWZ oraz wybór oferty najkorzystniejszej,
2. odrzucenie oferty Odwołującego,
3. zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień treści oferty,
4. zaniechanie ujawnienia dokumentów w postępowaniu, do ujawnienia których Zamawiający był zobowiązany.

5

Zaskarżonym działaniom i zaniechaniom Odwołujący Fonbud S.A. Sp. k. zarzucił naruszenie:

W odniesieniu do własnej oferty:

1. nieprawidłowe przyjęcie, że treść oferty Odwołującego Fonbud S.A. Sp. k. nie odpowiada treści SIWZ z uwagi na uznanie, że oferta przewiduje „zbyt małą ilość obiektów OR Zamawiającego adaptowanych do funkcji ORR” na liniach kolejowych nr 2, 3, 9 i 132, pomimo, że:
 - a) postanowienia SIWZ nie formułowały wymogu przedstawionego przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, co stanowi nieuprawnioną nadinterpretację dokonaną przez Zamawiającego,
 - b) ze złożonej przez Odwołującego oferty oraz wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie można wnioskować o braku uwzględnienia wymaganych SIWZ elementów przedmiotu zamówienia,
 - c) treść oferty Odwołującego Fonbud S.A. Sp. k. jest w całości zgodna z treścią SIWZ, - czym Zamawiający naruszył m.in. art. 7 ust. 1 ustawy PZP, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP, art. 38 ust. 1 i 4 ustawy PZP, art. 7 w zw. z art. 29 ust. 1 ustawy PZP,
2. nieprawidłowe przyjęcie, że oferta Odwołującego Fonbud S.A. Sp. k. jest niezgodna z SIWZ z uwagi na uznanie, że „sposób wykonania świadczenia wynikający z oferty Wykonawcy nie odpowiada wymogom oraz warunkom opisanych w OPZ a przyjęte na potrzeby sporządzenia oferty wartości nie spełniają oczekiwań wprost

- wyartykułowanych przez Zamawiającego w treści dokumentacji przetargowej oraz wyrażonych w udzielonych odpowiedziach na pytania wykonawców"- w odniesieniu do punktu 7.2.3.4. OPZ (Wzmacniacze optyczne), pomimo, że:
- a) ze złożonej przez Odwołującego Fonbud S.A. Sp. k. oferty nie można wnioskować o braku uwzględnienia wymaganych SIWZ (OPZ) elementów/parametrów przedmiotu zamówienia,
 - b) treść oferty Odwołującego Fonbud S.A. Sp. k. jest w całości zgodna z treścią SIWZ,
- czym Zamawiający naruszył m.in. art. 7 ust. 1 ustawy PZP, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP, art. 38 ust. 1 i 4 ustawy PZP, art. 7 w zw. 29 ust. 1 ustawy PZP,
3. odrzucenie oferty w oparciu o subiektywną i dowolną interpretację zapisów SIWZ dokonaną przez Zamawiającego we własnym zakresie po terminie składania oferty, podczas gdy ustawa nie przewiduje przesłanki odrzucenia oferty z powodu

6

niezgodności jej treści z wykładnią SIWZ czym Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 ustawy PZP, art. 7 ustawy PZP,

4. zaniechanie wezwania Odwołującego Fonbud S.A. Sp. k. do wyjaśnienia treści oferty, w związku z wątpliwościami po stronie Zamawiającego co do treści (zakresu) oferty, czym Zamawiający naruszył art. 87 ust. 1 ustawy

PZP,

W odniesieniu do oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Longside Investments Sp. z o.o. i (Lider) i Alcatel-Lucent Polska Sp. z o.o. (dalej: Przystępujący Longside):

1. zaniechanie odrzucenia oferty w/w wykonawcy z uwagi na niezgodność oferty z SIWZ polegającej na braku uwzględnienia w ofercie wymaganych elementów przedmiotu Zamówienia, czym Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp,
2. zaniechanie odrzucenia oferty w/w wykonawcy jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, z uwagi na brak uwzględnienia w zaoferowanej cenie (RCO) wszystkich elementów kosztotwórczych, czym Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy PZP,

W odniesieniu do naruszenia przez Zamawiającego zasady jawności:

1. zaniechanie czynności ujawnienia i udostępnienia Odwołującemu informacji nieprawidłowo jako tajemnica w ofercie zastrzeżonych przedsiębiorstwa Przystępującego Longside, dokumentów (formularza RCO), czym Zamawiający naruszył art. 8 ust. 1 i 3 ustawy PZP, art. 86 ust. 4 ustawy PZP oraz art. 96 ust. 1 i 3 ustawy PZP.

Odwołujący Fonbud S.A. Sp. k. wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny w zakresie ocen ofert Odwołującego Fonbud S.A. Sp. k. i Przystępującego Longside,
2. dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem odrzucenia oferty Przystępującego Longside,
3. wyboru oferty Odwołującego Fonbud S.A. Sp. k. jako najkorzystniejszej, po ewentualnym wezwaniu Odwołującego Fonbud S.A. Sp. k. do przedstawienia wyjaśnień treści złożonej oferty,

7

-
4. nakazanie Zamawiającemu ujawnienia informacji nieprawidłowo zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofercie Przystępującego Longside (formularza RCO).

KIO 2326/17

W dniu 25 października 2017 r. Zamawiający na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odrzucił ofertę Odwołującego Comp S.A. jako nieodpowiadającą treści SIWZ. Zamawiający odrzucając ofertę kierował się postanowieniami specyfikacji, w szczególności punktu 18.8.2.1 Instrukcji dla wykonawców (dalej IDW) stanowiącej integralną część SIWZ:

„18.8.2.1. Ocena punktowa (z uwzględnieniem wagi kryterium) w kryterium: Termin realizacji zostanie dokonana wg założenia 1 punkt -1% i tak:

Skrócenie realizacji zamówienia o 0 miesięcy - 0 punktów

Skrócenie realizacji zamówienia o 1 miesiąc - 4 punkty

Skrócenie realizacji zamówienia o 2 miesiące - 6 punktów

Skrócenie realizacji zamówienia o 3 miesiące - 10 punktów

Uwaga: - w przypadku, gdy Wykonawca zaproponuje w formularzu ofertowym skrócenie terminu realizacji powyżej 3 miesięcy oferta będzie podlegała odrzuceniu na mocy art. 89 ust 1 pkt 2 Ustawy, jako nie odpowiadająca treści niniejszej SIWZ.”

Zamawiający wskazał, że oferta Odwołującego Comp S.A. podlega odrzuceniu z uwagi na zadeklarowanie przez niego 12-miesięcznego okresu skrócenia terminu realizacji zamówienia. Po modyfikacji treści SIWZ z dnia 10 lipca 2017 r., maksymalny okres skrócenia realizacji zamówienia jaki mogli zadeklarować wykonawcy w ramach kryterium „Termin realizacji” wynosił 3 miesiące. Zamawiający uznał, że w przypadku oferty Odwołującego Comp S.A. nie zaistniały przesłanki do poprawienia jej w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Odwołujący Comp S.A. stwierdził, że Zamawiający wymagał realizacji przedmiotu zamówienia w nieprzekraczalnym terminie 65 miesięcy od daty podpisania umowy. Odnosząc się do cytowanego wyżej punktu 18.8.2.1 IDW Odwołujący Comp S.A. podniósł, że w pierwotnej wersji SIWZ, maksymalny punktowany okres skrócenia realizacji zamówienia wynosił 12 miesięcy. Okres ten wynosił 3 miesiące dopiero po wprowadzonej 10 lipca 2017 roku modyfikacji SIWZ. Odwołujący wskazał, że jego intencją było zaoferowanie maksymalnego dopuszczonego terminu skrócenia realizacji zamówienia w celu uzyskania maksymalnej liczby punktów w tym kryterium i że jego oferta powinna być

8

odczytana w ten sposób. Na potwierdzenie tej okoliczności Odwołujący Comp S.A. wskazał własne pismo do Zamawiającego z dnia 12 października 2017 r., w którym nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego, że nie ma możliwości poprawienia omyłki w treści oferty. Odwołujący Comp S.A. podniósł ponadto, że zgodnie z zasadami zdrowego rozsądku i racjonalnego działania, jego intencją nie mogła być chęć złożenia oferty niezgodnej z SIWZ. Skrócenie terminu realizacji zamówienia jest dodatkowym utrudnieniem dla wykonawcy, zatem zupełnie nieuzasadniona byłaby chęć skrócenia tego terminu ponad maksymalny, punktowany przez Zamawiającego, okres czasu, w szczególności w sytuacji, w której takie działanie miałyby się wiązać z sankcją odrzucenia oferty. Dlatego zdaniem Odwołującego Comp nie można było uznać, iż celem wykonawcy było nałożenie na siebie dodatkowego obciążenia, w postaci skrócenia terminu realizacji przedmiotu zamówienia, ponad maksymalny okres punktowany przez Zamawiającego. Tym samym zaoferowanie 12-miesięcznego okresu skrócenia tego terminu mogło nastąpić wyłącznie w wyniku omyłki. W ocenie Odwołującego Comp S.A. do powstania tej omyłki przyczynił się sam Zamawiający, zmieniając kryterium oceny ofert w toku postępowania.

Odwołujący Comp S.A. podniósł, że podany przez Zamawiającego, jako podstawa prawna odrzucenia, przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, wprost odsyła do art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, co oznacza, że odrzuceniu podlega wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ, w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem Zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z SIWZ niemających istotnego charakteru. W ocenie Odwołującego Comp S.A. fakt, że oświadczenie w zakresie kryterium skrócenia okresu zamówienia stanowi jedno z kryteriów oceny ofert nie przesądza, że postulowana przez niego zmiana spowodowałaby istotną zmianę w treści oferty.

W toku rozprawy w zakresie odwołania KIO 2326/17 strony podtrzymały swoje stanowiska zawarte w pismach procesowych.

KIO 2329/17

W dniu 25 października 2017 r. Zamawiający na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego Fonbud S.A. Sp. k. . Uzasadnieniem odrzucenia było uwzględnienie w ofercie i załączonych do niej dokumentach (m. in. formularz Rozbicie Cenowe Oferty, zwany dalej RCO) siedmiu zamiast co najmniej 9 sztuk obiektów ORR. Zgodnie z zawartą w SIWZ definicją:

9

-
- ☐ OR to obiekty radiokomunikacyjne
 - ☐ ORR to szczególne przypadki OR, wyposażone dodatkowo we wzmacniacze optyczne; dostosowanie obiektu OR do ORR to wyposażenie obiektu OR w regenerator DWDM czyli we wzmacniacz optyczny.

W zakresie odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Odwołujący Fonbud S.A. Sp. k. w odwołaniu oparł swoją argumentację o twierdzenie, że wymóg, którego niespełnienie było podstawą odrzucenia jego oferty nie był przewidziany w SIWZ, a wnioskowanie przez Zamawiającego, o braku uwzględnienia w ofercie Odwołującego Fonbud S.A. Sp. k. wszystkich wymaganych w SIWZ elementów, wynika jedynie z nadinterpretacji postanowień SIWZ i Opisu Przedmiotu Zamówienia (zwanego dalej OPZ) i nie znajduje ono oparcia w dokumentacji. Dodatkowym argumentem Odwołującego Fonbud S.A. Sp. k. było twierdzenie, że wymagane przez Zamawiającego dostosowanie dziewięciu kontenerów nie jest tożsame z dostosowaniem obiektów OR do ORR.

Zgodnie z pismem Zamawiającego z dnia 25 października 2017 r., z informacji zawartych w ofercie Odwołującego Fonbud S.A. Sp. k. (Dokument nr 14 „Opis produktu i opis techniczny rozwiązania dla systemu DWDM”, Rozdział 4.1. „Wizja sieci optycznej”) wynika, że przyjął on, iż realizacja zamówienia będzie wiązać się z wykonaniem na liniach kolejowych nr 2, 3, 9 i 132 obiektów ORR w liczbie 7. Zamawiający wskazał, że wykonawcy byli zobowiązani zaprojektować, skalkulować i ująć w ofertach rozwiązania obejmujące, co najmniej 9 sztuk obiektów ORR wykonanych na bazie istniejących OR Zamawiającego na liniach kolejowych nr 2, 3, 9 i 132.

Odwołujący Fonbud S.A. Sp. k. podniósł, że powyższego wymogu SIWZ nie zawiera. W szczególności nie zawiera go cytowany punkt 10.1. pkt 15 OPZ, zgodnie z którym:

„Wykonawca części II w ramach realizacji Przedmiotu Zamówienia rozbuduje lub wybuduje brakujące przyłącza światłowodowe pomiędzy istniejącymi kablami szlakowymi, a istniejącymi obiektami OR wybranymi przez siebie i przeznaczonymi do instalacji regeneratorów DWDM (realizacja funkcji ORR). Będą to obiekty na liniach: 2, 3, 9, 132

w zakresie Sieci Szkieletowej. Dla potrzeb przygotowania oferty należy założyć konieczność budowy przyłączy światłowodowych dla takiej ilości ORR, jakiej wymaga System oferowany przez Wykonawcę na tych liniach”.

Powyższe postanowienie OPZ zostało wprowadzone modyfikacją SIWZ z dnia 10 lipca 2017 r. Ilość obiektów ORR określić miał Wykonawca, gdyż wzmacniacz optyczny w obiekcie ORR nie może funkcjonować bez przyłącza światłowodowego. Odwołujący

Fonbud S.A. Sp. k. wskazał, że wobec tego powołana przez Zamawiającego przesłanka odrzucenia oferty nie zaistniała.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z punktem 12.2.3. pkt 11 OPZ (brzmienie nigdy przez Zamawiającego nie zmienione), odnoszącym się do linii 1, 2, 3, 9 i 132, wymóg SIWZ brzmi następująco: „W celu przygotowania oferty należy przyjąć liczbę dostosowywanych kontenerów równą 9 sztuk”. Zdaniem Odwołującego z postanowień SIWZ wynika, że:

- ☐ punkt 12.2.3 pkt 11 OPZ dotyczy dostosowania kontenerów, które zgodnie z definicjami SIWZ są czymś innym niż obiekty OR i ORR - kontenery są budowlą wyposażoną w urządzenia i instalacje, podczas gdy obiekty OR to obiekty zawierające elementy Systemu GSM-R w postaci stacji bazowej BTS, której urządzenia znajdują się w kontenerze),
- ☐ w punkcie 12.2.3. OPZ brak jest wymogu zabudowania 9 szt. wzmacniaczy optycznych w kontenerach celem otrzymania obiektu ORR, których na etapie oceny ofert żąda Zamawiający. Brak jest również wymogów wykorzystania kontenerów celem ich rozbudowy do ORR w liczbie 9 szt.,
- ☐ brzmienie punktu 10.1. pkt 15 OPZ, jako wprowadzone później, zgodnie z zasadą „lex posterior derogat legi priori” uchyla pkt. 12.2.3. pkt. 11, w zakresie, w jakim może być z nim sprzeczny. Punkt ten wprowadza obowiązek: Wykonawca (...) rozbuduje lub wybuduje brakujące przyłącza światłowodowe pomiędzy istniejącymi kablami szlakowymi, a istniejącymi obiektami OR wybranymi przez siebie i przeznaczonymi do instalacji regeneratorów DWDM (realizacja funkcji ORR). Będą to obiekty na liniach: 2, 3, 9, 132 w zakresie Sieci Szkieletowej. Dla potrzeb przygotowania oferty należy założyć konieczność budowy przyłączy światłowodowych dla takiej ilości

obiektów ORR jakiej wymaga System oferowany przez Wykonawcę na tych liniach, jednocześnie wskazując nie na ilość 9, a na taką, jakiej wymaga System oferowany przez Wykonawcę (jest to nowy warunek). Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego nie odnosi się do dostosowania kontenerów do adaptacji na potrzeby przyszłego pełnienia funkcji ORR, ale formułuje nowe żądania: Zamawiający wskazuje, iż wykonawcy byli zobowiązani zaprojektować, skalkulować i ująć w ofertach rozwiązania obejmujące, co najmniej 9 sztuk obiektów ORR wykonanych na bazie istniejących OR Zamawiającego na liniach kolejowych nr 2, 3, 9 i 132, których to w OPZ (SIWZ) nigdy nie uwzględniał.

11

Odwołujący Fonbud S.A. Sp. k. wskazał, że Zamawiający przy ocenie jego oferty prawdopodobnie pomylił wprowadzone przez siebie wersje SIWZ i nie uwzględnił wyjaśnień w ramach pytań do SIWZ, co m.in. wynikało z:

- ☐ braku analizy, jak udzielenie odpowiedzi na jedno pytanie wpływa na pozostałe warunki przetargu,
- ☐ braku dokonania ujednolicenia SIWZ w związku z wprowadzonymi modyfikacjami.

Odwołujący Fonbud S.A. Sp. k. wskazał, że odpowiedź na pytanie nr 995 (w zakresie objętym przedmiotowym odwołaniem: „Jednakże na liniach gdzie już istnieją gotowe OR Zamawiającego wymaga się, aby Wykonawca części II wskazał, które z nich chciałby dostosować i wykorzystać do zabudowy wzmacniaczy optycznych. Wykonawca części II w cenie ofertowej (także w RCO) uwzględni konieczność dostosowania i wykorzystania co najmniej 9 takich istniejących obiektów OR”) na które powołuje się Zamawiający, została umieszczona w pakiecie odpowiedzi od nr 701 do nr 1200. Na stronie 118 pisma zawierającego odpowiedzi Zamawiający wyraźnie zaś wskazał, w jakim zakresie dokonuje zmiany SIWZ: „Jednocześnie, w oparciu o postanowienia art. 38 ust. 4 Ustawy Pzp dokonuję następującej zmiany w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w przedmiotowym postępowaniu zastrzegając, że: pozostałe postanowienia SIWZ nie ulegają zmianie, a wprowadzone wyżej zmiany traktować należy jako jedynie obowiązujące”. Odpowiedzi na pytanie nr 995 Zamawiający zdaniem Odwołującego Fonbud S.A. Sp. k. nie nadał wagi zmiany SIWZ.

W ocenie Odwołującego Fonbud S.A. Sp. k. odpowiedź na pytanie nr 995 wprowadziła sprzeczność w treści SIWZ – odpowiedź potwierdza okoliczność, że ilość wszystkich koniecznych wzmacniaczy optycznych DWDM powinna być dopasowana i skalkulowana przez Wykonawcę, ale jednocześnie warunek dostosowania kontenerów w liczbie równej 9 próbuje rozszerzyć na dostosowanie i wykorzystanie co najmniej 9 istniejących obiektów OR.

Odwołujący Fonbud S.A. Sp. k. podkreślił, że żadne z postanowień SIWZ nie nakazuje wykonawcom, aby System DWDM pracował w oparciu o 9 lokalizacji na liniach 1, 2, 3, 9 i 132. Na potwierdzenie tej tezy wskazał odpowiedź na pytanie 14: „(...) Wykonawca części II zabudowuje urządzenia węzłów szkieletowych w obiektach OC1, OC2 i OSZ oraz taką ilość wzmacniaczy optycznych w OR(ORR), jaką wskaże w swoim projekcie sieci szkieletowej, a także odpowiedzi na pytania nr 71 i nr 915”.

12

Odwołujący Fonbud S.A. Sp. k. stwierdził, że koszt dostosowania kontenerów w liczbie 9 szt. został ujęty wraz z kosztem dostawy, zabudowy i uruchomienia wzmacniaczy optycznych DWDM, w pozycji RCO Urządzenia DWDM (wzmacniacze).

Ponadto podniósł, że Zamawiający na etapie przygotowania oferty nie podał danych dotyczących lokalizacji obiektów (w tym OR, ORR), jednoznacznie stwierdzając, że uczyni to na etapie realizacyjnym. Dlatego koszty te Odwołujący doliczył łącznie w pełnym zakresie wymaganym przez SIWZ. Podkreślić w tym miejscu należy, iż rozliczenia z Zamawiającym w ramach umowy, która zostanie zawarta w ramach przedmiotowego zamówienia mają charakter ryczałtowy.

W odniesieniu do zarzutu nieuzasadnionego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie przyjęcia, że nie uwzględnił on w projekcie systemu DWDM wymaganych w SIWZ limitów i zapasów przy wymiarowaniu systemu Odwołujący Fonbud S.A. Sp. k. podniósł, że Zamawiający, odrzucając jego ofertę z powodów wskazanych w pkt. 2) str. 12 Pisma

z 25 października 2017 r., tj.: stworzył de facto wymóg przedłożenia dodatkowego oświadczenia/dokumentu, odnoszącego się do losowo wybranego, jednostkowego elementu SIWZ, w zakresie spełniania tego parametru przez ofertę Odwołującego. Odwołując stanął na stanowisku, że w zakresie powyższego zarzutu jego oferta również jest w pełni zgodna z wymogami Zamawiającego i spełnia wszelkie wymagania określone w postanowieniach SIWZ.

Odwołujący Fonbud S.A. Sp. k. podniósł, że wnioskowanie Zamawiającego dokonane na podstawie Dokumentu nr 14 Oferty, że w rozdziale 4.2 „Założenia projektowe”

Odwołujący nie przyjął dla projektu systemu DWDM wymaganych limitów i zapasów przy wymiarowaniu systemu jest błędne. W ocenie Odwołującego Zamawiający niewłaściwie zinterpretował treść punktu 4.2 Opisu technicznego systemu DWDM. Zgodnie z punktem 7.2.3.4 Wzmacniacze optyczne wymagania zostały opisane następująco: „Do celów projektowych Wykonawca przyjmie odcinek przęsła optycznego o długości wynikającej z parametrów zastosowanych Urządzeń przy następujących warunkach:

1. jednostkowa tłumienności włókna zgodna ze standardem ITU-T G. 652 z przedziału od 0,17 do 0,25 dB/km (zaleca się wyznaczenie wartości typowej 0,2 dB/km),
2. uwzględnieniu limitów na starzenie włókna (3dB),
3. uwzględnieniu limitów wynikających z Dokumentacji DTR,
4. uwzględnieniu typowego zapasu mocy (max. path los) interfejsów optycznych po stronie liniowej (kolorowych) w transponderach optycznych,
5. uwzględnieniu typowych tłumienności multiplexerów i innych elementów optycznych,

13

-
6. uwzględnieniu szacowanego dystansu pomiędzy Obiektami Szkieletowymi z zapasem uwzględniającym różnicę długości drogi optycznej w stosunku do długości linii kolejowej.”

W Dokumencie nr 14 do Oferty „Opis produktu i opis techniczny rozwiązania dla systemu DWDM” w rozdziale 4.2. „Założenia projektowe” Odwołujący wskazał, że korzystał

z symulatora, „(...) Główne założenia projektowe przyjęte do symulacji” czyli programu komputerowego. Do celów oszacowania tłumienności przęseł optycznych przyjął trzy z wymienionych w OPZ w punkcie 7.2.3.4 pkt 2 danych wejściowych (zależnych wyłącznie od wymagań i uwarunkowań sieci Zamawiającego) dotyczących toru pasywnego, tj., określonych w powyższych punktach nr 1), 2) oraz zgodnie z rysunkiem rozmieszczenia urządzeń DWDM punkt 6), wprowadzając te dane do symulatora, natomiast pozostałe dane określone w punktach: 3), 4) i 5) są integralną częścią procedury obliczeniowej, uwzględnionej przez symulator producenta urządzeń, skorelowane z użytymi do symulacji elementami oferowanego systemu DWDM. Dane w punktach 3), 4) i 5) znajdują się już (są wbudowane) w szablonach modeli matematycznych symulatora i są zależne od wybranego Systemu DWDM, a nie od parametrów wymaganych SIWZ.

Dodatkowo w zakresie zarzutu Zamawiającego opisanego w punkcie 7.2.3.4 pkt 2 ppkt 6) OPZ, dotyczącego różnicy drogi optycznej w stosunku do trasowej wzdłuż linii kolejowej, Odwołujący podkreślił, że według swojej wiedzy i zgodnie z wymaganiami Zamawiającego uwzględnił wszystkie istotne dla prawidłowej realizacji zamówienia czynniki, tj. w szczególności 1 km zapasu drogi optycznej na przyłącza (1 km dla każdego obiektu) oraz dodatkowy czynnik związany z przemieszczeniem (możliwością przesunięcia) każdego obiektu o 5 km. Odwołujący Fonbud S.A. Sp. k. uwzględnił w swojej ofercie wymagane limity oraz zapasy w zakresie wymiarowania systemu (w tym dodatkowo opisane w punktach powyżej), więc nie uchybił oczekiwaniom Zamawiającego opisanym w SIWZ.

Odwołujący Fonbud S.A. Sp. k. w zakresie zarzutów dotyczących oferty Przystępującego Longside wskazuje, że formularz RCO z oferty Przystępującego, zawiera błędne wyniki działań matematycznych. Zgodnie z SIWZ dokument RCO jest nadrzędny przy określeniu ceny oferty. W Instrukcji Dla Oferentów (IDW) Zamawiający w ust. 11.4 napisał: „Ceną oferty jest suma wartości wszystkich pozycji podanych w wypełnionej wycenie, w tym Rozbiciu Ceny Ofertowej (RCO), powiększona o podatek VAT.” Zdaniem Odwołującego Fonbud S.A. Sp. k. w ofercie Przystępującego Longside na stronach: 033, 036, 051, 055 oraz 056 występują nieprawidłowe wartości matematyczne.

Odwołujący Fonbud S.A. Sp. k. podniósł, że Przystępujący Longside dokonał istotnych zmian w treści RCO określonej przez Zamawiającego w tabeli „Usługi w okresie 14

pogwarancyjnym", zastępując wymaganie wpisane przez Zamawiającego w każdym wierszu w polu Uwagi o treści „7-letni okres wsparcia pogwarancyjnego” opisem własnym „podane ceny są ceną łączną za 7-letni okres wsparcia pogwarancyjnego”, przez co naruszył wymaganie zawarte w punkcie 10.7 IDW (wprowadził poprawkę w dokumencie RCO), gdyż modyfikacja zupełnie zmienia określoną przez Zamawiającego treść tego dokumentu i sposób prezentowania cen jednostkowych i sumy cen. W każdym wierszu tabeli występują bowiem tylko dwie ceny: „cena za szt.” oraz „cena”, których podania żądał Zamawiający. Odnosząc do obydwu cen wspólny opis zapisany w liczbie mnogiej: „podane ceny są ceną łączną...” wykonawca postąpił niezgodnie z wymaganiem Zamawiającego. Swoją modyfikacją wprowadzoną dla każdego wiersza tabeli zamienił tym samym dwie różne wartości („cenę za szt.” oraz „cenę”) do jednej wspólnej wartości ceny za 7-letni okres wsparcia pogwarancyjnego.

Wobec powyższego w ocenie Odwołującego Fonbud S.A. Sp. k. oferta Przystępującego Longside powinna zostać odrzucona jako niezgodna z SIWZ.

W zakresie zaniechania odtajnienia treści oferty Przystępującego Longside Odwołujący Fonbud S.A. Sp. k. wskazał, że mimo wymiany korespondencji z Zamawiającym załącznik RCO do oferty Przystępującego Longside nie został Odwołującemu w pełni udostępniony. Udostępniony dokument „Odtajnienie Longside strony 20_56” zawiera zatarte dane dotyczące przedmiotu kosztu. W rezultacie nie wiadomym jest, do czego przypisany jest dany koszt (pozostają wiadome jedynie kwoty), co z punktu widzenia Odwołującego Fonbud S.A. Sp. k. czyni treść tego załącznika systemem dobranych dowolnie kwot, które nie wiadomo, czego dotyczą.

Odwołujący Fonbud S.A. Sp. k. podniósł, że Przystępujący Longside w przepisany terminie, w dokumencie stanowiącym Załącznik nr 4, nie wskazał, że zakryte dane formularza RCO stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W związku z powyższym udostępniony Odwołującemu formularz RCO jest niemożliwy do zweryfikowania, a obowiązek ujawnienia elementów wynagrodzenia zaoferowanego przez wykonawcę Przystępujący Longside w przedmiotowym postępowaniu został, na chwilę obecną, spełniony przez Zamawiającego jedynie pozornie. Podanie ceny polega bowiem na przypisaniu danej pozycji konkretnej wartości.

W toku posiedzenia Izba uwzględniła opozycję wniesioną przez Zamawiającemu przeciwko przystąpieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o dzielenie zamówienia Kapsch CarrierCom Sp. z o.o., Kapsch CarrierCom AG, Kapsch CarrierCom France S.A.S.,

15

PORR S.A. do postępowania odwoławczego o sygn. KIO 2329/17 po stronie Odwołującego Fonbud S.A. Sp. k. . Zamawiający podniósł, że wykonawca nie ma interesu w rozstrzygnięciu postępowania na korzyść odwołującego ze względu na fakt, że sam nie złożył oferty w części II przedmiotowego postępowania, a rozstrzygnięcie w sprawie KIO 2329/17 w żaden sposób nie wpłynie na sytuację konsorcjum ww. wykonawców w

zakresie części I postępowania.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko zawarte w treści odwołania, za wyjątkiem zarzutu bezprawnego odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jako oferty nie odpowiadającej treści SIWZ. W zakresie tym Odwołujący zmienił dotychczasową argumentację, odstępując od dowodzenia zgodności swojej oferty z SIWZ i podnosząc, że jego oferta powinna zostać przez Zamawiającego poprawiona na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Pozostali uczestnicy postępowania podtrzymali swoje stanowiska zawarte w pismach procesowych.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

KIO 2326/17

Izba ustaliła, że Odwołującemu Comp S.A., w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę

w wyniku
naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”, przysługiwało uprawnienie
do wniesienia odwołania.

Odnosząc się do podstawowej tezy odwołania Izba wzięła pod uwagę, że przepis art. 87
ust. 2 pkt 3 Pzp pozwalający Zamawiającemu na poprawienie innej omyłki stanowi wyjątek
od ogólnej zasady określonej w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którą niedopuszczalne jest prowadzenie między
zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej
oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.
W zakresie objętym dyspozycją art. 87 ust. 2 pkt 3 Zamawiający uprawniony jest do ingerencji w treść oferty pod
warunkiem, że nie dokona w ten sposób zmiany nie będą istotne.
Do oceny czy niezgodność ta ma charakter istotny należy wziąć pod uwagę rodzaj popełnionej omyłki, przedmiot oraz
zakres oferty złożonej przez wykonawcę. Omyłką jest
błąd wykonawcy przy sporządzaniu oferty nie noszący znamion celowego działania

16

polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej, niezgodnej z żądaniem Zamawiającego treści.
Nie zgodność treści oferty z wymaganiami wyrażonymi
w SIWZ nie może wynikać ze świadomego działania wykonawcy - w takim bowiem
przypadku traci ona przymiot omyłki, a tym samym nie może zostać poprawiona w trybie określonym powołanym
przepisem ustawy.

Zamawiający dokonując poprawy omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp musi mieć również na uwadze ogólną zasadę
prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego
wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp, tj. zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania
uczciwej konkurencji.

Powyższe założenia są kluczowe dla oceny czy zawarte w ofercie Odwołującego Comp S.A. odstępstwo od wymogów
Zamawiającego co do sposobu przygotowania ofert
w prowadzonym przez niego postępowaniu miało charakter istotny i czy pozwalało na poprawę w trybie art. 87 ust. 2 pkt
3

Pzp, w sposób zgodny z żądaniem odwołania.

Istotne dla oceny jest również określenie charakteru popełnionego przez Odwołującego
błędu i jego wpływ na treść złożonej w postępowaniu oferty i kształt zaoferowanego Zamawiającemu świadczenia.

Zamawiający miał prawo i uzasadnioną potrzebę ustalenia minimalnego i maksymalnego okres realizacji przedmiotu
zamówienia. Regulacja w tym zakresie wskazująca na przedział
62-65 miesięcy wynikała z uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, co zostało wykazane
przez niego w toku rozprawy. Zamawiający wskazał, że ze względów organizacyjnych oraz z powodu konieczności
zgrania i należytej koordynacji prac prowadzonych
przez wykonawców części pierwszej i drugiej przedmiotu zamówienia okres realizacji zamówienia w części II nie może
być krótszy niż 62 miesiące.

Powyższe ustalenie tego terminu było skutkiem orzeczenia w sprawie odwoławczej
prowadzonej pod sygn. akt KIO 1295/17.

Skrócenie terminu realizacji było punktowym kryterium oceny ofert wobec czego wykonawca powinien zachować
szczególną staranność przygotowując tą część oferty.

Pierwotnie Zamawiający zakładał możliwość skrócenia okresu realizacji zadania
maksymalnie o 12 miesięcy. Zmiana SIWZ wprowadzająca limit trzymiesięczny w miejsce dwunastomiesięcznego
została wprowadzona w dniu 10 lipca 2017 r. Modyfikacja została
przekazana wykonawcom drogą elektroniczną (e-mail) w dniu 10 lipca 2017 roku.

Odwołujący w tej sytuacji nie może skutecznie powołać się na nieświadomość co do wymogów SIWZ w zakresie
oczekiwanego przez Zamawiającego maksymalnego
terminu skrócenia realizacji przedmiotu zamówienia. Odwołujący w treści odwołania przyznał, że „przeoczył dokonaną
przez Zamawiającego modyfikację, dlatego też w pkt 8
formularza ofertowego wpisując okres skrócenia realizacji zamówienia podał 12 miesięcy 17

zamiast 3 miesiące. W konsekwencji wystąpienia przedmiotowej omyłki wypełniając w załączniku nr 2 rubrykę Czas na
Ukończenie od 65 miesięcy od Daty Rozpoczęcia
Odwołujący odjął 12 miesięcy skrócenia realizacji zamówienia i podał Czas na Ukończenie jako 53 miesiące”.
Przyznanie to powoduje, że Izba nie mogła uznać omyłki za nie mającą

wplywu na kształt oferowanego Zamawiającemu świadczenia. Odwołujący oferując skrócenie terminu realizacji o dwanaście miesięcy dokładnie takiego rodzaju skrócenie miał na myśli. Nie może być tu mowy o pomyłkowym wpisaniu liczby dwunastu zamiast trzech miesięcy. Co za tym idzie podnoszony przez Zamawiającego i Przystępujących zarzut, że oferta Odwołującego jest niewłaściwie skalkulowana również zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby słuszne jest twierdzenie, że czas realizacji przedmiotu zamówienia ma wpływ na cenę oferty – im dłuższy okres realizacji tym wyższa cena. Wynika to z ponoszenia przez wykonawcę kosztów wynagrodzeń pracowników, utrzymania placu budowy, kosztów pracy maszyn i urządzeń. Biorąc pod uwagę dysproporcję cen między ofertą Przystępującego Longside (51,5 mln zł brutto), a ofertą Odwołującego (46 mln zł brutto) wynoszącą ok. 89% oraz dysproporcję między zakładanym czasem realizacji przedmiotu zamówienia (Przystępujący Longside 62 miesiące, Odwołujący

53 miesiące, tj. 85,5%)

twierdzenie, że oferta Odwołującego COMP S.A. nie zawiera skalkulowania kosztów brakujących dziewięciu miesięcy realizacji jest

prawdopodobne.

Biorąc pod uwagę powyższe, dokonanie przez Zamawiającego zmiany w treści oferty Odwołującego w sposób wyrażony w odwołaniu byłby w ocenie Izby głęboką i niedopuszczalną w świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp ingerencją w treść oferty. Nie ulega wątpliwości, że Odwołujący powinien uwzględnić

wprowadzone w dniu 10 lipca

2017 r. zmiany SIWZ, więc wszelkie konsekwencje popełnionego w tym zakresie błędu ponosi on sam.

Przekroczenie trzymiesięcznego terminu skrócenia realizacji zamówienia w ofercie obwarowane było sankcją odrzucenia oferty z tytułu jej niezgodności z SIWZ. Sankcja ta została zawarta w informacji o modyfikacji SIWZ z dn. 10 lipca 2017 r. i stanowiła pełnoprawną część specyfikacji. Izba nie uwzględniła w tym zakresie podnoszonego przez Odwołującego w toku rozprawy stanowiska jakoby sankcja nie została zawarta w SIWZ, a jedynie w jednym z pism Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę uzasadnioną potrzebę uregulowania czasu realizacji przedmiotu zamówienia w wymiarze minimalnym i maksymalnym ustanowienie tej sankcji było uprawnione. Zamawiający w ten sposób zapewnił sobie złożenie ofert spełniających jego wymogi. Odwołujący powinien mieć

w tej sytuacji świadomość, że złożenie oferty

z terminem skrócenia realizacji o 12 miesięcy spowoduje uruchomienie sankcji. Z drugiej strony zaniechanie odrzucenia oferty Odwołującego w świetle zastrzeżenia wyżej wskazanej sankcji narażałoby Zamawiającego na zarzut prowadzenia postępowania w sposób sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W ocenie Izby

18

biorąc pod uwagę charakter omyłki, jej faktyczny wpływ na kształt złożonej oferty i zakres niezgodności z treścią SIWZ decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp była jedyną prawidłową do podjęcia. Jako dodatkowo przesądzającą o oddaleniu odwołania Izba uwzględniła argumentację Zamawiającego, że chcąc poprawić omyłkę musiałby z góry znać wynik poprawy.

Możliwe

terminy skrócenia realizacji to: zero miesięcy, jeden miesiąc, dwa miesiące i trzy miesiące. Zamawiający chcąc poprawić ofertę Odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3

Pzp nie miał

wystarczających podstaw do uznania że skrócenie 12 miesięczne powinien zastąpić trzymiesięcznym. Termin trzech miesięcy znacząco zmieniłby punktację złożonych ofert, a co za tym idzie ich listę rankingową, co z kolei mogłoby się spotkać z uzasadnionym sprzeciwem pozostałych wykonawców. Biorąc pod uwagę, że Zamawiający miał do dyspozycji cztery możliwe kombinacje skrócenia terminu w ofercie Odwołującego to należy zgodzić się z jego stanowiskiem, że zwrócenie się w tej materii do Odwołującego o zajęcie stanowiska i dokonanie wyboru ilości miesięcy skrócenia realizacji zadania w praktyce oznaczałoby przeprowadzenie zabronionych w art. 87 ust. 1 Pzp negocjacji treści oferty.

Wobec powyższego Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie

i na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzekła jak w sentencji.

KIO 2329/17

Izba ustaliła, że Odwołującemu Fonbud S.A. Sp. k., w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

W zakresie zarzutu nieprawidłowego przyjęcia przez Zamawiającego, że oferta Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ i w konsekwencji jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp:

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego wyrażonego w odwołaniu jakoby dostosowanie dziewięciu sztuk kontenerów było innym świadczeniem niż dostosowanie obiektów OR

19

do funkcji ORR. Całościowa interpretacja specyfikacji prowadzi do jednoznacznych wniosków. Obiekt ORR to obiekt OR wyposażony w urządzenie DWDM czyli wzmacniacz optyczny. Obiekt ORR ma być zabudowany w kontenerze, nie występuje on samodzielnie, a pojęcie kontener i ORR stosowane jest w SIWZ zamiennie. Do wyceny oferty należało przyjąć dziewięć obiektów ORR – wynika to m.in. z pkt 12.2.3 OPZ, definicji OR i ORR i oraz odpowiedzi na pytania, m. in. 184, 915, 995, 1201, 2263 i 2266. W sposób nie budzący wątpliwości wykazał to w toku rozprawy Zamawiający, a Odwołujący nie udowodnił stanowiska przeciwnego. Odpowiedź na pytanie nr 19 z kolei jednoznacznie rozstrzygała kwestię regeneratorów DWDM – Zamawiający wskazał, że są to wzmacniacze optyczne. Wymóg dostosowania minimum dziewięciu sztuk obiektów OR na liniach kolejowych o numerach 1, 2, 3, 9 i 132 Zamawiający uzasadnił faktem, że przy tych liniach prowadzone są roboty budowlane z wykorzystaniem ciężkiego sprzętu, co prowadzi do pogorszenia jakości przewodów światłowodowych. W ocenie Zamawiającego użycie na tych odcinkach co najmniej dziewięciu sztuk obiektów ORR zapewni prawidłową i długoletnią eksploatację infrastruktury pomimo potencjalnego pogorszenia parametrów światłowodów wskutek prowadzonych prac. W toku rozprawy Zamawiający wskazał odpowiednie dokumenty potwierdzające jego stanowisko – m. in. pkt 10.1.15 i pkt 12.2.3 OPZ oraz wyjaśnienia udzielone przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytaniu do SIWZ nr 995. W ocenie Izby wskazane materiały pozwalają przyjąć, że niezbitym jest, iż obowiązkiem wykonawców było uwzględnienie w cenach ofert dostosowanie dziewięciu a nie siedmiu obiektów OR do funkcji ORR. Izba uznała ponadto, że wprowadzone w tym zakresie wymogi wynikały z obiektywnych potrzeb Zamawiającego i były uzasadnione okolicznościami. Na etapie składania ofert wykonawcy nie mieli prawa ingerencji w ww. wymóg, ponieważ mimo udzielania zamówienia w trybie „zaprojektuj i wybuduj” Zamawiający był uprawniony do postawienia minimalnych wymogów o charakterze technicznym, jak również do wprowadzenia wynikających z nich obowiązków w zakresie sposobu przygotowania ofert przez biorących w postępowaniu wykonawców. Kwestionowanie powyższych wymogów na etapie wyboru najkorzystniejszej oferty jest zdecydowanie spóźnione. Wykonawcy, którzy uważali, że mniejsza liczba obiektów ORR będzie wystarczająca dla właściwego funkcjonowania infrastruktury na liniach 1, 2, 3, 9 i 132 mieli możliwość skorzystać z przysługującego im na wcześniejszym etapie postępowania środka ochrony prawnej i odwołać się od treści SIWZ. Kwestionowanie opisu przedmiotu zamówienia po upływie terminu składania ofert jest niecelowe.

20

W zakresie zarzutu zaniechania wezwania Odwołującego Fonbud S.A. Sp. k. do wyjaśnienia treści oferty Izba stwierdziła, że postępowanie Zamawiającego, było prawidłowe i nie stanowiło naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp. Zamawiający nie miał podstaw do wzywania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, że względu na fakt, iż była ona jasna i nie budziła wątpliwości. Zamawiający uprawniony jest do wzywania wykonawców do składania odpowiednich wyjaśnień, ale nie ma takiego obowiązku, w szczególności

gdy treść oferty jest jednoznaczna. Z treści SIWZ oraz odpowiedzi na pytania wynikało, że wykonawcy mieli w cenach ofertowych uwzględnić dostosowanie co najmniej dziewięciu obiektów OR do funkcji ORR. Oferta Odwołującego Fonbud S.A. Sp. k. uwzględniała siedem tego typu obiektów, co Odwołujący dodatkowo potwierdził w treści wyjaśnień składanych na okoliczność rażąco niskiej ceny. Biorąc pod uwagę, że Odwołujący nie zaprzeczył twierdzeniu Zamawiającego, że dotyczące kwestii ilości dostosowywanych obiektów pytanie nr 995 zostało zadane przez Odwołującego Fonbud S.A. Sp. k. można przyjąć, że Odwołujący miał lub przynajmniej powinien mieć świadomość jakie są żądania Zamawiającego dotyczące konstrukcji ceny oferty. Wobec powyższego w ocenie Izby zawarty w odwołaniu zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 Pzp jest bezpodstawny i nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby nie zasługuje również na uwzględnienie podnoszony przez Odwołującego argument, że o zgodności jego oferty z SIWZ stanowi złożenie odpowiednich oświadczeń w treści oferty. Uznanie za prawdziwe twierdzenia, że oświadczenie wykonawcy o zgodności oferty z SIWZ tej zgodności dowodzi prowadziłoby do konkluzji, że obowiązkiem Zamawiającego powinno być bezkrytyczne uznawanie za zgodną z SIWZ każdej oferty, co do której wykonawca złożył odpowiednią deklarację. W świetle przepisów Pzp, w szczególności art. 140 ust. 1 Pzp, jest to założenie błędne. „Zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie” – wykładnia literalna przytoczonego przepisu nie budzi żadnych wątpliwości – oferowany zamawiający zakres świadczenia wynika z treści złożonej w postępowaniu oferty, nie z faktu akceptacji przez wykonawcę opisu przedmiotu zamówienia lub innej części SIWZ. Przyjmując tok rozumowania Odwołującego złożenie jakiejkolwiek oferty zawierającej deklarację o jej zgodności z treścią SIWZ czyniłoby ją automatycznie zgodną ze specyfikacją, a zatem prawidłową w świetle artykułu 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w praktyce czyniąc ten przepis martwym. Z uwagi na wskazaną wyżej argumentację dotyczącą art. 140 ust. 1 Pzp można uznać wyłącznie, że obowiązki wykonawcy zawarte w umowie o realizację zamówienia publicznego mają być tożsame z zadeklarowanymi obowiązkami w złożonej ofercie. Zamawiający nie jest uprawniony do przyjęcia, że oświadczenie

21

o zgodności oferty z SIWZ zwalnia go z kontroli zakresu przedmiotowego oferty pod kątem jego zgodności z treścią SIWZ. Co za tym idzie twierdzenie Odwołującego, że jego oświadczenia o zgodności oferty z SIWZ odbierało mu prawo do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jest w ocenie Izby nieprawidłowe.

W toku rozprawy Odwołujący zmienił swoje stanowisko podnosząc, że jego oferta powinna zostać przez Zamawiającego poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W ten sposób Odwołujący pośrednio przyznał, że jego oferta nie była zgodna z SIWZ. Zaskarżenie odrzucenia oferty jako niezgodnej z SIWZ i żądanie poprawy oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp wzajemnie się wykluczają. Skoro omyłki w przytoczonym przepisie polegać mają na „niezgodności oferty ze specyfikacją” to przedstawiając argumenty przemawiające za dokonaniem poprawy oferty Odwołujący Fonbud S.A. Sp. k. potwierdził, że jest świadomy faktu, iż jego oferta została skonstruowana w sposób sprzeczny z wymogami ustanowionymi przez Zamawiającego. Poprawie może podlegać tylko oferta niezgodna z SIWZ – w przypadku oferty prawidłowej nie byłoby podstaw do wprowadzania poprawek, a zatem argumentacja Odwołującego na rzecz poprawy jego oferty byłaby bezprzedmiotowa.

Ponieważ Odwołujący Fonbud S.A. Sp. k. zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez bezpodstawne odrzucenie oferty jako niezgodnej z SIWZ, a nie zaniechanie obowiązku poprawienia oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp Izba nie miała podstaw, by uwzględnić odwołanie. O ile w ocenie Izby niezgodność oferty z SIWZ była oczywista, to nie przesądzała o braku możliwości poprawy oferty Odwołującego. Jednak zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów nie zawartych w odwołaniu. Odwołujący przyjmując jako podstawę odwołania twierdzenie, że jego oferta nie zawiera błędów i jest w pełni zgodna z SIWZ przesądził o braku możliwości orzeczenia przez Izbę inaczej niż w sentencji. Powyższe stanowisko znajduje odzwierciedlenie w dotychczasowym orzecznictwie Izby. Jako przykładowe można wskazać orzeczenie KIO 218/16 z 4 marca 2016 r. „zakres rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy, wyznacza treść odwołania - kwestionowana w nim czynność

oraz przede wszystkim podniesione zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Krajowa Izba Odwoławcza nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zatem zarzuty odwołania muszą być skonkretyzowane już w dacie wniesienia odwołania. Niewystarczające jest określenie w odwołaniu czynności lub zaniechania zamawiającego i wskazanie kwalifikacji prawnej. Treść i zakres zarzutu wyznaczają bowiem okoliczności faktyczne, w których odwołujący upatruje niezgodności z przepisami ustawy. Tym samym skład orzekający nie może orzekać co do okoliczności faktycznych, do których nie odwoływały się zarzuty podniesione w odwołaniu.”

22

Izba wskazuje jednak, że nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, że możliwość poprawy oferty Odwołującego Fonbud S.A. Sp. k. w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp była wykluczona. O ile poza wszelką dyskusją jest fakt, że Odwołujący nie uwzględnił w cenie oferty dostosowania dwóch obiektów OR, to biorąc pod uwagę wartość całkowitą oferty (45,2 mln zł) i wartość nieuwzględnionych w ofercie elementów (według deklaracji Odwołującego, której Zamawiający nie zaprzeczył ok. 60 000 zł), a także zakres i stopień skomplikowania całego zadania, poprawa oferty przez Zamawiającego nie miałaby istotnego wpływu na jej treść.

W zakresie zarzutów dotyczących oferty złożonej przez Przystępującego Longside Investments Izba zajęła następujące stanowisko.

Izba nie uwzględniła argumentacji Przystępującego zmierzającej do wykazania, że Odwołujący Fonbud S.A. Sp. k. nie ma interesu w udowodnieniu, że oferta Przystępującego podlega odrzuceniu. W ocenie Izby doprowadzenie do odrzucenia tej oferty, nawet przy braku przywrócenia do postępowania oferty Odwołującego Fonbud S.A. Sp. k., w oczywisty sposób leży w interesie Odwołującego. Oferta Przystępującego pozostała jedyną nieodrzuconą w części drugiej postępowania o udzielenie zamówienia. Odrzucenie tejże oferty spowodowałoby konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, co w konsekwencji oznaczałoby konieczność przeprowadzenia postępowania od nowa. Niezależnie od trybu przeprowadzenia takiego nowego postępowania Odwołujący Fonbud S.A. Sp. k. mógłby ponownie mieć szansę na jego wygranie. W sytuacji gdy jego oferta została odrzucona, a inna, konkurencyjna została wybrana jako najkorzystniejsza, droga Odwołującego do dalszej walki o przedmiotowe zamówienia jest definitywnie zamknięta. Upatrując interes Odwołującego Fonbud S.A. Sp. k. w chęci przywrócenia jego oferty do postępowania lub odpowiednio w dążeniu do unieważnienia przedmiotowego postępowania Izba uznaje stanowisko Przystępującego za niezasadne.

W zakresie zarzutów odwołania Izba stwierdziła, że formularz RCO załączony do oferty Przystępującego został wypełniony w sposób niezgodny z SIWZ, ale niezgodność ta nie kwalifikuje oferty do automatycznego jej odrzucenia jako niezgodnej ze specyfikacją. W toku rozprawy Zamawiający i Przystępujący w wiarygodny sposób wykazali, że odstępstwo od przewidzianego w SIWZ sposobu wypełniania formularza RCO w przedmiotowej ofercie nie było istotne i nie miało żadnego wpływu na faktyczną treść

23

oferty. Błąd miał charakter techniczny i nie stanowił o niezgodności oferty Przystępującego z SIWZ, jednak Zamawiający powinien potraktować powyższe odstępstwo jako omyłkę i poprawić ofertę we właściwym trybie. W ocenie Izby bezsprzecznym jest, że oferta Przystępującego zawiera wszystkie wymagane przez Zamawiającego elementy. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt

2 Pzp

oceniana jest przez porównanie treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i polega ona na braku zgodności zobowiązania, które wykonawca wyraża w swojej ofercie z zakresem zobowiązania, które zamawiający opisał w SIWZ i którego przyjęcia oczekuje. Zastosowanie przywołanego przepisu możliwe jest jedynie w sytuacji niemożliwości przeprowadzenia dopuszczalnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy bądź wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia jej zgodności z treścią SIWZ, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy.

W ocenie Izby żądanie odrzucenia oferty Przystępującego było przedwczesne i z tego względu nie zasługiwało na uwzględnienie. Biorąc pod uwagę, że stwierdzone w ofercie Przystępującego odstępstwa w pełni kwalifikowały się do poprawy, dążenie Odwołującego Fonbud S.A. Sp. k. do wykazania definitywnej niezgodności przedmiotowej oferty z SIWZ nie mogło zostać uznane za uzasadnione. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odrzuceniu podlega oferta, której jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Zatem literalna wykładnia przepisu prowadzi do wniosku, że obowiązkiem zamawiającego w przypadku stwierdzenia niezgodności oferty z wymogami SIWZ jest w pierwszej kolejności przeprowadzenie analizy pod kątem możliwości poprawy oferty. Poprawa taka możliwa jest w przypadku zrealizowania się przesłanek z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, tj. :

- ☐ stwierdzone omyłki muszą być innego rodzaju niż wskazane w art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2
- czyli nie mogą mieć charakteru oczywistej omyłki pisarskiej bądź rachunkowej, ☐
- poprawa omyłki nie może prowadzić do istotnych zmian w treści poprawianej oferty.

Biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności wykazane przez uczestników postępowania odwoławczego, przedstawioną dokumentację oraz dowody Izba stanęła na stanowisku, że obie powyższe przesłanki zostały spełnione. Omyłka w formularzu RCO nie miała charakteru pisarskiego ani rachunkowego – Przystępujący w sposób świadomy przedstawił cenę za świadczenie obsługi pogwarancyjnej jako cenę łączną za siedem lat obsługi, zamiast wykazać ją jako iloczyn ceny jednostkowej za jeden rok i ilości lat planowanej obsługi, tj. lat siedem. Biorąc pod uwagę, że Zamawiający założył, że obsługa pogwarancyjna miała być zamawiana na zasadzie prawa opcji, w zakresie niekoniecznie obejmującym wszystkie linie kolejowe objęte realizacją przedmiotowego zamówienia oraz niekoniecznie w całym siedmioletnim okresie, to Izba uznała za prawidłową

24

argumentację Zamawiającego, że istotna jest cena łączna za siedem lat obsługi pogwarancyjnej, nie zaś ceny jednostkowe za poszczególne lata. Zamawiający wykazał w przekonujący sposób, że cena faktycznej obsługi pogwarancyjnej będzie wyliczana w oparciu o formularz RCO metodą proporcji, za każdym razem według faktycznych potrzeb i zakresu świadczenia obsługi – tj. według długości odcinka trasy poddanej obsłudze i długości tej obsługi. Ten rodzaj kalkulacji gwarantuje, że nie ma niebezpieczeństwa założenia przez wykonawcę różnych cen jednostkowych w poszczególnych latach siedmioletniego okresu planowanej obsługi. Jest to wniosek, który w ocenie Izby przesądza o możliwości poprawienia omyłki w ofercie Przystępującego ze względu na wypełnienie przesłanki braku istotnych zmian w treści oferty. Niewątpliwie jest bowiem, że niezależnie czy ceny w formularzu RCO w zakresie obsługi zostałyby skalkulowane jako wymagany przez Zamawiającego iloczyn cen jednostkowych i ilości lat świadczenia czy – jak w przypadku RCO Przystępującego – jako cena łączna za ilość lat świadczenia wynik wyliczenia faktycznej ceny za obsługę w potrzebnym dla Zamawiającego zakresie zawsze byłby ten sam.

W ocenie Izby omyłka w przedmiotowej ofercie w pełni nadaje się do poprawy wobec czego nie mogła być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Izba nie znalazła również podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie zarzutu rażąco niskiej ceny. Odwołujący Fonbud S.A. Sp. k. poza lakoniczną argumentacją zawartą w treści odwołania nie odniósł się w żaden sposób do postawionego zarzutu – ani w pismach procesowych, ani w toku rozprawy. Oferta Przystępującego w zakresie zaoferowanej ceny była pod względem ceny trzecią w kolejności spośród złożonych w postępowaniu ofert (uwzględniając dwie odrzucone, w tym ofertę Odwołującego Fonbud S.A. Sp. k.). Przystępujący podniósł, a Izba uwzględniła argumentację, że w zakresie prawa opcji dla części II zamówienia (7-letni okres wsparcia pogwarancyjnego) oferta

młn zł brutto) oraz wspólnie Odwołującego (2,723 wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia COMP S.A. i ALMA S.A. (2,794 młn zł brutto) są ponad dwukrotnie tańsze od oferty Przystępującego (6,252 młn zł brutto).

Wobec powyższego Izba nie uwzględniła zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, jako zawierającej rażąco niską cenę. Izba nie znalazła również podstaw do zakwestionowania czynności Zamawiającego w zakresie odtajnienia oferty Przystępującego. Część oferty przystępującego Longside, która pozostała zastrzeżona w ocenie Izby w pełni zasługiwała na ochronę, a Zamawiający

nie miał podstaw do jej odtajnienia. Ponadto w taki sam sposób Zamawiający potraktował 25

wszystkie oferty złożone w postępowaniu. Izba wzięła pod uwagę argumentację Przystępującego, że Zamawiający dokonując częściowego odtajnienia formularzy RCO w złożonych ofertach przyjął jednolitą zasadę, zgodnie z którą jako tajemnicę przedsiębiorstwa traktował informacje dotyczące nazw obiektów OSZ i ORR, unikalnych nazw planowanych obiektów OC1, OC2, ORR, OSZ, oraz nazw i modeli urządzeń oferowanych systemów DWDM i IP-MPLS danego obiektu. Dane powyższe znajdują się nie tylko w dokumencie RCO Przystępującego, ale również w opisie technicznym oferowanego rozwiązania oraz wykazie części zamiennych. Odwołujący w treści odwołania oraz w toku rozprawy nie sformułował w odniesieniu do tych dokumentów z oferty Przystępującego jakichkolwiek zarzutów zaniechania ich ujawnienia i udostępnienia. Z tych względów Odwołujący nie może domagać się ujawnienia pełnej treści dokumentu RCO Przystępującego, bowiem dokument ten powiela informacje objęte skutecznie tajemnicą przedsiębiorstwa w opisie technicznym oferowanego rozwiązania oraz wykazie części zamiennych.

Przystępujący wskazał, że ze względu na konsekwencję w działaniu Zamawiającego tajemnicą przedsiębiorstwa w ofercie Odwołującego Fonbud S.A. Sp. k. zostały objęte dokładnie te same elementy, których ujawnienia w ofercie Przystępującego domaga się Odwołujący (tj. nazwy obiektów OSZ i ORR, unikalne nazwy planowanych obiektów OC1, OC2, ORR, OSZ, nazwy, modele urządzeń systemów DWDM i IP-MPLS dla każdego obiektu). Izba wzięła również pod uwagę stanowisko Zamawiającego, który na potwierdzenie prawidłowości swoich działań przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 listopada 2017 r. KIO 2252/17 dotyczący części I przedmiotu zamówienia. W wyroku tym Izba potwierdziła prawidłowość działań Zamawiającego w zakresie oceny ofert pod kątem prawidłowości ich zastrzeżenia. Między częścią II a I przedmiotu zamówienia występuje pewna analogia ponieważ w obu przypadkach chodzi o dokładne lokalizacje obiektów DWDM w przypadku, gdy zostały one wykazane przez wykonawców w złożonych ofertach. Zamawiający respektował zastrzeżenia ofert w zakresie lokalizacji tych obiektów, a Izba w przywołanym wyroku potwierdziła prawidłowość jego działania.

Wobec powyższego Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzekła jak w sentencji.

26

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 wraz ze zm.).

Przewodniczący:.....

Członkowie:.....

.....

27