

**WYROK**  
**z dnia 28 lipca 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Anna Chudzik**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lipca 2020 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniach 22 czerwca 2020 r. i 3 lipca 2020 r. przez wykonawcę **System 7 Railtechnology GmbH z siedzibą w Wiedniu,**

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

przy udziale wykonawcy **Deutsche Plasser Bahnbaumaschinen GmbH z siedzibą w Monachium, Oddział w Polsce,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

I. Sygn. akt KIO 1388/20:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu w odniesieniu do części nr 1 i 2:

- unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
- unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

2. Kosztami postępowania obciążyć PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

II. Sygn. akt KIO 1496/20:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu w odniesieniu do części 3:

- unieważnienie czynności wyboru oferty Deutsche Plasser Bahnbaumaschinen GmbH,
- unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- odrzucenie oferty Deutsche Plasser Bahnbaumaschinen GmbH na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

2. Kosztami postępowania obciążyć PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) 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. - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Modernizacja 3 szt. Agregatów podbijających na kolejowych podbijarkach rozjazdowych typu UNIMAT 08475 4S. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 30 kwietnia 2020 r. pod numerem 2020/S 085203113.

Wykonawca System 7 Railtechnology GmbH wniósł odwołania:

-w dniu 22 czerwca 2020 r. - w zakresie części nr 1 i 2 zamówienia (sygn. akt KIO 1388/20).

-w dniu 3 lipca 2020 r. - w zakresie części nr 3 zamówienia (sygn. akt KIO 1496/20).

Oba odwołania dotyczą odrzucenia ofert Odwołującego i zaniechania przekazania Odwołującemu pełnego, tj. szczegółowego i wyczerpującego uzasadnienia faktycznego odrzucenia ofert.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

-art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie sporządzenia i przekazania Odwołującemu pełnego tj. szczegółowego i wyczerpującego uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego;

-art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez przyjęcie, że oferta Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ:

ewentualnie

-art. 87 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień treści oferty i ewentualne poprawienie w ofercie Odwołującego omyłek wskazanych w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp,

oraz w konsekwencji,

-art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez unieważnienie Postępowania w części nr 1 i 2.

W odwołaniu dotyczącym części nr 3 Odwołujący dodatkowo zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

-art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez skierowanie do wykonawcy Deutsche Plasser wezwania do wyjaśnień w zakresie oświadczenia tego wykonawcy o braku zaoferowania wymaganego stopnia zmniejszenia częstotliwości drgań agregatów,

-art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 i 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Deutsche Plasser, podczas gdy treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wymaganego stopnia zmniejszenia częstotliwości drgań agregatów, zaś niezgodność ta nie może być usunięta poprzez poprawienie oferty na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp;

ewentualnie, w przypadku uznania przez Izbę, że nie zachodzą przesłanki do uwzględnienia ww. zarzutów:

-art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Deutsche Plasser do przedstawienia wyjaśnień, w tym przedstawienia dowodów, dotyczących sposobu wyliczenia ceny

W zakresie zarzutów związanych z ofertą Odwołującego wskazał on, że zgodnie z rozdz. XV pkt 3 Formularz Ofertowy jest przygotowywany i podpisany bezpośrednio na Platformie Zakupowej Zamawiającego, dostępnej pod adresem: <https://platformazakupowa.plk-sa.pl>, zaś pozostałe dokumenty i oświadczenia sporządza się i podpisuje poza Platformą Zakupową. Zgodnie z rozdziałem XVI pkt 12 SIWZ potwierdzeniem prawidłowego złożenia oferty być otrzymanie przez Wykonawcę stosownego komunikatu na Platformie Zakupowej oraz raport który Wykonawca może wygenerować na Platformie po prawidłowym złożeniu oferty za pomocą akcji wygeneruj raport.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z zaleceniami Zamawiającego, z wyprzedzeniem przystąpił do składania oferty w Postępowaniu, bo już w dniu 31 maja 2020 r. (termin składania ofert upływał 2 czerwca 2020 r. o godz. 10:00). Podczas wypełniania Formularza Ofertowego na Platformie Zakupowej napotkał szereg trudności podczas załączania poszczególnych plików, z uwagi na co skorzystał ze wskazanej w rozdziale XVI pkt 8 SIWZ pomocy technicznej w

zakresie obsługi Platformy Zakupowej. Ostatecznie, przy wsparciu osoby ze strony operatora Platformy Zakupowej w dniu 1 czerwca 2020 r. Odwołujący z sukcesem złożył ofertę (w tym Formularz Ofertowy) za pośrednictwem Platformy Zakupowej, czego potwierdzeniem był otrzymany komunikat. Ponadto, Odwołujący wygenerował raport na Platformie świadczący o prawidłowym złożeniu oferty (w tym Formularza Ofertowego) przez Odwołującego.

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert, oferty na wszystkie 3 części w Postępowaniu złożyli dwaj wykonawcy - Odwołujący oraz Deutsche Plasser Bahnbaumaschinen GmbH Oddział w Polsce.

Odwołujący wskazał, że po opublikowaniu informacji z otwarcia ofert, Zamawiający w dniu 9 czerwca 2020 r. wezwał Deutsche Plasser na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnień co do złożonej przez niego oferty w części nr 3 Postępowania:

- w związku z tym że Deutsche Plasser w zał. 8 do SIWZ - Formularz oferty str. 4 pkt 6 ppkt 3 lit c zmniejszenie częstotliwości wibracji minimum o 20% oznaczył NIE, co oznacza deklarację o braku zmniejszenia częstotliwości wibracji do poziomu 28Hz, podczas gdy zgodnie z zapisem OPZ pkt 3 ppkt 3.1 wymagane jest zmniejszenie częstotliwości drgań do 28 Hz po wysunięciu podbijków z podsypki do poziomu 28Hz; oraz
- w zakresie tego jak należy rozumieć podany w harmonogramie czas wykonywania modernizacji tj. czy czas określony w harmonogramie oznacza czas realizacji zadania? Czy oznacza to czas wyłączenia maszyny z użytkowania i przekazania jej do dyspozycji wykonawcy na cały okres realizacji zadania?

W odpowiedzi Deutsche Plasser wskazał, że:

- w Formularzu Ofertowym Zał. Nr 8 do SIWZ błędnie zaznaczył odpowiedź „NIE” w pkt 6 ppkt 3 lit c) „Zmniejszenie częstotliwości wibracji o minimum 20”. Powinno być zaznaczone „TAK”; oraz
- planując harmonogram prac w zadaniu 1 i 2 uwzględnił przygotowanie wymiennych agregatów (czas realizacji naprawy agregatu maksymalnie 1 tydzień), natomiast w zadaniu nr 3 założono naprawę agregatu pochodzącego z zadania 1 lub 2 (czas realizacji naprawy wynosi wówczas 8 tygodni). Naprawa agregatu bez wymiany, to zmniejszone poniesione koszty jednostkowe - dlatego też zadanie nr 3 jest korzystniejsze cenowo. Brak wymiany wydłuża jednak czas realizacji i wyłączenia z eksploatacji maszyny. Szczegółowy plan realizacji 3 zadań przedstawiamy na zmodyfikowanym dla celów oświadczenia dokumencie Zał. 4 do formularza oferty-GANT.

Jednocześnie Zamawiający nie wzywał Odwołującego do żadnych wyjaśnień bądź uzupełnień w zakresie złożonej przez niego oferty oraz innych dokumentów i oświadczeń.

W dniu 10 czerwca 2020 r., na Platformie Zakupowej Zamawiający opublikował informację o unieważnieniu Postępowania w zakresie części 1 oraz części 2. Natomiast w dniu 23 czerwca 2020 r. Zamawiający przesłał do Odwołującego (oraz zamieścił na Platformie Zakupowej) zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z 22 czerwca 2020 r., zgodnie z którym za najkorzystniejszą w ramach części nr 3 Postępowania została uznana oferta złożona przez wykonawcę Deutsche Plasser. W zawiadomieniach tych została przekazana informacja o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Uzasadnienie faktyczne tych czynności treść:

*Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada specyfikacji SIWZ z zastrzeżeniem art. 87 ust 2 PZP zgodnie, z którym Zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe polegające na niezgodności oferty z SIWZ, ale niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Uzupełnienie formularza ofertowego oraz zawartych w nim rozwiązań fakultatywnych doprowadziłoby do wprowadzenia istotnych zmian w treści oferty.*

Odwołujący podniósł, że w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający wskazał jedynie podstawę prawną odrzucenia, tj. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W zakresie uzasadnienia faktycznego Zamawiający powtórzył treść art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp oraz wyjaśnił enigmatycznie, że: Uzupełnienie formularza ofertowego oraz zawartych w nim rozwiązań fakultatywnych doprowadziłoby do wprowadzenia istotnych zmian w treści oferty. Zdaniem Odwołującego z powyższego nie wynika jednoznacznie:

- w którym konkretnie fragmencie oferty Odwołującego Zamawiający dopatrzył się niezgodności z treścią SIWZ,
  - na czym ta niezgodność dokładnie polegała,
  - którego dokładnie postanowienia SIWZ oferta Odwołującego nie spełnia.
- Odwołujący podkreślił, że odrzucenie oferty jest najdalej idącą sankcją możliwą do zastosowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przesądza bowiem definitywnie o braku możliwości skutecznego ubiegania się o

zamówienie przez tego wykonawcę. Tym samym, czynność ta powinna być podjęta tylko w wypadku, kiedy Zamawiający ponad wszelką wątpliwość jest w stanie wykazać niezgodność oferty danego wykonawcy z treścią SIWZ i jest zobowiązany do szczegółowego opisanie tych okoliczności w ramach uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty, zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Niedopełnienie tego obowiązku stanowi naruszenie nie tylko zasady uczciwej konkurencji, ale przede wszystkim zasady przejrzystości wprowadzonej do art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, ale również zasady jawności postępowania wyrażonej w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. Uzasadnienie sporządzone w sposób lakoniczny lub ogólnikowy pozbawia wykonawcę możliwości oceny poprawności prowadzonych działań i ewentualnego ich rzeczowego zakwestionowania przez wniesienie odwołania, uchylając tym samym regulom, rządzącym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Co więcej, brak wyczerpującego uzasadnienia uniemożliwia również Izbie prawidłowe rozpoznanie ewentualnego odwołania od czynności zamawiającego odrzucającej ofertę wykonawcy.

Obowiązki informacyjne wynikają naczelnym zasad prowadzenia postępowania, tj. przede wszystkim zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania i zasady przejrzystości oraz z art. 36 ust. 1 Dyrektywy 2014/25/UE, co podkreśla się również w orzecznictwie TSUE. Zasada równego traktowania oraz obowiązek przejrzystości oznaczają między innymi, że wykonawcy powinni być traktowani jednakowo zarówno na etapie przygotowywania przez nich ofert, jak i na etapie oceny tych ofert przez zamawiającego.

Odwolujący podniósł, że uzasadnienie sporządzone przez Zamawiającego, które sprowadza się do wskazania podstawy prawnej odrzucenia oferty oraz enigmatycznego stwierdzenia o niemożności uzupełnienia formularza ofertowego oraz zawartych w nim rozwiązań fakultatywnych, powyższych wymagań z pewnością nie spełnia.

Odwolujący wskazał, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO to bezwzględnie na Zamawiającym leżał ciężar wykazania podstaw faktycznych odrzucenia oferty Odwołującego. Brak sprostania takiemu obowiązkowi nie może w konsekwencji przerzucać ciężaru oceny kwestii zgodności oferty Odwołującego z SIWZ na Izbę w toku toczącego się postępowania odwoławczego. Bowiem w przypadku nieuwzględnienia niniejszego zarzutu i przejścia do rozstrzygnięcia o merytorycznej zasadności odrzucenia oferty Odwołującego, w efekcie to Izba będzie musiała oceniać prawidłowość oferty Odwołującego, podczas gdy jest to bezsprzecznie obowiązkiem Zamawiającego, zaś Izba powinna ewentualnie orzekać co do prawidłowości przeprowadzonej przez Zamawiającego oceny tej oferty.

Ponadto Odwołujący podniósł, że przedstawianie przez Zamawiającego bardziej wyczerpującego uzasadnienia dopiero w toku postępowania odwoławczego i rozszerzanie podstawy faktycznej odrzucenia oferty Odwołującego prowadziłyby do pozbawienia Odwołującego praw, które przyznaje mu art. 182 ust. 1 ustawy Pzp, tj. odpowiednio długiego terminu na przygotowanie właściwej argumentacji w odpowiedzi na argumentację Zamawiającego w tym zakresie. Spowodowałyby to bowiem skrócenie ustawowego 10- dniowego terminu do maksymalnie 1-2 godzin, które mogłyby być przyznane Odwołującemu w celu zapoznania się ze stanowiskiem Zamawiającego w ramach ewentualnej przerwy w toku rozprawy. Umożliwienie Zamawiającemu przedstawienia wyczerpującego uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego w toku postępowania odwoławczego przeczyłoby zatem fundamentalnym zasadom stosowania środków ochrony prawnej. Tym samym, konwalidacja lakonicznego i niewyczerpującego uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego mogłaby się odbyć tylko w ramach ewentualnej ponownej tożsamej decyzji Zamawiającego w tym zakresie. Stąd konieczne jest unieważnienie zarówno czynności unieważnienia postępowania przez Zamawiającego (w zakresie części nr 1 i 2), jak i czynności odrzucenia oferty Odwołującego i ponowne szczegółowe jej zbadanie. W przypadku, w którym Zamawiający w dalszym ciągu chciałby podtrzymać swoje stanowisko, co do niezgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ, powinien przedstawić wyczerpujące wyjaśnienie tej decyzji, zaś Odwołującemu powinien ponownie przysługiwać 10- dniowy termin na wniesienie odwołania w tym zakresie.

Dalej Odwołujący podniósł, że jego oferta została złożona prawidłowo. Formularz ofertowy złożony na Platformie Zakupowej był na tyle szczegółowy i obszerny, że gwarantował Zamawiającemu uzyskanie wszelkich niezbędnych informacji do zbadania i oceny ofert. Co więcej, z wygenerowanego na Platformie Zakupowej raportu wynika, że oferta Odwołującego zawierała wszystkie niezbędne elementy umożliwiające Zamawiającemu jej ocenę, zarówno co do zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w SIWZ, jak i w ramach wskazanych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert. Przede wszystkim zaś, Odwołujący w swojej ofercie oświadczył o:

- zapoznaniu się i akceptacji Dokumentów Zamawiającego;
- akceptacji terminu wykonania zamówienia określonego przez Zamawiającego;
- akceptacji okresu gwarancji określonego przez Zamawiającego;
- potwierdzeniu terminu związania oferta określoną przez Zamawiającego;
- spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia;
- akceptacji warunków płatności określonych przez Zamawiającego.

Tym samym, oferta Odwołującego pozostawała w zgodności z SIWZ, zawierała wszystkie niezbędne elementy, nie było konieczne jej uzupełnienie, a w konsekwencji możliwa było dokonanie oceny oferty Odwołującego.

W przypadku jednak, w którym Zamawiający powziąłby wątpliwości, co do treści oferty Odwołującego zobowiązany był on w pierwszej kolejności wezwać Odwołującego do wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający nie może się przy tym zasłaniać faktem, że ewentualne wezwanie dotyczyłoby wątpliwości powstałych w ramach złożonego Formularza Ofertowego, a zatem istotnej części oferty, wezwanie w zakresie właśnie wątpliwości co do tego dokumentu (Formularza Ofertowego oraz zawartego do niego załącznika) skierował bowiem do innego wykonawcy, tj. Deutsche Plasser. Odwołujący podkreślił, że w odpowiedzi na to wezwanie doszło do modyfikacji złożonego pierwotnie przez Deutsche Plasser Formularza Ofertowego. Tym bardziej zatem bezpodstawne jest wskazywanie, że uzupełnienie formularza ofertowego oraz zawartych w nim rozwiązań fakultatywnych doprowadziły do wprowadzenia istotnych zmian w treści oferty zarówno jako uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, jak i przyczyny zaniechania wezwania Odwołującego do wyjaśnień w tym zakresie. Zdaniem Odwołującego powyższe świadczy jednoznacznie o naruszeniu zasady równego traktowania wykonawców przez Zamawiającego. Nie może on bowiem wzywać jednego wykonawcy do uzupełnień/modyfikacji swojego oświadczenia woli złożonego w ramach Formularza Oferty z uwagi na jego pozostawanie w sprzeczności z SIWZ, zaś drugiego wykonawcy nie wzywać w ogóle do wyjaśnień i co więcej - odrzucać jego ofertę z uwagi na rzekomą sprzeczność złożonego przez niego Formularza Ofertowego z SIWZ, której to sprzeczności z uwagi na istotny charakter Formularza Oferty nie da się uzupełnić (czego co prawda Odwołujący może się jedynie domyślać z lakonicznego uzasadnienia tej czynności przez Zamawiającego).

Z uwagi na powyższe, w ocenie Odwołującego nie ma podstaw do twierdzenia, że treść oferty Odwołującego jest sprzeczna z SIWZ. W przypadku jednak uznania przez Zamawiającego, że zachodzą w tym zakresie jakieś wątpliwości powinien on w pierwszej kolejności wezwać Odwołującego do wyjaśnień w tym zakresie, jak to uczynił w przypadku innego wykonawcy biorącego udział w Postępowaniu tj. Deutsche Plasser.

W zakresie części nr 3 Odwołujący podniósł zarzut niezgodności oferty Deutsche Plasser z treścią SIWZ.

Zdaniem Odwołującego, skierowane do ww. wykonawcy wezwanie z 9 czerwca 2020 r., z uwagi na swoją treść, stanowiło niedozwolone na gruncie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp negocjacje pomiędzy zamawiającym, a wykonawcą dotyczące złożonej oferty. Zgodnie bowiem z dodatkowym Formularzem Oferty złożonym przez Deutsche Plasser jako załącznik do Formularza Oferty złożonego zgodnie z SIWZ na Platformie Zakupowej Zamawiającego, wykonawca ten na str. 4 pkt 6 ppkt 3 lit. c) jednoznacznie wskazał, że w ramach części 3 zamówienia nie oferuje zmniejszenia częstotliwości wibracji agregatów minimum o 20%. W związku z powyższym, jego oferta wprost nie spełniała wymogu wskazanego przez Zamawiającego w pkt 3.1 opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ (OPZ) zgodnie z którym: *Wymagane jest zregenerowanie agregatów podbijających (4 szt.) oraz przystosowanie ich do pracy z zmienną częstotliwością wibracji zgodnie z pkt 2.1. ppkt 3 z zmniejszeniem częstotliwości drgań do 28 Hz po wysunięciu podbijaków z podsypki do położenia spoczynkowego.* Odwołujący podkreślił, że bez znaczenia w tym kontekście pozostaje powołane przez Zamawiającego ogólne oświadczenie złożone przez Deutsche Plasser (str. 4 pkt 12 dodatkowego Formularza Ofertowego), że wykonawca ten zapoznał się z postanowieniami projektu umowy, stanowiącym Załącznik nr 2 do SIWZ i zobowiązuje się w przypadku wyboru jego oferty, do zawarcia umowy zgodnej z niniejszą ofertą, na warunkach określonych w SIWZ, którego częścią składową jest wyżej wymieniony OPZ. W ocenie Odwołującego zupełnie inaczej przedstawia się sytuacja wykonawcy, który nie przedstawił wymaganej informacji w formularzu oferty, jednak złożył oświadczenie ogólne, z którego da się wywieść chęć wykonawcy zaoferowania przedmiotu zamówienia zgodnego z wymaganiami zamawiającego od wykonawcy, który co prawda złożył tożsame

oświadczenie ogólne, jednak w późniejszym uszczegóławianiu swojej oferty wprost zakomunikował, że nie będzie ona spełniała jednego z wymogów wskazanych w dokumentacji postępowania.

Zdaniem Odwołującego wykonawca Deutsche Plasser, wskazując Formularzu Ofertowym, że w ramach części 3 zamówienia nie oferuje zmniejszenia częstotliwości wibracji agregatów minimum o 20%, ostatecznie przesądził o niezgodności swojej oferty z wymaganiami wskazanymi przez Zamawiającego w OPZ. Jednocześnie Deutsche Plasser nie może się zasłaniać faktem, że zaznaczona odpowiedź „NIE” była wynikiem błędu. Od profesjonalnych podmiotów funkcjonujących na danym rynku oczekuje się bowiem dołożenia należytej staranności i odpowiedzenia, na każde z jedynie 5 pytań dotyczących zakresu oferowanego świadczenia dla części nr 3 Postępowania, zgodnie z intencją wykonawcy.

Na marginesie Odwołujący stwierdził, że zaoferowana przez wykonawcę Deutsche Plasser cena za wykonanie części nr 3 zamówienia przemawia za tym, że brak zaoferowania pełnego wymaganego zakresu robót w tej części nie był jedynie błędem w zaznaczeniu odpowiedzi przez Deutsche Plasser. Część nr 3 zamówienia (mimo, że dotyczy tożsamyh prac i tożsamyh agregatów) została bowiem wyceniona na znacznie niższym poziomie (kwota 1.396.757,25 PLN), niż dwie pozostałe części zamówienia (kwota 1.653.304,50 PLN), w ramach których wykonawca Deutsche Plasser wprost oświadczył, że w zakres zaoferowanych robót wejdzie zmniejszenie częstotliwości wibracji agregatów minimum o 20%. Fakt ten zatem przemawia za tym, że brak zaoferowania pełnego wymaganego zakresu robót w ramach części nr 3 zamówienia nie był jedynie błędem, czy też omyłką w zaznaczeniu odpowiedzi na pytanie zawarte w dodatkowym Formularzu Oferty, a raczej oświadczeniem zgodnym z intencją tego wykonawcy, co do zaoferowania mniejszego zakresu prac w tej części, niż w dwóch pozostałych częściach.

Odwołujący podkreślił, że przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp ma służyć wyjaśnieniu wątpliwości zamawiającego. W niniejszej zaś sprawie wątpliwości Zamawiającego nie budził fakt niezaoferowania przez Deutsche Plasser obniżenia wibracji agregatów do wymaganego w OPZ poziomu, kwestia ta była bowiem jednoznacznie wyrażona w treści oferty tego wykonawcy, o czym świadczą argumenty przytoczone powyżej. A zatem jakiegokolwiek dopytywanie, czy wyjaśnienia w tym zakresie prowadziłyby do ukształtowania przez Zamawiającego nowego oświadczenia woli wykonawcy Deutsche Plasser, co jest niedozwolone z punktu widzenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz zakazu prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty. Co więcej oświadczenia złożonego przez Deutsche Plasser w zakresie oferowanego świadczenia Zamawiający nie może poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że przykładami elementów oświadczenia woli, których zmiana w efekcie prowadzi do niedozwolonej negocjacji treści oferty wykonawcy, są m.in. parametry techniczne urządzeń, które określają jego rodzaj, typ i model, a także jego właściwości, bądź też brak zaoferowania w pojeździe poręczy przy drzwiach w przypadku takiego wymagania w opisie przedmiotu zamówienia. Kluczowe znaczenie zatem mają właściwości i zakres oferowanego przedmiotu zamówienia, które były wymagane zgodnie z dokumentacją w postępowaniu. Przypadek niezaoferowania przez Deutsche Plasser pełnego oczekiwanego przez Zamawiającego zakresu prac, stanowi o niezgodności z SIWZ, która nie może być konwalidowana. Doprowadziłoby to bowiem do wytworzenia zupełnie odmiennego, nowego oświadczenia woli wykonawcy w przedmiocie zakresu oferowanego świadczenia, co jest zakazane na gruncie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Tym bardziej zatem złożone wprost oświadczenie o niespełnianiu wymogów wskazanych w OPZ przez oferowane świadczenie nie może być poprawione przez Zamawiającego na oświadczenie o zupełnie odmiennej treści.

W ocenie Odwołującego, zaznaczenie odpowiedzi „NIE” mogło być podyktowane nie omyłkowym charakterem tego zaznaczenia, a wyrażeniem rzeczywistej woli wykonawcy w tym zakresie. Wykonawca mógł bowiem popełnić błąd nie na etapie wyrażania swojego oświadczenia woli (tj. poprzez zaznaczenie odpowiedzi na pytanie w dodatkowym Formularzu Ofertowym), a już na znacznie wcześniejszym etapie kształtowania tego oświadczenia. Zgodnie bowiem z zapisem pkt 3.1. OPZ wymagane było zaoferowane zmniejszenia częstotliwości drgań agregatów do 28 Hz. Pytanie zaś dotyczyło tego, o ile % wykonawca zamierza zmniejszyć częstotliwość tych drgań. Wykonawca Deutsche Plasser mógł zatem popełnić błąd podczas przyjętych założeń na cele przygotowanej oferty i przykładowo przypuszczać, że zmniejszenie częstotliwości wibracji już o 10% da wymaganą w OPZ wartość, do której częstotliwości te muszą być zmniejszone, tj. 28 Hz. W tym wypadku ewentualna poprawa oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie mogłaby korygować tego typu błędu, miałyby ona bowiem na celu odtworzyć istniejące w momencie składania oferty

oświadczenie woli wykonawcy, nie zaś korygowanie ewentualnych błędnych założeń które poczynił dany wykonawca celem przygotowania tego oświadczenia (oraz późniejszej wyceny zaoferowanego świadczenia). Nawet zatem, jeżeliby przyjąć, że poprawa oświadczenia złożonego przez Deutsche Plasser mogłaby się odbyć w oparciu o złożone przez tego wykonawcę ogólne oświadczenie o chęci wykonania zamówienia zgodnie z SIWZ, to i tak Zamawiający nie posiada żadnej pewności, że w efekcie dojdzie do odtworzenia rzeczywistego istniejącego w momencie składania oferty oświadczenia woli Deutsche Plasser, a nie powstania zupełnie nowego oświadczenia woli, którego wykonawca Deutsche Plasser nie posiadał w momencie składania oferty, bowiem pozostawał w błędnym przekonaniu, że złożone pierwotnie oświadczenie woli odpowiada wymaganiom Zamawiającego.

W związku z powyższym poprawienie oferty Deutsche Plasser poprzez zmianę jego odpowiedzi na pytanie, czy oświadcza dla zadania nr 3 zmniejszenie częstotliwości wibracji minimum o 20% z „NIE” na „TAK” jest niezgodne z dyspozycją art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W konsekwencji oferta Deutsche Plasser jest obarczona niezgodnością z SIWZ i jako taka powinna podlegać odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Na wypadek nieuwzględnienia powyższego zarzutu Odwołujący podniósł zarzut zaniechania wezwania wykonawcy Deutsche Plasser do wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny zaoferowanej w ramach części nr 3 zamówienia, mimo że wyjaśnienia dotyczące treści oferty złożone przez tego wykonawcę w dniu 9 czerwca 2020 r. wzbudzały wątpliwość co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia w ramach części nr 3 zamówienia za zaoferowaną przez Deutsche Plasser cenę.

Odwołujący wskazał, że w złożonych wyjaśnieniach wykonawca Deutsche Plasser wprost wskazał, że: w zadaniu nr 3 założono naprawę agregatu pochodzącego z zadania 1 lub 2 (czas realizacji naprawy wynosi wówczas 8 tygodni). Naprawa agregatu bez wymiany, to zmniejszone poniesione koszty jednostkowe - dlatego też zadanie nr 3 jest korzystniejsze cenowo.

Zdaniem Odwołującego z powyższego wynika, że kalkulując cenę ofertową dla zamówienia objętego częścią nr 3 Deutsche Plasser przyjął założenie, że będzie realizować również część nr 1 i 2 postępowania. Odwołujący podniósł, że powyższe założenie było błędne gdyż już w dniu 10 czerwca 2020 r. (czyli dzień po złożeniu tego oświadczenia przez Deutsche Plasser) Zamawiający unieważnił postępowanie w zakresie części nr 1 i 2. Czynność ta, co prawda jest kwestionowana przez Odwołującego odwołaniem z dnia 22 czerwca 2020 r., jednak ewentualne jego uwzględnienie doprowadzi do wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w ramach części nr 1 i 2, nie zaś oferty Deutsche Plasser. O ile cena oferty Odwołującego dla części 1 i 2 mieści się w kwocie, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, to cena oferty Deutsche Plasser - zarówno dla części 1 i 2 - tę kwotę przekracza. Tym samym, założenie przyjęte przez Deutsche Plasser na cele kalkulacji ceny ofertowej dla części nr 3 zamówienia było błędne, a zatem wyliczenie tej ceny również pozostaje błędne i niewłaściwe dla wskazanego w części nr 3 zakresu zamówienia. Zgodnie bowiem z rozdziałem XVIII pkt 3 SIWZ: Poszczególne ceny jednostkowe każdej pozycji Formularza Ofertowego powinny uwzględniać wszelkie koszty pośrednie i bezpośrednie związane z realizacją danej pozycji i nie mogą być przenoszone do innych pozycji. Ponadto w ramach części nr 3 zamówienia konieczne było zrealizowanie tożsamego zakresu robót w stosunku do tożsamych agregatów, co w ramach części nr 1 i 2 zamówienia. Roboty we wszystkich trzech części powinny zatem zostać wyliczone na podobnym, jak nie tym samym, poziomie. Świadczy o tym chociażby cena ofertowa zaoferowana przez Odwołującego taka sama dla wszystkich trzech części zamówienia tj. 1.588.903,77 PLN, jak i oszacowana przez Zamawiającego kwota, jaką zamierza on przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia również identyczna dla wszystkich trzech części, tj. 1.592.233,02 PLN.

Tak ukształtowane założenia do wyliczenia ceny ofertowej w części 3 zamówienia powinny były obiektywnie wzbudzić wątpliwości Zamawiającego z punktu widzenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jak i ewentualnie art. 87 ust. 1 PZP, czyli skutkować wezwaniem Deutsche Plasser do wyjaśnień co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną ostatecznie cenę oraz o możliwość uwzględnienia w tej cenie wszystkich wymaganych SIWZ elementów (co może być wątpliwe w szczególności z uwagi na różnicę z cenami ofertowymi wskazanymi dla dwóch pozostałych części zamówienia).

Zdaniem Odwołującego, o tym, że w niniejszym Zamawiający był zobowiązany do zastosowania wobec Deutsche Plasser art. 90 ust. 1 ustawy Pzp świadczy jednoznacznie oświadczenie złożone przez tego wykonawcę w ramach

wyjaśnień z dnia 9 czerwca 2020 r., które obiektywnie może budzić uzasadnione wątpliwości. W tym przypadku nie ma żadnego znaczenia, że cena oferowana przez Deutsche Plasser nie jest objęta dyspozycją art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, tj. nie jest niższa o 30% wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej wszystkich ofert złożonych. Do wystąpienia obowiązku zwrócenia się o udzielenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, wystarczy samo powzięcie przez zamawiającego uzasadnionych wątpliwości co do ceny zaoferowanej przez wykonawcę w postępowaniu, nawet w przypadku, gdy nie został wypełniony próg z art. 90 ust. 1a ustawy Pzp. Zamawiający, u którego zrodziły się jakiegokolwiek wątpliwości co do treści oferty zwycięskiego oferenta, jest zatem wprost zobowiązany (ze względu na regułę należytej staranności), a nie tylko uprawniony, do żądania wyjaśnień od wykonawcy. Zamawiający nie może tym samym rezygnować z wyjaśnienia budzących jego wątpliwości treści oferty.

Odwołujący, w zakresie części nr 1 i 2 zamówienia, wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

-unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz odrzucenia oferty Odwołującego;

-ponowienia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

ewentualnie:wezwania ..... Odwołującego ..... do ... wyjaśnień ..... treści ..... oferty ..... i .. ewentualne poprawienie w ofercie Odwołującego omyłek wskazanych w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

W zakresie części nr 3 zamówienia Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

-unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Deutsche Plasser;

-unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

-ponowienie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

ewentualnie:wezwania ..... Odwołującego ..... do ... wyjaśnień ..... treści ..... oferty ..... i .. ewentualne poprawienie w ofercie Odwołującego omyłek wskazanych w art. 87 ust. 2 ustawy;

-odrzucenie oferty wykonawcy Deutsche Plasser, ewentualnie: wezwania ww. wykonawcy do przedstawienia wyjaśnień, w tym przedstawienia dowodów, dotyczących sposobu wyliczenia ceny.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Deutsche Plasser Bahnbaumaschinen GmbH Oddział w Polsce, wnosząc o oddalenie odwołania.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła, co następuje:***

Zgodnie z rozdz. IV SIWZ przedmiotem zamówienia jest wykonanie modernizacji 3 szt. agregatów podbijających na kolejowych podbijarkach rozjazdowych typu UNIMAT 08475 4S. 2. Zamówienie podzielone jest na zadania:

Zadanie nr. 1 - Modernizacja zespołów roboczych - agregatów podbijających z UNIMAT 08475 4S nr fabryczny 1054 wraz z montażem cyfrowej rejestracji parametrów pracy agregatów;

Zadanie nr. 2 - Modernizacja zespołów roboczych - agregatów podbijających z UNIMAT 08475 4S nr fabryczny 1056 wraz z montażem cyfrowej rejestracji parametrów pracy agregatów. 3).

Zadanie nr. 3 - Modernizacja zespołów roboczych - agregatów podbijających z UNIMAT 08475 4S nr fabryczny 1052 wraz z montażem cyfrowej rejestracji parametrów pracy agregatów.

Rozdział XV SIWZ (Forma dokumentów i oświadczeń) stanowi m.in.:

Pkt 3. Formularz Ofertowy jest przygotowywany i podpisany bezpośrednio na Platformie Zakupowej, pozostałe dokumenty i oświadczenia Wykonawca sporządza i podpisuje poza Platformą Zakupową.

Pkt 4. Ofertę oraz oświadczenie sporządzane w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia Wykonawca sporządza w oryginale w formie dokumentu elektronicznego.

Pkt 5. Pozostałe dokumenty i oświadczenia Wykonawca sporządza w formie dokumentu elektronicznego podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym lub elektronicznej kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem, zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126 ze zm.).

Zgodnie z rozdz. XVI pkt 2 SIWZ, ofertę należy przygotować i złożyć ściśle według wymagań określonych w SIWZ, za pośrednictwem Platformy Zakupowej Zamawiającego, dostępnej pod adresem: .

Obok złożenia formularza oferty wypełnianego na platformie zakupowej Zamawiający przewidział złożenie przez

wykonawców załącznika nr 8 do SIWZ - Formularz oferty, wraz z uzupełnionymi Załącznikami nr 1-3 do Formularza oferty - Wykaz cenowy modernizacji agregatów oraz wypełniony załącznik nr 4 do Formularza oferty - Harmonogram (rozdz. XII SIWZ). W załączniku nr 8 do SIWZ, obok danych wykonawcy i cen, należało w odniesieniu do każdego zadania złożyć oświadczenie (Tak/nie) w następującym zakresie:

a) Zastosowanie siłowników pulsacyjnych w celu całkowitego wyeliminowania mas i wałów wirujących dla uzyskania wibracji agregatów. TAK/NIE

b) Całkowite wyeliminowanie wibracji. TAK/NIE

c) Zmniejszenie częstotliwości wibracji minimum o 20%. TAK/NIE

d) Zastosowanie automatycznej optymalizacji zagęszczania podsypki adekwatnie do oporów wynikających z jej stanu, struktury i ilości zalegania w torze. TAK/NIE

e) Zastosowanie rejestracji jednorodności zagęszczania. TAK/NIE.

Ww. oświadczenia z punktów a, b, d i e dotyczą wymagań fakultatywnych, stanowiących kryteria oceny ofert, oświadczenie z punktu c dotyczy wymagania określonego w OPZ jako obligatoryjne.

Ponadto załącznik nr 8 do SIWZ - Formularz oferty zawiera oświadczenia o zapoznaniu się z ogłoszeniem o zamówieniu i treścią SIWZ oraz o akceptacji jej treści bez zastrzeżeń oraz o zamiarze zrealizowania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonym w SIWZ

Formularz zawiera również oświadczenia dotyczące:

-akceptacji warunków płatności,

-obowiązku podatkowego zamawiającego,

-polegania na zasobach innych podmiotów,

-zamiarze powierzenia realizacji części zamówienia podwykonawcom,

-terminu związania ofertą,

-zapoznania się z projektem umowy i zobowiązania się do jej zawarcia oraz do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy,

-osoby wyznaczonej do kontaktu z zamawiającym,

-formy wadium

-zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa,

-zapoznania się z klauzulą informacyjną RODO.

W załącznikach nr 1-3 do formularza oferty należało podać oferowaną cenę, w rozbiciu na jednostkową, wartość netto, wartość VAT i cenę brutto odrębnie dla zamówienia podstawowego oraz dla zamówienia objętego prawem opcji.

W rozdz. XVI SIWZ Zamawiający zamieścił m.in. następujące postanowienia:

ust. 11:Wykonawca podpisuje Formularz Ofertowy kwalifikowanym podpisem

elektronicznym za pośrednictwem mechanizmu wbudowanego w Platformie Zakupowej. Wymagania techniczne złożenia podpisu elektronicznego za pomocą mechanizmu wbudowanego w Platformie określa rozdział XVII ust. 4 pkt 5 SIWZ. UWAGA! Podpisanie Formularza Ofertowego zgodnie z ust 11 nie jest równoznaczne z podpisaniem załączników dołączanych do Formularza, o których mowa w ust. 10. Załączniki, o których mowa w ust. 10 należy przygotować i podpisać odrębnie, zgodnie z wymaganiami określonymi w rozdziale XV.

ust. 12. Potwierdzeniem prawidłowego złożenia oferty jest otrzymanie przez Wykonawcę stosownego komunikatu na Platformie Zakupowej oraz raport który Wykonawca może wygenerować na Platformie po prawidłowym złożeniu oferty za pomocą akcji wygeneruj raport. 1) Na wygenerowanym raporcie wykonawca może zweryfikować poprawność danych wprowadzonych na Formularzu Ofertowym, w tym cenę oferty. 2) W przypadku próby wygenerowania raportu w nowej sesji przeglądarki internetowej, niezbędnym jest podanie hasła o którym mowa w ust. 9 pkt 4 SIWZ. UWAGA! Zamawiający zaleca weryfikację danych złożonej oferty w sposób podany wyżej, w celu sprawdzenia czy ewentualnie nie występują w niej błędy.

ust. 13. Zamawiający zaleca aby Wykonawca zamierzający złożyć ofertę w Postępowaniu przystąpił do jej

przygotowania i złożenia, uwzględniając czas niezbędny do prawidłowego wykonania wszystkich czynności opisanych w niniejszej SIWZ

Z dokumentacji postępowania wynika, że Odwołujący wypełnił formularz oferty na platformie zakupowej oraz złożył dokumenty, w tym m.in. JEDZ, dokumenty podmiotowe oraz załączniki nr 1-3 do formularza oferty. W formularzu oferty Odwołujący wypełnił tabelę dotyczącą kryteriów oceny ofert w następujący sposób:

Kryteria oceny ofert				
Lp.	Nazwa	Waga	Jednostka	Wartość
1.	Cena	70.00%		Suma pozycji netto: 1 291 791,68 PLN Suma pozycji brutto: 1 588 903,77 PLN
2.	Zastosowanie siłowników pulsacyjnych w celu całkowitego wyeliminowania mas i wałów wirujących dla uzyskania wibracji agregatów	10.00%		473 000,00 581 790,00
3.	Całkowite wyeliminowanie wibracji	4.00%	-	43 000,00 52 890,00
4.	Automatyczna optymalizacja zagęszczania podsypki adekwatnie do oporów wynikających z jej stanu, struktury i ilości zalegania w torze	8.00%		43 000,00 52 890,00
5.	Rejestracja jednorodności zagęszczania	8.00%	-	38 700,00 47 601,00

Odwołujący nie złożył załącznika nr 8 do SIWZ - Formularz oferty.

Pismem z 10 czerwca 2020 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego w zakresie zadań nr 1 i 2 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, przedstawiając uzasadnienie następującej treści:

*Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada specyfikacji SIWZ z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 Ustawy zgodnie, z którym Zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe polegające na niezgodności oferty z SIWZ, ale niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Uzupełnienie formularza ofertowego oraz zawartych w nim rozwiązań fakultatywnych doprowadziłoby do wprowadzenia istotnych zmian w treści oferty.*

Jednocześnie Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Pismem z 22 czerwca 2020 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego w zakresie zadania nr 3, przedstawiając uzasadnienie następującej treści:

*Oferta odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy PZP. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada specyfikacji SIWZ z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 Ustawy zgodnie, z którym Zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe polegające na niezgodności oferty z SIWZ, ale niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Uzupełnienie formularza ofertowego oraz zawartych w nim rozwiązań fakultatywnych doprowadziłoby do wprowadzenia istotnych zmian w treści oferty.*

Jednocześnie Zamawiający poinformował o wyborze oferty Deutsche Plasser Bahnbaumaschinen GmbH Oddział w Polsce jako najkorzystniejszej.

Ponadto w zakresie części nr 3 Iżba ustaliła, że w punkcie 3.1 OPZ Zamawiający podał wymagania dotyczące technologii pracy modernizacji:

- 1) Wymagane jest zregenerowanie agregatów podbijających (4 szt.) oraz przystosowanie ich do pracy z zmienną częstotliwością wibracji zgodnie z pkt.2.1 ppkt.3 z zmniejszeniem częstotliwości drgań do 28 HZ po wysunięciu podbijaków z podsypki do położenia spoczynkowego,
- 2) FAKULTATYWNIE Preferowana jest przebudowa agregatów podbijających, (4 szt.) na technologię w pełni hydrauliczną do pracy z zmienną częstotliwością wibracji, obejmującą co najmniej zabudowę siłowników „pulsacyjnych” sterowanych zaworami, zastępujących wały wiracyjne i koła zamachowe generujące drgania podbijaków agregatu, oraz przystosowanie układu hydraulicznego zasilania agregatu do zastosowanej technologii pracy agregatów.

Przystępujący zaoferował wykonanie zadania nr 3 za cenę całkowitą 1.396.757,30 zł. W złożonym formularzu oferty ww. wykonawca złożył m.in. następujące oświadczenie:

3). Dla zadania nr 3:

a) Zastosowanie siłowników pulsacyjnych w celu całkowitego wyeliminowania mas i wałów wirujących dla uzyskania wibracji agregatów. TAK/NIE

b) Całkowite wyeliminowanie wibracji. TAK/NIE

c) Zmniejszenie częstotliwości wibracji minimum o 20%. TAK/NIE

d) Zastosowanie automatycznej optymalizacji zagęszczania podsypki adekwatnie do oporów wynikających z jej stanu, struktury i ilości załęgania w torze. TAK/NIE

e) Zastosowanie rejestracji jednorodności zagęszczania. TAK/NIE

Pismem z 9 czerwca 2020 r. Zamawiający wystosował do Przystępującego następujące wezwanie do wyjaśnień:

*W związku z tym, że*

*Wykonawca w zał. 8 do SIWZ - Formularz ofertowy str. 4 pkt. 6 ppkt. 3 litera c) zmniejszenie częstotliwości wibracji minimum o 20% oznaczył NIE, co oznacza deklarację o braku zmniejszenia częstotliwości wibracji do poziomu 28Hz*

*Zgodnie z zapisem OPZ pkt. 3 ppkt. 3.1 wymagane jest zmniejszenia częstotliwości drgań do 28Hz po wysunięciu podbijaków z podsypki do położenia spoczynkowego".*

*Wykonawca w zał. nr 8 do SIWZ - Formularz ofertowy, str. 4 pkt. 12 złożył oświadczenie, że zapoznał się z postanowieniami projektu umowy, stanowiącym Załącznik nr 2 do SIWZ i zobowiązuje się w przypadku wyboru jego oferty, do zawarcia umowy zgodnej z niniejszą ofertą, na warunkach określonych w SIWZ, którego częścią składową jest wyżej wymieniony OPZ,*

*Uprzejmie prosimy o wyjaśnienie wyżej wymienionej nieścisłości.*

*Dodatkowo prosimy o wyjaśnienie jak należy rozumieć podany w harmonogramie czas wykonywania modernizacji, tj.*

*Czy czas zakreślony w harmonogramie oznacza czas realizacji zadania?*

*Czy oznacza to czas wyłączenia maszyny z użytkowania i przekazania jej do dyspozycji Wykonawcy na cały okres realizacji zadania?*

Przystępujący złożył wyjaśnienia następującej treści:

*- w formularzu ofertowym Zał. nr 8 do SIWZ błędnie zaznaczyłem odpowiedź „NIE” w Punkcie 6 ppk. 3) c) „Zmniejszenie częstotliwości wibracji o minimum 20”. Powinno być zaznaczone - „TAK”. Oświadczam, że świadomie potwierdziłm się z warunkami SIWZ, OPZ oraz z wzorem umowy i akceptujemy wszystkie warunki postępowania, wymagane przez Państwa. Ze szczególnym uwzględnieniem punktu 2. Wymagane parametry i funkcjonalność zespołu roboczego i ppk. 2.2. 2) i 6). Zaznaczenie opcji „NIE” w pkt. 6 wynika jedynie z pomyłki. Zwracam się do Państwa z uprzejmą prośbą*

*Uznanie tego błędu jako omyłki - niepowodującej istotnych zmian w treści oferty.*

*- oświadczam również, że planując harmonogram prac w zadaniu 1 i 2 uwzględniliśmy przygotowanie wymiennych agregatów (czas realizacji naprawy agregatu maksymalnie 1 tydzień), natomiast w zadaniu nr 3 założono naprawę agregatu pochodzącego z zadania*

*1 lub 2 (czas realizacji naprawy wynosi wówczas 8 tygodni). Naprawa agregatu bez wymiany, to zmniejszone poniesione koszty jednostkowe - dlatego też zadanie nr 3 jest korzystniejsze cenowo. Brak wymiany wydłuża jednak czas realizacji i wyłączenia z eksploatacji maszyny. Szczegółowy plan realizacji 3 zadań przedstawiam Państwu na zmodyfikowanym dla celów oświadczenia dokumencie, Zał. 4 do formularza oferty-GANT.*

W protokole postępowania w punkcie 16.2 Zamawiający nie podał informacji, czy zastosowano art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

**Izba zważyła, co następuje:**

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy

Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Odwołania zasługują na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odrzucając ofertę Odwołującego w częściach 1-3 Zamawiający naruszył przepisy art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Wyraźnego podkreślenia wymaga, że zasadność czynności odrzucenia podlega ocenie Izby w kontekście okoliczności faktycznych i prawnych przedstawionych przez zamawiającego w uzasadnieniu tej czynności. Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone i powodach odrzucenia oferty. Przywołany przepis, stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na zamawiającego obowiązek zakomunikowania wykonawcom, dlaczego uznał, że dana oferta podlega odrzuceniu, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn odrzucenia oferty. To na podstawie informacji przekazanej zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie - jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować. W związku z powyższym zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność odrzucenia oferty może być oceniana wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez zamawiającego przedstawione jako uzasadniające odrzucenie oferty. Ocena dokonywana przez Izbę w tym zakresie nie może więc wykraczać poza uzasadnienie przedstawione przez zamawiającego i polegać na badaniu istnienia podstaw do odrzucenia oferty w szerszym aspekcie.

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający podał jednozdaniowe uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego, stwierdzając, że uzupełnienie formularza ofertowego oraz zawartych w nim rozwiązań fakultatywnych doprowadziłoby do wprowadzenia istotnych zmian w treści oferty. Uzasadnienie takie w najmniejszym stopniu nie spełnia wymagań nałożonych na Zamawiającego przepisem art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Nie wynika z niego, co dokładnie było przyczyną odrzucenia oferty Odwołującego. Z uzasadnienia tego nie sposób powziąć wiedzy, między którym elementem oferty a którym postanowieniem SIWZ Zamawiający dostrzegł niezgodność oraz dlaczego ta niezgodność nie podlega poprawieniu i musi prowadzić do odrzucenia oferty. Taki sposób uzasadnienia czynności odrzucenia nie daje ani wykonawcy, ani Izbie, możliwości zweryfikowania prawidłowości tej czynności.

Uzasadnienie, które przedstawił Zamawiający jest tak dalece niewystarczające i enigmatyczne, że nawet wnikliwa analiza dokumentacji postępowania nie mogła dać pewności, jakie okoliczności faktyczne stanowiły podstawę odrzucenia oferty Odwołującego i dlaczego. Na podstawie akt sprawy można było jedynie próbować domyślać się, dlaczego oferta została odrzucona. Przykładowo powiązanie okoliczności, że Odwołujący nie złożył załącznika nr 8 do SIWZ z czynnością odrzucenia, mogło sugerować, że to brak tego załącznika stanowił dla Zamawiającego niezgodność z SIWZ. Jak jednak wynika ze stanowiska Zamawiającego przedstawionego dopiero w postępowaniu odwoławczym, przyczyna ta była inna i dotyczyła sposobu wypełnienia w formularzu elektronicznym tabeli dotyczącej kryteriów oceny oferty. Zatem nawet tak zasadnicza dla sprawy okoliczność nie została wyartykułowana w uzasadnieniu odrzucenia, nie mówiąc bardziej szczegółowych kwestiach, w tym dlaczego - zdaniem Zamawiającego - Odwołujący nie złożył oświadczeń na temat rozwiązań fakultatywnych oraz dlaczego stwierdzony przez Zamawiającego brak miał skutkować odrzuceniem oferty, a nie jedynie nieprzyznaniem punktów za te fakultatywne rozwiązania.

Nie sposób zaaprobować stanowiska Zamawiającego, że nawet przy tak lakonicznym uzasadnieniu odrzucenia oferty wykonawca - jako profesjonalista - powinien wiedzieć, dlaczego jego oferta została odrzucona. Jak już wyżej wskazano, przyczyny odrzucenia oferty nie mogą pozostawać w sferze domysłów wykonawcy, który ma ustawowo gwarantowane prawo do rzetelnej i wyczerpującej informacji na temat przyczyn podjęcia decyzji o odrzuceniu jego oferty.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że przedstawione przez Zamawiającego uzasadnienie odrzucenia oferty w najmniejszym nawet stopniu nie odpowiada wymaganiom wynikającym z ustawy i stanowi rażące naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

W konsekwencji zasadny jest również zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego. Skoro czynność ta podlega ocenie w granicach podstaw faktycznych zakomunikowanych wykonawcy przez Zamawiającego (a tym samym tylko w takim zakresie mogło być przedmiotem odwołania), to odrzucenie oferty Odwołującego w kontekście przedstawionego uzasadnienia należało uznać za niezasadne.

Izba nie mogła natomiast ocenić czynności odrzucenia z uwzględnieniem okoliczności, które zostały przez Zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie. Dopiero z tego stanowiska wynika, że przyczyną odrzucenia oferty była następująca okoliczność: Z dołączonego do odwołania przez System 7 Railtechnology GmbH formularza ofertowego wynika na str. 4 w tabeli Kryteria oceny ofert punkty 2 do 5 w sposób niebudzący jakiegokolwiek wątpliwości, że zostały wypełnione w sposób niezgodny z SIWZ. To znaczy zamiast wpisać albo wyraz: TAK albo wyraz: NIE przy danym rozwiązaniu fakultatywnym (w kryterium oceny ofert) Odwołujący wpisał niezrozumiałe dla Zamawiającego ciągi cyfr.

Stanowisko Zamawiającego należy uznać za spóźnioną próbę uzupełnienia uzasadnienia odrzucenia oferty, a argumenty przedstawione w jej ramach nie mogą być uwzględnione jako uzasadniające kwestionowaną w odwołaniu czynność. Uwzględnienie tych argumentów wymagałoby bowiem wyjścia poza podstawy faktyczne odrzucenia wyrażone przez Zamawiającego w uzasadnieniu tej czynności.

Izba w pełni podziela stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 r., XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy, sygn. akt sygn. akt XXIII Ga 416/11, że(...) Z punktu widzenia Zamawiającego, oznacza to że nie może on zmienić ani rozszerzać podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania po wniesieniu przez tego drugiego odwołania. W świetle związania KIO, Sądu Okręgowego i Odwołującego zarzutami podniesionymi w odwołaniu, sprzeczne z naczelną zasadą postępowania cywilnego, jaką jest zasada równouprawnienia stron, byłoby dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu Odwołującego. Wobec związania swoimi zarzutami, Odwołujący nie mógłby bowiem odnieść się do nowych okoliczności przedstawionych przez Zamawiającego, po wniesieniu odwołania. Z tych względów postępowanie Zamawiającego, polegające na przedstawieniu nowych dowodów w odpowiedzi na odwołanie i skardze, nie można traktować jedynie jako rozszerzenia argumentacji zawartej w decyzji o wykluczeniu. Powyższej wykładni nie podważa zasada ekonomiki procesowej ani zasada dyspozycyjności formalnej czyli rozporządzania przez stronę czynnościami procesowymi. Zasady te aczkolwiek ważne, nie mogą mieć charakteru dominującego. Z punktu widzenia naczelnych zasad postępowania cywilnego z pewnością ważniejszą rolę odgrywa zasada równouprawnienia stron a dokładniej zasada równości środków procesowych. Podsumowując, skoro Odwołujący - wykonawca był związany swoimi zarzutami zawartymi w odwołaniu to również Zamawiający był związany podstawą faktyczną decyzji od której to odwołanie wniesiono. Dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji przez Zamawiającego uniemożliwiłoby jednocześnie Odwołującemu - wykonawcy przedstawienie zarzutów, co do tych nowych okoliczności. Wobec tego dowody zgłoszone przez Zamawiającego jako dotyczące okoliczności związanych z rozszerzoną podstawą faktyczną decyzji o wykluczeniu, nie mogły zostać uwzględnione (...).

Istotne dla rozpoznawanej sprawy jest też stanowisko Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wyrażone w wyroku z 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 Uniplex, w którym TSUE wskazuje: W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 państwa członkowskie są zobowiązane do zapewnienia, iż sprzeczne z prawem decyzje instytucji zamawiających mogą skutecznie i możliwie szybko podlegać odwołaniu. Tymczasem fakt, że kandydat lub oferent dowiaduje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatom lub oferentom wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania. Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do występowania ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania. Wynika z tego, że cel założony w art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665, jakim jest zagwarantowanie skutecznych środków odwoławczych w razie naruszenia przepisów obowiązujących w zakresie zamówień publicznych, może zostać osiągnięty, wyłącznie jeśli bieg terminów wyznaczonych do wniesienia takich środków odwoławczych rozpoczyna się od dnia, w którym skarżący dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o

podnoszonym naruszeniu rzeczonych przepisów.

W związku z powyższym Izba nie mogła ocenić doprecyzowanych dopiero w postępowaniu odwoławczym podstaw odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający zobowiązany jest poddać ofertę Odwołującego ponownemu badaniu i ocenie. Jednocześnie Izba wskazuje, że Zamawiający powinien dokonać tej oceny z uwzględnieniem treści stosownych postanowień SIWZ, opracowanego przez siebie e-formularza oferty, a także okoliczności, że Odwołujący złożył wraz z ofertą opisy oferowanych rozwiązań fakultatywnych i podał ich wartość. Ponadto, nawet w sytuacji, gdyby Zamawiający mimo ww. okoliczności stwierdził, że Odwołujący nie złożył prawidłowo oświadczeń w zakresie rozwiązań fakultatywnych, powinien zostać poddany analizie ewentualny skutek takiego braku. Zauważenia wymaga bowiem, że podczas rozprawy pełnomocnik Zamawiającego na pytanie Izby, czy brak taki stanowi podstawę odrzucenia oferty czy jedynie nieprzyznanie punktów za rozwiązania fakultatywne, oświadczył, że nie jest to podstawa do odrzucenia oferty.

W ocenie Izby zasadny okazał się zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że nie była kwestią sporną okoliczność, że realizacja wymagania wynikającego z punktu 3.1 OPZ (zmniejszenie częstotliwości drgań do 28 HZ po wysunięciu podbijków z podsypki do położenia spoczynkowego) wymaga zmniejszenia częstotliwości wibracji minimum o 20%. Tożsamość tych wymagań została przyznana zarówno przez Zamawiającego, jak i Przystępującego w prowadzonej procedurze wyjaśniającej oraz w postępowaniu odwoławczym. Izba uznała zatem za ustalone, że wymaganiem bezwzględnym było zaoferowanie zmniejszenia częstotliwości wibracji minimum o 20%, a niespełnienie tego wymogu stanowi niezgodność oferty z treścią SIWZ.

Przystępujący w załączniku nr 8 do SIWZ - Formularz oferty wprost oświadczył, że nie oferuje zmniejszenia częstotliwości wibracji minimum o 20%. Złożona oferta nie odpowiadała zatem w tym zakresie treści SIWZ. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego nie była to jedynie nieścisłość wymagająca wyjaśnienia, ale wyraźne stwierdzenie, że nie jest oferowane rozwiązanie, które było rozwiązaniem obligatoryjnym.

O zgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ nie może świadczyć okoliczność, że Przystępujący złożył oświadczenie o zapoznaniu się z treścią ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dla zamówienia, a także o akceptacji w pełni i bez zastrzeżeń SIWZ wraz z deklaracją związania się określonymi w niej postanowieniami. Z tego rodzaju ogólnych oświadczeń nie można wywodzić zgodności oferty z SIWZ w sytuacji, kiedy szczegółowa treść tej oferty zawiera informacje wprost niezgodne z wymaganiami Zamawiającego. Przyjęcie stanowiska przeciwnego prowadziłoby do uznania niemal każdej oferty w każdych okolicznościach za zgodną z SIWZ, oświadczenia o zapoznaniu się z tym dokumentem i jego akceptacji stanowią bowiem standardowy element ofert składanych w postępowaniach przetargowych.

Należy więc stwierdzić, że Zamawiający w sposób nieuprawniony przyjął, że w ofercie Przystępującego wystąpiła jedynie pewna nieścisłość, którą wyeliminowały złożone wyjaśnienia, w których Przystępujący podał, że oferuje spełnienie przedmiotowego wymagania. Wyjaśnienia te stanowiły bowiem zmianę treści oferty, która w pierwotnej wersji zawierała oświadczenie, że Przystępujący nie oferuje zmniejszenia częstotliwości wibracji minimum o 20%, a następnie przyjęto oświadczenie wykonawcy, że zmniejszenie częstotliwości wibracji minimum o 20% jest przez niego oferowane. Skoro zmniejszenie częstotliwości wibracji zostało przez Zamawiającego wprowadzone jako obligatoryjna cecha oferowanego przedmiotu zamówienia, trudno uznać, aby zmiana treści oferty w tym zakresie była nieistotna.

W związku z tym należy stwierdzić, że Zamawiający naruszył przepisy art. 87 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Na marginesie zauważenia wymaga, że Zamawiający nie dokonał poprawienia omyłki w ofercie Przystępującego, nie wiadomo zatem, czy dokonywał jakiegokolwiek analizy pod kątem możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Wobec uwzględnienia zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, Izba odstąpiła od

rozpoznania zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty, który to zarzut został sformułowany jako ewentualny.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Zamawiającego.

**Przewodniczący:**