

Sygn. akt KIO 47/17

Sygn. akt: KIO 47/17

WYROK

z dnia 19 stycznia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz
Barbara Bettman
Paweł Trojan
Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 stycznia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 05 stycznia 2017 r. **przez odwołującego:** TORPOL S.A. ul. Mogileńska 10G; 61-052 Poznań w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** Skarb Państwa – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74; 03-734 Warszawa

z udziałem przystępujących:

1. Budimex S.A. ul. Stawki 40; 01-040 Warszawa po stronie odwołującego
2. PORR Polska Construction S.A. ul. Hołubcowa 123; 02-854 Warszawa po stronie zamawiającego

orzeka

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża TORPOL S.A. ul. Mogileńska 10G; 61-052 Poznań i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez TORPOL S.A. ul. Mogileńska 10G; 61-052 Poznań tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od TORPOL S.A. ul. Mogileńska 10G; 61-052 Poznań kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz Skarbu Państwa – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74; 03-734 Warszawa stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego

Sygn. akt KIO 47/17

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz.831, 996, 1020, 1250, 1265, 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:

.....

.....

Sygn. akt KIO 47/17

Uzasadnienie

Odwołanie

Odwołujący działając na podstawie art. 179 ust. 1 w zw. z art. 180 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm. - dalej: „p.z.p.”), wniósł odwołanie.

Odwołanie wniesiono w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych na linii kolejowej E20 Siedlce - Terespol dla zadania pn. „Prace na linii kolejowej E20 na odcinku Siedlce - Terespol, etap III

- LCS Terespol”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28.12.2016 roku po poz.: 2016/S 250-461478 o numerze referencyjnym: 6060/ICZ 6/27996/10625/16/P.

Odwołanie wniesiono wobec czynności podjętych przez Zamawiającego podnosząc naruszeniu przepisów p.z.p. i przepisów kodeksu cywilnego, tj. poprzez określenie kryteriów oceny ofert w sposób uniemożliwiający sprawdzenie informacji przedstawionych przez wykonawców, opisanie kryterium w sposób nieprzejrzysty i niejednoznaczny, pozostawiając zamawiającemu i wykonawcom dowolną interpretację w jego zastosowaniu, opisanie kryteriów sprzeczne do treści art. 91 ust. 3 p.z.p., co wpływa na naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ukształtowania warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodującą rażąco nierównowagę stron oraz naruszające zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz, a te naruszenia mają bezpośredni wpływ zarówno na treść oferty jak i należyte wykonanie zamówienia.

Zaskarżonej czynności Zamawiającego zarzuca:

1. naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 p.z.p., art. 91 ust 1 i 2c, ust. 2d, ust. 3 p.z.p., art. 36 ust. 1 pkt. 13) p.z.p., art. 2 pkt. 5) p.z.p. poprzez określenie kryterium oceny oferty w punkcie IV.3) p.pkt. 2 ogłoszenia o zamówieniu oraz punkcie 20.7 p.pkt. 3) IDW (SIWZ) dostępność linii kolejowej (czas zamknięć torowych) w sposób uniemożliwiający sprawdzenie informacji przedstawionych przez wykonawców, co prowadzi do sytuacji w której wykonawcy będą

Sygn. akt KIO 47/17

mogli zaniżyć wymagany czas zamknięć torowych w godzinach, oceniany w ramach kryterium „Dostępność linii kolejowej (czas zamknięć torowych)”, przy jednoczesnym podnoszeniu ceny w ramach kryterium „cena całkowita brutto”, aby ich oferty były uznane za najkorzystniejsze, co prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a w konsekwencji do złożenia w przedmiotowym postępowaniu ofert niekorzystnych dla Zamawiającego (konieczność wydatkowania środków publicznych w nieuzasadnionej przedmiotem zamówienia, wyższej wysokości) i które będą z uwagi na zaniżony czas zamknięć torowych nierealne i/lub niewykonalne, jak i poprzez opisanie tego kryterium w sposób nieprzejrzysty i niejednoznaczny, pozostawiając zamawiającemu i wykonawcom dowolną interpretację w jego zastosowaniu;

2. naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 p.z.p., art. 91 ust. 1 i 2c, ust. 2d, ust. 3 p.z.p., art. 36 ust. 1 pkt. 13) p.z.p., art. 2 pkt. 5) p.z.p. poprzez określenie kryterium oceny oferty w punkcie IV.3) p.pkt. 2 ogłoszenia o zamówieniu oraz punkcie 20.7.4 IDW doświadczenie personelu wykonawcy w sposób nieuwzględniający specyfiki i uwarunkowania przedmiotu zamówienia co wyraziło się w wyżej punktowanym doświadczeniu kierownika robót sterowania ruchem kolejowym (waga 9%) i niżej punktowanym doświadczeniu kierownika budowy lub kierownika robót (waga 6%), przez co tak skonstruowane kryterium stało się niepowiązane z przedmiotem zamówienia, a ponadto kryterium to odnosi się do doświadczenia wykonawcy co jest sprzeczne z art. 91 ust. 3 p.z.p. i co wpływa na naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

3. naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 p.z.p., art. 144 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 36 ust. 1 pkt. 16 p.z.p. oraz art. 14 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 139 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 647 i 651 k.c. oraz art. 483 ust.1 k.c. w zw. z art. 484 k.c w zw. z art. 3531 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 k.c. poprzez określenie kryterium oceny oferty w punkcie IV.3) p.pkt. 2 ogłoszenia o zamówieniu oraz punkcie 20.7 p.pkt. 3) IDW (SIWZ) dostępność linii kolejowej (czas zamknięć torowych) które powinno skutkować po stronie Zamawiającego obowiązkiem wykreowania w § 5

projektu aktu umowy (Tom II SIWZ pn. WARUNKI UMOWY) nowej okoliczności pozwalającej dokonać istotnej zmiany treści umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy oraz sanować kary umowne przewidziane w subklauzuli 8.7 lit. j) (Tom II SIWZ pn. WARUNKI UMOWY), co w konsekwencji prowadzi także do naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

4. naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 p.z.p., art. 353.ze Zn.1 k.c., art. 647 i nast. k.c. zw.

z art. 14 ust. 1 i art. 139 §1 p.z.p., art. 7 ust. 2), art. 7 ust. 2, art. 23 ust. 1, 26 ust. 1 pkt. 3 ustawy o ochronie danych osobowych poprzez skonstruowanie w treści § 6 ust. 8 projektu aktu umowy (Tom II SIWZ pn. WARUNKI UMOWY) możliwości żądania od wykonawcy umów na podstawie których zatrudnione są osoby biorące udział w realizacji zamówienia, co

Sygn. akt KIO 47/17

w konsekwencji prowadzi także do naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,

5. naruszenie przepisów art. 483 ust.1 k.c. w zw. z art. 484 k.c w zw. z art. 353 ze Zn.1 k.c. w zw. z art. 471 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 p.z.p. oraz art. 7 ust. 1 p.z.p., poprzez skonstruowanie treści umowy w zakresie kary umownej w subklauzuli 8.7 litera j) oraz litera r) (Tom II SIWZ pn. WARUNKI UMOWY), w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodując tym samym rażąco nierównowagę stron, ustalając karę umowną z naruszeniem jej istoty, w szczególności umożliwiającym nałożenie kary umownej w ujęciu procentowym liczoną od zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, która uwzględni ryczałtowo wysokości określone przez Zamawiającego za komunikację zastępczą, które muszą być ujęte w ofercie wykonawcy, a nie stanowią realnej wartości umowy i zysku wykonawcy, co w konsekwencji prowadzi także do naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

6. naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 p.z.p., art. 29 ust. 1 i 2 p.z.p., art. 5 w zw. z art. 353 ze Zn.1 oraz art. 647 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 p.z.p. w zw. z §5 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 roku w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno użytkowego (dalej „Rozporządzenie”) poprzez wprowadzenie do subklauzuli 14.3 w zw. z subklauzulą 14.4 (Tom II SIWZ pn. WARUNKI UMOWY), zobowiązania dostarczenia „rozbicia cen jednostkowych wskazanych na poszczególne roboty oraz szczegółowe kalkulacje poszczególnych cen jednostkowych z ZPRS” w terminie 21 dni od zawarcia umowy, które to zobowiązanie jest niemożliwe do zrealizowania w tym terminie, a to z uwagi na fakt, że opracowanie i dostarczenie takich dokumentów możliwe stanie się po zatwierdzeniu Projektu Wykonawczego, co w konsekwencji prowadzi także do naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

w kontekście powyższych zarzutów, Odwołujący wnosi o:

1. W ramach zarzutów nr 1 nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji kryteriów oceny ofert w punkcie 20.7 p.pkt. 3) IDW (SIWZ) dostępność linii kolejowej (czas zamknięć torowych) poprzez określenie minimalnej wartości (ilości) godzin zamknięć torowych jaką mogą wskazać wykonawcy w ofercie;

2. W ramach zarzutów nr 2 nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji kryteriów oceny ofert w punkcie 20.7.4 IDW doświadczenie personelu wykonawcy w sposób uwzględniający specyfikę i uwarunkowania przedmiotu zamówienia, w tym w sposób nieodnoszący się do doświadczenia wykonawców (kierowników)

Alternatywnie nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji kryteriów oceny ofert w punkcie IV.3) p.pkt. 2 ogłoszenia o zamówieniu oraz punkcie 20.7.4 IDW doświadczenie

Sygn. akt KIO 47/17

personelu wykonawcy poprzez wprowadzenie oceny dysponowania większą ilością Kierowników budowy lub kierowników robót w branży torowej zamiast Kierownika budowy na każdej inwestycji, przyznając mu tym samym większą wagę niż kierownikowi robót sterowania ruchem kolejowym;

3. W ramach zarzutów nr 3 nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji § 5 projektu aktu umowy (Tom II SIWZ pn. WARUNKI UMOWY) poprzez wprowadzenie przesłanek pozwalających dokonać istotnej zmiany treści umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy oraz sanować kary umowne przewidziane w subklauzuli 8.7 lit. j) (Tom II SIWZ pn. WARUNKI UMOWY) w przypadku w którym dojdzie do niezawinionego przez wykonawcę przekroczenia zadeklarowanej w ofercie sumy zamknięć torowych;

4. W ramach zarzutów nr 4 nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji § 6 ust. 8

projektu aktu umowy (Tom II SIWZ pn. WARUNKI UMOWY) poprzez wykreślenie możliwości żądania od wykonawcy umów na podstawie których zatrudnione są osoby biorące udział w realizacji zamówienia;

5. W ramach zarzutów nr 5 nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji zapisów dotyczących kary umownej w subklauzuli 8.7 litera j) oraz litera r) (Tom II SIWZ pn. WARUNKI UMOWY) poprzez możliwość nałożenia jej w wartości procentowej liczonej od wartości robót ujętych w ofercie;

6. W ramach zarzutów nr 5 nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji subklauzuli 14.3 w zw. z subklauzulą 14.4 (Tom II SIWZ pn. WARUNKI UMOWY) zgodnie z którymi zmianami, wykonawca będzie zobowiązany do dostarczenia „rozbicia cen jednostkowych wskazanych na poszczególne roboty oraz szczegółowe kalkulacje poszczególnych cen jednostkowych z ZPRS” w terminie 21 dni od zatwierdzenia Projektu Wykonawczego. nadto Odwołujący wnosi o:

1. merytoryczne rozpoznanie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania;
2. uwzględnienie odwołania;
3. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji Postępowania na okoliczności wskazane w odwołaniu;
4. zasądzenie kosztów postępowania wywołanego wniesieniem niniejszego odwołania od Zamawiającego na rzecz Odwołującego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 28.12.2016 roku.

Odwołanie zostało złożone w dniu 5.01.2017 roku, czyli w terminie przewidzianym art. 182 ust. 2 pkt. 1 p.z.p.

Sygn. akt KIO 47/17

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 04.01.2017 roku z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 180 ust. 5 p.z.p.

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania, ze względu na fakt, że jest ono uzasadnione merytorycznie, a jego uwzględnienie przez Izbę pociągnie za sobą skutek zobowiązania Zamawiającego do naprawy czynności dokonanej wbrew przepisom p.z.p., a tym samym da Odwołującemu możliwość złożenia konkurencyjnej i niepodlegającej odrzuceniu oferty, a w konsekwencji uzyskanie niniejszego zamówienia. Przywołując wyrok KIO z dnia 1 kwietnia 2014 roku w sprawie o sygnaturze akt. 527/14 wskazuję, że „środki ochrony prawnej określone w dziale VI ZamPublU 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 ustawy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i siwz przyjęć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu. (...) Na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca w trakcie dalszego biegu postępowania o udzielenie zamówienia może ponieść. Wystarczające jest tu wskazanie na naruszenie obowiązujących przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudniania dostępu, do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z prawem wobec naruszenia przez Zamawiającego wskazanych wyżej przepisów p.z.p., interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku i utrudnia Odwołującemu dostęp do zamówienia, a kolejno jego należytą realizację.

Odwołujący w uzasadnieniu przedstawił następującą argumentację.

W dniu 28.12.2016 roku w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej opublikowane zostało Ogłoszenie o zamówieniu do postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych na linii kolejowej E20 Siedlce - Terespol dla zadania pn. „Prace na linii kolejowej E20 na odcinku Siedlce - Terespol, etap III - LCS Terespol”, ogłoszenie o zamówieniu numer: 2016/S 250-461478 opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28.12.2016 roku, numer referencyjny: 6060/ICZ 6/27996/10625/16/P.

Przeprowadzona przez Odwołującego analiza treści Ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, w szczególności w kontekście Tomu I (INSTRUKCJE DLA WYKONAWCÓW) oraz Tomu II

Sygn. akt KIO 47/17

Odwolującego prowadzi do wniosku, że Zamawiający naruszył obowiązujące przepisy ustawy p.z.p., rozporządzeń wykonawczych i k.c.

Zarzuty z punktu 1 - stan faktyczny i uzasadnienie

Zamawiający w punkcie IV.3) ogłoszenia o zamówieniu określił następujące kryteria oceny ofert:

„Kryteria oceny ofert:

- A) Całkowita cena, brutto - waga: 60 %
- b) Doświadczenie personelu - waga 15 %
- c) Termin realizacji-waga 10%
- d) Dostępność linii kolejowej - waga 15 %”

oraz punkcie 20.7.3 IDW Zamawiający szczegółowo określił kryterium oceny ofert dostępność linii kolejowej (czas zamknięć torowych). Kryterium to odnosi się do dostępności linii kolejowej, czyli czasu zamknięć torowych w godzinach, których wykonawca będzie potrzebował do należytego wykonania zamówienia. Zamawiający określił maksymalną ilość zamknięć torowych, która może zostać udzielona wykonawcy, tym samym określając górną granicę okoliczności, które zdefiniowano jako jedno z kryteriów oceny ofert. Zamawiający nie wskazał jednak minimalnej ilości zamknięć torowych, co w ocenie Odwołującego jest niezbędne do prawidłowej oceny ofert w postępowaniu.

Opis kryteriów i znaczenia każdego z nich przy ocenianiu jest, obok sformułowania przedmiotu zamówienia, jednym z najistotniejszych elementów SIWZ. Na podstawie tych kryteriów zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę. Zamawiający jest zobowiązany do ukształtowania kryteriów oceny ofert w taki sposób, aby uwzględniały specyfikę i uwarunkowania konkretnego przedmiotu zamówienia ergo muszą być z nim powiązane.

Kryteria te muszą być również mierzalne tzn. realne i nie mogą powodować sytuacji w której w postępowaniu dojdzie do złożenia ofert nieporównywalnych i/lub ofert niemożliwych do

wykonania. Zgodnie z linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej cyt. „Kryteria oceny ofert powinna cechować: zgodność z zasadami przejrzystości, niedyskryminacji, równego traktowania oraz gwarancja, że oferty są oceniane w warunkach efektywnej konkurencji.

Opis stosowania kryteriów oceny ofert powinien być jednoznaczny, czytelny i niepozostawiający swobody interpretacji.” (patrz wyrok KIO z dnia 23.04.2015 roku w sprawie 712/15). Zamawiający tak określonym kryterium oceny oferty doprowadził do sytuacji, w której kryterium to może zostać wykorzystane przez wykonawców jako narzędzie do nieuprawnionego zaniżenia czasu zamknięć torowych, przy jednoczesnym, nieuzasadnionym przedmiotem zamówienia, podwyższaniu ceny będącej kolejnym, a w zasadzie głównym kryterium oceny ofert. Wobec takiego działania wykonawcy, dojdzie do wyboru oferty niekorzystnej dla Zamawiającego (a contrario art. 91 ust. 1 p.z.p. i art. 2 pkt. 5)

Sygn. akt KIO 47/17

p.z.p.). Odwołujący wskazuje, że analogiczna sytuacja miała miejsce w ramach postępowania pn. „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla zadania pn.

„Rewitalizacja linii kolejowej nr 207 odcinek granica województwa - Malbork” w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Pomorskiego na lata 2014 - 2020. Jak widać z załączonego zestawienia złożonych ofert, w tym konkretnym przypadku wykonawca, który rażąco w stosunku do innych zaniżył ilość zamknięć torowych (patrz 3600 godzin), mógł zaoferować wyższą cenę całkowitą brutto (patrz 261 184 762,79 zł), co spowodowało, że biorąc pod uwagę tylko kryterium ceny znajdował się na 3 pozycji, a biorąc pod uwagę kryterium związane z czasem zamknięć torowych, jego oferta może zostać uznana za najkorzystniejszą. Zatem Zamawiający będzie musiał w efekcie wydatkować środki publiczne w wysokości rażąco nie odpowiadającej przedmiotowi zamówienia.

Zamawiający nie opisał kryterium w sposób przejrzysty i jednoznaczny, a to dlatego że brakuje informacji w jaki sposób będzie on badał czy w zaoferowanej przez wykonawcę liczbie godzin zamknięć torowych można wykonać zamówienie z zakresie i jakości opisanym w SIWZ (w PFU), uwzględniając dostępne technologie wykonania prac. Kryterium to jest

opisane w sposób ogólny, nieobiektywny, dający możliwość uznaniowej i dowolnej oceny oferty odwołującego. Kryteria oceny ofert powinny być tak skonstruowane, żeby maksymalnie ograniczyć subiektywne odczucie i preferencje oceniającego. *Należy zwrócić uwagę, że jedynie wskazanie ram od minimum do maksimum sprawi, że każdy wykonawca będzie równo traktowany w klasyfikacji, a opis taki pozostanie czytelny i nie pozostawi jego swobodnej interpretacji.*

Postawiony w odwołaniu zarzut nabiera dodatkowej mocy kiedy połączy się go z możliwością składania roszczeń o zmianę Zaakceptowanej Ceny Kontraktowej i Czasu na Ukończenie. Wykonawca mający wiedzę niewynikającą z treści opisu przedmiotu zamówienia w zakresie np. obiektów inżynierskich, planów schematycznych poszczególnych posterunków, może podczas kalkulacji kryteriów oceny oferty przewidzieć z góry,

że zaoferowany czas zamknięć

ulegnie zmianie i w sposób nieuprawniony go zaniżyć, licząc że ulegnie on zmianie po złożeniu Zamawiającemu roszczenia w trybie przewidzianym w umowie.

Należy wskazać, że Zamawiający w ramach pozostałych kryteriów oceny ofert takich jak termin realizacji, wskazał minimalną wartość, poniżej której oferta zostanie uznana za odrzuconą (patrz punkt 20.7.2.5. TOM I IDW SIWZ). Zamawiający w tym przypadku prawidłowo przewidział, że wykonawcy mogą zaniżyć tą wartość celem uzyskania zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję. Analogicznie Zamawiający określił w przypadku kryterium okres rękojmi za wady / okres gwarancji (patrz TOM I IDW SIWZ). Niezrozumiałym jest zatem zaniechanie wskazania minimalnej (a zarazem na granicy realności do wykonania) ilości zamknięć torowych. Zamawiający, jako właściciel infrastruktury oraz organizator transportu kolejowego w kraju, ma największą wiedzę w

Sygn. akt KIO 47/17

zakresie ilości niezbędnych zamknięć torowych, zatem nie powinien mieć problemu z jej wskazaniem w treści IDW.

Zarzuty z punktu 2 - stan faktyczny i uzasadnienie

Zamawiający w punkcie IV.3) ogłoszenia o zamówieniu określił następujące kryteria oceny ofert:

„Kryteria oceny ofert:

- A) Całkowita cena brutto - waga: 60 %
- b) Doświadczenie personelu - waga 15%
- c) Termin realizacji - waga 10%
- d) Dostępność linii kolejowej- waga 15%”

oraz w punkcie 20.7.4 IDW doświadczenie personelu wykonawcy:

doświadczenie będzie rozpatrywane na podstawie doświadczenia „Kryterium poszczególnych członków personelu Wykonawcy; wg zasad opisanych poniżej. Na wagę kryterium składają się wagi przypisane do poszczególnych członków personelu, wskazane w pkt a) - b) poniżej.

a) Kierownik budowy - waga 6 %

W ciągu ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania ofert nabył 12 miesięczne doświadczenie na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane), na każdej inwestycji w zakresie Budowy lub Przebudowy infrastruktury kolejowej obejmującej co najmniej jeden szlak i jedną stację kolejową. Jeżeli oferent wykaże się doświadczeniem Kierownika budowy w co najmniej:

- realizacji dwóch [2] inwestycji wskazanych w powyższym warunku - 3 pkt
- realizacji trzech [3] inwestycji wskazanych w powyższym warunku - 6 pkt

b) Kierownik robót sterowania ruchem kolejowym - waga 9 %

W ciągu ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania ofert nabył doświadczenie na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) w branży sterowanie ruchem kolejowym przez okres co najmniej 8 miesięcy (na każdej inwestycji) w zakresie Budowy lub Przebudowy infrastruktury kolejowej obejmującej sterowanie ruchem kolejowym na co najmniej jednej [1] stacji kolejowej obejmującej przynajmniej 4 tory główne oraz liczącej co najmniej 10 zwrotnic.

Jeżeli oferent wykaże się doświadczeniem Kierownika budowy w co najmniej:

- realizacji jednej [1] inwestycji wskazanych w powyższym warunku - 3 pkt
- realizacji dwóch [2] inwestycji wskazanych w powyższym warunku - 6 pkt
- realizacji trzech [3] inwestycji wskazanych w powyższym warunku - 9 pkt. ”

W pierwszej kolejności należy wskazać, że zgodnie z art. 91 ust. 3 p.z.p. kryteria oceny ofert mogą odnosić się jedynie do przedmiotu zamówienia, a więc nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności technicznej lub zawodowej (patrz art. 22

Sygn. akt KIO 47/17

ust. 1 b p.z.p.). Oznacza to, że stosowanie kryteriów, takich jak np. doświadczenie konkretnego kierownika w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych, stanowić będzie naruszenie przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych, co może w konsekwencji prowadzić do nieważności umowy w sprawie zamówienia publicznego (patrz art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p.). Powyższe nie wyklucza ustalenia kryterium związanego z ilością personelu wykonawcy - ergo punktowanie ilości posiadanych kierowników budowy w danej branży.

W drugiej kolejności, jak wskazałem w uzasadnieniu zarzutu 1, Zamawiający jest zobowiązany do ukształtowania kryteriów oceny ofert w taki sposób, aby uwzględniały specyfikę i uwarunkowania konkretnego przedmiotu zamówienia ergo muszą być z nim powiązane. Kryteria oceny ofert powinny być obiektywne i uzasadnione opisaniem w SIWZ przedmiotem zamówienia. Analizując jednak opis przedmiotu zamówienia np. punkt 2 IDW (SIWZ), przedmiotowe postępowanie dotyczy wykonania robót budowlanych w następujących branżach:

- a) wymiany nawierzchni i podtorza wraz z budową odwodnienia;
- b) prace budowlane na obiektach inżynierskich oraz przebudowa obiektów do obsługi podróży na 3 stacjach;
- c) likwidacja oraz modernizacja przejazdów kolejowych, przejść naziemnych;
- d) budowa obiektów kubaturowych tj.: nastawni, budynków strażnicy przejazdowej oraz budynku RBC i LCS;
- e) demontaż i zabudowa nowych komputerowych urządzeń srk;
- f) modernizacja sieci trakcyjnej do prędkości 160 km/h wraz z zasilaniem.

Dalsza analiza RCO, PFU oraz powyższego opisu przedmiotu zamówienia pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, że demontaż i zabudowa nowych komputerowych urządzeń srk (sterowania ruchem kolejowym), a więc zakres robót odpowiadający doświadczeniu kierownika robót srk stanowi jedynie marginalną część, całości przedmiotu zamówienia.

Sterowanie ruchem kolejowym wykonywane jest w Polsce przez zaledwie 3 firmy, które specjalizują się jedynie w tych robotach (patrz Bombardier, Thales czy KZA Lublin).

Natomiast główny zakres prac - roboty torowe i sieciowe wykonywane są przez szeroką rzeszę wykonawców i to właśnie doświadczenie kierownika budowy / kierownika robót w branży torowej czy sieciowej powinno być oceniane wyżej - jako kryterium najbardziej powiązane z przedmiotem zamówienia.

Finalnie należy wskazać, że kryteria oceny ofert muszą być opisane w sposób niedyskryminujący poszczególnych wykonawców, a contrario nie faworyzujący innych.

Zgodnie z orzeczeniem Sądu Najwyższego cyt. „Warunek niedyskryminacji spełniają tylko takie kryteria oceny wyboru oferty, które są istotne z punktu widzenia rzeczywistych potrzeb zamawiającego. Jeśli zatem dochodzi do sytuacji, w której sformułowane kryteria mają

Sygn. akt KIO 47/17

charakter skuteczny, a zatem ich celem jest w istocie stworzenie korzystniejszej pozycji konkurencyjnej dla poszczególnych podmiotów, to należy uznać, że tego rodzaju praktyka narusza art. 16 ustawy”. Jak widać na gruncie tego postępowania dochodzi do jawnego faworyzowania wykonawców posiadających dostęp do kierowników robót sterowania ruchem kolejowym ergo powyżej wskazanych trzech wykonawców.

Zarzuty z punktu 3 - stan faktyczny i uzasadnienie

Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt. 16) p.z.p. w treści SIWZ wpisuje się istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Zamawiający wypełniając ten obowiązek załączył do SIWZ TOM II - WARUNKI UMOWY (WU).

W §5 aktu umowy stanowiącego część WU przewidziano możliwość dokonania zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy - w zakresie zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej i Czasu na Ukończenie, bez możliwości zmiany sumy czasu zamknięć torowych - nie wypełniając tym samym dyspozycji art. 144 ust. 1 p.z.p.

Czas na Ukończenie, zaakceptowana Kwota Kontraktowa oraz dostępność linii kolejowej (czas zamknięć torowych) stanowią istotne postanowienia umowy, a to z uwagi na fakt że są kryteriami oceny oferty punkcie III.1.4) ogłoszenia o zamówieniu oraz punkcie 20.7 IDW. Takie zaniechanie wpisania możliwości zmiany umowy powoduje, że pozostaje wątpliwość czy możliwa będzie zmiana czasu zamknięć torowych, w przypadku gdy wystąpią okoliczności przeszkadzające prawidłowemu wykonaniu robót (patrz art. 651 k.c.) i związanego z tym dłuższego niż przewidziano w ofercie wyłączenia torów z ruchu. W ocenie

Odwołującego zasadnym wydaje się, aby w treści umowy zostały wpisane dodatkowe przesłanki zmiany ilości czasu zamknięć torowych, tak aby umożliwić tym samym dokonanie takiej zmiany w przypadku w którym będzie ona niezbędna.

W zakresie zapisów subklauzuli 8.7 litera j) brakuje natomiast zapisów sanujących karę umowną w przypadku konieczności wydłużenia czasu zamknięć torowych powstałych z przyczyn niezawinionych przez wykonawcę. Takie postanowienie umowne jest sprzeczne z ugruntowaną w doktrynie i orzecznictwie zasadą, że przesłanką dochodzenia zapłaty kary umownej jest wina dłużnika w postaci co najmniej niedbalstwa, vide wyrok SN CSK 139/07. Zgodnie z brzmieniem art. 483 § 1 i art. 484 § 1 k.c. kara umowna należy się wierzycielowi tylko wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność zgodnie z treścią art. 471 k.c. W

Sygn. akt KIO 47/17

cytowanym wyżej wyroku wyjaśniono, że zastrzeżona między stronami kara umowna należy się jedynie w razie zwłoki dłużnika (art. 476 k.c.). Skoro zgodnie z Wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Białymstoku - I Wydział Cywilny z dnia 21 października 2015 r. I ACa 647/15 „Zwłoka jest opóźnieniem kwalifikowanym dłużnika, czyli wynikiem wskutek okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność”, a treść art. 483§1 k.c. stanowi o odpowiedzialności za nienależyte wykonanie zobowiązania, to zdaniem Odwołującego umowa powinna zawierać postanowienia sanujące możliwość nałożenia kary umownej określonej w subklauzuli 8.7 litera j) w przypadku konieczności wydłużenia sumy zamknięć torowych z wyłączeniem winy wykonawcy. Zatem skonstruowana kara umowna w treści subklauzuli 8.7 j) jest niezgodna z przyjętą przez sądy wykładnią i doktryną, wobec czego wymaga zmiany jak w petitum odwołania.

Zarzuty z punktu 4 - stan faktyczny i uzasadnienie

Zamawiający w § 6 ust. 8 projektu aktu umowy (Tom II SIWZ pn. WARUNKI UMOWY) wpisał, że w przypadku zmiany zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, gdy zmianie ulegnie wysokość wynagrodzenia minimalnego, będzie on uprawniony do żądania przedstawienia przez Wykonawcę - zgodnie z wyborem Zamawiającego - umów na podstawie których są zatrudnione przez Wykonawcę osoby z wynagrodzeniem minimalnym. Takie postanowienie stoi w sprzeczności z przepisami ustawy o ochronie danych osobowych oraz przepisami kodeksu cywilnego. Należy wskazać, że umowy o pracę czy umowy zlecenia o których mowa w §6 ust. 8 projektu aktu umowy zawierają dane osobowe, które zostaną następnie przez Zamawiającego przetwarzane (patrz art. 7 ust. 2 ustawy o ochronie danych osobowych). Aby dane osobowe mogły być przetwarzane, koniecznym jest np. uzyskanie zgody do przetwarzania danych osobowych od osoby, której dane dotyczą (patrz art. 23 ust. 1 pkt. 1) ustawy o ochronie danych osobowych). W tak opisanym przypadku jako podstawę do przetworzenia (udostępnienia) danych osobowych należałoby uznać zgodę osoby, której dane dotyczą, a ta zgoda była by wyrażona dla realizacji celu innego podmiotu, który nie jest administratorem danych, a taka konstrukcja nie znajduje uzasadnienia w świetle zasad przetwarzania danych osobowych. Ponadto, aby zgoda mogła być uznana za podstawę prawną przetwarzania danych osobowych, musi być wyrażona w sposób dobrowolny - co jest nierealne do spełnienia w przypadku zależności służbowej pracodawca - pracownik oraz w kontekście zapisu §6 ust. 8 projektu aktu umowy. Zgoda taka byłaby uzyskana w wyniku przymusu, zapisanego w umowie z zamawiającym (sic!). Finalnie

wskazując, że zgodnie z zasadą adekwatności określoną w art. 26 ust. 1 pkt. 3 ustawy o ochronie danych osobowych, administrator danych powinien przetwarzać tylko, takiego rodzaju dane i tylko w takiej treści, które są niezbędne ze względu na cel zbierania danych, a

Sygn. akt KIO 47/17

więc w przypadku określonym §6 projektu aktu umowy wystarczającym jest żądanie imiennej listy osób, zgłoszenia osób do ZUS czy listy obecności tych osób na budowie.

Żądanie przekazania umów o pracę czy umów zlecenia wykracza również daleko poza zakres granice swobody umów określone w kodeksie cywilnym, a w szczególności nie stanowi przedmiotu umowy o roboty budowlane.

Zamawiający w subklauzuli 8.7 litera j) oraz litera r) (Tom II SIWZ pn. WARUNKI UMOWY) określił kary umowne:

,j) za przekroczenie zadeklarowanej w ofercie sumy czasu zamknięć torowych - w wysokości 0,002 % Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej za każdą rozpoczętą godzinę przekroczenia; r) z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, w tym z przyczyn wskazanych w SubKLAUZULI 15.2 Warunków Szczególnych - w wysokości 30 % Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej;”

Zgodnie z subklauzulą 4.1 punkt 15 Kwotę wskazaną w Rozbiciu Ceny Ofertowej na pokrycie kosztów komunikacji zastępczej Wykonawca ma ująć w ofercie, a więc koszty komunikacji zastępczej będą zgodnie z subklauzulą 1.1.4.1 stanowią Zaakceptowaną Kwotę Kontraktową. Wobec takiej wykładni, kara umowna określona w subklauzuli 8.7 litera j) oraz litera r) będzie liczona od kwoty, która nie stanowi realnej wartości umowy oraz ewentualnego zarobku wykonawcy, a tym samym będzie ona rażąco wygórowana w stosunku do ewentualnej szkody jaką może ponieść Zamawiający. Przedmiotowa kara umowna jest związana z terminami pośrednimi, zatem niedochowanie tych terminów, nie powoduje uszczerbku w dobrach materialnych i niematerialnych Zamawiającego. Uszczerbek taki powstałby, gdyby terminy zamknięć były odpowiednio skorelowane w etapami, co w konsekwencji powodowałoby nieterminowe wykonanie całości robót budowlanych. Takie sformułowanie kary umownej stoi w sprzeczności z jej istotą, wobec czego koniecznym staje się wprowadzenie zmian jak w petitum odwołania

Oceniając również wyżej wymienione kary umowne przez pryzmat art. 353. Ze Zn.1 k.c. należy wskazać, że stoją one w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, bowiem zapisy umowne nie zawierają żadnych kar umownych w stosunku do Zamawiającego. Zapisy umowne nie zawierają również żadnych procedur ochronnych przed nakładanymi karami, a przeciwnie pozwalają Zamawiającemu dowolnie kompensować każdą z kar z wynagrodzeniem wykonawcy. Wobec tak skonstruowanych zapisów nie można stanąć obojętnie i należy im się stanowczo sprzeciwić. Umowa bez zapisów sanujących możliwość nałożenia kar umownych staje się narzędziem zbrodni, a wykonawcy ofiarami tego czynu, którego społeczna szkodliwość będzie bardzo wysoka, gdyż prowadzić będzie do ich dyskwalifikacji z rynku.

Sygn. akt KIO 47/17

Zarzuty z punktu 6 - stan faktyczny i uzasadnienie

Tom II WU, subklauzulą 14.4 [Wykaz płatności], w związku z definicją wynikającą z subklauzuli 1.1.4.14 „Zasadniczy Przedmiar Robót Stałych (ZPRS)” nakłada na wykonawcę świadczenie niemożliwe, w postaci przedstawienia do zatwierdzenia Zamawiającemu i Inżynierowi w terminie 21 dni od daty zawarcia umowy „rozbicia cen jednostkowych wskazanych na poszczególne roboty oraz szczegółowe kalkulacje poszczególnych cen jednostkowych z ZPRS” (również pochodzących z rozbicia cen zagregowanych lub ryczałtowych). Odwołujący wskazuje dodatkowo, że zgodnie z WU takie rozbicie powinno zawierać wiele szczegółów takich jak: cyt. „a) nakłady robocizny, tj. ilość r-g, b) nakłady (ilości np. m³, m², mb., kg, szt itd.) poszczególnych materiałów, c) nakłady pracy sprzętu i transportu, tj. ilość m-g poszczególnych jednostek sprzętowych i transportowych. Wiedzę tą wykonawca będzie miał dopiero po opracowaniu projektów wykonawczych (i przedmiarów robót).

Żeby spełnić świadczenie określone subklauzula 14.4 [Wykaz płatności] wykonawca musi opracować projekt wykonawczy. Zgodnie z definicją projektu wykonawczego (vide § 5 ust. 1 Rozporządzenia) służy on również opracowaniu przedmiaru robót, a ten dopiero będzie mógł wskazać na rozbić poszczególnych nakładów na robociznę, materiały i sprzęt. Jak wynika z subklauzuli 8.13 [Etap] - etap 1, 2 i 3, wykonawca ma 18 miesięcy na złożenie wniosku o pozwolenie na budowę, a skoro projekt wykonawczy stanowi uszczegółowienie projektu budowlanego będącego składową takiego wniosku, to zostanie on sporządzony w okresie 18 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Zgodnie z wstępnymi założeniami przygotowanie projektu budowlanego i projektu wykonawczego może nastąpić w latach 2018 - 2019 (sic!). Zatem nie jest możliwe spełnienie obowiązku nałożonego treścią subklauzuli 14.4 [Wykaz płatności] tj. przedstawienia w terminie 21 dni od dnia zawarcia umowy „rozbić cen jednostkowych wskazanych na poszczególne roboty oraz szczegółowe kalkulacje poszczególnych cen jednostkowych z ZPRS”.

W takim stanie rzeczy odwołujący wnosi jak w petitum i uzasadnieniu odwołania, nadto żądając uwzględnienia odwołania i zasądzenia kosztów postępowania wywołanego wniesieniem niniejszego odwołania od Zamawiającego na rzecz Odwołującego.

W dniu rozprawy to jest w dniu 17 stycznia 2017 roku zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości oraz obciążenie kosztami postępowania odwoławczego odwołującego, w tym o zasądzenie kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Sygn. akt KIO 47/17

Do postępowania odwoławczego zarówno po stronie odwołującego jak i zamawiającego przystąpili wykonawcy to jest pismami z dnia 9 stycznia 2016 roku Budimex S.A. z siedzibą w Poznaniu po stronie odwołującego a po stronie zamawiającego PORR Polska Construction S.A. z siedzibą w Warszawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje

Izba ustaliła

Przedmiotowe odwołanie wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 stycznia 2017 roku w związku z ogłoszeniem o zamówieniu opublikowanym w dniu 28.12.2016 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz.: 2016/S 250-461478.

Powyższe okoliczności wskazują na rozpoznanie odwołania w stanie prawnym ustawy pzp obowiązującej od dnia 28 lipca 2016 roku.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych na linii kolejowej E20 Siedlce - Terespol dla zadania pn. „Prace na linii kolejowej E20 na odcinku Siedlce - Terespol, etap III - LCS Terespol”.

Z powyższego wynika, że zamówienie będzie realizowane w systemie zaprojektuj i wybuduj.

Odwołujący składając odwołanie zaskarżył postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ).

Odwołujący jako motto przewodnie odwołania użył następującej argumentacji cytat: „Odwołanie wniesiono wobec czynności podjętych przez Zamawiającego podnosząc naruszenie przepisów p.z.p. i przepisów kodeksu cywilnego, tj. poprzez określenie kryteriów oceny ofert w sposób uniemożliwiający sprawdzenie informacji przedstawionych przez wykonawców, opisanie kryterium w sposób nieprzejrzysty i niejednoznaczny, pozostawiając zamawiającemu i wykonawcom dowolną interpretację w jego zastosowaniu, opisanie kryteriów sprzeczne do treści art. 91 ust. 3 pzp, co wpływa na naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ukształtowania warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodującą rażąco

Sygn. akt KIO 47/17

nierównowagę stron oraz naruszające zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz, a te naruszenia mają bezpośredni wpływ zarówno na treść oferty jak i należyte wykonanie zamówienia”.

Z powyższego cytatu między innymi wynika, że naruszono zasadniczy przepis ustawy co do kryteriów oceny ofert to jest art.91 ust.3 pzp wskazujący, że kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy.

W tym miejscu należy zaznaczyć, że na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników odwołujący cofnął pięć zarzutów z sześciu podniesionych w odwołaniu na stronie 2 i 3 odwołania. Powodem cofnięcia jak oświadczył odwołujący była zmiana Nr 2 postanowień SIWZ z dnia 17 stycznia 2017 r (w dniu rozprawy), która satysfakcjonowała odwołującego. Do akt sprawy dołączono dowód Zmiana treści SIWZ Zmiana nr 2 przekazany na rozprawie przez pełnomocnika radcę prawnego zamawiającego.

Wobec pozostawienia do rozpoznania wyłącznie pierwszego zarzutu Izba w szczególności przeprowadzając na rozprawie postępowanie dowodowe z dokumentacji jak i wysłuchując argumentacji stron i uczestnika po stronie zamawiającego (uczestnik po stronie odwołującego nie stawiał się prawidłowo zawiadomiony o terminie) wzięła pod uwagę adekwatne do tego zarzutu wskazane już powyżej naruszenia obowiązujących przepisów ustawy pzp jak poniżej Cytat „określenie kryteriów oceny ofert w sposób uniemożliwiający sprawdzenie informacji przedstawionych przez wykonawców, opisanie kryterium w sposób nieprzejrzysty i niejednoznaczny, pozostawiając zamawiającemu i wykonawcom dowolną interpretację w jego zastosowaniu, opisanie kryteriów sprzeczne do treści art. 91 ust. 3 p.z.p., co wpływa na naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ukształtowania warunków umowy w sposób sprzeczny z właściwością wzajemnego stosunku zobowiązaniowego, powodującą rażącą nierównowagę stron” Przy czym podniesienie tych zarzutów obowiązywało odwołującego do ich udowodnienia.

Przechodząc do treści podniesionego zarzutu i pozostawionego do rozpoznania Izbie należy zaznaczyć, że na posiedzeniu odwołujący wniósł opozycję przeciw dopuszczeniu do postępowania wykonawcy po stronie zamawiającego. Odwołujący stwierdził, że co do zasady wykonawcy nie mają interesu przystępowania po stronie zamawiającego w sprawie o naruszenie przepisów ustawy pzp w formułowaniu postanowień SIWZ. Z kolei przystępujący oświadczył, że jego przystąpienie jest konieczne, ponieważ zmiana postanowień SIWZ w zakresie kryteriów wpłynie na efektywność jego oferty a co przekłada się na możliwość

Sygn. akt KIO 47/17

uzyskania zamówienia. Izba nie uwzględniła wniosku opozycji zgłoszonej przez odwołującego i dopuściła przystępującego po stronie zamawiającego do toczącego się postępowania odwoławczego.

Odwołujący sformułował następujący zarzut:

1.naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 p.z.p., art. 91 ust 1 i 2c, ust. 2d, ust. 3 p.z.p., art. 36 ust. 1 pkt. 13) p.z.p., art. 2 pkt. 5) p.z.p. poprzez określenie kryterium oceny oferty w punkcie IV.3) p.pkt. 2 ogłoszenia o zamówieniu oraz punkcie 20.7 p.pkt. 3) IDW (SIWZ) dostępność linii kolejowej (czas zamknięć torowych) w sposób uniemożliwiający sprawdzenie informacji przedstawionych przez wykonawców, co prowadzi do sytuacji w której wykonawcy będą mogli zaniżać wymagany czas zamknięć torowych w godzinach, oceniany w ramach kryterium „Dostępność linii kolejowej (czas zamknięć torowych)”, przy jednoczesnym podnoszeniu ceny w ramach kryterium „cena całkowita brutto”, aby ich oferty były uznane za najkorzystniejsze, co prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a w konsekwencji do złożenia w przedmiotowym postępowaniu ofert niekorzystnych dla Zamawiającego (konieczność wydatkowania środków publicznych w nieuzasadnionej przedmiotem zamówienia, wyższej wysokości) i które będą z uwagi na zaniżony czas zamknięć torowych nierealne i/lub niewykonalne, jak i poprzez opisanie tego

kryterium w sposób nieprzejrzysty i niejednoznaczny, pozostawiając zamawiającemu i wykonawcom dowolną interpretację w jego zastosowaniu;

Izba dokonując systematyki przedstawionego zarzutu oraz uwzględniając postanowienia SIWZ stwierdza jak poniżej.

Po pierwsze odwołujący wskazał jako naruszenie przepisów ustawy pzp sporządzony opis kryterium oceny ofert pkt 20.7.3. SIWZ str. 23 z 52 w zakresie „Dostępność linii kolejowej (czas zamknięć torowych)”. Przy czym jest to jedno z kryteriów oceny ofert, które to kryteria zamawiający sformułował w pkt 20.7. SIWZ str. 20 z 52 następująco: 20.7. W celu oceny ofert Zamawiający przyjmuje następujące kryteria: a) całkowita cena brutto – waga 60 %; b) doświadczenie personelu – waga 15%; c) termin realizacji – waga 10%; dostępność linii kolejowej (czas zamknięć torowych) – waga 15%. Przez dostępność linii kolejowej rozumie się czas zamknięć torowych w trakcie realizacji przedmiotowego zadania do realizacji pracy przewozowej. Ocenie będzie podlegał czas wymaganych przez Wykonawcę zamknięć torowych w godzinach, zarówno do realizacji zabudowy systemu, prób oraz odbiorów. Zamawiający dopuszcza maksymalną sumę Czasu zamknięć torowych dla torów szlakowych w wysokości 51 744 godzin. W przypadku wskazania przez Wykonawcę w ofercie wartości

Sygn. akt KIO 47/17

wyższej niż 51 744 godzin, oferta Wykonawcy zostanie odrzucona. Zarzut odwołującego sprowadza się do braku wskazania dolnej liczby godzin zamknięć torowych poniżej których oferta zostanie również odrzucona. Właśnie w związku z brakiem ustalenia dolnej granicy czasowej zamknięć torowych wyrażonej w godzinach, poniżej której wykonawca nie może zejść pod rygorem odrzucenia jego oferty, odwołujący wywiódł zarzut wskazujący na naruszenie wskazanych w odwołaniu przepisów SIWZ.

Po drugie odwołujący w ramach podniesionego zarzutu żąda nakazania zamawiającemu dokonania modyfikacji kryteriów oceny ofert w punkcie 20.7.3 SIWZ dostępność linii kolejowej (czas zamknięć torowych) przez określenie minimalnej wartości (ilości) godzin zamknięć torowych jaką mogą wskazać wykonawcy w ofercie; W tym miejscu Izba zauważa, że odwołujący nie wskazał optymalnej według niego liczby godzin odpowiedniej do zakresu i rozmiaru prac objętych przedmiotowym zamówieniem. Odwołujący również nie odniósł się do maksymalnej liczby godzin zamknięć torowych, którą to ilość zamawiający nie tylko określił ale również zastrzegł, że odrzuci ofertę, w której wykonawca zaproponuje wyższą niż maksymalna ilość godzin zamknięć torowych. Stąd wniosek, że odwołujący co do zasady i co do wysokości akceptuje ustaloną maksymalną liczbę godzin adresowaną do wykonawców i oczekuje również ustalenia minimalnego czasu zamknięć torowych.

Po trzecie odwołujący wycofał na posiedzeniu zarzuty (pięć zarzutów) pozostawiając jeden odnoszący się do czasu zamknięć torowych powołując się na zmianę SIWZ nr 2 wprowadzoną przez zamawiającego w dniu 17 stycznia 2017 roku (dowód w sprawie) z powodu zmian, które go na tyle satysfakcjonują, że cofa zarzuty. Natomiast odwołujący nie cofnął zarzutu nr 1 to jest czasu zamknięć torowych pomimo, że w tym zakresie zamawiający również wprowadził zmiany następujące. Utrzymał zasadę odrzucenia oferty w przypadku przekroczenia maksymalnej ilości godzin zamknięć torowych zmieniając liczbę 51 744 godzin na 54 096 godzin. Dodał postanowienie "Oferty, które nie zawierają deklaracji w zakresie wskazania sumy godzin zamknięć torowych, zawierają 0 godzin lub przekraczają wartość maksymalnego dopuszczalnego czasu zamknięć torowych dla szlaków: (...) zostaną odrzucone". W tym stanie rzeczy Izba zauważa, że dokonana korekta w zakresie kryterium oceny ofert pn. czas zamknięć torowych przewiduje również dolną granicę zamknięć torowych. W przypadku zamknięć torowych na poziomie „0” (zero) godzin oferta również tak jak w przypadku przekroczenia dopuszczalnego (maksymalnego) czasu zamknięć na poszczególnych szlakach torowych (suma 54 096 godzin) oferty zostaną odrzucone. Odwołujący nie odniósł się na rozprawie do tej zmiany jak również nie cofnął zarzutów z powodu zmiany SIWZ jak to uczynił do pozostałych pięciu zarzutów w związku ze zmianą SIWZ z dnia 17 stycznia 2017 roku. Pomimo to odwołujący również na rozprawie nie udzielił

Sygn. akt KIO 47/17

odpowiedzi na zadane pytanie na jakim poziomie satysfakcjonowałaby jego dolna granica zajęć szlaków torowych stwierdzając, że jest to w kompetencji zamawiającego. Tak więc z formalnego punktu widzenia zamawiający również wypełnił żądanie odwołującego co do dolnej granicy czasu zamknięć drogowych, których nie należy przekroczyć pod rygorem odrzucenia oferty. Niemniej z merytorycznego punktu widzenia zagadnienia „minimalnego czasu zamknięć szlaków torowych” z pewnością poziom „zero” godzin nie wchodzi w rachubę jako liczba godzin zamknięć torowych satysfakcjonująca odwołującego.

Po czwarte zarzuty odwołującego oprócz tego, że mają bardzo doniosły charakter („naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a w konsekwencji do złożenia w przedmiotowym postępowaniu ofert niekorzystnych dla Zamawiającego (konieczność wydatkowania środków publicznych w nieuzasadnionej przedmiotem zamówienia, wyższej wysokości) i które będą z uwagi na zaniżony czas zamknięć torowych nierealne i/lub niewykonalne, jak i poprzez opisanie tego kryterium w sposób nieprzejrzysty i niejednoznaczny, pozostawiając zamawiającemu i wykonawcom dowolną interpretację w jego zastosowaniu”) to przede wszystkim wskazują na naruszenie konkretnych przepisów. Tymi przepisami są: art. 7 ust. 1 p.z.p., art. 91 ust 1 i 2c, ust. 2d, ust. 3 p.z.p., art. 36 ust. 1 pkt. 13) p.z.p., art. 2 pkt. 5) p.z.p. Czyli kolejno przepisy wskazujące na zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Co do tych ogólnych reguł to należy wskazać, że kryterium oceny ofert w każdej z ustalonych wag w tym również czasu zamknięć torowych jest dostępna do dyspozycji każdego z potencjalnych wykonawców. W związku z tym nie narusza zachowania uczciwej konkurencji jak i równego traktowania wykonawców, ponieważ każdy z nich ma równe prawo z ustalonej wagi skorzystać określając minimalny czas zamknięć torowych według indywidualnych możliwości czy to finansowych czy to rzeczowych. Z kolei co do zasady proporcjonalności i przejrzystości to ustalona waga jest jednoznaczna w swej treści co nie narusza przejrzystości postępowania oraz jest proporcjonalna do przedmiotu zamówienia, ponieważ minimalizacja czasu zamknięć torowych w czasie remontu jest jak najbardziej oczekiwana przez użytkowników. Z kolei co do art. 36 ust. 1 pkt. 13) p.z.p., art. 2 pkt. 5) p.z.p. są to przepisy ustanawiające chociażby definicje pojęć ustawowych jak najkorzystniejsza oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny, kosztu lub innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia (art.2 pkt 5) czy też wymaganych elementów specyfikacji takich jak opis kryteriów wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert (art.36 ust.1 pkt 13). W związku z tym, że przepisy te odnoszą się do definicji „najkorzystniejszej oferty” czy „wymaganych elementów SIWZ” oraz z uwagi na wskazane okoliczności zarzutu to jest „brak minimalnej liczby godzin zamknięć torowych” w kryterium „czas zamknięć torowych” nie są te przepisy mające

Sygn. akt KIO 47/17

znaczenie przy rozstrzygnięciu zarzutu. W związku z tym pozostają przepisy art.91 pzp odnoszące się wprost do kryterium oceny ofert spośród których, odwołujący przywołuje ust.1; ust. 2c, ust. 2d, ust. 3. Wykazanie przez odwołującego naruszenia tych przepisów może mieć znaczenie dla rozstrzygnięcia odwołania, ponieważ regulują one zasady formułowania kryteriów oceny ofert a co jest przedmiotem odwołania. Iżba odniesie się do zarzutu naruszenia wskazanych przepisów art.91 pzp w części uzasadnienia poniżej to jest w części odnoszącej się do oceny zarzutów (Izba zważyła) dokonując oceny argumentacji formalnej i prawnej odwołania.

Na podstawie powyżej dokonanych ustaleń Izba oceniła zarzuty jak poniżej.

Izba zważyła

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia jako potencjalny wykonawca, który może złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu a w konsekwencji uzyskać zamówienie. W związku z podnoszonymi w odwołaniu naruszeniami przepisów pzp, które w ocenie odwołującego uniemożliwiają uzyskanie zamówienia, Izba uznaje prawo odwołującego do wniesienia odwołania i merytorycznego rozpoznania zarzutów w myśl art.179 ust.1 pzp.

Jak już powyżej w ustaleniach Izby wskazano okoliczność ogłoszenia o zamówieniu w dniu

28.12.2016 roku skutkuje zastosowaniem treści art.91 pzp obowiązującym od dnia 28 lipca 2016 roku.

Zarzut, który Izba rozpoznaje odnosi się do punktu 20.7.3 SIWZ, w którym zamawiający szczegółowo określił kryterium oceny ofert pn. dostępność linii kolejowej (czas zamknięć torowych). Kryterium to odnosi się do dostępności linii kolejowej, czyli czasu zamknięć torowych w ilości godzin, w których wykonawca będzie potrzebował zamknięć torów do należytego wykonania zamówienia. Jak już powyżej Izba ustaliła zamawiający określił maksymalną ilość godzin zamknięć torowych, która może zostać uwzględniona w ofercie wykonawcy i co do której odwołujący nie wnosi zastrzeżeń. Odwołujący wnosi zastrzeżenia co do nie wskazania minimalnej ilości godzin zamknięć torowych, co w jego ocenie niezbędne jest do prawidłowej oceny ofert w postępowaniu.

Izba podziela rozważania odwołującego co do tego, że opis kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej obok sformułowania przedmiotu zamówienia jest jednym z

Sygn. akt KIO 47/17

najistotniejszych elementów SIWZ na podstawie których zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę.

Izba również podziela pogląd za odwołującym, że zamawiający jest zobowiązany do ukształtowania kryteriów oceny ofert w taki sposób, aby uwzględniały specyfikę i uwarunkowania konkretnego przedmiotu zamówienia oraz muszą być z nim powiązane. Kryteria te muszą być również mierzalne tzn. realne i nie mogą powodować sytuacji w której w postępowaniu dojdzie do złożenia ofert nieporównywalnych i/lub ofert niemożliwych do wykonania.

Niemniej to odwołujący powinien w myśl reguły art.6 k.c. (Ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.) udowodnić podnoszone zarzuty. Bowiem nie wystarczy podnieść zarzuty ale trzeba je także udowodnić w myśl reguły art.14 ust.1 w zw. z przywołanym art.6 k.c.

Izba odnosząc się do argumentacji podniesionej w odwołaniu cytując „Zamawiający tak określonym kryterium oceny oferty doprowadził do sytuacji, w której kryterium to może zostać wykorzystane przez wykonawców jako narzędzie do nieuprawnionego zaniżenia czasu zamknięć torowych, przy jednoczesnym, nieuzasadnionym przedmiotem zamówienia, podwyższaniu ceny będącej kolejnym, a w zasadzie głównym kryterium oceny ofert. Wobec takiego działania wykonawcy, dojdzie do wyboru oferty niekorzystnej dla Zamawiającego (a contrario art. 91 ust. 1 p.z.p. i art. 2 pkt. 5) p.z.p.)”, stwierdza jak poniżej. Odwołujący sam stwierdza, że tak ustanowione kryterium oceny ofert może się przyczynić a nie, że przyczyni się do nieuprawnionego zaniżenia czasu zamknięć torowych.

Na dowód prezentowanego przypuszczenia odwołujący przywołuje jako analogiczną sytuację w ramach postępowania pn. „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla zadania pn. „Rewitalizacja linii kolejowej nr 207 odcinek granica województwa - Malbork” w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Pomorskiego na lata 2014 - 2020. Cytat ”Jak widać z załączonego zestawienia złożonych ofert, w tym konkretnym przypadku wykonawca, który rażąco w stosunku do innych zaniżył ilość zamknięć torowych (patrz 3600 godzin), mógł zaoferować wyższą cenę całkowitą brutto (patrz 261 184 762,79 zł), co spowodowało, że biorąc pod uwagę tylko kryterium ceny znajdował się na 3 pozycji, a biorąc pod uwagę kryterium związane z czasem zamknięć torowych, jego oferta może zostać uznana za najkorzystniejszą. Zatem Zamawiający będzie musiał w efekcie wydatkować środki publiczne w wysokości rażąco nie odpowiadającej przedmiotowi zamówienia”.

Sygn. akt KIO 47/17

Do przywołanego przykładu przez odwołującego odniósł się na rozprawie zarówno zamawiający jak i przystępujący po jego stronie stwierdzając, że postępowanie jest jeszcze nie rozstrzygnięte.

Izba odnosząc się do argumentacji odwołującego stwierdza co następuje.

Po pierwsze przywołany przykład postępowania Malbork nie tyle co nie został zrealizowany i nie mogły stąd potwierdzić się obawy co do nierealnie krótkiego czasu zamknięć ale nawet nie został rozstrzygnięty co do wyboru najkorzystniejszej oferty.

Po drugie zarzut rzekomo sztucznego zawyżenia ceny w związku ze skróceniem czasu zamknięć torowych jest nielogiczny, ponieważ skrócenie czasu zamknięć z pewnością generuje dodatkowe nakłady a związku z tym koszty i w konsekwencji podwyższa wynagrodzenie.

Po trzecie stwierdzenie, że podmiot publiczny wydatkować będzie środki publiczne w wysokości rażąco nie odpowiadającej przedmiotowi zamówienia ma charakter oskarżycielski ale nie poparty dowodami. Natomiast pełnomocnik zamawiającego wskazywał na koszty związane z transportem zastępczym, który wzrasta z czasem jego trwania wprost do czasu zamknięć torowych. Poza tym zamawiający kształtuje i odpowiada za politykę prowadzenia robót i kosztów z tym związanych. Powinien brać pod uwagę wpływ czasu wykonywania robót na koszt nie tylko bezpośrednio wynikający z prowadzenia robót ale również koszt utraconych przychodów w związku z nie świadczeniem usług przewozu czy to pasażerskiego, czy to towarowego. Stąd kryterium oceny ofert czasu zamknięć torowych przy wyborze najkorzystniejszej oferty. Izba rozpoznając zasadność zarzutu wzięła pod uwagę okoliczność zmiany Nr 2 SIWZ w dniu 17 stycznia 2017 roku w SubKlauzuli 8.7. lit.j) kar za przekroczenie zadeklarowanego w ofercie czasu zamknięć torowych. Zamawiający przewidział odrębnie dla poszczególnego szlaku wysokość kar od 10.000,00 zł. za każdą rozpoczętą godzinę przekroczenia przez 20.000,00zł. do 50.000,00zł. w zależności od zadeklarowanego w ofercie czasu zamknięć torowych szlaku nie niższego niż 80% do 60% maksymalnego dopuszczalnego czasu zamknięć torowych dla danego szlaku. Z postanowień przywołanej SubKlauzuli wynika, że wysokość kary (10.000,00zł.; 20.000,00zł.; 50.000,00zł.) za każdą godzinę przekroczenia zadeklarowanego w ofercie czasu zamknięć torowych wzrasta im wyższe jest procentowe odstępstwo w ofercie od maksymalnego dopuszczalnego czasu zamknięć torowego szlaku (20%;40%).

Sygn. akt KIO 47/17

Po czwarte odnosząc się do argumentacji odwołującego „Zamawiający nie opisał kryterium w sposób przejrzysty i jednoznaczny, a to dlatego że brakuje informacji w jaki sposób będzie on badał czy w zaoferowanej przez wykonawcę liczbie godzin zamknięć torowych można wykonać zamówienie w zakresie i jakości opisanym w SIWZ (w PFU), uwzględniając dostępne technologie wykonania prac.” Izba rozpoznając tak sformułowany zarzut stwierdza, że obojętnie czy są minimalne czy maksymalne czasy zamknięć ustalone przez zamawiającego to ostatecznie o ilości godzin zamknięć decyduje wykonawca na podstawie własnej kalkulacji w zależności od posiadanego potencjału finansowego, osobowego, sprzętowego, technologicznego. Słusznie pełnomocnik zamawiającego na rozprawie odnosząc się do zarzutu braku możliwości sprawdzenia rzetelności i realności limitu zamknięć szlaków torowych przywołał art.87 ust.1 pzp zdanie pierwsze „W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert”. Izba z kolei nadmienia, że każdemu wykonawcy służy zarzut względem innego wykonawcy sprzeczności treści oferty z treścią specyfikacji (art.89 ust.1 pkt 2 pzp.) oraz zarzut złożenia oferty jako czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art.89 ust.1 pkt 3 pzp) w przypadku stwierdzenia nierealnego czasu zamknięć torowych. Izba, uwzględniając złożone wyjaśnienia na rozprawie przez zamawiającego i przystępującego po jego stronie, nie uznała za uprawnione zarzuty co do kryterium zamknięć torowych, iż „Kryterium to jest opisane w sposób ogólny, nieobiektywny, dający możliwość uznaniowej i dowolnej oceny oferty odwołującego. Kryteria oceny ofert powinny być tak skonstruowane, żeby maksymalnie ograniczyć subiektywne odczucie i preferencje oceniającego. Należy zwrócić uwagę, że jedynie wskazanie ram od minimum do maksimum sprawi, że każdy wykonawca będzie równo traktowany w klasyfikacji, a opis taki pozostanie czytelny i nie pozostawi jego swobodnej interpretacji.” Izba dokonując oceny argumentacji za i przeciw ustaleniu dolnej granicy ilości godzin zamknięć torowych stwierdza, że przekonywująca i logiczna jest argumentacja o efektywności składanych ofert gdzie to wykonawcy będą ustalać minimalny poziom zamknięć torowych. Za takim rozwiązaniem przemawia również procedura udzielenia zamówienia w

systemie zaprojektuj i wybuduj. Tak skonstruowane kryterium oceny ofert w zakresie zamknięć torowych daje możliwość wyboru oferty chociaż nie najtańszej to gwarantującej efektywne i możliwie najszybsze wykonanie zadania a czym zainteresowany jest zamawiający. Wiarygodna i przekonująca jest również argumentacja zamawiającego, że jego wiedza i doświadczenie wskazują, że określenie minimalnej ilości godzin zamknięć torowych, skutkuje utratą efektywności tego kryterium oceny ofert. Bowiem większość wykonawców oferuje w takiej sytuacji wyznaczony przez zamawiającego minimalny poziom ilości godzin zamknięć torowych. Zamawiający ze swej strony ogranicza wykonawców tylko

Sygn. akt KIO 47/17

w zakresie maksymalnego limitu zamknięć torowych ze skutkiem odrzucenia oferty. Natomiast jak wyżej Izba zauważyła zamawiający ma narzędzia w formie kar za przekroczenia limitu godzin zamknięć torowych na etapie realizacji zamówienia. Natomiast na etapie wyboru najkorzystniejszej oferty zamawiający ma narzędzie żądania wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert w trybie art.87 ust.1 pzp. Z kolei poszczególni wykonawcy mają prawo zarzutów co do niezgodności treści oferty z treścią SIWZ czy też zarzut złożenia oferty jako czynu nieuczciwej konkurencji w trybie art.89 ust.1 pkt 2 jak i 3 pzp.

W ocenie Izby, wbrew twierdzeniom odwołującego, postawiony w odwołaniu zarzut nie nabiera dodatkowej mocy kiedy połączy się go z możliwością składania roszczeń o zmianę Zaakceptowanej Ceny Kontraktowej i Czasu na Ukończenie. Odwołujący sugeruje, że Wykonawca mający wiedzę niewynikającą z treści opisu przedmiotu zamówienia w zakresie np. obiektów inżynierskich, planów schematycznych poszczególnych posterunków, może podczas kalkulacji kryteriów oceny oferty przewidzieć z góry, że zaoferowany czas zamknięć ulegnie zmianie i w sposób nieuprawniony go zaniżyć, licząc że ulegnie on zmianie po złożeniu zamawiającemu roszczenia w trybie przewidzianym w umowie.

Tego rodzaju spostrzeżenia odwołującego wskazują po pierwsze na nie udowodnione w procesie odwoławczym twierdzenia o tzw. lepiej poinformowanych wykonawcach, posiadających inną wiedzę o przedmiocie zamówienia niż pozostali wykonawcy. W ocenie Izby posiadana wiedza o przedmiocie zamówienia zależy od stopnia zaangażowania wykonawcy a nie od bliżej nie wskazanych przez odwołującego okoliczności dostępu czy też braku dostępu do informacji.

Po drugie zakłada lepszą wiedzę o przedmiocie zamówienia niektórych wykonawców niż zamawiający, czym sobie zaprzecza odwołujący, żądając jednocześnie od zamawiającego a nie od wykonawców określenia minimalnego bezpiecznego poziomu zamknięć szlaków torowych. Niezależnie od możliwości spełnienia się w rzeczywistości przedstawionych takich okoliczności są to tylko nie udowodnione teoretyczne rozważania odwołującego w toku postępowania odwoławczego.

Odwołujący przedstawiając kolejne argumenty przemawiające za obowiązkiem zamawiającego określenia minimalnego czasu zamknięć torowych przywołuje ustalenie w SIWZ przez zamawiającego minimalnych wielkości w przypadku terminu realizacji, czy też okresu rękojmi za wady/okres gwarancji.

Co do zasady to słusznie odwołujący podnosi, że zamawiający jako właściciel infrastruktury oraz organizator transportu kolejowego w kraju, ma największą wiedzę w zakresie ilości niezbędnych zamknięć torowych. Z tej okoliczności odwołujący wywodzi, że zamawiający nie

Sygn. akt KIO 47/17

powinien mieć problemu ze wskazaniem minimalnego limitu godzinowego zamknięć szlaków torowych.

Izba odnosząc się do argumentu odwołującego przyznaje jemu rację co do tego, że zamawiający z pewnością tak jak przy wyznaczeniu minimalnego terminu realizacji, tak i terminu gwarancji/rękojmi tak i zamknięć torowych posiada stosowną wiedzę, żeby określić minimalny poziom zamknięć torowych.

Izba rozważając argumentację formalną i prawną stron przyznaje rację stanowisku

zamawiającego, że żaden z przepisów przywołanych w odwołaniu w tym z art.91 ust.1 i 2c; ust.2d; ust.3 (strona 2 odwołania) nie zobowiązuje zamawiającego do ustalenia minimalnego poziomu ilości godzin zamknięcia szlaków torowych dla wykonania zadania.

Tym bardziej w sytuacji realizacji w systemie zaprojektuj i wybuduj zamawiający ma prawo oczekiwania indywidualnego podejścia do zagadnienia minimalnej ilości godzin zamknięć torowych. Właściwe określenie tego poziomu świadczyć może o doświadczeniu i wiedzy wykonawcy.

Natomiast podkreślana wielokrotnie przez odwołującego wiedza zamawiającego co do możliwości określenia przez niego minimalnej ilości godzin zamknięć torowych gwarantuje wiarygodne sprawdzenie informacji podanych w ofertach przez zamawiającego.

Natomiast brak ograniczeń w ofertach wykonawców w tym zakresie, ze strony zamawiającego, gwarantuje jemu efektywność ustalonego kryterium zamknięć torowych ale nakłada jednocześnie obowiązek kontroli nieuprawnionych propozycji w ofertach.

Izba reasumując stwierdza, że to wykonawcy składając ofertę w systemie zaprojektuj i wybuduj są zobligowani w zależności od posiadanego potencjału finansowego, osobowego, sprzętowego, technologicznego określić swoje możliwości wykonania zadania. I to zarówno w aspekcie maksymalnej i minimalnej ilości zamknięć torowych, oferując zamawiającemu wiarygodną i rzetelną propozycję w zakresie rzeczywistego czasu zamknięć torowych na wykonanie zadania. Natomiast po stronie zamawiającego i wykonawców – konkurentów leży obowiązek i prawo weryfikacji złożonych ofert.

Sygn. akt KIO 47/17

W tym stanie rzeczy orzeczono jak w sentencji wyroku oddalając odwołanie, ponieważ Izba nie stwierdziła naruszeń w rozumieniu art.192 ust.2 pzp mogących mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 3 pkt 1 i pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczenia (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 20.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając kwotę 3.600,00 od odwołującego na rzecz zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący:

.....

.....