

Sygn. akt: KIO 1692/17

WYROK

z dnia 25 sierpnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 25 sierpnia 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 sierpnia 2017r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Z. Spółka Akcyjna z siedzibą w (...), S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w (...), S. R.G. z siedzibą w (...), S. R.. z siedzibą w (...), S. Á. z siedzibą na (...)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia T. Spółka Akcyjna z siedzibą w (...) i B. Spółka Akcyjna z siedzibą w (...)** zgłaszających swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1692/17 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Z. Spółka Akcyjna z siedzibą w (...), S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w (...), S. R.G. z siedzibą w (...), S. R.. z siedzibą w (...), S. Á. z siedzibą na (...)i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Z. Spółka Akcyjna z siedzibą w (...), S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w (...), S. R.G. z siedzibą w (...), S. R.. z siedzibą w (...), S. Á. z siedzibą na (...) tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Z. Spółka Akcyjna z siedzibą w (...), S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z

siedzibą w (...), S. R.G. z siedzibą w (...), S. R.. z siedzibą w (...), S. Á. z siedzibą na (...)na rzecz **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74**kwotę 3 600 zł. 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu ograniczonego na realizację robót budowlanych w ramach Przetargu nr 2 Modernizacja odcinka Trzebinia ~ Krzeszowice (km 29,110-46,700 linii nr 133) zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej numer 2015/S189-342106 z dnia 30 września 2015r.

W dniu 3 sierpnia 2017r. zamawiający poinformował o wyniku postępowania i wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia T. Spółka Akcyjna z siedzibą w (...) i B. Spółka Akcyjna z siedzibą w (...) (dalej przystępujący).

W dniu 14 sierpnia 2017r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Z. Spółka Akcyjna z siedzibą w (...), S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w (...), S. R.G. z siedzibą w (...), S. R.. z siedzibą w (...), S. Á. z siedzibą na (...) (dalej odwołujący) wnieśli odwołanie na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechanie jej odrzucenia. Odwołanie zostało podpisane przez dwóch wiceprezesów zarządu ujawnionych w KRS lidera odwołujących się, zgodnie z zasadami reprezentacji lidera. Lider działał na podstawie pełnomocnictw udzielonych przez pozostałych wykonawców w dniach 20 i 26 października 2017r. przez osoby upoważnione do reprezentacji każdego z wykonawców, zgodnie z załączonymi dokumentami rejestrowymi spółek. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 11 sierpnia 2017r.

Odwołujący zarzucili zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 – dalej ustawa) przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępujących mimo faktu, iż oferta ta jest niezgodna z SIWZ z uwagi na okoliczność, iż przystępujący nie uwzględnili w Harmonogramie Realizacji Zadań Wykonawcy (HRZW) zadań, które były wymienione w HRZZ (Harmonogramie Realizacji Zadań Zamawiającego), jak i opracowali harmonogram niezgodnie z regułami wyrażonymi w SIWZ, co m.in. z uwagi na treść punktu 18.9.2.2 Zasady weryfikacji tomu I SIWZ tj. Instrukcji dla Wykonawców (IDW) powoduje konieczność odrzucenia tejże oferty,
2. art. 7 ust. 1 ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji

Wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą (dalej jako KIO) niniejszego odwołania i jego uwzględnienie
2. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na badaniu i ocenie ofert oraz wyborze oferty najkorzystniejszej,

3. nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty przystępujących, a w konsekwencji nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru oferty odwołujących się jako najkorzystniejszej

4. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołujących kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, iż jest uprawniony do wniesienia odwołania, a to dlatego, iż zostały spełnione przesłanki określone w art. 179 ust. 1 ustawy. Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż w wyniku nieprawidłowego działania zamawiającego odwołujący doznał uszczerbku związanego z niemożliwością realizacji zamówienia publicznego (interes), a w konsekwencji osiągnięcia z tego tytułu zysku (co jest szkodą). Zamawiający bowiem bezpodstawnie zaniechał odrzucenia oferty przystępującego, wybierając ofertę tegoż wykonawcy jako najkorzystniejszą w postępowaniu. Gdyby zamawiający postąpił w sposób prawidłowy oferta przystępującego zostałaaby odrzucona, a zamówienie publiczne byłoby przyznane odwołującemu, co pozwoliłoby mu na realizację zadania. Tym samym według odwołującego w sprawie doszło z pewnością do naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia i powstania po stronie odwołującego szkody (w postaci niemożliwości uzyskania z tytułu realizacji zadania zysku).

Odwołanie wskazuje, że odwołujący uważa, iż przystępujący niezgodnie z treścią siwz sporządził Harmonogram Realizacji Zadania Wykonawcy (dalej HRZW), to jest nie podał własnej propozycji zadania „Mobilizacja wykonawcy”. Przystępujący poprzestał jedynie na podaniu pozycji bazowej wskazanej w Harmonogramie Realizacji Zadania Zamawiającego (dalej HRZZ) nie podając własnej propozycji. Sposób HRZW przygotowania opisują następującego punkty IDW 18.9.2.3 Harmonogram Realizacji Zadania Wykonawcy oraz 18.9.2.4 Forma Harmonogramu Realizacji Zadania Wykonawcy, a skutki związane z jego nieprawidłowym przygotowaniem opisuje punkt 18.9.2.2 IDW pod nazwą Zasady Weryfikacji, który według odwołującego powinien mieć numer 18.9.2.5. Sposób prezentacji HRZW znajduje się w pkt. 18.9.2.4 IDW i w 18.9.2.3 IDW (pierwszy akapit zdanie in fine).

Według odwołującego wykonawca miał obowiązek przedstawić zadanie wynikające z HRZZ, co stanowiło tzw. dane bazowe, a następnie przedstawić w formie odpowiedniego paska, w jakim okresie zamierza on dane zadanie zrealizować. Konieczne było zatem nie tylko wyraźne wskazanie w HRZW czasu trwania danego zadania wedle HRZZ, ale także i wedle HRZW (w dwóch wierszach następujących po sobie). Sporządzenie HRZW w odmienny sposób zdaniem odwołującego nie odpowiadało treści siwz. W braku zawarcia w HRZW porównania zadania do HRZZ harmonogram jest zatem sporządzony niezgodnie z SIWZ. To samo dotyczy sytuacji, gdy harmonogram wykonawcy (HRZW) wskazuje jak wygląda dane zadanie wedle Zamawiającego (dane bazowe), a nie zawiera zadania wedle propozycji Wykonawcy. Sytuacja taka oznacza przypadek nieuwzględnienia (usunięcia) danego

zadania w HRZW, mimo iż był on przewidziany (wymieniony) w HRZZ. Zamawiający udostępnił każdemu z wykonawców plik bazowy - HRZZ - w formie zapisywalnej. Wykonawcy mieli zatem przygotować swój harmonogram na „narzuconej” im w ten sposób bazie, dodając do każdej pozycji bazowej (wynikającej z HRZZ) osobny wiersz wskazujący proponowany przez wykonawcę czas realizacji danego zadania. W ocenie odwołującego brak podania własnej propozycji „mobilizacji wykonawcy” stanowi podstawę odrzucenia oferty, a zamawiający nie ocenił oferty przystępującego prawidłowo według zasad weryfikacji wynikających z pkt. 18.9.2.2. IDW, mimo tego, że HRZW jest elementem umowy i podstawą sporządzenia Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego, a cel, któremu ma służyć to zadanie zamawiający wyjaśnił odpowiadając na pytanie 40. Odwołujący powołał w odwołaniu treść postanowień siwz, z których wywodził istnienie możliwości zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, a także przedstawił treść i wygląd graficzny HRZZ i HRZW przystępującego złożonego w tym postępowaniu i w postępowaniu dotyczącym zadania realizowanego na styku z obecnym zadaniem tj. od km 29,100 linii nr 133, w którym przystępujący przedstawił propozycję „Mobilizacji wykonawcy” przy podobnych postanowieniach siwz, co w ocenie odwołującego świadczy, że przystępujący miał świadomość konieczności podania własnej propozycji do każdego z zadań, w tym „Mobilizacji wykonawcy”.

W dniu 14 sierpnia 2017r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym przekazując kopię odwołania.

W dniu 17 sierpnia 2017r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział przystępujący wnosząc o oddalenie odwołania. Przystępujący wskazał, że jako wykonawca wybrany ma interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego, gdyż zamierza złożyć stanowczą opozycję w stosunku do zarzutów zawartych w odwołaniu. Wskazał, że jego oferta jest zgodna z treścią siwz, co potwierdza treść załącznika HRZW jak i treść formularza ofertowego, a przystępujący przyjął na siebie zakres zobowiązania, którego oczekuje zamawiający i które opisał w siwz, a zamawiający nie naruszył art. 89 ust.1 pkt 2 i art. 7 ust. 1 ustawy. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 28 marca 2017r. udzielonego przez lidera przystępującego działającego przez prezesa i wiceprezesa zarządu, zgodnie z ujawnionymi zasadami reprezentacji. Lider działał na podstawie pełnomocnictwa z dnia 16 grudnia 2015r. udzielonego przez B. SA i podpisanego przez prezesa zarządu upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z dokumentami rejestrowymi. Zgłoszenie zostało przekazane zamawiającemu i odwołującemu w dniu 16 sierpnia 2017r.

W dniu 24 sierpnia 2017r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i wniósł o jego oddalenie oraz obciążenie kosztami postępowania odwoławczego odwołującego, w tym zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Zamawiający wskazał, że odwołujący zakwestionował czynność wyboru oferty najkorzystniejszej - w jego ocenie, oferta przystępującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Odwołujący argumentował, że oferta przystępującego jest niezgodna z SIWZ, ponieważ przystępujący rzekomo nie uwzględnił w Harmonogramie Realizacji Zadań Wykonawcy (dalej: HRZW) zadań, które zostały wymienione w Załączniku nr 7 do IDW - Harmonogramie Realizacji Zadań Zamawiającego (dalej: HRZZ). Ponadto, odwołujący podniósł także, że w jego ocenie, HRZW przystępującego został opracowany niezgodnie z regułami wyrażonymi w IDW.

Zamawiający nie zgadza się z podniesionymi zarzutami i wnosi o oddalenie odwołania. Zamawiający przytoczył treść art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, a także orzeczenia Izby : wyrok z dnia 18 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 26/17, wyrok z dnia 16 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 2492/16, wyrok z dnia 5 października 2016 r., sygn. akt KIO 1684/16, wyrok z dnia 21 marca 2017 r., KIO 401/17, wyrok z dnia 17 marca 2017 r., sygn. akt KIO 447/17.

Zamawiający potwierdził, że przystępujący w przedłożonym z ofertą HRZW pozostawił na wykresie bazową wartość dla zadania „Mobilizacja Wykonawcy”, a nie naniósł wartości proponowanej przez siebie.

Zamawiający jednak podkreślił, że zadanie „Mobilizacja Wykonawcy” nie podlegało wydłużeniu ani skróceniu, stanowiło element stały, co wynikało wprost z HRZZ. W szczególności, zgodnie z legendą zamieszczoną w HRZZ, zadanie „Mobilizacja Wykonawcy” nie stanowiło zadania wymagającego określenia terminu realizacji. Ponadto, z HRZW przystępującego wprost wynika, że choć przystępujący nie naniósł swojej wartości dla zadania „Mobilizacja Wykonawcy” (która zgodnie z treścią SIWZ nie mogła być inna, niż wartość bazowa, czyli 1 miesiąc), to przy określaniu terminów początkowych poszczególnych etapów uwzględnił wartość bazową dla tego zadania jako własną. Nie sposób zatem według zamawiającego zgodzić się z odwołującym, że pominięcie zadania „Mobilizacja Wykonawcy” na wykresie stanowi usunięcie tego zadania, o którym mowa w pkt 18.9.23 IDW, na s. 17, jeśli z całego wykresu wynika, że to zadanie zostało przez przystępującego uwzględnione. Jeżeli, jak twierdzi odwołujący, przystępujący usunąłby z HRZW zadanie "Mobilizacja Wykonawcy", to wówczas zmianie uległby cały schemat owego HRZW tj. terminy na wykonanie Etapów 2, 3 oraz 4 rozpoczynałyby się od Daty Rozpoczęcia a nie jak wymagał zamawiający 1 miesiąc po Dacie Rozpoczęcia i dopiero w takiej sytuacji Harmonogram byłby sprzeczny z wymaganiami zamawiającego i w rezultacie stanowiłyby podstawę do odrzucenia oferty. W niniejszym przypadku przystępujący w sposób prawidłowy powiązał terminy rozpoczęcia ww. Etapów z upływem okresu przewidzianego na mobilizację tj. 1 miesiąc po Dacie Rozpoczęcia.

Ponadto, zamawiający wskazał, że zgodnie z pismem skierowanym do przystępującego dnia

28 lipca 2017 r., znak IRZR2b-0815-CEF E30/P2/125/17, zamawiający poprawił w ofercie przystępującego s. 000928 - HRZW, poprzez naniesienie wartości dla zadania „Mobilizacja Wykonawcy” - identycznej z wartością bazową. Przystępujący pismem z dnia 31 lipca 2017 r., znak TH13d/0744/2017, wyraził zgodę na poprawienie omyłek. Zamawiający podkreślił, że poprawka tego typu nie wpłynęła na treść oferty, a jedynie uporządkowała ją pod względem formalnym. W szczególności Etapy realizacji robót oraz termin wykonania całego zamówienia przedstawione w HRZW pozostały identyczne z tymi zadeklarowanymi w Formularzu Ofertowym (s. 3 oferty przystępującego).

Zamawiający postąpił słusznie, poprawiając ofertę przystępującego - zarówno biorąc pod uwagę literalne brzmienie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, jak i cel tej regulacji. Jak bowiem wskazała na temat ww. przepisu Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 27 grudnia 2016 r., sygn. akt: KIO 2359/16: ratio legis regulacji to zmniejszenie negatywnych skutków daleko posuniętego formalizmu, którego stosowanie prowadzi do sytuacji, w których najkorzystniejsza oferta nie jest wybierana dorealizacji wskutek drobnych niezamierzonych błędów, nieścisłości braków, poprawienie omyłki ma zatem na celu przywrócenie zgodności oferty z SIWZ i umożliwienie zawarcia umowy z wykonawcą jaki złożył rzeczywiście najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu.

W przedmiotowej sprawie odrzucenie oferty przystępującego z całą pewnością nie znajdowało uzasadnienia w przepisach i stanowiłoby niedozwolony przypadek nadmiernego formalizmu. Intencją przystępującego było wykonanie wszystkich przewidzianych przez SIWZ zadań i etapów i ta intencja wynikała wprost ze złożonej oferty. Omyłka przystępującego została przez zamawiającego poprawiona, co było w pełni zgodne z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Tym samym w ocenie zamawiającego, zarzuty odwołującego należy uznać za bezzasadne.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania i podniósł, że odwołujący, konstruując zarzuty odwołania, oparł się na Harmonogramie Realizacji Zadania Wykonawcy (HRZW) załączonym do oferty przystępującego.

Odwołujący pominął okoliczność, że omyłka przystępującego w HRZW wskazana w odwołaniu została przez zamawiającego poprawiona, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, w toku badania i oceny ofert. Przystępujący dowiedział się o poprawieniu omyłki z pisma zamawiającego nr IRZR2b-0815-CEF E30/P2/125/17 z dnia 28 lipca 2017 r. Odwołujący, pomijając okoliczność faktyczną, o której mowa, ograniczył się wyłącznie do zakwestionowania rzekomego zaniechania zamawiającego polegającego na nieodrżuceniu oferty przystępującego na podstawie art 89 ust 1 pkt 2 ustawy. Odwołujący nie zakwestionował wcześniejszej czynności zamawiającego polegającej na poprawieniu w ofercie odwołującego omyłki w trybie art 87 ust 2 pkt 3 ustawy. Wniosek powyższy jest przy

tym uzasadniony nie tylko wobec sposobu określenia czynności będącej przedmiotem zaskarżenia w petitum odwołania, ale także wobec treści uzasadnienia wniesionego odwołania. Odwołujący, wskazując na okoliczności faktyczne i prawne istotne dla rozstrzygnięcia sprawy, nie podaje, że w realiach niniejszej sprawie zamawiający niezasadnie zastosował względem odwołującego przepis art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy, ani nawet, jeśli przyjąć by, że odwołujący mógł nie mieć wiedzy o tym, że zamawiający dokonał poprawienia omyłki, że przepis ten nie mógłby znaleźć w sprawie zastosowania z określonych powodów. Odwołujący w swoim odwołaniu skupia się wyłącznie na wykazaniu, że przystępujący popełnił omyłkę i że omyłka ta ma charakter istotny, zapominając o dyspozycji art 87 ust 2 pkt 3 ustawy.

Odwołanie jest wobec powyższego bezprzedmiotowe.

Odwołujący nie wskazując w odwołaniu żadnych dodatkowych okoliczności faktycznych dotyczących poprawienia omyłki, ograniczył tym samym zakres zarzutu, a w konsekwencji również zakres kognicji Izby. Izba dokonuje kontroli poprawności działania zamawiającego pod względem zgodności z przepisami ustawy - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania. Zgodnie z orzecznictwem: Odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń. O treści zarzutu decyduje przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, jak i przypisana im kwalifikacja prawna. Podobnie w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09. Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r w spr o sygn. I Ca 117/12, wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2016 r., KIO 2177/16), wyrok z 15 maja 2015 r. sygn. KIO 907/15.

Wobec bezprzedmiotowości jedyne zarzutu odwołania, odwołanie należy oddalić jako niezasadne.

Przystępujący podkreślił, że odwołujący podjął wiedzę o poprawieniu omyłki przez zamawiającego w dniu 7.08.2017 roku. Odwołujący zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy w dniu 4.08.2017 roku e-mailem wniósł o udostępnienie wszelkiej korespondencji pomiędzy konsorcjum T. / B. a zamawiającym. Zamawiający w dniu 7.08.2017 roku udostępnił odwołującemu kopie korespondencji z przystępującym tj. swoje pismo z dnia 28.07.2017 roku w którym zamawiający informuje przystępującego o poprawieniu omyłek w treści oferty oraz pismo T. / B. z dnia 31.07.2017 roku w którym przystępujący wyraża zgodę na poprawienie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją techniczną istotnych warunków zamówienia, nie powodujących istotnych zmian w treści oferty, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt. 3) ustawy. Dowód na powyższe znajduje się w dokumentacji postępowania dostępnej u zamawiającego (kopia w aktach sprawy). Odwołujący miał zatem

pełną wiedzę o czynnościach podjętych przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu przed złożeniem do Izby odwołania. Podniesienie zarzutów niezawartych w odwołaniu, na obecnym etapie postępowania, należy więc uznać za spóźnione.

Przystępujący wskazał, że czynność zamawiającego polegająca na poprawieniu oferty odwołującego była poprawna.

W formularzu ofertowym przystępujący zadeklarował:

OŚWIADCZAMY, iż zapoznaliśmy się z treścią Ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ dla niniejszego zamówienia.

AKCEPTUJEMY, w pełni i bez zastrzeżeń, postanowienia: SIWZ dla niniejszego Zamówienia, wyjaśnień do tej SIWZ oraz modyfikacji tej SIWZ i uznajemy się za związanych określonymi w nich postanowieniami.

GWARANTUJEMY wykonanie całości niniejszego Zamówienia zgodnie z treścią SIWZ, wyjaśnień do SIWZ oraz jej modyfikacji.

Tymczasem, zgodnie z treścią 18.9.2.3 IDW, należy stwierdzić, że wykonawcy nie mieli możliwości skracania lub wydłużenia terminów na wykonanie zadań wymienionych w HRZZ, które nie są określone jako Etapy wg Subklauzli 8.13 Warunków Umowy. Nie sposób więc uzasadniać, że wykonawca, złożwszy ofertę wraz z HRZW, akceptując wymogi zamawiającego, chciał zaoferować inny termin realizacji elementu przedmiotu zamówienia. Z oferty przystępującego jasno wynikają termin wykonania i czas trwania każdego z etapów, są one jednoznaczne i nie budzą wątpliwości. Byłoby zupełnie nielogiczne, gdyby przyjął, że przystępujący składa ofertę obejmującą wszystkie etapy wskazane w HRZW, ale pomija przy tym obowiązkową, niezbędną mobilizację, która musi poprzedzić realizację innych części przedmiotu zamówienia.

Orzecznictwo i doktryna wskazują, że „inna omyłka” to: omyłka polegająca na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodująca istotnych zmian w treści tej oferty. Poprawienie tych omyłknastępuje poprzez ingerencję w oświadczenie woli wykonawcy, jakim jest złożona przez niego oferta. Mogą one dotyczyć każdego merytorycznego elementu oferty, np. zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji itp., a nie tylko ceny, chociaż bezpośrednią przyczyną wprowadzenia tego przepisu było umożliwienie poprawiania błędów, które mogą się pojawić w trakcie sporządzania kosztorysów ofertowych. Warto nadmienić, że celem wprowadzenia tej regulacji było zapobieganie odrzuceniu ofert z powodu błahych pomyłek. Jak wskazano w wyroku KIO z 12.08.2010 r. (KIO 1610/10 463), „Artykuł 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych został wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp., lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu omyłki (...) Podkreślić również trzeba, że czynność poprawienia oferty ma charakter obligatoryjny i zamawiający nie może się uchylić od jej

wykonania nawet w sytuacji, gdyby zmiana miała dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych umowy (essentialianegotii) lub elementów uznanych za istotne przez zamawiającego, a także wtedy, gdy skutkiem dokonanej poprawki miałyby być zmiana ceny oferty (...) Przykładami innych omyłek są: omyłka w treści harmonogramu rzeczowo-finansowego w zakresie wskazanych tam terminów (...) (Skubiszak-Kalinowska Irena, Wiktorowska Ewa, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, WKP 2017).

Nie budzi więc u przystępującego wątpliwości, że wobec prawidłowej, skutecznej czynności zamawiającego polegającej na poprawieniu HRZW przystępującego, okoliczności przedstawione w odwołaniu nie mają miejsca. W związku z tym, zarzuty odwołania są bezprzedmiotowe i powinny zostać oddalone.

Nawet gdyby zamawiający nie poprawił oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, również wówczas nie zaszyby przesłanki odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art 89 ust 1 pkt 2 ustawy. Przystępujący złożył zamawiającemu ofertę zgodną z SIWZ, odpowiada ona zarówno wymogom zawartym w ustawie, SIWZ, jak i k.c. Cywilnoprawne rozumienie oświadczenia woli wskazuje, że pojęcie oferty należy interpretować szeroko, w rozumieniu funkcjonalnym, którym to rozumieniem posługuje się art. 60 i nast. k.c. Określa ono pewne zachowanie (działanie, czyn) osoby dokonującej czynności prawnej, polegające na wyrażeniu jej woli (ktoś wyraża wolę, ujawnia ją wobec innych, np. wygłaszając pewne słowa lub pisząc określony tekst), Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu, „(...) u podstaw oświadczenia woli leży realnie przeżywany przez człowieka akt woli (wewnętrzne postanowienie, powzięcie decyzji - jako czynność o charakterze psychicznym) ukierunkowany na wywołanie określonych skutków prawnych (tzw. wola wewnętrzna, zamiar). Z oświadczeniem woli mamy do czynienia wówczas, gdy ta wewnętrzna wola zostanie przez podmiot prawa cywilnego wyrażona, czyli ujawniona na zewnątrz (uzewnętrzniiona).¹¹ (tak: red. A. Kidyba, Kodeks cywilny. Komentarz, Tom I, Część ogólna, wyd. II z 2012 r.).

Za dokumentem wytworzonym przez wykonawcę, któremu nadajemy nazwę „oferta” stoi więc pewien akt woli (wewnętrzna decyzja, zamiar), który stanowi istotę oświadczenia woli. Przepis art. 65 k.c, który znajduje zastosowanie w niniejszej sprawie na zasadzie art. 14 ustawy, przesądza przy tym, że oświadczenie woli należy tłumaczyć w taki sposób, w jaki tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. W umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stroni cel umowy aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Akt woli wykonawcy odczytuje się więc przez pryzmat treści wytworzonego przez wykonawcę dokumentu (oferty), ale i także - w świetle dyspozycji art. 65 k.c. - z uwzględnieniem okoliczności, w jakich oferta została złożona, zasad współżycia społecznego i ustalonych zwyczajów

Zgodnie z zapisami SIWZ - IDW:

18.9.2.1.

(Wykonawca w celu potwierdzenia możliwości skrócenia terminu realizacji zadania przedstawi Harmonogram Realizacji Zadania Wykonawcy (HRZW), o którym mowa w punkcie 18.9.2.3. IDW stworzony na podstawie wzorcowego Harmonogramu Realizacji Zadania zamawiającego (HRZZ).

18.9.2.2. Harmonogram Realizacji Zadania zamawiającego

HRZZ, stanowiący załącznik nr 7, przedstawia maksymalne i minimalne terminy wykonania Etapów oraz maksymalny i minimalny termin realizacji Umowy.

18.9.2.3. Harmonogram Realizacji Zadania Wykonawcy

HRZW będzie zawierał wszelkie terminy wykonania Etapów szczegółowo opisanych w Subklauzuli 8.13 Warunków Umowy oraz ewentualne punkty kontrolne wszystkich terminów pośrednich realizacji zadania przedstawione przez Wykonawcę. HRZW będzie zawierał porównanie do HRZZ. (...)

18.9.2.4. Forma Harmonogramu Realizacji Zadania Wykonawcy

Wykonawca jest zobowiązany do przedstawienia HRZW dla Zamówienia, którego Oferta dotyczy z zachowaniem wszystkich wytycznych podanych w pkt. 18.9.2.3 oraz bazując na załączonym HRZZ.

HRZW zostanie przedstawiony w formie wykresu Gantta z osią czasu o dokładności co najmniej jednego miesiąca oraz jednostką mierzoną w miesiącach oraz przedłożony w wersji papierowej oraz elektronicznej zgodnie z punktem 12.1 IDW.

Na wykresie Gantta zadania planowane przez Wykonawcę będą przedstawione za pomocą pasków, które określają czas trwania każdego pojedynczego Etapu. Punkty kontrolne będą przedstawione jako obiekty.

Założenia przedstawione przez zamawiającego należy zapisać jako plan bazowy a widok wykresu Gantta musi pokazywać planowaną przez Wykonawcę realizację zadań w porównaniu do planu bazowego przedstawionego przez zamawiającego (2 wiersze)

HRZW będzie zawierał porównanie przedstawionych przez Wykonawcę rozwiązań do założonych przez zamawiającego w HRZZ. Niezbędne do przedstawienia będą:

- czas trwania wg HRZZ
- czas trwania wg HRZW

Powyższe pozwoli zobrazować wprowadzone zmiany w datach realizacji Etapów oraz czasie trwania, jak również poprawność modyfikacji HRZZ oraz wprowadzonych zmian

HRZW stanowi więc porównanie (zobrazowanie) rozwiązań zaoferowanych przez wykonawcę do rozwiązań założonych przez zamawiającego, jest to jedynie „ilustracja” odnosząca się do całości oferty i „potwierdzenie” zawartych w niej zobowiązań.

Z punktu widzenia tak określonego celu, niedopuszczalna byłaby tylko taka sytuacja, w której wykonawca nie wskazałby w HRZW (nie zobrazowałby) zaoferowanych przez siebie zmian w

zakresie dat realizacji Etapów oraz w zakresie czasie ich trwania (niewskazałby swoich modyfikacji względem założeń SIWZ).

Jeśli zadanie, o którym mówi odwołujący („Mobilizacja”) nie mogło podlegać modyfikacji co do terminów jego wykonania, a czas na wykonanie całości zamówienia wskazany w Formularzu oferty odpowiada czasowi wskazanemu w HRZW, to oczywistym pozostaje, że zamiarem wykonawcy nie było dokonanie modyfikacji w zakresie czasu i terminów wykonania zadania pn. „Mobilizacja”. Wykonawca, składając HRZW, pokazał w jaki sposób zamierza skrócić termin wykonania zamówienia i z tych informacji wynika wprost, że by osiągnąć zamierzony cel, wykonawca nie musi ingerować w czas trwania zadania „Mobilizacja”.

Fakt że w HRZW pominięto pierwotnie jedną linię odnoszącą się do harmonogramu mobilizacji nie stanowi więc o niezgodności treści oferty z SIWZ, skoro przystępujący potwierdził spełnienie warunków IDW w innych miejscach oferty.

W analogicznej sprawie, gdzie ten sam Zamawiający wprowadził identyczne w tym zakresie wymogi, Izba w wyroku z dnia 5 kwietnia 2017 r. (KIO 547/17) orzekła:

Nie potwierdziło się stanowisko odwołującego, jakoby Przystępujący nie złożył oświadczenia o dacie rozpoczęcia robót, ustalonej przez zamawiającego na 11 czerwca 2017 r. Jakkolwiek rzeczywistość nie jest ona możliwa do wyinterpretowania z treści wykresu Gannta, tym niemniej Konsorcjum A trafnie argumentowało, że można ją wywieść z innych dokumentów składających się na ofertę wykonawcy. Należało zatem zwrócić uwagę na pkt 12 formularza ofertowego przystępującego, z którego wynika, że zamówienie zostanie zrealizowane w terminie 22 miesięcy liczonych od Daty Rozpoczęcia, która - jak wspomniano - została określona przez zamawiającego datą dzienną. W konsekwencji uprawnione jest twierdzenie, że zarzut odwołania miał charakter stricte formalny, opierający się na założeniu, że informacja ta musiała zostać - pod rygorem uznania oferty za niezgodną z SIWZ - przeniesiona do HRZW sporządzonego przez przystępującego.

W nawiązaniu do powyższego skład orzekający wskazuje, że - po pierwsze - skoro na ofertę przystępującego składał się szereg dokumentów charakteryzujących zobowiązanie, to przesądzenie kwestii zgodności/niezgodności oferty z treścią SIWZ wymagało ich całościowej analizy i interpretacji, nie zaś - jak to uczynił odwołujący - fragmentarycznej oceny wybranego dokumentu. Uznanie stanowiska zaprezentowanego w odwołaniu za uzasadnione doprowadziłoby do absurdalnej w ocenie Izby, sytuacji w której oferta Konsorcjum A podlegałaby odrzuceniu wyłącznie na tej podstawie, że określona informacja nie została zamieszczona w określonym miejscu. W związku z tym należy mieć na względzie, że - po drugie - odrzucenie oferty na podstawie przepisu art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy nie obejmuje przypadków uchybień formalnych, wyrażających się chociażby w

odmiennym od oczekiwanego przez zamawiającego sposobie prezentowania informacji w ofercie, jak to miało miejsce w omówionym powyżej zakresie.

(...)Po drugie - nawiązując do argumentacji odwołującego o braku istotności ogólnych oświadczeń dotyczących, przykładowo, akceptacji wymogów SIWZ, czy zobowiązania do zrealizowania zamówienia zgodnie z nimi, zawartych w formularzu oferty przystępującego w płaszczyźnie oceny zgodności oferty z SIWZ skład orzekający wskazuje, że kwestię tą należy oceniać indywidualnie. W sytuacjach, w których dany element treści oferty może być kształtowany przez wykonawcę swobodnie, czy też w granicach zakreślonych przez zamawiającego (np. w drodze wyboru jednej z kilku przewidzianych przez zamawiającego opcji), ukształtowanie treści oferty w sposób sprzeczny z SIWZ nie może być tłumaczone złożeniem wzmiankowanych powyżej deklaracji. Inaczej jest jednak w przypadku, gdy zamawiający nie pozostawia wykonawcom wyboru odnośnie określonych elementów treści oferty. W takiej sytuacji oświadczenie o akceptacji postanowień SIWZ, czy deklaracja wykonania zamówienia zgodnie z opisanymi w niej wymogami mogą stanowić podstawę ustalenia zgodności treści oferty z SIWZ.

(...)Izba uznała, że o ile HRZW przystępującego rzeczywiście dotknięty jest pewnymi brakami, o tyle ich charakter nie uzasadnia odrzucenia oferty Konsorcjum A z uwagi na niezgodność jej treści z SIWZ. Z HRZW przystępującego, interpretowanego w kontekście pozostałych dokumentów składających się na jego ofertę, wynikają wszystkie niezbędne informacje umożliwiające jej ocenę, wobec czego Zamawiający nie naruszył przywołanych w petitum odwołania przepisów. Zamawiający wskazał w SIWZ wprost: Jeżeli którykolwiek z Etapów zostanie wydłużony lub skrócony, niezgodnie z zapisami Subklauzuli 8.13 Warunków Umowy to oferta zostanie odrzucona. Przystępujący ani nie wydłużył, ani też nie skrócił żadnego z Etapów. Obiektywna wykładnia oświadczenia woli jasno wskazuje, że Przystępujący w ofercie zobowiązał się do przeprowadzenia mobilizacji zgodnie z HRZZ. Potwierdza to również wykładnia oświadczenia złożonego przez przystępującego w treści HRZW, gdzie pozostawił literalnie wpisany okres Mobilizacji, który wynosić będzie: 1 miesiąc / 1 miesiąc od Daty Rozpoczęcia oraz pasek koloru niebieskiego. Przystępujący nie dokonał zatem żadnej niedozwolonej zapisami IDW modyfikacji HRZZ i HRZW, która skutkować mogłaby odrzuceniem jego oferty.

Nawet gdyby oferta nie została poprawiona przez zamawiającego i tak nie podlegałaby odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy. Inaczej sytuacja wyglądałaby, gdyby wykonawcy mogli modyfikować czas trwania mobilizacji względem wymogów zamawiającego i gdyby zamawiający nie mógł samodzielnie określić, kiedy wykonawca rzeczywiście zamierza wykonać któryś z etapów. Przystępujący powołał wyrok z dnia 13 kwietnia 2016 r. (KIO 460/16), wyrok Izby z dnia 7 maja 2014 r. (KIO 796/14).

Formalne uchybienie (omyłka), które nie ma wpływu na treść całego zobowiązania, nie mogłoby prowadzić do tak daleko idącego rezultatu jak odrzucenie oferty. W przedmiotowej sprawie raz jeszcze należy wskazać, że uchybienie takie w ogóle nie miało miejsca wobec poprawienia omyłki przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. siwz, wyjaśnień treści siwz, oferty przystępującego, HRZW w postępowaniu dotyczącym zadania realizowanego na styku z obecnym zadaniem tj. od km 29,100 linii nr 133.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

W spornym zakresie w siwz zawarto następujące postanowienia:

18.9.2. Czas realizacji

18.9.2.1 Ocena punktowa (z uwzględnieniem wagi kryterium) w kryterium: *Czas realizacji* zostanie dokonana wg poniższego wzoru:

T_b

$$T_R = \frac{T_n}{T_b} \times 100 \times W_{kr}$$

T_n

gdzie:

T_R - ilość punktów oferty badanej z uwzględnieniem wagi kryterium,

T_b - suma miesięcy, o którą ulegają skróceniu terminy na wykonanie poszczególnych Etapów zaproponowane w badanej ofercie, w stosunku do terminów tych Etapów określonych przez Zamawiającego jako maksymalne,

T_n - największa suma miesięcy, spośród wszystkich ofert niepodlegających odrzuceniu, o którą zostały skrócone terminy na wykonanie poszczególnych Etapów względem terminów określonych przez Zamawiającego jako maksymalne,

W_{kr} - waga kryterium 10%,

Uwaga: wynik przeprowadzonych obliczeń podany zostanie z dokładnością do 2 miejsc po przecinku.

Uwaga: w przypadku, gdy Wykonawca zaproponuje w formularzu ofertowym termin realizacji powyżej 30 miesięcy - oferta zostanie odrzucona.

Uwaga: przy obliczaniu ilości punktów oferty badanej (T_R) nie będą brane pod uwagę dane zawarte w ofertach odrzuconych.

Uwaga: w przypadku, gdy żaden z Wykonawców nie zaproponuje skrócenia terminu realizacji któregokolwiek z Etapów (tj. $T_n = 0$), to przyjmuje się, że ilość punktów oferty badanej z uwzględnieniem wagi kryterium (T_R) równa się 0 punktów.

Wykonawca w celu potwierdzenia możliwości skrócenia terminu realizacji zadania i Etapów przedstawi Harmonogram Realizacji Zadania Wykonawcy (HRZW), o którym mowa w punktach poniżej, stworzony na podstawie wzorcowego Harmonogramu Realizacji Zadania Zamawiającego (HRZZ).

Skutki braku realizacji umowy w terminach określonych w HRZW określa Tom II SIWZ -Warunki Umowy.

18.9.2.2 Harmonogram Realizacji Zadania Zamawiającego

HRZZ, stanowiący załącznik nr 7, przedstawia terminy na wykonanie poszczególnych Etapów, z których wynika maksymalny termin realizacji Umowy przewidziany przez Zamawiającego.

18.9.2.3 Harmonogram Realizacji Zadania Wykonawcy

HRZW będzie zawierał wszelkie terminy wykonania Etapów szczegółowo opisanych w Subklauzuli 8.13 Warunków Umowy przedstawionych jako zadania w formie pasków lub jako punkty kontrolne. HRZW będzie przedstawiał również inne zadania wymienione w HRZZ, tj. niebędące Etapami. HRZW będzie zawierał porównanie do HRZZ.

Wykonawca podczas tworzenia HRZW uwzględni wytyczne dotyczące:

- a) Czasu na Ukończenie (całkowitego terminu realizacji),
- b) maksymalnego terminu na wykonanie poszczególnych Etapów, zgodnie z założeniami Subklauzuli 8.13 Warunków Umowy.

Przy tworzeniu HRZW nie dopuszcza się skracania lub wydłużania terminów na wykonanie zadań wymienionych w HRZZ, które nie są określone jako Etapy wg Subklauzuli 8.13 Warunków Umowy.

Dopuszcza się modyfikację terminu na wykonanie zadań wyłącznie tych, określonych jako Etapy, których możliwość modyfikacji przewiduje Subklauzula 8.13 Warunków Umowy.

Przy tworzeniu HRZW nie dopuszcza się usuwania żadnych zadań wymienionych w HRZZ.

Wykonawca w HRZW uwzględni możliwości realizacyjne oraz trudności, które mogą wystąpić podczas realizacji i mogą mieć wpływ na osiągnięcie poszczególnych terminów pośrednich. Zaoferowany przez Wykonawcę termin na wykonanie poszczególnych Etapów będzie

obejmował wykonanie Robót w każdym z Etapów, w tym m.in. powstanie dokumentów Wykonawcy, zamówień, dostaw, montażu, dokonanie prób, kolejność i rozłożenie w czasie inspekcji i odbiorów.

18.9.2.4 Forma Harmonogramu Realizacji Zadania Wykonawcy

Wykonawca jest zobowiązany do przedstawienia HRZW z zachowaniem wszystkich wytycznych podanych w punkcie powyżej oraz bazując na załączonym HRZZ.

HRZW zostanie przedstawiony w formie wykresu Gantta z osią czasu o dokładności co najmniej jednego miesiąca oraz jednostką mierzoną w miesiącach oraz przedłożony w wersji papierowej oraz elektronicznej zgodnie z punktem 14.1 IDW.

Na wykresie Gantta zadania planowane przez Wykonawcę będą przedstawione za pomocą pasków lub punktów kontrolnych, które określają termin na wykonanie każdego pojedynczego Etapu lub zadania niebędącego Etapem według Subklauzuli 8.13 Warunków Umowy.

Założenia przedstawione przez Zamawiającego w HRZZ należy zapisać jako plan bazowy. Widok wykresu Gantta winien pokazywać planowaną przez Wykonawcę realizację zadań w porównaniu do planu bazowego (HRZZ) przedstawionego przez Zamawiającego (2 wiersze).

HRZW będzie zawierał porównanie przedstawionych przez Wykonawcę rozwiązań do założonych przez Zamawiającego w HRZZ. Niezbędne do przedstawienia będą:

- czas trwania wg HRZZ,
- czas trwania wg HRZW,
- termin wg HRZZ,
- termin wg HRZW.

Powyższe pozwoli zobrazować wprowadzone zmiany w terminach realizacji poszczególnych Etapów, jak również poprawność modyfikacji HRZZ

18.9.2.2 Zasady weryfikacji

- Ocena całkowitego Czasu na Ukończenie

Zamawiający dokona oceny wprowadzonych w HRZW przez Wykonawcę zmian w następujący sposób:

Czy całkowity termin realizacji (Czas na Ukończenie) jest mniejszy bądź równy 30miesiący?

Jeżeli Wykonawca zaproponuje całkowity termin realizacji (Czas na Ukończenie) powyżej 30 miesięcy - oferta zostanie odrzucona.

- Ocena poprawności modyfikacji poszczególnych Etapów

Zamawiający dokona oceny wprowadzonych w HRZW przez Wykonawcę zmian w następujący sposób:

Czy właściwie zostały zmodyfikowane terminy realizacji poszczególnych Etapów? Jeżeli termin na wykonanie któregoś z Etapów zostanie wydłużony lub skrócony, niezgodnie z zapisami Subklauzuli 8.13 Warunków Umowy, to oferta zostanie odrzucona.

- Ocena modyfikacji zadań innych niż Etapy

Zamawiający dokona oceny wprowadzonych w HRZW przez Wykonawcę zmian w następujący sposób:

Czy zostały skrócone lub wydłużone terminy na wykonanie zadań, które nie są określone jako Etapy według Subklauzuli 8-13 Warunków Umowy?

Jeżeli którykolwiek z terminów na wykonanie zadań niebędących Etapami (według Subklauzuli 8.13 Warunków Umowy), zostanie wydłużony lub skrócony, to oferta zostanie odrzucona.

- Ocena poprawności uwzględnienia zadań

Zamawiający dokona oceny wprowadzonych w HRZW przez Wykonawcę zmian w następujący sposób:

Czy zostały usunięte jakiegokolwiek zadania wymienione w HRZZ?

W przypadku usunięcia jakiegokolwiek zadania, wymienionego w HRZZ, oferta zostanie odrzucona.

- Ocena wiarygodności modyfikacji poszczególnych Etapów

Zamawiający dokona oceny modyfikacji Etapów dokonanej przez Wykonawcę w HRZW w następujący sposób:

Czy przedstawione w ofercie skrócenie terminu na wykonanie któregoś z Etapów jest o co najmniej 30 % większe, niż średnia arytmetyczna skrócenia terminu na wykonanie tego Etapu spośród wszystkich ofert niepodlegających odrzuceniu?

W przypadku gdy skrócenie terminu na wykonanie któregoś z Etapów, zaproponowane przez Wykonawcę, jest o co najmniej 30 % większe niż średnia arytmetyczna ze skrócenia terminu na wykonanie tego Etapu - spośród wszystkich ofert niepodlegających odrzuceniu - Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 Ustawy wezwie Wykonawcę do złożenia wyjaśnień. Jeżeli Wykonawca nie udzieli wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami w zakresie:

- 1) fazowania Robót,
- 2) metod, którymi Wykonawca planuje realizować Roboty,
- 3) zasobów ludzkich i sprzętowych koniecznych do zrealizowania Robót w zaproponowanym rozwiązaniu technicznym opisanym zgodnie z punktem 2),

- 4) zakładanych wydajności zasobów wymienionych zgodnie z punktem 3),
- 5) planu dostaw Materiałów i Urządzeń,
- 6) oceny ryzyka i jego ewentualnej mitygacji,

potwierdza, że wykonanie zamówienia z zaproponowanymi przez Wykonawcę zastosowanymi technologiami i zakresem Robót nie jest możliwe - oferta zostanie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

W HRZZ zamawiający podał zadania oznaczając je linią niebieską, punkty kontrolne oznaczając je okręgiem z wpisanym w niego punktem w kolorze niebieskim, zadania wymagające określenia terminu realizacji oznaczając je równoległymi czerwonymi liniami górną ciągłą, dolną przerywaną i zakończone czerwonym trójkątem z linii przerywanej, zadania zbiorcze oznaczając je czarną linią zakończoną z każdej strony czarnymi trójkątami. Sporna pozycja „Mobilizacja wykonawcy” została oznaczona wyłącznie linią niebieską, tak samo jak pozycja 10 „Pozostałe roboty wraz z dokonaniem wszelkich niezbędnych odbiorów oraz uzyskaniem wymaganych decyzji i pozwoleń” pozostałe pozycje od 4 do 9 składają z linii niebieskiej i linii czerwonych. Pozycje 2 i 11 posiadają wyłącznie okrąg z wpisanym niebieskim punktem, a pozycja 1 to linia czarna.

Ze strony 928 oferty przystępującego wynika, że wszystkie pozycje podane przez zamawiającego w HRZZ zostały przez przystępującego zawarte w HRZW, przy czym dla pozycji 2 i 3 z HRZZ, będących odpowiednio pozycjami 3 i 4 w HRZW przystępującego odwołujący nie przedstawił własnej propozycji – dotyczy to daty rozpoczęcia oraz mobilizacji wykonawcy, w pozostałych punktach pod danymi podanymi przez zamawiającego przystępujący przedstawił swoją propozycję w postaci czerwonej linii oraz czerwonego okręgu w wpisanym czerwonym punktem.

W siwz dla realizacji robót budowlanych w ramach przetargu nr 1 – Modernizacja odcinak Jaworzno Szczakowa – Trzebinia (km 1,1150 – 0,000 linii nr 134 km 15,810 – 29,110 linii nr 133) zawarto następujące postanowienia:

W pkt. 18 siwz zamawiający opisał kryteria oceny ofert, w tym w pkt. 18.9.2. Czas realizacji zawierając następujące postanowienia:

18.9.2.1. Ocena punktowa (z uwzględnieniem wagi kryterium) w kryterium: Czas realizacji zostanie dokonana zgodnie z poniższą tabelą:

Czas z badanej oferty w miesiącach - Ilość skróconych miesięcy - TR liczba punktów (z uwzględnieniem wagi kryterium) w kryterium Czas realizacji :

- | | | | | |
|----|---|---|---|---|
| 30 | – | 0 | - | 0 |
| 29 | – | 1 | - | 2 |
| 28 | – | 2 | - | 4 |
| 27 | – | 3 | - | 6 |
| 26 | – | 4 | - | 8 |

25 – 5 - 9

24 – 6 - 10

Uwaga: w przypadku, gdy wykonawca zaproponuje w formularzu ofertowym termin realizacji powyżej 30 miesięcy lub poniżej 24 miesięcy - oferta zostanie odrzucona.

Wykonawca w celu potwierdzenia możliwości skrócenia terminu realizacji zadania przedstawi Harmonogram Realizacji Zadania Wykonawcy (HRZW), o którym mowa w punkcie 18.9.2.3 IDW stworzony na podstawie wzorcowego Harmonogramu Realizacji Zadania Zamawiającego (HRZZ).

Skutki braku realizacji umowy w terminach określonych w HRZW określa Tom II SIWZ - Warunki Umowy.

18.9.2.2. Harmonogram Realizacji Zadania Zamawiającego

HRZZ, stanowiący załącznik nr 7, przedstawia maksymalne i minimalne terminy wykonania Etapów oraz maksymalny i minimalny termin realizacji Umowy.

18.9.2.3. Harmonogram Realizacji Zadania Wykonawcy

HRZW będzie zawierał wszelkie terminy wykonania Etapów szczegółowo opisanych w Subklauzuli 8.13 Warunków Umowy oraz ewentualne punkty kontrolne wszystkich terminów pośrednich realizacji zadania przedstawione przez Wykonawcę.

HRZW będzie zawierał porównanie do HRZZ.

Etapy, których termin realizacji może podlegać skróceniu to takie, których realizacja następuje (zgodnie z HRZZ) po okresie 6 miesięcy od podpisaniu Umowy, z wykluczeniem przerw w ruchu (realizacji prac na dwóch torach jednocześnie).

Wykonawca podczas tworzenia HRZW uwzględni wytyczne dotyczące:

- a) całkowitego terminu realizacji,
- b) okresu 6 miesięcy od podpisania Umowy, w którym termin realizacji Etapów nie może podlegać skróceniu,
- c) minimalnego i maksymalnego czasu trwania poszczególnych Etapów, zgodnie z założeniami Subklauzuli 8.13 Warunków Umowy.

Wykonawca w HRZW uwzględni możliwości realizacyjne oraz trudności, które mogą wystąpić podczas realizacji i mogą mieć wpływ na osiągnięcie poszczególnych terminów pośrednich. Zaoferowany przez Wykonawcę czas realizacji poszczególnych Etapów będzie zawierał wykonanie robót w każdym z Etapów, powstanie dokumentów Wykonawcy, zamówień, dostaw, montaż, dokonanie prób, kolejność i rozłożenie w czasie inspekcji i odbiorów.

18.9.2.4. Forma Harmonogramu Realizacji Zadania Wykonawcy

Wykonawca jest zobowiązany do przedstawienia HRZW z zachowaniem wszystkich wytycznych podanych w pkt. 18.9.2.3 oraz bazując na załączonym HRZZ.

HRZW zostanie przedstawiony w formie wykresu Gantta z osią czasu o dokładności conajmniej jednego miesiąca oraz jednostką mierzoną w miesiącach oraz przedłożony w wersji papierowej oraz elektronicznej zgodnie z punktem 12.1 IDW.

Na wykresie Gantta zadania planowane przez Wykonawcę będą przedstawione za pomocą pasków, które określają czas trwania każdego pojedynczego Etapu. Punkty kontrolne będą przedstawione jako obiekty.

Założenia przedstawione przez Zamawiającego należy zapisać jako plan bazowy a widok wykresu Gantta musi pokazywać planowaną przez Wykonawcę realizację zadań w porównaniu do planu bazowego przedstawionego przez Zamawiającego (2 wiersze).

HRZW będzie zawierał porównanie przedstawionych przez Wykonawcę rozwiązań do założonych przez Zamawiającego w HRZZ. Niezbędne do przedstawienia będą:

- czas trwania wg HRZZ
- czas trwania wg HRZW

Powyższe pozwoli zobrazować wprowadzone zmiany w datach realizacji Etapów oraz czasie trwania, jak również poprawność modyfikacji HRZZ oraz wprowadzonych zmian.

18.9.2.5. Zasady weryfikacji

- Ocena całkowitego Czasu na Ukończenie.

Zamawiający dokona oceny wprowadzonych w HRZW przez Wykonawcę zmian w następujący sposób:

W przypadku, gdy Wykonawca zaproponuje w formularzu ofertowym termin realizacji powyżej 30 miesięcy lub poniżej 24 miesięcy - oferta zostanie odrzucona. Zamawiający dokona oceny wprowadzonych w HRZW przez Wykonawcę zmian w następujący sposób:

Czy całkowity termin realizacji zawiera się w przedziale: powyżej (Minimalna liczba miesięcy) poniżej (Maksymalna liczba miesięcy) miesięcy?

W przypadku, gdy Wykonawca zaproponuje w HRZW termin realizacji powyżej 30 miesięcy lub poniżej 24 miesięcy - oferta zostanie odrzucona.

- Ocena zasadności modyfikacji terminu realizacji poszczególnych Etapów.

Zamawiający dokona oceny wprowadzonych w HRZW przez Wykonawcę zmian w następujący sposób:

Czy został zachowany okres 6 miesięcy od podpisania Umowy, w którym termin realizacji Etapów nie może podlegać skróceniu?

Jeżeli nie będzie zachowany okres 6 miesięcy od podpisania Umowy, w którym termin realizacji Etapów nie może podlegać skróceniu to oferta zostanie odrzucona.

- Ocena poprawności modyfikacji poszczególnych Etapów

Zamawiający dokona oceny wprowadzonych w HRZW przez Wykonawcę zmian w następujący sposób:

Czy zostały zachowane minimalne i maksymalne czasy trwania poszczególnych Etapów?

Jeżeli którykolwiek z Etapów zostanie wydłużony lub skrócony, niezgodnie z zapisami Subklauzuli 8.13 Warunków Umowy to oferta zostanie odrzucona.

W formularzu ofertowym w pkt. 2. wykonawcy mieli złożyć następujące oświadczenie - akceptujemy, w pełni i bez zastrzeżeń, postanowienia: SIWZ dla niniejszego Zamówienia, wyjaśnień do tej SIWZ oraz modyfikacji tej SIWZ i uznajemy się za związanych określonymi w nim postanowieniami, a w pkt 3 gwarantować wykonanie całości niniejszego Zamówienia zgodnie z treścią: SIWZ, wyjaśnień do SIWZ oraz jej modyfikacji.

Zgodnie z załącznikiem nr 2 – załącznik do oferty zamawiający podał Szczegóły – Subklauzule Warunków Ogólnych i Szczególnych Umowy oraz Dane podając m. In.:

Etapy – 1.1.38 i 8.13 – Ustala się następujące Etapy wykonania:

Etap 1 - Do 9 miesięcy od Podpisania Umowy rozbudowa nastawni JSA - nastawnia oddana pod klucz.

Etap 2- Od 8 do 10 miesięcy od przystąpienia do robót na zamknięciu torowym dla toru nr 2 linii 133 wraz z parzystą częścią stacji Jaworzno Szczakowa i torem nr 1 linii 134 (przystąpienie do robót, o którym mowa, musi nastąpić po okresie Mobilizacji Wykonawcy, to jest po upływie maksymalnie 5 miesięcy od Podpisania Umowy) oddanie do eksploatacji toru nr 2 linii 133 wraz z parzystą częścią stacji Jaworzno Szczakowa i torem nr 1 linii 134.

Etap 3- Od 8 do 10 miesięcy od zakończenia Etapu 2 oddanie do eksploatacji toru nr 1 linii 133 wraz z nieparzystą częścią stacji Jaworzno Szczakowa i torem nr 2 linii 134.

Etap 4 - Od 1 do 2 miesięcy od zakończenia Etapu 3 uzyskanie prędkości projektowej na odcinku toru nr 2 linii 133 wraz z parzystą częścią stacji Jaworzno Szczakowa i torem nr 1 linii 134.

Etap 5 - Od 1 do 2 miesięcy od zakończenia Etapu 4 uzyskanie prędkości projektowej na odcinku toru nr 1 linii 133 wraz z nieparzystą częścią stacji Jaworzno Szczakowa i torem nr 2 linii 134

Etap 6 - Po upływie 20% Czasu na Ukończenie - zaakceptowane Roboty o wartości nie mniejszej niż 10% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej

Etap 7 - Po upływie 70% Czasu na Ukończenie - zaakceptowane Roboty o wartości nie mniejszej niż 55% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej

Z harmonogramu dla realizacji robót budowlanych w ramach Przetargu nr 1 – Modernizacja odcinka Jaworzno Szczakowa – Trzebinia (km 1,1150 – 0,000 linii nr 134, km 15, 810 – 29,110 linii nr 133 wynika, że w tym postępowaniu przystępujący podał swoje propozycje także w odniesieniu do punktów „Podpisanie umowy” i „Mobilizacja Wykonawcy”.

Z pisma 27 lipca 2017r. wynika, że zamawiający wezwał przystępującego do udzielenia wyjaśnień, że wykonanie zamówienia jest możliwe w zakresie:

Fazowania robót, metod które wykonawca planuje realizować roboty, zasobów ludzkich i rozwiązań technicznych, zakładanych wydajności, planu dostaw materiałów i urządzeń, oceny ryzyka i jego ewentualnej mitygacji. Przystępujący złożył obszerne wyjaśnienia, które objął tajemnicą przedsiębiorstwa.

W dniu 28 sierpnia 2017r. zamawiający poprawił omyłki w ofercie przystępującego, w tym w zakresie strony 928 dodał na czerwono pozycję mobilizacja wykonawcy – 1 miesiąc – 1 miesiąc od daty rozpoczęcia odpowiadającą HRZZ.

Przystępujący wyraził zgodę na poprawienie omyłek.

Izba ustaliła następujący stan prawny:

art. 7 ust. 1 ustawy - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87ust. 2 pkt 3.

art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy - Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Izba wzięła pod uwagę, że treść postanowień siwz dla niniejszego postępowania nie jest identyczna z postanowieniami siwz w postępowaniu na realizację robót budowlanych w ramach Przetargu nr 1 – Modernizacja odcinka Jaworzno Szczakowa – Trzebinia (km 1,1150 – 0,000 linii nr 134, km 15, 810 – 29,110 linii nr 133, tym samym w ocenie Izby nie jest możliwe czynienie jakichkolwiek ustaleń na podstawie złożonego w tamtym postępowaniu harmonogramu przystępującego. Przede wszystkim siwz na realizację robót budowlanych w ramach Przetargu nr 1 – Modernizacja odcinka Jaworzno Szczakowa – Trzebinia (km 1,1150 – 0,000 linii nr 134, km 15, 810 – 29,110 linii nr 133 nie zawiera postanowienia, że przy tworzeniu HRZW nie dopuszcza się skracania lub wydłużania terminów na wykonanie zadań wymienionych w HRZZ, które nie SA określone jako Etapy wg Subklauzuli 8.13 warunków umowy. Nadto w siwz spornego postępowania wymóg przedstawienia zadania w formie osobnego paska – 2 wiersza dla zadania nie będącego etapem pojawia się jedynie w pkt 18.9.2.4 dotyczącym formu HRZW, taki wymóg nie został zawarty natomiast w pkt. 18.9.2.3, gdzie wymóg przedstawienia paska odnosi się tylko do etapów opisanych w subklauzuli 8.13, co do innych zadań, to zamawiający wymagał jedynie ich przedstawienia nie określając sposobu dokonania tej prezentacji. Izba ustaliła, że przystępujący w pierwotnym HRZW wyraźnie powiązał etapy 2,3,4 przedstawione przez siebie w formie czerwonych pasków z zadaniem 4 – mobilizacja wykonawcy przedstawionym w formie niebieskiego paska, co w ocenie Izby pozwala na danie wiary wyjaśnieniom przystępującego, że czuje się on zobowiązany do wykonania tego zadania zgodnie z postanowieniami siwz. Skoro zamawiający nie postawił jako wymogu merytorycznego szczególnego sposobu pokazania

zadania nie będącego etapem, to w ocenie Izby należy dać wiarę zamawiającemu i przystępującemu, że brak osobnego paska obrazującego propozycję przystępującego może być uznany jedynie za niezgodność z pkt. 18.9.2.4. zdanie 3 i 4 tego punktu, a więc jako niezgodność formalna w zakresie formy prezentacji. Jednak w ocenie Izby nie zmienia to faktu, że przystępujący wiążąc zadanie nieprzedłużalne i nieskracalne - mobilizacja wykonawcy - w kolorze przyjętym jako kolor planu bazowego, zaproponowanymi przez niego w kolorze czerwonym etapami 2, 3, 4 w sposób wyraźny złożył oświadczenie woli, że nie zamierza ani wydłużać, ani skracać tego zadania i będzie ono poprzedzało etapy 2, 3, 4 i będzie wynosiło 1 miesiąc. Tym samym Izba nie dała wiary interpretacji przyjętej przez odwołującego, że wymóg osobnego paska dla zadania innego niż etap był wymogiem co do treści, a nie formy i że nie spełnienie tego wymogu świadczyło o usunięciu zadania – mobilizacja wykonawcy. Przeczy temu bowiem wprost treść HRZW. Izba wzięła także pod uwagę to, że tylko skrócenie lub wydłużenie terminu na wykonanie zadania nie będącego Etapem według tiretu 3 pkt. 18.9.2.2. (następującego po pkt. 18.9.2.4.) mogło skutkować odrzuceniem oferty. Według Izby analiza HRZW przystępującego prowadzi do wniosku, że zadanie – mobilizacja wykonawcy zostało przez przystępującego przewidziane i jest powiązane z pozostałymi zadaniami zachowując ciągłość czasową, a także jego czas trwania odpowiada wymogom zamawiającego, tym samym Izba nie stwierdziła niezgodności treści oferty z postanowieniami siwz, a jedynie niezgodność formy oferty z postanowieniami zadania 3 i 4 pkt. 18.9.2.4 siwz, co jednak zamawiając usunął przez dokonanie poprawy innej omyłki.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba nie dopatryła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał posiadanie interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody, czym wypełnił przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępujących mimo faktu, iż oferta ta jest niezgodna z SIWZ z uwagi na okoliczność, iż przystępujący nie uwzględnili w Harmonogramie Realizacji Zadań Wykonawcy (HRZW) zadań, które były wymienione w HRZZ (Harmonogramie Realizacji Zadań Zamawiającego), jak i opracowali harmonogram niezgodnie z regułami wyrażonymi w SIWZ, co m.in. z uwagi na treść punktu 18.9.2.2 Zasady weryfikacji tomu I SIWZ tj. Instrukcji dla Wykonawców (IDW) powoduje konieczność odrzucenia tejże oferty.

Zarzut nie potwierdził się. Jak wynika z ustaleń stanu faktycznego nie można ustalić treści siwz, z którą treść oferty przystępującego byłaby niezgodna. Zachodziła jedynie sprzeczność co do wymogów dotyczących formy przyjętej prezentacji w zakresie zadania nie będącego Etapem w rozumieniu subklauzuli 8.13 wzoru umowy. Zamawiający tę niezgodność usunął poprawiając ofertę przystępującego i na datę dokonywania oceny ofert oferta ta była zgodna z treścią siwz jak i wymaganiami siwz, co do formy dokumentów, tym samym zamawiający prawidłowo nie zastosował art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, zarzut zaś należało oddalić.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji

Zarzut nie potwierdził się. Jak wynika z ustaleń stanu faktycznego zamawiający prawidłowo odczytał treść własnej siwz i się do niej zastosował oceniając złożone oferty. Zamawiający prawidłowo także zbadał i ocenił złożone oferty, zatem w ocenie Izby nie zostało wykazane, aby zamawiający naruszył zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji. W konsekwencji zarzut należało oddalić.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2 ustawy oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. a i b i § 5 ust. 3 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm. Z 2017r. poz. 47) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz nakazując odwołującemu dokonanie zwrotu na rzecz zamawiającego kosztów związanych z kosztami zastępstwa prawnego w kwocie 3 600zł zgodnie ze złożoną fakturą VAT.

Przewodniczący: