

Sygn. akt: KIO 1631/16

**WYROK**  
**z dnia 20 września 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:           Paweł Trojan**

**Protokolant:               Wojciech Świdwa**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 września 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 września 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **SKANSKA S.A., ul. Gen. Zajęczka 9, 01-518 Warszawa; SKANSKA a.s., Krajna 29, 821-04 Bratysława oraz SKANSKA a.s., Libalova 1/2348, 14900 Praga 4** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** w trybie przetargu ograniczonego pn.: „Przetarg nr 2 – wykonanie robót budowlanych na odcinku Kraków Mydlniki – Kraków Główny Towarowy w ramach zadania „Modernizacja linii kolejowej E 30, etap II odcinek Zabrze – Katowice – Kraków” (POLiŚ 7.1-11.1)” (postępowanie znak IREZA3c-216-08/POLiŚ 7.1-11.1/2014)

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Budmiex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa, Ferrovial Agroman S.A., Campo de las Naciones, Ribera del Loira 42, 28042 Madryt, Hiszpania** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego,

przy udziale wykonawcę **TORPOL S.A., ul. Mogielińska 10G, 61-052 Poznań** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego.

orzeka:

**1. oddala odwołanie**

2. kosztami postępowania w wysokości **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych i zero groszy) obciąża Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **SKANSKA S.A., ul. Gen. Zajęczka 9, 01-518 Warszawa; SKANSKA a.s., Krajna 29, 821-04 Bratysława oraz SKANSKA a.s., Libalova 1/2348, 14900 Praga 4** i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **SKANSKA S.A., ul. Gen. Zajęczka 9, 01-518 Warszawa; SKANSKA a.s., Krajna 29, 821-04 Bratysława oraz SKANSKA a.s., Libalova 1/2348, 14900 Praga 4** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **SKANSKA S.A., ul. Gen. Zajęczka 9, 01-518 Warszawa; SKANSKA a.s., Krajna 29, 821-04 Bratysława oraz SKANSKA a.s., Libalova 1/2348, 14900 Praga 4** na rzecz zamawiającego - **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** kwotę w wysokości **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przed Izbą

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 22 grudnia 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**

**Przewodniczący:**

.....

## **U z a s a d n i e**

### **do wyroku z dnia 20 września 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1631/16**

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Przetarg nr 2 – wykonanie robót budowlanych na odcinku Kraków Mydlniki – Kraków Główny Towarowy w ramach zadania „Modernizacja linii kolejowej E 30, etap II odcinek Zabrze – Katowice – Kraków” (POLiŚ 7.1-11.1)” (postępowanie znak IREZA3c-216-08/POLiŚ 7.1-11.1/2014).

Izba ustaliła, iż postępowanie prowadzone w trybie przetargu ograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 08.12.2014 r. Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu do publikacji Urzędowi Oficjalnych Publikacji UE;

W dniu 12.12.2014 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2014/S 240-421600.

W dniu 24.08.2016 r. Zamawiający dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz poinformował Odwołującego o tej czynności oraz o odrzuceniu jego oferty.

Wobec powyższej czynności w dniu 2 września 2016 r. odwołanie zostało wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SKANSKA S.A., ul. Gen. Zajęczka 9, 01-518 Warszawa; SKANSKA a.s., Krajna 29, 821-04 Bratysława oraz SKANSKA a.s., Libalova 1/2348, 14900 Praga 4. W ramach ww. odwołania Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp - poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż nie podlega ona odrzuceniu pozostając w zgodzie z SIWZ i jako jedynej uwzględniającej modyfikacje SIWZ dokonane w odpowiedziach na pytania dotyczące specyfikacji, a także art. 92 ust. 1 pkt 2 poprzez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego wykluczenia ograniczonego do wskazania iż harmonogram jest niezgodny z SIWZ tj blankietowego uzasadnienia, które nie może być uznane za spełniające wymogi przepisu i. pozbawiające

Odwołującego wyczerpującego sformułowania zarzutów wobec czynności zamawiającego ze względu na nieopisanie motywów rozstrzygnięcia.

2. art. 89 ust. 1 pkt. 2 oraz pkt 8 ustawy Pzp oraz art. 14 tej ustawy w zw. z art. 387 ustawy kodeks cywilny - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty TORPOL SA, mimo iż jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ w sposób niemożliwy do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ze względu na przyjęcie w ofercie innych niż wymagane przez Zamawiającego w SIWZ terminów realizacji zamówienia i zaproponowanie tej realizacji w warunkach niemożliwych do wykonania tj. rozbiórkę torów kolejowych i ich przebudowę w zakresie wskazanym w OPZ bez wyłączenia ruchu kolejowego.

3. art. 89 ust. 1 pkt. 2 oraz pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 14 Pzp i art. 387 § 1 Kc - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Budimex SA i Ferrovial Agroman SA (konsorcjum Budimex) mimo iż jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ w sposób niemożliwy do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ze względu na przyjęcie w ofercie innych niż wymagane przez Zamawiającego w SIWZ terminów realizacji zamówienia i zaproponowanie tej realizacji w warunkach niemożliwych do wykonania tj rozbiórkę torów kolejowych i ich przebudowę w zakresie wskazanym w OPZ bez wyłączenia ruchu kolejowego.

4. art. 14 ustawy Pzp i art. 385 Kc - poprzez dokonanie oceny oferty Odwołującego z przeniesieniem na odwołującego własnych niedociągnięć i nieprecyzyjności SIWZ objaśnianych następnie w odpowiedzi na pytania i pominięcie zmodyfikowanych odpowiedziami pierwotnych postanowień SIWZ przy ocenie oferty i podjęcie przez to decyzji o odrzuceniu oferty.

5. art. 91 ustawy Pzp w zw. z art. 14 tej ustawy i art. 701 § 4 oraz art. 355 § 1 i 2 Kc poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty, która nie stanowi oferty najkorzystniejszej gdyż wybór przeprowadzono bez dokładnego i nacechowanego właściwą starannością zbadania ofert, a staranność ta prowadziła do wniosku o konieczności odrzucenia ofert wskazanych wyżej i braku podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) odrzucenie ofert Torpol SA oraz konsorcjum Budimex SA, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 ustawy Pzp,
- 3) dokonanie ponownej oceny ofert co doprowadzi do wyniku przesądzającego o tym, że najwyższą ocenę uzyska oferta Odwołującego.

Odwołujący wskazał, iż jest wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu. Odwołujący w świetle przyjętych przez Zamawiającego postanowień SIWZ winien uzyskać zamówienie. Zaniechanie odrzucenia ofert konsorcjum Budimex SA oraz Torpol i SA, w sytuacji gdy

pozostają one niezgodne z SIWZ prowadzi do utraty szansy uzyskania zamówienia przez Odwołującego.

Jak wskazał Odwołujący już tylko odrzucenie oferty Torpol, i poddanie ocenie oferty Odwołującego spowoduje, że zastosowanie przewidzianych w SIWZ zasad oceny ofert doprowadzi do uznania za najkorzystniejszą oferty Odwołującego nie zaś Torpol, a także nie oferty konsorcjum Budimex SA, która obecnie została sklasyfikowana na drugiej pozycji. Jednakże ze względu fakt, iż zamawiający nie dokonywał jeszcze oceny oferty Odwołującego i nie porównywał jej z ofertą konsorcjum Budimex Odwołujący wnosi, by także ta oferta jako niezgodna z SIWZ, a mogąca wskutek przyszłych niemożliwych do przewidzenia czynności zamawiającego zagrozić uzyskaniem zamówienia Odwołującemu została odrzucona.

Następnie Odwołujący podniósł, iż wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę złożenia odwołania powziął w dniu 24.08.2016 r., tj. w dniu otrzymania zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Jak wskazał Odwołujący w ramach uzasadnienia w postępowaniu objętym odwołaniem złożono 9 ofert, spośród których 4 w tym oferta Odwołującego zostało odrzuconych. Symulacja oceny oferty Odwołującego w świetle kryteriów oceny ofert wskazuje, iż gdyby poddano ją ocenie uzyskałaby drugi w kolejności rezultat (za ofertą Torpol SA i przed konsorcjum Budimex SA (którego oferta obecnie jest sklasyfikowana na drugiej pozycji)). Jednakże obie te oferty powinny zostać odrzucone ze względu na przesłanki wskazywane w odwołaniu. Tym samym oferta Odwołującego, wobec której brak jest podstaw do odrzucenia powinna zostać sklasyfikowana na pierwszej pozycji i być podstawą udzielenia Odwołującemu zamówienia.

Następnie Odwołujący wskazał, że Zamawiający w SIWZ (Tom I Instrukcja dla Wykonawców, załącznik nr 2 do IDW stanowiący załącznik do oferty) określił że przewiduje następujące terminy wykonania - "kamienie milowe" liczone od daty podpisania.... Wymienił w tym miejscu 8 tzw kamieni milowych i wskazał terminy ich wykonania. Wymagania te potwierdził w załączniku nr 3 - Harmonogram realizacji robót (stanowiącym także załącznik wzorca umowy). Załącznik ten następnie zmienił w dniu 4.04.2016 r.

Do treści tego zmodyfikowanego załącznika przeniósł in extenso zakres czynności i terminy wykonania poszczególnych kamieni milowych.

Odwołujący (co nie jest sporne między stronami i nie stanowiło podstawy odrzucenia oferty odwołującego) złożył ofertę z wykorzystaniem nowego wzoru harmonogramu realizacji robót. Złożył ją także w pełni respektując modyfikujące i objaśniające treść SIWZ odpowiedzi na pytania odnoszące się do harmonogramu realizacji robót i wykonania tzw. kamieni milowych.

Następnie w dalszej części uzasadnienia zostało wskazane, że tych kwestii dotyczyły w szczególności pytania 382-386 w których wykonawcy wyrażali pogląd, że wykonanie kamieni milowych w terminach wskazanych w SIWZ (w przywoływanych wyżej załącznikach) przy zastosowaniu rozwiązań i technologicznych, organizacyjnych i terminowych jest niemożliwe. W łącznej odpowiedzi na te pytania zamawiający wskazał, że pozostawia co prawda kamienie milowe bez zmian, ale „za spełnienie potwierdzenia realizacji kamienia milowego rozumie (...) wykonanie prac obejmujących zabudowę rusztu torowego (podkłady wraz z ułożonymi i napiętymi szynami) na subwarstwie tłucznia.”

W ten sposób, jak wskazał Odwołujący, pojęcie „kamienia milowego” zostało ograniczone i jest węższe niż pojęcie „zadania” - zakresu prac przewidzianego do wykonania w kolejnych zadaniach wskazywanych w Harmonogramie realizacji robót (wersja po zmianach z dnia 4.04.2016 r.) Harmonogram ten, w jego drugiej kolumnie opisuje określone „zadania” (tego słowa użyto w tytule kolumny), a kamień milowy stanowi jedynie część tego zadania odpowiadającą znaczeniu pojęcia „kamień milowy” z odpowiedzi na pytania 382- 386.

Jak następnie wskazał Odwołujący nie można uznać, że Odwołujący podając w ofercie czas realizacji tych zadań (tego dotyczy żądanie w Harmonogramie), podał tym samym czas realizacji „kamieni milowych”. W jego ocenie podanie czasu realizacji kamieni milowych nie było wymagane w SIWZ. Podawany czas realizacji dotyczył realizacji zadań, a czas osiągnięcia kamieni milowych (zdefiniowanych w odpowiedzi 382-386) wchodzących w skład każdego zadania musiał się zawierać w terminie realizacji zadania, ale nie musiał być mu równy. Mógł być krótszy i nie musiał być podawany w ofercie. Tym samym decyzja, podana przez zamawiającego podstawa odrzucenia oferty (niezgodność załącznika 3 - podanych w nim terminów niezgodnego z etapami określonymi przez zamawiającego jest w ocenie Odwołującego błędna.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie żądał podania czasu realizacji kamieni milowych w ofercie. Nie może więc domniemywać, że Odwołujący wykona je w czasie tożsamym z czasem wykonania całego zadania, a nie krótszym. Odrzucenie oferty za brak informacji, której podania zgodnie ze zmienionym odpowiedzią na pytania SIWŻ nie żądano - nie może być podstawą odrzucenia ofert.

W ocenie Odwołującego błędna ocena jego oferty nie ogranicza się do powyżej wskazanej niezgodności z regulami, które ustanowił w SIWZ i dokonanych modyfikacjach z odpowiedzi 382-386. Zamawiający pominął całkowicie także pytanie nr 914 i udzieloną na nie odpowiedź, która w sposób całkowicie jednoznaczny modyfikuje terminy wykonywania prac w stosunku do wskazanych we wzorze Harmonogramu realizacji robót (wersji z 4.04.2016) i załączniku nr 2 do SIWZ.

Jak podniósł Odwołujący w przywołanej odpowiedzi Zamawiający wskazał, że zmienia odpowiedź na pytanie 382-386 i wskazuje terminy zamknięć torowych. Zamknięcia te są jedynym czasem, w którym można wykonywać prace w poszczególnych zadaniach i ich zakończenie bez wykorzystania czasu zamknięcia torowego tj. braku ruchu kolejowego na odcinku na którym są wykonywane prace jest niemożliwe. Prace polegają bowiem na rozbiórce i przebudowie torów (łącznie z demontażem i montażem szyn). Nie wymaga dowodu, że bez szyn ruch kolejowy nie może się odbywać, a więc czas zamknięć torowych nie może być późniejszy niż oczekiwany przez zamawiającego termin wykonania poszczególnych zadań - w tym kamieni milowych, które obejmują (tak odp na pyt 382-386) wykonanie podbudowy i szyn.

Odwołujący w swojej ofercie zaproponował wykonanie prac w okresie zamknięć torowych. Po pierwsze dlatego że w innym czasie (bez zamknięcia torowego) wykonanie tych prac jest niemożliwe, a po drugie dlatego, że odpowiedź na pytanie 914 zmieniła wcześniejszą odpowiedź - 382-386, w której zamawiający utrzymywał, że nie może zmienić terminów kamieni milowych, a w tej ostatniej odpowiedzi jednak ją zmienił.

W ocenie Odwołującego czynność ostatnia zmodyfikowała więc SIWZ i oferty winny być złożone zgodnie z jej ostateczną treścią nadaną tą odpowiedzią. Oferta odwołującego jest więc w pełni zgodna z SIWZ, w szczególności z harmonogramem realizacji robót, i podana przesłanka odrzucenia oferty jest bezzasadna.

Jak wskazał Odwołujący oferty Torpol i Konsorcjum Budimex oferują wykonanie zamówienia w pierwotnych terminach a więc niezgodnie z SIWZ i ze świadomością niewykonalności takiego zobowiązania. Zamawiający nie odrzucając ofert oferujących realizację przedmiotu zamówienia w sposób niemożliwy do przeprowadzenia naraża się nie tylko na brak świadczenia umownego, ale przede wszystkim na wystąpienie bezwzględnej nieważności zawartej w wyniku przetargu umowy.

Wynikająca z ofert niemożliwość świadczenia to tzw. niemożliwość obiektywna. Niemożność obiektywna oznacza świadczenie niewykonalne, zatem nie jest w stanie spełnić go ani dłużnik, ani nikt inny, a taka ocena uzasadniona jest ograniczeniami wynikającymi z praw natury oraz stanu wiedzy i techniki (tak też Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z dnia 27.5.1992 r., I ACr 162/92, OSA 1992, Nr 12, poz. 90, a także wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 19.03.2014, KIO 444/14).

Odwołujący następnie wskazał, że przy spełnieniu wymagań Zamawiającego zawartych w SIWZ co do terminów zamknięć torowych (odpowiedź na pytanie nr 914) nie jest możliwe wykonanie zamówienia w terminach właściwych dla kamieni milowych podanych przez Torpol i Konsorcjum Budimex. W tych terminach na torach będzie bowiem odbywał się ruch, a zamknięcia torowe zgodnie z przywołaną w odpowiedzi na pytanie 914 będą w innych terminach (które respektuje oferta odwołującego). Ponieważ zakres prac dla osiągnięcia kamieni milowych obejmuje rozbiórkę torów (kamień milowy nr 1), a także w przypadku każdego kamienia milowego - zabudowę rusztu torowego (podkład wraz z ułożonymi i napiętymi szynami na warstwie tłucznia (zgodnie z odpowiedzią łączną na pytania 382- 386) to niemożliwe jest rozebranie torów i budowa podbudowy pod tor oraz ułożenie torów bez zamknięcia torowego. Jak wskazał Odwołujący żaden z pojazdów kolejowych w dzisiejszym stanie techniki i rozwiązaniach stosowanych w kontraktowanych robotach nie może poruszać się bez torów - zamknięcia torowe są więc bezwzględnie konieczne dla możliwości prowadzenia prac.

W dalszej części uzasadnienia Odwołujący podniósł, że tylko w czasie wyłączenia ruchu można zrealizować wymagane prace. Wykonawcy Torpol i konsorcjum Budimex SA zaoferowali ich wykonanie w czasie gdy będzie prowadzony ruch na budowanym odcinku. Zaoferowane czynności z przyczyn obiektywnych wynikających ze stanu techniki nie mogą być wykonane. Tym samym oferty dotyczą świadczenia niemożliwego, a w konsekwencji umowa w przedmiocie zamówienia publicznego pomiędzy stronami jest niewykonalna nie tylko dla wybranego Wykonawcy ale dla każdego, kto miałby dostarczyć określony w ofercie przedmiot umowy.

W myśl art. 387 § 1 kodeksu cywilnego umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Umowa taka nie wywołuje żadnych przewidzianych w niej skutków prawnych niezależnie od tego, czy którakolwiek ze stron o niemożliwości świadczenia (własnego lub drugiej strony) wiedziała. Nieważność umowy eliminuje zatem także możliwość dochodzenia kar umownych przewidzianych w umowie, a także innych roszczeń, o których umowa stanowiła (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 21.1.2005 r., I ACA 1313/04, OSA 2005, Nr 1, poz. 4).



Tym samym, w ocenie Odwołującego, zachodzi konieczność odrzucenia obu ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 jako nieważnych na podstawie przepisów odrębnych.

Jak wskazała następnie Odwołujący Zamawiający dokonał oceny jego oferty dokonując wykładni SIWZ przenoszącej na Odwołującego skutki niestaranności i niejasności w tej specyfikacji. Jest to sprzeczne z zasadą in dubio contra proferentem Art. 385 § 2 Kc stanowi, że w przypadku niezrozumiałych i niejednoznacznych postanowień wzorca umowy zobowiązuje do interpretacji wzorca w taki sposób by niejasności i brak jednoznaczności obciążały stronę która wzorzec stworzyła, nawet gdy druga strona nie jest konsumentem lecz profesjonalistą w obrocie (tak np. W. Kubala - Wzorzec umowy de lege lata w Prawo Spółek 2001/9). Zasada in dubio contra proferentem (wątpliwości przeciw przedstawiającemu wzorzec) jest oczywista w orzecznictwie - tak np. uchwała SN w składzie 7 sędziów, w więc mająca rangę zasady prawnej, z dnia 29 czerwca 1995 r. sygn. III CZP 66/95. Tym samym zamawiający nie może dokonywać wykładni Harmonogramu realizacji robót - który sam zmienił wskutek modyfikacji SIWZ na niekorzyść Odwołującego. Dokonanie oceny ofert w ten sposób przeczy też obowiązkowi zachowywania należytej staranności i zasadzie związania organizatora przetargu ustanowionym regulaminem tego przetargu wyrażonej w art. 701.4 Kc

Izba ustaliła, iż przedmiotem odwołania jest czynność polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego, wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechania odrzucenia ofert dwóch wykonawców, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (Instrukcją Dla Wykonawców), ofertą złożoną w postępowaniu przez Odwołującego, wykonawcę TORPOL oraz Konsorcjum Budimex S.A i Ferrovial Agroman S.A. oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę, która została odrzucona przez Zamawiającego z ceną plasującą go na 2 pozycji w rankingu ofert. Kwestionując odrzucenie własnej oferty i żądając odrzucenia oferty najkorzystniejszej, w tym kwestionując zaniechania odrzucenia innych ofert skonstruowanych w sposób odmienny od oferty Odwołującego, w przypadku uwzględnienia odwołania, ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, w tym zmiany rankingu ofert.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ (IDW), projektu umowy, oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego oraz Przystępujących, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego (w szczególności pytań i odpowiedzi na pytania, na które Strony i uczestnicy postępowania powoływali się w toku sprawy). Izba uwzględniła również dowody przedłożone przez Strony i uczestników postępowania w postaci instrukcji Ir – 19 „Zasady organizacji i udzielania zamknięć torowych”, pisma z dnia 13.09.2016 r. złożonego przez TORPOL S.A. odnoszącego się do sposobu realizacji etapu 1 – kamienia milowego nr 1, jak również 3 wersji harmonogramów z naniesionymi na poszczególne kamienie milowe przedziałami czasowymi zamknięć torowych (z uwzględnieniem odpowiedzi na pytania 160 i 914), kopii załącznika nr 2 do oferty Odwołującego oraz harmonogramów, które zostały złożone w ramach postępowania wraz z ofertami innych wykonawców.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

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

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu ograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych na odcinku Kraków Mydlniki – Kraków Główny Towarowy w ramach zadania „Modernizacja linii kolejowej E 30, etap II odcinek Zabrze – Katowice – Kraków” (POLiŚ 7.1-11.1)”

W ramach postępowania Zamawiający udzielił odpowiedzi m.in. na następujące pytania wykonawców:

Pytanie 137:

Czy harmonogram robót musi uwzględniać Etapowanie robót z godnie z dokumentacja przetargową i SIWZ wraz z uwzględnieniem czasów realizacji obiektów inżynierskich?

Odpowiedź:

Zamawiający prześle zmodyfikowany wzór harmonogramu, który po wypełnieniu należy dołączyć do oferty, uwzględniający wymagania SIWZ.

Pytanie 139:

Czy Zamawiający przewiduje możliwość pracy w godzinach nocnych od 22:00 do 6:00?

Odpowiedź:

Zgodnie z zapisami decyzji środowiskowej.

Pytanie 160:

Oferent prosi o udostępnienie regulaminu tymczasowego prowadzenie ruchu pociągów dla odcinka 14 i 15, lub projektowanego fazowania prac.

Odpowiedź:

Zamawiający przewidział zamknięcia:

Toru nr 301 na okres od 08.08.2016 do 19.08.2016, toru nr 2B i 20 na okres od 20.08.2016 do 02.02.09.2016, toru 11 na okres 03.09.2016 do 09.09.2016, toru nr 2, 4, 6, 8, 10 na okres od 10.09.2016 do 11.03.2017, toru nr 1KB linii 118 na okres 15.10.2016 do 31.05.2017, toru nr 2 KB linii 118 na okres 01.06.2017 do 25.11.2017, toru nr 1 na okres 12.03.2017 do 25.09.2017 oraz torów nr 3 i 5 na okres 03.11.2016 - 26.01.2018.

Ponadto Wykonawca będzie miał możliwość wystąpienia o korektę planu zamknięć w

ramach planowania okresowego z wyprzedzeniem 130 dni przed dniem wprowadzenia zmian okresowych do planu zamknięć.

Zamawiający na obecnym etapie opracował projekt Regulaminu tymczasowego prowadzenia ruchu w czasie wykonywania robót dla zakresu robót obejmującego okres od 08.08.2016 do 11.03.2017r. Zamawiający przekaze projekt regulaminu tymczasowego prowadzenie ruchu pociągów wybranemu Wykonawcy.

Pytanie 292:

Dotyczy etapowania robót. W schemacie fazowania dla stacji Kraków Mydlniki PW 14 T.8.1 - ETAP I – PW 14 T.8.13 - ETAP VII oraz w IDW str. 22 - Etapy brak jest zaznaczonego odcinka do przebudowy dla torów 1 KB oraz 2KB. Prosimy o określenie w której fazie lub Kamieniu Milowym należy wykonać przebudowę toru 1KB od rozjazdu nr 37 do km 6,928 oraz tor 2KB od rozjazdu nr 38 do km 6,915.

Odpowiedź:

W pierwszej kolejności należy wykonać wiadukt pod tory 1KB i 2KB nad ul. Zielony Most oraz mury oporowe przy projektowanych torach linii do MPL Balice tak aby w ostatnim etapie po wyburzeniu istniejącej nastawni połączyć tory 1KB i 2KB wraz z zabudową rozjazdu 32.

Pytanie 294:

Dotyczy fazowania robót

Prosimy o określenie w której fazie należy zabudować rozjazd nr 32

Odpowiedź:

W pierwszej kolejności należy wykonać wiadukt pod tory 1KB i 2KB nad ul. Zielony Most oraz mury oporowe przy projektowanych torach linii do MPL Balice tak aby w ostatnim etapie po wyburzeniu istniejącej nastawni połączyć tory 1KB i 2KB wraz z zabudową rozjazdu 32.

Pytanie 382:

W związku z zapisami SIWZ dot. kamieni milowych Wykonawca zwraca uwagę na brak możliwości wykonania zakresu robót przy założeniu technologii zaproponowanej w Projekcie. Według wykonawcy na obiekcie 14, WK-36 ze względów technologicznych oraz administracyjnych (próbnego obciążenia konstrukcji po uzyskaniu pełnej wytrzymałości betonu na ściskanie, uzyskanie pozwoleń na użytkowanie dla każdego etapowania konstrukcji) nie jest możliwa rozbiórka oraz wykonanie nowej konstrukcji wiaduktu wraz z wykonaniem robót torowych w okresie 2 miesięcy (1. Etap robót WK-36- Faza 2. wyłączeń kolejowych).

Zdaniem Wykonawcy roboty te będą trwały ok. 3 miesiące. Czy w związku z powyższym Zamawiający przedłuży termin wykonania fazy nr 2? Pytanie 383:

W związku z zapisami SIWZ dot. kamieni milowych Wykonawca zwraca uwagę na brak możliwości wykonania zakresu robót przy założeniu technologii zaproponowanej w Projekcie. Według wykonawcy na obiekcie 14, WK-36 ze względów technologicznych oraz administracyjnych (próbne obciążenie konstrukcji po uzyskaniu pełnej wytrzymałości betonu na ściskanie, uzyskanie pozwoleń na użytkowanie dla każdego etapowania konstrukcji) nie jest możliwa rozbiórka oraz wykonanie nowej konstrukcji wiaduktu wraz z wykonaniem robót torowych w okresie 1 miesiąca (2. Etap robót WK-36 - Faza 3. wyłączeń kolejowych). Zdaniem Wykonawcy roboty te będą trwały ok. 3 miesiące. Czy w związku z powyższym Zamawiający przedłuży termin wykonania fazy nr 3? Pytanie 384:

W związku z zapisami SIWZ dot. kamieni milowych Wykonawca zwraca uwagę na brak możliwości wykonania zakresu robót przy założeniu technologii zaproponowanej w Projekcie. Według wykonawcy na obiekcie nr 14, WK-37 ze względów technologicznych i administracyjnych (a w szczególności: wykonanie próbnego obciążenia pali wg normy PN-83-B02482, uzyskanie przez beton konstrukcji pełnej wytrzymałości na ściskanie, uzyskanie pozwolenia na użytkowanie dla każdego etapowania konstrukcji) nie jest możliwa rozbiórka oraz wykonanie nowej konstrukcji wiaduktu wraz z wykonaniem robót torowych w okresie 2 miesiące (1. Etap robót -WK-37- Faza 2. wyłączeń kolejowych). Zdaniem Wykonawcy roboty te będą trwały ok. 3 miesiące. Czy w związku z powyższym Zamawiający przedłuży termin wykonania fazy nr 2?

Pytanie 385:

W związku z zapisami SIWZ dot. kamieni milowych Wykonawca zwraca uwagę na brak możliwości wykonania zakresu robót przy założeniu technologii zaproponowanej w Projekcie. Według wykonawcy na obiekcie nr 14, WK-37 ze względów technologicznych i administracyjnych (a w szczególności: wykonanie próbnego obciążenia pali wg normy PN-83-B02482, uzyskanie przez beton konstrukcji pełnej wytrzymałości na ściskanie, uzyskanie pozwolenia na użytkowanie dla każdego etapowania konstrukcji) nie jest możliwa rozbiórka oraz wykonanie nowej konstrukcji wiaduktu wraz z wykonaniem robót torowych w okresie 1 miesiąca (2. Etap robót -WK-37- Faza 3. wyłączeń kolejowych). Zdaniem Wykonawcy roboty te będą trwały ok. 3 miesiące. Czy w związku z powyższym Zamawiający przedłuży termin wykonania fazy nr 3?

Pytanie 386:

W związku z zapisami SIWZ dot. kamieni milowych Wykonawca zwraca uwagę na brak możliwości wykonania zakresu robót przy założeniu technologii zaproponowanej w Projekcie. Według wykonawcy na obiekcie nr 14, WK-37 ze względów technologicznych i administracyjnych (a w szczególności; wykonanie próbnego obciążenia pali wg normy PN-83-B02482, uzyskanie przez beton konstrukcji pełnej wytrzymałości na ściskanie, uzyskanie pozwolenia na użytkowanie dla każdego etapowania konstrukcji) nie jest możliwa rozbiórka oraz wykonanie nowej konstrukcji wiaduktu wraz z wykonaniem robót torowych w okresie 2 miesięcy (3. Etap robót -WK-37- Faza 7. wyłączeń kolejowych). Zdaniem Wykonawcy roboty te będą trwały ok. 3 miesięcy. Czy w związku z powyższym Zamawiający przedłuży termin wykonania fazy nr 7?

Odpowiedź 382-386:

Z uwagi na kolizję z robotami budowlanymi na odcinku Krzeszowice - Kraków Mydlniki, które będą odbywały się w tym samym okresie czasu co przebudowa stacji Mydlniki, Zamawiający przewidział zamknięcia toru nr 2, 4, 6, 8 , 10 w całym zakresie na okres od 04.09.2016 do 11.03.2017, toru nr 1 na okres 12.03.2017 do 25.09.2017 oraz torów nr 3 i 5 na okres 03.11.2017-26.01.2018.

W związku z powyższym Wykonawca będzie miał możliwość zakończenia robót związanych z przebudową Wk-36 i Wk 37. Ponadto Wykonawca będzie miał możliwość wystąpienia o korektę planu zamknięć w ramach planowania okresowego z wyprzedzeniem 130 dni przed dniem wprowadzenia zmian okresowych do planu zamknięć.

„Zamawiający na obecnym etapie postępowania o zamówienie nie jest uprawniony do dokonania zmiany kamieni milowych, dlatego Zamawiający pozostawia ich brzmienie bez zmian. Zamawiający jednocześnie wskazuje, iż zgodnie z paragrafem 5 ust 5) formularza umowy, Strony umowy o zamówienie uprawnione będą do zmiany kamieni milowych (Etapów), w przypadku zaistnienia przewidzianych w treści formularza umowy okoliczności.”  
Za spełnienie warunku potwierdzenia realizacji Kamienia Milowego Zamawiający rozumie podpisanie przez Inżyniera Projektu i Wykonawcę robót Protokołu Odbioru Technicznego (częściowego) dokumentującego wykonane w terenie prac objętych danym Kamieniem Milowym. Protokół ten będzie stanowił załącznik do PŚP. W przypadku Kamienia Milowego dotyczącego budowy toru Zamawiający rozumie wykonanie prac obejmujących zabudowę rusztu torowego (podkłady wraz z ułożonymi i zapiętymi szynami) na subwarstwie tłucznia. Przez wybudowanie peronu Zamawiający rozumie zabudowę ścianek peronowych wraz z nawierzchnią i płytami peronowymi (bez małej architektury).

W przypadku obiektu inżynierskiego Zamawiający rozumie wypełnienie Kamienia Milowego jako wykonanie obiektu (przyczółki, ustrój nośny) pod możliwość układania nawierzchni torowej.

Pytanie 390:

Czy Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ, Subklauzula 6.5 dot. zakazu wykonywania prac w godzinach 22.00-6.00 na terenach objętych ochroną akustyczną? Jeśli tak prosimy o wskazanie w/w terenów. Wykonawca zwraca uwagę na konieczność wykonywania części robót w porze nocnej.

Odpowiedź:

Zapisy dotyczące prac budowlanych w godzinach od 6-22 na terenach objętych ochroną akustyczną wynikają wprost z zapisów decyzji środowiskowej.

Pytanie 393:

W związku z zapisami SIWZ dot. kamieni milowych Wykonawca zwraca uwagę na brak możliwości wykonania zakresu robót przy założeniu technologii zaproponowanej w Projekcie. Według wykonawcy na obiekcie 15, WK-45 ze względów technologicznych oraz administracyjnych (próbne obciążenie konstrukcji po uzyskaniu pełnej wytrzymałości betonu na ściskanie, uzyskanie pozwoleń na użytkowanie dla każdego etapowania konstrukcji) nie jest możliwe wykonanie nowej konstrukcji wiaduktu wraz z wykonaniem robót torowych w okresie 2 miesięcy (1. Etap robót WK-45 - Faza 1. wyłączeń kolejowych). Zdaniem Wykonawcy roboty te będą trwały ok. 3 miesięcy. Czy w związku z powyższym Zamawiający przedłuży termin wykonania fazy nr 1?

Pytanie 394:

W związku z zapisami SIWZ dot. kamieni milowych Wykonawca zwraca uwagę na brak możliwości wykonania zakresu robót przy założeniu technologii zaproponowanej w Projekcie. Według wykonawcy na obiekcie 15, WK-45 ze względów technologicznych oraz administracyjnych (próbne obciążenie konstrukcji po uzyskaniu pełnej wytrzymałości betonu na ściskanie, uzyskanie pozwoleń na użytkowanie dla każdego etapowania konstrukcji) nie jest możliwe wykonanie nowej konstrukcji wiaduktu wraz z wykonaniem robót torowych w okresie 3 miesięcy (2. Etap robót WK-45 - Faza 4. wyłączeń kolejowych). Zdaniem Wykonawcy roboty te będą trwały ok. 4 miesięcy. Czy w związku z powyższym Zamawiający przedłuży termin wykonania fazy nr 4?

Odpowiedź 393-394:

Nie ma takich faz (okresu 2 i 3 miesięcy) na wykonanie WK-45. Zamawiający przewidział zamknięcia toru nr 2, 4, 6, 8, 10 w całym zakresie na okres od 04.09.2016 do 11.03.2017, toru nr 1 na okres 12.03.2017 do 25.09.2017 oraz torów nr 3 i 5 na okres 03.11.2017-26.01.2018. W pierwszej kolejności należy wykonać WK-45 pod torem nr 2 linii 133, torem nr 1 linii 118 (dawniej tor 1 linii 100) oraz torem nr 2 linii 100. Na tą fazę zaplanowano około 6 miesięcy. Następnie należy wykonać WK-45 pod torem nr 1 linii 133, torem nr 2 linii 118 i pozostałymi. Na tą fazę zaplanowano ponad 6 miesięcy.

Pytanie 914:

Załącznik do oferty - wykonawca prosi o zdefiniowanie określenia użytego dla „kamienia milowego” 8 - „oddanie linii kolejowej do eksploatacji” szczególnie, że w zdaniu kolejnym pojawia się tylko przesłanka „zakończenie całości robót”. Analogiczna terminologia użyta została w poz. 29 projektu „Harmonogramu realizacji robót budowlanych”. Wykonawca zwraca uwagę, że zdarzenia te co jest oczywistym nie są tożsame.

Odpowiedź:

Przez przytoczone zapisy rozumie się zakończenie całości robót objętych przedmiotem zamówienia w tym oddanie linii do eksploatacji.

W zakresie odpowiedzi na pytanie 79, 160, 382-386, 393-394, Zamawiający zmienił jednocześnie odpowiedź: Zamawiający przewidział zamknięcia:

- tory nr 2B i 20 od 17.09.2016 do 30.09.2016,
- tor nr 11 od 01.10.2016 do 07.10.2016,
- tory nr 2, 4, 6, 8, 10 od 08.10.2016 do 31.03.2017,
- tor nr 1KB linii 118 14.11.2016 do 31.03.2017

Ponadto Wykonawca będzie miał możliwość wystąpienia o korektę planu zamknięć w ramach planowania okresowego z wyprzedzeniem 130 dni przed dniem wprowadzenia zmian okresowych do planu zamknięć.

Zamawiający na obecnym etapie opracował projekt Regulaminu tymczasowego prowadzenia ruchu w czasie wykonywania robót dla zakresu robót obejmującego w/w okres. Zamawiający prześle projekt regulaminu tymczasowego prowadzenia ruchu pociągów.

Następnie Izba ustaliła, iż Zamawiający pismem z dnia 10.06.2016 r. znak !REZA3c-216-08-73/POLIŚ 7.1-11.1/2014 dokonał zmian treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia nadając jej ostateczną treść i załączając następujące dokumenty:

1. Tom I SIWZ - Instrukcje Dla Wykonawców:



Zamawiający wprowadza zmiany do Tomu I SIWZ - zmiany naniesione są do pliku, który jest załącznikiem do niniejszej zmiany treści SIWZ, i który to będzie przekazany Wykonawcom.

## 2. Tom II SIWZ - Warunki Umowy:

Zamawiający wprowadza zmiany do Tomu II SIWZ - zmiany naniesione są do pliku, który jest załącznikiem do niniejszej zmiany treści SIWZ, i który to będzie przekazany Wykonawcom.

W ramach postanowień SIWZ (IDW) Zamawiający zawarł następujące m.in. następujące wymagania:

### 9. OPIS SPOSOBU PRZYGOTOWANIA OFERTY

9.1. Każdy Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę.

9.2. Ofertę należy przygotować ściśle według wymagań określonych w niniejszej SIWZ.

9.3. Oferta musi być podpisana przez osoby upoważnione do reprezentowania Wykonawcy zgodnie z formą reprezentacji Wykonawcy określoną w rejestrze lub innym dokumencie, właściwym dla danej formy organizacyjnej Wykonawcy albo przez upoważnionego przedstawiciela Wykonawcy. Jeżeli z dokumentu określającego status prawny Wykonawcy lub pełnomocnictwa wynika, iż do reprezentowania Wykonawcy upoważnionych jest łącznie kilka osób, dokumenty wchodzące w skład oferty muszą być podpisane przez wszystkie te osoby.

9.4. Pełnomocnictwo osób do reprezentowania Wykonawcy musi bezpośrednio wynikać z dokumentów dołączonych do oferty. Oznacza to, że jeżeli pełnomocnictwo takie nie wynika wprost z dokumentu stwierdzającego status prawny Wykonawcy (rejestru lub innego dokumentu, właściwego dla danej formy organizacyjnej), to do oferty należy dołączyć oryginał lub notarialnie poświadczony odpis pełnomocnictwa wystawionego na reprezentanta Wykonawcy, ewentualnie umowę o współdziałaniu, z której będzie wynikać przedmiotowe pełnomocnictwo.

9.5. Dokumenty dołączone do niniejszej SIWZ powinny zostać wypełnione przez Wykonawcę i dołączone do oferty, bądź też przygotowane przez Wykonawcę w innej - zgodnej z niniejszą SIWZ formie.

9.6. Zamawiający nie dopuszcza dokonywania w treści załączonych do niniejszej SIWZ dokumentów jakichkolwiek zmian (skrótów, opuszczeń, skreśleń, poprawek lub dopisków) za wyjątkiem miejsc wykropkowanych, przeznaczonych do wypełnienia lub specjalnie oznaczonych, np. przypisem.

### 12. ZAWARTOŚĆ OFERTY

12.1. Kompletna oferta musi zawierać następujące dokumenty:

- a) „Formularz Ofertowy” - sporządzony zgodnie ze wzorem zawartym w Załączniku nr 1 do IDW wraz z „Załącznikiem do Oferty” sporządzonym zgodnie ze wzorem zawartym w Załączniku nr 2 do IDW oraz wypełnionym Przedmiarem Robót - według Tomu IV SIWZ (w celu usprawnienia weryfikacji w zakresie omyłek rachunkowych pożądane jest dołączenie wersji elektronicznej edytowalnej Przedmiarów Robót);
- b) Harmonogram realizacji robót budowlanych sporządzony zgodnie ze wzorem zawartym w Załączniku nr 3 do IDW
- c) „wykaz robót przeznaczonych do podwykonania” - sporządzony zgodnie ze wzorem zawartym w Załączniku nr 4 zgodnie z pkt 2026 IDW i z zastrzeżeniem pkt 20.2 IDW;
- d) „oświadczenie, na podstawie art. 8 ust. 3 Ustawy, o nieujawnianiu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji” - sporządzone zgodnie ze wzorem zawartym w Załączniku nr 5 do IDW, zgodnie z zapisami punktów 11.8 i 11.9 IDW z zastrzeżeniem zawartym w punkcie 11.10 IDW;
- e) oryginał lub notarialnie poświadczony odpis pełnomocnictwa wystawionego na reprezentanta Wykonawcy (jeżeli pełnomocnictwo takie nie wynika wprost z dokumentu stwierdzającego status prawny Wykonawcy), ewentualnie umowę o współdziałaniu, z której będzie wynikać przedmiotowe pełnomocnictwo;
- f) „oświadczenie o posiadaniu niezbędnych dokumentów, dla nieujętych we właściwej TSI urządzeń/budowli przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego, które Wykonawca zamierza zainstalować/zabudować w ramach niniejszego Zamówienia, umożliwiających uzyskanie dla podsystemu strukturalnego zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji wydawanego przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego zgodnie Ustawą o transporcie kolejowym” - sporządzone zgodnie ze wzorem zawartym w Załączniku nr 6A do IDW;
- g) „oświadczenie o posiadaniu niezbędnych dokumentów, dla składników interoperacyjności, które Wykonawca zamierza zainstalować/zabudować w ramach niniejszego Zamówienia, umożliwiających uzyskanie dla podsystemu strukturalnego zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji wydawanego przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego zgodnie z art. 25e ust. 1 i art. 25cc Ustawy o transporcie kolejowym” - sporządzone zgodnie ze wzorem zawartym w Załączniku nr 6B do IDW;
- h) „oświadczenie o posiadaniu niezbędnych dokumentów, dla składników interoperacyjności oraz dla nieujętych we właściwej TSI urządzeń/budowli przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego, które Wykonawca zamierza zainstalować/zabudować w ramach niniejszego Zamówienia,

Następnie Izba w oparciu o dokumentację postępowania ustaliła, iż Zamawiający przedstawił wraz z IDW wzór załącznika Nr 2 do oferty, w którego treści zostały m.in. zawarte następujące postanowienia:

Zamawiający przewiduje następujące terminy wykonania - "kamienie milowe" liczone od daty podpisania umowy:

KM1 - 2 miesiące (zgodnie z zakresem I etapu Dla obiektu 14 i fazą 1 dla obiektu 15 ) - na podstawie

Przejściowego Świadectwa Płatności potwierdzonego przez Inżyniera Projektu

— Rozbiórka toru wyciągowego nr 11

— Budowa torów 1 KB i 2KB w zakresie zgodnym z I etapem przebudowy stacji Kraków Mydlniki wraz z infrastrukturą towarzyszącą.

— Budowa toru nr 2B linii nr 95 na odcinku od km 2+022.189 do km 2+287.958

— Budowa toru nr 20 linii nr 100 na odcinku od km 2+090.719 do km 2+295.314

KM2 - 4 miesiące (zgodnie z zakresem II etapu dla obiektu 14) - na podstawie Przejściowego Świadectwa Płatności potwierdzonego przez inżyniera Projektu

— Budowa torów 4 i 6 od rozj. nr 9 do km 65,400 w stacji Kraków Mydlniki.

— Budowa toru nr 2 od km 62,400 do km 64,341 wraz z wbudowaniem w nim projektowanych rozjazdów i tymczasowego przejścia rozjazdowego nr 24-25.

— Budowa peronu nr 2 w st. Kraków Mydlniki.

KM3 - 5 miesięcy (zgodnie z zakresem III etapu dla obiektu 14) - na podstawie Przejściowego Świadectwa Płatności potwierdzonego przez Inżyniera Projektu

— Budowa toru nr 1 od km 62,582 do km 64,221 wraz z włączeniem tymczasowego rozjazdu nr 201 w istniejący tor nr 1.

— Budowa połowy peronu nr 1 w st. Kraków Mydlniki

KM4 - 8 miesięcy (zgodnie z zakresem IV etapu dla obiektu 14 i fazą 2 dla obiektu 15) - na podstawie Przejściowego Świadectwa Płatności potwierdzonego przez Inżyniera Projektu

— Budowa toru nr 2 od km 64,341 do km 65,400 wraz z rozjazdami.

— Połączenie toru nr 3 z torem nr 2 w rejonie km 64,650.

— Budowa toru nr 2 linii nr 133 na odcinku od km 65+400 do km 67+200 (szlak)

— Budowa wiaduktu w km 66,685 pod torem nr 2 - 50 %

KM5 - 10 miesięcy (zgodnie z zakresem V etapu dla obiektu 14) - na podstawie Przejściowego Świadectwa Płatności potwierdzonego przez Inżyniera Projektu

— Budowa toru nr 1 od km 64,221 do km 65,400 wraz z rozjazdami.

KM6 - 15 miesięcy (zgodnie z zakresem VI etapu dla obiektu 14 i fazą 3 dla obiektu 15) - na podstawie Przejściowego Świadczenia Płatności potwierdzonego przez Inżyniera Projektu

- Budowa toru nr 1 od km 62,400 do km 62,583
- Budowa brakującego odcinka toru 2KB od km 6,915 do km 7,358 linii nr 118.
- Dokończenie peronu nr 1
- Budowa toru nr 1 linii nr 133 na odcinku od km 65+400 do km 67+200 (szlak)
- Budowa wiaduktu w km 66,685 pod torem nr 1- 50 %

KM7 -17 miesięcy (zgodnie z zakresem VII etapu dla obiektu 14) - na podstawie Przejściowego Świadczenia Płatności potwierdzonego przez Inżyniera Projektu

- Przebudowa torów 3 i 5 w stacji Kraków Mydlniki wraz z torami wyciągowymi 11a i 5a oraz torem odstawczym nr 13
- Dokończenie budowy toru 1KB od km 6,928 do km 7,358 linii 118.
- Rozbiórka tymczasowego połączenia torów 1KB i 2KB w km 64,200

KM8 - 18 miesięcy

- Oddanie linii kolejowej do eksploatacji. Zakończenie całości robót.

Zamawiający w dniu 04.04.2016 r. przekazał wykonawcom nowy wzór załącznika nr 3 do IDW, w nawiązaniu do odpowiedzi na pytanie nr 137. Załącznik ten obejmował zakres czynności oraz terminy realizacji poszczególnych kamieni milowych zgodnie z treścią ujętą w treści załącznika nr 2.

Wraz z pismem z dnia 10.06.2016 r. znak !REZA3c-216-08-73/POLIŚ 7.1-11.1/2014 Zamawiający przekazał również wzór umowy z naniesionymi w toku postępowania zmianami. W powyższym dokumencie w zakresie terminów realizacji oraz godzin prowadzenia robót znalazły się następujące postanowienia:

W subklauzuli 6.5. zostało wskazane, iż w decyzji środowiskowych uwarunkowań lub na etapie ponownej oceny oddziaływania na środowisko został określony warunek zakazujący wykonywania prac przez 7 dni w tygodniu lub przez całą dobę.

W ramach subklauzuli 8.13 wskazane zostały etapy i terminy ich realizacji:

Dla Kontraktu ustanawia się następujące Etapy, które Wykonawca zobowiązany jest wykonać w następujących terminach ("kamienie milowe") liczonych od daty podpisania umowy:

KM1 - 2 miesiące (zgodnie z zakresem I etapu dla obiektu 14 i fazą 1 dla obiektu 15) - na podstawie Przejściowego Świadectwa Płatności potwierdzonego przez Inżyniera Projektu

- Rozbiórka toru wyciągowego nr 11
- Budowa torów 1KB i 2KB w zakresie zgodnym z I etapem przebudowy stacji Kraków Mydlniki wraz z infrastrukturą towarzyszącą.
- Budowa toru nr 2B linii nr 95 na odcinku od km 2+022.189 do km 2+287.958
- Budowa toru nr 20 linii nr 100 na odcinku od km 2+090.719 do km 2+295.314

KM2 - 4 miesiące (zgodnie z zakresem II etapu dla obiektu 14)-na podstawie Przejściowego Świadectwa Płatności potwierdzonego przez inżyniera Projektu

- Budowa torów 4 i 6 od rozj. nr 9 do km 65,400 w stacji Kraków Mydlniki.
- Budowa toru nr 2 od km 62,400 do km 64,341 wraz z wbudowaniem w nim projektowanych rozjazdów i tymczasowego przejścia rozjazdowego nr 24-25.
- Budowa peronu nr 2 w st. Kraków Mydlniki.

KM3 - 5 miesięcy (zgodnie z zakresem III etapu dla obiektu 14) - na podstawie Przejściowego Świadectwa Płatności potwierdzonego przez Inżyniera Projektu

- Budowa toru nr 1 od km 62,582 do km 64,221 wraz z włączeniem tymczasowego rozjazdu nr 201 w istniejący tor nr 1.
- Budowa połowy peronu nr 1 w st. Kraków Mydlniki

KM4 - 8 miesięcy (zgodnie z zakresem IV etapu dla obiektu 14 i fazą 2 dla obiektu 15) - na podstawie Przejściowego Świadectwa Płatności potwierdzonego przez Inżyniera Projektu

- Budowa toru nr 2 od km 64,341 do km 65,400 wraz z rozjazdami.
- Połączenie toru nr 3 z torem nr 2 w rejonie km 64,650.
- Budowa toru nr 2 linii nr 133 na odcinku od km 65+400 do km 67+200 (szlak)
- Budowa wiaduktu w km 66,685 pod torem nr 2 - 50 %

KM5 - 10 miesięcy (zgodnie z zakresem V etapu dla obiektu 14) - na podstawie Przejściowego Świadectwa Płatności potwierdzonego przez Inżyniera Projektu

- Budowa toru nr 1 od km 64,221 do km 65,400 wraz z rozjazdami.

KM 6-15 miesięcy (zgodnie z zakresem VI etapu dla obiektu 14 i fazą 3 dla obiektu 15) - na podstawie Przejściowego Świadectwa

Płatności potwierdzonego przez Inżyniera Projektu

- Budowa toru nr 1 od km 62,400 do km 62,583
- Budowa brakującego odcinka toru 2KB od km 6,915 do km 7,358 linii nr 118.

- Dokończenie peronu nr 1
- Budowa toru nr 1 linii nr 133 na odcinku od km 65+400 do km 67+200 (szlak)
- Budowa wiaduktu w km 66,685 pod torem nr 1- 50 %

KM7 - 17 miesięcy (zgodnie z zakresem VII etapu dla obiektu 14) - na podstawie Przejściowego Świadectwa Płatności potwierdzonego przez Inżyniera Projektu

- Przebudowa torów 3 i 5 w stacji Kraków Mydlniki wraz z torami wyciągowymi 11 a i 5a oraz torem odstawczym nr 13
- Dokończenie budowy toru 1KB od km 6,928 do km 7,358 linii 118.
- Rozbiórka tymczasowego połączenia torów 1KB i 2KB w km 64,200 KM 8-18 miesięcy
- Oddanie linii kolejowej do eksploatacji. Zakończenie całości robót.

Wszystkie roboty związane z fazowaniem robót w każdym etapie dla wszystkich branż Wykonawca niniejszego Kontraktu winien uwzględnić w Harmonogramie rzeczowo - finansowym. Dla branży urządzeń sterowania ruchem kolejowym Wykonawca niniejszego Kontraktu winien uwzględnić wykonanie projektów i robót budowlanych w istniejących urządzeniach zewnętrznych i wewnętrznych na stacji i szlaku. Dla wykonania robót związanych z fazowaniem istniejącej sieci trakcyjnej Wykonawca winien zastosować nowe materiały i urządzenia. Dla wykonania robót związanych z fazowaniem układu torowego dopuszcza się zastosowanie materiałów staroużytecznym, jeśli jest spełniony warunek dla dopuszczenia na wszystkich zabudowanych elementach jazdy pociągu z minimalną prędkością 40 km/h w każdym kierunku.

Technologia robót dla wykonania przebudowy stacji Kraków Mydlniki ma zapewnić możliwość przejazdu trakcją elektryczną na sygnały zezwalające po jednym torze na szlaku Kraków Mydlniki - Kraków Batowice.

Dla zapewnienia dwóch krawędzi peronowych Wykonawca zobligowany jest do wybudowania peronu tymczasowego przy torze nr 5 w stacji Kraków Mydlniki o długości 150 m wraz z opracowaniem niezbędnej dokumentacji i jej uzgodnieniem. Peron przy torze nr 5 ma być udostępniony dla podróżnych od momentu zamknięcia strony parzystej stacji. Koszt opracowania dokumentacji jest po stronie Wykonawcy.

Nowy budynek dla LCS Kraków Mydlniki ma być wybudowany w stanie umożliwiającym zabudowę urządzeń srk przez Kontrakt P4 (srk) na 10 tygodni przed zgłoszeniem do odbioru strony parzystej stacji. W tym czasie nie dopuszcza się jakichkolwiek prac budowlanych powodujących zapylenie.

Technologia budowy wiaduktu WK-44 w km 65,840 linii kolejowej nr 133 ma polegać na rozwiązaniu, które umożliwi ruch, na czas całej realizacji, po jednym torze czynnym linii nr 133 trakcją elektryczną (wskazane nasuwanie konstrukcji nośnej).

W ramach kontraktu Wykonawca powinien przewidzieć zabudowę przejść w poziomie szyn w trakcie robót, w tym dojścia do peronów wraz z opracowaniem niezbędnej dokumentacji i jej uzgodnieniem zgodnie z obowiązującymi przepisami. Koszt opracowania dokumentacji jest po stronie Wykonawcy.

Wykonawca jest zobowiązany opracować i uzgodnić projekty Tymczasowej Organizacji Ruchu drogowego związanej z przebudowywanymi/budowanymi obiektami inżynieryjnymi oraz wykonać zakres prac wynikających z projektów Tymczasowej Organizacji Ruchu.

Zamawiający załącza notatkę z dnia 11.03.2016 ze spotkania z ZiKiT z warunkami dotyczącymi utrudnień ruchu drogowego. Wykonawca zobligowany jest do uzgodnienia Tymczasowej Organizacji Ruchu. Wykonawca na każdym z etapów robót na wiaduktach w ciągu ul. Godlewskiego, Zielony Most, Armii Krajowej, Rydla, i Łopaszki zapewni własnym kosztem i staraniem komunikację piesza.

Zamawiający zastrzega sobie prawo zmiany zakresu robót kablowych od km 67,200 do nastawni „KGZ” stacji Kraków Główny Towarowy ze względu na możliwość zmiany zakresu w ramach innego projektu modernizacji linii kolejowej nr 133 od km 67,200 w kierunku Krakowa Głównego. Towarowego.

W ramach dokumentu „Zasady organizacji i udzielania zamknięć torowych Ir-19” sporządzonego w Warszawie w 2015 r. i stanowiącego załącznik do zarządzenia Nr 36/2015 Zarządu PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z dnia 28 lipca 2015 r. znajdują się m.in. następujące postanowienia dotyczące wyłączeń torowych:

W § 2 zatytułowanym „podstawowe definicje” w pkt 2 – 4 zawarto następujące postanowienia (definicje):

2. Zamknięcie dodatkowe – zamknięcia torowe zgłoszone poza terminami określonymi w załącznikach nr 1 i 2 niniejszych Zasad, na które została opracowana zmieniona organizacja ruchu pociągów

3. Zamknięcia operatywne – zamknięcia torowe zgłoszone poza terminami określonymi w załącznikach 1 i 2 niniejszych Zasad, na które nie została opracowana zmieniona organizacja ruchu pociągów;

4. Wystąpienie o zamknięcie – pisemne wystąpienia Wykonawcy do Zamawiającego o udzielenie zamknięcia.

W § 3 zatytułowanym „planowanie zamknięć torowych”

6. Planowanie tygodniowe, obejmuje okres jednego tygodnia (od niedzieli do soboty) i dotyczy zgłoszenia zamknięć nie wymagających zmian w rozkładzie jazdy pociągów oraz potwierdzenia zamknięć zgłoszonych w planowaniu okresowym. Zamknięcia te Regiony Inwestycyjne i Zakłady Linii Kolejowych zgłaszają do środy włącznie w tygodniu poprzedzającym do właściwej Ekspozytury Centrum Rozkładów Jazdy.

8. W ramach opracowania rocznego rozkładu jazdy, PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ma prawo ustalania przerw technologicznych, skutkujących wprowadzeniem czasowych ograniczeń wynikających z prowadzenia przez Spółkę prac wynoszących:

- 1) 4 godziny na liniach jednotorowych w godzinach nocnych;
- 2) 6 godzin na jednym torze linii dwutorowych w godzinach nocnych;
- 3) od 4 do 6 godzin na jednym torze linii dwutorowych w soboty i niedziele w porze dziennej

9. Przerwy technologiczne, o których mowa w ust. 8 możliwe są do realizacji po wcześniejszym uzgodnieniu terminu ich wykorzystania z właściwą Ekspozyturą Zarządzania Ruchem Kolejowym w trybie planowania tygodniowego.

W § 6 zatytułowanym „Procedura udzielania zamknięć dodatkowych i operatywnych” zawarte są następujące postanowienia:

1. Udzielenie zamknięcia dodatkowego, nie zgłoszonego w planowaniu okresowym, może nastąpić w przypadkach konieczności wykonania robót pozwalających na utrzymanie istniejącego stanu infrastruktury, zapobiegających jej pogorszeniu lub wynikających z postępu prac pod warunkiem zgłoszenia potrzeby takiego zamknięcia i ujęcie go w tygodniowym zestawieniu zamknięć torowych. Decyzję o udzieleniu takiego zamknięcia podejmuje Wydział ds. koordynacji zamknięć torowych i zastępczych rozkładów jazdy po analizie jego wpływu na ruch pociągów, z zastrzeżeniem postanowień ust.3

2. Założone zamknięcie dodatkowe musi zostać skoordynowane przez Ekspozyturę Rozkładów Jazdy z innymi zamknięciami zawartymi w harmonogramie okresowym, w zakresie terminu i czasu udzielenia zamknięcia. Ewentualne opóźnienia pociągów związane z realizacją tych zamknięć należy zaliczać (kontować) na wnioskodawcę.



3. W przypadku nie dotrzymania terminu zakończenia robót z winy wykonawcy, przedłużenie zamknięcia torowego może nastąpić po złożeniu stosownego wniosku przez zamawiającego niezwłocznie po podjęciu wiadomości o niemożności zakończenia robót w planowanych terminie. W tym przypadku zamknięcie będzie traktowane w trybie operatywnym, a wszelkie dodatkowe koszty oraz utracone przychody wynikające z realizacji tego zamknięcia obciążać będą wykonawcę. Zasady dokonywania rozliczeń z tego tytułu powinny być określone w umowie na wykonanie robót. Decyzje o warunkach prowadzenia ruchu pociągów podczas wydłużonego zamknięcia w trybie operatywnym, na podstawie rekomendacji Naczelnika Ekspozytury Rozkładów Jazdy, wydaje Dyrektor Centrum Rozkładów Jazdy w uzgodnieniu z Dyrektorem Centrum Zarządzania Ruchem Kolejowym.

4. W szczególnych przypadkach, gdy zachodzi potrzeba zamknięcia toru, a potrzeba ta nie została zgłoszona w planowaniu okresowym, oraz nie została ujęta w tygodniowym zestawieniu zamknięć torowych, to zgodę na zamknięcie w trybie operatywnym (w przerwie między pociągami) może wydać dyspozytor Ekspozytury Zarządzania Ruchem Kolejowym na wystąpienie kierującego robotami skierowane za pośrednictwem dyżurnego ruchu. W takim przypadku ruch pociągów należy prowadzić na podstawie postanowień Regulaminu technicznego posterunków ruchu przyległych do szlaku z zamkniętym torem.

Izba ustaliła, iż w ofercie Odwołującego na str. 627 znajduje się „Harmonogram realizacji robót budowlanych” w ramach którego wykonawca przewidział następującego okresy realizacji poszczególnych kamieni milowych i terminy ich zakończenia:

1. KM1 – 13 miesięcy (zakończenie w 13 miesiącu od podpisania umowy);
2. KM2 – 6 miesięcy (zakończenie w 7 miesiącu od podpisania umowy);
3. KM3 – 6 miesięcy (zakończenie w 7 miesiącu od podpisania umowy);
4. KM4 – 6 miesięcy (zakończenie w 7 miesiącu od podpisania umowy);
5. KM5 – 7 miesięcy (zakończenie w 13 miesiącu od podpisania umowy);
6. KM6 – 7 miesięcy (zakończenie w 13 miesiącu od podpisania umowy);
7. KM7 – 10 miesięcy (zakończenie w 16 miesiącu od podpisania umowy);
8. KM8 – 2 miesiące (zakończenie w 18 miesiącu od podpisania umowy).

Zamawiający pismem z dnia 23.08.2016 r. przekazał wykonawcom zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty. W dokumencie tym Zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., poinformował, że dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Za ofertę najkorzystniejsza została uznana oferta nr 2 firmy TOR POL S.A., ul. Mogileńska 10G, 61-052 Poznań w cenie 304 287 708,13 PLN (słownie; trzysta cztery miliony dwieście osiemdziesiąt siedem tysięcy siedemset osiem PLN 13/100]

W ramach uzasadnienia wyboru najkorzystniejszej oferty podniósł, że:

Ww. oferta została uznana za najkorzystniejsza, na podstawie przyjętego kryterium oceny (całkowita cena brutto - 95% oraz okres gwarancji -- 5%),

Następnie Zamawiający wskazał, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zostało złożonych dziewięć ofert.

Oferta nr 1

Konsorcjum firm: TRAKCJA PRKi! SA, ul. Złota nr 59. XVII p., 00-120 Warszawa (Lider);

Comsa S.A., CalleViriato 47, 08014 Barcelona, Hiszpania;

Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., ul. Okólna 10, 42-400 Zawiercie.

Konsorcjum w złożonej ofercie nie wyceniło pozycji l.p. 9.22 Nr STWiORB B.4 2.2.6.12 (strona 346 oferty). Zgodnie z zapisami punktu 10 3 Tomu i SIWZ - Instrukcje dla Wykonawców Zamawiający wymaga, aby każda pozycja Przedmiaru Robót tj. cena jednostkowa lub wartość została wypełniona poprzez wskazanie wartości realizacji różnej od 0 PLN. W przypadku niezastosowania się do w/w warunku. Zamawiający będzie uważał, że Wykonawca nie zgadza się na realizację danej pozycji zamówienia zgodnie z jego oferta W związku z powyższym zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 - Prawo zamówień publicznych Zamawiający odrzuca ofertę, jako że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Ofertą nr 2

TORPOL S.A., ul. Mogileńska 10G, 61-052 Poznań

Kryterium całkowita cena brutto 95 pkt (304 287 708.13 PLN) Kryterium okres gwarancji: 5 pkt (120 m-cy) Całkowita ilość punktów: 100 pkt

Oferta nr 3

Konsorcjum firm BUDIMEX SA ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa (Lider): Ferrovial Agroman S A., Campo de las Naciones. Ribera del Loira 42, 28042 Madryt, Hiszpania

Kryterium całkowita cena brutto: 86,70 pkt (333 432 138.96 PLN) Kryterium okres gwarancji. 5 pkt (120 m-cy) Całkowita ilość punktów, 91,70 pkt

Oferta nr 4

Konsorcjum firm:

VIAS Y CONSTRUCCIONES S.A., C/Orense 11. 4<sup>a</sup> Planta, 28020 Madryt. Hiszpania.

DRAGADOS S.A., Avda. Del Camino de Santiago 50, 28050 Madryt, Hiszpania:

Polaqua sp. z o.o. (dawniej Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL-AQUA” S.A.).

ul. Dworska 1, 05-500 Wólka Kozodawska, 05-500 Piaseczno

Następnie Zamawiający wskazał, iż w dniu 04.04 2016r dokonał zmiany wzoru Załącznika nr 3 - Harmonogram Realizacji Robót Konsorcjum Vias załączyło do oferty nieaktualny nieuwzględniający wymogów Zamawiającego Harmonogram.

W związku z powyższym zgodnie z art. 89 ust 1 pkt 2) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych Zamawiający odrzuca ofertę, jako, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Oferta nr 5

Konsorcjum firm:

Porr (Polska) S.A ul. Poleczki 35. 02-822 Warszawa (Lider),

Porr Bau Grribf I A-i 100 Wiedeń. Absberggasse 47. Republika Austiii

J. P., Z. ., S. P. prowadzący Przedsiębiorstwo Budownictwa

Kolejowego i Inżynieryjnego , INFRAKOL" S C . ul. Rapackiego 14. 59-400 Jawor

Zamawiający w odniesieniu do ww. oferty wskazał, że Konsorcjum w złożonej ofercie nie wyceniło pozycji: „Dostosowanie pomieszczeń w st. Kraków Batowice do wymagań stawianych przez wewnętrzne urządzenia blokady liniowej”, zgodnie z odpowiedziami wyjaśniających treść SIWZ, Zamawiający określił, że „Wycenę dotyczącą dostosowania pomieszczeń należy ująć w zbiorczym zestawieniu dla obiektu 14’ Zgodnie z zapisami punktu 10.3 Tomu I SIWZ -- Instrukcje dla Wykonawców Zamawiający wymaga, aby każda pozycja Przedmiaru Robót tj. cena jednostkowa lub wartość została wypełniona poprzez wskazanie wartości realizacji różnej od 0 PLN. W przypadku niezastosowania się do w/w warunku. Zamawiający będzie uważał, że Wykonawca nie zgadza się na realizację danej pozycji zamówienia zgodnie z jego ofertą. W związku z powyższym zgodnie z ad. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych Zamawiający odrzuca ofertę, jako: że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Oferta nr 6

Konsorcjum firm.

S. Rail Polska Sp. z o.o. (Lider)

ul. Wielicka 250,

30-663 Kraków:

S. Baugesellschaft m.b.H.,

4020 Linz.

Edlbacherstr. 10.

Kryterium całkowita cena brutto' 84,27 pkt (338 003 297,07 PLN) Kryterium okres gwarancji:  
5 pkt (120 m-cy) Całkowita ilość punktów: 89,27 pkt

Oferta nr 7

Konsorcjum firm: Strabag Sp. z o.o. ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków (Lider); Strabag  
Raif a.s. , Železnioafska 1385/29, Stfekov.400 03

Usti nad Labern Stfekov, Republika Czeska

Kryterium całkowita cena brutto: 75,46 pkt (341 369 968,31 PLN) Kryterium okres gwarancji:  
5 pkt (120 m-cy) Całkowita ilość punktów: 80,46 pkt

Oferta nr 8

Konsorcjum firm:

ZUE S A

ul, Kazimierza Czaplińskiego 3,

30-048 Kraków (Lider).

Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie Sp. z. o.o.,

ul. Prokocimska 4.

30-556 Kraków:

fv1ota-Engil Central Europę S.A .

ul. Wadowicka 8W.

30-415 Kraków

Kryterium całkowita cena brutto: 28,50 pkt (358 860 834,85 PLN) Kryterium okres gwarancji:  
5 pkt (120 m-cy)

Całkowita ilość punktów 33.50 pkt

Oferta nr 9

Konsorcjum firm:

Skanska S.A. ul. Gen Zajęczka 9, 01-518 Warszawa (Lider); Skanska a.s. ul. Libalova 1/2848  
149 00 Praga 4. Chodov. Republika Czeska.

Skanska SK a s. ul. Krajna 29, 821-04 Bratysława, Republika Słowacka

W odniesieniu do tej oferty Zamawiający podniósł, że Konsorcjum do złożonej oferty  
załączyło załącznik nr 3 - Harmonogram Realizacji Robót, niezgodny z etapami

(kamieniami milowymi) określonymi przez Zamawiającego. W związku z powyższym zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych Zamawiający odrzuca ofertę, jako, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Na zakończenie Zamawiający wskazał, że termin po upływie którego może być zawarta umowa wynosi 10 dni od przekazania niniejszego zawiadomienia.

Na powyższą czynność Odwołujący wniósł odwołanie.

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

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

1. Zasadniczą osią sporu pomiędzy Stronami pozostaje okoliczność dotycząca możliwości, zaś zdaniem Odwołującego świadcząca nawet o konieczności, zmiany załącznika nr 3 do formularza oferty (określającego etapowanie robót i terminy realizacji poszczególnych kamieni milowych) i jego dopasowania do terminów zamknięć torowych, która to zmiana stała się podstawą odrzucenia oferty Odwołującego i w ocenie tego ostatniego zaniechania odrzucenia ofert wykonawców przystępujących do postępowania. Z powyższego zarzutu Odwołujący wywiódł kolejne zarzuty obejmujące zmianę warunków przetargowych przez Zamawiającego w trakcie trwania postępowania oraz fakt przerwania na wykonawców własnych niedociągnięć w skonstruowaniu SIWZ, jak również okoliczność pominięcia przez Zamawiającego zmodyfikowanych postanowień w wyniku odpowiedzi na pytania i tym samym wyboru oferty, która akceptuje realizację robót w warunkach niemożliwych do wykonania, tj. rozbiórkę torów kolejowych i ich przebudowę w zakresie wskazanym w opisie przedmiotu zamówienia bez wyłączenia ruchu kolejowego.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż analiza treści Instrukcji Dla Wykonawców (dalej: IDW), jej zmian, jak również analiza postanowień projektu umowy i odpowiedzi na pytania wykonawców nie pozwala na przyjęcie, iż Zamawiający dopuścił zmiany terminów realizacji kamieni milowych. Wprost przeciwnie Zamawiający w ramach odpowiedzi na pytania wykonawców, w szczególności pytania nr 382 – 386 zastrzegł, iż na obecnym etapie

postępowania o zamówienie nie jest uprawniony do dokonania zmiany kamieni milowych, dlatego pozostawia ich brzmienie bez zmian. W ocenie Izby powyższe stanowisko Zamawiającego, niekwestionowane na etapie odpowiedzi na pytania przez wykonawców, po pierwsze jest stanowcze i jednoznaczne, po drugie zaś wiąże wszystkich wykonawców, samego Zamawiającego, jak również Izbę rozpoznającą zarzuty podniesione w ramach wniesionego odwołania.

Tym samym wszyscy wykonawcy, respektując postanowienia SIWZ (IDW), w tym w szczególności Działu 9 pkt 9.6. w związku z Działem 12 pkt 12.1 lit. a) byli zobligowani do złożenia harmonogramu realizacji robót budowlanych zgodnie z wzorem przekazanym przez Zamawiającego (załącznik nr 3 do IDW). W ocenie Izby intencja Zamawiającego w zakresie formy oraz treści załącznika nr 3 do IDW (harmonogram realizacji robót) jest jasna i stanowcza, nie wymaga również żadnych zabiegów interpretacyjnych celem wykładni ujętych tam wymagań. W tym w szczególności, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie została zmodyfikowana na skutek odpowiedzi na wskazane przez Odwołującego pytania (odpowiedzi na pytania 160, 382 – 386, jak również 914), z których to odpowiedzi nie sposób wywieść okoliczności, iż Zamawiający umożliwił lub wręcz nakazał wykonawcom uwzględnić w ramach deklaracji odnoszącej się do terminu realizacji kamieni milowych terminów zamknięć torowych lub umożliwił przedłużenie terminów ich zakończenia. Wbrew twierdzeniom Odwołującego terminy zakończenia i okresy trwania kamieni milowych (w szczególności terminy zakończenia) są stałe i niezmiennie, zaś jak wynika z odpowiedzi na pytania wykonawców oraz stanowiska Zamawiającego na rozprawie to terminy zamknięć torowych ulegały i ulegać będą ciągłym zmianom celem ich dostosowania do zmiennych warunków realizacji inwestycji.

Nadto, na co zwrócił uwagę sam Odwołujący, Zamawiający jedynie doprecyzował, że: „Za spełnienie warunku potwierdzenia realizacji Kamienia Milowego Zamawiający rozumie podpisanie przez Inżyniera Projektu i Wykonawcę robót Protokołu Odbioru Technicznego (częściowego) dokumentującego wykonane w terenie prac objętych danym Kamieniem Milowym. Protokół ten będzie stanowił załącznik do PŚP. W przypadku Kamienia Milowego dotyczącego budowy toru Zamawiający rozumie wykonanie prac obejmujących zabudowę rusztu torowego (podkłady wraz z ułożonymi i zapiętymi szynami) na subwarstwie tłucznia. Przez wybudowanie peronu Zamawiający rozumie zabudowę ścianek peronowych wraz z nawierzchnią i płytami peronowymi (bez małej architektury). W przypadku obiektu inżynierskiego Zamawiający rozumie wypełnienie Kamienia Milowego jako wykonanie obiektu (przyczółki, ustrój nośny) pod możliwość układania nawierzchni torowej.”.

W ocenie Izby powyższe oznacza, że Zamawiający doprecyzował, co rozumie pod pojęciem zakończenia w ramach kamieni milowych poszczególnych rodzajów robót – jednakże nie zmienił terminu ich realizacji. Nawet gdyby przyjąć, iż poszczególne zadania,

jak wywodzi Odwołujący, nie są tożsame z pojęciami „kamień milowy” to z tego tylko powodu nie sposób wywieść, że Zamawiający w wyniku korzystnej wszakże dla wykonawców interpretacji, w zakresie rozumienia pojęcia zakończenia poszczególnych rodzajów robót, dopuścił do modyfikację terminu ich zakończenia.

O ile na podstawie takich wyjaśnień Odwołujący mógłby wywieść, iż Zamawiający dopuszcza dłuższą realizację poszczególnych zadań, w których skład mogą wchodzić poszczególne kamienie milowe, to odwrotne założenie, iż dopuszczalne jest przedłużanie w ramach takich wyjaśnień sztywnych terminów realizacji kamieni milowych, nie znajduje potwierdzenia w udzielonych odpowiedziach. W ocenie Izby Zamawiający żądał podania w ofercie w ramach załącznika nr 3 kamieni milowych i jednocześnie, co jednoznacznie wynika z udzielonych odpowiedzi, nie dopuszczał modyfikacji czasu ich trwania, w tym w szczególności terminu ich zakończenia. Doprecyzowując, co należy rozumieć pod pojęciem zakończenia w ich ramach poszczególnych robót Zamawiający będzie miał możliwość śledzenia postępu prac i w konsekwencji dyscyplinowania wykonawców w tym zakresie.

Jak wyżej wskazano doprecyzowanie pojęć użytych w treści IDW nie oznacza jednak prawa wykonawców do modyfikacji terminów zakończenia kamieni milowych, w tym w szczególności ich przesunięcia oraz swoistego „dopasowania”, jak wskazał Zamawiający, do jedynie wstępnych terminów zamknięć torowych.

Tym samym analiza wszystkich elementów dokumentacji postępowania odnoszących się do pojęcia „kamieni milowych”, okresu ich trwania, terminu zakończenia, możliwości ich zmian, jak również odnosząca się do ich korelacji z innymi pojęciami używanymi zamiennie w treści dokumentacji postępowania (etapy, zadania) nie pozwala na przyjęcie, iż złożony wraz z ofertą przez Odwołującego harmonogram spełnia wymagania Zamawiającego i jest zgodny z treścią SIWZ (IDW). Wprost przeciwnie analiza oferty Odwołującego oraz postanowień IDW, odpowiedzi na pytania oraz treści wzoru umowy pozwala przyjąć w sposób jednoznaczny, iż Zamawiający w sposób uprawniony dokonał odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego i nie miał podstaw do odrzucenia ofert Przystępujących. Tym samym nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

**2.** W ocenie Izby nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W treści pisma z dnia 23.08.2016 r. zatytułowanego „zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej” Zamawiający wskazał bowiem, iż treść dołączonego do oferty Odwołującego załącznika nr 3 – harmonogramu realizacji robót jest niezgodna z etapami (kamieniami milowymi) określonymi przez Zamawiającego. Jako podstawa odrzucenia oferty wskazany został art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Tym samym Izba uznała, iż ww.

uzasadnienie prawne oraz faktyczne, spełnia wymagania ujęte w hipotezie normy prawnej zawartej w art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż pozwala na identyfikację podstawy prawnej czynności dokonanej przez Zamawiającego (odrzućenie oferty ze względu na jej niezgodność z treścią SIWZ) oraz pozwala na identyfikację podstawy faktycznej czynności (niezgodność dołączonego do oferty załącznika nr 3 – harmonogramu realizacji robót z etapami określonymi przez Zamawiającego).

**3.** W zakresie identycznie sformułowanych wobec ofert obu przystępujących (Torpol S.A. oraz Konsorcjum Budimex S.A. i Ferroviał Agroman S.A.) zarzutów z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 ustawy Pzp, art. 14 ustawy Pzp i art. 387 § 1 ustawy Kodeks cywilny przez zaniechanie odrzucenia tych ofert, mimo iż jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ w sposób niemożliwy do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ze względu na przyjęcie w ofercie innych niż wymagane przez Zamawiającego w SIWZ terminów realizacji zamówienia i zaproponowanie tej realizacji w warunkach niemożliwych do wykonania tj. rozbiórkę torów kolejowych i ich przebudowę w zakresie wskazanym w opisie przedmiotu zamówienia (dalej: OPZ) bez wyłączenia ruchu kolejowego Izba uznała, że nie zasługują one na uwzględnienie.

Odwołujący podstawę powyższych zarzutów wywodzi z okoliczności, iż w jego ocenie, brak jest możliwości realizacji robót budowlanych w założonych przez Zamawiającego terminach (etapów – kamieni milowych) co jest wynikiem faktu, iż przewidziane pierwotnie oraz obecnie terminy zamknięć torowych nie pokrywają się z terminami realizacji kamieni milowych.

Odnosząc się do tak skonstruowanego zarzutu Izba wskazuje, iż zastosowanie normy prawnej ujętej w treści art. 387 § 1 ustawy Kodeks cywilny wymaga spełnienia kilku ważkich elementów. Po pierwsze niemożność świadczenia winna mieć charakter obiektywny. Oznacza to, że realizacja świadczenia winna się odnosić do szerokiego kręgu podmiotów, nie zaś tylko do ich poszczególnych grup lub wręcz jednostek. Po drugie winna być wynikiem nieusuwalnych okoliczności, niezależnych od stron określonego stosunku prawnego – a zatem musi mieć charakter trwały i nieusuwalny w nieodległej przyszłości. (tak też wyrok SN z dnia 18 maja 2011 r. sygn. akt III CSK 217/10, LEX nr 846590; wyrok SN z dnia 20 marca 2009 r. sygn. akt II CSK 611/08, LEX nr 527123; wyrok SN z dnia 12 sierpnia 2009 r., sygn. akt IV CSK 81/09, LEX nr 530575). Po trzecie winna mieć charakter pierwotny (uprzedni, początkowy) i dotyczyć tego stosunku w całości, nie zaś jego poszczególnych części (vide: wyrok SN z dnia 20 marca 2009 r. sygn. akt II CSK 611/08, LEX nr 527123). W przeciwnym wypadku, jak wskazuje się w literaturze tematu jeżeli tylko część świadczenia dotknięta jest niemożliwością, a inne elementy są możliwe do spełnienia, wówczas znajduje zastosowanie przepis art. 58 § 3 ustawy Kodeks cywilny, który w określonej sytuacji pozwala utrzymać w mocy część postanowień umowy (Adam Olejniczak. Komentarz do art. 387 Kodeksu



cywilnego w: Kidyba A. (red.), Gawlik Z., Janiak A., Koziel G., Olejniczak A., Pyrzyńska A., Sokołowski T. Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania – część ogólna. LEX 2014, stan prawny 01.05.2014 oraz Agnieszka Rzetecka-Gil, Komentarz do art. 387 Kodeksu cywilnego w: Rzetecka-Gil A. Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania – część ogólna. LEX/El. 2011, stan prawny 19.09.2011 r., Rozdział VIII, pkt 29). I wreszcie po czwarte wszystkie te elementy powinny być wykazane w ramach dopuszczalnych prawem dowodów, z zachowaniem instytucji ciężaru dowodu oraz przeniesienia go na podmiot, który z okoliczności faktycznych, które będą stanowiły przedmiot dowodu, wywodzi dla siebie korzystne skutki prawne.

W ocenie Izby w ramach skonstruowanego zarzutu Odwołujący nie podolał ciężącym na nim obowiązkom dowodowym i nie wykazał, iż ewentualna niemożność świadczenia ma charakter trwały i odnosi się do całości świadczenia. Wskazać bowiem należy, iż Zamawiający w trakcie trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dokonał już zmiany terminów zamknięć torowych (odpowiedź na pytanie nr 160), zaś w toku rozprawy oświadczył, że obecnie przewidziane terminy zamknięć są już nieaktualne i będą podlegały dalszej modyfikacji ze względu na opóźniający się termin podpisania umowy i zostaną przesunięte na okres zimowy. Okoliczność ta powoduje, że odpada bowiem jeden z konstytutywnych elementów instytucji uregulowanej w treści art. 387 ustawy Kodeks cywilny, tj. trwałość i nieusuwalność braku możliwości spełnienia świadczenia, która jednocześnie decyduje o kolejnym elemencie koniecznym do spełnienia dla realizacji skutków z ww. instytucji, tj. pierwotności niemożności świadczenia. Otóż wskazać należy, iż jak wskazał Zamawiający w toku rozprawy, który to argument został poparty przez obu Przystępujących, zarówno inwestor (w tym wypadku Zamawiający), jak również wykonawca ma prawo wystąpić o dokonanie korekt terminów zamknięć torowych. Powyższe potwierdza również instrukcja Ir-19. Oznacza to ni mniej ni więcej, iż ewentualne przeszkody w realizacji świadczenia mogą zostać usunięte z woli stron przyszłej umowy, zaś sam Zamawiający zapowiedział i sygnalizował konieczność zmiany terminów zamknięć torowych. Jeżeli zatem istnieje wola współpracy i istnieją prawne oraz faktyczne możliwości usunięcia istniejących przeszkód (np. wskazana przez Przystępującego oraz Zamawiającego instrukcja IR19), które co należy wskazać, nie uniemożliwiają realizacji całego zobowiązania, lecz tylko jego fragmentu, to brak jest podstaw do stwierdzenia pierwotnej i nieusuwalnej niemożności świadczenia. Jak bowiem wynika z jednolitego w tym zakresie orzecznictwa sądów powszechnych odpadają wówczas elementy przesądzające o istnieniu trwałych przeszkód w spełnieniu świadczenia (vide przywołane wyżej orzeczenia Sądu Najwyższego).

Odnosząc się do kolejnego aspektu konstytuującego pierwotną niemożność świadczenia wskazać należy, iż co do zasady Odwołujący niemożności tej upatruje w odniesieniu do pierwszego kamienia milowego oraz częściowo w odniesieniu do kamienia

milowego numer dwa. Powyższe wynika bowiem z jego stanowiska zaprezentowanego na rozprawie, w tym w przedstawionych przez niego dowodów w postaci „Harmonogramu realizacji robót” z naniesionymi na okresy realizacji poszczególnych kamieni milowych terminami zamknięć torowych w wersji pierwotnej i zmienionej na skutek odpowiedzi na pytanie nr 160. Analizując powyższy dokument wskazać należy, iż niezgodność terminów odnosi się w całości jedynie do kamienia milowego nr 1 i obejmuje tor 1KB i 2KB oraz w części w zakresie kamienia milowego nr 2 obejmując tor nr 4 i 6 od rozjazdu nr 9 do km 65,400 i częściowo do toru nr 2 od km 62,400 do km 64,341, jak również częściowo do kamienia milowego nr 3 do toru nr 1 od km 62,582 do km 64,221 oraz częściowo w zakresie kamienia milowego nr 5 do toru nr 1 od km 64,221 do km 65,400. Jednakże analiza poszczególnych zamknięć i terminów realizacji kamieni milowych umożliwia sformułowanie wniosku, iż niektóre z tych rozbieżności mają tylko charakter pozorny. Taka pozorność występuje np. w zakresie toru nr 1, gdzie jego przebudowa przewidziana jest w ramach dwóch kamieni milowych, tj. KM nr 3 oraz KM nr 5, gdzie zapewniona jest ciągłość zamknięć dla tego toru. Powyższe potwierdzają również wskazane wyżej dla toru nr 1 kilometry, na jakich realizowana jest przebudowa (KM 3 tor nr 1: od 62,582 do 64,221 i następnie KM 5 tor nr 1: od 64,221 do 65,400). Analogiczna sytuacja ma miejsce w przypadku toru nr 2 realizowanego w ramach kamienia milowego nr 2 oraz nr 4, gdzie przewidziano do realizacji następujące odcinki: KM2 tor 2 od km 62,400 do km 64,341 i KM4 tor 2 od km 64,341 do km 65,400. Te informacje wskazują na możliwość ciągłości prac nad poszczególnymi torami zgodnie z ich zamknięciami obowiązującymi w ramach różnych kamieni milowych.

Tym samym ze względu na to, iż terminy zakończenia poszczególnych kamieni milowych przy każdym następnym numerze (od KM1 do KM8) są dłuższe od poprzednich roboty dla poszczególnych torów mogą być bez zakłóceń kontynuowane z uwzględnieniem przesunięć zamknięć torowych dla poszczególnych torów. Odnosząc powyższe do podanych przykładów taka sytuacja następuje dla toru nr 1, którego realizacja przebiega w ramach KM3 i KM5 oraz toru nr 2, którego realizacja przebiega w ramach KM2 i KM4. Powyższe oznacza, iż odpowiednia organizacja robót pozwala na wyeliminowanie kolejnych przeszkód. Następnie zaś wskazać należy, iż ewentualne rozbieżności pomiędzy terminami realizacji kamieni milowych i terminami zamknięć torowych dotyczą tylko niewielkiego zakresu robót, zaś jak wskazano wcześniej ich obiektywna możliwość usunięcia jest możliwa i została zapowiedziana i dopuszczona przez Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe nie sposób uznać, iż Odwołujący wykazał istnienie pierwotnej, trwałej i całościowej niemożności świadczenia, co nie pozwala na uznanie, iż istnieją okoliczności konstytutywne do uznania, że mamy do czynienia ze świadczeniem niemożliwym do spełnienia w rozumieniu art. 387 § 1 ustawy Kodeks cywilny. Tym samym Izba uznała, iż powyższy zarzut nie potwierdził się.

4. W następstwie wskazać należy, iż pozostałe zarzuty naruszenia ustawy Pzp oraz ustawy Kodeks cywilny mają charakter wynikowy – zatem ich ewentualne stwierdzenie jest możliwe, o ile potwierdza się zarzuty główne. Tym samym skutek oddalenia zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 8 ustawy Pzp, art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 387 § 1 ustawy Kodeks cywilny w zw. z art. 14 ustawy Pzp Izba uznała za niezasadne zarzuty naruszenia art. 70<sup>1</sup> § 4, art. 385 oraz art. 355 § 1 i 2 ustawy Kodeks cywilny oraz art. 91 ustawy Pzp.

Oddalając powyższe zarzuty Izba dodatkowo wskazuje, iż przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych są przepisami o charakterze *lex specialis* wobec przepisów ustawy Kodeks cywilny regulujących procedurę przetargową, co jednoznacznie wynika z treści art. 14 ustawy Pzp – a więc mogą mieć one zastosowanie jedynie w przypadku braku regulacji w tym zakresie, na które Odwołujący nie powołał się konstruując zarzuty odwołania.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono, stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 4.

**Przewodniczący:**

.....

