

Sygn. akt KIO 1930/17
KIO 1962/17

WYROK
z dnia 31 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska
Emil Kuriata
Jan Kuzawiński

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 i 25 października 2017 r. w W. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 15 września 2017 r. przez wykonawcę: **AP. s.r.o., (...)**,
B. w dniu 18 września 2017 r. przez wykonawcę: **B.T.ZP. sp. z o.o., (...)**,
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **P.P.L.K. S.A,**
(...),

przy udziale:

wykonawcy **B.T.ZP. sp. z o.o., (...)** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego

o sygn. akt: KIO 1930/17 po stronie odwołującego,

wykonawcy **AP. s.r.o., (...)** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1962/17 po stronie zamawiającego,

wykonawcy **T.P. Sp. z o.o., (...)** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1930/17 i KIO 1962/17 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddała oba odwołania (KIO 1930/17 i KIO 1962/17),
2. kosztami postępowania obciąża odwołujących: **AP. s.r.o., (...)** oraz **B.T.ZP. sp. z o.o., (...)**, i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez

1

odwołujących, w tym:

A. kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **AP. s.r.o., (...)** tytułem wpisu od odwołania,

B. kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **B.T.ZP. sp. z o.o., (...)** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza kwotę **7 200 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) od odwołujących: **AP. s.r.o., (...)** oraz **B.T.ZP. sp. z o.o., (...)** na rzecz zamawiającego: **P.P.L.K. S.A., (...)**, w tym:

A. kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy: **AP. s.r.o., (...)** na rzecz zamawiającego: **P.P.L.K. S.A., (...)** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (**KIO 1930/17**),

B. kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy: **B.T.ZP. sp. z o.o., (...)** na rzecz zamawiającego: **P.P.L.K. S.A., (...)** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (**KIO 1962/17**).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015, poz. 2164 ze zm.) na wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do

Przewodniczący:

.....

.....

2

3

Sygn. akt KIO 1930/17

Sygn. akt KIO 1962/17

Uzasadnienie

Zamawiający: P.P.L.K. S.A. z siedzibą w W. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii

(...)

odcinek K. - T. (z wyłączeniem węzła warszawskiego)". Ogłoszenie o zamówieniu nr (...) zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 grudnia 2016 r. oraz zostało zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego.

W dniu 6 września 2017 r. Zamawiający powiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, złożonej przez T.P. sp. z o.o. z siedzibą w W.. Na drugiej pozycji została sklasyfikowana oferta A.P. s.r.o. z siedzibą w Pradze, a na trzeciej pozycji – oferta B.T.Z.P. sp. z o.o. z siedzibą w K..

KIO 1930/17

Wykonawca: A.P. s.r.o. z siedzibą w P. (...) wniósł odwołanie wobec:

1. czynności wyboru oferty T.P. Sp. z o.o. (dalej „T.”), jako najkorzystniejszej, pomimo że ww. oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz 15 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.), zwanej dalej „uznk”;

2. zaniechania uznania zastrzeżenia dokonanego przez T. w zakresie zastrzeżonych w ofercie tego wykonawcy dokumentów oraz dokumentów złożonych przez T. na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp (pismo z dnia 21.07.2017 r.), a także w wyjaśnieniach T., w szczególności:

a) wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny (pismo z dnia 30 czerwca 2017 r. i 19 lipca 2017 r.),

wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia - Załącznik nr 9 do IDW, b)

wykazu personelu na potrzeby kryterium oceny ofert - Załącznik nr 12 do IDW, c)

wyjaśnień zawartych w piśmie z dnia 25 sierpnia 2017 r., d)

jako zastrzeżenia bezskutecznego, niespełniającego wymogów określonych art. 11 ust. 4 uznk i zaniechania odtajnienia tych dokumentów i udostępnienia ich Odwołującemu,

3. zaniechania odrzucenia oferty T. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz 15 ust. 1 pkt 3 uznk z uwagi na to, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

4. zaniechania odrzucenia oferty T. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3

4

Pzp z uwagi na to, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

5. zaniechania odrzucenia oferty T. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, pomimo że treść oferty nie odpowiada treści sekcji 23 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - Instrukcji dla Wykonawców (IDW) w zakresie, w jakim T. nie oferuje osobistego wykonania „Robót z zakresu dostawy oraz uruchomienia i testów

systemu ERTMS/ETCS" ewentualnie

zaniechania czynności zwrócenia się do T. w trybie art. 87 ust. 1 Pzp o wyjaśnienie treści oferty w zakresie podmiotu, który będzie realizował dostawę systemu ERTMS/ETCS,

6. zaniechania wykluczenia T. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp,

pomimo że T. w wyniku lekkomyślności lub co najmniej niedbalstwa przedstawił informacje

wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący zarzucił w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 96 ust. 3 oraz 8 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez zaniechanie uznania przez Zamawiającego dokonanego przez T. zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w zakresie zawartych w ofercie T. dokumentów oraz dokumentów złożonych przez T. w wykonaniu wezwania Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp (pismo z dnia 21 lipca 2017 r.) i wyjaśnień T., w szczególności wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, wykazu osób oraz wykazu personelu, jako bezskutecznego i nieudostępnienia Odwołującemu tej części dokumentacji, pomimo że T. nie wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk;
2. art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 3 ust. 1 oraz 15 ust. 1 pkt 3 uznk, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty T., pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
3. art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty T., pomimo tego, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
4. art. 90 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez wielokrotne wzywanie T. do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, podczas gdy Zamawiający uprawniony jest wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w określonym zakresie wyłącznie jednokrotnie;
5. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty T., pomimo że treść oferty T. nie odpowiada treści sekcji 23 SIWZ - IDW w zakresie, w jakim T. nie oferuje osobistego wykonania „Robót z zakresu dostawy oraz uruchomienia i testów systemu ERTMS/ETCS”;
6. ewentualnie art. 87 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania T. do wyjaśnienia oferty w zakresie podmiotu, który będzie realizował dostawę systemu ERTMS/ETCS;
7. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia T. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, pomimo że T. w wyniku lekkomyślności lub co najmniej

5

niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty T., jako najkorzystniejszej;
2. uznania dokonanego przez T. zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, dokumentów zawartych w ofercie oraz złożonych na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp i w wyjaśnieniach T., a w szczególności wyjaśnień rażąco niskiej ceny, wykazu osób, wykazu personelu, jako bezskutecznego, niespełniającego wymogów art. 11 ust. 4 uznk oraz odtajnienia tej części dokumentacji i udostępnienia ich Odwołującemu;
3. odrzucenia oferty T. na podstawie z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz 15 ust. 1 pkt 3 uznk, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
4. odrzucenia oferty T. na podstawie z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 Pzp, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
5. odrzucenia oferty T. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, której treść jest sprzeczna z SIWZ;
6. wykluczenia T. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp;
7. powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Ponadto, Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwołujący wyjaśnił, że naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może wyrządzić Odwołującemu szkodę w postaci utraconych korzyści - przychodów z niezyskanego zamówienia. W przypadku uwzględnienia odwołania Odwołujący uzyska zamówienie. Odwołujący wskazał, że jego interes prawny wyraża się również w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone było zgodnie z przepisami prawa.

Odwołujący wyjaśnił, że informację o wyborze oferty najkorzystniejszej otrzymał w dniu 6 września 2017 r. W tym dniu powziął też informację o zakończeniu przez Zamawiającego czynności badania ofert oraz w konsekwencji badania skuteczności

dokonanego przez T. zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie zastrzeżonych w ofercie oraz w uzupełnieniach i wyjaśnieniach dokumentów. Odwołujący wskazał, że „Z uwagi na odmowę Zamawiającego udostępnienia zastrzeżonej przez T., jako tajemnicy przedsiębiorstwa części oferty i pozostałych dokumentów, Odwołujący powziął informację o zaniechaniu przez Zamawiającego czynności uznania dokonanego przez T. zastrzeżenia, jako bezskutecznego.”

W postępowaniu zostały złożone trzy oferty. Zamawiający określił w sekcji 20.7 IDW

6

następujące kryteria oceny ofert:

- a) Całkowita cena brutto - waga: 60%;
- b) Termin realizacji - waga 20%;
- c) Doświadczenie personelu wykonawcy - waga 20%

Zarzuty:

1. Nieskuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa T.

Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie mu oferty T., wyjaśnień i uzupełnień oferty T. wraz z wezwaniami Zamawiającego. Zamawiający w dniu 13 czerwca 2017 r. udostępnił Odwołującemu ww. dokumenty, za wyjątkiem zastrzeżonych przez T.:

- a) Wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia - Załącznik nr 9 do IDW;
 - b) Wykazu personelu na potrzeby kryterium oceny ofert - Załącznik nr 12 do IDW;
 - c) podwykonawstwo - dokumenty podwykonawców (tj. JEDZ dotyczący każdego z podwykonawców oraz odpisy aktualne z KRS podwykonawców);
 - d) Jednolity Dokument Wykonawcy w Części II lit. D, Część IV lit. C pkt 10 w zakresie podwykonawstwa oraz Część IV lit. C pkt 2 w zakresie osób zdolnych do wykonania zamówienia;
 - e) Jednolity Dokument podmiotu trzeciego w zakresie Części IV sekcja C pkt 2 w zakresie osób zdolnych do wykonania zamówienia;
 - f) Zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów w zakresie osób zdolnych do wykonania zamówienia - Załącznik nr 3 do IDW;
 - g) Rozbicie Ceny Ofertowej (dalej „RCO”);
- uzasadniając to zastrzeżeniem ich przez T. jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 19 czerwca 2017 r. Zamawiający uznał część zastrzeżonych przez T. dokumentów, jako skutecznie zastrzeżonych. Zamawiający odtajnił natomiast RCO i przesłał ten dokument Odwołującemu pismem z dnia 4 lipca 2017 r.

Zamawiający i T. wielokrotnie wymieniali się pismami w zakresie skuteczności dokonanego przez T. zastrzeżenia dokumentów, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W dniu 29 sierpnia 2017 r. Zamawiający, działając w wykonaniu wyroku KIO z dnia 28 lipca 2017 r. (sygn. akt KIO 1460/17) odtajnił i udostępnił Odwołującemu dokumenty podwykonawców T..

Po wyborze oferty T., jako najkorzystniejszej, Odwołujący w dniu 7 września 2017 r. zwrócił się ponownie do Zamawiającego o udostępnienie całości korespondencji pomiędzy Zamawiającym a T., w tym wezwań do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1, 3 i 3a Pzp. W odpowiedzi Zamawiający w dniu 12 września 2017 r. przekazał Odwołującemu część dokumentacji, za wyjątkiem dokumentów T.:

- a) wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 30 czerwca 2017 r. i 19 lipca 2017 r.;
- b) Wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia - Załącznik nr 9 do IDW

7

(przesłany wraz z pismem T. z dnia 31.07.2017 r.);

- c) Wykazu personelu na potrzeby kryterium oceny ofert - Załącznik nr 12 do IDW;
- d) uzasadnienia punktacji przyznanej T. w kryterium „doświadczenie personelu wykonawcy” (część pisma z dnia 6 września 2017 r. skierowanego do T.);
- e) zastrzeżonej części pisma T. z dnia 25 sierpnia 2017 r. w zakresie odpowiedzi nr 1, 2,3.

Odwołujący wyjaśnił, że kwestionuje skuteczność i możliwość zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wyjaśnień ceny, wykazu osób oraz wykazu personelu (w tym przedłożonych wraz z ofertą oraz za pismem z dnia 21 lipca 2017 r.), w szczególności w zakresie opisu projektów wykonanych przez wskazane w wykazach osoby, a także wyjaśnień i uzupełnień T.. O ile bowiem możliwa jest polemika w zakresie zasadności

zastrzeżenia przez T. imion i nazwisk wskazanych osób, to już same opisy wykonanych przez te osoby projektów - wykonywanych na rzecz podmiotów publicznych, które są odbiorcami systemów ERTMS/ETCS, nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy. Tajemnicą przedsiębiorstwa nie jest także wskazanie procentowej części zamówienia objętego podwykonawstwem, ani także nazwy części zamówienia, które będą podzleczone.

Odwołujący wyjaśnił, że podnosi te same zarzuty także wobec zastrzeżenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty. Zdaniem Odwołującego, T. nie przedstawił konkretnych okoliczności wskazujących na to, że nie ujawni na etapie realizacji - sposobu kalkulacji poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia lub informacja ta stanowi jakąkolwiek poufną informację. Odwołujący powołał się na przepisy art. 8 ust. 1 Pzp i art. 11 ust. 4 uznk oraz orzecznictwo KIO (*wyrok KIO z dnia 15 marca 2016 r. sygn. akt KIO 275/16, wyrok z dnia 27 czerwca 2016 r. sygn. akt KIO 906/16, KIO 917/16 i KIO 929/16*).

T. nie wskazał w uzasadnieniu zastrzeżenia informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jakiego rodzaju informacje zawarte są w zastrzeżonej części oferty, tj. czy są to informacje techniczne, czy też technologiczne, czy organizacyjne. T. nie wskazał, czy informacje te stanowią jakąkolwiek wartość gospodarczą oraz tego nie uzasadnił. Ponadto, nie wykazał, że opisy projektów wykonanych przez osoby wskazane w wykazie osób i wykazie personelu nie stanowią informacji publicznej. Informacją powszechną i publiczną jest okoliczność, że wszelkie projekty z zakresu systemów ERTMS/ETCS wykonywane są na rzecz podmiotów publicznych i ich opisy są jawne. Jawne są także informacje dotyczące osób będących kierownikami robót lub nadzorujących wykonywanie robót budowlanych oraz projektantów publicznych projektów tego rodzaju. W konsekwencji, także jawne winny być opisy tych projektów wskazane w Wykazie Osób i Wykazie Personelu T.. Doświadczenie wymagane w sekcji 8.6.2 SMWZ - IDW (Wykaz Osób) oraz w sekcji 20.7 pkt 3) SMWZ - IDW (Wykaz Personelu) obejmuje udział wskazanych osób w realizacji zamówień publicznych,

8

realizowanych na rzecz podmiotów publicznych. Tezę taką potwierdza rodzaj i zakres wymaganego doświadczenia dotyczącego systemów sterowania ruchem kolejowym i zabudowy systemu ETCS oraz projektowania w zakresie urządzeń sterowania ruchem kolejowym (stacyjnych, blokad liniowych, urządzeń przejazdowych, zdalnego sterowania - LCS) lub systemów bkpj (bezpiecznej kontroli jazdy pociągu)

przeznaczonego dla potrzeb podmiotów odpowiedzialnych w danym kraju za bezpieczeństwo ruchu kolejowego. Podmiotem, który zamawia taki system, może być wyłączenie podmiot publiczny, co oznacza, że wykonawcy nie mieli podstaw do utajnienia wykazu osób i wykazu personelu, co najmniej w zakresie opisu projektów zrealizowanych przez wskazane osoby.

W konsekwencji, T. nie wykazał, że zastrzeżone informacje rzeczywiście spełniają przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 4 uznk i stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Obowiązek ten T. winien był wykonać najpóźniej do dnia składania wyjaśnień, a ponieważ temu nie zadośćuczynił, zastrzeżenie jest nieskuteczne i nie podlega konwalidacji. Odwołujący przywołał orzeczenia KIO (*wyrok z dnia 7.04.2015 r. sygn. akt KIO 568/15 i KIO 570/15, wyrok z dnia 9 stycznia 2017 r. sygn. akt KIO 2293/16, KIO 2295/16*).

Ponadto, utajnieniu nie może podlegać całe pismo zawierające określone wyjaśnienia, lecz tylko ta część informacji, która faktycznie stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa (tak w wyroku z dnia 11 stycznia 2017 r. sygn. akt KIO 2475/16). Odwołujący wskazał także na informację Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych, która potwierdza, że informacją publicznie dostępną są dane osobowe osób pełniących funkcje m.in. kierownika budowy, kierowników robót, inspektora nadzoru inwestorskiego oraz projektantów T., którzy pełnili takie funkcje na kontraktach:

a) „Projekt i zabudowa systemu ETCS poziom 1 Limited Supervision na linii kolejowej nr (...) odcinek P. - W.”;

„ETCS poziom X na odcinku linii kolejowej b) (...) Centralnej Magistrali Kolejowej (CMK), G. - Z”,

a także wszelkich innych inwestycji budowlanych.

Odwołujący zauważył, że inwestycji o wymaganych w SMWZ parametrach dotyczących systemów ETCS zostało w Polsce wykonanych jedynie kilka, poza dwoma wskazanymi powyżej, dodatkowo „Pilotażowe wdrożenie ERTMS w Polsce na odcinku L. - W. – B. - w części ETCS II” - Wykonawca konsorcjum B.T.S.A. i B.T.Z.P.. Zatem, nie

stanowią jakiegokolwiek informacji poufnej dane osób pełniących funkcje kierownicze na wskazanych kontraktach, Tym bardziej niedopuszczalne jest zastrzeżenie publicznie dostępnych danych, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Informacje te są dostępne publicznie, nie posiadają wartości gospodarczej, a dodatkowo zostaną z mocy prawa upublicznione przez każdego wykonawcę w razie otrzymania zamówienia, z czym każdy wykonawca musi się liczyć.

9

Wskazane przez T. osoby, pełniąc obowiązki Kierowników robót lub Inspektorów Nadzoru, bądź Projektanta, z pewnością zostały w ramach realizowanych przez nie projektów wskazane w publicznie dostępnych informacjach dotyczących osób kierujących lub nadzorujących wykonywanie robót budowlanych bądź jako projektant tych robót. W związku z tym, dane te nie mają waloru poufności, szczególnie gdy wykonawcą tych projektów był

T..

T. musi mieć świadomość, że zgodnie z przepisami prawa budowlanego dane tych osób będą ujawnione, a więc godzi się na ujawnienie tych danych. Zastrzeżenie przez T. tych wykazów jawi się zatem jako dokonane jedynie w celu utrudnienia weryfikacji przez innych wykonawców spełniania przez T. warunków udziału w postępowaniu.

Ponadto, wyjaśnienia ceny oferty złożone przez T. także nie zawierają w całości informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, w szczególności w zakresie wskazania sposobu wykonania zamówienia oraz informacji wynikających z ujawnionego już Rozbicia Ceny Ofertowej.

T. nie skonkretyzował ani nie wykazał wartości gospodarczej danych zawartych w wyjaśnieniach ceny, wykazie osób i wykazie personelu, w szczególności wszystkich wskazywanych części wyjaśnień dotyczących ceny. Argumentacja T. dotycząca zastrzeżenia ww. wyjaśnień, zdaniem Odwołującego, pozostała na ogólnie sformułowanym poziomie i poza przytoczeniem przepisów Pzp, uznk oraz orzecznictwa, zawiera *de facto* około co najwyżej 1 strony argumentacji o bardzo ogólnym charakterze. T. nie wyjaśnił ani nie wykazał, dlaczego rzekomo twierdzi, iż „*sposób skalkulowania ceny (...) pozwala na utrzymywanie przewagi konkurencyjnej nad innymi podmiotami, działającymi w tej samej branży, a tym samym uzyskiwanie zamówień w danym zakresie*”.

Próżno szukać w wyjaśnieniach T. informacji o wartości gospodarczej informacji zawartych w tych wyjaśnieniach w tej konkretnej sprawie, skoro cena oraz jej uszczegółowienie w wyjaśnieniach zostały przygotowane indywidualnie na potrzeby postępowania, a zatem poznając treść wyjaśnień pozostali wykonawcy nie wiedzieliby, w jaki sposób T. wyceni przedmiot zamówienia objęty innym postępowaniem o udzielenie zamówienia. T. nie wykazał także, jakie indywidualne czynniki zawierają wyjaśnienia, które powodują, że informacje w nich zawarte faktycznie posiadają indywidualny walor (nieznany innym wykonawcom i którego inni wykonawcy sami nie mogą zastosować). T. nie odniósł się do **jakichkolwiek** konkretnych informacji zawartych w wyjaśnieniach (podając no. pkt. stronę, akapit) traktując je jako jeden zbitek informacyjny. Poszczególne elementy kalkulacji ceny, jeżeli uznać, że posiadają wartość gospodarczą - to wartość gospodarcza każdej takiej informacji powinna być osobno wyjaśniona i wykazana.

Nadto, każdy z wykonawców, w tym T. i Odwołujący posiadają własne rozwiązania w zakresie systemów ETCS (przy czym Odwołujący jest producentem systemu ETCS, a T. jedynie należy do grupy kapitałowej, w ramach której inny podmiot produkuje systemy

10

ETCS). W konsekwencji, przy zupełnie różnych systemach ETCS i ich budowie, ujawnienie wyceny przedmiotu zamówienia przez T. w żaden sposób nie może przełożyć się na wycenę przez Odwołującego zabudowy systemów ETCS w przyszłych projektach. Stąd należy uznać, że T. nie wykazał, że wyjaśnienia stanowią jego tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk. W konsekwencji Zamawiający, zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05), winien uznać dokonane przez T. zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa za bezskuteczne w zakresie wyjaśnień, wykazu osób i wykazu personelu, co najmniej w zakresie opisów projektów zrealizowanych przez wskazane w tych wykazach osoby, i odtajnić oraz ujawnić Odwołującemu tę część oferty T..

2. Czyn nieuczciwej konkurencji T.

a) Zastrzeżenie dokumentacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Złożenie przez T. oferty zawierającej zastrzeżenie dokumentów, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 uznk (wyrok SN z 9 czerwca 2009 r. sygn. akt II CSK 44/09), który może stanowić samodzielną podstawę stwierdzenia, że określone działanie przedsiębiorcy jest czynem niedozwolonej konkurencji. Podobnie KIO orzekła w wyrokach sygn. akt KIO 1934/12, sygn. akt KIO 1240/13 oraz sygn. akt KIO 2394/12.

Odwołujący stwierdził, że wykonawcy bardzo często nadużywają prawa, obejmując jako tajemnicę przedsiębiorstwa prawie całą ofertę, uniemożliwiając tym samym weryfikację tych dokumentów przez konkurencję biorącą udział w postępowaniu przetargowym. Zamawiający, obawiając się odpowiedzialności wynikającej z art. 23 ust. 1 uznk nie dokonuje samodzielnie odtajnienia żadnych dokumentów, nawet tych na podstawie których dokonywana jest ocena ofert. Pomimo orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, że nie jest dopuszczalne zastrzeganie tej części dokumentów i informacji, która dotyczy potwierdzania spełniania warunków udziału w postępowaniu, (np. wyrok KIO z dnia 6.12.2010 r. sygn. akt KIO 2493/10, 2494/10 i 2496/10, wyrok KIO z dnia 24 lutego 2011r. sygn. akt KIO 292/11 i inne), wykonawcy przy biernej postawie zamawiających nadużywają tych uprawnień, przez co ustawowy wyjątek od generalnej zasady jawności i przejrzystości postępowań przetargowych staje się zasadą.

W ocenie Odwołującego, zastrzeganie, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, części dokumentów i informacji, która dotyczy spełniania warunków udziału w postępowaniu jest działaniem sprzecznym z art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 1 Pzp oraz dobrymi obyczajami, uniemożliwiającym jakąkolwiek konkurencję przy ubieganiu się o zamówienia publiczne, a zatem wypełnia ustawową definicję czynu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z zapisami art. 3 ust. 1 uznk.

T. nadmiernie i wyłącznie w celu utrudnienia uczciwej konkurencji zastrzegł, jako

11

tajemnicę przedsiębiorstwa, składane wraz z ofertą dokumenty, co zdaniem Odwołującego jest sprzeczne z dobrymi obyczajami - nakazującymi zastrzeganie, jako tajemnicę przedsiębiorstwa jedynie takich informacji, które faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, nie są publicznie znane i dostępne oraz posiadają wartość gospodarczą i po zawarciu umowy nie będą publicznie udostępnione. Nie budzi wątpliwości, że celem i zamiarem T. nie było dbanie o zachowanie w poufności niedostępnych publicznie i posiadających wartość gospodarczą danych, które pozostaną poufne, ale wyłącznie uniemożliwienie innym wykonawcom weryfikacji poprawności oferty T. oraz zasadności przyznania T. maksymalnej liczby punktów w kryterium oceny ofert DPW, a także weryfikacji poprawności wyjaśnienia zaoferowanej przez T. rażąco niskiej ceny.

Zgodnie z art. 3 ust. 2 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest naruszanie tajemnicy przedsiębiorstwa. Czynem nieuczciwej konkurencji jest więc także nieuzasadnione zastrzeganie przez wykonawcę tajemnicy przedsiębiorstwa, w sytuacji, gdy zastrzeżone informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa i jedynie w celu takim, aby utrudnić weryfikację spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, przez jego konkurentów. Orzecznictwo KIO wskazuje, że dla zakwalifikowania działania jako czyn nieuczciwej konkurencji nie jest konieczne istnienie zamiaru czy winy wykonawcy lecz wystarczy obiektywne stwierdzenie, że określone zachowanie wpływa na uczciwą konkurencję w postępowaniu (wyrok KIO z dnia 02.07.2012 r., KIO 1287/12).

W niniejszej sprawie, okoliczność, iż T. zastrzegł, jako tajemnicę przedsiębiorstwa prawie wszystkie dokumenty składane wraz z ofertą oraz wyjaśnieniami, z których następnie Zamawiający odtajnił RCO, a wskutek wyroku KIO - dokumenty dotyczące podwykonawców, świadczy o tym, że T. nadużywa swojego uprawnienia w sposób spreczny z dobrymi obyczajami, naruszając interesy Zamawiającego i pozostałych wykonawców, w tym Odwołującego.

Odwołujący wyjaśnił, że zwrócił się do Prezesa UOKiK i do Prezesa UZP o podjęcie działań i wydanie opinii w powyższej sprawie, jednak oba te organy uznały, że nie są właściwe do ich rozpatrywania. Właściwym podmiotem do rozpatrzenia powyższego zarzutu jest Krajowa Izba Odwoławcza. Odwołujący przywołał fragment uzasadnienia nowelizacji art. 8 ust. 3 Pzp, wskazujący m.in., że przepis ten jest „... w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich oceny; czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia

weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne". (pismo UOKiK z dnia 06.07.2017 r., pismo Odwołującego z dnia 13.07.2017 r., pismo Prezesa UZP z dnia 30.08.2017 r.)

12

b) Utrudnienie Odwołującemu dostępu do rynku

Zdaniem Odwołującego, T. dopuścił się także czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 3 uznk, poprzez utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów.

Zgodnie z PFU, wykonawca jest odpowiedzialny za integrację interfejsów. W związku z powyższym, Odwołujący pismem z dnia 16 marca 2017 r. zwrócił się do T.P. Sp. z o.o. w przedmiocie określenia zasad współpracy przy realizacji zamówienia objętego postępowaniem, dotyczącej integracji interfejsów w celu wyceny czynności integracyjnych. O udostępnienie tych danych Odwołujący wystąpił także do Zamawiającego.

W odpowiedzi, pismem z dnia 23 marca 2017 r. T. odmówił spotkania i określenia zasad współpracy, powołując się na możliwość rzekomego zakwalifikowania podania przez T. zasad współpracy w tym zakresie, jako z umowy przetargowej. Zamawiający natomiast nie odpowiedział na pismo Odwołującego. Odwołujący pismem z dnia 3 kwietnia 2017 r. zwrócił się raz jeszcze do T. w zakresie wyceny czynności niezbędnych od T. w celu dokonania integracji interfejsów. T. nie udzielił jakiegokolwiek odpowiedzi na to pismo.

Brak określenia przez T. zasad współpracy oraz wyceny i udostępnienia Odwołującemu informacji niezbędnych do dokonania integracji interfejsów stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 3 uznk. Z pewnością za sprzeczną z dobrymi obyczajami należy uznać odmowę T. określenia jakichkolwiek zasad współpracy przy integracji interfejsów wyłącznie w tym celu, aby uniemożliwić Odwołującemu wycenę przedmiotu zamówienia i złożenia konkurencyjnej oferty oraz w celu utrudnienia ubiegania się o udzielenie zamówienia. Praktyką bowiem na rynku ETCS jest wzajemna wymiana pomiędzy wykonawcami informacji dotyczącej integracji interfejsów, w celu umożliwienia realizacji poszczególnych odcinków ETCS przez różnych wykonawców.

Praktyka T. stanowi także czyn nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 1 pkt 3 uznk, ponieważ utrudnia w sposób nieuzasadniony dostęp do rynku Odwołującemu i polega na rzeczowo nieuzasadnionym - podane przez T. argumenty dotyczące rzekomej „z umowy przetargowej” nie miały jakiegokolwiek merytorycznego uzasadnienia - zróżnicowanym traktowaniu klientów, tj. Odwołującego.

Działanie T. winno zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji, a jego oferta winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

3. Rażąco niska cena T.

Cena zaoferowana przez T. jest ceną rażąco niską nie tylko w odniesieniu do całości przedmiotu zamówienia (ceny ofertowej), ale i w odniesieniu do poszczególnych cen podanych w Rozbiciu Ceny Ofertowej. Z rażąco niską ceną mamy do czynienia, gdy jest ona

13

niewiarygodna, nierealistyczna, odbiegająca wysokością od wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego z należytą starannością oraz cen pozostałych ofert złożonych w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub cen rynkowych. Jest to cena, która nie pokrywa kosztów należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Takie rozumienie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp obowiązywało przed, jak i po 28 lipca 2017 r. Z taką ceną mamy do czynienia w niniejszej sprawie.

Złożenie przez T. oferty zawierającej rażąco niskie ceny jednostkowe stanowi także czyn nieuczciwej konkurencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku poprzez sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. W ocenie Odwołującego, T. zaoferował ceny niepokrywające kosztów realizacji zamówienia, co było podyktowane wolą wygrania przetargu „za wszelką cenę”, będącą wyrazem chęci wyeliminowania konkurencji,

w tym właśnie Odwołującego.

Obowiązek wykazania, że cena nie jest rażąco niska, zgodnie z art. 90 ust. 2 spoczywa na T., pod rygorem odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp.

Zgodnie z orzecnictwem KIO, dozwolone jest badanie cen jednostkowych pod kątem ich rażąco niskiego charakteru w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (wyrok KIO z 11 maja 2015 r., sygn. KIO 852/15). Odwołujący wskazał, że ryczałtowy charakter wynagrodzenia nie niweczy obowiązku prawidłowej kalkulacji ceny. Oferowane ceny jednostkowe muszą obejmować wszelkie koszty, jakie wykonawca obowiązany jest ponieść z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia. Niedopuszczalne jest powoływanie się na możliwość pokrywania niedoborów w cenie ryczałtowej za jedną usługę nadwyżkami w obrębie ceny za drugą usługę.

Odwołujący wskazał, że jest w stanie bez wątpliwości stwierdzić, że ceny jednostkowe T. są nie tylko nierynkowe, ale także, że nie jest możliwe, aby w ramach takiej ceny wykonać jakkolwiek zamówienie. W tym przypadku nie zachodzą na rynku aż takie różnice cenowe pomiędzy oferowanymi pracami podwykonawców. Ponadto, zaniżone ceny podane przez T. dotyczą nie kosztów, które można byłoby uznać za poboczne, marginalne lub irrelevantne dla przedmiotu zamówienia, ale kosztów zasadniczych dla wykonania zamówienia.

Z uwagi na to, że zaoferowana przez T. cena jest niższa od wartości wskazanych w art. 90 ust. 1a Pzp, Zamawiający pismem z dnia 19 czerwca 2017 r. zwrócił się do T. o udzielenie w tym zakresie wyjaśnień. Konkretnie cena brutto zaoferowana przez T. stanowi około 75 % średniej arytmetycznej cen wskazanych we wszystkich złożonych ofertach, tj. kwoty 1 126.185.708,41 zł brutto (a więc jest mniejsza o 25%) oraz stanowi jedynie około

14

66% wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2, a więc jest niższa o 34% % od tej kwoty.

Wezwanie wskazywało na konieczność udowodnienia realności zaoferowanej ceny globalnej, a także poszczególnych składników ceny ogólnej. Zamawiający wezwał do przedłożenia dowodów na okoliczność realności zaoferowanej ceny. Wskazał na konieczność wykazania i udowodnienia istnienia konkretnych uwarunkowań i obiektywnych czynników towarzyszących realizacji zamówienia, które pozwoliły na obniżenie ceny przez T. w porównaniu do wartości zamówienia oraz cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców.

T. udzielił wyjaśnień pismem z dnia 30 czerwca 2017 r., które nie usatysfakcjonowały Zamawiającego. Pismem z dnia 12 lipca 2017 r. Zamawiający zwrócił się do T. o udzielenie dalszych wyjaśnień rażąco niskiej ceny. T. udzielił ponownych wyjaśnień pismem z dnia 19 lipca 2017 r.

Zdaniem Odwołującego, mając na uwadze przedmiot zamówienia, jakiegokolwiek wyjaśnienia T. w żadnej mierze nie mogą uzasadniać zaoferowania tak niskiej ceny. Odwołujący zapowiedział, że wykaże na rozprawie, że opis przedmiotu zamówienia oraz sposób jego wykonania powodują, że większość kosztów związanych z jego wykonaniem wiąże się z kosztem materiałów i urządzeń, które mają ustalone rynkowe ceny. Nie jest możliwe bowiem w normalnych warunkach rynkowych zaoferowanie tak niskiej ceny za wykonanie przedmiotowego zamówienia.

Jedyną potencjalną sytuacją uzasadniającą zaoferowanie tak niskiej ceny byłyby szczególne, ale niedostępne dla pozostałych wykonawców okoliczności i uwarunkowania pozwalające w sposób obiektywny obniżyć cenę. Zdaniem Odwołującego, T. takich okoliczności i uwarunkowań w swoich wyjaśnieniach nie wykazał i nie mógł obiektywnie wykazać. Oferta T. winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp. Nie można uznać za wystarczające powoływanie się przez T. na ceny zaoferowane przez podwykonawców z zerowym narzutem, które same w sobie są rażąco niskie. Rażące obniżenie ceny oferowanej przez podwykonawcę musi być uzasadnione w taki sam sposób, jak zaoferowanie rażąco niskiej ceny przez samego wykonawcę. - wyrok KIO z dnia 30 lipca 2012 KIO 1506/12) Jeżeli wykonawca powołuje się na pewne okoliczności, mające mieć wpływ na wysokość ceny, to powinien również wykazać, w jaki sposób zostały one uwzględnione przy jej kalkulacji.

Ponadto, zgodnie z orzecnictwem KIO, Zamawiający nie może wielokrotnie zwracać się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny, jeżeli przy okazji pierwszych

wyjaśnień wykonawca nie udowodni, że jego cena nie jest rażąco niska. W niniejszej sprawie już same pytania zawarte w piśmie Zamawiającego z dnia 12.07.2017 r. wskazują na to, że T. w pierwotnych wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny nie wykazał realności zaproponowanej

15

ceny i nie rozwiał wątpliwości Zamawiającego. W szczególności T. nie wskazał na sposób wyceny jednego z najbardziej cenotwórczego elementu przedmiotu zamówienia tj. „Roboty budowlano-montażowe w zakresie warstwy nadrzędnej LCS”. Zamawiający w wezwaniach do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp podkreślał, że jego wątpliwości budzi cena oferty ogółem, jak również poszczególne jej elementy, które wpłynęły na znaczące obniżenie ceny przez T.. Zdaniem Odwołującego w niniejszym postępowaniu brak było podstaw do tego, aby ponownie wzywać T. do złożenia wyjaśnień w celu doprecyzowania wcześniej udzielonych informacji. Wybrany wykonawca, nie udzielając wyczerpującej odpowiedzi w pierwszym piśmie, zrezygnował z możliwości przedstawienia szczegółowych danych dotyczących kalkulacji i wysokości wynagrodzenia.

Zgodnie z poglądem wypracowanym przez orzecznictwo, złożenie przez wykonawcę wezwanego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp wyjaśnień uznanych przez zamawiającego za niedostateczne jest zrównane w skutkach z brakiem wyjaśnień w ogóle, to znaczy powoduje odrzucenie oferty wykonawcy wezwanego do złożenia wyjaśnień (por.: KIO z dnia 19 grudnia 2013 r., sygn. akt KIO 2792/13, wyrok Sądu Okręgowego W.-Praga w W. 9 kwietnia 2010 r., sygn. akt IV Ca 1299/09). Podobnie uznał Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 4 czerwca 2008 r. (sygn. akt X Ga 127/08).

T. nie wykazał zatem, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a wręcz udzielone wyjaśnienia potwierdzają, że oferta T. zawiera rażąco niską cenę. Zamawiający winien odrzucić ofertę T. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp.

4. Sprzeczność oferty T. z treścią SIWZ

Zgodnie z sekcją 23 IDW, Zamawiający zastrzegł, że „Wykonawca zobowiązany jest do osobistego wykonania następujących kluczowych części Zamówienia: roboty z zakresu dostawy oraz uruchomienia i testów systemów ERTMS/ETCS”.

Odwołujący podniósł, że ponieważ T. nie jest dostawcą systemów ERTMS/ETCS, ale oferuje wykonanie zamówienia objętego postępowaniem z wykorzystaniem dostawy systemów ERTMS/ETCS realizowanych przez inną spółkę z grupy kapitałowej T., oferta T. jest sprzeczna z sekcją 23 IDW.

Mając na uwadze, że T. wykonał na rzecz Zamawiającego dwa wskazane w ofercie zamówienia na zabudowę systemów ETCS, w których dostawy systemów ERTMS/ETCS były realizowane przez inny podmiot z grupy kapitałowej T., tj. T. A. GmbH, Zamawiający w takiej sytuacji winien był co najmniej zwrócić się do T. w trybie art. 87 ust. 1 Pzp o wyjaśnienie tej kwestii.

Odwołujący wskazał również, że istnieje uzasadnione podejrzenie, iż także zakres prac obejmujących uruchomienie i testy systemów ERTMS/ETCS - który jednak został zastrzeżony przez T., jako tajemnica przedsiębiorstwa - został wskazany w JEDZ, jako powierzony do wykonania przez podwykonawców. Wówczas tym bardziej oferta T. podlega

16

odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp gdyż sprzeczności tej nie da się usunąć na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

5. Podanie nieprawdziwych informacji

T. w wyniku lekkomyślności albo co najmniej niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu.

Jak wskazuje się w orzecznictwie, przedstawienie informacji wprowadzających w błąd tj. nieprawdziwych informacji, może polegać także na ich zatajeniu (por. wyrok SO w Krakowie XII Wydział Gospodarczy-Odwoławczy z dnia 8 marca 2017 r., sygn. akt XII Ga 1019/16, wyrok KIO z dnia 07.11.2016 r., sygn. akt KIO 1942/16). T. zaniechał podania informacji o tym, że dostawy systemu ERTMS/ETCS nie będą realizowane przez T., ale przez inną spółkę z grupy kapitałowej T., ponieważ T. nie posiada ani zasobów, ani kompetencji umożliwiających dostawy systemu ERTMS/ETCS. Nie podając tych informacji w ofercie, wprowadził Zamawiającego w błąd.

Mając na uwadze, że T. od lat wykonuje zamówienia dotyczące systemów

ERTMS/ETCS, w ramach których dostawy systemów ERTMS/ETCS realizowane są przez inne podmioty z grupy kapitałowej T., działanie T. należy ocenić, jako świadome lub lekkomyślne, a co najmniej niedbałe. Zamiar T. wprowadzenia w błąd Zamawiającego także nie budzi wątpliwości z uwagi na istniejący w sekcji 23 IDW wyraźny zakaz powierzania dostaw systemu ERTMS/ETCS podwykonawcom. Mając na uwadze wskazany zakaz T. zataił informacje o oferowaniu dostawy systemów ERTMS/ETCS przez inny podmiot z grupy w celu podjęcia próby złożenia oferty zgodnej z SIWZ.

Powołując się na wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 8 marca 2017 r. sygn. akt XII Ga 1019/16, Odwołujący wskazał, że nie wskazując w ofercie, iż dostawa systemów ERTMS/ETCS zostanie wykonana przez inną spółkę z grupy kapitałowej T., wykonawca T. nie dochował należytej staranności w ustaleniu rzeczywistego stanu rzeczy i wskutek co najmniej niedbalstwa (a prawdopodobnie świadomie) wprowadził w błąd Zamawiającego w zakresie określenia podmiotu, który zrealizuje dostawę systemu ERTMS/ETCS. W rzeczywistości dostawa systemu ERTMS/ETCS nie zostanie wykonana osobiście przez T..

Zatajenie tych informacji przez T. ma istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu w zakresie oceny zgodności oferty T. z SIWZ, w kontekście wymagania sekcji 23 IDW, tj. wymagania, aby T. osobiście wykonał dostawę, uruchomienie i testy systemu ERTMS/ETCS. Wobec powyższego Zamawiający winien był wykluczyć T. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

17

Pismem z dnia 5 października 2017 r. Odwołujący złożył wniosek o powołanie biegłego spośród osób wpisanych na listę biegłych sądowych prowadzoną przez Prezesa Sądu Okręgowego w W. z zakresu wyceny inwestycji budowlanych lub systemów sterowania ruchem kolejowym lub innej specjalności wskazanej przez Krajową Izbę Odwoławczą za wymaganą w celu wydania opinii na okoliczność, czy:

- na podstawie złożonych przez T. wyjaśnień zawartych w piśmie z dnia 30.06.2017 r. możliwe jest jednoznaczne przesądzenie, że cena oferty T. i jej istotne części składowe, nie są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i umożliwiają wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i wynikającymi z odrębnych przepisów,
- złożone przez T. wyjaśnienia z dnia 30.06.2017 r. zawierają dowody dotyczące wyliczenia całkowitej ceny brutto oferty T., które pozwalają jednoznacznie przesądzić, że cena oferty i jej części składowe nie są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i umożliwiają jego wykonanie zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i wynikającymi z odrębnych przepisów, a w szczególności, że T. nie oferuje dostawy urządzeń i oprogramowania poniżej kosztów ich wytworzenia w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a także okoliczność, że cena ta uwzględnia zysk wykonawcy oraz podwykonawcy i poddostawcy,
- ewentualnie z uwzględnieniem wyjaśnień z dnia 19.07.2017 r. – jeżeli Krajowa Izba Odwoławcza uzna, że dopuszczalne było złożenie przez T. tych wyjaśnień.

Zdaniem Odwołującego, ocena wyjaśnień i załączonych do wyjaśnień dowodów wymaga wiadomości specjalnych, gdyż nie jest wystarczająca jedynie wiedza ogólna lub wynikająca z doświadczenia życiowego. Ocena wyjaśnień wykracza poza wiadomości posiadane przez osoby o wykształceniu prawniczym, a zatem niewątpliwie powołanie biegłego jest uzasadnione, biorąc przy tym pod uwagę wartość i skomplikowany charakter przedmiotu zamówienia.

Wykonawca B. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w tej sprawie po stronie Odwołującego. Wniósł o uwzględnienie odwołania.

Wykonawca T. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w tej sprawie po stronie Zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania.

Wykonawca T. przedstawił swoje stanowisko pismem z dnia 4 października 2017 r. w sprawie zarzutów odwołania wniesionego przez A.. Wniósł o oddalenie odwołania. Odnosząc się do poszczególnych zarzutów wyjaśnił, jak poniżej.

W zakresie zarzutu dotyczącego nieskuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępujący podniósł, że zarzut jest spóźniony w odniesieniu do wykazu osób, wykazu personelu, JEDZ część IV lit.C pkt 2 dot. osób zdolnych do wykonania

zamówienia, JEDZ podmiotu trzeciego w zakresie części IV sekcji C pkt 2, wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia – załącznik nr 9 do IDW, zastrzeżonej części pisma z dnia 25 sierpnia 2017 r. w zakresie odpowiedzi 1,2,3 – dotyczących osób wskazanych w wykazie osób, którymi dysponuje wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia. Przystępujący wskazał, że identyczny zarzut był przedmiotem rozpoznania w sprawie KIO 1785/17 w zakresie tych samych informacji i wyjaśnień w analogicznym stanie faktycznym w toku równolegle prowadzonego przez Zamawiającego postępowania na zabudowę systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii (...) odcinek P.-R. - w dniu 13 września 2017 r. zapadł wyrok, w którym Izba uznała, że zarzut jest spóźniony. W dniu 13 czerwca 2017 r. na wniosek Odwołującego Zamawiający udostępnił część dokumentacji i jednocześnie odmówił udostępnienia ww. dokumentów, wyjaśniając w piśmie z 13 czerwca 2017 r. uzasadnienie odmowy. Po tej dacie Zamawiający odtajnił RCO i dokumenty podwykonawców T., które przekazał Odwołującemu. Zatem od daty 13 czerwca 2017 r. należało liczyć termin do wniesienia odwołania na tę decyzję Zamawiającego. Bez znaczenia pozostaje fakt, że ponownie Odwołujący wystąpił o udostępnienie ww. dokumentów w dniu 7 września 2017 r. Pismem z dnia 12 września 2017 r. Zamawiający odmówił udostępnienia dokumentów - wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia – załącznik nr 9 do IDW oraz zastrzeżonej części pisma z dnia 25 sierpnia 2017 r. w zakresie odpowiedzi 1,2,3 – dotyczących osób wskazanych w wykazie osób, którymi dysponuje wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, które dotyczyły wyłącznie informacji pierwotnie zastrzeżonych w ofercie Przystępującego. Przystępujący podtrzymał stanowisko, że powyższe dokumenty zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, w tym także opis projektów wykonanych przez osoby wskazane w wykazach, które były wykonane na rzecz podmiotów publicznych. Dane zawarte w wykazach identyfikują osoby wskazane przez Przystępującego do realizacji konkretnego zamówienia w konkretnym postępowaniu. Informacje te nie są publicznie dostępne, gdyż są chronione przez Przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa. Tajemnicą przedsiębiorstwa jest także informacja o części zamówienia objętej podwykonawstwem, gdyż są dane organizacyjne dotyczące metodologii wykonania zamówienia. Ma to istotne znaczenie z uwagi na niewielki krąg uczestników rynku – od wielu lat te same podmioty ubiegają się o zamówienia u Zamawiającego. Informacje te mogą decydować o pozycji wykonawcy na tym rynku i jego konkurencyjności w przyszłych postępowaniach. W zakresie pozostałych dokumentów – wyjaśnień ceny oraz uzasadnienia punktacji Przystępujący podtrzymał stanowisko, iż są to informacje o charakterze tajemnicy przedsiębiorstwa, przedstawiające wartość gospodarczą i handlową z uwagi na fakt, że niektóre mają charakter organizacyjny przedsiębiorstwa, przywołują wybrane rozwiązania techniczne, oryginalność rozwiązań, metody kalkulacji ceny, kalkulacje, jak i konkretne dane cenotwórcze, które mogą być przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi

19

podmiotami. Dane te stanowią dorobek wieloletniej współpracy i doświadczenia wykonawcy zdobytego na rynku, struktury i strategii budowania ceny oferty, która jest pochodną przyjętych przez wykonawcę sposobów minimalizowania ryzyka oraz kosztów wykonania zamówienia, wyceny ryzyka, itp. praktycznych informacji wypracowanych przez wykonawcę w toku prowadzonej działalności na rynku. Przystępujący podkreślił, że wyjaśnienia zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa już na etapie ich składania.

W zakresie zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji Przystępujący wskazał, że zastrzeżone przez niego informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa nie naruszają art. 8 ust. 3 Pzp oraz zostały skutecznie zastrzeżone. Gołosłowne są twierdzenia Odwołującego, że zastrzeżenie zostało dokonane w sposób nadmierny i wyłącznie w celu utrudnienia

konkurencji. Przystępujący wyjaśnił, że w związku z przedmiotowym uczciwej postępowaniem Odwołujący nie zwracał się do niego z jakimkolwiek zapytaniem o wycenę. W tym zakresie twierdzenia Odwołującego są nieprawdziwe. Złożony wraz z odwołaniem dowód – pismo Przystępującego z dnia 23 marca 2017 r. nie dotyczyło niniejszego postępowania przetargowego lecz postępowania w sprawie inwestycji (...). Kolejny dowód – zapytanie ofertowe z dnia 3 kwietnia 2017 r. nigdy nie zostało do Przystępującego w żadnej formie doręczone.

W odniesieniu do zarzutu rażąco niskiej ceny oferty T. Przystępujący wyjaśnił, że na

wezwanie Zamawiającego, pismem z dnia 30 czerwca 2017 r. złożył obszerne wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny oferty oraz przedłożył stosowne dowody na poparcie przedstawionych wyliczeń i wyjaśnień. W sposób bardzo precyzyjny wykazał i udowodnił i które umożliwiły mu ceny. okoliczności uwarunkowania, zaoferowanie niższej W wyjaśnieniach z dnia 30 czerwca 2017 r. Przystępujący wskazał konkretne uwarunkowania i obiektywne czynniki jakie będą towarzyszyć realizacji zamówienia, odniósł się do wszystkich elementów wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 Pzp, w tym m.in. w zakresie opisu oszczędności metody wykonania i wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych przystępującemu (str. 8-15) wybranych rozwiązań technicznych, oryginalności rozwiązań, jak i pozostałych wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych Przystępującemu (str. 15-25). Przedstawił szczegółowe wyjaśnienie ceny z podziałem na poszczególne składniki, z uwzględnieniem kosztów i zysków na poszczególnych z elementów (str. 30-36). Wyjaśnienia z dnia 19 lipca 2017 r. zawierają doszczegółowienie w zakresie pozycji 3.2 RCO „Roboty budowlano-montażowe w zakresie warstwy nadzrędnego LCS”, wszystkie wnioskowane przez Zamawiającego informacje wraz z dowodami, w tym szczegółową kalkulację cen jednostkowych ujętych w tym punkcie RCO z rozbiorem oddzielnie na każdą pozycję oraz uwzględnia rozbiór na poszczególne 8 elementów wymienionych przez Zamawiającego w jego piśmie z dnia 12 lipca 2017 r. Przystępujący podkreślił, że Zamawiający określił w postępowaniu

20

szczegółowe procedury związane z wyliczeniem wszelkich cen jednostkowych i wprowadził wymóg ich zatwierdzenia przez Zamawiającego, jak i Inżyniera, stosownie do subklauzuli 14.4 WU (Tom II SIWZ Warunki Umowy). Przystępujący podkreślił, że złożone wyjaśnienia potwierdzają że poziom zaoferowanej ceny nie stwarza żadnego zagrożenia dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia i gwarantuje wykonanie zamówienia zgodnie z najwyższymi standardami i oczekiwaniami Zamawiającego.

W odniesieniu do zarzutu niezgodności oferty T. z treścią SIWZ, Przystępujący podniósł, że treść postanowienia sekcji 23 IDW przytoczona przez Odwołującego w ramach tego zarzutu jest nieaktualna. Zamawiający dokonał modyfikacji tego postanowienia w dniu 23 stycznia 2017 r. Zamawiający zrezygnował z obowiązku osobistego wykonania przez wykonawców dostawy systemu ERTMS/ETCS. Zamawiający ograniczył wymóg do części kluczowych: roboty z zakresu przygotowania oprogramowania i jego instalacji w elementach systemu ERTMS/ETCS oraz uruchomienia i testów systemów ERTMS/ETCS”. Kwestionowanie zatem możliwości wykonania dostawy oprogramowania przez T. jest całkowicie nieuzasadnione w ramach tego zarzutu. Odwołujący nie udowodnił także że jakkolwiek zakres prac z zakresu zastrzeżonego do osobistego wykonania został powierzony przez T. podwykonawcom. Twierdzenie to jest bezpodstawne. Przystępujący wyjaśnił, że w ramach innych inwestycji na zabudowę systemu ERTMS/ETCS realizowanych uprzednio, z różnych przyczyn współpracował z innymi podmiotami, w tym w ramach grupy kapitałowej T., co nie oznacza, że nie ma samodzielnie możliwości realizacji takiego zamówienia, w tym w szczególności w zakresie zastrzeżonym do osobistego wykonania. Przystępujący podkreślił, że zakres ten nie obejmuje dostawy systemu ERTMS/ETCS, co jasno wynika z sekcji 23 IDW. Wskazał, że wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny w pkt I zawierają obszerne wyjaśnienie kwestii zmian funkcjonalnych w ramach grupy kapitałowej T., w tym programu przeniesienia kompetencji technicznych, skutkujących możliwością wykonania szerokiego zakresu prac bezpośrednio przez Przystępującego. Przystępujący potwierdził, że złożona oferta jest zgodna z SIWZ i że zamierza samodzielnie wykonać część robót zgodnie z pkt 23 IDW, a ponadto zamierza wykonać samodzielnie także dostawę oprogramowania niezbędnego do zabudowy ERTMS/ETCS. Przystępujący potwierdził, że będzie korzystał z podwykonawstwa T. A. w zakresie w skazanym na str. 122 oferty.

Przystępujący podkreślił także brak uzasadnienia do wyjaśniania treści oferty T. w powyższym zakresie w trybie art. 87 ust. 1 Pzp z uwagi na jednoznaczność i klarowność treści złożonej oferty. W tym kontekście również nieuzasadniony jest, w ocenie Przystępującego, zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, poprzez brak wykluczenia T. ze względu na wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdyż nie wystąpiły przesłanki do zastosowania tego przepisu.

21

Zamawiający pismem z dnia 5 października 2017 r. złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W zakresie zarzutu zaniechania odtajnienia dokumentów zastrzeżonych przez T. jako tajemnica przedsiębiorstwa, Zamawiający podniósł, że zarzut powyższy w odniesieniu do Wykazu osób zdolnych do realizacji zamówienia, Wykazu personelu – składanego w ramach kryteriów oceny ofert i uzasadnienia punktacji przyznanej T. w ramach kryteriów oceny ofert, jest spóźniony. Podkreślił, że Odwołujący w dniu 4 lipca 2017 r. powziął informację o utrzymaniu przez Zamawiającego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w ww. dokumentach, kiedy to Zamawiający poinformował o odtajnieniu fragmentów oferty T., m.in. w zakresie rozbicia ceny ofertowej (RCO). Ponadto, już w dniu 13 czerwca 2017 r. Odwołujący mógł powziąć informację o utajnieniu oferty T., gdy nie została mu udostępniona część oferty z uwagi na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę. Korespondencja Odwołującego z dnia 7 września 2017 r. jest kolejnym wnioskiem złożonym przez Odwołującego w sprawie odtajnienia dokumentów zastrzeżonych w ofercie T.. Zamawiający podkreślił, że w odniesieniu do pisma Zamawiającego z dnia 4 lipca 2017r. odwołanie wniósł wykonawca B.. Do postępowania odwoławczego nie zgłosił wówczas swojego przystąpienia Odwołujący. Sprawa KIO 1446/17 zakończyła się nakazaniem przez KIO odtajnienia fragmentów JEDZ T. w zakresie deklarowanego podwykonawstwa. Zamawiający podkreślił jednocześnie, że informacje na temat osób zdolnych do wykonania zamówienia (warunek udziału w postępowaniu) były już zawarte w JEDZ złożonym wraz z ofertą. Niemniej jednak, w ocenie Zamawiającego, zastrzeżone przez T. informacje zasługują na ochronę wynikającą z art. 8 ust. 3 Pzp. Uzasadnienie zawarte w ofercie (str. 91-94 oferty) w tym zakresie potwierdza spełnienie przesłanek uznania ww. informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający wskazał na specyfikę przedmiotu zamówienia i wąski krąg wykonawców zdolnych do jego wykonania. Zagrożenie „podkupienia” specjalistów stanowi istotny, z punktu widzenia powodzenia inwestycji, argument do utajnienia zasobów personelu dedykowanego do wykonania zamówienia, które w przypadku trzech złożonych ofert pochodzą od podmiotów trzecich. Na podstawie wykazów zrealizowanych projektów, nawet pomimo utajnienia danych osobowych, z łatwością można dokonać identyfikacji osób, co uzasadnia zastrzeżenie wykazów w całości. Ponadto, wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny z dnia 30 czerwca 2017r., 19 lipca 2017 r. oraz części pisma z dnia 25 sierpnia 2017 r. zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa T. w sposób uzasadniony, z uwzględnieniem przesłanek wynikających z art. 11 ust. 4 uznk.

W zakresie zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji, Zamawiający podniósł, że zgodnie z art. 3 ust. 2 Pzp, czynem nieuczciwej konkurencji jest naruszenie tajemnicy

22

przedsiębiorstwa, a nie sama okoliczność utajnienia informacji przez wykonawcę w dobrej wierze, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający nie podzielił również zarzutu dotyczącego utrudnienia dostępu Odwołującego do rynku, poprzez odmowę T. spotkania i określenia zasad współpracy w zakresie dotyczącym integracji interfejsów. Zamawiający wyjaśnił, że udostępnił wykonawcom wszystkie informacje dotyczące interfejsów i zapewnienia kompatybilności systemu z posiadanymi rozwiązaniami. Na postanowienia SIWZ w powyższym zakresie wykonawcy mogli wnieść odwołania w zakresie naruszenia art. 29 Pzp. Zdaniem Zamawiającego, postawa T. wynikająca z treści pisma z dnia 23 marca 2017 r. była w pełni uzasadniona z uwagi na możliwość zakwalifikowania ewentualnych pertraktacji wykonawców, jako z umowy przetargowej.

W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny oferty T. Zamawiający wskazał, że zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie żadnej argumentacji. W postępowaniu (...) to Odwołujący zaoferował cenę o 25 mln. zł niższą od kolejnej oferty i niższą od wartości zamówienia. Zamawiający podkreślił, że ponowne wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny jest dopuszczalne i było uzasadnione w tym przypadku, gdyż pierwotne wezwanie miało charakter ogólny, a po złożeniu pierwszych wyjaśnień Zamawiający miał możliwość zadania szczegółowych pytań odnoszących do kwestii poruszonych w złożonych wyjaśnieniach.

Zamawiający zaprzeczył twierdzeniom Odwołującego odnośnie sprzeczności treści oferty T. z treścią SIWZ (sekcja 23 IDW). Zamawiający podniósł, że zarzut ten został sformułowany wobec nieaktualnej i nieobowiązującej treści SIWZ w sekcji 23 IDW, w której na etapie formułowania SIWZ usunięto część dotyczącą „dostawy” oprogramowania, wobec

czego argumentacja zawarta w odwołaniu w tym zakresie jest bezpodstawną. Zamawiający poinformował, że oświadczenie w zakresie podwykonawstwa zostało odtajnione na skutek wyroku KIO w sprawie KIO 1460/17 i podkreślił, że wskazany przez wykonawcę w 12 punktach zakres prac nie narusza zastrzeżenia w pkt 23 IDW do osobistego wykonania przez wykonawcę. Zamawiający powołał się na szereg umów, potwierdzających, że T. (Polska) wykonywał wdrożenie systemu ERTMS/ETCS samodzielnie.

Zamawiający nie podzielił także stanowiska Odwołującego, iż T. podał w ofercie informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego co do możliwości samodzielnego wykonania prac zastrzeżonych w sekcji 23 IDW. Odwołujący nie przedstawił dowodów na potwierdzenie, że T. będzie w tym zakresie korzystał z podwykonawstwa.

KIO 1962/17

Wykonawca B.T.Z.P. sp. z o.o. z siedzibą w K. wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego prowadzących do wyboru jako oferty najkorzystniejszej - oferty spółki T.P. sp. z o.o.

23

Odwołujący wyjaśnił, że jego oferta została sklasyfikowana przez Zamawiającego jako trzecia w rankingu złożonych ofert, podczas gdy powinna zostać sklasyfikowana na pierwszej pozycji i wybrana jako najkorzystniejsza - w przypadku dokonania przez Zamawiającego prawidłowej oceny ofert. Odwołujący zarzucił w odwołaniu

naruszenie:

I. W zakresie nieprawidłowej oceny oferty B.:

1. art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 91 ust. 2 pkt 5 Pzp w zw. z pkt. 20.7 ppkt 3) lit. a tomu I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) - „Instrukcja dla Wykonawców” (IDW) oraz w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie oceny oferty złożonej przez B. niezgodnie z przyjętymi w SIWZ kryteriami oceny ofert oraz niezgodnie z zasadami przejrzystości i równego traktowania wykonawców, wyrażające się przyznaniem Odwołującemu zaniżonej liczby punktów w ramach kryterium oceny oferty „Doświadczenie Personelu Wykonawcy”, tj. przyznaniem w ramach tego kryterium łącznie 13 pkt, zamiast co najmniej 16 pkt, pomimo wykazania przez Odwołującego spełnienia przez członka personelu wskazanego na stanowisko „Kierownik Robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS” warunku posiadania punktowanego doświadczenia w realizacji co najmniej trzech inwestycji wskazanych w pkt. 20.7 ppkt 3) lit. a) IDW;
2. ewentualnie: art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie czynności wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie odnoszącym się do informacji zawartych w dokumencie p.n. „Załącznik nr 12 do IDW. Wykaz personelu na potrzeby kryterium oceny ofert zgodnie z pkt. 20.7. ppkt 3) IDW”;
3. ewentualnie: art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez podejmowanie w tych samych okolicznościach i przez tego samego Zamawiającego odmiennych decyzji o przyznaniu punktów w zakresie tych samych wymagań i zaprezentowanych dokumentów.

II. W zakresie nieprawidłowej oceny oferty A.P. s.r.o. oraz wykonawcy A.:

4. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2 pkt 5 Pzp w zw. z pkt. 20.7 ppkt 3) lit. a) tom I SIWZ IDW oraz w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie oceny oferty złożonej przez A. niezgodnie z przyjętymi w SIWZ kryteriami oceny ofert oraz niezgodnie z zasadami przejrzystości i równego traktowania wykonawców, wyrażające się przyznaniem A. zawyżonej liczby punktów w ramach kryterium oceny oferty „Doświadczenie Personelu Wykonawcy”, tj. przyznaniem w ramach tego kryterium łącznie 20 pkt, pomimo braku wykazania przez A. spełnienia przez członka personelu wskazanego na stanowisko „Kierownik Robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS” warunku posiadania punktowanego doświadczenia w realizacji co najmniej czterech inwestycji wskazanych w pkt. 20.7 ppkt 3) lit. a) IDW;
5. art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie czynności wezwania A. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie informacji zawartych

24

w dokumencie p.n. „Załącznik nr 12 do IDW. Wykaz personelu na potrzeby kryterium oceny ofert zgodnie z pkt 20.7. ppkt 3) IDW”, pozostających w sprzeczności z informacjami dotyczącymi doświadczenia członka personelu wykonawcy zgłoszonego na stanowisko

„Kierownik Robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS”, podanymi przez

A. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.

„Zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii (...) odcinek P.-R.”;

6. ewentualnie: art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy A., pomimo zaistnienia przesłanki wykluczenia polegającej na przedstawieniu w dokumencie pn. „Załącznik nr 12 do IDW Wykaz personelu na potrzeby kryterium oceny ofert zgodnie z pkt 20.7. ppkt 3) IDW informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd co do doświadczenia członka personelu wykonawcy zgłoszonego na stanowisko „Kierownik Robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS”, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, w tym ocenę oferty A. i przyznanie wskutek ww. błędu zawyżonej liczby punktów w ramach kryterium oceny oferty „Doświadczenie Personelu Wykonawcy”;

7. ewentualnie: art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy A. w sytuacji, gdy oferta została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania;

III. W zakresie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty T.:

8. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp oraz w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy T., pomimo zaistnienia przesłanki wykluczenia w postaci niewykazania spełniania przez T. warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej;

9. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 Pzp, art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp, art. 22a ust. 2, 3 i 4 Pzp w zw. z pkt. 8.6.1. IDW, art. 36a ust. 2 pkt 1 Pzp w zw. z pkt. 23 IDW oraz w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy T. pomimo niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej, w tym braku wykazania dysponowania zasobami podmiotu trzeciego przy realizacji zamówienia oraz braku możliwości realizacji zamówienia przez podmiot trzeci z uwagi na zakres zamówienia zastrzeżony przez Zamawiającego w SIWZ do osobistego wykonania;

10. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 36a ust. 2 pkt 1 Pzp w zw. z pkt. 23 IDW w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty T., której treść jest niezgodna z SIWZ w zakresie dotyczącym obowiązku osobistego wykonania części zamówienia;

11. art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36a ust. 2 pkt 1 Pzp w zw. z pkt. 23 IDW w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie czynności wezwania T. do złożenia wyjaśnień dotyczących

25

treści złożonej oferty w zakresie odnoszącym się do wykonania przez T. części zamówienia zastrzeżonej przez Zamawiającego do osobistego wykonania, wobec przedłożonego wraz z ofertą T. zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji T. zasobów wiedzy i doświadczenia;

12. ewentualnie: art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wykonawcy T., wykluczenia pomimo dokonania przez ten podmiot czynności w błąd co do udziału Zamawiającego spełnienia warunków wprowadzających w postępowaniu, na skutek którego błędu Zamawiający dokonał wadliwej czynności wyboru oferty T. jako najkorzystniejszej;

13. art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy T. w sytuacji, gdy oferta ta została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania;

14. art. 8 ust. 1, 2 i 3 Pzp w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez bezpodstawne uznanie dokonanego przez T. zastrzeżenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, mimo że T. nie wykazał, że zastrzeżone dokumenty i informacje stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa;

15. art. 90 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 i ust. 1a pkt 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez bezpodstawne przyjęcie, że T. wykazał, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, podczas gdy prawidłowa ocena złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny winna prowadzić do wniosku, iż T. nie wykazał, że oferta tego wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny;

16. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1, ust. 1a pkt 1 i ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty T., podczas gdy cena złożonej oferty jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia;

17. art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez uznanie oferty T. za ofertę najkorzystniejszą, podczas gdy oferta ta nie jest najkorzystniejsza w postępowaniu; a w związku z powyższymi zarzutami naruszenie art. 7 ust. 3 Pzp, poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu;
- wykluczenia wykonawców A. i T., i w konsekwencji odrzucenia ofert złożonych przez tych wykonawców;
- w przypadku nieuwzględnienia wniosku ad. 8.1.3 nakazanie odrzucenia oferty T.;
- dokonanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej;
- zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego na podstawie spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie.

26

Nadto Odwołujący wniósł o:

- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w treści niniejszego odwołania lub przedłożonych w toku postępowania odwoławczego na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia lub w dacie ich powołania;
- zażądanie od Zamawiającego przekazania, a następnie przeprowadzenia dowodu z akt postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii (...) odcinek P.-R.” (nr postępowania: (...)) na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia;
- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów postępowania prowadzonego przez Krajową Izbę Odwoławczą pod sygn. akt: KIO 1785/17 dotyczącego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii (...) odcinek P.-R.” (nr postępowania: (...)).

W terminie składania ofert (31 maja 2017 r.) do Zamawiającego wpłynęły trzy oferty: A.P. s.r.o., T.P. sp. z o.o., B.T.Z.P. sp. z o.o. Zamawiający w trakcie otwarcia ofert podał, że kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 1.236.000.000,00 złotych netto (1.520.280.000,00 złotych brutto).

W toku badania ofert Zamawiający stwierdził, że zostały spełnione przesłanki przepisu art. 90 ust. 1 Pzp, które obligują Zamawiającego do żądania wyjaśnień w zakresie obalenia domniemania ustawowego - rażąco niskiej ceny oferty T.. Wykonawca T. w dniu 19 czerwca 2017 r. został wezwany do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty. Pismem z dnia 30 czerwca 2017 r. T. złożył wyjaśnienia dotyczące sposobu obliczenia ceny złożonej oferty, zastrzegając ich poufność w całości jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Dnia 12 lipca 2017 r. Zamawiający wezwał T. do uszczegółowienia złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny, wskazując w szczególności, iż wymaga przedstawienia przez T. szczegółowej kalkulacji cen jednostkowych wskazanych ppkt 3.2 RCO „Roboty budowlano-montażowe w zakresie warstwy nadrzędnej LCS” dla każdej z pozycji oddzielnie. W dniu 19 lipca 2017 r. T. złożył dodatkowe wyjaśnienia, również zastrzegając w całości ich poufność jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

W dniu 6 września 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta wykonawcy T., której Zamawiający przyznał łącznie 100 pkt. Na drugim miejscu została sklasyfikowana oferta wykonawcy A. - 78,11 pkt., a na trzecim miejscu sklasyfikowana została oferta Odwołującego - 75,85 pkt.

W ocenie Odwołującego, dokonana przez Zamawiającego czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty T., a także ocena ofert wykonawców B. i A. jest niezgodna z przepisami Pzp,

27

2. Zarzuty dotyczące nieprawidłowej oceny oferty Odwołującego

Odwołujący wskazał, że Zamawiający dokonał błędnej oceny oferty Odwołującego w zakresie przyznania B. punktacji w ramach kryterium „Doświadczenie Personelu Wykonawcy” dla członka personelu wskazanego na stanowisko „Kierownik Robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS”.

Zgodnie z pkt. 20.7 IDW, w celu oceny ofert Zamawiający przyjął kryteria:

1. Całkowita cena brutto - waga 60%,
2. Termin realizacji - waga 20%,
3. Doświadczenie Personelu Wykonawcy - waga 20%

W ramach przyjętych kryteriów punktacji, maksymalną liczbą punktów, jaką mógł uzyskać wykonawca, było łącznie 100 pkt, w tym: 60 pkt w ramach kryterium „Całkowitej ceny brutto”, 20 pkt w ramach kryterium „Termin realizacji” oraz 20 pkt w ramach kryterium „Doświadczenie Personelu Wykonawcy”.

W ramach kryterium Doświadczenia Personelu Wykonawcy ocenie podlegało doświadczenie członków personelu zgłoszonych na stanowiska: „Kierownik Robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETOS” (waga - 10%, tj. maksymalnie 10 pkt) oraz „Projektant w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS” (waga - 10%, tj. maksymalnie 10 pkt).

Zgodnie z pkt. 20.7 ppkt 3 lit.a IDW Zamawiający przyjął, że doświadczenie członka personelu wykonawcy zgłoszonego na stanowisko „Kierownik Robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS” punktowane będzie na następującej zasadzie:

a) Kierownik Robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS - waga 10%

- w ciągu ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania ofert nabył co najmniej 10 miesięczne doświadczenie (na każdej inwestycji) na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót lub Inspektora Nadzoru (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) w zakresie sterowania ruchem kolejowym i w zakresie zabudowy systemu ETCS na robotach związanych z Budową lub Przebudową infrastruktury kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym i w zakresie zabudowy systemu ETCS.

Jeżeli oferent wykaże się doświadczeniem co najmniej:

- w realizacji dwóch [2] inwestycji wskazanych w powyższym warunku - 3 pkt
- w realizacji trzech [3] inwestycji wskazanych w powyższym warunku - 6 pkt
- w realizacji czterech [4] inwestycji wskazanych w powyższym warunku - 10 pkt.

W zakresie ww. kryterium dla członka personelu zgłoszonego na stanowisko „Kierownik Robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS”, Zamawiający przyznał B. - 3 pkt, przyjmując że B. wykazał, że zgłoszony członek

28

personelu uzyskał wymagane doświadczenie w realizacji dwóch inwestycji. Zamawiający nie uwzględnił doświadczenia uzyskanego przez wskazanego członka personelu w ramach pozostałych 9 (dziewięciu) inwestycji, wskazanych przez B. w Załączniku nr 12 do IDW „Wykaz personelu na potrzeby kryterium oceny ofert zgodnie z pkt. 20.7. ppkt 3) IDW”. W szczególności Zamawiający odmówił uwzględnienia doświadczenia uzyskanego w ramach inwestycji wymienionej jako ósmej w kolejności w ww. dokumencie oraz opisanej przez Zamawiającego w pkt. A.8 tabeli oceny ofert pod względem kryterium „Doświadczenie Personelu Wykonawcy”. Uzasadniając odmowę uwzględnienia doświadczenia uzyskanego przez członka personelu B. w ramach ww. inwestycji, Zamawiający podał, że wskazane w opisie zajmowane stanowisko „Kierownik robót” nie potwierdza, że wskazany członek personelu B. nabył doświadczenie na stanowisku Kierownika Robót w zakresie zabudowy systemu ETCS.

Powyższa ocena jest niezgodna z określonymi w IDW przesłankami oceny oferty w zakresie kryterium „Doświadczenie Personelu Wykonawcy”, a także z zasadą przejrzystości i równego traktowania wykonawców.

Po pierwsze, w innym prowadzonym obecnie postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (pn. „Zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii (...) odcinek P.-R.”, nr postępowania: (...), dalej jako postępowanie (...)), Zamawiający określił warunki punktacji w kryterium „Doświadczenie Personelu Wykonawcy” w sposób identyczny. W postępowaniu tym brał m.in. udział Odwołujący, który w złożonej ofercie, w dokumencie pn. „Załącznik nr 12 do IDW. Wykaz personelu na potrzeby kryterium oceny ofert zgodnie z pkt. 20.7. ppkt 3) IDW (którego treść stanowiła podstawę do przyznania punktacji w ramach kryterium „Doświadczenie Personelu Wykonawcy”) wskazał tego samego członka personelu na stanowisko „Kierownik Robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS” oraz opisał w sposób jednakowy projekty, w których wskazany członek personelu nabył doświadczenie będące podstawą przyznania punktacji. W ramach

przywołanego postępowania Zamawiający w dniu 18 sierpnia 2017 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, wskazując, że w ramach kryterium „Doświadczenie Personelu Wykonawcy” przyznał B. łącznie 16 pkt, w tym 6 pkt za doświadczenie w ramach stanowiska „Kierownik Robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS”. Zamawiający uznał tym samym za skutecznie wykazane przez B. uzyskania przez wskazanego członka personelu w wymaganego doświadczenia ramach trzech inwestycji. Zamawiający w uwzględnił członka personelu szczególności doświadczenie B. zdobytego w ramach inwestycji wykazanej jako ósma w kolejności w dokumencie „Załącznik nr 12 do IDW, Wykaz personelu na potrzeby kryterium oceny ofert zgodnie z pkt. 20.7. ootk 3) IDW”, tj. tej samej inwestycji, której Zamawiający nie uwzględnił w niniejszym postępowaniu.

29

Biorąc pod uwagę tożsamość określenia kryteriów punktacji w obu postępowaniach i fakt podania przez B. w obu postępowaniach tego samego członka personelu oraz identycznie opisanego doświadczenia tej osoby, w ocenie Odwołującego, nie zachodzi jakiegokolwiek przesłanka, która w niniejszym postępowaniu przemawiałaby za odmową uwzględnienia doświadczenia członka personelu

B. we wskazanym zakresie. Odwołujący powołał się na akta postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii (...) odcinek P.-R.” (nr postępowania: (...)).

Przyczyną odmowy uwzględnienia przez Zamawiającego doświadczenia uzyskanego w ramach inwestycji wymienionej jako ósma w Załączniku nr 12 był brak wykazania, że członek personelu B. nabył w ramach tej inwestycji doświadczenie na stanowisku Kierownika Robót w zakresie zabudowy systemu ETCS. Odwołujący podkreślił, że przedstawiony opis ww. inwestycji nie odbiegał od opisu inwestycji uwzględnionych. Wymieniona inwestycja została opisana jako: „Projekt i zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 i ERTMS/GSM-R...”, natomiast dwie inwestycje, w których ramach uzyskane doświadczenie zostało przez Zamawiającego przyjęte do punktacji, zostały opisane jako „Projekt, budowa i wdrożenie systemu ERTMS...” czy „wdrożenie ERTMS (...) w części ETCS II”, a zatem w sposób zbliżony, wręcz tożsamy. Decyzja Zamawiającego nie była zatem podyktowana racjonalnymi przesłankami znajdującymi oparcie w przepisach czy treści SIWZ, w tym pkt. 20.7 ppkt 3 lit.a IDW.

Ponadto, inwestycja wymieniona jako ósma w Załączniku nr 12 do IDW realizowana była na zlecenie i rzecz Zamawiającego, który w momencie oceny oferty B. w zakresie kryterium „Doświadczenie Personelu Wykonawcy” dysponował pełną wiedzą na temat zakresu i charakteru tej inwestycji, w szczególności co do wykonywania w jej ramach zabudowy systemu ETCS, a także kluczowego personelu zgłoszonego zgodnie z postanowieniami kontraktów.

Odwołujący podkreślił, że zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp, działania Zamawiającego winny pozostawać w zgodzie z zasadą proporcjonalności i przejrzystości. Niezależnie zatem od faktu, że B. wykazał uzyskanie przez wskazanego członka personelu doświadczenie w zabudowie systemu ETCS, to w razie powzięcia jakichkolwiek wątpliwości w tym zakresie, Zamawiający zobowiązany był skorzystać z posiadanej przez niego wiedzy odnośnie kwestionowanej inwestycji wskazanej przez B.. W przypadku powzięcia uzasadnionych i niedających się usunąć wątpliwości zobowiązany był do wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie Załącznika nr 12 do IDW na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp.

Gdyby Zamawiający nie dopuścił się opisanych uchybień i przeprowadził ocenę oferty B. prawidłowo, to winien przyznać mu co najmniej 6 pkt za doświadczenie członka personelu zgłoszonego na stanowisko „Kierownik Robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym w

30

tych urządzeń przytorowych ETCS” (uznając wykazanie uzyskaniażądanego doświadczenia w zakresie co najmniej trzech inwestycji). Tym samym, oferta B. winna była uzyskać łącznie co najmniej 78,85 pkt, co klasyfikowałoby ją na drugim miejscu, tj. przed ofertą wykonawcy A.. Przy wyeliminowaniu nieprawidłowości zaistniałych w stosunku do oceny ofert A. i T. - oferta B. ostatecznie winna uzyskać 100 pkt.

3. Zarzuty dotyczące czynności Zamawiającego wobec wykonawcy A. oraz

nieprawidłowej oceny oferty A

Odwolujący przywołał informacje zawarte powyżej w odwołaniu, dotyczące kryteriów oceny ofert w zakresie dotyczącym doświadczenia personelu wykonawcy na stanowisku „Kierownik Robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS” oraz wskazał, że w zakresie ww. kryterium Zamawiający przyznał A. - 10 pkt (czyli maksymalną liczbę punktów), niezasadnie przyjmując, że A. wykazał, że zgłoszony członek personelu uzyskał wymagane doświadczenie w realizacji czterech inwestycji. Zamawiający uwzględnił wszystkie inwestycje wskazane przez A. dla członka swojego personelu.

W ocenie Odwołującego, przedmiotowa ocena jest nieuprawniona. Odwołujący podkreślił, że w postępowaniu (...) Zamawiający określił warunki punktacji w kryterium „Doświadczenie Personelu Wykonawcy” w sposób identyczny. W postępowaniu tym brał udział również A., który w złożonej ofercie, w Załączniku nr 12 do IDW wskazał tego samego członka personelu na stanowisko „Kierownik Robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS”, a także łącznie pięć inwestycji, w tym dwie tożsame, jak w niniejszym postępowaniu.

Odwolujący przedstawił porównanie wyciągu z treści obu dokumentów A. złożonych wraz z ofertami w postępowaniu (...) oraz w niniejszym postępowaniu, wskazując, że w postępowaniu (...) Zamawiający przyznał A. w ramach kryterium „Doświadczenie Personelu Wykonawcy” łącznie 13 pkt, w tym 3 pkt za doświadczenie w ramach stanowiska „Kierownik Robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS”. Zamawiający odmówił wówczas uwzględnienia doświadczenia z trzech wskazanych przez A. inwestycji (innych aniżeli wskazywane w niniejszym postępowaniu). Na czynności Zamawiającego w omawianym zakresie A. złożyło odwołanie, które zostało oddalone w dniu 13 września 2017 r. przez Krajową Izbę Odwoławczą (sygn. akt: KIO 1785/17)

Odwolujący podniósł, że złożone w niniejszym postępowaniu oświadczenia A. dotyczące doświadczenia członka personelu zgłoszonego na stanowisko „Kierownik Robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS” pozostają sprzeczne z oświadczeniami składanymi przez A. w postępowaniu (...) oraz niezgodne z rzeczywistością.

Wykonawca A. w postępowaniu (...) podawał, że członek jego personelu (p. P. G.) w okresie od kwietnia 2006 r. do stycznia 2009 r. nabył doświadczenie w ramach inwestycji

31

„Kierowanie robotami budowlanymi w zakresie sterowania ruchem kolejowym na robotach związanych z przebudową infrastruktury kolejowej na linii kolejowej P. - S. w R.”. Doświadczenie to nie zostało uwzględnione (nie spowodowało przyznania dodatkowych punktów) przez Zamawiającego w postępowaniu (...). Natomiast w niniejszym postępowaniu ((...))

A. wskazał, że w tym samym okresie ta sama osoba pełniła funkcję Kierownika Robót w ramach inwestycji „Kierowanie robotami w zakresie zabudowy systemu ETCS na robotach związanych z przebudową infrastruktury kolejowej na linii, kolejowej Ż.-Ć.-granica państwa w (...) w ramach projektu Implementacja poziomu 2 ERTMS/ETCS na odcinku B.-Ż.-Ć.-granica państwa”. Zamawiający uwzględnił i przyznał punkty za to doświadczenie, a jednocześnie zaniechał jakiegokolwiek weryfikacji realności pełnienia powyższej funkcji przez członka personelu A., pomimo istotnej sprzeczności pomiędzy oświadczeniami A. składanymi w niniejszym postępowaniu i w postępowaniu (...) oraz posiadaną przez Zamawiającego wiedzą w tym zakresie.

Odwolujący wskazał dodatkowo, że w okresie kwiecień 2006 - styczeń 2009 nie realizowano inwestycji o nazwie „Kierowanie robotami w zakresie zabudowy systemu ETCS na robotach związanych z przebudową infrastruktury kolejowej na linii kolejowej Ż.-Ć.-granica państwa w (...) w ramach projektu Implementacja poziomu 2 ERTMS/ETCS na odcinku, B.-Ż.-Ć.-granica państwa”.

Ponadto, w niniejszym postępowaniu A. podał, że członek jego personelu w okresie od maja 2014 r. do marca 2015 r. zdobywał doświadczenie w ramach inwestycji „Kierowanie robotami budowlanymi w zakresie zabudowy systemu ETCS na robotach związanych z przebudową infrastruktury kolejowej na linii Ośrodka testowego V.V. w R.” na robotach związanych z przebudową infrastruktury kolejowej na linii kolejowej P. - S. w R.”. Wedle wiedzy Odwołującego, ww. inwestycja realizowana była dopiero od jesieni 2014 r., zatem członek personelu A. nie uzyskał w ramach wskazanej inwestycji co najmniej 10-miesięcznego doświadczenia, wobec czego Zamawiający w sposób nieuprawniony przyznał

A. punkty z tego tytułu.

W zakresie odnoszącym się do wskazanego przez A. doświadczenia członka personelu uzyskanego w okresie od lipca 2005 r. do września 2011 r. w ramach inwestycji „Kierowanie robotami budowlanymi w zakresie sterowania ruchem kolejowym i zabudowy systemu ETCS na robotach związanych z przebudową infrastruktury kolejowej na linii kolejowej P.-K. w R.” Odwołujący wskazał, że w 2005 r. (i w latach kolejnych) w R. nie funkcjonował system ERTMS, co stanowi również informację powszechnie znaną w branży kolejowej. Dopiero w 2005 i 2006 r. Komisja Europejska i Parlament Europejski wydały komunikaty i rezolucje dotyczące rozmieszczenia tego systemu (np. Komunikat Komisji dla Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie rozmieszczenia europejskiego systemu

32

sygnalizacji kolejowej ERTMS/ETCS (SEC(2005)903, rezolucja Parlamentu Europejskiego w sprawie rozmieszczenia europejskiego systemu sygnalizacji kolejowej ERTMS/ETCS 2005/2168(1 NI) z dnia 16 maja 2006). We wskazywanym przez A. okresie członek jego personelu nie mógł zatem uzyskiwać doświadczenia w zabudowie systemu ERTMS, zgodnie z oświadczeniami A..

Powyższe okoliczności wskazują, że decyzje Zamawiającego dotyczące przyznawania punktacji ofertom B. i A. w ramach kryterium „Doświadczenie Personelu Wykonawcy” były nielogiczne i ze sobą sprzeczne. Z jednej bowiem strony, Zamawiający odmówił przyznania B. punktów z tytułu doświadczenia członka personelu uzyskanego w ramach inwestycji wykonywanej na rzecz Zamawiającego, co do której Zamawiający posiadał komplet wiedzy oraz która opisana została w sposób jednoznacznie ją identyfikujący i umożliwiający jej pełną weryfikację, a z drugiej - postanowił przyznać punkty za inwestycje wskazane przez A., pomimo istotnych wątpliwości co do faktycznego ich wykonywania, prawdziwości danych podawanych przez A. oraz zastosowania opisu inwestycji nie pozwalającego na ich dokładne sprawdzenie (tj. braku powołania nazwy inwestycji, a jedynie opisu linii, dat wykonywania i wartości inwestycji).

Nadto, Odwołujący w oparciu o przedstawione okoliczności podniósł, że A. zawarł w wykazie doświadczenia informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd co do uzyskania przez zgłoszonego członka personelu A. punktowanego doświadczenia, a zatem informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd przy ocenie oferty A. i przyznaniu A. wyższej liczby punktów w kryterium „Doświadczenia Personelu Wykonawcy”. Okoliczności te stanowią jedną z przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania, zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Prawidłowe zastosowanie ww. przepisu do A. powinno prowadzić do odrzucenia oferty A., jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Niezależnie od powyższego, wskazane powyżej okoliczności winny były prowadzić do przyznania A. niższej liczby punktów w ramach kryterium „Doświadczenie Personelu Wykonawcy”, co powodowałoby sklasyfikowanie oferty A. na miejscu trzecim, za ofertą B..

4. Zarzuty dotyczące wyboru oferty T. jako najkorzystniejszej

Zamawiający dokonując weryfikacji oferty T. oraz złożonych przez ten podmiot dokumentów pominął istotne okoliczności, które winny prowadzić do wykluczenia wykonawcy T. z postępowania oraz odrzucenia oferty T..

Wykonawca T. nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Zgodnie z pkt. 8.6.1 IDW, Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w postaci żądania wykazania przez wykonawców, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres

33

prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali zabudowę systemu ERTMS/ETCS na co najmniej 30 km linii kolejowej.

W formularzu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia załączonym do oferty T. wskazano, że T. spełnił warunek udziału w postępowaniu określony w pkt. 8.6.1 IDW poprzez realizację następujących projektów (część IV, pkt C.1a):

- „Projekt i zabudowa systemu ETCS poziom 1 Limited Supervision na linii kolejowej nr 356 odcinek P. - W.”;
- „ETCS poziom 1 na odcinku linii kolejowej (...) Centralnej Magistrali Kolejowej (CMK) G. -

Z";

- „Elektryfikacja i modernizacja linii P.-S., będącej częścią korytarza IV i IX, obejmujące sterowanie, telekomunikację oraz system SCADA dla całej linii; projekt jest wdrażany na dwóch sekcjach: P.- D. (70 km) i D.-S. (80 km) - dla sekcji P.-D.”;
- „Wyposażenie następujących linii kolejowych linii głównej (NBS="Neubaustrecke/nowo budowana linia, BS="Bestandsstrecke/istniejąca linia) w (...) wraz z systemem przytorowym ETCS poziomu”.

Odwolujący podkreślił, że w przypadku żadnej z ww. inwestycji T. nie wskazał podmiotów będących ich wykonawcami. Zgodnie natomiast z Jednolitym Europejskim Dokumentem Zamówienia T. A. GmbH (dalej jako JEDZ T. A.), T. A. GmbH (dalej jako T. A.) spełnia warunek udziału w postępowaniu poprzez realizację następujących inwestycji:

- „Elektryfikacja i modernizacja linii P.-S., będącej częścią korytarza IV i IX, obejmujące sterowanie, telekomunikację oraz system SCADA dla całej linii; projekt jest wdrażany na dwóch sekcjach: P.- D. (70 km) i D.-S. (80 km) - dla sekcji P.-D.”;
- „Wyposażenie następujących linii kolejowych linii głównej (NBS="Neubaustrecke/nowo budowana linia, BS="Bestandsstrecke/istniejąca linia) w (...) wraz z systemem przytorowym ETCS poziomu”.

Zdaniem Odwołującego, w świetle przytoczonej treści JEDZ T. A. oraz JEDZ T. stwierdzić należy, że T. wykonywał samodzielnie inwestycje opisane w pkt. 12.2.2.1 i 12.2.2.2 odwołania. Natomiast z informacji powszechnie dostępnych, a także posiadanych przez Zamawiającego wynika, że inwestycje wskazane wyżej T. wykonał nie samodzielnie, ale w ramach konsorcjum z T. A. Również inwestycje wskazywane w JEDZ T. A. realizowane były w ramach konsorcjum. Na fakt ten T. jednak nie wskazywał w treści przedłożonej oferty. Odwołujący powołał jako dowód poświadczenie z dnia 28 lutego 2014 r. o wykonaniu inwestycji „ETCS poziom 1 na odcinku linii kolejowej (...) Centralnej Magistrali Kolejowej (CMK) G. - Z.” przez konsorcjum T. i T. A., wydane przez Zamawiającego oraz pismo z dnia 18 września 2012 r. sporządzone przez Narodowe Przedsiębiorstwo Infrastruktury Kolejowej (Bułgaria).

34

Zgodnie z aktualnym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, (wyrok z dnia 4 maja 2017 r. ws. E.t sp. z o.o. p-ko Województwo (...), sygn. akt: C-387/14) wykonawca nie może automatycznie powoływać się na doświadczenie uzyskane w ramach projektu, który realizował jako członek konsorcjum, lecz obowiązany jest wykazać, że istotnie wykonał tę część zamówienia, którą powołuje na potrzeby wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu - czego w niniejszym postępowaniu T. nie wykazał. T. nie wykazał, że faktycznie wykonał zakres wymagany w SIWZ na potwierdzenie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia. Zamawiający zaś bezpodstawnie zaniechał wezwania T. do wyjaśnienia powyższych okoliczności. T. nie wykazał zatem spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a to skutkuje wykluczeniem i odrzuceniem oferty.

Ponadto, T. załączył do oferty dokument potwierdzający zobowiązanie T. A. do oddania do dyspozycji T. niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Zgodnie z treścią ww. dokumentu, udostępnienie dotyczyć ma zasobów wiedzy i doświadczenia, których wykorzystanie następować ma poprzez: „dostęp do know how wynikającego z nabytych doświadczeń; dostęp do technologii wykorzystywanych przy realizacji zamówień tego rodzaju jak to którego dotyczy udostępnienie zasobów; każdy inny niewymieniony wyżej sposób, który okaże się użyteczny dla realizacji zamówienia. Ponadto, zakres udziału T. A. przy wykonaniu zamówienia miałby następować poprzez: „udostępnienie procedur i opisu metod realizacji określonych zadań; doradztwo i konsultacje; przekazanie informacji o źródłach wiedzy, zaopatrzeniu; specjalistach w określonych dziedzinach objętych udostępnianym doświadczeniem; każdy inny niewymieniony wyżej sposób, który okaże się użyteczny dla realizacji zamówienia”.

Wskazany dokument ma charakter ogólny i uniemożliwia jednoznaczne określenie zakresu udzielenia zasobów wiedzy i doświadczenia przez T. A. na rzecz T.. W żaden sposób z załączonego dokumentu nie można stwierdzić wskutek wykonania jakiego zakresu przez T. A. wymagana wiedza i doświadczenie zostaną realnie przekazane na rzecz T.. Tymczasem, „wykonawca zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że będzie mógł polegać na udostępnionych zdolnościach w trakcie realizacji zamówienia. Pociąga to za sobą konieczność wykazania przez wykonawcę, że odwołanie się do zdolności podmiotu

trzeciego ma charakter realny, gwarantujący należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Rolą instytucji zamawiającej jest w każdym przypadku badanie owej realności. Nie jest zatem wystarczające oświadczenie przez podmiot trzeci zamiaru udostępnienia potencjału w jakiegokolwiek postaci - zamawiający powinien w każdym przypadku dążyć do wyjaśnienia, w jaki sposób potencjał na potrzeby danego zamówienia zostanie udostępniony, oraz ocenić, czy zakładana przez wykonawcę forma współpracy i udostępnienia potencjału zapewni rzeczywistą możliwość korzystania z tego potencjału w takim zakresie, w jakim jest to niezbędne do należytego wykonania danego zamówienia." Zgodnie z orzecznictwem KIO,

35

„dysponowanie zasobami podmiotu trzeciego musi wynikać z przedstawionych dowodów w sposób jednoznaczny i nie może być przedmiotem dedukcji czy domysłów zamawiającego. Zamawiający musi mieć możliwość jednoznacznego ustalenia, że potencjał podmiotu trzeciego zostanie realnie udostępniony poprzez odpowiednie wykazanie rzeczywistej możliwości wykorzystania tego potencjału w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia”

(wyrok KIO z dnia 8 maja 2014 roku, sygn. akt: KIO 792/14).

Odwolujący podniósł, że powyższe okoliczności mają istotne znaczenie z uwagi na postawione w SIWZ przez Zamawiającego wymaganie osobistego wykonania części zamówienia.

Odwolujący wskazał, że zgodnie z treścią pkt. 23 IDW, Zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania części zamówienia - wykonanie robót z zakresu: przygotowanie oprogramowania i jego instalacji w elementach systemu ERTMS/ETCS oraz uruchomienia i testów systemu ERTMS/ETCS. Wykonawca nie jest zatem uprawniony do powierzenia jakiegokolwiek innemu podmiotowi wykonania zamówienia we wskazanym powyżej zakresie.

W przypadku oferty T., niezgodne z wymaganiami SIWZ byłoby powierzenie T. A. przygotowania oprogramowania i jego instalacji w elementach systemu ERTMS/ETCS oraz uruchomienia i testów systemu ERTMS/ETCS. T. nie przygotowuje samodzielnie oprogramowania niezbędnego do zabudowy systemu ERTMS/ETCS, gdyż w grupie T. wykorzystywane jest oprogramowanie dostarczane przez inne spółki, w tym przez T. A.

W związku z zastrzeżonym przez Zamawiającego zakresem osobistego wykonania części zamówienia przez wykonawcę, zobowiązanie T. A. do oddania do dyspozycji T. zasobów wiedzy i doświadczenia, staje się wątpliwe i de facto niepewne. Odwołujący podkreślił, że T. nie dysponuje możliwością osobistego wykonania zamówienia w części zastrzeżonej przez Zamawiającego.

Z powyższych okoliczności wynika zatem, że T. nie wykazał posiadania, zarówno przez T., jak i T. A., doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego jako minimalnego i niezbędnego dla udziału w postępowaniu, jak również nie wykazał i nie jest w stanie zapewnić realnego udziału T. A. (jako podmiotu, na którego zdolnościach T. polega) w realizacji zamówienia w części objętej zobowiązaniem T. A. albo w takim zakresie, w jakim udział podmiotu trzeciego zapewniłby rzeczywiste udostępnienie zasobów wiedzy i doświadczenia. Tym samym, w stosunku do T. zachodzą przesłanki jego wykluczenia z postępowania, zgodnie z treścią art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Niezależnie od tego, oferta T. pozostaje niezgodna z treści SIWZ z uwagi na zamiar powierzenia podmiotowi trzeciemu do wykonania części zamówienia zastrzeżonych przez

36

Zamawiającego do osobistego wykonania - celem realności przejścia zasobów. Oferta T. pozostaje także niezgodna z SIWZ z uwagi na brak możliwości wykonania przez T. osobiście części zamówienia przewidzianej przez Zamawiającego do osobistego wykonania. Powyższe okoliczności winny prowadzić do odrzucenia oferty T.. **Zdaniem Odwołującego, oferta T. podlega również odrzuceniu z uwagi na to, że zawiera rażąco niską cenę w rozumieniu art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1a Pzp.**

Cena oferty T. jest znacznie niższa od cen przedstawionych przez pozostałych wykonawców. Jednocześnie, cena ta jest znacznie niższa niż kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W celu adekwatnego porównania

rzeczywistych cen oferowanych przez poszczególnych wykonawców, w szczególności przez T., do wartości przedmiotu zamówienia, Odwołujący przedstawił ceny zaoferowane przez T. i innych wykonawców oraz kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, z odliczeniem kwoty warunkowej stanowiącej 10% wartości zamówienia, tj. kwoty 123.600.000,00 zł.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w pkt. 2.8 protokołu postępowania wskazał, że wartość zamówienia została określona m.in. na podstawie dotychczasowych ofert na zabudowę systemu ERTMS/ETCS. Powyższe oznacza, że Zamawiający z góry przewidział podobieństwo dotychczas prowadzonych postępowań dotyczących zabudowy systemu ERTMS/ETCS i przyjął, że oferty zgłaszane w dotychczasowych postępowaniach mogą być punktem odniesienia. Odwołujący wyjaśnił, że zweryfikował ceny określone przez T. w postępowaniu i wykaże stosownymi środkami dowodowymi, że:

- cena zaoferowana nie pozwala na zrealizowanie zamówienia zgodnie z SIWZ,
- cena nie zawiera wszystkich elementów kosztotwórczych,
- nie zachodzą szczególne okoliczności pozwalające na zastosowanie obniżenia ceny za zamówienie.

Istotne jest również, że w ocenie Odwołującego, T. nie sprostął obowiązki wykazania, że cena jego oferty nie jest rażąco niska. Jednocześnie Odwołujący zaznaczył, że z uwagi na zastrzeżenie przez T. tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie dotyczącym złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny, Odwołujący nie ma możliwości zweryfikowania treści złożonej przez T. dokumentacji oraz oświadczeń w tym zakresie. Zamawiający powinien zatem odrzucić ofertę złożoną przez T. na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

W świetle powyższych argumentów i zaprezentowanych dowodów, dokonanie przez Zamawiającego wyboru oferty T. jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy oferta ta podlega odrzuceniu, i dokonanie przez Zamawiającego nieprawidłowej oceny oferty B. i A. powoduje, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości. Postępowanie zostało przeprowadzone

37

niezgodnie z przepisami Pzp, a zatem Zamawiający naruszył również przepis art. 7 ust. 3 Pzp. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego, ofertą najkorzystniejszą winna zostać uznana oferta B..

Pismem z dnia 3 października 2017 r. Odwołujący wniósł o odtajnienie części wyjaśnień rażąco nisko ceny złożonych przez T. w pismach z dnia 30 czerwca 2017 r. i 19 lipca 2017 r. w zakresie kategorii (rodzajów) informacji, na jakie T. powołał się w treści złożonych wyjaśnień, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, ewentualnie o nakazanie Zamawiającemu sporządzenia zestawienia kategorii ww. informacji i udostępnienie tego zestawienia Odwołującemu.

Kolejnym pismem z dnia 3 października 2017 r. Odwołujący przedstawił swoje stanowisko w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu dotyczących nieprawidłowej oceny oferty Odwołującego (B.), do którego załącznik nr 2 (Wykaz Personelu Załącznik nr 12 do IDW) oraz załącznik nr 4 (punktacja B.) zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko w zakresie nieprawidłowej oceny przez Zamawiającego inwestycji opisanej w Załączniku nr 12 do IDW w pozycji ósmej oraz zaniechania przez Zamawiającego wezwania Odwołującego do wyjaśniania ewentualnych wątpliwości w tym zakresie.

Pismem z dnia 4 października 2017 r. Odwołujący przedstawił swoje stanowisko w sprawie zarzutów zawartych w odwołaniu w zakresie odnoszącym się do oferty A. Odwołujący podniósł, że Zamawiający zignorował okoliczność, że opisy inwestycji wskazane przez A. nie pozwalają na ich dokładną weryfikację, a tym samym na zbadanie doświadczenia członka personelu A. W zakresie inwestycji „Kierowanie robotami w zakresie zabudowy systemu ETCS na robotach związanych z przebudową infrastruktury kolejowej na linii kolejowej Z.-C. – granica państwa w (...) w ramach projektu Implementacja poziomu 2 ERTMS/ETCS na odcinku B. – Z – C. – granica państwa.” złożone przez A. oświadczenie jest sprzeczne z oświadczeniami złożonymi w postępowaniu (...), że w tożsamym okresie wskazany pracownik uczestniczył w realizacji innej inwestycji, zlokalizowanej w innym państwie. Ponadto, we wskazanym w ofercie A. okresie na linii Z.-C.-granica państwa w (...) nie miała miejsca zabudowa systemu ERTMS poziomu 2, co wynika z powszechnie dostępnych źródeł. Projekt rozpoczęty w 2009 r. został

anulowany, a ponownie został podjęty dopiero w 2013 r. W ramach kolejnej inwestycji wskazanej przez A. „Kierowanie robotami w zakresie zabudowy systemu ETCS na robotach związanych z przebudową infrastruktury kolejowej na linii Ośrodka testowego V.V. w R.” w oparciu o powszechnie dostępne informacje, Odwołujący wskazał, że zabudowa systemu ERTMS w ramach tej inwestycji rozpoczęła się dopiero jesienią 2014 r., a zatem zabudowa systemu ERTMS/ETCS trwała w ramach tej inwestycji przez co najwyżej 7 miesięcy, co nie

38

spełnia wymogu pkt 20.7 ppkt 3 lit.a IDW

w zakresie „co najmniej 10-miesięcznego doświadczenia”.

Pismem z dnia 5 października 2017 r. Odwołujący przedstawił swoje dalsze stanowisko w sprawie zarzutu dotyczącego niezgodności treści oferty T. z treścią SIWZ (sekcja 23 IDW). Podniósł, że T. nie jest w stanie wykonać zamówienia bez udziału Kierownika Robót sterowania ruchem kolejowym, w tym urządzeń przytorowych ETCS, który wchodzi w zakres udostępnionych przez T. A. GmbH zasobów dotyczących doświadczenia i osób zdolnych do wykonania zamówienia, w tym Kierownika Robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym, w tym urządzeń przytorowych ERTMS/ETCS, tj. nie jest w stanie samodzielnie (bez udziału podwykonawcy) wykonać zakresu zamówienia

do wykonania przez zgodnie zastrzeżonego osobistego wykonawcę, z pkt 23 IDW. Odwołujący wskazał, że Kierownik Robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym, w tym urządzeń przytorowych ETCS musi brać udział w przygotowaniu oprogramowania aplikacji dla ERTMS/ETCS, gdyż jest odpowiedzialny za koordynację prac, w swoim zakresie organizuje prace, bierze udział w sporządzeniu operatu kołaudacyjnego, w instalacji oprogramowania w elementach systemu ERTMS/ETCS w lokalizacji (na terenie budowy), w uruchomieniu systemu ERTMS/ETCS, w testach pracy systemu ERTMS/ETCS. Na potwierdzenie powyższego stanowiska Odwołujący przedstawił „Opracowanie dotyczące wdrożenia systemu ERTMS/ETCS poziom 2 w zakresie wymagania Zamawiającego P.P.L.K. S.A. (dalej PLK) zastrzeżonego do osobistego wykonania przez wykonawcę w ramach zadania Zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii (...) K. – T. (z wyłączeniem węzła warszawskiego)” wykonane przez A.J., K.S., G.Ł., W.U..

Pismem z dnia 5 października 2017 r. Odwołujący przedstawił swoje dalsze stanowisko w sprawie zarzutu rażąco niskiej ceny oferty T.. Do ww. pisma Odwołujący załączył:

- Rozbicie Ceny Ofertowej stanowiące załącznik do oferty T.,
- odwołanie wniesione przez T. od czynności wyboru oferty B. jako najkorzystniejszej,
- protokół z rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą z dnia 12 maja 2017r.,
- skarga T. z dnia 5 czerwca 2017 r.,
- Opracowanie Ekspertkie dotyczące założeń projektowych dla branży automatyki kolejowej dla zadania pn. „Zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii (...) K.-T. (z wyłączeniem węzła warszawskiego)” dalej jako Zadanie (...), którego efektem jest „wykaz ilości kluczowych urządzeń i elementów, uwzględniający minimalne ilości urządzeń, jakie zgodnie z wymaganiami powszechnie obowiązujących przepisów prawa, standardów wiedzy i praktyki, wytycznych i dokumentacji przetargowej Zadania (...) i Zadania (...) winny być przyjęte do realizacji obydwu Zadań” (str. 20 ww. opracowania),

39

- notatka z dnia 19 stycznia 2017 r. dot. ERTMS w projekcie (...) (stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa B. i T.),

- oświadczenia podwykonawców branżowych dla zadania (...) (stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa B.),

- Analiza dotycząca wyceny zamówienia pn. Zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii K.-T. (z wyłączeniem węzła warszawskiego) dalej jako Zadanie (...) w ujęciu porównawczym z zadaniem (...). We wnioskach wskazano, że cena oferty T. nie pokrywa wartości kluczowych urządzeń i systemów, liczonych wedle cen jednostkowych T. z 2017 r. podanych dla Zadania (...), łączna wartość kluczowych urządzeń i systemów, liczonych wedle cen jednostkowych T. z 2017 r. podanych dla zadania (...) wynosi kwotę netto 761 517 593,39 zł (bez projektowania i pełnego zakresu zadania), w projekcie (...) wedle cen T. z Projektu (...) wartość urządzeń, systemu ERTMS/ETCS poziom 2 i projektowania

wynosi łącznie kwotę 801 104 283,51 zł, cena zaoferowana przez T. w Projekcie (...) jest zaniżona o co najmniej kwotę 233 604 284,51 zł netto, W ramach całkowitej wartości zadania (...) oprócz elementów kosztowych określonych w tabeli wyników (ERTMS/ETCS poziom 2, urządzenia i materiały oraz projektowanie) konieczne jest uwzględnienie elementów niewystępujących w Projekcie (...), co oznacza jeszcze większą niż wskazana w pkt 4 rozbieżność ceny T.. Do tej analizy załączono Tabelę Wyników dla analizy wyceny porównawczej.

- Krajowy Plan Wdrażania Technicznej Specyfikacji Interoperacyjności „Sterowanie” opracowany przez Ministerstwo Infrastruktury i Budownictwa Rzeczypospolitej Polskiej z czerwca 2017 r.

- Analiza dotycząca zakresów prac do wykonania i cen ofert złożonych w dwóch postępowaniach organizowanych przez P.P.L.K. S.A. (dalej P.P.S.A.), opracowana przez W.R. - Stowarzyszenie Inżynierów i Techników Komunikacji RP Oddział w K. z września 2017 r.

- mapa prezentująca projekty (...) i (...).

W oparciu o szacunkowe koszty zabudowy systemu ETCS wskazane w dokumencie Krajowy Plan Wdrażania Technicznej Specyfikacji Interoperacyjności „Sterowanie” opracowany przez Ministerstwo Infrastruktury i Budownictwa Rzeczypospolitej Polskiej z czerwca 2017 r. na poziomie 485 000 zł dla poziomu 2 na jednym kilometrze linii, Odwołujący wskazał, że dla linii o długości 680 km koszt ten wynosi 329 800 000 zł, tymczasem oferta T. wynosi 567 500 000 zł. Odwołujący wskazał na podobieństwo przedmiotu zamówienia w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu do przedmiotu zamówienia w projekcie realizowanym „Prace na linii kolejowej nr (...) W. – D. na odcinku W. – O. – D. – L., odcinek O. – L. w km 26,050 – 175,850” (projekt (...)), który różni się jedynie długością linii.

40

Odwołujący wskazał, że T. we wniesionym odwołaniu w projekcie (...) wskazywał na cenę 1 km linii zabudowy urządzeń srk i urządzeń telekomunikacyjnych na poziomie 2 516 719,00 zł, tymczasem w projekcie (...) T. zaoferował cenę za 1 km linii 834 558,82 zł, w którym oferty zostały złożone niemalże w tym samym czasie. W ocenie Odwołującego, w okresie od 31 stycznia 2017 r. (data złożenia oferty w projekcie

(...)) do 31 maja 2017 r. (data złożenia ofert w projekcie (...)) nie wystąpiły żadne okoliczności, które umożliwiałyby wykonawcy T. tak drastyczne obniżenie ceny oferty. Odwołujący wyjaśnił, że na poparcie zarzutu rażąco niskiej ceny oferty T. posłużył się analizą porównawczą cen T. zastosowanych w Projekcie (...) na przestrzeni od 31 stycznia 2017 r. do 31 maja 2017 r. W ocenie Odwołującego, uzyskana opinia autora SITK RP z września 2017 r. jednoznacznie potwierdziła, że cena T. w postępowaniu (...) jest ceną rażąco niską. Odwołujący wyjaśnił, że w pierwszej kolejności dokonano weryfikacji i obliczenia ilości kluczowych urządzeń wymaganych dla wykonania obu projektów ((...)) i (...) oraz istotnych elementów kosztotwórczych, a następnie dokonano analizy określającej ceny, które T. powinien był przyjąć w ofercie, w oparciu o ceny pochodzące z RCO T. przedstawionego w ramach projektu (...), z którego wprost można odczytać ceny stosowane przez T. dla poszczególnych asortymentów, a z nich ceny jednostkowe urządzeń, czy materiałów składających się na przedmiot zamówienia. Łączna wartość systemu, urządzeń i materiałów wynikająca z ww. analizy wynosi 761 517 593,39 zł netto, a po uwzględnieniu kosztów projektowania: 801 104 283,51 zł (pkt IV.2 analizy), co oznacza, że cena oferty T. została zaniżona o co najmniej 233 mln zł netto, zatem nie pokrywa wartości kluczowych urządzeń i systemów, liczonych wedle cen jednostkowych T. z 2017 r. podanych dla zadania (...) (pkt IV.1 analizy).

W piśmie z dnia 25 października 2017 r. Odwołujący przedstawił podsumowująco swoje stanowisko w sprawie wniesionego odwołania. Odwołujący oświadczył, że cofa zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp oraz w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy T. z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej.

Ponadto, Odwołujący wskazał, że zarzuty naruszenia:

- art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 Pzp, art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp, art. 22a ust. 2, 3 i 4 Pzp w zw. z pkt. 8.6.1. IDW, art. 36a ust. 2 pkt 1 Pzp w zw. z pkt.

23 IDW oraz w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy T. pomimo niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej, w tym braku wykazania dysponowania zasobami podmiotu trzeciego przy realizacji zamówienia oraz braku możliwości realizacji zamówienia przez podmiot trzeci z uwagi na zakres zamówienia zastrzeżony przez Zamawiającego w SIWZ do

41

osobistego wykonania;

- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 36a ust. 2 pkt 1 Pzp w zw. z pkt. 23 IDW w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty T., której treść jest niezgodna z SIWZ w zakresie dotyczącym obowiązku osobistego wykonania części zamówienia;

- art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36a ust. 2 pkt 1 Pzp w zw. z pkt. 23 IDW w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie czynności wezwania T. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie odnoszącym się do wykonania przez T. części zamówienia zastrzeżonej przez Zamawiającego do osobistego wykonania, wobec przedłożonego wraz z ofertą T. zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji T. zasobów wiedzy i doświadczenia,

należy analizować w grupie zarzutów dotyczących „braku odrzucenia oferty T. jako niezgodnej z treścią SIWZ”.

Kolejne zarzuty zawarte w odwołaniu w pkt 8.1.12 i 8.1.13, tj. naruszenia:

- zarzut ewentualny - art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy T., pomimo dokonania przez ten podmiot czynności

w błąd co do udziału wprowadzających Zamawiającego spełnienia warunków

w postępowaniu, na skutek którego błędu Zamawiający dokonał wadliwej czynności wyboru oferty T. jako najkorzystniejszej;

- art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy T. w sytuacji, gdy oferta ta została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania,

należy analizować w grupie zarzutów ewentualnych dotyczących braku odrzucenia oferty T. jako złożonej przez podmiot podlegający wykluczeniu.

Jako kolejną grupę zarzutów dotyczących braku odrzucenia oferty T. zawierającej rażąco niską cenę Odwołujący wskazał zarzuty przedstawione w pkt 8.1.14, 8.1.15 i 8.1.16 odwołania, tj. naruszenia:

- art. 8 ust. 1, 2 i 3 Pzp w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez bezpodstawne uznanie dokonanego przez T. zastrzeżenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, pomimo że T. nie wykazał, że zastrzeżone dokumenty i informacje stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa, (zarzut ograniczony przez Odwołującego w piśmie z dnia 25 października 2017 r. do braku odtajnienia przez Zamawiającego informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny - w zakresie kategorii przyczyn i ich wpływu na obniżenie ceny oferty T.),

- art. 90 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 i ust. 1a pkt 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez bezpodstawne przyjęcie, że T. wykazał, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, podczas gdy prawidłowa ocena złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny winna prowadzić do

42

wniosku, że T. nie wykazał, że oferta tego wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny;

- art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1, ust. 1a pkt 1 i ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty T., podczas gdy cena złożonej oferty jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia;

Wobec wniesionego odwołania o sygn. akt KIO 1962/17 wykonawca A.P. s.r.o. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego oraz wykonawca T.P. Sp. z o.o. także po stronie Zamawiającego. Obaj wykonawcy wniesli o oddalenie odwołania.

Pismem z dnia 5 października 2017 r. wykonawca A. wskazał, że Zamawiający w dniu 5 maja 2017 r. dokonał zmiany brzmienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 20.7 ppkt 3 lit.a IDW. Zamawiający słusznie nie przyznał punktacji

Odwołującemu w ramach kryterium „Doświadczenie Personelu Wykonawcy”, gdyż samo wskazanie nazwy projektu jako „Projekt i zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 i ERTMS/GSM-R...” nie oznacza, że wskazana osoba pełniła funkcję Kierownika robót w zakresie zabudowy systemu ETCS na robotach związanych z „Budową lub Przebudową infrastruktury kolejowej w zakresie zabudowy systemu ETCS”. Zamawiający nie miał podstaw do uzupełnienia tego opisu o wiedzę własną czy też dopytywania wykonawcy w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. To wykonawca powinien wykazać przesłanki do przyznania mu punktacji w ramach kryterium oceny ofert już w samej treści oferty, w tym przypadku w Wykazie Personelu. Ponadto, nawet w odwołaniu Odwołujący nie wyjaśnił jednoznacznie jaką rolę w wymienionej przez Odwołującego inwestycji pełniła osoba wskazana przez Odwołującego na stanowisko Kierownika robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS.

W zakresie punktacji przyznanej A. wykonawca wyjaśnił, że przedstawił Zamawiającemu doświadczenie Kierownika robót ETCS odpowiednio do brzmienia warunku, który został sformułowany (po zmianie) odmiennie niż w postępowaniu (...). Ponadto, przedstawione w obu postępowaniach wykazy nie są sprzeczne ze sobą lecz obrazują doświadczenie p. G. dobrane odpowiednio do wymogów w obu postępowaniach. Przystępujący wyjaśnił, że projekt „Zabudowa systemu ETCS na robotach budowlanych związanych z przebudową infrastruktury kolejowej na linii kolejowej Z.-C.-granica państwa w (...) w ramach projektu implementacja poziomu 2 ERTMS/ETCS na odcinku B.-Z.-C.- granica państwa” został wykonany w okresie 05.2014 – 08.2015, a nie jak omyłkowo wskazał Przystępujący w Wykazie Doświadczenia w okresie 04.2006 – 01.2009. Prawidłowy termin tych robót wynika wprost z treści Wykazu robót budowlanych (Załącznik nr 8 do IDW) – str. 137 oferty Przystępującego oraz z treści poświadczenia

43

należytego wykonania tej inwestycji wystawionego przez inwestora – Z.S.R. – str. 150-151 oferty. Powyższa omyłka nie wymagała zatem jakiegokolwiek wyjaśnienia. Nieprawdziwe jest także twierdzenie Odwołującego, że w okresie od 05.2014 do 03.2015 Przystępujący nie realizował projektu „Zabudowa systemu ETCS na robotach związanych z przebudową infrastruktury kolejowej na linii Ośrodka testowego V.V.

w R.”. Okres realizacji tej inwestycji został potwierdzony przez inwestora – V.U.Z.a.s. w poświadczeniu z dnia 01.04.2015 r. (str. 139-141 oferty). Ponadto fakt, że w 2005 r. w R. nie funkcjonował system ERTMS nie stoi

w sprzeczności z informacją, iż w okresie 07.2005 – 09.2011 p. G. sprawował funkcję Kierownika robót przy projekcie „Zabudowa infrastruktury kolejowej na linii kolejowej P.-K. w R.”, gdyż przedmiotowa inwestycja została dopiero zakończona w 2011 r.

Przystępujący podkreślił, że żaden z zarzutów przedstawionych powyżej nie został przez Odwołującego udowodniony, a jedynie wykryta omyłka pisarska jest nieistotna i bez znaczenia dla oceny oferty A. w świetle kryterium oceny ofert.

Wykonawca T.P. sp. z o.o. przedstawił swoje stanowisko w sprawie pismem z dnia 4 października 2017 r. Przystępujący T. wniósł o oddalenie odwołania. Odnosząc się do zarzutów zawartych w odwołaniu wskazał, co następuje.

W zakresie zarzutu dotyczącego niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia Przystępujący wyjaśnił, że stosownie do treści warunku określonego w pkt 8.2.3 IDW i zgodnie z wymogami pkt 8.6.1 lit.a IDW Przystępujący w JEDZ (sekcja IV pkt C) i odpowiednio w Wykazie robót budowlanych (załącznik nr 8 do IDW) wykazał realizację 4 inwestycji pomimo, że wymagane było wykazanie tylko 1 zabudowy systemu ERTMS/ETCS na co najmniej 30 km linii kolejowej, w tym dwie inwestycje wykonane samodzielnie przez T.. Już tylko inwestycja opisana w poz. 1 wykazu potwierdza zatem spełnienie ww. warunku udziału w postępowaniu, potwierdzona poświadczeniem z dnia 3 kwietnia 2017 r. niezależnie od tego, że również inwestycja wskazana w poz. 2 wykazu w pełni potwierdza spełnianie ww. warunku. W związku ze złożonym przez Przystępującego zobowiązaniem T. A. do udostępnienia wykonawcy swojego doświadczenia także inwestycja wskazana w poz. 4 wykazu, wykonana samodzielnie przez T. A., dodatkowo potwierdza spełnienie ww. warunku udziału. W zakresie tego zobowiązania Przystępujący wyjaśnił, że wbrew twierdzeniom Odwołującego nie jest to dokument ogólnikowy, lecz określa on wszystkie wymagane elementy konieczne do ustalenia, że udostępnienie zasobów ma charakter realny, umożliwiający prawidłowe

wykonanie przedmiotu zamówienia w określonym zakresie. Zobowiązanie zawiera precyzyjne określenie zakresu używanych zasobów, jak również sposobu wykorzystania udostępnionej wiedzy i doświadczenia, a także zapewnia udział tego podmiotu w realizacji

44

zamówienia w oparciu o umowę podwykonawstwa (załącznik nr 3 do IDW str. 50 oferty).

W odniesieniu do zarzutu niezgodności treści oferty T. z treścią SIWZ w zakresie sekcji 23 IDW sformułowanego w odwołaniu, Przystępujący wyjaśnił, że w ramach innych inwestycji na zabudowę systemu ERTMS/ETCS realizowanych uprzednio, z różnych przyczyn współpracował z innymi podmiotami, w tym w ramach grupy kapitałowej

T., co nie

oznacza, że nie ma samodzielnie możliwości realizacji takiego zamówienia, w tym w szczególności w zakresie zastrzeżonym do osobistego wykonania w przedmiotowym postępowaniu. Przystępujący podkreślił, że zakres ten nie obejmuje dostawy systemu ERTMS/ETCS, co jasno wynika z sekcji 23 IDW. Przystępujący wskazał również, że wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny w pkt I zawierają obszernie wyjaśnienie kwestii zmian funkcjonalnych w ramach grupy kapitałowej T., w tym programu przeniesienia kompetencji technicznych, skutkujących możliwością wykonania szerokiego zakresu prac bezpośrednio przez Przystępującego. Przystępujący potwierdził, że złożona oferta jest zgodna z SIWZ oraz że zamierza samodzielnie wykonać część robót zgodnie z pkt 23 IDW. Ponadto wykonawca oświadczył, że zamierza wykonać samodzielnie dostawę oprogramowania niezbędnego do zabudowy ERTMS/ETCS. Przystępujący potwierdził, że będzie korzystał z podwykonawstwa T. A. w zakresie w skazanym na str. 122 oferty.

Przystępujący podkreślił brak uzasadnienia do wezwania T. do wyjaśnień w powyższym zakresie w trybie art. 87 ust. 1 Pzp z uwagi na jednoznaczność i klarowność treści złożonej oferty.

W tym kontekście również nieuzasadniony jest w ocenie Przystępującego zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez brak wykluczenia T. ze względu na wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, na skutek którego błędu Zamawiający dokonał wadliwej czynności wyboru oferty T. jako najkorzystniejszej. Tym samym nie miało miejsca również naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty T. jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu.

W zakresie zarzutu dotyczącego zastrzeżenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa, Przystępujący wyjaśnił, że przedmiotowe informacje posiadają wartość gospodarczą i handlową z uwagi na fakt, że niektóre z nich mają charakter organizacyjny przedsiębiorstwa, przywołują wybrane rozwiązania techniczne, oryginalność rozwiązań, metody kalkulacji ceny, kalkulacje, jak i konkretne dane cenotwórcze, które mogą być przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami. Dane te stanowią dorobek wieloletniej współpracy i doświadczenia wykonawcy zdobytego na rynku, struktury i strategii budowania ceny oferty, która jest pochodną przyjętych przez wykonawcę sposobów minimalizowania ryzyka oraz kosztów wykonania zamówienia, wyceny ryzyka, itp. praktycznych informacji wypracowanych przez wykonawcę w toku prowadzonej działalności

45

na rynku. Wyjaśnienia zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa już na etapie ich składania.

W odniesieniu do zarzutu rażąco niskiej ceny oferty T. Przystępujący wyjaśnił, że na wezwanie Zamawiającego, pismem z dnia 30 czerwca 2017 r. złożył obszernie wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny oferty oraz przedłożył stosowne

dowody na poparcie

przedstawionych Zamawiającemu wyliczeń i wyjaśnień. W sposób bardzo precyzyjny wykazał i udowodnił okoliczności i uwarunkowania, które umożliwiły mu zaoferowanie niższej ceny. W wyjaśnieniach z dnia 30 czerwca 2017 r. Przystępujący wskazał konkretne uwarunkowania i obiektywne czynniki jakie będą towarzyszyć realizacji zamówienia, odniósł się do wszystkich elementów wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 Pzp, w tym m.in. w zakresie opisu oszczędności metody wykonania i wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych Przystępującemu (str. 8-15), wybranych rozwiązań technicznych, oryginalności rozwiązań, jak i pozostałych wyjątków sprzyjających warunków

wykonywania zamówienia dostępnych Przystępującemu (str. 15-25). Przetworzył szczegółowe wyjaśnienie ceny z podziałem na poszczególne składniki, z uwzględnieniem kosztów i zysków na poszczególnych z elementach (str. 30-36). Wyjaśnienia z dnia 19 lipca 2017 r. zawierają doszczegółowienie w zakresie pozycji 3.2 RCO „Roboty budowlano-montażowe w zakresie warstwy nadzrędnego LCS”, wszystkie wnioskowane przez Zamawiającego informacje wraz z dowodami, w tym szczegółową kalkulację cen jednostkowych ujętych w tym punkcie RCO z rozbiorem oddzielnie na każdą pozycję oraz uwzględnia rozbiorem na poszczególne 8 elementów wymienionych przez Zamawiającego w jego piśmie z dnia 12 lipca 2017 r. Przystępujący podkreślił, że Zamawiający określił w postępowaniu szczegółowe procedury związane z wyliczeniem wszelkich cen jednostkowych i wprowadził wymóg ich zatwierdzenia przez Zamawiającego, jak i Inżyniera, stosownie do subklauzuli 14.4 WU (Tom II SIWZ Warunki Umowy). Przystępujący podkreślił, że złożone wyjaśnienia potwierdzają, że poziom zaoferowanej ceny nie stwarza żadnego zagrożenia dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia i gwarantuje wykonanie zamówienia, zgodnie z najwyższymi standardami i oczekiwaniami Zamawiającego.

Odnosząc się do wniosków Odwołującego zawartych w piśmie z dnia 3 października 2017 r., Przystępujący wskazał, że żądanie odtajnienia wyjaśnień w zakresie kategorii (rodzajów) informacji powołanych w treści wyjaśnień lub sporządzenia przez Zamawiającego stosownego zestawienia tych informacji nie znajduje podstawy prawnej. Ujawnienie tych informacji oczywiście w żaden sposób nie spowoduje możliwości weryfikacji przez Odwołującego merytorycznej zawartości tych dokumentów. Przystępujący wniosł

że o nieuwzględnienie powyższego wniosku.

Podkreślił również, odtajnienie listy

podwykonawców złożonej wraz z ofertą nie jest jednoznaczne z obowiązkiem odtajnienia informacji dotyczących rozliczeń finansowych i warunków handlowych zawieranych umów.

46

Pismem z dnia 5 października 2017r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wniesione przez B.. Wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego na jego rzecz. Pismo powyższe zawiera w części informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa (dotyczące poszczególnych wykonawców).

Odnosząc się do zarzutu nieprawidłowej oceny oferty Odwołującego, Zamawiający wskazał, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, w obu prowadzonych postępowaniach tj. (...) i (...) opis sposobu oceny ofert nie był tożsamy – w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wymagał co najmniej 10 miesięcznego doświadczenia na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót lub Inspektora nadzoru w zakresie zabudowy systemu ETCS na robotach związanych z Budową lub Przebudową infrastruktury kolejowej w zakresie zabudowy ETCS, tj. bez uwzględnienia doświadczenia „w zakresie sterowania ruchem kolejowym”. W oparciu o przedstawione przez Odwołującego w Wykazie Personelu informacje w odniesieniu do inwestycji wskazanej w poz. 8 Zamawiający nie mógł przyznać dodatkowych punktów w zakresie doświadczenia kierownika robót. Szczegółowe informacje zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Zamawiający dodatkowo wyjaśnił, że nawet przyznanie trzech dodatkowych punktów nie będzie skutkowało uzyskaniem najwyższej liczby punktów w postępowaniu, zatem nawet stwierdzenie naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp w tym zakresie nie może mieć wpływu na wynik postępowania. Zamawiający uznał ponadto, że to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania spełnienia warunków udziału, pomimo że inwestycja była realizowana na rzecz Zamawiającego. Zdaniem Zamawiającego, w świetle orzecznictwa KIO (tak wyrok KIO 884/17, KIO 1253/17) nie było też podstaw do wezwania Odwołującego do wyjaśnień w zakresie złożonego w ofercie Wykazu Personelu, gdyż dokument ten podlegał ocenie w ramach kryterium oceny ofert, a nie do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W związku z powyższym nie podlega on uzupełnieniu lub wyjaśnianiu.

W zakresie zarzutów dotyczących oferty wykonawcy A., Zamawiający wskazał, że opis inwestycji zawartej w wykazie personelu (w poz. 1) nie jest nazwą inwestycji lecz opisem doświadczenia kierownika robót. A. rozpoczęło prace nad wdrożeniem systemu ETCS znacznie wcześniej, natomiast implementacja poziomu 2 ETCS faktycznie rozpoczęła się w 2006 r. Zamawiający przedstawił jako dowód - wydruk ze strony internetowej (ze stycznia 2006 r.), z którego wynika, że implementacja GSMR na odcinku powoływanym przez A. w wykazie została zakończona w 2009 r. W odniesieniu do wskazanej w poz. 2 Wykazu Personelu - inwestycji na linii Ośrodka testowego V.V. w R. – Zamawiający wyjaśnił,

że według informacji prasowych z 2014 r. inwestycja została rozpoczęta z pewnością przed sierpniem 2014 r. W odniesieniu do pozycji 3 wykazu personelu, Zamawiający wyjaśnił, że również w tym przypadku termin realizacji inwestycji jest potwierdzony w powszechnie

47

dostępnych informacjach – artykułu prasowego „Pilot Project ETCS in C.” (tłum. Pilotażowy projekt ETCS w C. zakończony), w którym wprost wskazano datę rozpoczęcia projektu – July 2005 (tłum. lipiec 2005). Odwołujący nie przedstawił natomiast żadnych dowodów na poparcie powyższych zarzutów. W odniesieniu do zarzutu „zazębiania się” okresów doświadczenia pełnienia funkcji kierownika budowy lub kierownika robót (p. P. G.) Zamawiający podkreślił, że również Odwołujący przedstawił w taki sposób doświadczenie przez osobę wskazaną na stanowisko kierownika robót, która zdobywała doświadczenie w 2015 r. na czterech inwestycjach jednocześnie.

W zakresie zarzutów dotyczących oferty T., Zamawiający wyjaśnił, że warunek udziału w postępowaniu opisany w pkt 8.6.1 i odpowiednio 8.2.3 IDW został wykazany przez T. w poz. 1 Wykazu wraz z poświadczeniem, z którego wynika samodzielne zrealizowanie tego zamówienia przez T.. Pozostałe inwestycje nie mają znaczenia dla wykazania spełnienia warunku udziału dotyczącego wykonania jednej inwestycji – zabudowy systemu ERTMS/ETCS na co najmniej 30 km linii kolejowej, zatem Zamawiający nie miał obowiązku ich badania pod względem spełnienia warunku udziału. Złożony przez wykonawcę w trybie art. 26 ust. 1 Pzp wykaz doświadczenia wraz z referencjami nie pozostawia żadnych wątpliwości co do spełnienia warunków udziału przez T..

W zakresie niezgodności oferty z treścią SIWZ (w zakresie pkt 23 IDW), Zamawiający stwierdził, że Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na fakt, że T. nie przygotuje samodzielnie oprogramowania niezbędnego do zabudowy systemu ERTMS/ETCS. Zamawiający wskazał, że dysponuje wieloma umowami potwierdzającymi samodzielną realizację tego zakresu prac przez T..

W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny oferty T. Zamawiający nie podzielił stanowiska Odwołującego. Wyjaśnił, że dokonując zmiany ogłoszenia nr VI z dnia 2 maja 2017 r. dokonał też zmiany wartości szacunkowej zamówienia z kwoty 1 236 000 000,00 zł netto (1 520 280 000,00 zł brutto) na 1 854 000 000,00 zł netto (2 280 420 000,00 zł brutto), przy czym wartość zamówień dodatkowych została określona na 1 520 280 000,00 zł brutto. Zamawiający podniósł, że wszystkie złożone oferty w sposób znaczący odbiegają od szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia. W świetle powyższego mogło nastąpić przeszacowanie wartości zamówienia. Zdaniem Zamawiającego, różnica w cenie oferty T. i oferty Odwołującego jest nieznaczna i wynosi ok. 200 mln zł. Zamawiający wskazał, że w innych postępowaniach na podobny przedmiot zamówienia rozkład oferowanych cen w stosunku do szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia i średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert był zbliżony jak w niniejszym postępowaniu. Zdaniem Zamawiającego, wykonawca T. złożył wyczerpujące i poparte dowodami wyjaśnienia, które przekonały Zamawiającego, że cena oferty T. nie jest rażąco niska. Zamawiający zaprzeczył

48

zasadności zarzutu nieuprawnionego zastrzeżenia przez T. informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wskazując że zastrzeżone zostały dane wrażliwe, których ujawnienie może bezpośrednio lub pośrednio stanowić szkodę po stronie T..

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestników postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2016, poz. 1020) z uwagi na datę opublikowania ogłoszenia o zamówieniu, do niniejszego postępowania stosuje się przepisy ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym po wejściu w życie ww. ustawy, tj. po dniu 28 lipca 2016 r.

Izba stwierdziła, że obaj odwołujący się wykonawcy wykazali spełnienie przesłanek

określonych w art. 179 ust. 1 Pzp, legitymujących do wniesienia odwołań. W przypadku Odwołującego A.P. s.r.o., uwzględnienie odwołania umożliwiłoby temu wykonawcy uzyskanie zamówienia. Odwołujący B.T.Z.P. sp. z o.o. uzyskał w rankingu trzecią pozycję, zatem uwzględnienie odwołania w zakresie zarzutów zarówno wobec oferty T.P. sp. z o.o., jak i A.P. s.r.o. mogłoby skutkować uzyskaniem zamówienia przez Odwołującego. Ewentualne uwzględnienie zarzutu dotyczącego oceny oferty B. w ramach kryterium „Doświadczenie Personelu Wykonawcy” pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

Powyższe okoliczności uzasadniają interes obu Odwołujących w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w przypadku stwierdzenia, że zaskarżone w odwołaniach czynności i zaniechania Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu naruszają przepisy ustawy Pzp

Izba stwierdziła skuteczność przystąpień do postępowania odwoławczego, zgłoszonych w sprawie o sygn. akt KIO 1930/17: wykonawcy T.P. sp. z o.o. - po stronie Zamawiającego oraz wykonawcy B.T.Z.P. sp. z o.o., po stronie Odwołującego, a także w sprawie o sygn. akt KIO 1962/17: wykonawcy A.P. s.r.o. i wykonawcy T.P. sp. z o.o. - po stronie Zamawiającego. Zgłoszone przystąpienia spełniają warunki określone w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

49

Stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp, Izba rozpoznała odwołania w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniach.

KIO 1930/17 - odwołanie A.P. s.r.o.

Zarzut naruszenia art. 96 ust. 3 oraz 8 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez zaniechanie uznania przez Zamawiającego za bezskuteczne dokonane przez T. zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w dokumentach złożonych w ofercie oraz dokumentów złożonych przez T. w wykonaniu wezwania Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp (pismo z dnia 21 lipca 2017 r.) i wyjaśnień T., w szczególności:

- wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny (pismo z dnia 30 czerwca 2017 r. i 19 lipca 2017 r.),
- wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia - Załącznik nr 9 do IDW,
- wykazu personelu na potrzeby kryterium oceny ofert - Załącznik nr 12 do IDW,
- wyjaśnień zawartych w piśmie z dnia 25 sierpnia 2017 r.,

oraz poprzez nieudostępnienie Odwołującemu tej części dokumentacji.

W odniesieniu do powyższego zarzutu Izba ustaliła, że Odwołujący kilkakrotnie zwracał się do Zamawiającego o udostępnienie dokumentów zastrzeżonych w ofercie T. jako tajemnica przedsiębiorstwa, jak i dokumentów złożonych przez T. w toku postępowania na wezwania kierowane przez Zamawiającego.

W zakresie dokumentów złożonych przez T. w ofercie, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, Zamawiający wypowiedział się co do skuteczności zastrzeżenia zawartych w nich informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym wykazu personelu – składanego na potrzeby kryterium oceny ofert oraz informacji zawartej w JEDZ na temat osób wskazanych do realizacji zamówienia - pismem z dnia 4 lipca 2017 r. Zamawiający jednoznacznie utrzymał zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w powyższym zakresie dokonane przez T., o czym powiadomił Odwołującego wskazanym wyżej pismem w dniu 4 lipca 2017 r.

Na decyzję Zamawiającego z dnia 4 lipca 2017 r. o utrzymaniu skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa T., pozostali wykonawcy mogli wnieść odwołania. Z powyższego uprawnienia skorzystał wykonawca B., który wniósł odwołanie w dniu 17 lipca 2017 r. W wyniku rozpoznania tego odwołania zapadł wyrok KIO w dniu 28 lipca 2017 r. (sygn. akt KIO 1460/17), w którym Izba nakazała Zamawiającemu „uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji znajdujących się w ofercie wykonawcy T.P. sp. z o.o. w W. w zakresie dokumentów podwykonawców (jednolitych dokumentów każdego z podwykonawców oraz informacji z KRS oraz centralnej ewidencji

50

działalności gospodarczej podwykonawców) za wyjątkiem informacji zastrzeżonych w innych dokumentach”.

Odwołujący A. nie wniósł samodzielnego odwołania wobec czynności Zamawiającego

z dnia 4 lipca 2017 r. i nie przystąpił do postępowania wszczętego odwołaniem wniesionym przez B..

Biorąc pod uwagę powyższe, podnoszenie przez wykonawcę A. zarzutów w omówionym powyżej zakresie na obecnym etapie należy uznać za spóźnione. Zgodnie bowiem z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie albo w terminie 15 dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób – w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Odwolujący w dniu 4 lipca 2017 r. otrzymał informację, że Zamawiający podjął decyzję co do skuteczności zastrzeżenia przez wykonawcę T. określonych informacji w ofercie jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Zatem 10-dniowy termin na wniesienie odwołania rozpoczął bieg od momentu przesłania Odwołującemu ww. informacji. W związku z powyższym, początkiem biegu terminu do wniesienia odwołania, odnoszącego się do odmowy udostępnienia informacji był dzień następny, po dniu w którym nastąpiła czynność Zamawiającego, tj. w dniu 5 lipca 2017 r. Termin do wniesienia odwołania upłynął w dniu 15 lipca 2017 r. Wobec powyższego, podniesienie zarzutów w omawianym zakresie w odwołaniu dopiero w dniu 15 września 2017 r. należy uznać za spóźnione.

Wykaz osób zdolnych do realizacji zamówienia oraz uzasadnienia punktacji przyznanej T. w kryterium „Doświadczenie Personelu Wykonawcy” (część pisma z dnia 6 września 2017 r. skierowanego do T.) oraz zastrzeżonej części pisma T. z dnia 25 sierpnia 2017 r. w zakresie pkt 1, 2 i 3, odnoszą się wprost do informacji zastrzeżonych w ofercie, zatem należy je traktować jako tajemnicę przedsiębiorstwa T., która została skutecznie zastrzeżona już wcześniej przez wykonawcę i podlegała weryfikacji w stosownym terminie. Izba ustaliła, że z dokumentacji postępowania wynika jednoznacznie, że informacje zawarte w tych dokumentach dotyczą wprost informacji, które zostały pierwotnie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofercie i złożonych dokumentach, wobec czego podlegają one stosownej ochronie w konsekwencji zastrzeżenia uprzednio dokonanego przez T.. Te same informacje, które wskazano w JEDZ zostały zawarte w wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia - Załącznik nr 9 do IDW (przesłany wraz z pismem T. z dnia 31 lipca 2017 r.), złożonym na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp. Zatem zastrzeżenie tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest wprost konsekwencją wcześniejszego zastrzeżenia dokonanego w ofercie.

Niezależnie od powyższego, Izba zważyła dodatkowo, co następuje.

51

Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zgodnie z art. 11 ust. 4 uznk, przez tajemnicę przedsiębiorstwa należy rozumieć nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Wymienione powyżej przesłanki muszą być spełnione łącznie. Powszechnie przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania (np. formuł chemicznych, wzorców i metod działania) - tak wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., I CKN 304/00, OSNC 2001, Nr 4, poz. 59. Z kolei, za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa (wyrok WSA w W. z dnia 18 stycznia 2013 r., II SA/Wa 1328/12). Natomiast informacja handlowa obejmuje całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, a niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., I CKN 304/00, OSNC 2001, Nr 4, poz. 59). Pojęcia te (informacje techniczne, technologiczne lub organizacyjne przedsiębiorstwa) powinny być rozumiane szeroko, również jako „wiadomości dotyczące sposobów produkcji, planów technicznych, metod kontroli jakości, wzorów użytkowych i zdobniczych, wynalazków nadających się do opatentowania, jak też informacje

związane z działalnością marketingową, z pozyskiwaniem surowców, organizowaniem rynków zbytu czy informacje odnoszące się do struktury organizacyjnej, zasad finansowania działalności, wysokości wynagrodzeń pracowników. Do tajemnic przedsiębiorstwa zalicza się również tzw. poufne know-how, w tym zarówno know-how produkcyjne, jak i know-how handlowe (M. Uliasz, Przestępstwo naruszenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Monitor Prawniczy nr 22/2001). Informacja taka nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może ona być znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane wejściem w jej posiadanie. Ponadto, na tajemnicę przedsiębiorstwa składa się całokształt informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych, handlowych i innych, a nie jedynie poszczególne ich elementy. Fakt, że informacje dotyczące np. poszczególnych elementów urządzenia są jawne, nie decyduje o odebraniu zespołowi wiadomości o produkcie przymiotu poufności (wyrok SN z dnia 13 lutego 2014, V CSK 176/13; wyrok SN z dnia 28.02.2007 r. sygn. akt V CSK 4444/06; Lex Polonica nr 1227936).

52

W ocenie Izby, ta część oferty T., która nie została odtajniona w toku postępowania przez Zamawiającego, kwestionowana w odwołaniu, objęta przez wykonawcę T. zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, spełnia łącznie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 4 uznk. Fakt spełnienia tych przesłanek został wykazany przez T. równocześnie z dokonaniem zastrzeżenia informacji. Wykonawca odniósł się w uzasadnieniu zastrzeżenia do rodzaju informacji (informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne, inne) oraz wykazał, że informacje te posiadają wartość gospodarczą. Fakt, że projekty z zakresu systemów ERTMS/ETCS wykonywane są na rzecz podmiotów publicznych i ich opisy są jawne, w ocenie Izby, nie przesądza o braku możliwości zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa konkretnego wykazu osób dedykowanych do realizacji przedmiotowego zamówienia, w tym - w zakresie opisu projektów zrealizowanych przez wskazane osoby. Pomimo tego, że wykaz osób oraz wykaz personelu zawiera zestawienie osób dedykowanych przez T. do pełnienia funkcji, których sprawowanie wymaga ujawnienia danych osobowych tych osób w dokumentacji budowlanej w trakcie realizacji zamówienia, nie przesądza o tym, że na etapie składania oferty informacje te nie mogą mieć charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący przyznał, że inwestycji, o wymaganych w SIWZ parametrach dotyczących systemów ETCS, zostało w Polsce wykonanych jedynie kilka, więc ujawnienie nazwy kontraktu pozwala na łatwe ustalenie danych osób pełniących funkcje kierownicze na wskazanych kontraktach. W tych okolicznościach zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykazów osób może być uzasadnione na etapie składania oferty, w szczególności wobec możliwości tzw. podkupienia konkretnych specjalistów przez innych wykonawców, biorąc pod uwagę, że osoby te posiadają bardzo specjalistyczne i poszukiwane na tym rynku kwalifikacje i doświadczenie. Dane te mają zatem istotne znaczenie i istotną wartość gospodarczą, gdyż mogą decydować o szansach wykonawcy i możliwości uzyskania zamówienia. Należy mieć tu na uwadze wyjątkowo specjalistyczny charakter przedmiotu zamówienia i niewątpliwie wąski rynek wykonawców w tej branży. Pomimo zatem niespornego faktu, że wykazane projekty były wykonywane na rzecz podmiotów publicznych - odbiorców systemów ERTMS/ETCS – w okolicznościach tej sprawy ujawnienie opisów projektów (zamówień) realizowanych przez osoby dedykowane do pełnienia kierowniczych funkcji w ramach przedmiotowego zamówienia, powodowałoby możliwość identyfikacji tych osób. Zastrzeżenie samych tylko nazwisk i imion wskazanych osób nie miałoby zatem jakiegokolwiek sensu, gdyż byłoby to zastrzeżenie jedynie pozorne. Podnoszone przez Odwołującego w tym zakresie twierdzenia przeciwne nie zostały poparte żadnymi dowodami, podczas gdy to na Odwołującym spoczywał ciężar dowodu w zakresie udowodnienia okoliczności, na które się powołuje i z których wywodził skutki prawne.

W zakresie zarzutu nieudostępnienia Odwołującemu na wniosek z dnia 7 września 2017 r. wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 30 czerwca 2017 r. i z dnia 19 lipca 2017 r., Izba

53

zważyła, że wykonawca T. prawidłowo wykazał przesłanki wymagane do uznania zastrzeżonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Uzasadnienie do zastrzeżenia ww. dokumentów zostało przedstawione przez T. każdorazowo jednocześnie z dokonaniem zastrzeżenia oraz zgodnie z wymogami art. 8 ust. 3 Pzp i art. 11 ust. 4 uznk. Nie budzi wątpliwości Izby

fakt, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny ze względu na charakter przedstawianych w wyjaśnieniach informacji, w tym - co do sposobu kalkulacji ceny oferty, szczegółowych kosztów, informacji o charakterze gospodarczym, technicznym, technologicznym w zakresie proponowanych metod realizacji i proponowanych rozwiązań, handlowym i organizacyjnym (oferty podwykonawców, umowy o współpracy itp.) posiadają wymierną wartość gospodarczą dla innych podmiotów działających na tym samym rynku. Nie można odmówić im charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa, w szczególności wówczas, gdy dany wykonawca, w tym przypadku T., podejmuje działania zmierzające do zachowania tych informacji w poufności i ich ochrony przed ujawnieniem do wiadomości publicznej. Do istotnych przesłanek warunkujących efektywną ochronę prawną tajemnicy przedsiębiorstwa należy bowiem: uprzednie wyodrębnienie określonej wiadomości jako informacji poufnej, doniosłość poufnej informacji dla majątkowych interesów przedsiębiorcy, podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności oraz brak okoliczności uwalniających od obowiązku dochowania tajemnicy. W niniejszej sprawie wszystkie przesłanki wymagane do uznania zastrzeżonych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa zostały wykazane przez T., co uzasadnia prawidłowość decyzji Zamawiającego w zakresie utrzymania ochrony tych informacji przed ujawnieniem ich do wiadomości publicznej.

Podnoszona przez Odwołującego okoliczność, że każdy z wykonawców posiada własne rozwiązania w zakresie systemów ETCS tym bardziej w ocenie Izby uzasadnia konieczność ochrony przez danego wykonawcę własnych rozwiązań i know how jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym również co do zasad i sposobu wyceny zamówienia na zabudowę systemu ETCS. Twierdzenia Odwołującego, że w zakresie wyjaśnień ceny wykonawca T. nie wykazał, że nie ujawni na etapie realizacji - sposobu kalkulacji poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia oraz że informacje te stanowią jakkolwiek poufną informację, pozostały gołosłowne - nie zostały poparte przez Odwołującego żadnymi dowodami.

Ponadto Izba wskazuje, że w pewnych okolicznościach, w szczególności wówczas gdy informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi jedynie niewielką część dokumentu zasadne jest utajnienie jedynie danej części dokumentu. W przypadku natomiast, gdy zakres tajemnicy przedsiębiorstwa jest przeważający lub ma znaczną objętość (np. kilkaset stron), za uzasadnione należy uznać utajnienie całych dokumentów. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie uchybił tym zasadom.

54

W konsekwencji Izba stwierdziła, że Zamawiający nie miał podstaw by uznać, że dokonane przez T. zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa było bezskuteczne – zarówno w zakresie złożonych przez T. wyjaśnień rażąco niskiej ceny, jak i wykazów osób i personelu, a także informacji w zakresie uzasadnienia przyznanej T. punktacji i wyjaśnień złożonych pismem z dnia 25 sierpnia 2017 r. (pkt 1, 2 i 3).

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 3 ust. 1 oraz 15 ust. 1 pkt 3 uznk, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty T., pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że złożenie przez T. oferty zawierającej zastrzeżenie dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 uznk.

Zgodnie z przepisem art. 3 ust. 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Izba zważyła, że przepis art. 8 ust. 3 Pzp przewiduje wyjątki od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, określonej w art. 8 ust. 1 Pzp. W świetle obowiązujących przepisów, w określonych w ustawie warunkach wykonawca posiada uprawnienie do zastrzeżenia informacji składanych w ofercie przy ubieganiu się o udzielenie zamówienia publicznego jako tajemnicy przedsiębiorstwa, które nie podlegają ujawnieniu. Zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa mogą bowiem podlegać informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje, które zgodnie z art. 11 ust. 4 uznk, nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej oraz posiadają wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Zamawiający ma obowiązek zbadania zastrzeżonych informacji

pod kątem spełnienia wszystkich przesłanek skuteczności zastrzeżenia.

Izba nie podzieliła tezy prezentowanej przez Odwołującego, iż zastrzeganie, jako tajemnicy przedsiębiorstwa części dokumentów i informacji, które dotyczą spełniania warunków udziału jest działaniem sprzecznym z art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 1 Pzp oraz dobrymi obyczajami, uniemożliwiającym wykonawcom konkurencję przy ubieganiu się o zamówienia publiczne. W szczególności Izba zważyła, że przepisy ustawy Pzp nie ograniczają możliwości zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa ze względu na rodzaj tych informacji lub ich znaczenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, za wyjątkiem informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 Pzp. Dlatego nieuprawniona jest teza, że informacje odnoszące się do spełniania warunków udziału w postępowaniu nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy.

W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał także w toku postępowania, że wykonawca T.

55

zastrzegł w ofercie i w toku postępowania informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa w celu utrudnienia uczciwej konkurencji. Odwołujący nie wykazał w szczególności, że celem i zamiarem T. było wyłącznie uniemożliwienie innym wykonawcom weryfikacji poprawności oferty T. oraz zasadności przyznania T. maksymalnej liczby punktów w kryterium oceny ofert DPW lub weryfikacji poprawności wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Nie można wprost przyjąć tezy, że Zamawiający nie jest w stanie prawidłowo ocenić skuteczności zastrzeżenia przez wykonawców informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa lub spełnienia wymagań SIWZ przez wykonawców biorących udział w postępowaniu. Nie można z góry odmówić stosownych kompetencji Zamawiającemu, który działa od lat w określonej branży, a udzielając zamówień w danym zakresie staje w tej dziedzinie profesjonalistą. Z samego faktu nieskuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę nie można wywodzić, że działanie to ma na celu utrudnienie konkurencji, zwłaszcza wówczas, gdy w wyniku weryfikacji zastrzeżenia, Zamawiający ostatecznie odtajnia nieprawidłowo zastrzeżone informacje.

Izba wskazuje również, że nieuprawnione jest wywodzenie z treści art. 3 ust. 2 uznk, zgodnie z którym, czynem nieuczciwej konkurencji jest naruszanie tajemnicy przedsiębiorstwa, że czynem nieuczciwej konkurencji jest nieuzasadnione zastrzeganie przez wykonawcę tajemnicy przedsiębiorstwa. Przepis ten określa w sposób szczególny konkretne działanie, klasyfikując je jako czyn nieuczciwej konkurencji. Wobec jednoznacznego brzmienia, przepis ten nie podlega interpretacji rozszerzającej. Czyny nieuczciwej nieopisane w sposób szczegółowy w konkretnych przepisach ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji należy kwalifikować w oparciu o art. 3 ust. 1 uznk, który określa przesłanki uznania danego działania za czyn nieuczciwej konkurencji.

Izba nie stwierdziła również naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, poprzez utrudnianie przez wykonawcę T. Odwołującemu dostępu do rynku. Odwołujący podnosił w ramach tego zarzutu, że T. dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 3 uznk, poprzez utrudnianie Odwołującemu dostępu do rynku, w szczególności przez rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów. Odwołujący w tym zakresie wskazywał, że T. odmówił Odwołującemu współpracy przy realizacji zamówienia objętego przedmiotowym postępowaniem, dotyczącej integracji interfejsów, a tym samym utrudnił dokonanie przez Odwołującego optymalnej wyceny wykonania czynności integracyjnych. Pismem z dnia 23 marca 2017 r. T. odmówił udziału w proponowanym przez A. spotkaniu i określenia zasad współpracy w powyższym zakresie, a ponadto, nie odpowiedział na kolejne pismo Odwołującego w tej sprawie z dnia 3 kwietnia 2017 r.

Izba zważyła, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, oferta podlega odrzuceniu jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. W świetle tego przepisu, podstawą do

56

odrzucenia oferty jest ocena działania wykonawcy polegającego na złożeniu oferty. Czynność odmowy określenia przez T. zasad współpracy oraz wyceny udostępnienia Odwołującemu informacji niezbędnych do dokonania integracji interfejsów w przedmiotowym postępowaniu stanowi działanie, którego nie można zakwalifikować jako czynności tożsamej ze złożeniem oferty. Nawet jeśli określone działanie wykonawcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a nie wpływa na czynność złożenia oferty przez danego wykonawcę

w konkretnym postępowaniu, to nie może ono stanowić podstawy odrzucenia tej oferty w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Dodać należy również, że jak wyjaśnił Przystępujący T., pismo Odwołującego skierowane do T., na które T. odpowiedział w dniu 23 marca 2017 r. nie miało związku i nie dotyczyło przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia lecz nawiązywało do innego postępowania prowadzonego przez Zamawiającego (...), co jednoznacznie wynika z treści odpowiedzi T. załączonej do odwołania (pismo z dnia 23 marca 2017 r.). Natomiast pismo z 3 kwietnia 2017 r. według oświadczenia T. nigdy nie wpłynęło do tego wykonawcy. Podkreślić należy, że Odwołujący nie zaprzeczył powyższym okolicznościom.

Reasumując, zarzut popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, poprzez odmowę podjęcia współpracy z Odwołującym, która nie miała związku z czynnością złożenia oferty przez T., może podlegać rozpoznaniu w trybie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a nie ustawy Pzp, która w art. 89 ust. 1 pkt 3 sankcjonuje czynność złożenia oferty, która stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a nie inne bezprawne czynności lub zaniechania, które mogą stanowić czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu tej ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty T., która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz naruszenia art. 90 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez wielokrotne wzywianie T. do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Odwołujący podnosił w odwołaniu, że cena zaoferowana przez T. jest ceną rażąco niską nie tylko w odniesieniu do ceny wskazywanej jako wynagrodzenie za wykonanie całości przedmiotu zamówienia (ceny ofertowej), ale i w odniesieniu do poszczególnych cen podanych w Rozbiciu Ceny Ofertowej. Odwołujący twierdził, że ceny jednostkowe T. są nierynkowe i nie jest możliwe wykonanie zamówienia w ramach ceny zaoferowanej przez T.. Podkreślił, że na tym rynku nie występują aż takie różnice cenowe oferowanych prac przez podwykonawców, a zaniżone ceny w ofercie T. dotyczą kosztów zasadniczych dla wykonania zamówienia.

57

Zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);
 - 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.
 - 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
 - 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
 - 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.
- 1a. W przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:
- 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
 - 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Zgodnie natomiast z art. 90 ust. 2 Pzp, obowiązek wykazania, że cena nie jest rażąco niska, spoczywa na wykonawcy.

W toku badania ofert, Zamawiający stwierdził, że zostały spełnione przesłanki przepisu art. 90 ust. 1 Pzp, które obligują Zamawiającego do żądania wyjaśnień w zakresie obalenia domniemania ustawowego - rażąco niskiej ceny oferty T..

Wykonawca T. w dniu 19 czerwca 2017 r. został wezwany do udzielenia wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty. Pismem z dnia 30 czerwca 2017 r. T. złożył stosowne wyjaśnienia dotyczące sposobu obliczenia ceny złożonej oferty, zastrzegając ich poufność w całości jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. W dniu 12 lipca 2017 r. Zamawiający wezwał T. do uszczegółowienia złożonych wyjaśnień

58

rażąco niskiej ceny, wskazując w szczególności, iż wymaga przedstawienia przez T. szczegółowej kalkulacji cen jednostkowych wskazanych ppkt 3.2 RCO „Roboty budowlano-montażowe w zakresie warstwy nadrzędnej LCS” dla każdej z pozycji oddzielnie. W dniu 19 lipca 2017 r. T. złożył dodatkowe wyjaśnienia, również w całości zastrzegając ich poufność jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący podnosił, że cena zaoferowana przez T. stanowi około 75 % średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, a zatem nie przekracza progu 30%, o którym mowa w art. 90 ust. 1a Pzp. Cena zaoferowana przez T. stanowi jednocześnie około 66% wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, a więc jest niższa od tej wartości o 34% %. Zamawiający sprostował powyższe wyliczenia Odwołującego wskazując, że dokonał zmiany ogłoszenia o zamówieniu nr VI z dnia 2 maja 2017 r., w wyniku której dokonał zmiany wartości zamówienia z kwoty 1 236 000 000,00 zł (1 520 280 000,00 zł) na kwotę 1 854 000 000,00 zł (2 280 420 000,00 zł), przy czym wartość zamówień podstawowych została określona na 1 520 280 000,00 zł brutto. W świetle powyższego cena oferty T. wynosząca 850 053 000,00 zł stanowi 82% średniej arytmetycznej cen złożonych ofert i 56% wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT. Jednocześnie pozostałe oferty stanowią odpowiednio 104% i 114% w stosunku do średniej arytmetycznej wszystkich cen ofert oraz 72% i 78% w stosunku do wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT. Zamawiający przedstawił przykładowe porównanie zaoferowanych cen w postępowaniu na (...), z którego wynika, że rozkład wszystkich ofert w stosunku do średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert oraz wartości zamówienia był zbliżony jak w przedmiotowym postępowaniu, przy czym w postępowaniu na (...) ofertą z najniższą ceną była oferta Odwołującego, a w postępowaniu na linii W. osobowa – D. Zadanie D-SRK – oferta B..

Izba zważyła, że sam fakt, iż zaoferowana przez T. cena jest niższa od wartości wskazanych w art. 90 ust. 1a Pzp, nie przesądza o rażącym charakterze danej ceny. Okoliczność ta jest jedynie przesłanką do podjęcia przez Zamawiającego procedury badania wysokości zaoferowanej ceny.

W okolicznościach tej sprawy wymagane czynności badania ceny oferty T. w zakresie ceny oferty zostały podjęte przez Zamawiającego w sposób uzasadniony i zgodny z art. 90 ust. 1 i 1a Pzp. Zamawiający, pismem z dnia 19 czerwca 2017 r. wezwał wykonawcę T. do złożenia wyjaśnień. Wezwanie zostało sformułowane w sposób ogólny w oparciu o treść przepisu. Zamawiający wezwał wykonawcę do przedłożenia dowodów na okoliczność realności zaoferowanej ceny. Wskazał na konieczność wykazania i udowodnienia istnienia konkretnych uwarunkowań i obiektywnych czynników towarzyszących realizacji zamówienia, które pozwoliły na obniżenie ceny przez T. w porównaniu do wartości zamówienia oraz w stosunku do cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców.

59

Wykonawca T. złożył wyjaśnienia pismem z dnia 30 czerwca 2017 r. Na kolejne wezwanie z dnia 12 lipca 2017 r., wykonawca T. złożył dodatkowe wyjaśnienia pismem z dnia 19 lipca 2017 r. uszczegółowione w zakresie wymaganym przez Zamawiającego. Łącznie złożone przez T. wyjaśnienia są obszernie i szczegółowe oraz zawierają liczne dowody potwierdzające wszystkie kluczowe twierdzenia i wywody wykonawcy zawarte w wyjaśnieniach. W ocenie Izby powyższe wyjaśnienia uprawniały Zamawiającego do uznania, że wykonawca T. wykazał w sposób przekonujący, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską. Izba zważyła przy tym, że Odwołujący nie uprawdopodobnił w toku

postępowania swojego twierdzenia, że jakiegokolwiek wyjaśnienia T. w żadnej mierze nie mogą uzasadniać zaoferowania tak niskiej ceny. Wbrew zapowiedzi, że „wykaże na rozprawie, że opis przedmiotu zamówienia oraz sposób jego wykonania powodują, że większość kosztów związanych z jego wykonaniem wiąże się z kosztem materiałów i urządzeń, które mają ustalone rynkowe ceny oraz że nie jest możliwe, w normalnych warunkach rynkowych zaoferowanie tak niskiej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia”,

Odwołujący nie przedstawił dowodów potwierdzających powyższe okoliczności w jakimkolwiek zakresie. Odwołujący nie wykazał, że cena zaoferowana przez T. może nie pokrywać kosztów należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Przedstawione przez Odwołującego w załączeniu do pisma z dnia 5 października 2017 r.: Zestawienie cen oferowanych w analogicznych projektach przez podmioty z grupy kapitałowej T. oraz konkurentów, wyciąg z oferty T.P. Sp. z o.o. i T. A. GmbH w postępowaniu na „Zabudowę systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii (...) odcinek P.-R.”, Wyciąg z Programu Funkcjonalno-Użytkowego w postępowaniu j.w., Protokół z otwarcia ofert, projekt „Linie Z – modernizacja zarządzania ruchem (...), Referencje na instalację ERTMS/ETCS (...) przez firmę A.P. s.r.o., Linia K.-B.-granica Państwa A./(...), (...), ogłoszenia o realizacji projektów przez T. , A., S., B. A. i Indra nie zostały opatrzone jakimkolwiek komentarzem Odwołującego, wobec czego Izba uznała je za niemające istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania.

Odwołujący wniósł natomiast o powołanie biegłego spośród osób wpisanych na listę biegłych sądowych prowadzoną przez prezesa Sądu Okręgowego w Warszawie z zakresu wyceny inwestycji budowlanych lub systemów sterowania ruchem kolejowym lub innej specjalności wskazanej przez Krajową Izbę Odwoławczą za wymaganą w celu wydania opinii na okoliczność, czy:

- na podstawie złożonych przez T. wyjaśnień zawartych w piśmie z dnia 30.06.2017 r. możliwe jest jednoznaczne przesądzenie, że cena oferty T. i jej istotne części składowe, nie są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i umożliwia wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i wynikającymi z odrębnych przepisów,

60

- złożone przez T. wyjaśnienia z dnia 30.06.2017 r. zawierają dowody dotyczące wyliczenia całkowitej ceny brutto oferty T., które pozwalają jednoznacznie przesądzić, że cena oferty i jej części składowe nie są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i umożliwiają jego wykonanie zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i wynikającymi z odrębnych przepisów, a w szczególności, że

T. nie oferuje dostawy

urządzeń i oprogramowania poniżej kosztów ich wytworzenia w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a także okoliczność, że cena ta uwzględnia zysk wykonawcy oraz podwykonawcy i poddostawcy,

- ewentualnie z uwzględnieniem wyjaśnień z dnia 19.07.2017 r. – jeżeli Krajowa Izba Odwoławcza uzna, że dopuszczalne było złożenie przez T. tych wyjaśnień.

Izba nie uwzględniła powyższego wniosku Odwołującego. Izba zważyła, że zgodnie z art. 190 ust. 4 Pzp powołanie biegłego jest możliwe jeżeli ustalenie stanu faktycznego wymaga wiadomości specjalnych, tymczasem wniosek zawiera bardzo ogólne pytania ukierunkowane raczej na ocenę niż na ustalenie okoliczności faktycznych. Ponadto, wniosek o powołanie biegłego nie może jedynie służyć przewlekłości postępowania, co miałyby miejsce w sytuacji, gdy Odwołujący nie uprawdopodobnił nawet twierdzeń o rażącym zaniżeniu oferty T.. Opinia biegłego nie może zwalniać lub zastępować Odwołującego z obowiązku aktywności dowodowej w zakresie przynajmniej uprawdopodobnienia okoliczności podnoszonych na potwierdzenie stawianych zarzutów. W ocenie Izby, wniosek Odwołującego o powołanie biegłego nie został prawidłowo i wystarczająco umotywowany i służyłby jedynie przewlekłości postępowania.

Dodatkowo Odwołujący nie wykazał także, że oferta T. zawiera rażąco niskie ceny jednostkowe, a tym samym, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, tj. utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku poprzez sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Żadna z przesłanek wymienionych w tym przepisie nie została przez Odwołującego wykazana (uprawdopodobniona) w niniejszym postępowaniu.

Ponadto, wbrew twierdzeniom Odwołującego, w świetle aktualnego orzecznictwa KIO i sądów okręgowych, dopuszczalne jest ponowne (wielokrotne) wzywanie wykonawcy do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w szczególności jeżeli uprzednio złożone wyjaśnienia wymagają dalszego doprecyzowania czy uszczegółowienia. Należy zauważyć, że wykonawca w odpowiedzi na wezwanie o charakterze dość ogólnym do złożenia wyjaśnień, tj. bez wskazania konkretnych elementów do wyjaśnienia, może złożyć wyjaśnienia według wybranej przez niego formuły. Takie wyjaśnienia mogą powodować potrzebę dalszego doprecyzowania bądź uszczegółowienia złożonych wyjaśnień w pewnym zakresie. Zamawiający ma prawo do wezwania po raz kolejny do wyjaśnień w celu

61

upewnienia się co do budzących jego wątpliwości elementów, co nie jest równoznaczne z możliwością wezwania po raz kolejny do złożenia wyjaśnień, które nie zostały złożone lub świadczą o rażącym charakterze zaoferowanej ceny. Powyższa interpretacja przepisów ustawy Pzp jest zgodna z obowiązującym art. 69 ust. 3 Dyrektywy 2014/24/UE „Instytucja zamawiająca ocenia dostarczone informacje w drodze konsultacji z oferentem. Może ona odrzucić ofertę wyłącznie w przypadku, gdy dostarczone dowody nie uzasadniają w zadowalającym stopniu niskiego poziomu proponowanej ceny lub proponowanych kosztów, biorąc pod uwagę elementy, o których mowa w ust. 2”. W orzecznictwie Izby przyjmuje się, że żądanie ponownych wyjaśnień dotyczących podejrzenia rażąco niskiej ceny od tego samego wykonawcy nie może prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji. Takie żądanie jest zatem dopuszczalne, jeśli wyjaśnienia wykonawcy złożone na wcześniejsze wezwanie zamawiającego budzą określone wątpliwości i wymagają doprecyzowania. Z pewnością ponowne żądanie wyjaśnień nie może prowadzić do złożenia zupełnie nowych wyjaśnień, czy też prowadzenia procedury wyjaśnień do czasu pełnego usprawiedliwienia przez wykonawcę swojej wyceny ofertowej. Ponowne żądanie wyjaśnień musi być zatem uzasadnione w świetle wyjaśnień czy dowodów przedłożonych przez wykonawcę „na pierwsze wezwanie” (tak w wyroku z dnia 17 lipca 2015 r.; sygn. akt KIO 1410/15 oraz z dnia 27 lipca 2015 r. sygn. akt. KIO 1479/15). W wyroku z dnia 6 sierpnia 2015 r. (sygn. akt KIO 1490/15, KIO 1577/15, KIO 1584/15) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że: „(...) nie ma też przeszkód, by zamawiający prowadził wyjaśnienia wieloetapowo, aż do uzyskania odpowiedzi na wszystkie pytania i wątpliwości (oczywiście poza przypadkiem opisanym w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdy wykonawca nie współpracuje i nie udziela wyjaśnień)”. Stanowisko to potwierdził Sąd Okręgowy w Olsztynie, który w wyroku z dnia 9 grudnia 2010 r. (sygn. akt V Ga 122/10), jednoznacznie wskazał, iż brak jest przeszkód do ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli pierwotne wyjaśnienia zamawiającego nie rozwiązały wątpliwości zamawiającego związanych z „rażąco niską ceną”.

Treść pisma Zamawiającego z dnia 12 lipca 2017 r. wskazuje jednoznacznie, że Zamawiający w kolejnym wezwaniu zwrócił się do T. o przedstawienie sposobu wyceny elementu przedmiotu zamówienia w zakresie „Roboty budowlano-montażowe w warstwy nadzrędną LCS”. uszczegółowienia zakresie Zamawiający wymagał i doprecyzowania kalkulacji oferty w zakresie wybranego elementu w stosunku do wyjaśnień, które zostały uprzednio złożone. Powyższe uzasadniało ponownie wezwanie T. do złożenia wyjaśnień w celu doprecyzowania wcześniej udzielonych informacji. Ponowne wezwanie nie miało bowiem na celu uzyskania wyjaśnień w takim samym zakresie, w którym wykonawca był zobowiązany złożyć wyjaśnienia uprzednio.

62

Reasumując powyższe, w ocenie Izby, wykonawca T. w ramach złożonych wyjaśnień wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zamawiający dokonał prawidłowej oceny złożonych wyjaśnień, a tym samym nie miał podstaw, aby odrzucić ofertę T. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty T., pomimo że treść oferty T. nie odpowiada treści sekcji 23 SIWZ - IDW w zakresie, w jakim T. nie oferuje osobistego wykonania „Robót z zakresu dostawy oraz uruchomienia i testów systemu ERTMS/ETCS” ewentualnie art. 87 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie

wezwania T. do wyjaśnienia oferty w zakresie podmiotu, który będzie realizował dostawę systemu ERTMS/ETCS.

Odwołujący podniósł w ramach powyższego zarzutu sprzeczność treści oferty T. z postanowieniem zawartym w sekcji 23 IDW, o brzmieniu: „Wykonawca zobowiązany jest do osobistego wykonania następujących kluczowych części Zamówienia: roboty z zakresu dostawy oraz uruchomienia i testów systemów ERTMS/ETCS”.

Izba ustaliła, że wskazane przez Odwołującego postanowienie IDW zostało zmienione przez Zamawiającego w dniu 23 stycznia 2017 r. Aktualne brzmienie tego postanowienia to „Zamawiający zastrzega, że Wykonawca zobowiązany jest do osobistego wykonania następujących kluczowych części Zamówienia: roboty z zakresu przygotowania oprogramowania i jego instalacji w elementach systemu ERTMS/ETCS oraz uruchomienia i testów systemu ERTMS/ETCS”.

W świetle obowiązującej treści tego postanowienia zarzut, że T. nie jest dostawcą systemów ERTMS/ETCS, lecz oferuje wykonanie zamówienia objętego postępowaniem z wykorzystaniem dostaw systemów ERTMS/ETCS realizowanych przez inną spółkę z grupy kapitałowej T., nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający nie miał zatem obowiązku wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 Pzp kwestii zamiaru wykonawcy T. realizacji dostawy systemów ERTMS/ETCS przez inny podmiot z grupy kapitałowej T., tj. T. A. GmbH, gdyż okoliczność powyższa nie ma znaczenia w kontekście treści zastrzeżenia zawartego w sekcji 23 IDW.

Odwołujący wskazywał także na „uzasadnione podejrzenie, iż także zakres prac obejmujących uruchomienie i testy systemów ERTMS/ETCS - który jednak został zastrzeżony przez T., jako tajemnica przedsiębiorstwa - został wskazany w JEDZ, jako powierzony do wykonania przez podwykonawców T.” Z treści informacji na temat podwykonawstwa w ofercie T., które zostały odtajnione w wyniku wykonania wyroku KIO w sprawie o sygn. akt KIO 14601/17, tj. zakresu przedmiotu zamówienia, który wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom (str. 105 oferty), wynika jednoznacznie, że zakres prac obejmujący uruchomienie i testy systemów ERTMS/ETCS nie został powierzony do

63

wykonania przez podwykonawcę. Żaden z 12 wymienionych zakresów prac nie dotyczy robót, o których mowa w sekcji 23 IDW. Ponadto Odwołujący postawił zarzut w sposób jedynie hipotetyczny, nie odnosząc się do rzeczywistej treści oferty T.. Odwołujący nie zapoznał się z treścią oferty w powyższym zakresie na etapie formułowania zarzutu, pomimo uzyskania takiej możliwości na skutek odtajnienia tej części oferty T.. Odwołujący nie przeprowadził także dowodu na okoliczność, że wykonawca T. nie posiada możliwości dostawy oprogramowania oraz że system ERTMS/ETCS będzie dostarczony przez inny podmiot. Odwołujący nie wykazał, że T. nie posiada zasobów ani kompetencji umożliwiających dostawę systemu ERTMS/ETCS. Twierdzenia Odwołującego w tym zakresie należało uznać za gołosłowne.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że w danym stanie faktycznym zarzut zaniechania odrzucenia oferty T. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na niezgodność treści oferty T. z treścią postanowienia sekcji 23 IDW nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia T. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, pomimo że T. w wyniku lekkomyślności lub co najmniej niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu.

Odwołujący podnosił, że T. w wyniku lekkomyślności albo co najmniej niedbalstwa zaniechał podania Zamawiającemu informacji, że dostawy systemu ERTMS/ETCS nie będą realizowane przez T., ale przez inną spółkę z grupy kapitałowej, tym samym wprowadzając w błąd Zamawiającego, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu.

Izba zważyła, że Odwołujący nie wykazał, że dostawa systemów ERTMS/ETCS zostanie wykonana przez inną spółkę z grupy kapitałowej T.. W szczególności dowodem na tę okoliczność nie jest treść uzasadnienia wyroku wydanego w sprawie KIO2373/13 z dnia 22 października 2013 r., w którym stwierdza się, że T. T.S. GmbH wykonywał system ETCS Poziom 2 w projekcie (...) na rzecz S. AG. Są to dane historyczne z innego postępowania, które nie dowodzą okoliczności w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający przedstawił jednocześnie w załączeniu do odpowiedzi na odwołanie kopię umowy nr (...) z dnia 24 lipca

2013 r., na potwierdzenie realizacji przez wykonawcę T. przedmiotu zamówienia, który obejmuje zakres prac kwestionowany przez Odwołującego w niniejszym postępowaniu. Umowa potwierdza tym samym, że wykonawca T. jest w stanie samodzielnie zrealizować dostawę (przygotowanie, instalacja i uruchomienie) systemu ERTMS/ETCS, zgodnie z oświadczeniem zawartym w ofercie.

Wobec powyższego za bezpodstawny i nieuzasadniony należało uznać zarzut, że wykonawca T., poprzez zatajenie informacji, wprowadził Zamawiającego w błąd co do

64

możliwości samodzielnej, tj. bez udziału podwykonawcy, realizacji zamówienia w zakresie zastrzeżonym do osobistego wykonania. Nie wystąpiły zatem podstawy do wykluczenia wykonawcy T. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

KIO 1962/17 - odwołanie B.T.ZP. sp. z o.o.

Zarzuty dotyczące nieprawidłowej oceny oferty B. (Odwołującego)

W niniejszej sprawie stosownie do wniosków złożonych przez Odwołującego, Izba uwzględniła w ramach rozpoznawanych zarzutów odwołania B. dotyczących akt postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii (...) odcinek P.-R.” oraz dokumentów postępowania prowadzonego przez Krajową Izbę Odwoławczą pod sygn. akt: KIO 1785/17 dotyczącego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii (...) odcinek P.-R.” wyłącznie w zakresie postanowień i okoliczności, które zostały w sposób jednoznaczny i konkretny przywołane w uzasadnieniu odwołania oraz w odniesieniu do których wskazano konkretne dokumenty.

Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 91 ust. 2 pkt 5 Pzp w zw. z pkt. 20.7 ppkt 3) lit. a) tomu I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) - „Instrukcja dla Wykonawców” (IDW) oraz w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie oceny oferty złożonej przez B. niezgodnie z przyjętymi w SIWZ kryteriami oceny ofert oraz niezgodnie z zasadami przejrzystości i równego traktowania wykonawców, wyrażające się przyznaniem Odwołującemu zaniżonej liczby punktów w ramach kryterium oceny oferty „Doświadczenie Personelu Wykonawcy”.

Izba nie stwierdziła naruszenia wskazanych w ramach tego zarzutu przepisów. W ustalonym stanie faktycznym Zamawiający dokonał w sposób zgodny z przyjętymi w SIWZ kryteriami oceny ofert oceny oferty B.. Ponadto, dokonana przez Zamawiającego ocena oferty B. nie jest niezgodna z zasadami przejrzystości i równego traktowania wykonawców. W ocenie Izby, w świetle kryteriów oceny ofert Odwołujący uzyskał prawidłową liczbę punktów w ramach kryterium oceny oferty „Doświadczenie Personelu Wykonawcy”. Odwołujący uzyskał w tym kryterium 13 pkt. Izba nie stwierdziła podstaw do przyznania 16 pkt, gdyż Odwołujący nie wykazał spełnienia przez członka personelu wskazanego na stanowisko „Kierownik Robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS” warunku posiadania punktowanego doświadczenia w realizacji co najmniej trzech inwestycji wskazanych w pkt. 20.7 ppkt 3) lit. a) IDW.

Izba uznała również za niezasadny zarzut ewentualny - naruszenia art. 87 ust. 1

65

w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie odnoszącym się do informacji zawartych w dokumencie p.n. „Załącznik nr 12 do IDW. Wykaz personelu na potrzeby kryterium oceny ofert zgodnie z pkt. 20.7. ppkt 3) IDW” lub art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez podejmowanie w tych samych okolicznościach przez tego samego Zamawiającego odmiennych decyzji o przyznaniu punktów w zakresie tych samych wymagań i zaprezentowanych dokumentów.

Zgodnie z pkt. 20.7 IDW, Zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert:

1. Całkowita cena brutto - waga 60%,
2. Termin realizacji - waga 20%,
3. Doświadczenie Personelu Wykonawcy - waga 20%

W ramach przyjętych kryteriów punktacji, wykonawca mógł maksymalnie uzyskać łącznie 100 pkt, w tym: 60 pkt w ramach kryterium „Całkowitej ceny brutto”, 20 pkt w ramach

kryterium „Termin realizacji” i 20 pkt w ramach kryterium „Doświadczenie Personelu Wykonawcy”.

Zgodnie z kryterium „Doświadczenie Personelu Wykonawcy”, ocenie podlegało doświadczenie członków personelu zgłoszonych na stanowiska: „Kierownik Robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS” (waga - 10%, tj. maksymalnie 10 pkt) oraz „Projektant w zakresie sterowania

ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS” (waga - 10%, tj. maksymalnie 10 pkt).

Stosownie do pkt. 20.7 ppkt 3 lit.a IDW, Zamawiający przyjął, że doświadczenie członka personelu wykonawcy zgłoszonego na stanowisko „Kierownik Robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS” punktowane będzie na następującej zasadzie:

a) Kierownik Robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS - waga 10%

- w ciągu ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania ofert nabył co najmniej 10 miesięczne doświadczenie (na każdej inwestycji) na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót lub Inspektora Nadzoru (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) w zakresie sterowania ruchem kolejowym i w zakresie zabudowy systemu ETCS na robotach związanych z Budową lub Przebudową infrastruktury kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym i w zakresie zabudowy systemu ETCS.

Jeżeli oferent wykaże się doświadczeniem co najmniej:

- w realizacji dwóch [2] inwestycji wskazanych w powyższym warunku - 3 pkt
- w realizacji trzech [3] inwestycji wskazanych w powyższym warunku - 6 pkt
- w realizacji czterech [4] inwestycji wskazanych w powyższym warunku -10 pkt.

66

W zakresie ww. kryterium dla członka personelu zgłoszonego na stanowisko „Kierownik Robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS”, Zamawiający przyznał B. - 3 pkt, przyjmując że wykonawca wykazał, że zgłoszony członek personelu uzyskał wymagane doświadczenie w realizacji dwóch inwestycji. W uzasadnieniu przyznanej punktacji w pkt. A.8 tabeli oceny ofert z dnia 6 września 2017 r. pod względem kryterium „Doświadczenie Personelu Wykonawcy” - Zamawiający stwierdził, że wskazane w opisie przy tej inwestycji zajmowane stanowisko „Kierownik robót” nie potwierdza doświadczenia na stanowisku Kierownika Robót w zakresie zabudowy systemu ETCS.

W załączniku nr 12 Wykaz personelu na potrzeby kryterium oceny ofert zgodnie z pkt 20.7 ppkt 3 IDW w pozycji lp. 1 – wskazany w wierszu 8 tabeli opis doświadczenia wskazanej osoby w odniesieniu do wskazanego projektu nie zawiera informacji pozwalających na pozytywną ocenę doświadczenia wskazanej osoby pod kątem ustalonego j.w. kryterium.

Nie potwierdziło się twierdzenie Odwołującego, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii (...) odcinek P.-R.”, Zamawiający określił kryterium „Doświadczenie Personelu Wykonawcy” w sposób identyczny jak w przedmiotowym postępowaniu. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wymagał co najmniej 10 miesięcznego doświadczenia na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót lub Inspektora nadzoru w zakresie zabudowy systemu ETCS na robotach związanych z Budową lub Przebudową infrastruktury kolejowej w zakresie zabudowy ETCS, tj. bez uwzględnienia doświadczenia „w zakresie sterowania ruchem kolejowym”. W świetle ocenianego kryterium „Doświadczenie Personelu Wykonawcy” w przypadku funkcji „Kierownik Robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS” nie miał decydującego znaczenia opis inwestycji, lecz ocenie podlegało wymagane doświadczenie wskazanej osoby, a zatem istotny był opis tego doświadczenia odpowiednio do treści kryterium. W odniesieniu do inwestycji ósmej Odwołujący nie określił w złożonym dokumencie, czy wskazana osoba pełniła w tej inwestycji funkcję „Kierownik Robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS”, w zakresie której oceniane było doświadczenie. Odwołujący wskazał jedynie na doświadczenie w zakresie „Kierownik robót” bez dookreślenia, jakich robót wskazane kierownictwo dotyczyło. Podkreślić należy, że Zamawiający nie kwestionował samego opisu inwestycji lecz opis wskazanej funkcji, którą

sprawowała wskazana osoba w ramach tej inwestycji, tj. brak wykazania przez Odwołującego że wskazany członek personelu B. zdobył doświadczenie na stanowisku „Kierownika Robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS”. Samo wskazanie nazwy projektu jako „Projekt i zabudowa systemu ERTMS/ETCS

67

poziom 2 i ERTMS/GSM-R...” nie oznacza, że wskazana przy tej inwestycji osoba pełniła funkcję Kierownika robót w zakresie zabudowy systemu ETCS na robotach związanych z Budową lub Przebudową infrastruktury kolejowej w zakresie zabudowy systemu ETCS.

Zważywszy, że załącznik nr 12, tj. Wykaz Personelu Wykonawcy był składany wyłącznie na potrzeby oceny ofert, należy dokument ten traktować jako treść oferty, a nie jak dokument wymagany na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wykaz personelu wykonawcy stanowiący załącznik nr 12 do IDW, w tym postępowaniu stanowi treść oferty – podlegającą ocenie w ramach jednego z kryteriów oceny ofert.

Zamawiający nie miał podstaw do uzupełnienia opisu doświadczenia wskazanej osoby o wiedzę własną czy też dopytywania wykonawcy w trybie art. 87 ust. 1 Pzp w powyższym zakresie, gdyż to wykonawca powinien wykazać przesłanki do przyznania mu punktacji w ramach kryterium oceny ofert już w samej treści oferty, w tym przypadku w Wykazie Doświadczenia Personelu. Fakt, że Odwołujący realizował inwestycję wymienioną jako ósma w Załączniku nr 12 do IDW na rzecz Zamawiającego nie uprawniał Zamawiającego do posłużenia się w tym przypadku swoją wiedzą na temat zakresu i charakteru tej inwestycji, w tym na temat kluczowego personelu - przy ocenie oferty B. w zakresie kryterium „Doświadczenie Personelu Wykonawcy”. Powyższe działanie w ocenie liczby wprost naruszałoby zasadę przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Podkreślić należy także, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obowiązuje zasada pisemności, zatem składane przez wykonawców dokumenty muszą zawierać odpowiednie i wyczerpujące informacje wymagane w danym postępowaniu.

Zamawiający dokonał czynności oceny oferty B. w powyższym zakresie zgodnie z zasadą proporcjonalności i przejrzystości (art. 7 ust. 1 Pzp). Odwołujący nie wykazał, aby Zamawiający wykonywał jakieś dodatkowe czynności wobec wykonawcy A. w odniesieniu do wykazu personelu złożonego przez tego wykonawcę. Zamawiający oparł się wyłącznie na treści złożonego dokumentu w przypadku obu wykonawców. Stosując zasadę równego traktowania i zasadę przejrzystości postępowania Zamawiający nie mógł skorzystać z posiadanej wiedzy w zakresie danej inwestycji wskazanej przez B., a tym bardziej nie mógł wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie Załącznika nr 12 do IDW na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Wyjaśnienia musiałyby bowiem prowadzić do uzupełnienia treści załącznika w zakresie opisu w poz. 8, co jest niezgodne z dyspozycją tego przepisu. Nie można zatem uznać, że oferta B. winna była uzyskać wyższą liczbę punktów z tytułu doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko - Kierownik Robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS.

Ponadto, jedynie na marginesie Izba wskazuje, że nawet gdyby uznać, że pomimo zastosowania w przedmiotowym postępowaniu tzw. procedury odwróconej Zamawiający

68

mógł wykorzystać przy ocenie oferty B. w omówionym powyżej zakresie, informacje przedstawione w JEDZ (w zakresie wykazu osób wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych i doświadczenia niezbędnych do wykonania zamówienia skierowanych do realizacji zamówienia, str. 268 oferty), a niezbędne do pozytywnej oceny doświadczenia wskazanego w pozycji ósmej załącznika nr 12 Wykaz personelu wykonawcy pod kątem kryterium punktowanego zgodnie z IDW, to w zakresie rozpoznanych odwołań, podwyższenie punktacji oferty B. w tym przypadku nie miałoby wpływu na wynik postępowania, rozumiany jako wybór oferty najkorzystniejszej, o którym mowa w art. 192 ust. 2 Pzp. Nawet zatem uwzględnienie tego zarzutu nie mogłoby prowadzić do uwzględnienia odwołania.

Zarzuty dotyczące czynności Zamawiającego wobec A oraz nieprawidłowej oceny oferty A

W ocenie Izby nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2 pkt 5 Pzp w zw. z pkt. 20.7 ppkt 3) lit. a) tom I SIWZ IDW oraz w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp,

poprzez dokonanie oceny oferty złożonej przez A. niezgodnie z przyjętymi w SIWZ kryteriami oceny ofert oraz niezgodnie z zasadami przejrzystości i równego traktowania wykonawców.

Wykonawca A. złożył w ofercie wymagany Wykaz personelu - załącznik nr 12 do IDW (str. 39-41 oferty). W zakresie oceny oferty w ramach kryterium oceny „Doświadczenie Personelu Wykonawcy” wykonawca A. uzyskał łącznie 20 pkt. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, wykonawca A. wykazał spełnienie przez członka personelu wskazanego na stanowisko „Kierownik Robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS” warunku posiadania punktowanego doświadczenia w realizacji co najmniej czterech inwestycji wskazanych w pkt. 20.7 ppkt 3) lit. a) IDW, za które uzyskał 10 pkt.

Zamawiający nie był obowiązany i nie miał podstaw by wzywać wykonawcę A. w trybie art. 87 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie informacji zawartych w dokumencie p.n. „Załącznik nr 12 do IDW. Wykaz personelu na potrzeby kryterium oceny ofert zgodnie z pkt 20.7. ppkt 3) IDW”. W szczególności informacje zawarte w ww. załączniku nr 12 nie pozostawały bowiem w sprzeczności z informacjami dotyczącymi doświadczenia członka personelu wykonawcy zgłoszonego na stanowisko „Kierownik Robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS”, podanymi przez A. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii (...) odcinek P.-R.”, co podnosił Odwołujący. W postępowaniu (...) wykonawca A. w Załączniku nr 12 do IDW wskazał tego samego członka personelu na stanowisko „Kierownik Robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS”, a także łącznie pięć inwestycji, w tym dwie

69

tożsame, jak w przedmiotowym postępowaniu. W postępowaniu (...) Zamawiający przyznał A. w ramach kryterium „Doświadczenie Personelu Wykonawcy” łącznie 13 pkt, w tym 3 pkt za doświadczenie w ramach stanowiska „Kierownik Robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS”, gdyż nie uwzględnił doświadczenia z trzech wskazanych przez

A. inwestycji (innych aniżeli wskazywane w niniejszym postępowaniu). Izba ustaliła, że wykonawca A. wykazał, że zgłoszony członek personelu uzyskał wymagane doświadczenie w realizacji wszystkich czterech inwestycji wskazanych przez A. dla członka swojego personelu. W zakresie punktacji przyznanej A. wykonawca przedstawił Zamawiającemu doświadczenie Kierownika robót ETCS odpowiednio do brzmienia warunku, który został sformułowany (po zmianie) odmiennie niż w postępowaniu (...). Ponadto, przedstawione w obu postępowaniach wykazy nie są sprzeczne ze sobą lecz obrazują doświadczenie wskazanej osoby (p. G.) dobrane odpowiednio do wymogów w obu postępowaniach. Przystępujący wyjaśnił, że projekt „Zabudowa systemu ETCS na robotach budowlanych związanych z przebudową na linii państwa infrastruktury kolejowej Z.-C.-granica w (...) w ramach projektu implementacja poziomu 2 ERTMS/ETCS na odcinku B.-Z.-C.-

w został wykonany okresie 05.2014 – granica państwa” 08.2015, a nie jak omyłkowo wskazano w wykazie personelu - w okresie 04.2006 – 01.2009. Prawidłowy termin tych robót wynika wprost z treści Wykazu robót budowlanych (Załącznik nr 8 do IDW) – str. 137 oferty Przystępującego oraz z treści poświadczenia należytego wykonania tej inwestycji wystawionego przez inwestora – Z.S.R. – str. 150-151 oferty. Powyższa omyłka nie miała istotnego znaczenia z punktu widzenia spełnienia warunków określonym w kryterium nie wymagała zatem jakiegokolwiek wyjaśnienia jako nieistotna i nie posiadająca znaczenia dla oceny oferty A..

Nie potwierdziło się twierdzenie Odwołującego, że w okresie od 05.2014 do 03.2015 wykonawca A. nie realizował projektu „Zabudowa systemu ETCS na robotach związanych z przebudową infrastruktury kolejowej na linii Ośrodka testowego V.V. w R.”, gdyż okres realizacji został potwierdzony przez inwestora – V.U.Z.a.s. w poświadczeniu z dnia 01.04.2015 r. (str. 139-141 oferty). Fakt, że w 2005 r. w R. nie funkcjonował system ERTMS nie stoi w sprzeczności z informacją, iż w okresie 07.2005 – 09.2011 p. G. sprawował funkcję Kierownika robót przy projekcie „Zabudowa infrastruktury kolejowej na linii kolejowej P.-K. w R.”, ponieważ wskazana inwestycja została zakończona dopiero w 2011 r. Zarówno Przystępujący A., jak i Zamawiający przedłożyli na rozprawie dowody – oświadczenia inwestorów (zamawiających) w zakresie kwestionowanych przez Odwołującego inwestycji,

w zakresie systemu ETCS oraz kierownika budowy ze strony A.P. s.r.o. (przedłożone przez A. pismo z dnia 20 września 2017 r., dwa pisma z dnia 18 września 2017 r. oraz przedłożone przez Zamawiającego pismo z dnia 10 października 2017 r. i 20 października 2017 r.)

Nie wystąpiły także przesłanki do zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, uzasadniające wykluczenie A. z postępowania. Nie potwierdził się zarzut, że wykonawca A. przedstawił w dokumencie pn. „Załącznik nr 12 do IDW Wykaz personelu na potrzeby kryterium oceny ofert zgodnie z pkt 20.7. ppkt 3) IDW informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd co do doświadczenia członka personelu wykonawcy zgłoszonego na stanowisko „Kierownik Robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS”, mogące mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego podejmowane w postępowaniu.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy A. jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu. Wskazać należy, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp ma zastosowanie w procedurach dwuetapowych, wówczas gdy najpierw dokonywana jest ocena warunków podmiotowych wykonawcy, a dopiero następnie są składane oferty i oceniane. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, która została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu lub niezaproszonego do składania ofert. Podkreślić należy, że żadna z powyższych okoliczności nie miała miejsca w przedmiotowym postępowaniu.

Podkreślić należy, że żaden z zarzutów przedstawionych przez Odwołującego w odniesieniu do wykazu personelu A. nie został przez Odwołującego udowodniony. Izba nie podzieliła zatem stanowiska Odwołującego, że wskazane przez Odwołującego okoliczności winny były prowadzić do przyznania A. niższej liczby punktów w ramach kryterium „Doświadczenie Personelu Wykonawcy”. Jak wynika z dokumentacji przedmiotowego postępowania, decyzje Zamawiającego dotyczące przyznawania punktacji ofercie B. i ofercie A. w ramach kryterium „Doświadczenie Personelu Wykonawcy” nie zostały podjęte w sposób sprzeczny ze sobą. Odwołujący nie wykazał podstaw do przyznania B. punktów z tytułu doświadczenia członka personelu uzyskanego w ramach inwestycji wykonywanej na rzecz Zamawiającego oraz podstaw do odmowy przyznania punktów rankingowych A. za wskazane przez tego wykonawcę inwestycje. W świetle dokonanych ustaleń, jak wyżej, Odwołujący nie udowodnił tezy, że wykonawca A. zawarł w wykazie personelu w zakresie doświadczenia informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd co do uzyskania przez zgłoszonego członka personelu A. punktowanego doświadczenia. W konsekwencji nie wystąpiły przesłanki do wykluczenia wykonawcy z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Zarzuty dotyczące wyboru oferty T. jako najkorzystniejszej

W piśmie Odwołującego z dnia 25 października 2017 r. Odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp oraz w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy T. z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej w zakresie wiedzy i doświadczenia, zgodnie z pkt. 8.6.1 IDW (zarzut określony w pkt 8.1.8 odwołania).

W związku z cofnięciem zarzutu nie podlegał on rozpoznaniu przez Izbę.

Ponadto, w piśmie z dnia 25 października 2017 r. Odwołujący wskazał, że zarzuty naruszenia:

- art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 Pzp, art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp, art. 22a ust. 2, 3 i 4 Pzp w zw. z pkt. 8.6.1. IDW, art. 36a ust. 2 pkt 1 Pzp w zw. z pkt. 23 IDW oraz w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy T. z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej, w tym braku wykazania dysponowania zasobami podmiotu trzeciego przy realizacji zamówienia oraz braku możliwości realizacji zamówienia przez podmiot trzeci z uwagi na zakres zamówienia zastrzeżony przez Zamawiającego

w SIWZ do osobistego wykonania;

- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 36a ust. 2 pkt 1 Pzp w zw. z pkt. 23 IDW w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty T., której treść jest niezgodna z treścią SIWZ w zakresie dotyczącym obowiązku osobistego wykonania części zamówienia;
- art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36a ust. 2 pkt 1 Pzp w zw. z pkt. 23 IDW w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie czynności wezwania T. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie odnoszącym się do wykonania przez T. części zamówienia zastrzeżonej przez Zamawiającego do osobistego wykonania, wobec przedłożonego wraz z ofertą T. zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji T. zasobów wiedzy i doświadczenia,

należy analizować w grupie zarzutów dotyczących „braku odrzucenia oferty T. jako niezgodnej z treścią SIWZ”.

Kolejne zarzuty zawarte w odwołaniu w pkt 8.1.12 i 8.1.13, tj. naruszenia:

- (ewentualnie) art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy T. z powodu dokonania przez ten podmiot czynności wprowadzających Zamawiającego w błąd co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, na skutek którego błędu Zamawiający dokonał wadliwej czynności wyboru oferty T. jako najkorzystniejszej;
- art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy T. w sytuacji, gdy oferta ta została złożona przez wykonawcę podlegającego

72

wykluczeniu z postępowania,

zdaniem Odwołującego należy analizować w grupie zarzutów ewentualnych dotyczących braku odrzucenia oferty T. jako złożonej przez podmiot podlegający wykluczeniu.

Jako kolejną grupę zarzutów - dotyczących zaniechania odrzucenia oferty T. zawierającej rażąco niską cenę

- Odwołujący wskazał zarzuty przedstawione w pkt 8.1.14,

8.1.15 i 8.1.16 odwołania, tj. naruszenia:

- art. 8 ust. 1, 2 i 3 Pzp w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez bezpodstawne uznanie dokonanego przez T. zastrzeżenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, pomimo że T. nie wykazał, że zastrzeżone dokumenty i informacje stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa, przy czym zarzut ten został ograniczony przez Odwołującego w przedmiotowym piśmie z dnia 25 października 2017 r. do braku odtajnienia przez Zamawiającego informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny - w zakresie kategorii przyczyn i ich wpływu na obniżenie ceny oferty T.),
- art. 90 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 i ust. 1a pkt 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez bezpodstawne przyjęcie, że T. wykazał, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, podczas gdy prawidłowa ocena złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny winna prowadzić do wniosku, iż T. nie wykazał, że oferta tego wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny;
- art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1, ust. 1a pkt 1 i ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty T. jako zawierającej cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W zakresie zarzutów naruszenia:

- art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 Pzp, art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp, art. 22a ust. 2, 3 i 4 Pzp w zw. z pkt. 8.6.1. IDW, art. 36a ust. 2 pkt 1 Pzp w zw. z pkt. 23 IDW oraz w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy T. z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej, w tym braku wykazania dysponowania zasobami podmiotu trzeciego przy realizacji zamówienia oraz braku możliwości realizacji zamówienia przez podmiot trzeci z uwagi na zakres zamówienia zastrzeżony przez Zamawiającego w SIWZ do osobistego wykonania;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 36a ust. 2 pkt 1 Pzp w zw. z pkt. 23 IDW w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty T., której treść jest niezgodna z treścią SIWZ w zakresie dotyczącym obowiązku osobistego wykonania części zamówienia;
- art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36a ust. 2 pkt 1 Pzp w zw. z pkt. 23 IDW w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie czynności wezwania T. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie odnoszącym się do wykonania przez T. części zamówienia zastrzeżonej przez Zamawiającego do osobistego wykonania, wobec przedłożonego wraz z

73

ofertą T. zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji T. zasobów wiedzy i doświadczenia, które według oświadczenia Odwołującego należy analizować w grupie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty T. jako niezgodnej z treścią SIWZ, Izba nie stwierdziła podstawy do ich uwzględnienia.

Odwołujący kwestionował w odwołaniu skuteczność udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia na rzecz T. na podstawie załączonego do oferty T. dokumentu potwierdzającego zobowiązanie T. A. do oddania do dyspozycji T. niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Z treści tego zobowiązania wynika, że udostępnienie zasobów wiedzy i doświadczenia przez T. A. nastąpi w sposób realny w określonym w zobowiązaniu zakresie. Zobowiązanie wprost wskazuje, że T. A. będzie brał udział w realizacji zamówienia w formie podwykonawstwa, co gwarantuje możliwość rzeczywistego korzystania przez wykonawcę T. z zasobów tego podmiotu. Wykorzystanie zasobów poprzez dostęp do know how wynikającego z nabytych doświadczeń T. A., dostęp do technologii wykorzystywanych przy realizacji zamówień tego rodzaju, jak to którego dotyczy udostępnienie zasobów, udostępnienie procedur i opisu metod realizacji określonych zadań; doradztwo i konsultacje; przekazanie informacji o źródłach wiedzy, zaopatrzeniu; specjalistach w określonych dziedzinach objętych udostępnianym doświadczeniem oraz „każdy inny niewymieniony wyżej sposób, który okaże się użyteczny dla realizacji zamówienia”, świadczy o tym, że zobowiązanie umożliwia jednoznaczne określenie zakresu użyczenia zasobów wiedzy i doświadczenia przez T. A. na rzecz T.. W oparciu o treść powyższego zobowiązania można stwierdzić jednoznacznie, że wykonawca udowodnił Zamawiającemu, że będzie mógł polegać na udostępnionych zdolnościach technicznych, wiedzy i doświadczenia w trakcie realizacji zamówienia w sposób gwarantujący należyte wykonanie przedmiotu zamówienia w określonym obszarze robót.

Ponadto w związku z wymaganiem osobistego wykonania przez wykonawcę części zamówienia, określonej w sekcji 23 IDW zobowiązanie powyższe nie dowodzi niezgodności treści oferty T. z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zgodnie z treścią pkt. 23 IDW, Zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania co najmniej części kluczowych zamówienia w zakresie wykonania robót z zakresu przygotowania oprogramowania i jego instalacji w elementach systemu ERTMS/ETCS oraz uruchomienia i testów systemu ERTMS/ETCS.

Treść ww. zobowiązania T. A. (str. 50 i 51 oferty) oraz treść dokumentu JEDZ potwierdza, że udział podmiotu trzeciego nie obejmuje zakresu robót zastrzeżonego do osobistego wykonania przez wykonawcę. Zakres prac, które wykonawca T. wskazał w JEDZ, które zamierza powierzyć podwykonawcy jednoznacznie określa roboty, które w żadnym z

74

12 punktów nie dotyczą robót przygotowania, instalacji, uruchomienia i wykonania testów systemu ERTMS/ETCS.

Odwołujący podniósł w odwołaniu, że T. (T.P. sp. z o.o.) nie przygotowuje samodzielnie oprogramowania niezbędnego do zabudowy systemu ERTMS/ETCS, gdyż w grupie T. wykorzystywane jest oprogramowanie dostarczane przez inne spółki, w tym przez T. A. Odwołujący wskazywał, że w związku z zastrzeżonym przez Zamawiającego zakresem osobistego wykonania części zamówienia przez wykonawcę, zobowiązanie T. A. do oddania do dyspozycji T. zasobów wiedzy i doświadczenia „staje się wątpliwe i de facto niepewne” lecz nie przedstawił jakichkolwiek dowodów na wskazane okoliczności, w szczególności na okoliczność, że wykonawca T. nie dysponuje możliwością osobistego wykonania zamówienia w części zastrzeżonej przez Zamawiającego. Przystępujący T. potwierdził na rozprawie swoją zdolność do realizacji zamówienia w zakresie zastrzeżonym przez Zamawiającego do osobistego wykonania przez wykonawcę. Również w wyjaśnieniach z dnia 30 czerwca 2017 r. wyjaśnił szczegółowo zmiany funkcjonalne, które nastąpiły w ramach grupy kapitałowej T. i opisał wdrożony w ramach koncernu program przeniesienia kompetencji technicznych, skutkujących możliwością wykonania szerokiego zakresu prac bezpośrednio przez T. (pismo z dnia 30 czerwca 2017 r. w pkt 1.1 akapit pierwszy i czwarty na str. 9 jak i w pkt 7 i 8 Tabeli nr 7 na str. 34 oraz załącznik nr 13 na str. 421).

Na rozprawie Odwołujący podniósł zarzut dotyczący sprzeczności treści oferty T. z postanowieniem 23 IDW w oparciu o inne okoliczności faktyczne niż te, które zostały przedstawione w odwołaniu. Odwołujący podniósł, że w wyniku zobowiązania T. A. do udostępnienia na rzecz T. osoby do pełnienia funkcji kierownika robót ETCS na zasadzie podwykonawstwa należy stwierdzić, że T. nie oferuje wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ - w kontekście zastrzeżenia części zamówienia do osobistego wykonania przez wykonawcę w sekcji 23 IDW. Odwołujący wskazywał, że osoba udostępniona przez T. A. w ramach podwykonawstwa, pełniąc funkcję kierownika robót ETCS będzie wykonywała czynności ściśle związane z wykonaniem części robót zastrzeżonej do osobistego wykonania przez wykonawcę, wobec czego nie można przyjąć, że T. jest w stanie samodzielnie wykonać ten zakres robót.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że zarzut ten został zawarty w odwołaniu. Podkreślić należy, że Odwołujący w żadnym miejscu odwołania nie podnosił kwestii dotyczących udostępnienia personelu przez T. A. na rzecz T., w tym w kontekście postanowienia sekcji 23 IDW. Odwołanie nie zawiera jakiegokolwiek nawiązania do zobowiązania T. A. zawartego na str. 52 i 53 oferty w zakresie udostępnienia na rzecz wykonawcy T. osoby zdolnej do wykonania zamówienia dedykowanej do pełnienia funkcji

75

kierownika robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym, w tym urządzeń przytorowych ETCS. Izba zważyła, że istoty zarzutu nie stanowi bowiem wskazanie samego przepisu, który został naruszony, lecz przede wszystkim wskazanie konkretnych okoliczności faktycznych, w oparciu o które Odwołujący wywodzi naruszenie danego przepisu. Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że zgodnie z dyspozycją art. 192 ust. 6 Pzp, zarzut niezgodności oferty T. z postanowieniem 23 IDW w kontekście udostępnienia przez T. A. personelu w zakresie kierownika robót ETCS nie został zawarty w odwołaniu, a zatem nie może podlegać rozpoznaniu w niniejszej sprawie.

Niezależnie od powyższego należy wskazać, że w przedmiotowym postępowaniu, zgodnie z pkt 8.6.2 lit.a pkt 3 IDW, Zamawiający wymagał dysponowania przez wykonawcę dwiema osobami do pełnienia funkcji kierownika robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń ETCS. Wykonawca T. przedłożył wykaz osób zgodny z tym wymaganiem w Załączniku nr 9 do IDW część A pkt 4 i część B pkt 1. Aby zatem wykazać, że osoba udostępniona przez T. A. będzie wykonywała swoje funkcje w odniesieniu do zastrzeżonej części robót do osobistego wykonania, należałoby udowodnić, że w tym zakresie robót konieczne jest jednoczesne współdziałanie obu kierowników robót ETCS, którymi będzie dysponował wykonawca T. przy realizacji zamówienia. Powyższa okoliczność nie została przez Odwołującego udowodniona. Nie można zatem w sposób niepodważalny w tych okolicznościach stwierdzić, że to właśnie osoba udostępniona przez T. A., a nie osoba występująca z ramienia T. będzie zobowiązana do wykonywania czynności w zakresie robót zastrzeżonych dla wykonawcy w sekcji 23 IDW.

Wobec wykazania przez T. spełnienia warunków udziału w postępowaniu, czego Odwołujący nie kwestionował, wobec cofnięcia zarzutu w powyższym zakresie, nie można uznać, że w stosunku do T. zachodzą przesłanki wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, również w zakresie w jakim wykonawca przedstawił zobowiązanie podmiotu T. A. do udziału w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy. Z treści zobowiązania do udostępnienia wiedzy i doświadczenia wynika jednoznacznie zakres, w jakim podmiot ten będzie uczestniczył w realizacji zamówienia. Przy tym nie jest to zakres, objęty przez Zamawiającego zastrzeżeniem osobistego wykonania zawartym w sekcji 23 IDW. Zarzut, że oferta T. pozostaje niezgodna z treścią SIWZ z uwagi na zamiar powierzenia podmiotowi trzeciemu do wykonania części zamówienia zastrzeżonych przez Zamawiającego do osobistego wykonania nie potwierdził się.

W konsekwencji nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 36a ust. 2 pkt 1 Pzp w zw. z pkt. 23 IDW w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności wezwania T. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie odnoszącym się do obowiązku wykonania przez T. części zamówienia

76

zastrzeżonej przez Zamawiającego do osobistego wykonania. Treść oferty i przedłożone dokumenty, w tym przedłożone wraz z ofertą T. zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji T. zasobów wiedzy i doświadczenia, które nie obejmuje zakresu zastrzeżonego w sekcji 23 IDW, nie potwierdzają wystąpienia wątpliwości wymagających wyjaśnienia w ofercie T. w kontekście spełnienia tego wymagania SIWZ.

W odniesieniu do zarzutów ewentualnego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy T. z powodu dokonania przez ten podmiot czynności wprowadzających Zamawiającego w błąd co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, na skutek którego błędu Zamawiający dokonał wadliwej czynności wyboru oferty T. jako najkorzystniejszej, Izba nie stwierdziła podstaw do wykluczenia wykonawcy T.. Odwołujący w powyższym zakresie nie przedstawił dowodów, w szczególności biorąc pod uwagę fakt, że zarzuty te zostały podniesione w konsekwencji i w ścisłym związku z zarzutami dotyczącymi udostępnienia potencjału przez T. A., które nie potwierdziły się, jak omówiono powyżej.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy T., która została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania. Podkreślić należy, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, zgodnie z jego brzmieniem, ma zastosowanie w przypadku, gdy oferta została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu lub niezaproszonego do składania ofert. Wobec powyższego, nie ma on zastosowania do przypadku, gdy „wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania”, lecz wyłącznie wówczas gdy fakt wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu nastąpił, czynność wykluczenia została dokonana. Przepis ten ma bowiem zastosowanie do procedur udzielenia zamówienia publicznego dwuetapowych, w których etap spełnienia warunków podmiotowych przez wykonawcę i etap składania i oceny ofert są od siebie rozdzielone. W przedmiotowym postępowaniu w przypadku przetargu nieograniczonego w ustalonym stanie faktycznym - w związku z faktem, że wykonawca T. nie został wykluczony z udziału w postępowaniu, przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp nie ma zastosowania.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 i ust. 1a pkt 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, przez nieprawidłową ocenę złożonych wyjaśnień i bezpodstawne przyjęcie, że T. wykazał, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, oraz zaniechania odrzucenia oferty T. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1, ust. 1a pkt 1 i ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, jako zawierającej cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, Izba stwierdziła, że nie zasługuje on na uwzględnienie.

Odwołujący podnosił w odwołaniu, że cena oferty T. jest znacznie niższa od cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców oraz od kwoty, jaką Zamawiający zamierza

77

przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Odwołujący przedstawił porównanie ceny T. do cen innych wykonawców oraz do kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, z odliczeniem kwoty warunkowej stanowiącej 10% wartości zamówienia (kwoty 123.600.000,00 zł). Odwołujący postawił w odwołaniu tezy i zapowiedział, że wykaże stosownymi środkami dowodowymi, że cena T. nie pozwala na zrealizowanie zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ, nie zawiera wszystkich elementów kosztotwórczych oraz że nie zachodzą szczególne okoliczności pozwalające na obniżenie przez T. ceny za wykonanie zamówienia. Ponadto, w ocenie Odwołującego, T. w ramach złożonych wyjaśnień nie sprostął obowiązkowi wykazania, że cena jego oferty nie jest rażąco niska. Pismem z dnia 5 października 2017 r. złożonym do akt sprawy na rozprawie Odwołujący przedstawił swoje szczegółowe stanowisko w sprawie zarzutu rażąco niskiej ceny oferty T.. Do ww. pisma Odwołujący załączył:

- Rozbicie Ceny Ofertowej stanowiące załącznik do oferty T.,
- odwołanie wniesione przez T. od czynności wyboru oferty B. jako najkorzystniejszej,
- protokół z rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą z dnia 12 maja 2017r.,
- skarga T. z dnia 5 czerwca 2017 r.,
- Opracowanie Ekspertkie dotyczące założeń projektowych dla branży automatyki kolejowej dla zadania pn, „Zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii (...) K.-T. (z wyłączeniem węzła warszawskiego)” dalej jako zadanie (...), którego efektem jest „wykaz ilości kluczowych urządzeń i elementów, uwzględniający minimalne ilości urządzeń, jakie zgodnie z wymaganiami powszechnie obowiązujących przepisów prawa, standardów wiedzy i praktyki, wytycznych i dokumentacji przetargowej Zadania (...) i Zadania (...) winny być

przyjęte do realizacji obydwu Zadań” (str. 20 ww. opracowania),

- notatka z dnia 19 stycznia 2017 r. dot. ERTMS w projekcie (...) (stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa B. i T.),
- oświadczenia podwykonawców branżowych dla zadania (...) (stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa B.),
- Analiza dotycząca wyceny zamówienia pn. Zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii K.-T. (z wyłączeniem węzła warszawskiego) dalej jako Zadanie (...) w ujęciu porównawczym z zadaniem (...). We wnioskach wskazano, że cena oferty T. nie pokrywa wartości kluczowych urządzeń i systemów, liczonych wedle cen jednostkowych T. z 2017 r. podanych dla Zadania (...), łączna wartość kluczowych urządzeń i systemów, liczonych wedle cen jednostkowych T. z 2017 r. podanych dla zadania (...) wynosi kwotę netto 761 517 593,39 zł (bez projektowania i pełnego zakresu zadania), w projekcie (...) wedle cen T. z Projektu (...) wartość urządzeń, systemu ERTMS/ETCS poziom 2 i projektowania wynosi łącznie kwotę 801 104 283,51 zł, cena zaoferowana przez T. w Projekcie (...) jest

78

zaniżona o co najmniej kwotę 233 604 284,51 zł netto, W ramach całkowitej wartości zadania (...) oprócz elementów kosztowych określonych w tabeli wyników (ERTMS/ETCS poziom 2, urządzenia i materiały oraz projektowanie) konieczne jest uwzględnienie elementów niewystępujących w Projekcie (...), co oznacza jeszcze większą niż wskazana w pkt 4 rozbieżność ceny

T.. Do tej analizy załączono Tabelę Wyników dla analizy wyceny

porównawczej.

- Krajowy Plan Wdrażania Technicznej Specyfikacji Interoperacyjności „Sterowanie” opracowany przez Ministerstwo Infrastruktury i Budownictwa Rzeczypospolitej Polskiej z czerwca 2017 r.

- Analiza dotycząca zakresów prac do wykonania i cen ofert złożonych w dwóch postępowaniach organizowanych przez P.P.L.K. S.A. (dalej P.P.S.A.), opracowana przez W.R. - Stowarzyszenie Inżynierów i Techników Komunikacji RP Oddział w K. z września 2017 r.

- Mapa prezentująca projekty (...) i (...).

Odwołujący wskazał, że Zamawiający, zgodnie z pkt. 2.8 protokołu postępowania określił wartość zamówienia m.in. na podstawie dotychczasowych ofert na zabudowę systemu ERTMS/ETCS, co oznacza, że przewidział podobieństwo dotychczas prowadzonych postępowań na zabudowę systemu ERTMS/ETCS i przyjął, że oferty zgłaszane w dotychczasowych postępowaniach mogą być punktem odniesienia.

W oparciu o szacunkowe koszty zabudowy systemu ETCS wskazane w dokumencie Krajowy Plan Wdrażania Technicznej Specyfikacji Interoperacyjności „Sterowanie” opracowany przez Ministerstwo Infrastruktury i Budownictwa Rzeczypospolitej Polskiej z czerwca 2017 r. na poziomie 485 000 zł dla poziomu 2 na jednym kilometrze linii, Odwołujący wskazał, że dla linii o długości 680 km koszt ten wynosi 329 800 000 zł, tymczasem oferta T. wynosi 567 500 000 zł. Odwołujący wskazał na podobieństwo przedmiotu zamówienia w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu do przedmiotu zamówienia w projekcie realizowanym „Prace na linii kolejowej nr 7 W. Osobowa – D. na odcinku W. – O. – D. – L., odcinek O. – L. w km 26,050 – 175,850” (projekt (...)), który różni się jedynie długością linii. Na tę okoliczność Odwołujący przedstawił także pozostałe środki dowodowe. Odwołujący wskazał, że T. we wniesionym odwołaniu w projekcie (...) wskazywał na cenę 1 km linii zabudowy urządzeń srk i urządzeń telekomunikacyjnych na poziomie 2 516 719,00 zł, tymczasem

w projekcie (...) T. zaoferował cenę za 1 km linii 834 558,82 zł, w którym oferty zostały złożone niemalże w tym samym czasie. W ocenie Odwołującego, w okresie od 31 stycznia 2017 r. (data złożenia oferty w projekcie (...)), a 31 maja 2017 r. (data złożenia ofert w projekcie (...)) nie wystąpiły żadne okoliczności, które umożliwiałyby wykonawcy T. tak drastyczne obniżenie ceny oferty. Odwołujący wyjaśnił, że na poparcie zarzutu rażąco niskiej

79

ceny oferty T. posłużył się analizą porównawczą cen T. zastosowanych w Projekcie (...) na przestrzeni od 31 stycznia 2017 r. do 31 maja 2017 r. W ocenie Odwołującego, uzyskana opinia autora SITK RP z września 2017 r. jednoznacznie potwierdziła, że cena T. w postępowaniu (...) jest ceną rażąco niską. Odwołujący wyjaśnił, że w pierwszej kolejności

dokonano weryfikacji i obliczenia ilości kluczowych urządzeń wymaganych dla wykonania obu projektów (...) i (...) oraz istotnych elementów kosztotwórczych, a następnie dokonano analizy określającej ceny, które T. powinien był przyjąć w ofercie, w oparciu o ceny pochodzące z RCO T. przedstawionego w ramach projektu (...), z którego wprost można odczytać ceny stosowane przez T. dla poszczególnych asortymentów, a z nich ceny jednostkowe urządzeń, czy materiałów składających się na przedmiot zamówienia. Łączna wartość systemu, urządzeń i materiałów wynikająca z ww. analizy wynosi 761 517 593,39 zł netto, a po uwzględnieniu kosztów projektowania: 801 104 283,51 zł (pkt IV.2 analizy), co oznacza, że cena oferty T. została zaniżona o co najmniej 233 mln zł netto, zatem nie pokrywa wartości kluczowych urządzeń i systemów, liczonych wedle cen jednostkowych T. z 2017 r. podanych dla zadania (...) (pkt IV.1 analizy).

Zgodnie z art. 90 ust. 1, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny. Zgodnie z dalszą treścią art. 90 ust. 1 pzp wykonawca powinien złożyć wyjaśnienia w zakresie:

- oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę;
- pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Rażąco niska cena w świetle przepisów ustawy Pzp, a także orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych to cena, która nie pozwala na prawidłowe zrealizowanie zamówienia, zgodnie z wymaganiami wynikającymi z treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i przepisami odrębnymi. Zatem cena ta musi być na tyle

80

niska, że nie pokrywa kosztów realizacji zamówienia (wykonania robót, usługi lub dostawy) przez danego wykonawcę, a tym samym prawidłowe wykonanie zamówienia nie może być zrealizowane bez strat i dodatkowego finansowania z innych źródeł niż wynagrodzenie.

Odnosząc się do argumentacji przedstawionej przez Odwołującego, Izba stwierdziła, że nie jest wyznacznikiem tożsamości obu projektów tj. (...) i (...) podobieństwo tych dwóch linii wskazane jako ich przebieg linii na mapie lubi fakt, że są zlokalizowane w tym samym kraju, realizowane są dla tego samego Zamawiającego, czy też, że są realizowane w tej samej formule „zaprojektuj i buduj”, a na obu liniach jest przewidziany jednakowy nacisk na oś, obie linie służą do przewozu pasażerskiego i osobowego, na których obowiązuje taka sama prędkość maksymalna. Izba podzieliła argumentację Zamawiającego, że oferty złożone przez wykonawców w ramach projektu (...) i (...) nie mogą być wprost porównywane ze względu na odmienny sposób realizacji modernizacji obu linii kolejowych. Jak wyjaśnił Zamawiający, modernizacja linii LK 7 przewiduje kompleksową modernizację całej linii kolejowej długości 150 km w zakresie wszystkich branż: drogowej, energetycznej i automatyki kolejowej wraz z telekomunikacją, przy czym zadanie zabudowy wszystkich urządzeń automatyki kolejowej i telekomunikacyjnej realizowane jest w ramach zamówienia częściowego D. Natomiast w projekcie (...) zadania w zakresie automatyki kolejowej i telekomunikacyjnej są przewidziane w zadaniu tylko punktowo w wybranych miejscach, gdyż częściowo modernizacje automatyki kolejowej i telekomunikacyjnej zostały już zrealizowane lub są w trakcie zakończenia.

Biorąc zatem pod uwagę różnice obu projektów inwestycyjnych wynikających ze specyfiki, zakresu i odmiennego charakteru inwestycji, porównanie wprost cen oferowanych w obu projektach nie prowadzi do miarodajnych wniosków, gdyż są one praktycznie nieporównywalne ze względu na różny zakres rzeczowy. Porównanie dokonane przez Odwołującego wskazuje wręcz, że cena za 1 km linii lub w podziale na 1 LCS przy

uwzględnieniu skali projektu (...) będzie dla tego projektu niższa niż dla LK7.

Analiza przedstawiona przez Odwołującego została oparta na porównaniu obu projektów w oparciu o wycenę balis, jako jednego z rodzaju elementów koniecznych do uwzględnienia w zabudowie systemu ERTMS/ETCS. W ocenie Izby nie jest możliwe wprost przeniesienie cen z oferty T. na projekt (...) do oferty na projekt (...). Jak wynika z dokumentacji obu postępowań, oba projekty są przewidziane do realizacji w formule „projektuj i buduj”, zatem koncepcja zabudowy systemu ERTMS/ETCS poziom 2 zostanie dopiero w ramach realizacji przedmiotu zamówienia opracowana ostatecznie przez wybranego wykonawcę. W przypadku różnych wykonawców i różnych postępowań koncepcje mogą być całkowicie odmienne i tym samym nieporównywalne. Ponadto, porównanie cen ofert jedynie w oparciu o wycenę balis jest niemiernodajne z uwagi na występowanie w systemie ERTMS/ETCS poziom 2 również innych istotnych elementów,

81

których zastosowanie może mieć istotny wpływ na koszt realizacji zadania. Ponadto, z danych zawartych w RCO T. w projekcie (...), wziętych pod uwagę przez Odwołującego do analizy w zakresie cen balis, trudno jest wyodrębnić dokładne ceny tych elementów zabudowy systemu z uwagi na fakt, że RCO przedstawia pozycje zbiorcze, odnoszące się do całości zabudowy systemu ERTMS/ETCS poziom 2. Przedstawiona przez Odwołującego analiza nie uwzględnia również efektu skali inwestycji, który powoduje, że w przypadku powtarzalności pewnych elementów następuje zmniejszenie kosztów jednostkowych tych elementów. Jak wyjaśnił Zamawiający, przyjęcie ceny balisy (z postępowania (...)) jako nośnika ceny zabudowy systemu ERTMS/ETCS poziom 2 do wyceny zabudowy systemu na linii (...) prowadzi do znacznego zawyżenia ceny zabudowy systemu ETCS poziom drugi, co wynika wprost z obliczeń przykładowo dokonanych przez Zamawiającego w odniesieniu do postępowania dotyczącego (...). Dodatkowo, z uwagi na różny zakres obu inwestycji Odwołujący błędnie przyjął do porównania w ramach przeprowadzonej analizy urządzenia, które nie są tożsame dla obu kontraktów.

Izba stwierdziła również, że analizy przedłożone przez Odwołującego nie są spójne w zakresie prezentowanych danych. Przykład wskazany przez Zamawiającego w zakresie kabli OTK dla projektu (...) i (...), potwierdza istotne rozbieżności co do przyjętych w ramach analiz długości oraz kwestii uwzględnienia złącz, co prowadzi konsekwentnie do błędnych wniosków i podważa rzetelność przyjętych założeń, a w konsekwencji wyprowadzonych z nich wniosków. Ponadto w ocenie Izby, w odniesieniu do przedstawionych przez Odwołującego analiz należy uznać, że są one obarczone istotnym błędem wynikającym z uproszczenia przeprowadzonego porównania, w zakresie jedynie wybranych przez Odwołującego elementów zabudowy systemu ERTMS/ETCS. Wnioski wyprowadzone z takich analiz nie mogą stanowić wystarczającego dowodu na okoliczność, że zaoferowana przez wykonawcę T. w przedmiotowym postępowaniu cena oferty jest rażąco niska, w szczególności biorąc pod uwagę wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę.

Podkreślić należy również, że przedstawione przez Odwołującego analizy i wyliczenia w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny oferty T. zostały oparte na cenach, przyjętych na podstawie Rozbicia Ceny Ofertowej, a nie w oparciu o realne i konkretne koszty, przyjęte do kalkulacji ceny przez T.. Cena, co do zasady zawiera marżę, która w różnych warunkach rynkowych może ulegać zmianie w przypadku tego samego wykonawcy. Przyjęcie zatem cen jednostkowych z oferty złożonej w innym postępowaniu nie może być miarodajne do kwestionowania kosztów, które realnie ponosi dany wykonawca.

Inną okolicznością, która nie została przez Odwołującego uwzględniona w ramach przedstawionych analiz, to fakt, że w postępowaniu na (...) oferta została złożona przez T. wspólnie z innym wykonawcą - DP System, wobec czego choćby z tego względu koszty realizacji zamówienia kształtowały się w sposób odmienny niż w przypadku oferty złożonej

82

przez wykonawcę samodzielnie. Okoliczność ta ma istotne znaczenie z punktu widzenia zasadności porównywania ofert składanych w różnych postępowaniach przez danego wykonawcę.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy. Wykonawca w ramach składanych wyjaśnień powinien przedstawić dowody, które w jego ocenie uzasadniają przyjętą wycenę

przedmiotu zamówienia. Celem procedury wyjaśniania, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jest rozstrzygnięcie czy oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, jako zawierająca rażąco niską cenę. O tym, czy cena lub koszt oferty są rzeczywiście rażąco niskie, rozstrzyga zamawiający w odniesieniu do konkretnego przypadku, w oparciu o uzyskane od wykonawcy wyjaśnienia i załączone przez niego dokumenty, które muszą być ocenione przez Zamawiającego w kontekście specyfiki i właściwości przedmiotu zamówienia będącego przedmiotem konkretnego postępowania. W konsekwencji, nie można przyjmować automatycznie, że cena poniżej pewnego poziomu czy to w stosunku do cen pozostałych ofert, czy też w stosunku do wartości zamówienia jest ceną rażąco niską. Stanowisko to potwierdził Sąd Okręgowy w K. w wyroku z dnia 21 czerwca 2010 r. (sygn. akt XIX Ga 175/10), w którym wskazał, że: „Dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców, nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców, jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. Po drugie, podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny "rażąco niskiej", a nie ceny "niskiej." Te dwa pojęcia nie są tożsame." W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dawniej ETS) podnoszono, że procedura wyjaśniania jest niezbędna w świetle europejskiego prawodawstwa z zakresu zamówień publicznych, gdyż zabezpiecza przed arbitralnością oceny zamawiającego co do rażąco niskiej wysokości ceny (por. wyr. z dnia 22 czerwca 1989 r. 103/88, wyr. z dnia 27 listopada 2001 r. C-285/99, wyr. z dnia 15 maja 2008 r. C-147/06, z dnia 29 marca 2012 r. C-599/10).

W ocenie Izby wyjaśnienia złożone przez T. (objęte ochroną, jako tajemnica przedsiębiorstwa) potwierdzają, że cena oferty została skalkulowana w sposób rzetelny uwzględniający koszty ponoszone przez wykonawcę i przyjęte do wyceny realizacji przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Ocena złożonych przez T. wyjaśnień przez Zamawiającego została dokonana w sposób prawidłowy, z uwzględnieniem szczegółowego charakteru złożonych wyjaśnień i przedstawionych kalkulacji, a także dowodów przedłożonych na potwierdzenie przedstawionych kalkulacji. W świetle art. 190 ust 1a i 198ea Pzp, w postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego albo na zamawiającym, jeżeli

83

wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania. Prawidłowa ocena przez zamawiającego złożonych przez wykonawcę wyjaśnień ma istotne znaczenie z uwagi na ciężar dowodowy wynikający z art. 190 ust. 1a i 198ea Pzp, zgodnie z którym odwołujący nie musi w toku postępowania udowodnić twierdzeń, co do faktu, że kwestionowana przez niego oferta zawiera rażąco niską cenę.

Musi jednak ten fakt przynajmniej uprawdopodobnić.

Odnosząc powyższe do niniejszej sprawy, Izba stwierdziła, że Odwołujący nie uprawdopodobnił faktu rażąco niskiej ceny oferty T., podczas gdy złożone przez T. wyjaśnienia w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podtrzymane przez T. w postępowaniu odwoławczym potwierdziły prawidłowość oferty w powyższym zakresie. Izba w ustalonych okolicznościach nie stwierdziła podstaw do odrzucenia oferty złożonej przez T. na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 1, 2 i 3 Pzp w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez bezpodstawne uznanie dokonanego przez T. zastrzeżenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, pomimo że T. nie wykazał, że zastrzeżone dokumenty i informacje stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa, podniesiony w odwołaniu (pkt 8.14 odwołania) bez jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego, jedynie blankietowo.

Zarzut powyższy został rozpoznany z uwzględnieniem oświadczenia Odwołującego co do ograniczenia tego zarzutu przez Odwołującego w piśmie z dnia 25 października 2017r. Odwołujący ograniczył zarzut wyłącznie do danych zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny złożonych przez T. obejmujących kategorie (rodzaje) przyczyn i ich wpływu na obniżenie ceny oferty T..

W zakresie tego zarzutu Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego zasady jawności postępowania, wobec skutecznego zastrzeżenia przez wykonawcę T. treści złożonych wyjaśnień. Podkreślić należy, że z żadnego przepisu ustawy Pzp nie można

wywieść obowiązku wykonawcy lub zamawiającego sporządzenia swego wykazu kategorii informacji, które zostały zastrzeżone przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa w danym postępowaniu. W szczególności należy uznać, że wyjaśnienia składane w trybie art. 90 ust. 1 lub ust. 1a Pzp, co do zasady obejmują kategorie informacji wskazane w tych przepisach, które mają istotne znaczenie dla wyjaśnienia elementów oferty o istotnym znaczeniu w kontekście wątpliwości co do rażącego charakteru ceny oferty lub kosztu. Przystępujący T., odnosząc się do podniesionych zarzutów w zakresie rażąco niskiej ceny w swoim stanowisku pisemnym i przedstawionym na rozprawie wielokrotnie odwoływał się do kategorii informacji zawartych w wyjaśnieniach. Informacje te jednak jako ogólne nie niosą ze sobą treści istotnych z punktu widzenia argumentacji Odwołującego przedstawionej

84

w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny.

Zarzuły naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, a w konsekwencji art. 7 ust. 3 Pzp, poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, Izba uznała za niezasadne.

W świetle ustaleń dokonanych w toku postępowania oraz w konsekwencji niepotwierdzenia się zarzutów dotyczących oceny oferty złożonej przez Odwołującego B., oferty złożonej przez wykonawcę A., wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez T. oraz braku podstaw do odrzucenia oferty T., należało stwierdzić, że dokonanie przez Zamawiającego wyboru oferty T. jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu nie narusza wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp, w szczególności art. 91 ust. 1 Pzp. W tym kontekście nie można też skutecznie wywodzić naruszenia art. 7 ust. 3 Pzp, biorąc przy tym pod uwagę, że decyzja o wyborze oferty najkorzystniejszej nie jest tożsama z czynnością udzielenia zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz ust. 8 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 oraz § 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.), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....

.....

85

86