Sygn. akt: KIO 381/23

WYROK

z dnia 2 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kuszel – Kowalczyk

Członkowie: Luiza Łamejko

Izabela Niedziałek - Bujak

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lutego 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Track Tec Construction sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Krakowskie Zakłady Automatyki S.A. z siedzibą w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie,

przy udziale wykonawcy Kolejowe Zakłady Automatyki S.A. z siedzibą w Katowicach, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów oznaczonych jako 1b), 2 i 3 w petitum odwołania;

2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,

3. kosztami postępowania obciąża odwołujących Track Tec Construction sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Krakowskie Zakłady Automatyki S.A. z siedzibą w Krakowie i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 0000 zł 00 gr

(słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od odwołujących Track Tec Construction sp. z o.o. z siedzibą we

Wrocławiu, Krakowskie Zakłady Automatyki S.A. z siedzibą w Krakowie na rzecz wykonawcy zgłaszającego przystąpienie Kolejowe Zakłady Automatyki S.A. z siedzibą w Katowicach kwotę 3 600 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero

groszy) tytułem zwrotu poniesionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika;

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. poz. 2022, poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……..

Członkowie: ……..

Sygn. akt: KIO 381/23

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

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, Centrum realizacji Inwestycji Region Centralny, dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów z dnia 11 września 2019 r. -Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. poz. 2022, poz. 1710), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach zadania pn. „Zaprojektowanie i budowa nowych urządzeń srk w stacji Zawiercie oraz roboty towarzyszące w ramach projektu pn. „Modernizacja linii kolejowej nr 4 – Centralna Magistrala Kolejowa etap II” (nr postępowania: 9090/IREZA1/05406/01462/22/P, dalej „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 22.03.2022 r. pod Nr 2022/S 057-150417.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu, w dniu 13 lutego 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnieśli odwołanie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Track Tec Construction sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Krakowskie Zakłady Automatyki S.A. z siedzibą w Krakowie, dalej „Odwołujący”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Kolejowych Zakładów Automatyki z siedzibą w Katowicach, dalej „KZA", pomimo że:

a) jest ona niezgodna z wymaganiami Zamawiającego ujętymi w ust. 24.1 Instrukcji dla Wykonawców, dalej „IDW"), zgodnie z którym Zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania zakresu określonego w następujący sposób: „roboty

teletechniczne, srk", gdy tymczasem, jak wynika z wyjaśnień udzielonych przez KZA, wykonawca ten zamierza podzlecić te zakresy prac podwykonawcom;

b) jest ona niezgodna z ust. 3.5.5.2 pkt 7) Programu Funkcjonalno – Użytkowego, dalej „PFU" oraz ust. 4.4 pkt 1 i 2 projektu budowlanego (zeszyt 3 – sterowanie ruchem kolejowym), zgodnie z którymi przebudowywane i budowane urządzenia srk muszą być przystosowane do współpracy z urządzeniami ERTMS/ETCS poziom 2, gdy tymczasem urządzenia, których zabudowę planuje KZA nie spełniają tych wymagań;

2) ewentualnie, tj. na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że nie istnieje podstawa do odrzucenia oferty KZA;

co doprowadziło Zamawiającego do nieuzasadnionego wyboru oferty KZA jako najkorzystniejszej w Postępowaniu;

art. 223 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia procedury wyjaśniającej w odniesieniu do możliwości spełnienia wymagań w zakresie współpracy z urządzeniami ERTMS/ETCS przez urządzenia zaoferowane przez KZA;

a w konsekwencji powyższych

3) art. 16 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, za którą uznana została ta złożona przez KZA;

2) odrzucenie oferty złożonej przez KZA;

3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

4) ewentualnie, tj. na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że nie istnieje podstawa do odrzucenia oferty KZA, przeprowadzenie procedury wyjaśniającej w odniesieniu do możliwości spełnienia wymagań w zakresie współpracy z urządzeniami ERTMS/ETCS przez urządzenia zaoferowane przez KZA.

Na podstawie art. 534 ust. 1 w zw. z art. 535 Pzp, Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym.

Na podstawie art. 573 Pzp, Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Uzasadnienie odwołania

Odwołujący uzasadniając odwołanie podał:

„I. ISTOTNE DLA SPRAWY ELEMENTY STANU FAKTYCZNEGO

1. Zamawiający prowadzi Postępowanie, którego przedmiotem jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach zadania pn. „Zaprojektowanie i budowa nowych urządzeń srk w stacji Zawiercie oraz roboty towarzyszące w ramach projektu pn. „Modernizacja linii kolejowej nr 4 – Centralna Magistrala Kolejowa etap II" . Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego.

2. W treści SWZ (ust. 24.1 IDW) Zamawiający skorzystał z uprawnienia, o którym mowa w art. 121 Pzp i postawił wymóg osobistego wykonania następujących części zamówienia: „roboty teletechniczne, srk".

3. Z kolei w treści PFU sformułowane zostały wymagania odnośnie zabudowywanych urządzeń srk. Wśród nich Zamawiający zażądał, aby współpracowały one z systemem ECTS poziom 2.

4. Zamawiający dwukrotnie (przed oraz po aukcji) wzywał KZA do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

5. Pismem z dnia 2 lutego 2023 r. Zamawiający poinformował o uznaniu za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez KZA. Jak zostanie wykazane czynność ta jest nieprawidłowa, a Zamawiający powinien zdecydować się na

odrzucenie oferty złożonej przez tego wykonawcę.

II. OFERTA KZA JEST NIEZGODNA Z WARUNKAMI ZAMÓWIENIA

II.1. NIEZGODNOŚĆ OFERTY Z KZA Z WYMAGANIAMI W ZAKRESIE OSOBISTEGO WYKONANIA ZAMÓWIENIA PRZEZ WYKONAWCĘ

6. W treści ust. 24.1 IDW Zamawiający sformułował następujące wymaganie:

24.1. Zamawiający zastrzega, że Wykonawca zobowiązany jest do osobistego wykonania następujących części Zamówienia:

- roboty teletechniczne, srk.

7. KZA złożył ofertę, w treści której zadeklarował zamiar realizacji zamówienia w sposób zgodny z wymaganiami Zamawiającego (deklaracja w tym zakresie zawarta jest w pkt. 12 formularza ofertowego). Jak wynika jednak z treści odtajnionych przez Zamawiającego wyjaśnień składanych na okoliczność rażąco niskiej ceny, wbrew ogólnemu twierdzeniu wynikającemu z formularza ofertowego, KZA zamierza powierzyć podwykonawcom prace mieszczące się w zakresie, o którym mowa w ust. 24.1 IDW.

8. Wyjaśnienia składane na okoliczność badania rażąco niskiej ceny po aukcji elektronicznej (wyjaśnienia z dnia 18 października 2022 r.) potwierdzają, że KZA planuje realizować zamówienie przy udziale szeregu podwykonawców. O tym jednak, że zakres, jaki KZA planuje podzlecić jednocześnie wymagania IDW świadczy treść wyjaśnień (w części zatytułowanej „Korzystanie z niezbędnych podwykonawców i dostawców", str. 9), gdzie KZA stwierdza:

„2) Oferta KZA :

• w zakresie Całkowitego Zakresu Zamówienia uwzględnia koszt usług

Podwykonawców w robotach poniższych branż:

^ Elektroenergetyka;

^ Sieć Trakcyjna (Podwykonawca ELECTREN);

^ Kubaturowa (budowa, energetyka, sieci sanitarne, teletechnika, peron nr 1 i peron nr 2) - Podwykonawca GAWMAR;

Już w tym zatem fragmencie wyjaśnień KZA oświadcza, że branża teletechniczna zostanie zrealizowana przez podwykonawcę (lub podwykonawców). Podkreślenia również wymaga, iż treść przywołanego stanowiska wyklucza twierdzenie, jakoby KZA miał na myśli jedynie dostawców asortymentu teletechnicznego. Warto jeszcze raz wskazać, że w tytule pkt. 2) wyjaśnień (z którego pochodzi zacytowany fragment) KZA wspomina o podwykonawcach i dostawcach. Natomiast już w przywołanej treści jednoznacznie deklaruje, że branże teletechniczną podzleci podwykonawcy (a nie, że będzie korzystał jedynie z dostawców w tym zakresie).

9. O naruszeniu obostrzeń wynikających z IDW świadczą również załączone przez KZA dowody. Zanim Odwołujący przejdzie do ich omówienia, wskazać warto, że załączniki nr 3-8 do wyjaśnień obejmują oferty dostawców (w zakresie asortymentu niezbędnego do realizacji zamówienia). Świadczy o tym nie tylko ich treść, ale i deklaracja KZA ze str. 11-12 wyjaśnień („Na potwierdzenie rzetelnego skalkulowania ceny oferty Spółka jako dowody nr 38 przedstawia oferty od kluczowych dostawców (…)"). A zatem, jak wynika nie tylko z ich treści, ale również oświadczenia KZA, pozostałe oferty obejmuję prace mieszczące się w definicji podwykonawstwa.

10. Pierwszym z podmiotów, z których KZA zamierza korzystać w ramach m. in. branży teletechnicznej jest „podwykonawca" (tak definiuje ten podmiot KZA) Gawmar sp. z o.o. (co potwierdza przywołany powyżej fragment wyjaśnień). Zakres prac, który wykona ten podmiot wynika natomiast wprost z oferty podwykonawczej (zał. nr 14 do wyjaśnień z dnia 18 października 2022 r.) i nie pozostawia wątpliwości, że wykracza on poza zakres, który może być podzlecony w sposób nienaruszający obostrzeń z ust. 24.1 IDW:

Dotyczy: złożenia oferty cenowej na wykonanie obiektów kubaturowych

W odpowiedzi na zapytanie cenowe, dla zadania jw., GAWMAR Sp. z o.o. oferuje wykonanie przedmiotowego zakresu robót za łączną kwotę 6 000 000,00 zł. netto /słownie: sześć milionów złotych, w zakresie zgodnym z materiałami przetargowymi i załączonym RCO.

LP	Opis zadania	J.m.	Ilość	Kwota netto [PLN]	Wartość brutto [PLN]
1	2	3	4	5	6
ZAKRES PODSTAWOWY ZAMÓWIENIA					
6.	Kubaturowa	komplet	1	6 000 000,00 zł	7 380 000,00 zł
6.1	Kubatura - budowa	komplet	1	3 300 000,00 Zł	4 059 000,00 Zł
6.2	Kubatura - energetyka	komplet	1	250 000,00 zł	307 500,00 zł
6.3	Kubatura - sieci sanitarne	komplet	1	250 000,00 zł	307 500,00 zł
6.4	Kubatura - teletechnika	komplet	1	400 000,00 zł	492 000,00 zł

6.5	Peron nr 1	komplet	1	800 000,00 zł	984 000,00 Zł
6.6	Peron nr 2	komplet	1	1 000 000,00 zł	1 230 000,00 zł

Zarówno wskazanie na „roboty", jak i posłużenie się sformułowaniem „komplet" w odniesieniu do zakresu prac dotyczących teletechniki wskazuje jednoznacznie, że oferta ta obejmuje wszelkie roboty teletechniczne.

11. Drugim z podmiotów, który w wyjaśnieniach KZA odnosi się do branży teletechnicznej jest Pyrylandia sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Podmiot ten pojawia się w wyjaśnieniach KZA dwukrotnie:

a) jako potencjalny podmiot, który zrealizuje dostawę i zabudowę urządzeń radiołączności (zgodnie z zał. nr 11 do wyjaśnień z 18 października 2022 r.);

b) jako ten, który zrealizuje usługę utrzymania urządzeń radiołączności (zgodnie z zał. nr 19 do wyjaśnień z 18 października 2022 r.).

12. Pierwsza z wymienionych ofert (zał. nr 11) potwierdza zarzut odwołania, tj. dowodzi, że KZA zamierza realizować zamówienia w sposób sprzeczny z ust. 24.1 IDW, czego dowodzą następujące jej fragmenty:

Szanowni Państwo,

w załączeniu przesyłam ofertę cenową na dostawę i zabudowę urządzeń radiołączności VHF dla w/w zadanie.

Wycena obejmuje dostawę, montaż, uruchomienie, pomiary poinstalacyjne, sporządzenie dokumentacji pomontażowej, szkolenie personelu obsługi oraz wsparcie techniczne w okresie gwarancji.

Wskazanie, że Pyrylandia realizować będzie powyższy zakres, w tym „zabudowę", „montaż i uruchomienie" jednoznacznie dowodzi, że czynności mieszczące się w pojęciu „roboty teletechniczne" nie zostaną w całości wykonane przez KZA. Kolejnego potwierdzenia w tym zakresie dostarcza już str. 2 oferty Pyrylandii:

Oferta

na

wykonanie robót związanych z modernizacją urządzeń i systemów radiołączności PKP

Analogiczne do powyższych postanowienia zawarte są w dalszej części zał. nr 11 do wyjaśnień KZA:

Oferujemy dostawę, montaż i uruchomienie stacji bazowych systemu radiołączności F-8O4/2/M wraz z instalacjami antenowymi. System ten został zaprojektowany dla potrzeb Dyspozytorów i Dyżurnych ruchu. Przeznaczony jest do zdalnego sterowania stacjami bazowymi łączności radiowej rozmieszczonymi na wyznaczonym obszarze wzdłuż linii kolejowych objętych zdalnym sterowaniem

13. Powyższe, a zatem zarówno treść udzielonych przez KZA wyjaśnień z dnia 18 października 2022 r., jak i niebudząca wątpliwości treść oferty, wskazuje, że KZA zamierza zrealizować „roboty teletechniczne" przy wsparciu podwykonawców Gawmar sp. z o.o. i Pyrylandia sp. z o.o. Pozostaje to zatem w ewidentnej sprzeczności z wymaganiem określonym w ust. 24.1 IDW. Dowodzi to również, że deklaracja złożona w formularzu ofertowym nie oddaje faktycznego zamiaru wykonawcy (i została złożona jedynie w celu formalnego sprostania oczekiwaniom IDW). Odnosząc się bowiem szczegółowo do zamiaru realizacji inwestycji KZA nie pozostawia wątpliwości, że zaangażowanie podwykonawcy (lub podwykonawców) w branży teletechnicznej jest konsekwentnie planowane i ujęte w wycenie ofertowej.

14. Podnieść również należy, że poza zakresem jakichkolwiek wątpliwości zdaje się być, że przez użycie słowa „roboty" (w odniesieniu do teletechniki) Zamawiający w sposób ewidentny oczekiwał wykonania przez wykonawcę osobiście (tj. bez udziału podwykonawcy) robót (prac, czynności) związanych z zakresem tej konkretnej branży (teletechnicznej). Przywołanym zakazem podzlecania podwykonawcom objęte są zatem takie czynności jak zabudowa czy montaż urządzeń teletechnicznych, a wiec dokładnie te, które KZA zlecić zamierza podwykonawcy.

15. Z analogiczną sytuacją mamy do czynienia również w odniesieniu do drugiego z zakresów zastrzeżonych przez Zamawiającego do osobistego wykonania przez wykonawcę, jakim jest srk. Również w tym zakresie KZA wskazuje na zamiar korzystania za wsparcia podwykonawców. Podobniej jak w przypadku robót teletechnicznych, wynika to już z treści wyjaśnień KZA z dnia 18 października 2022 r. (str. 9):

„1) Wykonawca bazuje na doświadczeniu oraz uwzględnił koszty współpracy z wybranym przez niego dostawcą urządzeń branży automatyki kolejowej srk tj. spółką Rail Mil Computers Sp. z o.o., w szczególności w zakresie dostaw systemu nakładki komputerowej ILTOR-2 z systemem zależnościowym MOR-3 oraz blokad komputerowych CBL 2010, które zamierza dostarczyć i zabudować w ramach zakresu podstawowego zamówienia."

Jak wynika z powyższego Rail Mil Computers sp. z o.o. nie tylko dostarczy wykonawcy KZA urządzenia srk, ale i przeprowadzi ich zabudowę.

16. Z przypadkiem, w którym zasadne będzie odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp (niezgodność z warunkami zamówienia) będziemy mieć do czynienia, gdy oferta danego wykonawcy jest w sposób niebudzący wątpliwości sprzeczny z wymaganiami sformułowanymi przez Zamawiającego. Wymóg ujęty

w ust. 24.1 IDW nie budzi wątpliwości interpretacyjnych, jest jednoznaczny i zrozumiały. Nie sposób więc uznać, że mamy do czynienia z jakąkolwiek niejasnością, którą należałoby wykładać na korzyść wykonawcy.

17. Wskazana w odwołaniu wadliwość nie podlega również sanowaniu. Nie jest to bowiem żadna z omyłek, o których mowa w art. 223 Pzp. KZA złożył bowiem wyjaśnienia, z których w bezdyskusyjny sposób wynika jak zamierza realizować zamówienie. Jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 grudnia 2021 r., Sygn. KIO 3524/21: „Nie może być mowy o omyłce, kiedy treść oferty właściwie wyraża intencję jej autora. Poprawienie omyłki jest szczególnym, typowym dla p.z.p. trybem dotyczącym wykładni oświadczeń woli, który nie może posłużyć jako instrument wykreowania nowego (innego) oświadczenia, wbrew wyjaśnieniom złożonym przez wykonawcę, więc popełniony błąd nie zawiera się w katalogu wad, które można sanować". KZA w kilku miejscach (zarówno w treści samych wyjaśnień, jak i w załączonych do nich dowodach) składa oświadczenie, które nie może być rozumiane inaczej, jak tylko jako ewidentna sprzeczność z treścią IDW. Jakakolwiek próba naprawienia tej wadliwości (np. poprzez procedurę wyjaśniającą) skutkowałaby niedozwolonymi negocjacjami wykonawcy z Zamawiającym.

18. Odwołujący podkreśla także, że bez znaczenia jest, iż informacje, o których mowa w odwołaniu zawarte zostały w wyjaśnieniach składanych na potrzeby uzasadnienia ceny ofertowej. Bezsporne jest bowiem, że Zamawiający nie może pominąć (zignorować) wynikających z takich wyjaśnień okoliczności, które potwierdzają niezgodność z podlegającymi zerojedynkowej ocenie wymaganiami IDW. Potwierdza to Krajowa Izba Odwoławcza np. w wyroku z dnia 15 kwietnia 2019 r., Sygn. KIO 522/19 : „Nie można zgodzić się ze stanowiskiem, że informacje uzyskane od wykonawców w ramach wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny nie mogą służyć ocenie zgodności oferty z SIWZ. Nie można zakładać, że badanie rażąco niskiej ceny odbywa się niejako w oderwaniu od sposobu wykonania zamówienia, w tym wyceny materiałów służących do realizacji zamówienia".

19. Omawianej wadliwości nie sanuje również to, że w treści formularza ofertowego znalazła się informacja o zamiarze skorzystania z podwykonawstwa opisana w sposób zgodny z ust. 24.1 IDW. Formularz ofertowy zawiera bowiem jedynie krótkie (tabelaryczne) zestawienie zakresów prac, które mają zostać podzlecone. Natomiast w złożonych wyjaśnieniach KZA szczegółowo omawia sposób, w jaki realizowane będzie zamówienie. Powołuje się przy tym

na oferty podwykonawców. Mamy tu więc do czynienia z precyzyjnym i oddającym intencje KZA obrazem planowanego zaangażowania podwykonawców w realizację zamówienia stanowiącego przedmiot Postępowania. Wynika z niego ponad wszelką wątpliwość, że oferta KZA powinna zostać odrzucona jako niezgodna z warunkami zamówienia (na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp).

II.2. NIEZGODNOŚĆ OFERTY KZA Z WYMAGANIAMI PFU

20. W treści PFU Zamawiający sformułował wymagania w zakresie współpracy urządzeń srk z urządzeniami ERTMS/ETCS (systemy gwarantujące interoperacyjność i automatyzację ruchu kolejowego). Wynika to z następujących postanowień dokumentacji Postępowania: a) ust. 3.5.5.2 pkt 7 PFU

b) ust. 4.4 projektu budowlanego (zeszyt 3 – sterowanie ruchem kolejowym):

21. Jak wynika z treści wyjaśnień udzielonych przez KZA (pismo z dna 18 października 2022 r.) wykonawca ten planuje wykorzystanie urządzeń Iltor oraz MOR-3.

22. Odwołujący wskazuje, że urządzenia, które wykorzystać zamierza KZA nie gwarantują spełnienia przywołanego powyżej wymogu. Urządzenia te nie pracują na żadnej z linii kolejowych w Polsce, na których funkcjonuje system ERTMS/ETCS (urządzenia MOR-3 są co prawda zamontowane na Centralnej Magistrali Kolejowej, ale system ERTMS/ETCS jest tam wyłączony5, więc nie istnieje dowód na zapewnienie wymaganej przez Zamawiającego współpracy).

23. Odwołujący wskazuje, że, aby spełnić wymóg współpracy z ERTMS/ETCS przez nowe urządzenia (tj. takie, co do których nie istnieją doświadczenia, badania czy też jakiekolwiek inne metody potwierdzające tę współpracę) niezbędne jest wykonanie szeregu prac, w tym adaptacyjnych. Są one długotrwałe i kosztowne. Ponadto, po ich przeprowadzeniu konieczne jest potwierdzenie właściwej ich współpracy poprzez badania zakończone specjalistyczną opinią techniczną.

24. Odwołujący wskazuje, że całokształt prac adaptacyjnych dla nowych urządzeń może zająć nawet od 2 do 5 lat. Biorąc to pod uwagę niemożliwym byłoby zrealizowanie zamówienia w terminie narzuconym przez Zamawiającego. Tak długi okres adaptacji podyktowany jest m.in. koniecznością przeprowadzenia testów integracyjnych oraz analiz dowodzących m.in., że nowe urządzenia nie wpłyną negatywnie na funkcjonowanie systemu ETCS.

25. Podkreślić należy przy tym, że urządzenia, o których mowa w niniejszym zarzucie są ściśle zależne od innych (współpracujących) systemów i urządzeń. Koordynacja i wdrożenie tych zależności jest zadaniem niewątpliwie skomplikowanym. Najlepszym tego przykładem jest przywołana powyżej Centralna Magistrala Kolejowa, na której, jak wskazano powyżej,

zabudowane zostały urządzenia MOR-3, ale system ERTMS/ETCS pozostaje wyłączony. Stanowi to konsekwencję tego, że nie są spełnione wszelkie wymagania niezbędne do zapewnienia prawidłowej współpracy (w tym w warstwie aplikacyjnej oraz w odniesieniu do określonych protokołów).

26. Biorąc pod uwagę powyższe, należałoby oczekiwać, że zastosowanie takich urządzeń (niefunkcjonujących na rynku) skutkować będzie wyższą ceną ofertową. Tymczasem to oferty konkurencyjne okazały się droższe. Ponadto, na uwagę zasługuje, że podjęcie opisanych powyżej czynności jest długotrwałe i nie sposób ustalić, że może być zakończone w terminie realizacji zamówienia stanowiącego przedmiot Postępowania.

27. Uwzględniając powyższe Zamawiający powinien (co najmniej) przeprowadzić procedurę wyjaśniającą, o której mowa w art. 223 ust. 1 Pzp. Chociaż procedura ta uzależniona jest od zaistnienia po stronie Zamawiającego stanu wątpliwości co do złożonej oferty, to, uwzględniając wymienione powyżej wątpliwości wynikające z braku funkcjonowania w Polsce urządzeń wymienionych w ofercie KZA, uznać należy, że wątpliwości te mają charakter obiektywny (a więc dotyczyć powinny również Zamawiającego).

28. Jakkolwiek zatem zastosowanie art. 223 ust. 1 Pzp pozostawione jest do decyzji gospodarza postępowania (co oznacza, że, co do zasady, kreuje on prawo, a nie obowiązek kierowania wezwania do złożenia wyjaśnień), to istnieją przypadki, gdy prawo to zmienia się jednak w obowiązek. Tak np. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 2 listopada 2020 r., Sygn. KIO 2345/20 : „Jakkolwiek z art. 87 ust. 1 p.z.p. wynika fakultatywność wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty, to niejednokrotnie możliwość wystosowania takiego wezwania przerodzi się w obowiązek po stronie zamawiającego, a to z tego względu, że zamawiający zobowiązany jest w sposób staranny i rzetelny dokonywać czynności badania i oceny ofert. Art. 87 ust. 1 p.z.p. stanowi jedną z gwarancji, że kluczowe czynności podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu takie jak wybór oferty najkorzystniejszej czy też odrzucenie oferty będą prawidłowe, dając zamawiającemu możliwość wyjaśniania pewnych nieścisłości czy nieprawidłowości, jednocześnie chroniąc wykonawców przed zbyt pochopnym i nieuzasadnionym odrzucaniem ofert”.

29. Z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w Postępowaniu. Biorąc pod uwagę znaczenie systemów srk dla bezpieczeństwa ruchu kolejowego, ale również wpływ omawianych zagadnień na prawidłowość czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający powinien przeprowadzić wspomnianą procedurę wyjaśniającą.

30. Tym bardziej, że poprzez zaniechanie jej przeprowadzenia dochodzi do nierównego traktowania wykonawców. Konkurencja KZA, chcąc sprostać wymaganiom Zamawiającego, zgodnie z którymi należy zapewnić współpracę z urządzeniami ERTMS/ETCS, uwzględniła w swoich ofertach rozwiązania funkcjonujące na rynku, co do których nie istnieją wątpliwości

w zakresie takiej współpracy. KZA natomiast nie jest w stanie tego wymogu zapewnić. Akceptując bezrefleksyjnie taką sytuację Zamawiający dopuszcza się naruszenia zasady równego traktowania wykonawców oraz konkurencyjności, cierpi na tym również przejrzystość postępowania o udzielenie zamówienia publiczne.

W dniu 27 lutego 2023 r. stanowisko w sprawie złożył do akt sprawy wykonawca zgłaszający przestąpienie tj. Kolejowe Zakłady Automatyki S.A. z siedzibą w Katowicach.

W dniu 27 lutego 2023 r. odpowiedź na odwołanie złożył do akt sprawy Zamawiający. W odpowiedzi Zamawiający oświadczył, że uwzględnia zarzut z pkt 1 lit. a) odwołania i zastosuje się do wniosków z pkt 1, 2 i 3 odwołania.

Ponadto Zamawiający wniósł o oddalenie pozostałych zarzutów, obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego, w tym zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów zastępstwa przed Izbą oraz o przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w piśmie, na fakty wskazane w piśmie.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska złożone przez strony i uczestnika postępowania, w tym w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Kolejowe Zakłady Automatyki S.A. z siedzibą w Katowicach (dalej Przystępujący lub KZA). Wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający oświadczeniem złożonym przed otwarciem rozprawy, w odpowiedzi na odwołanie, uwzględnił odwołanie w części opisanej jako zarzut 1a) petitum odwołania.

Przystępujący, na posiedzeniu, wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego ww. zarzutu.

Odwołujący, na posiedzeniu, złożył oświadczenie o cofnięciu zarzutów oznaczonych jako 1b), 2 i 3 w petitum odwołania.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. Stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

W przywołanym przepisie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca przyznał odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wnioskowania a maiori ad minus, należy uznać, że odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość skutecznego cofnięcia odwołania w części. Odwołujący oświadczył, że nie popiera już tego zarzutu, wobec powyższego postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Dostrzec należy, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu części odwołania, czego skutkiem wynikającym wprost z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp ustawy Pzp jest obowiązek umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanego zarzutu.

Rozstrzyganie w przedmiocie zarzutów, które okazały się niesporne jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 559 ust. 2 Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia.

W pozostałym zakresie, Izba stosownie do art. 523 ust. 3 ustawy Pz,p rozpoznała odwołanie.

Izba włączyła w poczet materiału dowodowego, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Przywołane w odwołaniu podstawy prawne stanowią:

- art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

- art. 239 ust. 1 ustawy Pzp - Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Wydając wyrok Izba uznała za istotne dla sprawy i rozstrzygające poniższe kwestie.

Izba rozpoznała odwołanie w granicach podniesionego w nim zarzutu, który odnosił się do niezgodności oferty KZA z warunkami zamówienia w zakresie zamiaru zlecenia prac podwykonawcom, zastrzeżonych przez Zamawiającego do osobistego wykonania przez wykonawców w aspekcie kubatury-teletechniki, radiołączności oraz srk. Niezgodność oferty KZA z warunkami zamówienia Odwołujący wywodził z treści wyjaśnień ceny złożonych przez KZA w dn. 18 października 2022 r., w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Odwołujący w treści odwołania nie przedstawiał argumentacji w zakresie niedopuszczalności podzlecenia robót związanych z peronami, wobec czego argumentacja odnosząca się do tego aspektu została pominięta jako wykraczająca poza granice zarzutu.

Zgodnie z art. 555 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Dostrzec trzeba, że przywołany przepis realizuje podstawowe zasady procedury odwoławczej: równości stron oraz kontradyktoryjności. Ponieważ stosownie do art. 513 pkt 1 i 2 Pzp przedmiotem odwołania może być wyłącznie czynność zamawiającego w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechanie przez zamawiającego czynności, do której jest zobowiązany przez przepisy ustawy, przedmiotem rozstrzygnięcia Izby może być wyłącznie ta czynność lub zaniechanie z uwzględnieniem okoliczności faktycznych i prawnych istniejących w dacie czynności lub zaniechania. O treści zarzutu odwołania decydują bowiem wskazane przez Odwołującego okoliczności faktyczne i prawne, a te z kolei mają swe źródło w uzasadnieniu kwestionowanej czynności. Spór powinien być prowadzony w granicach zakreślonych odwołaniem, w przeciwnym razie zakres sporu byłby definiowany na etapie rozprawy, co uniemożliwiłoby rzetelne przygotowanie się stron i uczestnika.

Jak już wskazano, zgodnie przepisem 534 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym - strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 Kodeksu Cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej), na podstawie wskazanych dowodów, o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania.

Powyższe reguły dowodowe doprowadziły Izbę do wniosku, iż zarzut zaniechania odrzucenia oferty KZA przez Zamawiającego nie potwierdził się i jako taki nie podlegał

uwzględnieniu, Odwołujący nie wykazał bezspornie, że KZA złożył ofertę niezgodną z warunkami zamówienia, a konkretnie z pkt 24.1. IDW.

Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt 24.1. IDW zastrzegł, że Wykonawca zobowiązany jest do osobistego wykonania następujących części Zamówienia:

- roboty teletechniczne, srk.

Przystępujący, co do podwykonawstwa innego niż podmiot trzeci, złożył następujące oświadczenie:

„Część (zakres) Zamówienia powierzony Podwykonawcy

Nazwy firm podwykonawczych nie są znane na tym etapie postępowania

Opracowanie dokumentacji projektowej

Roboty ziemno-kablowe

Prace geotechniczne, geodezyjne, pomiarowe

Roboty branży elektroenergetycznej

Roboty branży obiekty inżynieryjne - perony

Roboty branży obiekty kubaturowe

Roboty branży torowej wraz z odwodnieniem

Roboty branży sieć trakcyjna

Wycinki drzew i krzewów

Certyfikacja".

Ponadto Izba ustaliła, że KZA składając wyjaśnienia ceny w dniu 18.10.2022 r. wskazał: „Na potwierdzenie realności powyższych wycen Spółka przedstawia jako dowody:

a. w zakresie Podstawowego Zakresu Zamówienia:

1. Szczegółowa Kalkulacja Ceny – Załącznik nr 1;

2. Szczegółowe rozbicie ceny ofertowej z wyjaśnieniami – Załącznik nr 2.

3. Oferty podwykonawców i dostawców zgodnie z odniesieniami w szczegółowym rozbiciu ceny ofertowej. (...)

Oferta KZA :

• w zakresie Całkowitego Zakresu Zamówienia uwzględnia koszt usług Podwykonawców w robotach poniższych branż:

^ Elektroenergetyka;

^ Sieć Trakcyjna (Podwykonawca ELECTREN);

>■ Kubaturowa (budowa, energetyka, sieci sanitarne, teletechnika, peron nr 1 i

peron nr 2) - Podwykonawca GAWMAR;"

Ponadto, Przystępujący załączył do ww. wyjaśnień ceny kopie ofert potencjalnych podwykonawców.

Opierając się na treści ofert firm: GAWMAR Sp. z o.o., Pyrylandia sp. z o.o. oraz Rail Mil Computers sp. z o.o. Odwołujący wywodził przekroczenie przez Przystępującego zakresu dozwolonego podwykonawstwa i zamiar zlecenia przez Przystępującego podwykonawcom robót które winien on wykonać samodzielnie.

W ocenie Izby, w toku postępowania o udzielenie zamówienia może zaistnieć sytuacja, że z wyjaśnień ceny wynika niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia. Jednakże, żeby odrzucić ofertę niezgodność ta musi być jednoznaczna i nie budzić żadnych wątpliwości. W ocenie Izby taka sytuacja nie wystąpiła w niniejszym postępowaniu. Oceniając wyjaśnienia ceny przez pryzmat treści oferty należy również mieć na względzie cel jaki przyświeca składaniu takich wyjaśnień oraz konieczność złożenia dowodów. Celem tym jest uprawdopodobnienie zaoferowanej ceny, wykazanie, że jest ona realna i umożliwia należyte wykonanie zamówienia. W tym celu wykonawcy niejednokrotnie jako dowody składają oferty podwykonawców. Fakt pozyskania ofert potencjalnych podwykonawców i przedstawienie ich w celu uprawdopodobnienia zaoferowanej ceny nie niweczy oświadczenia o zakresie podwykonawstwa złożonego w ofercie.

Izba zważyła, iż Przystępujący w treści oferty złożył oświadczenie o zakresie prac jakie zamierza powierzyć podwykonawcom. Oświadczenie to nie narusza zakazu ustanowionego przez Zamawiającego w pkt 24.1 IDW. Tym samym, aby je podważyć konieczne jest złożenie oświadczeń sprzecznych z tym zawartym w ofercie. Podstawa odrzucenia musi być jednoznaczna i nie budzić żadnych wątpliwości. W ocenie Izby, Przystępujący nie złożył takich oświadczeń w wyjaśnieniach ceny. Przystępujacy wskazywał, że uwzględnia koszt usług w robotach poniższych branż i wymienił m.in. branżę kubaturową – teletechnikę. Jednakże należy mieć również na względzie, że wprost z oferty

GAWMAR sp. z o.o. wynika, iż dotyczy ona wykonania obiektów kubaturowych, a takie jak i roboty przygotowawcze, pomocnicze dla robót teletechnicznych nie podlegały wyłączeniu do samodzielnego wykonania. Dostrzeżenia przy tym wymaga, że to nie oferta podwykonawcy decyduje o zakresie powierzonych mu prac lecz wola wykonawcy o powierzeniu określonego zakresu. Przystępujący w ofercie wskazał jako przewidziane do wykonania przez podwykonawcę roboty kubaturowe, co nie pozostaje w sprzeczności z treścią wyjaśnień dotyczących RNC, a tym samym dowód potwierdzający udział podwykonawcy w tej części robót nie mógł istotnie zmieniać oświadczenia z oferty. Twierdzenia Odwołującego nie potwierdziły się również co do branży srk. Dostrzeżenia przy tym wymagało, że Odwołujący składał odwołanie w okolicznościach ograniczonej wiedzy co do całokształtu wyjaśnień ceny złożonych przez KZA, gdyż część tych wyjaśnień pozostała utajniona. W objętym tajemnicą załączniku nr 2 do wyjaśnień ceny, KAZ przedstawiał szczegółowe rozbicie ceny, które może podważać twierdzenia Odwołującego, wobec wszystkich kwestionowanych podmiotów, m.in. ze względu na wartość poszczególnych pozycji.

Należy mieć na względzie również fakt, iż Zamawiający nie zdefiniował zakresu prac przewidzianych do samodzielnego wykonania chociażby poprzez odniesienie się do dokumentacji technicznej. Tak więc, wbrew twierdzeniu Odwołującego istnieje tu aspekt pewnej niepewności co do zakresu wyłączenia, tym bardziej, że jak wynika z PFU zakresy te przenikają się, a wszelkie wątpliwości na tym etapie postępowania należy rozstrzygać na korzyść wykonawcy.

Reasumując, w wyjaśnieniach ceny, co do zakresu powierzonego podwykonawstwa, brak oświadczenia jednoznacznie sprzecznego z oświadczeniem z oferty, tak więc nie ma podstaw do stwierdzenia, że zostało ono skutecznie podważone, a tym samym że złożona oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 2) w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący: ……..

Członkowie: ……..