

Sygn. akt: KIO 1776/23

**WYROK**  
**z dnia 10 lipca 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Elżbieta Dobrenko**

**Protokolant: Wiktoria Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 lipca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 czerwca 2023 r. przez wykonawcę Krakowskie Zakłady Automatyki S. A. z siedzibą w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. przy udziale wykonawcy ETF Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
  2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Krakowskie Zakłady Automatyki S.A. z siedzibą w Krakowie i:
    - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Krakowskie Zakłady Automatyki S.A. z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania;
    - 2.2. zasądza od Krakowskich Zakładów Automatyki S.A. z siedzibą w Krakowie na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.
- Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) 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:.....**

Sygn. akt: KIO 1776/23

**Uzasadnienie**

PKP Polskie Linie Kolejowe S. A. z siedzibą w Warszawie, dalej: *Zamawiający* prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„Zabudowa urządzeń sterowania zdalnego na stacji Szydłów, Łambinowice oraz Komprachcice ze st. Łambinowice na linii kolejowej nr 287 Opole Zachodnie - Nysa* (nr postępowania 0662/IZ15GM/24117/06498/22/P), dalej: *„Postępowanie”*.

Ogłoszenie o postępowaniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 697690-2022 w dniu 19 grudnia 2022 r.

W dniu 22 czerwca 2023 r. wykonawca Krakowskie Zakłady Automatyki S.A. z siedzibą w Krakowie, dalej: *„Odwołujący”*, na podstawie art. 513 ust. 1 i 2 w związku z art. 505 ust.

1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: *„ustawa Pzp”*, wniósł odwołanie wobec następujących czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu:

1. zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez ETF Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich;
2. uznania oferty złożonej przez ETF za najkorzystniejszą.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ETF w sytuacji, gdy oferta ta winna podlegać odrzuceniu jako niezgodna z postanowieniami SWZ dla Postępowania, tj. z pkt 3.6.7 ust. 3 ppkt 1) Programu Funkcjonalno- Użytkowego (dalej jako „PFU”), z uwagi na fakt, iż oferta ta nie obejmuje swoim zakresem zabudowy systemu IP-MPLS i innych uwarunkowań wynikających z instrukcji le-122, dalej jako „Zarzut nr 1”;

2) art. 226 ust. 1 pkt 1) w zw. z art. 229 ust. 1 i 2 w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia nowej - zmodyfikowanej za pismem ETF z dn. 05.04.2023 r. oferty ETF, w sytuacji, gdy oferta zmodyfikowana o zabudowę systemu IP-MPLS została złożona Zamawiającemu po upływie terminu na składanie ofert, tj. po dn. 16.01.2023 r., dalej jako „Zarzut nr 2”;

co doprowadziło Zamawiającego do nieuzasadnionego wyboru oferty ETF jako najkorzystniejszej w Postępowaniu; ewentualnie, tj. na wypadek uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, iż oferta ETF była zgodna z SWZ i nie została następnie zmodyfikowana, co do zakresu:

3) art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ETF w sytuacji, gdy istotna

część składowa zaoferowanej ceny lub kosztu oferty, tj. cena zaoferowana przez ETF w pozycji 3.5 Rozbicia Ceny Ofertowej (dalej jako „RCO”): „CASDIP (SR,SC i SMW) na stacjach i przystankach linii 287 (14 obiektów)” jest rażąco niska, dalej jako „Zarzut nr 3”;

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

4) art. 224 ust. 1 w zw. z ust. 6 w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ETF w sytuacji, gdy złożone przez ETF wyjaśnienia dotyczące istotnej części składowej ceny (kosztu wykonania) dla pozycji 3.5 RCO: „CASDIP (SR,SC i SMW) na stacjach i przystankach linii 287 (14 obiektów)” nie uzasadniają podanej w ofercie ceny dla ww. pozycji RCO, dalej jako „Zarzut nr 4”;

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

ewentualnie, tj. na wypadek uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, iż oferta ETF nie zawiera rażąco niskiej ceny a wyjaśnienia ETF uzasadniają podaną w ofercie cenę dla pozycji 3.5 RCO: „CASDIP (SR,SC i SMW) na stacjach przystankach linii 287 (14 obiektów)” z uwagi na ryczałtowy charakter wynagrodzenia za realizację zamówienia:

5) art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ETF w sytuacji, gdy ta winna podlegać odrzuceniu jako niezgodna z postanowieniami SWZ dla Postępowania, tj. pkt 1 i 2 Rozdziału XVII Instrukcji dla Wykonawców (dalej jako „IDW”) z uwagi na fakt, że pozycja 3.5 RCO „CASDIP (SR, SC i SMW) na stacjach przystankach linii 287

(14 obiektów)” nie uwzględnia wszelkich kosztów pośrednich związanych z realizacją tej pozycji, a rzeczywiste koszty realizacji tej pozycji zostały rozbite i zagregowane w innych pozycjach RCO, dalej jako „Zarzut nr 5”;

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

a w konsekwencji powyższego:

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

i przejrzystości, dalej jako „Zarzut nr 6”.

Odwołujący wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, za którą uznana została ta złożona przez ETF;

2) odrzucenia oferty złożonej przez ETF;

3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

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, a także o ograniczenie stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego prawa wglądu do materiału dowodowego załączonego do niniejszego odwołania w postaci załączników nr 4, 5 oraz 6 do odwołania poprzez ich nieokazywanie stronom

i uczestnikom postępowania wszczętego na skutek niniejszego odwołania, ze względu na fakt, iż zawierają one tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy i oferentów.

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.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał na następujące, istotne dla sprawy elementy stanu faktycznego.

Zamawiający prowadzi Postępowanie, którego przedmiotem jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, polegających na zabudowie urządzeń sterowania zdalnego na stacjach Szydłów, Łambinowice oraz Komprachcice ze st. Łambinowice na linii kolejowej nr 287 Opole Zachodnie — Nysa. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego. Zgodnie z pkt 3.6.7 ust. 2 pkt 12 PFU, w ramach wykonania przedmiotu zamówienia Zamawiający wymagał, aby potencjalny wykonawca dostarczył i zabudował w ramach systemu CASDIP (Centralnej Aplikacji Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej) podsystem SR (System Rozgłoszeniowy) i podsystem SC (Sygnalizacja Czasu) na stacji Łambinowice i następujących przystankach: Opole Chmielowice, Komprachcice, Szydłów Centrum, Szydłów, Tułowice, Goszczowice, Sowin, Budziszowice, Jasienica Dolna, Mańkowice, Kubicę, Wyszków Śląski, Nysa Wschodnia.

*12) zabudowa w ramach CASDIP podsystemy SR (System Rozgłoszeniowy) i podsystemu SC (Sygnalizacja Czasu) na stacji Łambinowice i następujących przystankach: Opole Chmielowice, Komprachcice, Szydłów Centrum, Szydłów, Tułowice, Goszczowice, Sowin, Budziszowice, Jasienica Dolna, Mańkowice, Kubicę, Wyszków Śląski, Nysa Wschodnia. Na ww stacji i przystankach zabudowane są dla potrzeb CASDIP kontenery teletechniczne z systemami transmisji cyfrowej oraz posiadające rezerwę zasilania, a perony posiadają wybudowaną kanalizację teletechniczną pierwotną. W ramach transmisji cyfrowej w każdym kontenerze wyprowadzone są porty E1 oraz ETH*

*w technologii EoS. Nie ma jednak zaimplementowanej technologii MPLS. Z zakresu zadania wyłączone zostają*

*elektroniczne wyświetlacze, infokioski, słupki przywoławczo-alarmowe (SPA) systemy wspomaganie słuchu oraz system monitoringu wizyjnego SMW.*

W treści SWZ (pkt 3.6.7 ust. 3 ppkt 1 PFU) Zamawiający zawarł wymagania dotyczące sieci transmisyjnej CASDIP (Centralnej Aplikacji Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej), wynikające z instrukcji le-122 dotyczącej wymagań i standardów jakie muszą spełniać urządzenia transmisyjne systemów SDIP (Dynamicznej Informacji Pasażerskiej), SMW (Monitoringu Wizyjnego) oraz SPA (System przywoływawczo-alarmowy)

3. Wymagania na systemy telekomunikacji.

1) CASDIP należy na stacjach i przystankach należy zbudować zgodnie z wytycznymi Ipi-4 i Ipi-6, IpMO, le - 122.

Zgodnie zaś z postanowieniami rozdziału 3 § 3 ust. 16 Wytycznych Ipi-6:

6. Wyklucza się po wejściu w życie niniejszego dokumentu budowę nowych systemów opartych o lokalne serwery aplikacji sterujących.

Nadto, zgodnie z rozdziałem 5 Dział I ust. 1 instrukcji le-122:

*Rozdział 5. Wymagania dla lokalnej sieci transmisyjnej LAN na potrzeby Systemów SDIP, SMW i SPA*

*Dział I Wymagania ogólne*

*1. Ze względu na zachowanie spójności modelu rekomendowane jest wdrożenie dla Systemów SDIP, SMW i SPA struktur sieci transmisyjnej jak w modelu stosowanym w Sieci Teletransmisyjnej PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. tj. z podziałem na warstwę Sieci Dostępowej i Sieci Agregacyjnej.*

Transmisja danych w Sieci Teletransmisyjnej Zamawiającego odbywa się za pomocą IP-MPLS, co więcej, zgodnie z rozdziałem 6 Dział I pkt 5 instrukcji le-122:

*5. Urządzenia Brzegowe muszą pracować w oparciu o protokół IP-MPLS.*

Powyższe oznacza, że sieć teletransmisyjna dla potrzeb system CASDIP do transmisji danych musi wykorzystywać protokół IP-MPLS. Tym samym Zamawiający wyraźnie wyartykułował

w treści SWZ (pkt 3.6.7 ust. 3 ppkt 1 PFU), że wymaga, aby sieć teletransmisyjna dla potrzeb CASDIP do transmisji danych wykorzystywała protokół IP-MPLS.

Zgodnie zaś rozdziałem 5, dział I pkt 8 instrukcji le-122:

*8. Wymagane jest aby wszystkie elementy Sieci Dostępowej Systemów SDIP, SMW i SPA były zarządzane z Systemu Zarządzania Siecią Teletransmisyjną PKP Polskie Linie Kolejowe SA - systemu NSP 5620 SAM. Wykonawca dokona niezbędnej rozbudowy systemu nadzoru jeśli będzie konieczna.*

System nadzoru NSP 5620 SAM został już dostarczony przez określonego dostawcę - dalej „Producenta”. Zgodnie natomiast z rozdziałem 5 dział I pkt 7 instrukcji le-122 Zamawiający wymaga, aby wszystkie urządzenia transmisyjne (w tym urządzenia brzegowe oraz przełączniki sieciowe) pochodziły od jednego producenta, a zatem od Producenta.

*7. Wymagane jest aby wszystkie urządzenia transmisyjne (w tym Urządzenia Brzegowe oraz Przełączniki sieciowe) pochodziły od jednego producenta.*

Również z dokumentacji technicznej platformy zarządzającej wskazanej przez Zamawiającego, tj. systemu nadzoru NSP 5620 SAM, dostępnej na stronie [https://documentation.nokia.com/cgi-bin/dhaccessfilename.cgi/3HE15128AAADTQZZA\\_V1\\_NSP%20NFM\\_P%2019.11%20User%20Guide.pdf](https://documentation.nokia.com/cgi-bin/dhaccessfilename.cgi/3HE15128AAADTQZZA_V1_NSP%20NFM_P%2019.11%20User%20Guide.pdf) jednoznacznie wynika, że współpracę przełączników z platformą zarządzającą Zamawiającego zapewniają jedynie urządzenia produkowane przez firmę, która dostarczyła tenże system nadzoru, tj. przez Producenta.

W dokumencie tym są jednoznacznie wskazane modele, dla których Producent zapewnia prawidłową współpracę z platformą. Zatem to wyłącznie urządzenia aktywne sieci teletransmisyjnej wyprodukowane przez producenta systemu nadzoru NSP 5620 SAM (Producenta) mogą w pełni współpracować z ww. systemem nadzoru.

Powyższe oznacza, że potencjalny wykonawca winien uwzględnić w swojej ofercie i wycenie następujące uwarunkowania dotyczące sieci transmisyjnej CASDIP, wynikające z instrukcji le-122:

- A. Urządzenia transmisyjne CASDIP muszą pochodzić od Producenta systemu nadzoru NSP 5620 SAM i pracować pod nadzorem tego systemu;
- B. Na każdym przystanku osobowym musi być zbudowany przełącznik demarkacyjny, przełącznik agregacyjny oraz co najmniej jeden przełącznik dostępowy produkcji Producenta systemu nadzoru;
- C. Muszą być zbudowane dwa docelowe urządzenia brzegowe (produkcji Producenta systemu nadzoru) oraz dwa tymczasowe brzegowe routery LTE;
- D. Wszystkie przystanki muszą być objęte transmisją IP-MPLS z zapewnioną protekcją;
- E. Wykonawca musi zapewnić 60- miesięczny serwis utrzymaniowy i gwarancyjny wykonywany przez producenta lub autoryzowanego partnera serwisowego Producenta systemu nadzoru i ww. rozwiązań.

Zgodnie z pozycją 3.5 RCO ceny ofertowej ETF całkowita oferowana przez ETF cena dostarczenia i zabudowy

wymaganych elementów systemu CASDIP, o których mowa w pkt 3.6.7 ust. 2 pkt 12 PFU, po otwarciu ofert wynosiła 2.526.000,00 zł netto.

Tymczasem, pozostali wykonawcy, tj. Wykonawca, PORR S.A. oraz SBM Sp. z o.o. sp.k., za tę samą pozycję zaofiarowali odpowiednio ceny: 9.794.837,00 zł, 7.581.137,40 zł oraz 8.596. 800,00 zł netto. Średnia arytmetyczna z cen ofert przedaukcyjnych, z wszystkich ofert niepodlegających odrzuceniu, wyniosła 7.124.693,60 zł netto.

Pismem z dn. 09.02.2023 r. Zamawiający wezwał ETF do potwierdzenia, że ETF uwzględnił w swojej ofercie wszystkie pozycje RCO zgodnie z zapisami PFU oraz Regulacjami Zamawiającego stanowiącymi Załącznik nr 2.

Pismem z dn. 14.02.2023 r. ETF oświadczył, że uwzględnił wszystkie pozycje RCO zgodnie z zapisami PFU oraz regulacjami Zamawiającego stanowiącymi Załącznik nr 2 do PFU.

Pismem z dn. 24.02.2023 r. Zamawiający zwrócił do ETF — w trybie określonym w art. 223 ust. 1 Pzp o wyjaśnienie czy ETF uwzględnił w swoich szacunkach uwarunkowania dotyczące sieci transmisyjnej CASDIP, wynikające z instrukcji IE-122, opisane w uzasadnieniu odwołania. Powyższe wezwanie, jak wyjaśnił Zamawiający, wynikało z obaw, czy ETF nie planował wykorzystać powszechnie używanego sprzętu sieciowego innych producentów, bądź też sieć transmisyjną, która jest już zabudowana na wszystkich przystankach linii 287 (nie jest to sieć IP- MPLS).

W swoim piśmie z dn. 02.03.2023 r. ETF wyjaśnił, że określone w ramach zapytania Zamawiającego, o którym mowa powyżej, uwarunkowania dotyczące sieci transmisyjnej CASDIP, wynikające z instrukcji IE-122, nie znajdowały odzwierciedlenia w opisie przedmiotu zamówienia statuowanego przez PFU i instrukcją le-122. ETF wskazał również, że wdrożenie sieci IP-MPLS nie jest konieczne do prawidłowego funkcjonowania CASDIP. W związku

z powyższym, jak oświadczył sam ETF, w ramach oferty ETF nie została przewidziana zabudowa IP-MPLS, którego implementacja — w ocenie ETF- nie jest konieczna dla prawidłowego funkcjonowania systemu CASDIP. W ostatnim zdaniu rzeczonoego pisma ETF wskazał, że nie może potwierdzić wypełniania przez jego ofertę uwarunkowań określonych

w wezwaniu Zamawiającego.

Pismem z dn. 29.03.2023 r. Zamawiający przedstawił stanowisko, w którym wskazał na nieprawidłowość stanowiska wyrażonego przez ETF w piśmie, o którym mowa w uzasadnieniu odwołania, wskazując, iż zgodnie z powołanym już pkt 3.6.7 ust. 3 ppkt 1) PFU Zamawiający wprost wymagał i wymaga od potencjalnego wykonawcy zastosowania się do wytycznych instrukcji Ipi-6, Ipi-10 oraz le-122, a tym samym sieć transmisyjna CASDIP musi uwzględniać uwarunkowania wynikające z ww. instrukcji, o których w uzasadnieniu odwołania. Zamawiający wezwał ponadto do wyjaśnienia, czy biorąc pod uwagę odpowiedź ETF, o której mowa w uzasadnieniu odwołania, oferta ETF złożona na platformie zakupowej dn. 16.01.2023 r. jest zgodna z żądaniami Zamawiającego dotyczącymi wykonania zamówienia, wynikającymi także z treści pisma Zamawiającego, o którym mowa w uzasadnieniu odwołania. Zamawiający zwrócił się także z prośbą o informację, czy za oferowaną cenę ofertową (28.068.635,90 zł netto) ETF będzie w stanie zrealizować zamówienie zgodnie z wymaganiami, o których mowa w uzasadnieniu odwołania.

W piśmie z dn. 05.04.2023 r. ETF wskazał, iż „**mając na względzie pismo PZ.292.696.2022 z dn. 29.03.2023 r. w zakresie którego Zamawiający przedstawił swoje stanowisko**

**w temacie postępowania** (...) ETF Polska Sp. z o.o. wskazuje, że złożona Oferta jest zgodna z wyrażonymi żądania Zamawiającego w zakresie wykonania zamówienia, a za oferowaną cenę określoną w kwocie 28.068.635.90 zł netto ETF Polska Sp. z o.o. będzie w stanie zrealizować zamówienie zgodnie z przekazaną za pismem PZ.292.696.2022 z dn. 29.03.2023 r. odpowiedzią Zamawiającego.”

Pismem z dn. 21.04.2023 r. Zamawiający wezwał ETF do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia istotnej części składowej ceny (kosztu wykonania), wraz ze złożeniem stosownych dowodów, w trybie art. 224 ust. 1 Pzp, w zakresie wyliczenia pozycji określonej w pkt. 3.5 RCO, zgodnie ze wskazanym opisem.

Pismem z dn. 28.04.2023 r. ETF odpowiedział, że zrealizuje zadanie za cenę ryczałtową wynoszącą 28.068.635,90 zł netto, na potwierdzenie czego przedłożył ofertę firmy PROTEL Sp. z o.o., w ramach której przedstawiono cenę za wykonanie robót budowlano montażowych w branży SRK, teletechnicznej oraz elektroenergetycznej do 1kV, na łączną kwotę 19.500.000,00 zł netto, przy czym ETF na ten zakres, zgodnie z wypełnionym RCO, w ramach postępowania wskazał wartość 20.088.430,00 zł netto. ETF wskazał również, że w zakresie prac projektowych będzie korzystał z usług projektowych Firmy Projektowo- Wdrożeniowej TOR-BUD S.C., zaś w zakresie branży torowej i budowy kolejowych roboty te zostaną wykonane samodzielnie przez ETF. W odniesieniu zaś do żądania dowodów i wyjaśnień

w zakresie konkretnej pozycji RCO (tj. pkt 3.5 RCO) ETF wskazał, że cena zaofiarowana przez ETF ma charakter ryczałtowy, a z jego istoty wynika, że ma charakter całościowy, bez przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów wytwarzania zamawianego dzieła czy usługi. Mając na względzie powyższe ETF argumentowało, że nawet brak załączenia RCO oraz błędy w RCO nie mogą stanowić podstawy odrzucenia oferty przez Zamawiającego. Podsumowując, ETF wskazał, że przedłożona przez ETF oferta firmy PROTEL Sp. z o.o. obejmująca branżę teletechniki oraz energetyki, świadczy o tym, że zaproponowana przez ETF cena nie może być traktowana jako rażąco

niska.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z rozdziałem XVII pkt 2) IDW, Zamawiający zastrzegł, iż:

*2. Poszczególne ceny jednostkowe każdej pozycji Oferty powinny uwzględniać wszelkie koszty pośrednie i bezpośrednie związane z realizacją danej pozycji I nie mogą być przenoszone do innych pozycji.*

Do etapu drugiego Postępowania, tj. aukcji elektronicznej Zamawiający zaprosił czterech potencjalnych wykonawców (wszystkich wykonawców, którzy złożyli swoje oferty w I etapie), tj. Odwołującego, ETF, PORR S.A. oraz SBM Sp. z o.o. W wyniku składanych postąpień uczestnicy aukcji, o których mowa w zdaniu poprzednim złożyli następujące, ostateczne oferty cenowe:

- 1) Odwołujący - 24.707.848,95 zł netto,
- 2) ETF - 24.581.642,73 zł netto,
- 3) PORR S.A - 25.231.523,67 zł netto,
- 4) SBM Sp. z o.o. sp.k. - 30.253.102,62 zł netto.

Mając na względzie współczynnik przeliczania udzielonego w toku aukcji upustu na ceny jednostkowe, określonego w Rozdziale XII ust. 19 IDW:

*19. Po zakończeniu aukcji elektronicznej Zamawiający dokona wyliczenia cen jednostkowych netto oferty (jeżeli występują) w następujący sposób:*

*1) wyliczony zostanie procentowy wskaźnik upustu cenowego od wartości oferty pierwotnej, uzyskany w wyniku aukcji, który zostanie zaokrąglony matematycznie do 10 miejsc po przecinku. Obliczenia zostaną wykonane według wzoru:*

$$U = 100 - (W \text{ aukcji} \times 100) / W \text{ oferty} [\%]$$

*2) następnie wyliczone zostaną indywidualnie poszczególne ceny jednostkowe netto poprzez obniżenie cen jednostkowych netto z pierwotnie złożonej oferty o wartość upustu wyliczoną przy zastosowaniu wartości wskaźnika upustu (U), przy czym ceny te zostaną zaokrąglone matematycznie do dwóch miejsc po przecinku. Obliczenia zostaną wykonane według wzoru:*

$$C \text{ aukcji} = C \text{ oferty} - (C \text{ oferty} \times U)$$

gdzie:

*U - wartość wskaźnika upustu cenowego od wartości oferty pierwotnie złożonej uzyskanego w wyniku aukcji elektronicznej*

*W oferty - wartość oferty pierwotnie złożonej brutto*

*W aukcji - wartość oferty uzyskanej w toku aukcji elektronicznej brutto*

*C aukcji - cena jednostkowa netto przyjęta do umowy*

*C oferty - cena jednostkowa netto oferty pierwotnie złożonej*

*3) całkowita cena netto zostanie wyliczona jako suma iloczynów cen jednostkowych netto obliczonych w sposób określony w pkt 2 oraz ilości poszczególnych pozycji*

naależy stwierdzić, iż po uwzględnieniu upustów zastosowanych przez ETF w toku aukcji elektronicznej, ostateczna zaofferowana przez ETF cena za pozycję 3.5 RCO wyniosła 2.367.046,12 zł netto, podczas gdy cena zaofferowana przez pozostałych oferentów za tę pozycję to odpowiednio: 7.160.040,03 zł netto (Odwołujący), 6.124.220,02 zł netto (PORR S.A.) oraz 8 513 364,25 zł netto (SBM Sp. z o.o. sp.k.).

Średnia arytmetycznej z cen ofertowych złożonych przez oferentów w toku aukcji elektronicznej dla pozycji 3.5 RCO wyniosła 6.041.167,61 zł netto.

Dnia 12 czerwca 2023 roku Zamawiający dokonał oceny ofert złożonych przez oferentów w Postępowaniu, oceniając jako najkorzystniejszą ofertę ETF.

*1. Jako najkorzystniejszą w przedmiotowym Postępowaniu wybrano ofertę złożoną przez Wykonawcę:*

*ETF Polska Sp. z o.o.*

*Bielany Wrocławskie,*

*ul. Irysowa 1, 55-040 Kobierzyce*

2. Ofertom złożonym w Postępowaniu przyznano następującą liczbę punktów:

II. Uzasadniając zarzut zarzutu 1 i 2 Odwołujący w pierwszej kolejności zarzucił Zamawiającemu brak odrzucenia oferty ETF w sytuacji, gdy oferta była niezgodna

z postanowieniami SWZ dla Postępowania, tj. z pkt 3.6.7 ust. 3 ppkt 1) PFU.

Jak Odwołujący wskazał w pkt. I ppkt 2 uzasadnienia odwołania zgodnie z pkt 3.6.7 ust. 2 pkt 12 PFU, w ramach wykonania przedmiotu zamówienia Zamawiający wymagał, aby potencjalny wykonawca dostarczył i zbudował w ramach systemu CASDIP (Centralnej Aplikacji Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej) podsystemu SR (System Rozgłoszeniowy)

i podsystemu SC (Sygnalizacja Czasu) na stacji Łambinowice i następujących przystankach: Opole Chmielowice, Komprachcice, Szydłów Centrum, Szydłów, Tułowice, Goszczowice, Sowin, Budziszowice, Jasienica Dolna, Mańkowice, Kubice, Wyszaków Śląski, Nysa Wschodnia. Nadto, w treści SWZ, tj. w pkt 3.6.7 ust. 3 ppkt 1 PFU

Zamawiający zawarł wymagania dotyczące sieci transmisyjnej CASDIP (Centralnej Aplikacji Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej), wynikające z instrukcji le-122 dotyczącej wymagań i standardów jakie muszą spełniać urządzenia transmisyjne systemów SDIP (Dynamicznej Informacji Pasażerskiej), SMW (Monitoringu Wizyjnego) oraz SPA (Komunikacji odpowiadające za współpracę z Siecią Teletransmisyjną PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.).

W świetle powyższych uwarunkowań Zamawiający wymagał, aby sieć teletransmisyjna dla potrzeb system CASDIP do transmisji danych wykorzystywała protokół IP-MPLS. Zamawiający wyraźnie wyartykułował w treści SWZ (pkt 3.6.7 ust. 3 ppkt 1 PFU), że wymaga, aby sieć teletransmisyjna dla potrzeb CASDIP do transmisji danych wykorzystywała protokół IP-MPLS. Zamawiający wymagał również, aby wszystkie elementy Sieci Dostępowej Systemów SDIP (dynamiczna informacja pasażerska), SMW i SPA były zarządzane

z Systemu Zarządzania Siecią Teletransmisyjną PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. — systemu NSP 5620 SAM, a co z tym idzie współpracę z ww. systemem zarządzania zapewniają wyłącznie urządzenia i rozwiązania wytworzone przez producenta tego systemu. Zamawiający wymagał również, aby wszystkie urządzenia transmisyjne (w tym urządzenia brzegowe oraz przełączniki sieciowe) pochodziły od jednego producenta, tj. producenta systemu zarządzania.

Zamawiający wymagał, aby zostały spełnione następujące uwarunkowania dotyczące sieci transmisyjnej CASDIP, wynikające z instrukcji le-122:

- Urządzenia transmisyjne CASDIP muszą pochodzić od producenta systemu nadzoru NSP 5620 SAM i pracować pod nadzorem tego systemu;
- Na każdym przystanku osobowym musi być zabudowany przełącznik demarkacyjny, przełącznik agregacyjny oraz co najmniej jeden przełącznik dostępowy produkcji producenta systemu nadzoru;
- Muszą być zabudowane dwa docelowe urządzenia brzegowe (produkcji producenta systemu nadzoru) oraz dwa tymczasowe brzegowe routery LTE;
- Wszystkie przystanki muszą być objęte transmisją IP-MPLS z zapewnioną protekcją;
- Wykonawca musi zapewnić 60- miesięczny serwis utrzymaniowy i gwarancyjny wykonywany przez producenta lub autoryzowanego partnera serwisowego producenta systemu nadzoru i ww. rozwiązań.

Odwolujący wskazał, że powyższe uwarunkowania powinny zatem stanowić element oferty i wyceny proponowanej przez ETF.

Powyższych okoliczności nie zakwestionował również sam ETF, który ostatecznie w piśmie z dn. 05.04.2023 r., potwierdził, że w związku z brzmieniem instrukcji le-122, sieć transmisyjna CASDIP powinna uwzględniać uwarunkowania określone powyżej.

Wycena dostarczenia i zabudowy elementów systemu CASDIP została umieszczona przez Zamawiającego w pozycji 3.5 Rozbicia Ceny Ofertowej. Jednocześnie, w XVII pkt 2) IDW Zamawiający zastrzegł, iż „poszczególne ceny jednostkowe każdej pozycji Oferty powinny uwzględniać wszelkie koszty pośrednie i bezpośrednie związane z realizacją danej pozycji

i nie mogą być przenoszone do innych pozycji.”

Przedmiotowa pozycja 3.5 RCO została przez ETF wyceniona pierwotnie na kwotę 2.526.000,00 zł netto, podczas gdy ceny zaproponowane przez pozostałych uczestników Postępowania opiewały na kwoty: 9.794.837,00 zł, 7.581.137,40 zł oraz 8.596.800,00 zł.

W wyniku aukcji cena ETF za pozycje 3.5 RCO uległa zmniejszeniu do kwoty 2.367.046,12 zł netto, podczas gdy cena zaoferowana przez pozostałych oferentów za tę pozycję to odpowiednio: 7.160.040,03 zł netto (Odwolujący), 6.124.220,02 zł netto (PORR S.A.) oraz 8.513.364,25 zł netto (SBM Sp. z o.o. sp.k.).

W związku ze znacznymi rozbieżnościami w wycenie pozycji 3.5 RCO pomiędzy ETF

a pozostałymi oferentami, Zamawiający wezwał ETF do wyjaśnienia i potwierdzenia przez ETF, że cena ofertowa ETF uwzględnia uwarunkowania dotyczące sieci transmisyjnej CASDIP, o których mowa powyżej.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dn. 24.02.2023 r., ETF odpowiedział, że wspomniane wyżej uwarunkowania sieci CASDIP nie znajdowały odzwierciedlenia w opisie przedmiotu zamówienia statuowanym przez PFU, a wspomniana instrukcja le-122 nie powinna znajdować zastosowania dla przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym ETF oświadczył, iż **W związku z opisaną sytuacją techniczną i wymaganiami oferent nie przewidział zabudowy systemu IP-MPLS. którego implementacja nie jest konieczna dla podsystemów rozgłoszeniowych i czas” oraz, iż „Oferent nie może potwierdzić wypełniania wskazanych w wezwaniu uwarunkowań”.**

*W nawiązaniu do Państwa korespondencji PZ.292.696.2022 z dnia 24.02.2023r., w ramach której zgodnie z art. 223 ust. 1 Ustawy PZP zwrócił się Państwo o wyjaśnienie czy Oferent uwzględnił w swoich szacunkach określone uwarunkowania wynikające z instrukcji IE-122, należy poinformować, że określone w ramach zapytania wymagania nie znajdowały odzwierciedlenia w ramach Opisu Przedmiotu Zamówienia, w zakres którego wchodził tak Program Funkcjonalno - Użytkowy jak również przywołana instrukcja IE-122.*

*Oferent wskazuje, że z racji wyłączenia z zakresu zadania elementów systemu SDIP przywołane w PFU instrukcje nie*

*powinny mieć zastosowania do rzeczzonego zakresu zadania.*

W związku z opisaną sytuacją techniczną i wymaganiami oferent nie przewidział zabudowy systemu IP-MPLS, którego implementacja nie jest konieczna dla podsystemów rozgłoszeniowych i czasu.

Reasumując Oferent nie może potwierdzić wypełnienia wskazanych w wezwaniu uwarunkowań.

Powyższe wyjaśnienia ETF wprost i ponad wszelką wątpliwość dowodzą, że zarówno

w ofercie złożonej w ramach Postępowania jak i w jej wycenie ETF nie przewidział, aby zabudowywane i dostarczane przez ETF elementy systemu CASDIP uwzględniały uwarunkowania wynikające z instrukcji Ie-122 oraz Ipi-6 i Ipi-10, na które Zamawiający wprost powołał się w pkt. 3.6.7 ust. 3 ppkt 1 PFU. Oznacza to, że w ramach swojej oferty ETF nie przewidział następujących uwarunkowań:

- po pierwsze, iż urządzenia transmisyjne CASDIP muszą pochodzić od producenta systemu nadzoru NSP 5620 SAM i pracować pod nadzorem tego systemu;
- po drugie, iż na każdym przystanku osobowym musi być zabudowany przełącznik demarkacyjny, przełącznik agregacyjny oraz co najmniej jeden przełącznik dostępowy produkcji producenta systemu nadzoru;
- po trzecie, iż muszą być zabudowane dwa docelowe urządzenia brzegowe (produkcji producenta systemu nadzoru) oraz dwa tymczasowe brzegowe routery LTE;
- po czwarte, iż wszystkie przystanki muszą być objęte transmisją IP-MPLS z zapewnioną protekcją;
- po piąte, iż wykonawca musi zapewnić 60- miesięczny serwis utrzymaniowy i gwarancyjny wykonywany przez producenta lub autoryzowanego partnera serwisowego producenta systemu nadzoru i ww. rozwiązań.

W konsekwencji, Odwołujący stwierdził, że **złożona przez ETF oferta, w zakresie, w jakim nie uwzględniała uwarunkowań wynikających z instrukcji Ie-122, Ipi-6 oraz Ipi-10, była niezgodna z SWZ, tj. pkt. 3.6.7. ppkt 1 PFU i jako taka winna zostać odrzucona na zasadzie z art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp.**

Niezgodności tej nie mogła sanować również oferta złożona przez ETF w wyniku postępień na aukcji elektronicznej, jako że w ramach aukcji modyfikacji podlega jedynie cena ofertowa, nie zaś jej zakres przedmiotowy, co wynika z resztą wprost z warunków aukcji określonych

w rozdziale XXII pkt 15 IDW, zgodnie z którym: „*Prawidłowo złożone przez Wykonawcę, nowe postąpienie podczas trwania aukcji elektronicznej traktowane jest jako nowa oferta. W związku z tym **poprzednia oferta Wykonawcy przestaje wiązać w takim zakresie, w jakim została złożona nowa, korzystniejsza oferta.** Nie skutkuje to przerwaniem terminu związania z ofertą, co oznacza, że termin ten cały czas biegnie od chwili złożenia ofert w postępowaniu.*” Jak wskazał Odwołujący, powyższe oznacza, że po złożeniu oferty pierwotnej i upływie terminu składania ofert, w toku aukcji, jedyną dopuszczalną modyfikacją oferty są postąpienia składane w ramach tejże aukcji. Takie stanowisko potwierdza również liczne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wskazał, że powyższe oznacza, że zakres przedmiotowy oferty złożonej w toku aukcji elektronicznej nie uległ zmianie, a oferta ta była objęta tą samą wadą niezgodności z postanowieniami SWZ, tj. pkt. 3.6.7. ppkt 1 PFU, jako że nie uwzględniała w swoim zakresie uwarunkowań opisanych powyżej.

O braku uwzględnienia przez ETF w swojej ofercie uwarunkowań, o których mowa powyżej świadczy również zaproponowana przez ETF cena zabudowy wymaganych elementów systemu CASDIP, określona w pkt. 3.5 RCO. W tym względzie należy wskazać, że zaproponowana przez ETF cena za tę pozycję RCO, jest niemal trzykrotnie niższa średnia arytmetyczna z cen dla tej pozycji wynikających z wszystkich ofert niepodlegających odrzuceniu zarówno w pierwszym etapie Postępowania jak i po aukcji elektronicznej. Powyższe może być uzasadnione jedynie poprzez rażąco niską cenę dla tej części składowej oferty ETF albo przez fakt, iż w swojej ofercie ETF nie uwzględnił uwarunkowań wynikających z instrukcji Ie-122.

Nadto, Wykonawca wskazał, iż zapewnienie przez potencjalnego wykonawcę uwarunkowań, o których była mowa powyżej wymagało pozyskania od producenta systemu nadzoru NSP 5620 SAM, bądź jego autoryzowanego partnera serwisowego, oferty na:

- Projekt logiczny, dostawę, instalację, konfigurację, Hot- Stock, 60 miesięczny serwis utrzymaniowy i gwarancyjny urządzeń zgodnych z Ie-122,
- Przełączniki dostępowe typu 1;
- Przełączniki agregacyjne;
- Przełączniki demarkacyjne typ 1;
- Urządzenia brzegowe;
- Routery LTE.

których wartość znacząco przekracza, cenę zaproponowaną przez ETF dla pozycji 3.5 RCO. Odwołujący zauważył, że

powyższe świadczenia nie wyczerpują całości prac obejmujących pozycję 3.5 RCO. Pozycja ta winna uwzględniać również m.in. dostawę

i uruchomienie zegarów stacyjnych, czujników mchu pociągów, dostawę elementów systemu rozgłoszeniowego, systemu sygnalizacji czasu dla czternastu lokalizacji.

Na uzasadnienie powyższego, Odwołujący przedłożył:

- Załącznik nr 4, stanowiący ofertę jedyne go partnera producenta systemu nadzoru NSP 5620 SAM w Polsce posiadającego akredytację „Co-Branded Maintenance” dla rozwiązań w protokole IP/MPLS na elementy systemu CASDIP, uwzględniające uwarunkowania instrukcji le-122 — Oferta stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa;
- Załącznik nr 5 stanowiący ofertę jednego dostawców dla pozostałych elementów systemu CASDIP, objętych pozycją 3.5 RCO — Oferta stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa;
- Załącznik nr 6 stanowiący ofertę jednego z dostawców dla pozostałych elementów systemu CASDIP, objętych pozycją 3.5 RCO — Oferta stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący wskazał, że w odniesieniu do powyższych załączników Wykonawca zastrzega ich poufność, jako że stanowią one tajemnice przedsiębiorstw zarówno Wykonawcy oraz oferentów — uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący przedstawił w dalszej części odwołania.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Innergo Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jest jedynym podmiotem na rynku polskim, który może zaoferować i dostarczyć elementy systemu CASDIP, uwzględniające uwarunkowania instrukcji le-122 i transmisję IP-MPLS, zgodne

z systemem nadzoru NSP 5620 SAM. Jak wynika z załączonej oferty Innergo Systems Sp.

z o.o. wartość samych elementów CASDIP wynikających z uwarunkowań instrukcji le-122 znacząco przewyższa cenę zaproponowaną przez ETF za pozycję 3.5 RCO. Do powyższej ceny należy ponadto doliczyć cenę nabycia pozostałych elementów systemu CASDIP oferowanych przez ich dostawców w ofertach stanowiących załącznik nr 5 i załącznik nr 6.

Powyższe — wraz z oświadczeniami złożonymi przez ETF w piśmie z dn. 02.03.2023 r. ETF/14/2023 ponad wszelką wątpliwość dowodziło w ocenie Odwołującego, że zarówno

w swojej ofercie pierwotnej, jak i ofercie aukcyjnej ETF nie przewidział uwarunkowań, o których mowa była powyżej, a zatem oferta złożona przez ETF jest niezgodna z SWZ, a co za tym idzie z warunkami zamówienia.

W kontekście zarzutu nr 2 należy Odwołujący wskazał na pismo ETF z dn. 05.04.2023 r., ETF/24/2023, w którym — wobec argumentów Zamawiającego dotyczących konieczności uwzględnienia w ofercie na system CASDIP uwarunkowań wynikających z instrukcji le-122, ETF wskazał, iż mając na względzie stanowisko Zamawiającego złożona przez ETF oferta jest zgodna z ww. żądaniami Zamawiającego oraz, że ETF będzie w stanie zrealizować zamówienie zgodnie z wymaganiami Zamawiającego przedstawionymi w piśmie PZ.292.696.2022 z dn. 29.03.2023 r.

**W kontekście całokształtu okoliczności faktycznych związanych z polemiką ETF**

**z wymaganiami Zamawiającego dotyczącymi uwarunkowań wynikających z instrukcji le-122 dla elementów systemu CASDIP, w tym zwłaszcza w kontekście oświadczeń złożonych przez ETF w piśmie z dn. 02.03.2023 r. ETF/14/2023, oświadczeniem złożonym przez ETF w piśmie, o którym mowa w pkt. 21 powyżej należy nadać takie znaczenie, iż pismem tym ETF w istocie zmodyfikował pierwotnie złożoną ofertę,** obejmując jej zakresem elementy systemu CASDIP wynikające z uwarunkowań instrukcji le-122, tj.:

- Projekt logiczny, dostawę, instalację, konfigurację, Hot- Stock, 60 miesięczny serwis utrzymaniowy i gwarancyjny urządzeń zgodnych za le-122,
- Przełączniki dostępowe typu 1 zgodne z instrukcją le-122,
- Przełączniki agregacyjne zgodne z instrukcją le-122,
- Przełączniki demarkacyjne typ 1 zgodne z instrukcją le-122,
- Urządzenia brzegowe zgodne z instrukcją le-122,
- Routery LTE zgodne z instrukcją le-122.

Tym samym ETF złożył de facto nową ofertę w Postępowaniu.

**Powyższej modyfikacji oferty ETF dokonał za pismem ETF/24/2023 z dn.05.04.2023 r., tj. po upływie terminu składania ofert (16.01.2023 r.), a więc sprzecznie z brzmieniem art. 229 ust. 1 i 2 Pzp. Tym samym zmodyfikowana oferta ETF jako spóźniona winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) Pzp.**

Uzasadniając zarzuty nr 3 i 4 Odwołujący wskazał.

Na wypadek uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, iż oferta ETF była zgodna z SWZ i nie została następczo zmodyfikowana, co do zakresu, Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ETF w sytuacji, gdy istotna część składowa zaoferowanej ceny lub kosztu oferty, tj. cena zaoferowana przez ETF w pozycji 3.5 Rozbicia Ceny Ofertowej „CASDIP (SR,SC i SMW) n stacjach i przystankach linii 287 (14 obiektów)” jest rażąco niska.

W powyższym zakresie Odwołujący wskazał po pierwsze na fakt, iż zaproponowana przez ETF cena pozycji 3.5 RCO,

tj. dostawa i zabudowa elementów systemu CASDIP (SR, SC

i SMW) na stacjach i przystankach linii 287 (14 obiektów) zarówno na etapie pierwotnej oferty jak i w wyniku aukcji elektronicznej pozostawała w rażącej dysproporcji w stosunku do ofert pozostałych wykonawców oraz średniej arytmetycznej ze złożonych w Postępowaniu ofert. Oferowana przez ETF cena dostarczenia i zabudowy wymaganych elementów systemu CASDIP, o których mowa w pkt 3.6.7 ust. 2 pkt 12 PFU, po otwarciu ofert wynosiła 2.526.000,00 zł netto. Tymczasem, pozostali wykonawcy, tj. Wykonawca, PORR S.A. oraz SBM Sp. z o.o. sp.k., za tę samą pozycję zaofერowali odpowiednio ceny: 9.794.837,00 zł, 7.581.137,40 zł oraz 8.596.800,00 zł netto. Średnia arytmetyczna z cen ofert przedaukcyjnych,

z wszystkich ofert niepodlegających odrzuceniu, wyniosła 7.124.693,60 zł netto. Powyższe oznaczało, że zaofęrowana przez ETF cena za pozycję 3.5 RCO była trzykrotnie niższa niż kolejna najniższa cena za tę pozycję i niemal trzykrotnie niższa niż średnia ofert niepodlegających odrzuceniu w I etapie. Odpowiednio, po II etapie ostateczna zaofęrowana przez ETF cena za pozycję 3.5 RCO wyniosła 2.367.046,12 zł netto, podczas gdy cena zaofęrowana przez pozostałych oferentów za tę pozycję to odpowiednio: 7.160.040,03 zł netto (Odwołujący), 6.124.220,02 zł netto (PORR S.A.) oraz 8 513 364,25 zł netto (SBM Sp. z o.o. sp.k.). Średnia arytmetyczna z cen ofertowych złożonych przez oferentów w toku aukcji elektronicznej dla pozycji 3.5 RCO wyniosła 6.041.167,61 zł netto. Powyższe oznaczało, że również po aukcji cena zaproponowana przez ETF za pozycję 3.5 RCO jest niemal trzykrotnie niższa niż kolejna najniższa cena za ten element oraz średnia arytmetyczna z ofert za tę pozycję złożonych w aukcji elektronicznej. Okoliczność ta sama w sobie przemawia za rażąco niskim charakterem ceny zaproponowanej za świadczenia objęte pozycją 3.5 RCO.

Odwołujący zauważył, że wyżej wymieniona cena za pozycję 3.5 RCO została złożona

w specyficznych uwarunkowaniach wpływających na ukształtowanie ceny za tę właśnie pozycję. Trzeba bowiem mieć na względzie, że właśnie w ramach tej pozycji Zamawiający zażądał, aby dostarczane i zabudowywane przez przyszłego wykonawcę urządzenia systemu CASDIP uwzględniały uwarunkowania wynikające z instrukcji le-122 oraz Ipi-6 i Ipi-10, na które Zamawiający wprost powołał się w pkt. 3.6.7 ust. 3 ppkt 1 PFU. Oznaczało to, że

w ramach swojej oferty składanej w ramach tej pozycji, oferent winien był uwzględnić następujące uwarunkowania:

- po pierwsze, iż urządzenia transmisyjne CASDIP muszą pochodzić od producenta systemu nadzoru NSP 5620 SAM i pracować pod nadzorem tego systemu;
- po drugie, iż na każdym przystanku osobowym musi być zabudowany przełącznik demarkacyjny, przełącznik agregacyjny oraz co najmniej jeden przełącznik dostępowy produkcji producenta systemu nadzoru;
- po trzecie, iż muszą być zabudowane dwa docelowe urządzenia brzegowe (produkcji producenta systemu nadzoru) oraz dwa tymczasowe brzegowe routery LTE;
- po czwarte, iż wszystkie przystanki muszą być objęte transmisją IP-MPLS z zapewnioną protekcją;
- po piąte, iż wykonawca musi zapewnić 60- miesięczny serwis utrzymaniowy i gwarancyjny wykonywany przez producenta lub autoryzowanego partnera serwisowego producenta systemu nadzoru i ww. rozwiązań.

Zapewnienie przez potencjalnego wykonawcę uwarunkowań, o których mowa powyżej wymagało pozyskania od producenta systemu nadzoru NSP 5620 SAM bądź jej autoryzowanego partnera serwisowego oferty na:

- Projekt logiczny, dostawę, instalację, konfigurację, Hot- Stock, 60 miesięczny serwis utrzymaniowy i gwarancyjny urządzeń zgodnych z le-122,
- Przełączniki dostępowe typu 1;
- Przełączniki agregacyjne;
- Przełączniki demarkacyjne typ 1;
- Urządzenia brzegowe;
- Routery LTE.

Jedynym działającym na rynku polskim partnerem producenta ww. system nadzoru posiadającym akredytację „Co-Branded Maintenance” dla rozwiązań IP/MPLS mogącym dostarczyć elementy określone w pkt. 4 powyżej jest INNERGC Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Jak wskazano w pkt. II ppkt 18) uzasadnienia do odwołania, w ramach przygotowywania swojej oferty dla Postępowania, Wykonawca pozyskał ofertę od ww. dostawcy, która to oferta stanowi załącznik nr 4 do odwołania. Jak wynika

z załączonej oferty Innergo Systems Sp. z o.o. wartość samych elementów CASDIP wynikających z uwarunkowań instrukcji le-122 znacząco przewyższa cenę zaproponowaną przez ETF za pozycję 3.5 RCO. Do powyższej ceny należy ponadto doliczyć cenę nabycia pozostałych elementów systemu CASDIP oferowanych przez ich dostawców w ofertach stanowiących załącznik nr 5 i załącznik nr 6, tj. m.in. dostawę i uruchomienie zegarów stacyjnych, czujników ruchu pociągów, dostawę elementów systemu rozgłoszeniowego, systemu sygnalizacji czasu dla czternastu lokalizacji. Oferty na realizację ww. dostaw od działających na polskim rynku dostawców, Wykonawca załączył do odwołania. Oferty

te przedstawiają rynkowe wartości dostawy i uruchomienia elementów systemu CASDIP

i w połączeniu z ofertą INNERGO Systems Sp. z o.o. znacząco przewyższają cenę zaoferowaną przez ETF w pozycji 3.5 RCO. ETF nie wykazał przy tym, aby taka różnica pomiędzy cenami rynkowymi oraz cenami zaoferowanymi przez pozostałych oferentów, uzasadniona była jakimikolwiek obiektywnymi względami pozwalającymi ETF bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać.

Powyższe dowodzi, że zaproponowana przez ETF w pozycji 3.5 RCO cena dostarczenia elementów systemu CASDIP jest znacznie niższa od kosztu ich nabycia. Jednocześnie, ETF nie jest w stanie samodzielnie wytworzyć i dostarczyć wszystkich elementów składających się na pozycję 3.5 RCO.

Odwołujący wskazał, że jak słusznie wskazuje w swym komentarzu M. Jaworska: „*Ustawodawca nie zdefiniował pojęcia rażąco niskiej ceny, jednak w świetle ugruntowanego orzecznictwa i dorobku doktryny należy uznać, że ceną rażąco niską jest cena nierealistyczna, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku. W orzecznictwie wskazywano, iż o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę.*” Przy czym, jak wynika z brzmienia art. 224 ust. 1 Pzp rażąca cena lub koszt mogą dotyczyć nie tylko całości oferty, ale również ceny lub kosztu istotnej części składowej oferty. Nie zasługują w tym względzie na uznanie twierdzenia ETF, iż ryczałtowy charakter wynagrodzenia za całość zamówienia wyklucza możliwość badania przez Zamawiającego przesłanek rażąco niskiej ceny lub kosztu w odniesieniu do istotnej części składowej oferty. Za słuszne w tym względzie należy uznać stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone

w wyroku z dn. 14 marca 2017 roku, sygn. akt: KIO 373/17, zgodnie z którym: „*możliwość analizy oferty pod kątem rażąco niskiej ceny nie zależy od przyjętej przez Zamawiającego formuły rozliczenia się z wykonawcą zamówienia publicznego (wynagrodzenie ryczałtowe lub kosztorysowe). Ograniczenie takie nie wynika z przepisu art. 90 Pzp, wobec czego nawet przy ryczałcie badaniu może podlegać cena lub koszt lub ich istotne części składowe wskazane przez Zamawiającego w wezwaniu do złożenia wyjaśnień. Kwestionowanie zasadności badania ceny oferty przy wynagrodzeniu ryczałtowym nie broni się nie tylko na gruncie przypisów Pzp, ale również w praktyce. Ryczałt — pomimo tego, że stanowi wynagrodzenie za całość prac niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, niezależnie od ich rzeczywistych rozmiarów i kosztów (zob. art. 632 § 1 K.c.) — nie jest dla Zamawiającego zabezpieczeniem przed zaoferowaniem mu rażąco niskiej ceny. Ma to miejsce, przykładowo, w przypadkach, w których wykonawca kalkulując cenę oferty nie uwzględni w niej jakiegoś istotnego dla wykonania zamówienia elementu, co zostanie ujawnione chociażby na etapie składania wyjaśnień. Wydaje się rzeczą oczywistą, że także w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego można oczekiwać, że wykonawca będący profesjonalnym uczestnikiem obrotu gospodarczego, dysponować będzie założeniami i kalkulacjami oferowanej ceny jeszcze przed przystąpieniem do ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego.*” Powyższy wyrok zachowuje swą aktualność zwłaszcza w realiach Postępowania, w którym Zamawiający wprost określił, iż **„poszczególne ceny jednostkowe każdej pozycji Oferty powinny uwzględniać wszelkie koszty pośrednie i bezpośrednie związane z realizacją danej pozycji i nie mogą być przenoszone do innych pozycji.”** (por. XVII pkt 2) IDW. Już samo powyższe postanowienie SWZ uprawnia Zamawiającego do badania ceny istotnych części składowych oferty pod kątem rażąco niskiej ceny.

Słusznie w tym względzie wskazuje również w swym komentarzu P. Granecki, zgodnie

z którym: „*dopuszcza się badanie nie tylko całkowitej ceny oferty, ale także jej istotnych części składowych, które 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. Zauważyć jednak trzeba, że aby można było badać części składowe ceny oferty należy ustalić czy mają one charakter istotny.*”

W zakresie interpretacji pojęcia istotnej części składowej należy w pełni podzielić stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 18 stycznia 2019 r., sygn. akt: KIO 2678/18, w którym wskazano, że istotnymi są elementy, których wartościowy udział

w przedmiocie zamówienia jest znaczny, lub od których - ze względu na ich merytoryczne znaczenie — zależy osiągnięcie zasadniczych celów, dla których zamówienie jest udzielane. Chodzi więc o elementy istotne pod względem jakościowym lub merytorycznym, mogące zaważyć na powodzeniu zamówienia jako całości. Podobnie również Krajowa Izba Odwoławcza w swym wyroku z dn. 29.06.2022 r. sygn. akt KIO 1543/22. Przenosząc powyższe na realia Postępowania wskazać należy po pierwsze na istotny wartościowy udział pozycji 3.5 RCO w przedmiocie zamówienia. Prawidłowo ustalona średnia wartość tej pozycji, ustalona na podstawie cen ofertowych dla tej pozycji złożonych przez pozostałych oferentów w toku aukcji elektronicznej, oscyluje pomiędzy 6.000.000,00 a 8.000.000,00 zł netto, przy czym

szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia wskazana przez Zamawiającego w ogłoszeniu to ok. 27.000.000,00 zł netto. Powyższe oznacza, że wartość pozycji 3.5 RCO stanowi pomiędzy 22% a 30% wartości zamówienia, przy czym wartość samych świadczeń składających się na spełnienie uwarunkowań wynikających z instrukcji le-122 stanowi pomiędzy 8% a 15% wartości zamówienia. Jest to niewątpliwie wysoki udział w wartości całego zamówienia, w związku z czym wycena pozycji 3.5 RCO może w istocie przesądzać o całości ceny zaoficerowanej przez ETF w Postępowaniu. Należy przy tym mieć na względzie, że różnica pomiędzy ceną całkowitą zaproponowaną przez ETF, a ceną zaproponowaną przez Wykonawcę, po uwzględnieniu postąpień w aukcji elektronicznej to zaledwie 135.040,65 zł netto.

W odniesieniu zaś do wartości merytorycznej świadczeń ujętych w pkt 3.5 RCO, należy wskazać, iż od prawidłowej, tj. zgodnej z warunkami SWZ, w tym zwłaszcza

z uwarunkowaniami instrukcji le-122, realizacji elementów systemu CASDIP wymaganych przez Zamawiającego zależy możliwość przyszłego uruchomienia urządzeń systemu dynamicznej informacji pasażerskiej. Dla sprawności funkcjonowania takiego systemu niezbędna jest szybka transmisja danych w technologii IP-MPLS. Prawidłowo dostarczony system dynamicznej informacji pasażerskiej stanowi zintegrowany system informacyjny, który dostarcza informację o realizacji zadań przewozowych wykonywanych środkami komunikacji publicznej pasażerom i udostępnia ją służbom nadzoru. Podstawowym zadaniem systemu SDIP jest dostarczenie pasażerom informacji o prognozowanym czasie odjazdu pojazdu obsługującego określoną linię z wybranego przystanku. Informacja o czasie odjazdu jest przekazywana pasażerom i prezentowana za pomocą systemu rolgłoszeniowego oraz systemu tablic przystankowych (LED/LCD). Wiadomości prezentowane na elektronicznych nośnikach informacji to m.in. nazwa przystanku, numer linii, prognozowany lub/i rozkładowy czas odjazdu, komunikaty specjalne (informacja o utrudnieniach w ruchu, objazdach itp.). System ten stanowi zatem podstawowy sposób komunikacji przewoźników z docelowymi pasażerami pociągów. Nie sposób zatem wyobrazić sobie funkcjonowania nowoczesnego rynku przewozów kolejowych bez prawidłowo zabudowanego i uruchomionego systemu SDIP.

Wobec powyższych argumentów, Odwołujący stwierdził, iż zaoficerowana przez ETF cena za realizację pkt. 3.5 PFU, stanowiącego istotną część składową oferty i zamówienia, nosi znamiona ceny rażąco niskiej i nie znajduje żadnego odzwierciedlenia w realiach rynkowych, co jest obiektywnie rozpoznawalne *prima facie* dla każdego profesjonalnego uczestnika rynku. Pozycja ta ze względu na jej wartość cenową i merytoryczną ma przy tym istotny wpływ na całkowitą cenę ostateczną zaoficerowaną przez ETF.

W powyższym stanie oferta ETF winna podlegać odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę.

Niezależnie od powyższego oferta ETF winna również podlegać odrzuceniu z uwagi na fakt, iż złożone przez ETF wyjaśnienia dotyczące istotnej części składowej ceny (kosztu wykonania) dla pozycji 3.5 RCO: „CASDIP (SR, SC SMW) na stacjach i przystankach linii 287 (14 obiektów)” nie uzasadniają podanej w ofercie ceny dla ww. pozycji RCO (Zarzut nr 4).

Jak bowiem Odwołujący podniósł, pismem z dn. 21.04.2023 r. Zamawiający wezwał ETF do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia istotnej części składowej ceny (kosztu wykonania), wraz ze złożeniem stosownych dowodów, w trybie art. 224 ust. 1 Pzp, w zakresie wyliczenia pozycji określonej w pkt. 3.5 RCO, zgodnie ze wskazanym opisem.

Następnie, pismem z dn. 28.04.2023 r. ETF odpowiedział, że zrealizuje zadanie za cenę ryczałtową wynoszącą 28.068.635,90 zł netto, na potwierdzenie czego przedłożył ofertę firmy PROTEL Sp. z o.o., w ramach której przedstawiono cenę za wykonanie robót budowlano-montażowych w branży srk, teletechnicznej oraz elektroenergetycznej do 1kV, na łączną kwotę 19.500.000 zł netto, przy czym ETF na ten zakres, zgodnie z wypełnionym RCO, w ramach postępowania wskazał wartość 20.088.430,00 zł netto. ETF wskazał również, że w zakresie prac projektowych będzie korzystał z usług projektowych Firmy Projektowo-Wdrożeniowej TOR-BUD S.C., zaś w zakresie branży torowej i budowlanej kolejowych roboty te zostaną wykonane samodzielnie przez ETF. W odniesieniu zaś do żądania dowodów

i wyjaśnień w zakresie konkretnej pozycji RCO (tj. pkt 3.5 RCO) ETF wskazał, że cena zaoficerowana przez ETF ma charakter ryczałtowy, a z jego istoty wynika, że ma charakter całościowy, bez przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów wytwarzania zamawianego dzieła czy usługi. Mając na względzie powyższe ETF argumentowało, że nawet brak załączenia RCO oraz błędy w RCO nie mogą stanowić podstawy odrzucenia oferty przez Zamawiającego. Podsumowując, ETF wskazał, że przedłożona przez ETF oferta firmy PROTEL Sp. z o.o. obejmująca branżę teletechniki oraz energetyki, świadczy o tym, że zaproponowana przez ETF cena nie może być traktowana jako rażąco niska.

Odwołujący wskazał, że powyższe stanowisko uznać należy za błędne, już samej tylko uwagi na postanowienia SWZ zawarte w rozdziale XVII pkt 2) IDW, w którym Zamawiający zastrzegł, iż „poszczególne ceny jednostkowe każdej pozycji Oferty powinny uwzględniać wszelkie koszty pośrednie i bezpośrednie związane z realizacją danej pozycji i nie mogą być przenoszone do innych pozycji.” W świetle tak sformułowanych postanowień SWZ należy stwierdzić, iż Zamawiający

miał prawo badać ceny jednostkowe wskazane przez ETF w RCO pod kątem rażąco niskiej ceny, zaś obowiązkiem ETF było dowodne wykazanie, iż zaproponowane przezeń ceny istotnych składowych oferty nie noszą znamion ceny rażąco niskiej.

W zakresie tym raz jeszcze Odwołujący przywołał trafne stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dn. 14 marca 2017 roku, sygn. akt: KIO 373/17, zgodnie z którym: „możliwość analizy oferty pod kątem rażąco niskiej ceny nie zależy od przyjętej przez zamawiającego formuły rozliczania się z wykonawcą zamówienia publicznego (wynagrodzenie ryczałtowe lub kosztorysowe). Ograniczanie takie nie wynika z przypisu art. 90 Pzp, wobec czego nawet przy ryczałcie badaniu może podlegać cena lub koszt) lub istotne części składowe wskazane przez Zamawiającego w wezwaniu do złożenia wyjaśnień. Kwestionowanie zasadności badania ceny oferty przy wynagrodzeniu ryczałtowym nie broni się nie tylko na gruncie przypisów Pzp, ale również w praktyce. Ryczałt — pomimo tego, że stanowi wynagrodzenie za całość prac niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, niezależnie od ich rzeczywistych rozmiarów i kosztów (zob. art. 632 § 1 K.c.) — nie jest dla Zamawiającego zabezpieczeniem przed zaofferowaniem mu rażąco niskiej ceny. Ma to miejsce, przykładowo, w przypadkach, w których wykonawca kalkulując cenę oferty nie uwzględni w niej jakiegoś istotnego dla wykonania zamówienia elementu, co zostanie ujawnione chociażby na etapie składania wyjaśnień. Wydaje się rzeczą oczywistą że także

w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego można oczekiwać, że wykonawca będący profesjonalnym uczestnikiem obrotu gospodarczego, dysponować będzie założeniami i kalkulacjami oferowanej ceny jeszcze przed przystąpieniem do ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego.”

Nadto, zgodnie z art. 224 ust. 5 Pzp to wykonawcę (ETF) obciążał obowiązek udowodnienia, że jego oferta (istotna jej część składowa) nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu.

W odniesieniu zaś do wyjaśnień ETF dotyczących wyliczenia części składowej ceny (kosztu wykonania) oraz złożenia dowodów w zakresie wyliczenia pozycji 3.5 RCO, przedstawionych w piśmie ETF z dn. 28.04.2023 r. ETF/32/2023, stwierdzić należy, iż ETF nie sprostął ciężarowi udowodnienia, że w zakresie tym oferta ETF nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu.

W przedmiotowym piśmie ETF w żaden sposób nie odniósł się do wyliczeń wskazujących na czynniki cenotwórcze składające się na pozycję 3.5 RCO, wskazując, że Zamawiający nie ma uprawnienia do żądania wyjaśnień i dowodów w zakresie pozycji 3.5 RCO, stanowiącej istotną część składową ceny ofertowej, z uwagi na jej ryczałtowy charakter. W istocie zatem ETF odmówił Zamawiającemu wskazania kalkulacji i dowodów dotyczących składników cenotwórczych składających się na pozycję 3.5 RCO. Powyższe stanowisko Wykonawcy nie zasługuje na uwzględnienie z powodów omówionych powyżej. Również wyroki Krajowej Izby Odwoławczej powołane przez ETF w przedmiotowym piśmie nie odnosiły się po pierwsze do kwestii możliwości badania przez Zamawiającego istotnych elementów składowych ceny ryczałtowej, jak również nie zapadły na kanwie stanów faktycznych, w których Zamawiający wprost przewidziałby w SWZ, że ceny jednostkowe stanowią część oferty oraz, że powinny one uwzględniać wszelkie koszty pośrednie i bezpośrednie związane z realizacją danej pozycji i nie mogą być przenoszone do innych pozycji. Za wystarczający w tym względzie środek dowodowy nie sposób uznać również przedstawionej przez ETF oferty cenowej podwykonawcy — firmy PROTEL Sp. z o.o. Po pierwsze oferta ta zawiera zryczałtowaną cenę na wykonanie trzech branż tj. srk, teletechnicznej i elektroenergetycznej do 1 kv. Oferta ta

w żaden sposób nie adresuje po pierwsze, czy zawiera w swoim zakresie konkretne wymagania Zamawiającego wynikające z uwarunkowań instrukcji Ie-122, jak również nie odnosi się wprost do kalkulacji pozycji 3.5 RCO, stanowiącej istotną część składową ceny ofertowej. Oferta podwykonawcy deklarująca, że w ramach określonego wynagrodzenia podwykonawca wykona wszelkie zobowiązania statutowane przez Zamawiającego w SWZ nie może per se stanowić dowodu obalającego domniemania wynikające z rażąco niskiej ceny. Jako taka oferta podwykonawcy również może być taką wadą obarczona, lub co gorsza mogła zostać wytworzona tylko na potrzeby złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Zatem również oferty podwykonawców przyjęte do kalkulacji ceny oferty muszą być wiarygodne i uzasadnione. Nie można uznać za wystarczające wykazanie samego faktu podzlecenia robót budowlanych za określoną cenę. Zamawiający weryfikując cenę ofertową wykonawcy wycenioną na rażąco niskim poziomie, musi posiadać uzasadnienie wskazujące na obiektywną realność tej wyceny. Zatem, również cena oferta podwykonawcy powinna być odpowiednio opisana (np. poprzez rozbitcie ceny) i uzasadniona w wyjaśnieniach oferenta, w celu wykazania właśnie jej realności (por. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt: KIO 3036/13 i sygn. akt: KIO 1642/14)

W świetle powyższych uwag, należy uznać ETF nie wyjaśnił należyście i nie poparł rzetelnymi dowodami, że proponowana przezeń cena za pozycję 3.5 RCO nie jest rażąco niska.

W orzecznictwie KIO wielokrotnie bowiem podkreślano, że nie każde pismo składane

w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego może być uznane za wyjaśnienia. Prawdopodobnie złożone wyjaśnienia muszą pozwalać Zamawiającemu na dokonanie oceny w takim zakresie, w jakim wykonawca był wzywany. Powyższe, przy

uwzględnieniu, że to właśnie ETF obciążał ciężar wykazania tego faktu, winno prowadzić do odrzucenia oferty ETF na podstawie art. 224 ust. 6 Pzp.

Uzasadniając zarzut nr 5 Odwołujący wskazał, że zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ETF

w sytuacji, gdy oferta ta winna podlegać odrzuceniu jako niezgodna z postanowieniami SWZ dla Postępowania, tj. pkt 1 i 2 Rozdziału XVII Instrukcji dla Wykonawców, z uwagi na fakt, że pozycja 3.5 RCO „CASDIP (SR, SC i SMW) na stacjach i przystankach linii 287 (14 obiektów)” nie uwzględnia wszelkich kosztów pośrednich związanych z realizacją tej pozycji, a rzeczywiste koszty realizacji tej pozycji zostały rozbite i zagregowane w innych pozycjach RCO.

Powyższy zarzut został złożony przez Odwołującego na wypadek nieuwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą zarzutów nr 3 i 4 oraz uznania, że ceny ETF w poszczególnych pozycjach RCO nie powinny podlegać badaniu w kontekście rażąco niskiej ceny ze względu na ryczałtowy charakter wynagrodzenia za realizację zamówienia.

Odwołujący podkreślił, że jak wykazał w pkt. IV i V uzasadnienia odwołania, pozycja 3.5 RCO ponad wszelką wątpliwość nie uwzględniała kosztów wynikających z uwarunkowań systemu CASDIP wynikających z instrukcji Ie-122. Jednocześnie Zamawiający przesądził, że w skład oferty wchodzić ma Rozbicie Ceny Ofertowej, zaś poszczególne ceny jednostkowe każdej pozycji oferty powinny uwzględniać wszelkie koszty pośrednie i bezpośrednie związane z realizacją danej pozycji i nie mogą być przenoszone do innych pozycji (pkt 1 i 2 Rozdział XVII IDW). Jeżeli zatem oferta ETF miałyby uwzględniać realizację systemu CASDIP zgodnie z tymi uwarunkowaniami oraz koszty z tym związane, koszty te musiały zostać zagregowane w innych pozycjach RCO oferty ETF. Powyższe oznaczało, na co powołuje się zresztą nie wprost sam ETF w swoim piśmie z dn. 28.04.2023 r., ETF/32/2023, że rzeczywiste koszty wykonania pozycji 3.5 RCO zostały przez ETF przeniesione do innych pozycji RCO, co stanowi zabieg wprost sprzeczny z ww. postanowieniami SWZ, tj. pkt 1 i 2 Rozdziału XVII IDW.

W świetle powyższego oferta ETF również powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp, jako niezgodna z wymaganiami SWZ.

Powyższe uchybienia doprowadziły w konsekwencji do naruszenia art. 16 ust. 1 Pzp, jako że prowadzone w ten sposób Postępowanie nie zapewniało zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości

Uzasadniając zastrzeżenie poufności załączników nr 4, 5 oraz 6 jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa, Odwołujący wskazał, że działając na podstawie art. 545 ust. 3 dnia

11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm., dalej jako: Pzp) oraz art. 11 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 z późn. zm., dalej jako: Znk) wnosi o graniczenie stronom

i uczestnikom postępowania odwoławczego prawa wglądu do materiału dowodowego załączonego do niniejszego odwołania w postaci załączników nr 4, 5 oraz 6 do niniejszego odwołania poprzez ich nieokazywanie stronom i uczestnikom postępowania wszczętego na skutek niniejszego odwołania, ze względu na fakt, iż zawierają one tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy i oferentów.

Wykonawca wskazał jednocześnie, iż tajemnicą przedsiębiorstwa objęte są wszystkie informacje zawarte w ww. załącznikach.

Wykonawca oświadczając, że przedmiotowe informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. art. 11 ust. 2 ustawy), wskazał, iż:

- żądna z zastrzeganych jako „Tajemnica przedsiębiorstwa” informacji nie należy do grupy informacji wymienionych w art 222 ust. 5 Pzp, tzn. podawanych (będących zatem co do zasady informacjami jawnymi) w trakcie otwarcia ofert i zamieszczanych bezpośrednio po otwarciu ofert na stronie internetowej Zamawiającego,
- charakter zastrzeganych informacji powoduje, że informacje te muszą być traktowane jako nierozzerwalna całość podlegająca ochronie, tzn. w normalnym toku działania nie ma możliwości ich odnalezienia oraz nie są Wykonawcy znane inne działania umożliwiające dostęp do danych zawartych w ww. dokumentach, niż poprzez zapoznanie się z ich treścią,
- wszystkie zastrzegane przez Wykonawcę informacje należą do grupy innych informacji posiadających wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, przy czym Wykonawca podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Wszystkie wymienione wyżej warunki i przesłanki Wykonawca wypełnia w sposób łączny.

- 1)Zgodnie z aktualną linią orzecniczą charakter tajemnicy przedsiębiorstwa może mieć również informacja handlowa, zaś „Informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości

przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja (wiadomość) nie ujawniona do wiadomości publicznej to informacja nieznaną ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Taka informacja staje się "tajemnicą przedsiębiorstwa", kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, informacja może być nieznaną, ale nie będzie tajemnicą. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy inny przedsiębiorca (konkurent) dowiedzieć się o niej może drogą zwykłą

i dozwoloną, a więc np. gdy pewna wiadomość jest przedstawiana w pismach fachowych lub gdy z towaru wystawionego na widok publiczny każdy fachowiec poznać może, jaką metodę produkcji zastosowano. Jednocześnie "tajemnica" nie traci zaś swego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób, zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie, jak pracownicy przedsiębiorstwa lub inne osoby, którym przedsiębiorca powierza informację. Podjęcie niezbędnych działań

w celu zachowania poufności informacji powinno prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich."

Mając na uwadze definicję tajemnicy przedsiębiorstwa, zawartą w art. 11 ust. 2 ustawy Uznk oraz stosownie do przywołanego powyżej poglądu Sądu Najwyższego, Wykonawca wskazał:

a.co do charakteru informacji — informacja ma charakter informacji handlowej i posiada wartość gospodarczą:

- wykorzystanie informacji przez innego przedsiębiorcę może w szczególności prowadzić do zaoszczędzenia mu wydatków czy poniesieniu strat lub zwiększenia zysków,
- informacje o kosztach realizacji zamówienia przez Wykonawcę, zawarte w niniejszych załącznikach są kluczowe dla podmiotów konkurencyjnych wobec Wykonawcy. Poznając szczegółowe kalkulacje cenowe w tym rabaty, ceny podwykonawców czy marże, potencjalni wykonawcy byłiby w stanie wykorzystać te informacje i tak formułować swoje oferty, aby uzyskać przewagę konkurencyjną,
- ponadto inni wykonawcy mogliby zastosować opisane przez Wykonawcę rozwiązania w zakresie optymalizacji kosztów realizacji swoich zamówień i w ten sposób, niejako kosztem wykonawcy, uzyskać przewagę konkurencyjną,
- informacja w szczególności zawiera dane dotyczące cen pochodzących od podwykonawców i zysku Wykonawcy, co zgodnie z orzecznictwem KIO stanowi co do zasady tajemnicę przedsiębiorstwa i nie może być ujawnione.

b.co do braku ujawnienia informacji do wiadomości publicznej:

- żadna z informacji zastrzeżonych nie została wcześniej ujawniona do wiadomości publicznej przez Wykonawcę, jego pracowników, współpracowników, jak również przez firmy na stałe współpracujące z Wykonawcą,

c.co do działań podjętych przez Wykonawcę celem zachowania poufności:

- Wykonawca oświadcza i zapewnia, iż wszystkie dokumenty zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa są przechowywane i przetwarzane w specjalnie zabezpieczonych do tego celu pomieszczeniach oraz na specjalnie zabezpieczonym sprzęcie,
- Wykonawca oświadcza i zapewnia, iż wszystkie dokumenty w postaci elektronicznej zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa są przechowywane w zasobach specjalnie zabezpieczonych. Dane przechowywane są na serwerach, które znajdują w specjalnym zabezpieczonym pomieszczeniu. Dostęp do danych jest zabezpieczony wielopoziomowo. Pierwszy poziom zabezpieczeń to dostęp do sprzętu, z którego można skorzystać z systemu w którym dane są przetwarzane i przechowywane. Zabezpieczenie opiera się na zdefiniowanych prawach dostępu. W systemach operacyjnych komputerów jak i sieciowych systemach operacyjnych są stosowane programy antywirusowe jak i zapory sieciowe. Stosowany program pocztowy jest na wydzielonym serwerze i jest dodatkowo zabezpieczony filtrem antyspamowym. Całość sieci komputerowej jest zabezpieczona sprzętowym systemem dostępowym,
- Wykonawca oświadcza, że ograniczył do niezbędnego minimum liczbę osób posiadających dostęp do dokumentów zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa, przyznając uprawnienia dostępowe do takich informacji jedynie pracownikom bezpośrednio zaangażowanym w przygotowanie oferty na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na pracowników tych został nałożony obowiązek zachowania informacji w poufności,
- Wykonawca kontroluje liczbę osób mających dostęp do informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa poprzez przyznawanie indywidualnych uprawnień dostępowych do tych informacji,
- Wszystkie prowadzone przez Wykonawcę rozmowy, uzgodnienia i negocjacje dotyczące przedmiotu zamówienia

były prowadzone z wykorzystaniem kanałów gwarantujących integralność i poufność informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy i jego kontrahentów.

W odpowiedzi na odwołanie Zmawiający wniósł przede wszystkim o odrzucenie odwołania na posiedzeniu niejawnym na podstawie art. 529 ust. 1 Pzp w zw. z art. 528 pkt 3) Pzp, odwołania, ponieważ zostało ono wniesione po upływie terminu określonego w Ustawie.

Natomiast jedynie w przypadku stwierdzenia przez Krajową Izbę Odwoławczą braku podstaw do odrzucenia odwołania, o jego oddalenie w całości z uwagi na jego bezzasadność.

Zamawiający wniósł również o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odpowiedzi na odwołanie lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane

w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym oraz zasądzenie kosztów.

Uzasadniając wniosek o odrzucenie odwołania Zamawiający wskazał, że istotą odwołania była próba zakwestionowania przez Odwołującego oferty Przystępującego w zakresie pozycji 3.5 Rozbicia Ceny Ofertowej („RCO”), który to dokument stanowił załącznik do Formularza Ofertowego stanowiącego Załącznik nr 3 do Specyfikacji Warunków Zamówienia obowiązującej w Postępowaniu. Dokument ten został złożony w terminie składania ofert. Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 16 stycznia 2023 r. Złożone przez wykonawców oferty w były jawne od chwili ich otwarcia i **mogły na wniosek Odwołującego zostać udostępnione począwszy od tej daty.**

Zamawiający wskazał w pkt. 1 rozdziału XXII SWZ, iż wybór najkorzystniejszej oferty będzie dokonany z zastosowaniem aukcji elektronicznej. **Do udziału w aukcji elektronicznej Zamawiający zaprosi wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu (pkt 1 rozdziału XXII SWZ).**

Zamawiający zapraszał Wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej - pierwsze zaproszenie zostało wystosowane do Wykonawców w dniu 3 lutego 2023 r., następnie w dniu 7 lutego 2023 r. aukcja została wstrzymana. Nowy termin aukcji wyznaczono pismem doręczonym Wykonawcom dnia 17 kwietnia 2023 r. Czynność zaproszenia do udziału w aukcji w dniu 21 kwietnia 2023 r. została unieważniona. Zamawiający poinformował, że przystąpi do ponownego badania ofert.

Zamawiający **o zakończeniu badania ofert i oceny ofert poinformował Wykonawców,**

w tym Odwołującego się pismem z dnia **12 maja 2023 r.** We wskazanym piśmie Wykonawcy - jak wyraźnie wskazano w piśmie - **„wszyscy, którzy złożyli oferty**

**w postępowaniu”** - zostali poinformowani o tym, że Zamawiający **zakończył badanie**

**i ocenę ofert.** W tym samym piśmie Zamawiający wskazał, **że poinformuje wykonawców**

**o terminie rozpoczęcia aukcji.** W dniu **16 maja 2023 r.** Odwołujący (podobnie jak pozostali Wykonawcy) otrzymał zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej. W treści pisma w pkt

1 wskazano, iż: „Zamawiający informuje, że **w wyniku badania i oceny ofert,** Państwa oferta uzyskała stępującą punktację”. Aukcja odbyła się w dniu **22 maja 2023 r.** W wyniku przeprowadzonej aukcji, w dniu **12 czerwca 2023 r.** Zamawiający uznał ofertę Przystępującego, jako najkorzystniejszą w postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający wskazał, iż składając w dniu 22 czerwca 2023 r. odwołanie, Odwołujący **przedmiotem zarzutów uczynił zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego** - jak wynika z każdego z zarzutów od 1- 5 (zarzut 6 ma jedynie charakter następczy, wynikowy - wynikający z pozostałych niezasadnych zarzutów.

Odwołujący nawet nie podejmuje próby jego uzasadnienia). Mianowicie, Odwołujący wiąże swoje zarzuty naruszenie określonych przepisów Pzp - wyraźnie i niezmiennie poprzez „zaniechanie odrzucenia oferty” Przystępującego. Zarzuty te wiąże bądź to z niezgodnością oferty Przystępującego z SWZ (zarzut nr 1, zarzut nr 5), bądź że oferta ta (rzekomo pierwotnie wadliwa) została następczo zmodyfikowana (zarzut nr 2), bądź wywodzi, że oferta Przystępującego zawiera rażąco niską cenę lub, że przedstawione wyjaśnienia w tym zakresie były niewystarczające (zarzut nr 3, zarzut nr 4).

Zamawiający wskazał, że niezależnie od braku zasadności owych zarzutów (również 6 – następczego), iż **początek biegu terminu wniesienia odwołania na zaniechanie odrzucenia oferty konkurencyjnej dla Odwołującego uznać należy dzień przekazania informacji przez Zamawiającego**

**o zakończeniu badania i oceny ofert - które miało miejsce w dniu 12 maja 2023 r.,**

**a nawet przyjmując datę wystosowania zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej - termin ten należałoby liczyć od dnia 16 maja 2023 r.- biorąc pod uwagę wynikającą**

**z brzmienia art. 232 ust. 1 Pzp informację stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania.**

Zamawiający zauważył, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający przewidział przeprowadzenie aukcji elektronicznej i w dniu 16 maja 2023 r. zaprosił do niej wszystkich Wykonawców. Przy czym Zamawiający, poza wysłaniem odrębnego zaproszenia do aukcji elektronicznej każdemu z wykonawców, przekazał też w dniu 12 maja 2023 r. wszystkim wykonawcom, którzy złożyli oferty w postępowaniu, informację - jedną dla wszystkich - zatytułowaną - „**DO WSZYSTKICH WYKONAWCÓW, KTÓRZY ZŁOŻYLI OFERTY**

**W POSTĘPOWANIU”** - informując o dwóch istotnych kwestiach, tj. że:

1. zakończono badanie i ocenę ofert,
2. o terminie rozpoczęcia aukcji, ci wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu, zostaną poinformowani w najbliższym czasie.

Zatem w tym dniu wszystkim wykonawcom, także odwołującemu się, przekazano informację, zgodnie z którą, do udziału w aukcji zostali zaproszeni wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu, a sam termin aukcji zostanie podany w niedługim czasie. Zamawiający zauważył, iż **w treści zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej przekazanej do Odwołującego się wskazano wprost, iż po zakończeniu oceny i badania ofert, jego oferta zajęła czwarte (4) miejsce w klasyfikacji, zatem biorąc pod uwagę wiedzę Odwołującego się o złożeniu czterech (4) ofert w postępowaniu, zatem miał także widzę o braku odrzucenia oferty któregośkolwiek z wykonawców.** Zamawiający jedynie na marginesie

w tym miejscu wskazał, iż w wyniku postąpień w trakcie trwania aukcji elektronicznej Odwołujący obniżył swoją cenę o 36,79 % w porównaniu do ceny sprzed aukcji.

Zamawiający wskazał, iż Odwołujący dokonał wglądu do akt już w dniu 18 stycznia 2023 r., na podstawie wniosku przedstawionego w dniu 16 stycznia 2023 r. - przekazano mu ofertę między innymi Przystępującego. Kolejny raz Odwołujący zwrócił się o udostępnienie akt już po aukcji elektronicznej w dniu 13 czerwca 2023 r.

Zamawiający podkreślił także, iż po dniu 12 maja 2023 r. - po przekazaniu informacji o zakończeniu badania i oceny ofert, nie ujawniły się żadne nowe okoliczności faktyczne w zakresie objętym zarzutami odwołania, wszystkie dokumenty były zgromadzone

w aktach postępowania, w szczególności w postępowaniu **nie podejmowano żadnych dalszych czynności w zakresie badania istnienia podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego, nie zmieniono dokonanej podczas zaproszenia do aukcji elektronicznej oceny, że oferta Przystępującego nie podlegała odrzuceniu.** Niesłusznym byłoby zatem danie przyzwolenia w takiej sytuacji, aby istniejące uprzednio okoliczności, co do których **Odwołujący mógł powziąć wiadomość w chwili otrzymania zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej, służyły za podstawę do wnoszenia odwołania na późniejszym etapie postępowania, kiedy to wynik tego postępowania okazał się dla Odwołującego niekorzystny.**

Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż Odwołujący uzyskał informację stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania - zaproszenie Przystępującego do udziału w aukcji elektronicznej

i zaniechanie odrzucenia oferty nie później niż w dniu 16 maja 2023 r. (a nawet wcześniej na podstawie pisma z dnia 12 maja 2023 r.), przy czym przyjmując nawet z ostrożności termin późniejszy - termin 16 maja 2023 r. - **Odwołanie winno być wniesione nie później niż do dnia 26 maja 2023 r.**

W kontekście zaś samego zaproszenia do udziału w aukcji, w którym Odwołujący został poinformowany, iż jego oferta plasowała się na czwartym miejscu (z czterech złożonych ofert), Zamawiający wskazał na postanowienie KIO z 20 marca 2019 r. sygn. akt 402/2019 wydane co prawda na podstawie uprzednio obowiązującej ustawy Pzp i jej art. 91a ust. 1 zgodnie

z którym „zamawiający po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadza aukcję elektroniczną”. Przy czym „Zamawiający zaprasza do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu” i argumentacji KIO związanej z wiedzą Wykonawców o zaniechaniu odrzucenia ofert, jaką czerpią z faktu zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej, celowej jest zacytowanie poczynionej w tym postanowieniu argumentacji: „Zgodnie z art. 232 ust. 1 Pzp Zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu. Oznacza to, że etap zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej poprzedza etap badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, w tym także w zakresie zaistnienia przesłanek odrzucenia oferty. Do udziału w aukcji zamawiający nie zaprasza wykonawców, których oferty uznane zostaną za podlegające odrzuceniu. Z subsumpcji zaistniałego stanu faktycznego do przepisu art. 232 ust. 1 Pzp wynika, że skoro Zamawiający zdecydował się zaprosić Przystępującego do udziału w aukcji elektronicznej, to uznać musiał, że wobec oferty tego wykonawcy nie zmaterializowały się przesłanki odrzucenia oferty.

„W świetle jednolitego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej nie budzi żadnych wątpliwości, iż za początek biegu terminu na wniesienie na zaniechanie odrzucenia ofert konkurencyjnych uznać należy dzień zaproszenia wykonawców do aukcji elektronicznej. Jest to bowiem dzień, w którym wykonawcy mogą uzyskać informacje stanowiące podstawę do wniesienia odwołania, a to ze względu na przepis art. 91a ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym wykonawca zaprasza do udziału w aukcji elektronicznej tylko tych wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu (tak np. w postanowieniu KIO z 29 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 652/10, postanowieniu KIO z dnia 17 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1086/10, postanowieniu z dnia 23 listopada 2010 r., sygn. akt KIO 2444/10 czy wyroku KIO z dnia 11 marca 2011 r., sygn. akt KIO/414/11). Jak to wskazano w postanowieniu KIO z dnia 22 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 299/12: **„Zaproszenie określonych wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej oznacza, że zamawiający**

**ustalił, że oferty wybranych wykonawców nie podlegają odrzuceniu.** Wystosowanie takiego zaproszenia jest równoznaczne z zakończeniem badania ofert i w ocenie Izby od dnia wystosowania zaproszenia należy liczyć bieg rozpoczęcia terminu na wnoszenie środków odwoławczych dotyczących zaniechania zamawiającego odrzucenia oferty. Izba potwierdza, że zamawiający zapraszając wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej nie informuje ich o innych zaproszonych wykonawcach.

Przepis art. 91b ust. 2 ustawy Pzp, określający dane, które powinny znaleźć się w zaproszeniu, nie wskazuje na konieczność informowania o tym, którzy wykonawcy zostali również zaproszeni do udziału w aukcji.

Niemniej jednak fakt wystosowania do Wykonawcy zaproszenia jest jednocześnie informacją dla niego o tym, że **Zamawiający zakończył proces badania i oceny ofert i że pozytywnie zweryfikował cztery oferty. Informacja o tym, którzy wykonawcy zostali zakwalifikowani do wzięcia udziału w aukcji zawarta jest w dokumentacji postępowania, która jest jawna dla wykonawców i każdy z nich uprawniony jest do wglądu do niej w celu uzyskania wiedzy na temat pozostałych zaproszonych wykonawców.**

Do analogicznych wniosków Izba doszła również w postanowieniu z dnia 22 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 271/12, oraz w postanowieniu z dnia 6 maja 2013 r., sygn. akt KIO 939/13,

#x200ew tym ostatnim podkreślając, że: "od dnia wystosowania zaproszenia (do udziału

#x200ew aukcji - przypadek Przystępującego) należy liczyć bieg rozpoczęcia terminu na wnoszenie środków odwoławczych dotyczących zaniechania zamawiającego odrzucenia oferty".

#x200eW ocenie Zamawiającego obecnie, w terminie 10 dni od dnia wyboru najkorzystniejszej oferty, mogłyby być podnoszone zarzuty związane z przebiegiem aukcji, jednakże Odwołujący nie podnosi zarzutów wobec przebiegu aukcji, nie kwestionuje również oceny podmiotowej Wykonawcy a jedynie ocenę formalną oferty złożonej przez Przystępującego, która poprzedziła zaproszenie do udziału w aukcji. Zarzuty te - dotyczące oceny i badania oferty

#x200ei nieodrzczenia jej, powinny być podniesione w terminie liczonym od dnia przesłania zaproszenia do udziału w aukcji a nie od **przesłania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty po przeprowadzeniu aukcji**. Również w najnowszym orzecznictwie KIO podejście do sposobu liczenia terminu na wniesienie odwołania w razie zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej nie uległo zmianie. Przykładowe orzecznictwo KIO w tym zakresie przywołał Przystępujący, na str. 6 i 7 wniosku o odrzucenie odwołania na posiedzeniu niejawnym z dnia 29 czerwca 2023 r. - sprawy KIO 935/22, KIO 3032/22, KIO 1906/22.

Podsumowując Zamawiający wskazał, że **w sprawie ziściła się przesłanka odrzucenia odwołania, wynikająca z art. 528 pkt 3 Pzp. Zgodnie z tym przepisem, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Zamawiający zauważył również, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający przewidział przeprowadzenie aukcji elektronicznej i w dniu 16 maja 2023 r. zaprosił do niej wszystkich wykonawców, w tym Odwołującego informując, iż jego oferta zajęła czwarte miejsce (z czterech ofert złożonych, zatem żadna nie została odrzucona, w tym Przystępującego), kierując informację - w tytule - do „wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu” o zakończeniu badania i oceny ofert a także o tym, że dokładny termin aukcji zostanie podany w najbliższym czasie.** Zatem Zamawiający, poza wysłaniem odrębnego zaproszenia do aukcji elektronicznej każdemu z wykonawców, przekazał też w tym samym dniu wszystkim wykonawcom informację, zgodnie z którą, do udziału w aukcji "zostali zaproszeni wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu". Oznacza to, że Odwołujący już w dniu 12 maja 2023 r., informacja ta potwierdzona została w treści zaproszenia z dnia 16 maja 2023 r. - uzyskał **informację, iż zakończył się proces badania i oceny ofert i oferta Przystępującego (jedna z czterech złożonych) nie została odrzucona.**

Zamawiający zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 232 ust. 1 Pzp, zamawiający zaprasza do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, przy użyciu połączeń elektronicznych wskazanych

w zaproszeniu. Z przepisu wynika zatem, że przed aukcją elektroniczną Zamawiający zobowiązany jest dokonać czynności badania ofert pod kątem ziszczenia się podstaw do ich odrzucenia (w takim zakresie, w jakim na tym etapie postępowania ewentualne okoliczności stanowiące podstawę odrzucenia są mu znane), tak by do aukcji zaprosić tylko tych wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu.

**Wszelkie kwestie związane z wyceną przez Przystępującego pozycji 3.5 RCO, były Zamawiającemu znane, zatem możliwe było ewentualne podjęcie czynności odrzucenia oferty Przystępującego. Skoro zatem Zamawiający w dniu 16 maja 2023 r. zawiadomił**

**o zaproszeniu do aukcji elektronicznej, wcześniej informując o zakończeniu procesu badania i oceny ofert i podaniu terminu aukcji w najbliższym terminie wszystkich wykonawców pismem z dnia 12 maja 2023 r., w tym Przystępującego, to w związku**

**z brzmieniem art. 232 ust. Pzp, wiadomość ta stanowiła dla Odwołującego informację**

**o tym, że Zamawiający nie odrzucił oferty Przystępującego.** Tym samym, najpóźniej

w dniu 16 maja 2023 r. Odwołujący powziął informację o braku odrzucenia oferty Przystępującego i od tego dnia biegł 10-dniowy termin na wniesienie Odwołania kwestionującego zaniechanie przez Zamawiającego ww. czynności. Już wówczas Przystępujący wskazał zatem Zamawiającemu na okoliczności, które stały się podstawą wniesionego Odwołania. Odwołujący zdecydował się jednak wnieść Odwołanie dopiero, kiedy okazało się, że w wyniku przeprowadzonej aukcji elektronicznej oferta Przystępującego uzyskała najwyższą liczbę punktów, co - mając na uwadze, iż Odwołujący jest podmiotem profesjonalnym, zobowiązanym do działania z należytą starannością mierzoną z uwzględnieniem zawodowego charakteru działalności - uznać należy za działanie spóźnione.

Zamawiający przypomniał, że ustawa Prawo zamówień publicznych opiera się na znacznym formalizmie. Prawdą jest, że podstawowym celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór oferty najkorzystniejszej i wykonawcy, który jest w stanie należycie wykonać zamówienie. Niemniej jednak restrykcyjny charakter przepisów analizowanej ustawy wymaga od osób starających się o udzielenie zamówienia publicznego dużej ostrożności i staranności w działaniu (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 31.05.2021 r., XXIII Zs 28/21, LEX nr 3232297).

Powyższe potwierdza stanowisko KIO wyrażone m.in.

w postanowieniu z dnia 28 listopada 2022 r., KIO 3032/22, LEX nr 3489564 oraz wyroku z dnia 9 sierpnia 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1906/22 w zakresie części zarzutów podniesionych w tamtym odwołaniu.

W świetle powyższych ustaleń odwołanie z dnia 22 czerwca 2023 r. dotyczące zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego zostało wniesione po upływie terminu określonego

w ustawie i dlatego podlegać ono powinno odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp. We wskazanym powyżej terminie Odwołujący nie skorzystał z możliwości wniesienia Odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej i przystąpił do aukcji elektronicznej, która odbyła się w dniu 22 maja 2023 r.

Odnosząc się do zarzutów 1 i 2 odwołania, Zamawiający wskazał, iż przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych polegających na zabudowie urządzeń sterowania zdalnego na stacjach Szydłów, Łambinowice oraz Komprachcice ze st. Łambinowice na linii kolejowej nr 287 Opole Zachodnie — Nysa.

W ramach wykonania przedmiotu zamówienia Zamawiający wymagał w szczególności, aby wykonawca dostarczył i zabudował w ramach systemu Centralnej Aplikacji Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej, dalej „CASDIP” podsystem SR (System Rozgłoszeniowy) i podsystem SC (Sygnalizacja Czasu) na stacji Łambinowice i następujących przystankach: Opole Chmielowice, Komprachcice, Szydłów Centrum, Szydłów, Tułowice, Goszczowice, Sowin, Budziszowice, Jasienica Dolna, Mańkowice, Kubice, Wyszaków Śląski, Nysa Wschodnia. Przy czym z zakresu zadania wyłączono elektroniczne wyświetlacze, infokioski, słupki przywoławczo-alarmowe (SPA) systemy wspomaganie słuchu oraz system monitoringu wizyjnego SMW (SWZ - pkt 3.6.7 ust. 2 ppkt 12 PFU). Jednocześnie na podstawie SWZ - pkt 3.6.7 ust. 3 ppkt 1 PFU Zamawiający wskazał, iż „CASDIP należy na stacjach i przystankach należy zabudować zgodnie z wytycznymi lpi-4 i lpi-6, lpi-10, le-122”.

W trybie badania ofert Zamawiający wezwał wszystkich wykonawców do potwierdzenia, że zostały uwzględnione w ofertach wszystkie pozycje RCO zgodnie z zapisami PFU oraz regulacjami Zamawiającego stanowiącymi Załącznik nr 2 do PFU. W odpowiedzi na to zapytanie wszyscy wykonawcy, w tym Przystępujący i Odwołujący potwierdzili powyższe.

Przystępujący oświadczył, iż w pozycjach RCO uwzględnił wszystkie zapisy PFU

i Regulacje Zamawiającego stanowiące załączniki nr 2 PFU, zatem także Instrukcję le- 122.

Następnie w piśmie z dnia 24 lutego 2023 r. Zamawiający na podstawie art. 223 ust.

1 Pzp wystosował prośbę o wyjaśnienie, czy Przystępujący uwzględnił w swoich szacunkach uwarunkowania dotyczące sieci transmisyjnej CASDIP, wynikające z Wymagań na transmisję danych systemów SMW, SPA i SDIP oraz integrację z siecią teletransmisyjną PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. le-122 (dalej: „Instrukcja le- 122”). Chodziło, w szczególności o zapisy roz. 5 Dział I pkt 7 i 8 Instrukcji le-12., nieprzywołane wprost SWZ, a poprzez odwołanie się do treści Instrukcji le-122. Zgodnie z nimi elementy Sieci Dostępowej SDIP (oraz SMW - Monitoring Wizyjny i SPA System przywoławczo alarmowy - te dwa systemy wyłączone

z zakresu zamówienia, jak również wyłączono system wspomaganie słuchu będący częścią SDIP) były zarządzane z Systemu Zarządzania Siecią Teletransmisyjną PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. - systemu NSP 5620 SAM, a wszystkie urządzenia transmisyjne (w tym brzegowe oraz przełączniki sieciowe) pochodziły od jednego producenta. Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie, czy Przystępujący uwzględnił następujące uwarunkowania: 1) urządzenia transmisyjne CASDIP muszą pochodzić od producenta systemu nadzoru NSP 5620 SAM

i pracować pod nadzorem tego systemu 2) na każdym przystanku osobowym musi być zabudowany przełącznik demarkacyjny, przełącznik agregacyjny oraz co najmniej jeden przełącznik dostępowy produkcji producenta systemu nadzoru 3) zabudowane powinny być dwa docelowe urządzenia brzegowe (produkcji producenta systemu NSP 5620 SAM) oraz dwa tymczasowe brzegowe routery LTE; 4) wszystkie przystanki muszą być objęte transmisją IP-MPLS z

zapewnioną protekcją; 5) Wykonawca musi zapewnić 60- miesięczny serwis utrzymaniowy i gwarancyjny wykonywany przez producenta systemu NSP 5620 SAM lub autoryzowanego partnera serwisowego producenta systemu. W piśmie z dnia 2 marca 2023 r. Przystępujący początkowo wyjaśnił, iż określone w ramach zapytania Zamawiającego, wystosowanego w piśmie z dnia 24 lutego 2023 r. uwarunkowania dotyczące sieci transmisyjnej CASDIP, nie znajdują odzwierciedlenia w Opisie Przedmiotu Zamówienia,

w którego zakres wchodził PFU. Mianowicie, Przystępujący uznał, iż skoro wyłączone zostały z zadania elementy Systemu Przywoławczo Alarmowego (SPA) oraz systemu wspomaganie słuchu (część SDIP) oraz systemu monitoringu wizyjnego (SMW) - jak wynika z pkt 3.6.7. ust. 2 ppkt 12 PFU - a tych dotyczy Instrukcja Ie-122 - jak w tytule tej Instrukcji „Wymagania na transmisję danych systemów SMW, SPA (...)” to nie powinna mieć ona obowiązująca i wymagana do zabudowy urządzeń. Dalej wskazał, iż podsystemy, jakie nie zostały wyłączone, i są objęte zabudową w ramach CASDIP - podsystem SR (System rozgłoszeniowy)

i podsystem SC (Sygnalizacja Czasu) opisuje Instrukcja Ipi-6, przy czym wyraził ocenę, iż wymagane dane dla systemów rozgłoszeniowych oraz czasu SR i SC można przysyłać wykorzystując inne kanały komunikacyjne np. trakty E1 lub ETH, które Zamawiający opisał jako transmisja EoS, a które są dostępne i zaimplementowane na obiekcie, dalej wskazał, iż skoro implementacja systemu IP-MPLS nie jest konieczna dla podsystemów rozgłoszeniowych i czasu, nie przewidział zabudowy tego systemu. Zamawiający stwierdził, iż ocena Wykonawcy wynika z interpretacji faktu wyłączenia dwóch z trzech systemów opisanych w Instrukcji Ie-122, Systemu Przywoławczo Alarmowego (SPA) oraz systemu monitoringu wizyjnego (SMW) nadto z systemu SDIP wyłączono system wspomaganie słuchu będący częścią SDIP

i opiera się na braku wyraźnego opisu wskazania w odesłaniu w SWZ do Instrukcji Ie-122 i Ipi -6 przy uwzględnieniu wyłączenia z zakresu zamówienia systemu SPA i SMW.

Dlatego też Zamawiający wskazał, że w piśmie z dnia 29 marca 2023 r. szczegółowo wskazał, iż:

1) Instrukcja Ie -122 pn. „Wymagania na transmisję danych systemów SMW, SPA i SDIP oraz integrację z siecią teletransmisyjną PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Ie-122” określa standardy, jakie muszą spełniać Urządzenia transmisyjne Systemów SDIP, SMW oraz SPA odpowiadające za współpracę z Siecią Teletransmisyjną PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Jak sama nazwa wskazuje wymagania dotyczą systemów SMW, SPA oraz SDIP.

2) Natomiast elementami składowymi SDIP jest system wyświetlaczy informacyjnych, system sygnalizacji czasu (SSC), system rozgłoszeniowy (SR) - (por. rozdział 2 pkt 37 Instrukcji Ie-122),

3) Zgodnie zaś z zapisami Wytycznych Ipi-6 pn. „Wytyczne w sprawie elementów wykonawczych Centralnego Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej i infrastruktury towarzyszącej Ipi-6” na elementy wykonawcze CSDIP składają się: System Informacji Wizualnej (SIW), System Rozgłoszeniowy (SR), czujniki ruchu pociągów (rozdział 3 § 3 pkt 6 Wytyczne Ipi-6).

4) Wyłączenie z zadania Systemu Informacji Wizualnej wynika bezpośrednio z zapisów Wytycznych Ipi-6 - § 4 Tab. 2, natomiast wyłączenie Systemów SMW i SPA z zapisów Wytycznych Ipi-4 (§ 9 Tabela 1 - wyposażenie peronów, dróg dojazdu itp. w dany system jest uzależnione od kategorii stacji lub przystanku osobowego). W przypadku stacji i przystanków osobowych na linii kolejowej nr 287 są to kategorie „E” lub „D”,

5) Z zadania nie został wyłączony System Rozgłoszeniowy (SR) stanowiący element składowy SDIP (CSDIP), w związku z powyższym Wytyczne Ipi-6 oraz Wymagania Ie-122 mają w tym wypadku zastosowanie,

6) Nadto, iż Zamawiający, zawierając stosowne zapisy w PFU, poinformował potencjalnych Wykonawców, że na stacjach i przystankach osobowych zostały zabudowane kontenery teletechniczne dla potrzeb m.in. CSDIP. W kontenerach zostały zabudowane systemy transmisji cyfrowej ramach, której w każdym kontenerze wyprowadzone są porty E1 oraz ETH w technologii EoS - jednakże te są wykorzystywane dla potrzeb Zamawiającego (radiołączność, łączność, urządzenia srk). Brak jest zaimplementowanej technologii MPLS.

7) Odwołując się do Wytycznych Ipi-10 pn. „Wytyczne dla szaf teletechnicznych dla potrzeb SMW i SDIP Ipi-10”, jak nazwa wskazuje, dotyczą one szaf teletechnicznych, a nie kontenerów. Zgodnie z zapisami § 8 Wytycznych Ipi-10 powinny zostać dobrane odpowiednie szafy i zabudowane w kontenerze teletechnicznym, w którym oprócz przedmiotowych szaf mogą zostać zainstalowane inne systemy, urządzenia związane z branżą teletechniczną.

W związku z powyższym również Wytyczne Ipi-10 mają w tym wypadku zastosowanie.

8) Tym samym wskazał, Zamawiający, że stanowisko Przystępującego złożone pismem z dnia 2 marca 2023 r. nie jest prawidłowe. Nadto Zamawiający podkreśla, iż wymagał i wymaga od potencjalnego Wykonawcy stosowania się do zapisów Wytycznych Ipi-6, Ipi-10 oraz Ie-122, co zostało wprost zapisane w PFU pkt 3.6.7 ust. 3 ppkt 1).

9) Zgodnie z zapisami w Wytycznych Ipi-6 "Wyklucza się po wejściu w życie niniejszego dokumentu budowę nowych systemów opartych o lokalne serwery aplikacji sterujących" (rozdział 3 § 3 ust. 16 Ipi-6), Ze względu na zachowanie spójności modelu rekomendowane jest wdrożenie dla Systemów SDIP, SMW i SPA struktur sieci transmisyjnej jak w modelu stosowanym w Sieci Teletransmisyjnej PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. tj. z podziałem na warstwę Sieci

Dostępowej i Sieci Agregacyjnej" (Rozdział 5 Dział I ust. 1 le-122).

10) Transmisja danych w Sieci Teletransmisyjnej PLK SA odbywa się za pomocą technologii IP- MPLS, dodatkowo biorąc pod uwagę zapis le-122 - rozdział 6 Dział I pkt 5 „Urządzenia Brzegowe muszą pracować w oparciu o protokół IP-MPLS”, to sieć teletransmisyjna dla potrzeb CSDIP do transmisji danych musi wykorzystywać protokół IP-MPLS.

11) Zgodnie z Instrukcją rozdziałem 5 Dział I pkt 8 Instrukcji le-122: „Wymagane jest aby wszystkie elementy Sieci Dostępowej Systemów SDIP, SMW i SPA były zarządzane

z Systemu Zarządzania Siecią Teletransmisyjną PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. - systemu NSP 5620 SAM (...)\* Producentem systemu nadzoru NSP 5620 SAM jest firma Nokia. Zamawiający wymaga, aby wszystkie urządzenia transmisyjne (w tym urządzenia brzegowe oraz przełączniki sieciowe) pochodziły od jednego producenta (le-122 Rozdział 5 Dział I pkt 7) a Wykonawca zagwarantuje, że zabudowane w ramach realizacji zadania urządzenia będą spełniać wszystkie niezbędne wymagania Wytycznych Ipi-6, Ipi-10 i le-122 oraz, że zapewnią pełną funkcjonalność i integralność z systemem nadzoru NSP 5620 SAM (NFM-P).

12) Z dokumentacji technicznej platformy zarządzającej wskazanej przez Zamawiającego, tj. systemu nadzoru NSP 5620 SAM, dostępnej na stronie: [https://documentation.nokia.com/cgi-bin/dbaccessfilename.cgi/3HEI\\_5128AAAD\\_TQZZA\\_V1\\_NSP%20NFM-P%2019.11%20UserO/o20Guide.pdf](https://documentation.nokia.com/cgi-bin/dbaccessfilename.cgi/3HEI_5128AAAD_TQZZA_V1_NSP%20NFM-P%2019.11%20UserO/o20Guide.pdf) również jednoznacznie wynika, że współpracę przełączników z platformą zarządzającą Zamawiającego zapewniają jedynie urządzenia produkowane przez firmy Nokia (Alcatel). W dokumencie tym są jednoznacznie wskazane modele, dla których producent platformy zapewnia wsparcie i prawidłową współpracę z nią. Zatem to urządzenia aktywne sieci teletransmisyjnej produkcji Nokia (Alcatel) mogą w pełni współpracować z ww. systemem nadzoru.

Następnie Zamawiający wyjaśnił, iż stwierdził on, iż **w odpowiedzi na pismo z dnia**

**9 lutego 2023 r. Przystępujący oświadczył, iż wszystkie pozycje RCO wycenione zostały zgodnie z zapisami PFU i Regulacjami stanowiącymi Załącznik nr 2 do PFU. Tym samym Przystępujący potwierdził, że wycena obejmuje zabudowę systemów i urządzeń spełniających wymagania Wytycznych Ipi-6, Ipi-10 i le- 122 zgodnie z zapisami pkt 3.6.7 ust. 3 ppkt 1 PFU.**

Natomiast obecnie Przystępujący wywodzi, iż nie przewidziana została zabudowa systemu IP-MPLS i w związku z tym Zamawiający zwrócił się o informację czy złożona oferta na Platformie Zakupowej w dniu 16 stycznia 2023 r. jest zgodna z żądaniami Zamawiającego wykonania zamówienia, wynikającymi także z treści tego pisma Zamawiającego, wyjaśniającego wymagania Zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia oraz sposobu jego realizacji, oraz czy za oferowaną cenę określoną w ofercie (28 068 635,90 zł netto) i czy za tę cenę Przystępujący będzie w stanie zrealizować zadanie zgodnie z powyższą odpowiedzią Zamawiającego. Zamawiający wskazał, że **Przystępujący pismem z dnia 5 kwietnia 2023 r. potwierdził, że za cenę określoną w ofercie wykona zamówienie zgodnie z przekazaną pismem z dnia 29 marca 2023 r. przez Zamawiającego informacją. Potwierdził zatem wypełnienie przez jego ofertę uwarunkowań określonych w warunkach SWZ** Powyższe jest jasne także dla Odwołującego, który w pkt 7 odwołania (str. 10) wskazał, iż: „**również sam ETF, który ostatecznie - w piśmie z dn. 05.04.2023 r., potwierdził, że w związku z brzmieniem instrukcji le-122, sieć transmisyjna CASDIP powinna uwzględniać uwarunkowania określone w pkt 5 powyżej.**”

Zamawiający wskazał, iż zgodnie z obowiązującą wykładnią przepisu art. 223 ust. 1 ustawy Pzp niedopuszczalne są takie wyjaśnienia treści oferty, na skutek których dochodzi do negocjacji i w konsekwencji zmiany. Jeśli wyjaśnienia nie przekraczają natomiast tych granic, nie rozszerzają ani nie ograniczają zakresu, a co więcej służą jedynie wskazaniu **sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie**, są całkowicie dopuszczalne i winny być brane pod uwagę, jako integralna część oferty. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia

w zakresie opisu przedmiotu zamówienia powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 k.c., tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje, zgodnie z postanowieniami SWZ.

**Odrzuceniu podlega wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest również wyjaśnienie treści oferty.** Odrzucenie oferty na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp może nastąpić, gdy nie ma wątpliwości, co do niezgodności treści oferty z treścią SWZ (zob. wyrok z 24 lutego 2009 r., KIO/UZP 158/09 (**Odrzucenie oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp2004 może nastąpić tylko wówczas, gdy niezgodność treści oferty z treścią SIWZ jest niewątpliwą**).

Odrzuceniu podlega wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest również wyjaśnienie treści oferty. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaofferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada opisanemu w SWZ co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów

istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia

w sposób nieusuwalny i nie jest możliwe wyjaśnienie wątpliwości w tym zakresie. Zamawiający odrzuca ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jedynie w sytuacji **potwierdzenia jej niezgodności z warunkami zamówienia bez możliwości wyjaśnienia treści złożonej oferty.**

Na podstawie art. 223 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp (w skrócie „art. 223 ust. 1 ustawy Pzp”) w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Nie wolno pominąć w tym miejscu obowiązku, jaki ciąży na zamawiającym, a więc rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wyjaśnienia mogą dotyczyć wszystkich elementów oferty zarówno jej zawartości merytorycznej, jak i warunków wykonania zamówienia. Wezwanie do wyjaśnień treści oferty stanowi uprawnienie zamawiającego, zgodnie z literalnym brzmieniem komentowanego przepisu. Przepis art. 223 ust. 1 ustawy Pzp powinien być rozpatrywany w kategoriach uprawnień zamawiającego, a więc prawa zamawiającego do żądania wyjaśnień, połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień w celu wypełnienia obowiązku przeprowadzenia badania i oceny ofert w sposób staranny i należyty. Zamawiający, korzystając z tego uprawnienia, wyjaśnia treść złożonej oferty. Celem wyjaśnienia treści złożonej oferty jest uzyskanie dodatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości, niejasności co do treści złożonej oferty pozwoli zamawiającemu dokonać należytego badania i oceny złożonej oferty.

**Uzyskane dodatkowe informacje (wyjaśnienia) Przystępującego, wobec jego uznania, iż będzie realizować zamówienie zgodnie z informacją Zamawiającego z dnia 29 marca 2023 r. nie stanowiły zmiany treści oferty.**

Przepis art. 223 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp służy bowiem usunięciu wątpliwości co do treści oferty, Przystępujący te wątpliwości usunął. Zamawiający zauważył, iż treść wyjaśnień nie kształtuje treści oferty. Złożone przez Przystępującego wyjaśnienia, w których to Wykonawca przyznał, iż będzie realizować zamówienie zgodnie z informacją Zamawiającego z dnia 29 marca 2023 r. faktycznie tylko uściślały, to co już pierwotnie w treści oferty zostało wskazane i zaferowane. Nie prowadziły do modyfikacji jej treści.

Odnosząc się do zarzutów 3 i 4 odwołania, Zamawiający wskazał, że oferta Przystępującego przed przystąpieniem do aukcji przekraczała szacowanie Zamawiającego o kwotę 1 068 635,90 zł netto.

Poszczególne ceny ofert przed i po aukcji przedstawiają się w następujący sposób:

Lp.	Wykonawcy	Cena oferty		Oferty po aukcji		Procent obniżenia %
		Wartość netto	Wartość brutto	Wartość netto	Wartość brutto	
1	Krakowskie Zakłady Automatyki S.A. ul. Wielicka 30, 30-552 Kraków	36 166 000,00	44 484 180,00	26437 398,37	32 518 000,00	36,79
2	PORR S.A. ul. Hołubcowa 123, 02- 854 Warszawa	33 400 000,00	41 082 000,00	26 981 300,81	33 187 000,00	23,79
3	ETF Polska Sp. z o.o. Bielany Wrocławskie, ul. Irysowa 1, 55-040 Kobierzycy	28 068 635,90	34 524 422,16	26 302 357,72	32 351 900,00	6,72
4	Konsorcjum: Lider: "SBM" Sp. z o.o. Sp. Komandytowa ul. Klecińska 123, 54- 413 Wrocław, Członek: "SBM" Sp. z o.o. Sp. Komandytowa ul. Klecińska 123, 54- 413 Wrocław	32 034 900,00	39 402 927,00	31 723 577,24	39 020 000,00	0,98
	Srednia badanych ofert	32 417 383,98	39 873 382,29			
	Szacowanie wartości zamówienia przez Zamawiającego	27 000 000,00	33 210 000,00			

Zamawiający wskazał, że biorąc pod uwagę oferty złożone przez wszystkich wykonawców, cena całkowita oferty złożonej przez Przystępującego nie była niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 Pzp. Oczywiście, sam fakt nieziszczenia się okoliczności literalnie określonych w 224 ust. 2 Pzp obligujących Zamawiającego do wszczęcia

procedury wyjaśniającej, nie niweczy prawa Zamawiającego do swobody w zakresie zdecydowania o zwrócenie się do wykonawcy

z wnioskiem o wyjaśnienia, co do rażąco niskiej ceny. Obowiązkiem Zamawiającego jest bowiem ocena, czy obiektywne kryteria nie przemawiają za wszczęciem procedury wyjaśniającej. W każdym bowiem przypadku, zamawiający indywidualnie powinien dokonać oceny, czy określona okoliczność, w stanie faktycznym konkretnego postępowania, skutkuje powstaniem podejrzenia rażąco niskiej ceny. Nawet przy ryczałcie, badaniu może podlegać cena lub jej istotne części składowe wskazane przez zamawiającego w wezwaniu do złożenia wyjaśnień. Zamawiający ma podstawy do kwestionowania zasadności ceny oferty przy wynagrodzeniu, ryczałtowym, gdyż pomimo tego, że stanowi wynagrodzenie za całość prac niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, niezależnie od ich rzeczywistych rozmiarów i kosztów - art. 632 § 1 Kodeksu cywilnego nie jest dla zamawiającego zabezpieczeniem przed zaferowaniem mu rażąco niskiej ceny.

Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający wskazał, że pismem z dnia 21 kwietnia 2023 r. wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia istotnej części składowej ceny (kosztu wykonania), wraz ze złożeniem stosownych dowodów, w trybie art. 224 ust. 1 Pzp, w zakresie wyliczenia pozycji określonej w pkt. 3.5 RCO.

**Pismem z dnia 28 kwietnia 2023 r. Przystępujący wskazał, iż że zrealizuje zadanie za cenę ryczałtową wynoszącą 28.068.635,90 zł netto, na potwierdzenie czego przedłożył ofertę firmy PROTEL Sp. z o.o., którą wskazał jako podwykonawcę robót, w ramach której przedstawiono cenę za wykonanie robót budowlano montażowych w branży SRK, teletechnicznej oraz elektroenergetycznej do 1kv, na łączną kwotę 19 500,00 zł netto. Za zakres obejmujący przedstawioną ofertę, zgodnie z wypełnionym RCO, w ramach postępowania. Przystępujący zaś wskazał wartość 20.088.430,00 zł netto.**

W odniesieniu zaś do żądania dowodów i wyjaśnień w zakresie konkretnej pozycji RCO (tj. pkt 3.5 RCO) Przystępujący wskazał, że cena zaofferowana przez niego ma charakter ryczałtowy, a z jego istoty wynika, że ma charakter całościowy, bez przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów wytwarzania zamawianego dzieła czy usługi. Przywołane zostały przez Przystępującego orzeczenia KIO (sygn. KIO/UZP/ZO/0- 430/05, KIO/UZP 321/08, KIO/UZP 345/09, KIO/UZP 139/ KIO 1673/11, KIO 847/12, KIO 21S1/13; KIO 2193/13) oraz stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (Odpowiedź prezesa Urzędu Zamówień Publicznych- z upoważnienia prezesa Rady Ministrów - na interpelację nr 18395 Podsumowując, wskazał, że przedłożona przez niego oferta firmy PROTEL Sp. z o.o. obejmująca branżę teletechniki oraz energetyki, świadczy o tym, że zaproponowana przez ETF cena nie może być traktowana jako rażąco niska.

Zamawiający wskazał, że w jego ocenie, wyjaśnienia Przystępującego wobec oferty firmy PROTEL Sp. z o.o. przedstawionej przez niego za pismem z dnia 28 kwietnia 2023 r. niższej niż oferta w tym zakresie Przystępującego o kwotę 588 430,00 zł f 20 088 430 zł - 19 500 000 zł), uznał za wystarczające, dla wykazania braku rażąco niskiej ceny.

Uwzględnił on także okoliczność, iż co do zasady w ramach wynagrodzenia ryczałtowego brak jest podstaw do szczegółowej kontroli, czy też weryfikacji sposobu jego ustalenia (obliczenia). Powyższe wynika nie tylko z istoty wynagrodzenia ryczałtowego, lecz zostało potwierdzone w ramach jednolitego w tym zakresie orzecznictwa, jak również znalazło potwierdzenie w doktrynie prawa cywilnego i prawa zamówień publicznych. Ponadto Zamawiający wskazał, że co istotne, **w wyniku przeprowadzonej w dniu 22 maja 2023 r. cena Przystępującego została jeszcze obniżona o ponad 6 % - zatem skoro została obniżona jeszcze przez Przystępującego -**

**o wartość 2 172 522,16 zł brutto to nie sposób uznać, by była rażąco niska w szczególności, gdy zestawia się to z ofertą Odwołującego, który obniżył w wyniku aukcji cenę o 36,79 % - zatem o ponad 1/3 wartości ceny - obniżenie o kwotę 11 966 180,00 zł brutto. Zatem różnica pomiędzy wysokością oferty Przystępującego i Odwołującego wyniosła zaledwie 166 100 zł brutto. Powyższe stanowi 0,3733 % wartości pierwotnej oferty Odwołującego - złożonej przed aukcją, a zatem na poziomie trzech tysięcznych -0,003733 wartości brutto oferty pierwotnej Odwołującego. Obie oferty Przystępującego**

i Odwołującego są zatem kwotowo bardzo zbliżone.

Zamawiający podkreślił, **iż cena z oferty podanej przez Odwołującego jest obecnie - po aukcji - niższa, niż cena Przystępującego podana przed aukcją - cena która w ocenie Odwołującego miałaby być rażąco niska** I tak, cena Odwołującego po aukcji wynosi 32 518 000,00 zł brutto, a cena Przystępującego przed aukcją - która w ocenie Odwołującego była rażąco niska - była istotnie wyższa i wynosiła 34 524 422,16 zł brutto. **Zatem cena Odwołującego jest obecnie niższa o ponad dwa miliony złotych - 2 006 422,16 zł (34 524 422,16 - 32 518 000,00 zł) od ceny Przystępującego przed aukcją. Powyższe także przemawia za wskazaniem, iż zarzuty Odwołującego co do zbyt rażącej ceny nie zasługują na uwzględnienie.**

**W ocenie Zamawiającego zasadnie zostały zweryfikowane przez niego wyjaśnienia Przystępującego i w jego ocenie, w sposób wystarczający uzasadniały one zaofferowane ceny ofertowe, a więc zniósł domniemanie ceny rażąco niskiej, co potwierdza również zachowanie Odwołującego, który przed aukcją twierdził, że kwota zaofferowana przez Przystępującego w wysokości około 34,5 mln jest ceną rażąco niską, po czym podczas aukcji**

**sam zaproponował cenę niższą o ponad dwa miliony. Zatem, jeśli uwzględnić ceny zaofertowane po aukcji, to zarzuty dotyczące ceny rażąco niskiej Odwołującego są zupełnie chybione, w przeciwnym razie należałoby uznać cenę Odwołującego za rażąco niską. Odwołujący bowiem podczas aukcji zszedł do poziomu istotnie niższego, niż cena oferty kwestionowanej, a nawet wyprzedził, tj. obniżył cenę ofertową do poziomu niższego niż cena Przystępującego o ponad dwa miliony złotych.**

Cena za realizację Przedmiotu Zamówienia przedstawiona w ofercie Przystępującego zatem gwarantuje należyte wykonanie Przedmiotu Zamówienia, z jednoczesnym zapewnieniem zysku na oczekiwanym poziomie. Przedstawiona przez Przystępującego cena jest realna, wiarygodna oraz jest ceną rynkową, obliczoną w sposób rzetelny, z uwzględnieniem wszelkich kosztów i ryzyk związanych z realizacją przedmiotowego zamówienia, zatem skoro cena ta nie była rażąco niska, nie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp a contrario.

W odniesieniu do zarzutu nr 5, Zamawiający podniósł, co następuje.

Zarzut ten sprowadzał się do **oceny rzekomej konieczności** odrzucenia **przez Zamawiającego** oferty Przystępującego albowiem ta miałaby być niezgodna

z postanowieniami SWZ dla postępowania, tj. pkt 1 i 2 Rozdziału XVII Instrukcji dla Wykonawców (dalej jako „IDW”) z uwagi na fakt, że pozycja 3.5 RCO „CASDIP (SR,SC i SMW) na stacjach i przystankach linii 287 (14 obiektów)” nie uwzględnia wszelkich kosztów pośrednich związanych z realizacją tej pozycji, a rzeczywiste koszty realizacji tej pozycji zostały rozbite i zagregowane w innych pozycjach RCO.

Po pierwsze Zamawiający wskazał, iż Odwołujący wyraźnie zarzut ten wiązał

z nieuwzględnieniem „wszelkich kosztów pośrednich” nie wskazując, o jakie koszty pośrednie chodzi Odwołującemu. W kontekście tego zarzutu Zamawiający wskazał, że iż „Niezgodność z warunkami zamówienia, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp zachodzi wówczas, gdy oferta wykonawcy jest niezgodna z jasno wyrażonym postanowieniem zawartym

w dokumentach wskazanych w art. 7 pkt 29 Pzp, tj. w opisie przedmiotu zamówienia,

w wymaganiach związanych z realizacją zamówienia, w kryteriach oceny ofert,

w wymaganiach proceduralnych lub w projektowanych postanowieniach umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Niezgodność ta również musi mieć charakter niewątpliwy. Zamawiający nie może odrzucić oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp jeżeli nie można jednoznacznie stwierdzić, jaki wymóg wynika z warunków zamówienia lub czy oferta

wykonawcy rzeczywiście jest niezgodna z warunkami zamówienia. Odrzucenie oferty

w sytuacji braku wyraźnego wymagania, z którym oferta ta miałaby być niezgodna lub

w sytuacji, gdy nie można bez wątpliwości stwierdzić niezgodności oferty z określonym wymaganiem, stanowiłoby naruszenie zasad udzielania zamówień, o których mowa w art. 16 Pzp” (wyrok KIO z 23.03.2023 r., KIO 673/23, LEX nr 3529789). W ocenie Zamawiającego, biorąc pod uwagę wyjaśnienia Przystępującego, nie można było bez wątpliwości stwierdzić niezgodności oferty z przywołanym przez Odwołującego zapisem SWZ określonym w roz. XVII pkt 2.

Jednocześnie Zamawiający wskazał, że przedmiotem zarzutu Odwołującego jest fakt, iż pozycja 3.5. RCO nie uwzględnia wszystkich kosztów pośrednich związanych z realizacją pozycji, a koszty te zostały rozbite i zagregowane w innych pozycjach RCO, nie wskazując

o jakie koszty pośrednie chodzi Odwołującemu i gdzie miałyby być one zagregowane. W tym kontekście Zamawiający podkreślił, iż Przystępujący przedstawił w ramach wyceny pozycji RCO ceny jednostkowe, co zostało przewidziane w ramach postanowień SWZ.

W postępowaniu obowiązuje zasada obliczania ceny zgodnie z którą poszczególne ceny jednostkowe każdej pozycji Oferty powinny uwzględniać wszelkie koszty pośrednie

i bezpośrednio związane z realizacją danej pozycji i nie mogą być przenoszone do innych pozycji (roz. XVII SWZ- sposób obliczania ceny). Niemniej jednak w SWZ nie zostały narzucone inne ograniczenia w zakresie możliwości wliczania kosztów, w szczególności podział procentowy poszczególnych wydzielonych elementów zamówienia. Brak ustanowienia przez Zamawiającego uzasadnionych ograniczeń w tym zakresie dozwala na większy stopień dokonywania zróżnicowanych kalkulacji przez wykonawców oraz stosowania przez nich działań zmierzających do wliczania kosztów.

Powyższe wynika z faktu ryczałtowego wynagrodzenia. Uwzględniając ryczałtowy charakter wynagrodzenia - cena wskazana przez Odwołującego w danej pozycji RCO nie wpływa w żaden sposób na zobowiązanie Przystępującego do wykonania całego zakresu zamówienia w ramach tej pozycji za wskazane wynagrodzenie. W kontekście tego zarzutu Zamawiający wskazał na specyficzny charakter ryczałtu. Wynagrodzenie ryczałtowe sprowadza się do wynagrodzenia za całość przedmiotu zamówienia z ryzykiem dla wykonawcy, jeżeli na etapie sporządzania oferty nieprawidłowo przewidział zakres prac i kosztów, co znajduje oparcie w art. 632 k.c. w związku z art. 8 ust.

1 Pzp. Wykonawca bez względu na poniesione koszty w trakcie realizacji zadania nie ma prawa do żądania weryfikacji ustalonego wynagrodzenia w tym wypadku przedstawionego

w ofercie. Wynagrodzenie ryczałtowe ma charakter globalny za wykonanie całości zadania,

a nie - jak w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego - za zrealizowane etapy zadania według ustalonych stawek jednostkowych.

Zamawiający zażądał w RCO podania kwot jednostkowych, jednakże zasadniczym ustaleniem winien być fakt obowiązywania wynagrodzenia ryczałtowego, czyli za całość zadania i nie zmienia tego fakt występowania dokumentu RCO. Zamawiający jest bowiem zainteresowany wyłącznie uzyskaniem w wyniku przetargu najefektywniejszej ceny spośród złożonych ofert. Takie stanowisko potwierdzone jest faktem, że zamawiający nie wskazał, jakie relacje stosunkowe mają zachodzić między całością wynagrodzenia a poszczególnymi wyodrębnionymi pozycjami RCO. Odmienne sytuacja miałaby miejsce, gdyby Zamawiający narzucił jaki ma być stosunek wyceny poszczególnych pozycji RCO do wyceny całości zadania (por. wyrok KIO z 20.10.2020 r., KIO 2101/20, LEX nr 3082212).

W odniesieniu do zarzutu nr 6, Zamawiający wskazał, że w konsekwencji zasadności oddalenia wskazanych wyżej zarzutów, podlegać on winien - jako wynikowy - oddaleniu wobec braku naruszenia art. 16 ust. 1 Ppz.

W ocenie Zamawiającego, żaden ze stawianych mu zarzutów przez Odwołującego nie doprowadził do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji, proporcjonalności i przejrzystości. Wszelkie działania Zamawiającego mieściły się w dozwolonych granicach Ustawy a postawione zarzuty są wynikiem zarzutów braku odrzucenie oferty Przystępującego.

Kolejny zatem stawiany zarzut miał charakter następczy, tzn. zaistniały tylko

i wyłącznie z tytułu postawienia zarzutów wcześniejszych, a który to w ocenie Zamawiającego należy obalić. Nadto Zamawiający stwierdził, że zarzut ten ma charakter blankietowy, jest to jedynie twierdzenie Odwołującego, nie poparte jakimkolwiek uzasadnieniem. Odwołujący nie sformułował w tym zakresie argumentacji, z którą Zamawiający mógłby polemizować, tymczasem jego rolą procesową jest uzasadnienie i udowodnienie zarzutów, czemu nie sprostał.

Przystępujący w piśmie z dnia 26 czerwca 2023 r. wniósł odrzucenie odwołania ponieważ zostało ono wniesione po upływie ustawowego terminu. W wypadku nieuwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą wniosku o odrzucenie odwołania z 26 czerwca 2023 r., Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W odniesieniu do zarzutów 1 i 2 odwołania Przystępujący wskazał, że nie ulega wątpliwości, że o niezgodności treści oferty z SWZ (warunkami zamówienia) można mówić wyłącznie

w sytuacji, gdy niezgodność ta daje się wywieść z informacji zawartych *expressis verbis*

w ofercie. W realiach przedmiotowej sprawy Odwołujący zdawał się nie dostrzegać, że Zamawiający wymagał wskazania w ofercie informacji na temat sposobu realizacji zamówienia, oferowanych produktów, etc., zaś treść oferty ograniczała się w istocie do formularza ofertowego oraz formularza cenowego (RCO). Przystępujący potwierdził w treści formularza ofertowego, że zrealizuje zamówienie zgodnie z warunkami zamówienia wskazanymi w SWZ, a zatem jednoznacznie przyjął na siebie wszelkie zobowiązania wynikające z SWZ. Odwołujący zdawał się zarazem mylić instytucję wyjaśnień treści oferty

w trybie art. 223 ust. 1 PZP z samą treścią oferty. W ocenie Przystępującego, jest to o tyle niezrozumiałe, że wyjaśnienia z natury rzeczy nie determinują ani nie kreują w żaden sposób treści oferty. W świetle ustawowego zakazu negocjowania treści oferty, wyjaśnienia nie mogą bowiem prowadzić do zmiany / modyfikacji oferty (co zdaje się twierdzić Odwołujący w ramach zarzutu nr 2). W świetle powyższego wyjaśnienia treści oferty nie mogą same w sobie stanowić podstawy oceny oferty, lecz mają jedynie charakter pomocniczy, służąc rozwianiu ewentualnych wątpliwości zamawiającego co do informacji zawartych w ofercie (vide wyrok KIO z 22 lipca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 860/09, KIO/UZP 925/09).

Wyjaśnienia muszą się więc sprowadzać do wskazania sposobu rozumienia treści zawartej

w ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać. Wyjaśnienia wykraczające poza wskazany zakres nie mogą mieć wpływu na ocenę ofert (W. Dzierżanowski [w:] Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 223). Treścią oferty jest oczywiście zawartość formularza ofertowego (Marzena Jaworska (red.), Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak. Prawo zamówień publicznych. Komentarz), (oraz ewentualnych załączników),

a zatem wyjaśnienia nie mogą dotyczyć elementów, które nie były w ofercie wymagane. Nie sposób zatem nie zauważyć, że kierowane do Przystępującego w trybie art. 223 ust. 1 PZP wezwania w przedmiocie sposobu realizacji zamówienia w zakresie pozycji 3.5. RCO (CASDIP) nie odnosiły się do konkretnych informacji zawartych w ofercie Przystępującego.

W analizowanym stanie faktycznym, wymiana pism między Zamawiającym a Przystępującym dotyczyła w istocie sposobu interpretacji postanowień OPZ (które notabene były sformułowane w sposób niejasny), a nie treści oferty. Z tej perspektywy, pisma Zamawiającego kierowane do Przystępującego w trybie art. 223 ust. 1 PZP, jak również wyjaśnienia składane przez Przystępującego w odpowiedzi na te wezwania, nie mogły wywołać skutku prawnego w postaci ingerencji w treść już złożonej oferty (która przecież pozostawała wiążąca) a co do której Przystępujący jednoznacznie oświadczył, że spełnia ona wszelkie wymagania SWZ. W tym sensie, jakiegokolwiek hipotetycznie złożone oświadczenie przez wykonawcę po otwarciu ofert, które jakkolwiek zmierzałoby do podważenia oświadczenia zawartego w treści oferty

musiałoby być uznane za bezskuteczne. To bowiem treść oferty ma w tym przypadku charakter wiążący i stanowi źródło praw i obowiązków wykonawcy. Tak jak zostało to wskazane, wyjaśnienia mają jedynie charakter pomocniczy, służąc rozwianiu ewentualnych wątpliwości co do informacji zawartych w ofercie.

Nie ulega zatem wątpliwości, że treść wyjaśnień nie może być w analizowanym stanie faktycznym kwalifikowana jako niezgodność oferty z warunkami zamówienia. Z uwagi na jednoznaczną treść art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP podstawą do odrzucenia oferty nie może być treść wyjaśnień składanych przez wykonawcę, lecz jedynie niezgodność treści oferty z treścią SWZ. Ponadto wyjaśnienia treści oferty nie mogą prowadzić do negocjacji oferty. Ustawa nie przewiduje zatem zjawiska modyfikacji treści oferty w drodze wyjaśnień, a zatem tego rodzaju „zmodyfikowana oferta” - jako byt nieznanym ustawie - nie może stanowić przedmiotu jakiegokolwiek zarzutu. Nie można zatem podzielić twierdzeń Odwołującego o złożeniu nowej oferty po upływie terminu, w związku z czym zarzuty, w szczególności zarzut nr 2, są bezprzedmiotowe. Przystępujący wskazał, że gdyby każde ze złożonych wyjaśnień przez Przystępującego miały stanowić osobną ofertę, to idąc logiką Odwołującego (z którą Przystępujący się oczywiście nie zgadza) mielibyśmy do czynienia z 3 ofertami:

a) ofertą pierwotną z 16 stycznia 2023 r. (złożoną w terminie), co do której Przystępujący

w drodze wyjaśnień z 14 lutego 2023 r. jednoznacznie potwierdził wycenę wszystkich elementów wskazanych w PFU oraz Regulacjach Zamawiającego stanowiących Załącznik nr 2 do PFU (w tym instrukcji Ie-122);

b) ofertą z 2 marca 2023 r. (złożoną po terminie), w ramach której Przystępujący rzekomo dokonał zmiany oferty wskazując, że oferta ta nie zawiera pewnych elementów z Regulacji Zamawiającego stanowiących Załącznik nr 2 do PFU;

c) ofertą z 5 kwietnia 2023 r. (złożoną po terminie), w ramach której Przystępujący ponownie dokonał rzekomej zmiany oferty wskazując, że oferta ta zawiera wszystkie elementy z Regulacji Zamawiającego stanowiących Załącznik nr 2 do PFU.

Jednak Odwołujący dopatruje się spóźnienia (mającego być podstawą dla bezskuteczności wprowadzonej rzekomej zmiany) jedynie oferty z lit. c) powyżej, podczas gdy idąc jego logiką spóźniona powinna być też „nowa oferta” (bo odmienna od oferty z 16 stycznia 2023 r.

i wyjaśnień z 14 lutego 2023 r.) z lit. b) powyżej. Wskazana niekonsekwencja Odwołującego budzi uzasadnione wątpliwości.

Niezależnie od powyższego Przystępujący wskazał, że zarzut nr 1 zmierza w istocie do podważenia (jako nieuprawnionego) wezwania Przystępującego do wyjaśnień z 29 marca 2023 r., gdyż zdaniem Odwołującego już na etapie wyjaśnień z 2 marca 2023 r. ziściły się rzekome przesłanki do odrzucenia oferty Przystępującego. Co jednak ważne – Odwołujący nie zaskarżył tej czynności (tj. wezwania do wyjaśnień z 29 marca 2023 r.) jako niezgodnej z przepisami PZP a zatem nie dostrzegł w niej jakiegokolwiek wadliwości.

Zamawiający podkreślił, że Odwołujący zdaje się zapominać, że **prawem** (jak

i obowiązkiem) zamawiającego jako gospodarza postępowania jest dążenie do rozwiania wszelkich wątpliwości, które w jego toku wynikły (Zgodnie z wyrokiem KIO z 14 marca 2023 r., sygn. akt KIO 544/23: *Wyjaśnienia treści oferty, o których mowa w art. 223 ust. 1 p.z.p., służyć mają rozwianiu wątpliwości, które wynikają zarówno z niejasnych lub sprzecznych ze sobą dokumentów załączonych do oferty, jak i z samej treści oferty. Uruchomienie procedury z art. 223 ust. 1 p.z.p. oznacza, że zamawiający miał wątpliwości co do jednoznacznego stwierdzenia o zgodności lub niezgodności oferty z warunkami zamówienia, których rozwianie może nastąpić wyłącznie przy udziale wykonawcy.*). Skoro zatem możliwe jest wyjaśnienie sprzeczności istniejących w treści samej oferty, to tym bardziej możliwe jest wyjaśnienie wątpliwości i rozbieżności, które pojawiły się na etapie wyjaśnień celem ustalenia ich jednoznacznej treści.

Przystępujący podkreślił, jeżeli chodzi o wyjaśnienia treści oferty z art. 223 ust. 1 PZP to w ich przypadku nie obowiązuje zasada jednokrotności wezwania (jak np. w przypadku wezwania do uzupełnienia dokumentów z art. 128 ust. 1 PZP).

Dopóki zatem zamawiający nie będzie miał pewności co do ziszczenia się przesłanek do odrzucenia oferty, dopóty dokonanie takiej czynności będzie nieprawidłowe z punktu widzenia naczelných zasad PZP. Co więcej, potwierdzeniem na rzekomy brak uwzględnienia w wycenie oferty Przystępującego pewnych elementów wynikających z SWZ nie mogą stanowić oferty uzyskane przez Odwołującego na ich wykonanie.

Przystępujący wskazał, że jest rzeczą oczywistą, że każdy z wykonawców uzyskuje różne oferty od podwykonawców lub w inny sposób kalkuluje cenę ofertową, inaczej przecież mielibyśmy do czynienia z tożsamymi ofertami składanymi w toku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Powyższe pozostaje nierozdzielnie związane z przyjętym dla zamówienia ryczałtowym charakterem zamówienia. Zgodnie bowiem z jednolitym orzecznictwem dotyczącym zamówień opartych na takim wynagrodzeniu, *kalkulacja ceny jest prawem*

*i jednocześnie obowiązkiem wykonawcy. W ramach tego prawa wykonawca na potrzeby każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może przyjąć swoją strategię budowy ceny. Brak jest podstaw do narzucenia wykonawcy obowiązku osiągnięcia zysku*

w każdym z elementów ceny (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 27 maja 2013 r., sygn. KIO 1068/13). Jak Odwołujący zresztą sam zauważył, wykonawcy złożyli różne oferty cenowe zarówno w kontekście ceny globalnej, jak i w kontekście ceny za pozycję 3.5 RCO. Jeżeli rzeczywiście załączone przez Odwołującego oferty miałyby wykazywać jedyną słuszną i możliwą do zastosowania wycenę elementów pozycji 3.5 RCO, to przecież Odwołujący nie wskazywałby, że oferty te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Każdy bowiem wykonawca przecież mógłby identyczną ofertę uzyskać.

W konsekwencji, Przystępujący zauważył, że załączone do odwołania dowody w postaci ofert podwykonawców (załączniki nr 4-6 do odwołania) są bezprzedmiotowe dla wykazania zasadności podnoszonych przez Odwołującego zarzutów, gdyż jedyną okolicznością, którą wykazują jest to jakie oferty i jaką kalkulację realizacji tej części zamówienia przyjęł Odwołujący a nie Przystępujący czy inni wykonawcy biorący udział w Postępowaniu.

Przystępujący jednocześnie wskazał, że dowody te nie mogą być utajniane na etapie postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą z uwagi na brak podstaw prawnych ku temu, jak i jawną sprzeczność z zasadą kontradyktoryjności tego postępowania. Odwołujący nie przedstawił zatem dowodu wskazującego na nieuwzględnienie w ofercie Przystępującego zabudowy systemu IP-MPLS i innych uwarunkowań wynikających z instrukcji Ie-122.

Zamawiający miał wątpliwości co do jednoznacznego stwierdzenia o zgodności lub niezgodności oferty z warunkami zamówienia, których rozwianie może nastąpić wyłącznie przy udziale wykonawcy. Przystępujący zaś jednoznacznie podkreślił, że w swojej ofercie wycenił wszystkie elementy zamówienia wynikające z instrukcji Ie-122, na co w toku rozprawy przedstawi stosowne dowody.

W odniesieniu do zarzutów 3 i 4, Przystępujący wskazał, że istota omawianych zarzutów sprowadzała się do rzekomego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 239 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego w sytuacji, gdy istotna część składowa zaoferowanej ceny lub kosztu oferty, tj. cena zaoferowana przez ETF w pozycji 3.5 Rozbicia Ceny Ofertowej (dalej jako „RCO”): „CASDIP (SR, SC i SMW) na stacjach i przystankach linii 287 (14 obiektów)” jest rażąco niska.

W realiach przedmiotowej sprawy zarzut rażąco niskiej ceny (jak i również opisywane wyżej zarzuty nr 1 i 2) już na pierwszy rzut oka w ocenie Przystępującego jawił się jako kuriozalny, co najmniej, z kilku powodów.

Po pierwsze, już uwzględniając ceny po aukcji Odwołujący zaoferował cenę na bardzo zbliżonym poziomie, co Przystępujący, przy czym nie podnosi twierdzenia ani nie dowodzi, jakoby w jego przypadku koszty realizacji zamówienia były niższe niż koszty Przystępującego (cena netto oferty Odwołującego po aukcji wyniosła 26.437.398,37 zł, podczas gdy cena netto oferty Przystępującego po aukcji wyniosła 26.302.357,72 zł, co oznacza że cena oferty Odwołującego była wyższa zaledwie o około 0,5% od ceny oferty Przystępującego).

Po drugie, cena oferty Przystępującego przed aukcją była wyższa od szacunkowej wartości zamówienia (szacunkowa wartość zamówienia netto wyniosła 26.999.280,00 zł, podczas gdy cena netto oferty Przystępującego przed aukcją wyniosła 28.068.635,90 zł).

Po trzecie, w toku aukcji elektronicznej (mającej przecież miejsce po wymianie pism między Zamawiającym a Przystępującym w przedmiocie interpretacji OPZ w odniesieniu do systemu CASDIP), a zatem już po potwierdzeniu przez Przystępującego wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, Przystępujący obniżył jeszcze zaoferowaną cenę

o 6,3%. Okoliczność ta pokazuje, że nieprawdziwe są twierdzenia Odwołującego jakoby Przystępujący w swojej ofercie nie wycenił istotnej części zamówienia. Gdyby bowiem tak było, po uwzględnieniu tych elementów w cenie ofertowej (poprzez jak wskazuje Odwołujący – złożenie w drodze wyjaśnień rzekomej „nowej oferty”) Przystępujący nie byłby w stanie przecież obniżyć ceny ofertowej.

Po czwarte wreszcie, już uwzględniając ceny po aukcji cena pozycji 3.5 RCO (CASDIP) zaoferowana przez Przystępującego nadal pozostała wyższa od szacunkowej wartości tej części zamówienia (cena netto pozycji 3.5 w szacunkowej wartości zamówienia wyniosła 2.060.000,00 zł cena netto pozycji 3.5 Przystępującego po aukcji wyniosła 2.367.046,12 zł),

z tego punktu widzenia nie można w ogóle mówić o jej niewiarygodności.

Po piątę, sam Odwołujący w toku aukcji obniżył swoją cenę ofertową o 26,9% czyli biorąc pod uwagę cenę brutto prawie o 12 milionów złotych, co samo w sobie powinno budzić wątpliwości co do właściwej kalkulacji ceny ofertowej przez tego wykonawcę, gdyż niebywałym wydaje się możliwość obniżenia ceny ofertowej o taką kwotę przy przyjęciu prawidłowych założeń do kalkulacji pierwotnej ceny.

W świetle powyższego wniosek, jakoby oferta Przystępującego nosiła znamiona ceny rażąco niskiej stoi w sprzeczności z zasadami logiki i doświadczenia życiowego. Zważywszy bowiem, że Przystępujący dodatkowo obniżył cenę oferty w toku aukcji elektronicznej, zaś cena ta jest zbliżona do ceny zaoferowanej przez Odwołującego, a zarazem do szacunkowej wartości zamówienia, cena ta odpowiada wartości rynkowej i pozwala na należyte wykonanie zamówienia niezależnie od sposobu wyceny pozycji 3.5 RCO.

Przystępujący wskazał, że nie ulega przy tym wątpliwości, że w myśl art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy PZP podstawą

odrzućcenia oferty może być rażąco niska cena oferty, a nie jej części składowej. Badanie części składowej ceny nie stanowi zatem celu samo w sobie, lecz służy ocenie możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę. Dopiero gdy zniżenie wartości istotnej części składowej znajduje przełożenie na łączną cenę ofertową, kwalifikując tę cenę jako rażąco niską – można mówić o ziszczeniu się przesłanki odrzućcenia oferty, co ma szczególne znaczenie w przypadku ceny ryczałtowej, z którą mamy w tym wypadku do czynienia.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, przesłanką odrzućcenia oferty ze względu na nieadekwatną (rażąco niską) cenę może być wyłącznie zniżenie ceny całkowitej. W trakcie jej wyjaśniania

i przy ustalaniu wpływu na cenę całkowitą zamawiający jest obowiązany do zwróćcenia się do wykonawcy o wyjaśnienie zasad i podstaw ustalenia istotnych części składowych ceny (W. Dzierżanowski [w:] Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 226).

Tak również Urząd Zamówień Publicznych: *Przesłanką odrzućcenia oferty ze względu na rażąco niską cenę lub koszt może być wyłącznie zniżenie ceny całkowitej dotyczącej przedmiotu zamówienia, a nie części tej ceny. Zniżenie ceny lub kosztu części oferty może mieć jednak istotny wpływ na ocenę, czy cena ofertowa jest rażąco niska* (Urząd Zamówień Publicznych, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021).

Nie jest zatem dopuszczalne uznanie ceny oferty za rażąco niską z powodu zakwestionowania jednego elementu składającego się na tę cenę, jeśli nie zostało wykazane, że znaczenie podważanego elementu cenotwórczego jest tak duże, że jego zniżenie powoduje rażąco niski charakter ceny całej oferty (vide wyrok KIO z 2 października 2014 r., sygn. akt KIO 1909/14) (M. Sieradzka (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2022).

Podobnie też wskazano w wyroku z 2 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2155/17: Nie jest bowiem dopuszczalne uznanie ceny oferty za rażąco niską z powodu zakwestionowania kilku elementów cenotwórczych składającego się na tę cenę, jeśli nie zostało wykazane, że wartość tych elementów jest tak duża, iż ich zniżenie powoduje rażąco niski charakter ceny całej oferty. To, że Zamawiający (jeśli poweźmie wątpliwość) ma prawo wyjaśniać istotne elementy składowe ceny, nie oznacza, że ceny jednostkowe są podstawą odrzućcenia całej oferty, jako rażąco niskiej, jeśli ich wysokość nie wpływa na całościową cenę oferty, w kontekście rażąco niskiej ceny. Przesłanka rażąco niskiej ceny musi zostać wypełniona w stosunku do ostatecznej, całościowej ceny oferty, a taka w przedmiotowej sprawie nie wystąpiła.

Przystępujący zauważył dodatkowo, że również art. 224 ust. 6 PZP przewiduje odrzućcenie oferty wyłącznie w sytuacji, gdy wykonawca nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub gdy złożone wyjaśnienia nie uzasadniają ceny lub kosztu. Przywołany przepis (podobnie jak art. 226 ust. 1 pkt 8) PZP) odwołuje się zatem *expressis verbis* do ceny całkowitej oferty,

a nie do jej części składowej ceny lub kosztu. Odrzućcenie oferty jest zatem możliwe wyłącznie, gdy wyjaśnienia w zakresie części składowej ceny skutkują uznaniem za rażąco niską ceny całkowitej. Trudno bowiem inaczej identyfikować *ratio legis* analizowanych przepisów niż przez pryzmat pojęcia ceny rażąco niskiej, jako nierealistycznej, niepozwalającej na prawidłowe wykonanie zamówienia.

Za powyższym przemawia też zakaz rozszerzającej wykładni przesłanek odrzućcenia oferty.

W świetle tej zasady stanowisko prezentowane przez Odwołującego uznać należy za skrajnie formalistyczne, oparte na wykładni *contra legem* przepisów stanowiących podstawę zarzutów.

Ewentualne błędy w wycenie poszczególnych pozycji nie stanowią przesłanki odrzućcenia oferty, o ile pozostają bez wpływu na realny charakter ceny całkowitej, w szczególności

w przypadku ceny ryczałtowej, która z natury rzeczy cechuje się znaczną autonomią wykonawców w kalkulacji ceny. W tym sensie przedstawione przez wykonawców (także Przystępującego) wyceny poszczególnych elementów ujęte w RCO służą jako narzędzie dla skalkulowania ceny globalnej, a dodatkowo dają Zamawiającemu możliwość zapoznania się ze sposobem tej kalkulacji. Nie można jednak, jak próbuje to wykazać Odwołujący, żądać aby punktem odniesienia dla kalkulacji jednego wykonawcy była subiektywna kalkulacja jego konkurenta. Tymczasem Odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek argumentów oraz dowodów wskazujących, że rzekome zniżenie ceny pozycji 3.5 (CASDIP) znajduje jakiegokolwiek przełożenie na brak możliwości zrealizowania zamówienia za zaoferowaną cenę całkowitą. Co więcej, Odwołujący w ogóle nie formułuje takiego twierdzenia, skupiając się wyłącznie na cenie jednej z wielu pozycji formularza cenowego. Co więcej, Odwołujący

w zasadzie nie odniósł się też do treści wyjaśnień Przystępującego w przedmiocie zaoferowanej ceny z 28 kwietnia 2023 r. Odwołujący na wykazanie rzekomo rażąco niskiej ceny ofertowej Przystępującego przedstawia uzyskane przez siebie oferty na wykonanie elementów pozycji 3.5 RCO. Odmienna kalkulacja ceny ofertowej przez innego z wykonawców nie może jednak świadczyć o nieprawidłowej kalkulacji drugiego z wykonawców. Jak wskazano w wyroku KIO z 7 kwietnia 2022 r., sygn. akt KIO 802/22: *Przed wszystkim należy podkreślić, iż to ocena wyjaśnień złożonych w trybie art. 224 Ustawy dokonana przez Zamawiającego prowadziła do uznania, iż cena zaoferowana nie jest rażąco niska. Konstrukcja odwołania, w którym jedynie przedstawione zostały kalkulacje własne Odwołującego bez nawiązania do założeń, o których mowa jest w wyjaśnieniach, powodowała, iż odwołanie nie mogło odnieść skutku oczekiwanego. Gdyby iść tym tokiem*

rozumowania Odwołującego, każda dysproporcja w wycenie pozycji RCO pomiędzy wykonawcami biorącymi udział w Postępowaniu powodowałaby uznanie danej kalkulacji za rażąco niską. Jak przedstawiono w uzasadnieniu niniejszego pisma, takich dysproporcji z uwagi na niejednoznaczność zakresu pozycji RCO oraz ryczałtowy charakter wynagrodzenia

w Postępowaniu było wiele. Nie oznacza to jednak, że wszystkie oferty zawierają rażąco niską ceną (w zależności bowiem od pozycji RCO różni wykonawcy przedstawiali najniższą z jej wycen). Innymi słowy Odwołujący nie kwestionował możliwości realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę, jak również nie stawiał tezy o rażąco niskiej cenie globalnej oferty Przystępującego, co stanowi istotę i sens analizowanej przesłanki odrzucenia oferty, ogniskując zarzuty odwołania wyłącznie wokół ceny za jedną z wielu pozycji formularza cenowego. Odwołujący nie przedstawił przy tym jakichkolwiek argumentów wskazujących, że pozycja 3.5 RCO winna być kwalifikowana jako istotna część składowa oferty oraz tego, jak rzekome zaniżenie tej pozycji miałyby przełożyć się na nierealność ceny globalnej Przystępującego. Nie ulegało zatem wątpliwości, że żadna z przesłanek zawartych

w przepisach stanowiących podstawę sformułowanych zarzutów nie ziściła się w przedmiotowej sprawie, a Odwołujący – co raz jeszcze należało podkreślić – nie podnosi w istocie w ogóle twierdzenia, jakoby cena całkowita oferty Przystępującego, nosiła znamiona ceny rażąco niskiej i nie pozwalała na wykonanie przedmiotowego zamówienia.

W odniesieniu do zarzut nr 5 – zarzutu ewentualnego, Przystępujący wskazał, że jest oczywiście bezzasadny. W pierwszej kolejności podkreślił, że Odwołujący nie sprostował ciężarowi wykazania, że Przystępujący przeniósł wycenę jakichkolwiek kosztów z pozycji 3.5 RCO do innych. Niewątpliwie bowiem to Odwołujący zobligowany był powyższą okoliczność wykazać w sposób niebudzący wątpliwości, co wynika wprost z art. 534 ust. 1 PZP. Przystępujący nie przedstawia na ten fakt żadnych dowodów, poza przedstawieniem własnych ofert, które jednak nie mają waloru w ramach niniejszego postępowania odwoławczego

z uwagi na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia niniejszego pisma tj. pokazują one jedynie prawdopodobnie przyjęty przez Odwołującego sposób kalkulacji tej pozycji i nie świadczą one o tym, że Przystępujący koszty tych elementów przeniósł do innych pozycji RCO.

Kolejno Przystępujący zauważył, że zaoferowana cena jest ceną ryczałtową, co wynika explicite z SWZ. Immanentną cechą ceny ryczałtowej jest duży stopień swobody wykonawców w kształtowaniu ceny ofertowej. Bez wpływu na powyższe pozostaje wymóg dołączenia do oferty kalkulacji cenowej w rozbiciu na poszczególne pozycje, gdyż nie modyfikuje on ryczałtowego charakteru ceny. Przystępujący zwrócił uwagę, że podział zamówienia na poszczególne pozycje został narzucony przez Zamawiającego, przy czym opis poszczególnych pozycji jest bardzo ogólnikowy i w żadnym innym miejscu SWZ nie jest doprecyzowany. W szczególności nazwa pozycji 3.5 RCO (CASDIP (SR, SC SMW) na stacjach i przystankach linii 287 (14 obiektów) nie zawiera szczegółowych wytycznych co do sposobu i zakresu kalkulacji tej pozycji. Przymiarowanie niektórych kosztów do określonej pozycji nie zawsze jest więc możliwe, o czym dobitnie świadczą różnice w wycenie niektórych pozycji w ofertach wykonawców:

Pozycja RCO	Cena netto Odwołującego [zł]	Cena netto Przystępującego [zł]	Cena netto PORR S.A. [zł]	Cena netto Konsorcjum SBM [zł]	Cena netto szacowanej wartości zamówienia [zł]
2.2	5.888.625,81	8.299.560,87	6.902.157,42	4.486.430,46	8.500.000,00
4.4	96.494,35	372.767,60	192.093,85	351.554,57	5.000,00
4.6	247.488,80	660.636,39	14.582,03	319.270,97	85.000,00

Przystępujący wskazał, że idąc tokiem rozumowania Odwołującego, już powyższe byłoby wystarczające żeby stwierdzić, że wykonawcy kalkulujący daną pozycję najniżej złożyli oferty których treść jest sprzeczna z postanowieniami SWZ, tj. powoływanymi w ramach zarzutu nr 5 - punktami 1 i 2 Rozdziału XVII IDW. Tylko na tych przykładach widać, że każdy

z wykonawców inną pozycję skalkulował na najniższym poziomie, także przyjmując to kuriozum – oferty wszystkich wykonawców biorących udział w Postępowaniu powinny podlegać odrzuceniu. Naturalne jest też, że w zakresie poszczególnych pozycji RCO wchodzi nie tylko koszty bezpośrednie, ale również koszty pośrednie, rezerwy, jak również zysk wykonawcy, a także inne elementy które nie zostały wprost wskazane w innych pozycjach RCO i które dany wykonawca uznał za zasadne do wliczenia do tej pozycji. Ryczałtowy charakter wynagrodzenia wymusza przy tym na wykonawcach uwzględnienie ewentualnych kosztów nieprzewidzianych w ramach narzuconych pozycji formularza RCO. Nawet zatem, gdyby na etapie realizacji zamówienia okazałoby się, że określona pozycja formularza była niedoszacowana nie oznaczałoby to, że ewentualne nieprzewidziane koszty nie znajdą pokrycia w cenie całkowitej oferty. Najdobitniej świadczy o tym fakt, że wykonawcy (w tym Przystępujący) znaleźli dużą przestrzeń do obniżenia cen w ramach aukcji elektronicznej. Powyższe jedynie potwierdza, że wykonawcy mieli dużą swobodę w kształtowaniu cen ofertowych oraz że ceny całkowite uwzględniały „nadwyżkę” pozwalającą na znaczne obniżenie cen w ramach aukcji.

Przywoływane przez Odwołującego postanowienia SWZ mają charakter ogólny, przy czym nie znajdują zastosowania w przedmiotowej sprawie. Dotyczą one bowiem zakazu świadomego przenoszenia kosztów między pozycjami formularza. W realiach przedmiotowej sprawy nie można jednak mówić o przenoszeniu przez Przystępującego kosztów do innych pozycji, gdyż wycena pozycji 3.5. wynikała z przyjętego przez Przystępującego odmiennego od Odwołującego sposobu wyceny oferty oraz niejednoznaczności zawartości pozycji RCO, która pozwalała na stosowanie przez wykonawców różnych mechanizmów kalkulacji ceny ofertowej.

Przystępujący zauważył, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, przenoszenie kosztów między pozycjami formularza cenowego może być co najwyżej rozpatrywane w kategoriach czynu nieuczciwej konkurencji (jako manipulacja cenowa mająca działać na korzyść wykonawcy czy to w celu uzyskania zamówienia, czy też innych benefitów - np. wcześniejszej płatności – już na etapie realizacji zamówienia), a nie formalnej niezgodności oferty z SWZ. Pomijając zatem oczywistą bezzasadność takiej kwalifikacji w realiach przedmiotowej sprawy, Przystępujący zauważył, że Odwołujący nie sformułował zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty z tej przyczyny (art. 226 ust. 1 pkt 7) PZP), w związku z czym kwestia ta pozostaje poza zakresem rozpoznania niniejszej sprawy.

Niezależnie od powyższego, z daleko posuniętej ostrożności procesowej, Przystępujący odwołał się do jednej z naczelnych zasad prawa zamówień publicznych, nakazującej tłumaczenie wszelkich niejasności SWZ na korzyść wykonawcy. Nie ulega wątpliwości, że wnioskowanie o wyjaśnienie treści SWZ stanowi prawo, a nie obowiązek wykonawców, zaś na zamawiającym ciąży obowiązek jednoznacznego i precyzyjnego opisanie przedmiotu zamówienia i wskazał przy tym należy, że sposób opisu wymagań w zakresie systemu CASDIP był nieprecyzyjny. Nie było zatem klarowne, co konkretnie należy wliczyć w pozycję 3.5 RCO, także nie można jednoznacznie wskazać jaki był konkretny zbiór desygnatów tej pozycji, a jaki innych pozycji RCO. Przystępujący wskazał, że jednak przede wszystkim nie wie, o który element rzekomo niewliczony w pozycję 3.5 RCO i rzekomo wliczony w inną pozycję RCO chodzi Odwołującemu, a zatem ciężko mu będzie podjąć w tym zakresie bardziej szczegółową argumentację wyjaśniającą tę kwestię.

W odniesieniu do zarzutu nr 6 – zarzut o charakterze akcesoryjnym, Przystępujący wskazał, że ten zarzut nie potwierdził się. W przeciwieństwie do poprzednich zarzutów, nie miał on charakteru samodzielnego, w szczególności nie wskazywał odrębnych okoliczności faktycznych uzasadniających jego uwzględnienie, stąd także on nie zasługiwał na uwzględnienie.

**Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem stron postępowania na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje:**

Izba stwierdziła, że żadna z przesłanek wskazanych w art. 528 ustawy Pzp, których skutkiem byłoby odrzucenie odwołania nie wystąpiła. Izba oddaliła wniosek Zamawiającego oraz Przystępującego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 529 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ zostało ono wniesione po upływie terminu określonego w ustawie Pzp. W tym zakresie Izba stwierdziła, że Odwołującego pełną informację dotyczącą braku odrzucenia oferty Przystępującego uzyskał wraz z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej, co oznacza, iż dopiero wówczas miał możliwość sformułowania zarzutów odwołania w oparciu

o okoliczności faktyczne wynikające z powyższych dokumentów. Izba wskazuje ponadto, że wnosząc odwołanie od czynności Zamawiającego na etapie zaproszenia do aukcji internetowej Odwołujący nie miałby możliwości wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia, który stanowi materialnoprawną przesłankę skorzystania ze środka ochrony prawnej. Oferta Odwołującego przed aukcją została bowiem sklasyfikowana na miejscu 4, dopiero po przeprowadzeniu przez Zamawiającego aukcji elektronicznej, Odwołujący wiedział, że jego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu i w wypadku odrzucenia oferty Przystępującego miałby on możliwość uzyskania zamówienia, a zatem dopiero wówczas miał możliwość wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał spełnienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, zarówno posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody

w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. W tym zakresie Odwołujący wskazał, że spełniły się w stosunku do niego obie przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp. Zamawiający wadliwie ocenił ofertę ETF (co skutkuje poniesieniem przez Odwołującego szkody w postaci nieprzyznania mu zamówienia). Gdyby Zamawiający przeprowadził czynności w Postępowaniu zgodnie z treścią regulacji Pzp, oferta Odwołującego zostałaby sklasyfikowana na pierwszym miejscu w rankingu ofert. Tym samym Odwołujący legitymuje się interesem w złożeniu odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca ETF Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich. Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Izba rozpoznając odwołanie uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie

z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu

odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust.

2, a także inne pisma wraz z załącznikami składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego na posiedzeniu i rozprawie.

Izba zaliczyła do materiału dowodowego sprawy następujące dokumenty pochodzące z akt sprawy odwoławczej oraz złożone podczas rozprawy:

- 1.Oferta jedyne go partnera Nokii w Polsce posiadającego akredytację „Co-BrandedMaintenance” dla rozwiązań Nokia IP/MPLS na elementy systemu CASDIP, uwzględniających uwarunkowania instrukcji Ie-122 - Załącznik nr 4 (tajemnica przedsiębiorstwa);
- 2.Oferta jednego z dostawców dla pozostałych elementów systemu CASDIP, objętych pozycją 3.5 RCO - Załącznik nr 5 (tajemnica przedsiębiorstwa);
- 3.Oferta jednego z dostawców dla pozostałych elementów systemu CASDIP, objętych pozycją 3.5 RCO - Załącznik nr 6 (tajemnica przedsiębiorstwa);
- 4.Formularz Ofertowy Odwołującego wraz z RCO,
- 5.Informacja z otwarcia ofert z dnia 16 stycznia 2023 r.,
- 6.SWZ (wyciąg - roz. XXII),
- 7.pismo Zamawiającego z dnia 12 maja 2023 r. informujące wykonawców o zakończeniu badania i oceny ofert,
- 8.Zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej pismo Zamawiającego z dnia 16 maja 2023 r. informujące wszystkich wykonawców o zakończeniu badania i oceny ofert,
- 9.Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 12 czerwca 2023 r.,
- 10.Wniosek o udostępnienie akt z dnia 16 stycznia 2023 r. wraz z potwierdzeniem udostępnienia,
- 11.Wniosek o udostępnienie akt z dnia 13 czerwca 2023 r. wraz z potwierdzeniem udostępnienia,
- 12.Pismo Zamawiającego z dnia 9 lutego 2023 r. skierowane do wszystkich wykonawców – Odwołującego,
- 13.pismo Zamawiającego z dnia 9 lutego 2023 r. skierowane do wszystkich wykonawców Przystępującego,
- 14.Pismo Zamawiającego z dnia 9 lutego 2023 r. skierowane do wszystkich wykonawców - PORR S.A.,
- 15.Pismo Zamawiającego z dnia 9 lutego 2023 r. skierowane do wszystkich wykonawców - „SBM” Sp. o.o. Sp. komandytowa,
- 16.Pismo Przystępującego z dnia 14 lutego 2023 r.
- 17.Pismo Zamawiającego z dnia 24 lutego 2023 r.,
- 18.Pismo Przystępującego z dnia 2 marca 2023 r.,
- 19.Pismo Zamawiającego z dnia 29 marca 2023 r.,
- 20.Wytyczne w sprawie elementów wykonawczych Instrukcja Ie-6,
- 21.Wymagania na transmisję danych systemów SMW, SPA i SDIP oraz integrację z siecią teletransmisyjną PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Ie-122,
- 22.Pismo Przystępującego z dnia 5 kwietnia 2023 r.,
- 23.Pismo Zamawiającego z dnia 21 kwietnia 2023 r.
- 24.Pismo Przystępującego z dnia 28 kwietnia 2023 r.,
- 25.Kosztorys ofertowy Przystępującego z 01.2023 r. uwzględniający kwotę wynikającą z oferty podwykonawcy PROTEL,
- 26.Oferta podwykonawcy – PROTEL z 07.02.2023 r.,
- 27.Oferta podwykonawcy- PROTEL z 13.01.2023 r.

Na podstawie przywołanych dokumentów, biorąc również pod uwagę stanowiska stron

i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty: naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ETF w sytuacji, gdy oferta ta winna podlegać odrzuceniu jako niezgodna z postanowieniami SWZ dla Postępowania, tj. z pkt 3.6.7 ust. 3 ppkt 1) Programu Funkcjonalno- Użytkowego (dalej jako „PFU”), z uwagi na fakt, iż oferta ta nie obejmowała swoim zakresem zabudowy systemu IP-MPLS i innych uwarunkowań wynikających z instrukcji Ie-122 oraz naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 229 ust. 1 i 2 w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia nowej - zmodyfikowanej za pismem ETF z dn. 05.04.2023 r. oferty ETF, w sytuacji, gdy oferta zmodyfikowana o zabudowę systemu IP-MPLS została złożona Zamawiającemu po upływie terminu na składanie ofert, tj. po dn. 16.01.2023 r., co doprowadziło Zamawiającego do nieuzasadnionego wyboru oferty ETF jako najkorzystniejszej w Postępowaniu nie zasługiwały na uwzględnienie.

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

W myśl art. 226 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona po terminie składania ofert.*

Zgodnie z art. 229 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, *aukcja elektroniczna może opierać się na następujących elementach ofert:*

1) cenach, jeżeli jedynym kryterium oceny ofert w postępowaniu jest cena;

2) cenach lub nowych wartościach elementów ofert wskazanych w dokumentach zamówienia, jeżeli kryteriami oceny ofert w postępowaniu są kryteria jakościowe albo najniższy koszt.

Stosownie do art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, *Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny*

*ofert określonych w dokumentach zamówienia.*

Aby zamawiający mógł zastosować przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp

i na jego podstawie odrzucić ofertę wykonawcy, jest po pierwsze zobowiązany porównać treść złożonych przez wykonawców ofert z ustalonymi warunkami. Chodzi o wymagania merytoryczne dotyczące zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów, które są istotne dla wykonania zamówienia w stopniu, który będzie zaspokajał opisane przez zamawiającego oczekiwania. Przy czym warunki powinny być sformułowane przez zamawiającego w sposób jednoznaczny i precyzyjny. Odrzucenie oferty na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp może nastąpić tylko wówczas, gdy zamawiający stwierdzi i wykaże, który merytoryczny element oferty jest niezgodny z opisanymi przez zamawiającego wymaganiami i na czym ta niezgodność polega. Stwierdzona przez zamawiającego niezgodność nie może budzić wątpliwości.

W rozpoznawanej przez Izbę sprawie, Zamawiający nie wymagał, aby oferta zawierała informacje dotyczące sposobu realizacji zamówienia lub też oferowanych produktów. Ofertę wykonawców stanowił przede wszystkim formularz oraz formularz cenowy (RCO).

Pisma Zamawiającego kierowane do Przystępującego i odpowiedzi Przystępującego z:

9 lutego 2023 r., 14 lutego 2023 r., 2 marca 2023 r., 29 marca 2023 r., 5 kwietnia 2023 r. dotyczyły sposobu interpretacji postanowień OPZ, ponieważ jak przyznał to również sam Zamawiający nie były one jasne. Zamawiający wskazał w szczególności, iż w piśmie z dnia

2 marca 2023 r. Przystępujący wyjaśnił, że uwarunkowania dotyczące sieci transmisyjnej CASDIP, nie znajdują odzwierciedlenia w Opisie Przedmiotu Zamówienia, w którego zakres wchodził PFU. Przystępujący uznał, że skoro wyłączone zostały z zadania elementy Systemu Przywoławczo Alarmowego (SPA) oraz systemu wspomaganie słuchu (część SDIP) oraz systemu monitoringu wizyjnego (SMW) - jak wynika z pkt 3.6.7. ust. 2 ppkt 12 PFU - a tych dotyczy Instrukcja Ie-122 - jak w tytule tej Instrukcji „Wymagania na transmisję danych systemów SMW, SPA to nie powinna ona być obowiązująca i wymagana do zabudowy urządzeń. Dalej wskazał, iż podsystemy, jakie nie zostały wyłączone i są objęte zabudową

w ramach CASDIP - podsystem SR (System rozgłoszeniowy) i podsystem SC (Sygnalizacja Czasu) opisuje Instrukcję Ipi-6, przy czym wyraził ocenę, iż wymagane dane dla systemów rozgłoszeniowych oraz czasu SR i SC można przesyłać wykorzystując inne kanały komunikacyjne np. trakty E1 lub ETH, które Zamawiający opisał jako transmisja EoS, a które są dostępne i zaimplementowane na obiekcie. Dalej wskazał także, iż skoro implementacja systemu IP-MPLS nie jest konieczna dla podsystemów rozgłoszeniowych i czasu, nie przewidział zabudowy tego systemu.

Zamawiający podkreślił, iż stwierdził, że taka interpretacja warunków zamówienia przez Przystępującego wynikała z interpretacji faktu wyłączenia dwóch z trzech systemów opisanych w Instrukcji Ie-122, Systemu Przywoławczo Alarmowego (SPA) oraz systemu monitoringu wizyjnego (SMW) nadto z systemu SDIP wyłączono systemu wspomaganie słuchu będący częścią SDIP i opierała się na braku wyraźnego opisu wskazania w odesłaniu w SWZ do Instrukcji Ie-122 i Ipi-6 przy uwzględnieniu wyłączenia z zakresu zamówienia systemu SPA i SMW.

Wobec powyższego Zamawiający w piśmie z dnia 29 marca 2023 r. szczegółowo wskazał, iż:

- 1) Instrukcja Ie -122 pn. „Wymagania na transmisję danych systemów SMW, SPA i SDIP oraz integrację z siecią teletransmisyjną PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Ie-122” określa standardy, jakie muszą spełniać Urządzenia transmisyjne Systemów SDIP, SMW oraz SPA odpowiadające za współpracę z Siecią Teletransmisyjną PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Jak sama nazwa wskazuje wymagania dotyczą systemów SMW, SPA oraz SDIP,
- 2) Natomiast elementami składowymi SDIP jest system wyświetlaczy informacyjnych, system sygnalizacji czasu (SSC), system rozgłoszeniowy (SR) - (por. rozdział 2 pkt 37 Instrukcji Ie-122),
- 3) Zgodnie zaś z zapisami Wytycznych Ipi-6 pn. „Wytyczne w sprawie elementów wykonawczych Centralnego Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej i infrastruktury towarzyszącej Ipi-6” na elementy wykonawcze CSDIP składają się: System Informacji Wizualnej (SIW), System Rozgłoszeniowy (SR), czujniki ruchu pociągów (rozdział 3 § 3 pkt 6 Wytyczne Ipi-6),
- 4) Wyłączenie z zadania Systemu Informacji Wizualnej wynika bezpośrednio z zapisów Wytycznych Ipi-6 - § 4 Tab. 2, natomiast wyłączenie Systemów SMW i SPA z zapisów Wytycznych Ipi-4 (§ 9 Tabela 1 - wyposażenie peronów, dróg dojazdu itp. w dany system jest uzależnione od kategorii stacji lub przystanku osobowego). W przypadku stacji i przystanków osobowych na linii kolejowej nr 287 są to kategorie „E” lub „D”,
- 5) Z zadania nie został wyłączony System Rozgłoszeniowy (SR) stanowiący element składowy SDIP (CSDIP), w związku z powyższym Wytyczne Ipi-6 oraz Wymagania Ie-122 mają w tym wypadku zastosowanie,
- 6) Nadto, iż Zamawiający, zawierając stosowne zapisy w PFU, poinformował potencjalnych Wykonawców, że na stacjach i przystankach osobowych zostały zabudowane kontenery teletechniczne dla potrzeb m.in. CSDIP. W kontenerach zostały zabudowane systemy transmisji cyfrowej ramach, której w każdym kontenerze wyprowadzone są

porty EI oraz ETH w technologii EoS, jednakże te są wykorzystywane dla potrzeb Zamawiającego (radiołączność, łączność, urządzenia srk). Brak jest zaimplementowanej technologii MPLS.

7) Odwołując się do Wytycznych Ipi-10 pn. „Wytyczne dla szaf teletechnicznych dla potrzeb SMW i SD1P Ipi-10”, jak nazwa wskazuje, dotyczą one szaf teletechnicznych, a nie kontenerów. Zgodnie z zapisami § 8 Wytycznych Ipi-10 powinny zostać dobrane odpowiednie szafy i zabudowane w kontenerze teletechnicznym, w którym oprócz przedmiotowych szaf mogą zostać zainstalowane inne systemy, urządzenia związane z branżą teletechniczną.

W związku z powyższym również Wytyczne Ipi-10 mają w tym wypadku zastosowanie,

8) Tym samym wskazał, Zamawiający, że stanowisko Przystępującego złożone pismem z dnia 2 marca 2023 r. nie jest prawidłowe. Nadto Zamawiający podkreśla, iż wymagał i wymaga od potencjalnego Wykonawcy stosowania się do zapisów Wytycznych Ipi-6, Ipi-10 oraz Ie-122, co zostało wprost zapisane w PFU pkt 3.6.7 ust. 3 pkt 1).

9) Zgodnie z zapisami w Wytycznych Ipi-6 "Wyklucza się po wejściu w życie niniejszego dokumentu budowę nowych systemów opartych o lokalne serwery aplikacji sterujących" (rozdział 3 § 3 ust. 16 Ipi-6), „Ze względu na zachowanie spójności modelu rekomendowane jest wdrożenie dla Systemów SDIP, SMW i SPA struktur sieci transmisyjnej jak w modelu stosowanym w Sieci Teletransmisyjnej PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. tj, z podziałem na warstwę Sieci Dostępowej i Sieci Agregacyjnej" (Rozdział 5 Dział I ust. 1 Ie-122).

10) Transmisja danych w Sieci Teletransmisyjnej PLK SA odbywa się za pomocą technologii IP- MPLS, dodatkowo biorąc pod uwagę zapis Ie-122 - rozdział 6 Dział I pkt 5 „Urządzenia Brzegowe muszą pracować w oparciu o protokół IP-MPLS”, to sieć teletransmisyjna dla potrzeb CSDIP do transmisji danych musi wykorzystywać protokół IP-MPLS.

11) Zgodnie z Instrukcją rozdziałem 5 Dział I pkt 8 Instrukcji Ie-122: „Wymagane jest aby wszystkie elementy Sieci Dostępowej Systemów SDIP, SMM i SPA były zarządzane

z Systemu Zarządzania Siecią Teletransmisyjną PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. - systemu NSP 5620 SAM (...)” Producentem systemu nadzoru NSP 5620 SAM jest firma Nokia. Zamawiający wymaga, aby wszystkie urządzenia transmisyjne (w tym urządzenia brzegowe oraz przełączniki sieciowe) pochodziły od jednego producenta (Ie-122 Rozdział 5 Dział I pkt 7) a Wykonawca zagwarantuje, że zabudowane w ramach realizacji zadania urządzenia będą spełniać wszystkie niezbędne wymagania Wytycznych Ipi-6, Ipi-10 i Ie-122 oraz, że zapewnią pełną funkcjonalność i integralność z systemem nadzoru NSP 5620 SAM (NFM-P).

12) Z dokumentacji technicznej platformy zarządzającej wskazanej przez Zamawiającego, tj. systemu nadzoru NSP 5620 SAM, dostępnej na stronie: [https://documentation.nokia.com/cgi-bin/dbaccessfilename.cgi/3HEI5128AAAD\\_TQZZA\\_V1\\_NSP%20NFM-P%202019.11%20UserO/o20Guide.pdf](https://documentation.nokia.com/cgi-bin/dbaccessfilename.cgi/3HEI5128AAAD_TQZZA_V1_NSP%20NFM-P%202019.11%20UserO/o20Guide.pdf) również jednoznacznie wynika, że współpracę przełączników z platformą zarządzającą Zamawiającego zapewniają jedynie urządzenia produkowane przez firmy Nokia (Alcatel). W dokumencie tym są jednoznacznie wskazane modele, dla których producent platformy zapewnia wsparcie i prawidłową współpracę z nią. Zatem to urządzenia aktywne sieci teletransmisyjnej produkcji Nokia (Alcatel) mogą w pełni współpracować z ww. systemem nadzoru.

Wobec powyższego stanowiska Zamawiającego, Przystępujący w piśmie z 9 lutego 2023 r. potwierdził, że wszystkie pozycje RCO wycenione zostały przez niego zgodnie z zapisami PFU i Regulacjami stanowiącymi Załącznik nr 2 do PFU, co oznacza również potwierdzenie, że wycena obejmuje zabudowę systemów i urządzeń spełniających wymagania Wytycznych Ipi-6, Ipi-10 i Ie-122, zgodnie z zapisami pkt 3.6.7 ust. 3 pkt 1 PFU. Natomiast w piśmie z 5 kwietnia 2023 r. Przystępujący potwierdził, że za cenę określoną w ofercie wykona zamówienie zgodnie z przekazaną pismem z dnia 29 marca 2023 r. przez Zamawiającego informacją, co oznaczało potwierdzenie przez Przystępującego spełnienia przez jego ofertę warunków przewidzianych w SWZ.

Izba stwierdza, że Odwołujący nie wskazał, na czym konkretnie polegała modyfikacja oferty Przystępującego, które z jej elementów, zgodnie z zarzutem, uległy zmianie. W tym zakresie Odwołujący oparł się jedynie na wyjaśnieniach Przystępującego dotyczących sformułowanych przez Zamawiającego wezwaniach do wyjaśnień oraz odpowiedziach Przystępującego, zawierających wyjaśnienia, a nie na samej treści oferty.

W ocenie Izby, również zarzut, że złożona przez Przystępującego oferta nie uwzględniała uwarunkowań dotyczących sieci CASDIP, ponieważ cena zabudowy wymaganych elementów CASDIP, określona w pkt 3.5 RCO, zaproponowana przez Przystępującego była trzykrotnie niższa od średniej arytmetycznej z cen dla tej pozycji w ofertach wszystkich niepodlegających odrzuceniu ofert wykonawców, a zatem oferta Przystępującego była niezgodna z postanowieniami SWZ, okazał się niezasadny. Jako dowód stwierdzający powyższą okoliczność Odwołujący przedstawił ofertę producenta systemu nadzoru NSP 5620 SAM, oferty dostawców dla pozostałych elementów systemu CASDIP. W ocenie Izby powyższe dokumenty stwierdzać mogą tylko, jaką cenę przyjął do kalkulacji swojej oferty Odwołujący,

a nie Przystępujący lub też inni wykonawcy. Wobec powyższego, w ocenie Izby Odwołujący nie udowodnił, iż Przystępujący nie uwzględnił w swojej ofercie uwarunkowań dotyczących sieci CASDIP.

Izba wskazuje, że rację ma Przystępujący, który podkreślił, że każdy z wykonawców w inny sposób kalkuluje cenę

ofertową i w inny sposób przyjmuje strategię budowy ceny, co wynikało z różne oferty cenowych wykonawców, zarówno jeśli chodzi o cenę globalną, jak i cenę z pozycji 3.5 RCO.

Izba stwierdziła, że w związku z faktem braku sformułowania przez zamawiającego wymogu zawarcia w ofertach wykonawców szczegółowych informacji dotyczących realizacji zamówienia oraz z uwagi na fakt, że przedmiotem korespondencji Zamawiającego

z Przystępującym było wyjaśnienie wątpliwości dotyczących treści jego oferty, Zamawiający nie miał podstaw do stwierdzenia niezgodności treści oferty Przystępującego z postanowieniami SWZ.

Zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, *w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.*

Żądanie wyjaśnienia treści oferty jest uprawnieniem zamawiającego i ma na celu dokonanie wykładni treści oświadczenia woli zawartego w ofercie w sytuacji, gdy takie oświadczenie jest niejasne dla zamawiającego. Wyjaśnienia treści oferty mają charakter pomocniczy. Natomiast nie mogą prowadzić one do jakichkolwiek negocjacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. Nie mogą one prowadzić do uzupełnienia oferty, czy też zmiany jej treści.

Izba stwierdziła, że wyjaśnienia, które przedstawił Przystępujący na wezwanie Zamawiającego dotyczyły sposobu interpretacji postanowień SWZ (OPZ) i miały na celu usunięcie wątpliwości Zamawiającego, czy Przystępujący wykona zamówienie zgodnie z warunkami SWZ za cenę wskazaną w ofercie. W ocenie Izby, w związku z tym, że Przystępujący potwierdził, iż zrealizuje zamówienie zgodnie z informacją Zamawiającego (pismo z dnia 29 marca 2023 r.), samych wyjaśnień nie można było uznać za modyfikację oferty.

Izba uznała, że również sformułowany jako ewentualny zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ETF

w sytuacji, gdy istotna część składowa zaoferowanej ceny lub kosztu oferty, tj. cena zaoferowana przez ETF w pozycji 3.5 Rozbicia Ceny Ofertowej: „CASDIP (SR,SC i SMW) na stacjach i przystankach linii 287 (14 obiektów)” jest rażąco niska, co doprowadziło Zamawiającego do nieuzasadnionego wyboru oferty ETF jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oraz zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 w zw. z ust. 6 w zw. z art. 239 ust.

1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ETF w sytuacji, gdy złożone przez ETF wyjaśnienia dotyczące istotnej części składowej ceny (kosztu wykonania) dla pozycji 3.5 RCO: „CASDIP (SR,SC i SMW) na stacjach i przystankach lin 287 (14 obiektów)” nie uzasadniają podanej w ofercie ceny dla ww. pozycji RCO, okazały się niezasadne.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

Natomiast zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, *jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Ust. 6 ww. przepisu przewiduje, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.*

Izba wskazuje, że jak wynika z doktryny, jak również orzecznictwa, ceną rażąco niską jest cena nierealistyczna, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób

i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwala na wygenerowanie przez niego zysku. Za cenę rażąco niską uważana jest cena niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i innych ofert, wskazująca, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne, odbiegająca od wartości przedmiotu zamówienia w sposób nieuzasadniony obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, to zamówienie wykonać.

Odwołujący uzasadniając zarzuty nr 3 i 4 wskazał jedynie na cenę z pozycji 3.5 RCO, tj. dostawę i zabudowę elementów systemu CASDIP na stacjach i przystankach linii 287 (14 obiektów), które jego zdaniem jest ceną rażąco niską i ceną, która zarówno na etapie pierwotnej oferty, jak i w wyniku aukcji elektronicznej pozostawała w rażącej dysproporcji w stosunku do ofert pozostałych wykonawców oraz średniej arytmetycznej ze złożonych

w Postępowaniu ofert. Odwołujący podkreślił ponadto, że nie zasługiwały w tym względzie na uznanie twierdzenia Przystępującego, iż ryczałtowy charakter wynagrodzenia za całość zamówienia wyklucza możliwość badania przez Zamawiającego przesłanek rażąco niskiej ceny lub kosztu w odniesieniu do istotnej części składowej oferty.

Izba wskazuje, że ryczałtowy charakter wynagrodzenia, z którym mamy do czynienia w rozpoznawanej sprawie nie wykluczał możliwości badania przez Zamawiającego rażąco niskiej ceny lub kosztu w odniesieniu do istotnej części składowej oferty, jednakże Zamawiający powinien uwzględnić przy tym badaniu fakt, że wynagrodzenia ryczałtowe obejmuje wszelkie koszty ponoszone w związku z wykonaniem przedmiotu zamówienia.

W przypadku, gdy mamy do czynienia z wynagrodzeniem ryczałtowym znaczenie zasadnicze ma ustalenie, czy całkowita cena oferty została skalkulowana na rynkowym poziomie. Tymczasem Odwołujący w ogóle nie odniósł się do kwestii, czy cena oferty Przystępującego jako całość może być uznana za cenę rynkową, czy też nie. Odwołując pominął zupełnie fakt, że różnica pomiędzy wysokością oferty Przystępującego i Odwołującego wyniosła tylko 166 100 zł, co stanowiło 0,3733 % wartości pierwotnej oferty Odwołującego - złożonej przed aukcją, a zatem na poziomie trzech tysięcznych - 0,003733 wartości brutto oferty pierwotnej Odwołującego. Odwołujący pominął także okoliczności podniesione przez Zamawiającego oraz Przystępującego, a wynikające z porównania ofert Przystępującego i Odwołującego.

W zakresie należało stwierdzić, że obie oferty Przystępującego i Odwołującego były kwotowo bardzo zbliżone, cena z oferty podanej przez Odwołującego była po aukcji niższa, niż cena Przystępującego podana przed aukcją, cena Odwołującego po aukcji wyniosła 32 518 000,00 zł brutto, a cena Przystępującego przed aukcją była istotnie wyższa i wyniosła 34 524 422,16 zł brutto, cena Odwołującego była niższa o ponad dwa miliony złotych od ceny Przystępującego przed aukcją, cena oferty Przystępującego przed aukcją była wyższa od szacunkowej wartości zamówienia (szacunkowa wartość zamówienia netto wyniosła 26.999.280,00 zł, podczas gdy cena netto oferty Przystępującego przed aukcją wyniosła 28.068.635,90 zł), w toku aukcji elektronicznej, Przystępujący obniżył jeszcze zaoferowaną cenę o 6,3%, po aukcji cena pozycji 3.5 RCO (CASDIP) zaoferowana przez Przystępującego nadal pozostała wyższa od szacunkowej wartości tej części zamówienia (cena netto pozycji 3.5 w szacunkowej wartości zamówienia wyniosła 2.060.000,00 zł cena netto pozycji 3.5 Przystępującego po aukcji wyniosła 2.367.046,12 zł). Odwołujący w toku aukcji również obniżył swoją cenę ofertową o 26,9%. Powyższe oznaczało w ocenie Izby, iż cena oferowana przez Przystępującego nie mogła budzić wątpliwości u Zamawiającego, że była ceną rynkową.

Izba podkreśla, iż Odwołujący nie wykazał, że zaniżenie ceny pozycji 3.5 RCO, zgodnie z jego twierdzeniem, powodowałoby brak możliwości zrealizowania zamówienia za zaoferowaną przez Przystępującego. Na tę okoliczność Odwołujący przedstawił jedynie uzyskane przez siebie oferty na wykonanie elementów pozycji 3.5 RCO. Jednakże w ocenie Izby, odmienna kalkulacja ceny ofertowej przez jednego z wykonawców nie może świadczyć o nieprawidłowej kalkulacji innego wykonawcy.

Izba wskazuje, że przesłanką odrzucenia oferty może być jej rażąco niska cena, ale nie cena jej części składowej. Wobec powyższego, zarzuty odwołania, oznaczone jako 3 i 4 podlegały oddaleniu.

W ocenie Izby również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ETF w sytuacji, gdy ta winna podlegać odrzuceniu jako niezgodna z postanowieniami SWZ dla Postępowania, tj. pkt 1 i 2 Rozdziału XVII Instrukcji dla Wykonawców z uwagi na fakt, że pozycja 3.5 RCO „CASDIP (SR, SC

i SMW) na stacjach i przystankach linii 287 (14 obiektów)” nie uwzględniała wszelkich kosztów pośrednich związanych z realizacją tej pozycji, a rzeczywiste koszty realizacji tej pozycji zostały rozbite i zagregowane w innych pozycjach RCO nie zasługiwał na uwzględnienie.

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

Powyższy zarzut został zbudowany przez Odwołującego na założeniu, że w związku z tym, iż w ocenie Odwołującego pozycja 3.5 RCO w ofercie Przystępującego nie uwzględniała kosztów wynikających z uwarunkowań systemu CASDIP (wynikających z instrukcji Ie-122),

a ponieważ Zamawiający przesądził, że w skład oferty wchodzić będzie Rozbicie Ceny Ofertowej, zaś poszczególne ceny jednostkowe każdej pozycji oferty powinny uwzględniać wszelkie koszty pośrednie i bezpośrednie związane z realizacją danej pozycji i nie mogą być przenoszone do innych pozycji (o czym stanowi pkt 1 i 2 Rozdziału XVII Instrukcji dla Wykonawców), to jeśli oferta Przystępującego miałaby uwzględniać realizację systemu CASDIP, zgodnie z tymi uwarunkowaniami oraz koszty z tym związane - koszty z poz. 3.5 RCO musiały zostać rozbite i zagregowane w innych pozycjach RCO oferty Przystępującego.

Zgodnie z art. 516 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp, *odwołanie zawiera: 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów, ... 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności.*

Dla prawidłowego postawienia zarzutu w odwołaniu nie jest konieczne przedstawienie przepisów ustawy Pzp, których naruszenia dopuścił się zamawiający, ale szczegółowe przedstawienie okoliczności faktycznych uzasadniających stwierdzenie, że doszło do naruszenia przepisów. W ocenie Izby, Odwołujący nie sprostał powyższemu obowiązkowi,

ponieważ nie wskazał, jakie koszty nie zostały uwzględnione w poz. 3.5 RCO przez Przystępującego oraz które koszty w tej pozycji zostały rozbite i zagregowane oraz przeniesione i w których pozycjach RCO oferty Przystępującego się znalazły. Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości podjętych przez zamawiającego czynności lub zaniechań tych czynności, ale tylko jeśli może je odnieść do sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych.

Niezgodność z warunkami zamówienia, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp zachodzi wówczas, gdy oferta wykonawcy jest niezgodna z jasno wyrażonym postanowieniem zawartym w dokumentach zamówienia. Niezgodność ta musi mieć charakter niewątpliwy. Zamawiający nie może odrzucić oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, jeżeli nie można jednoznacznie stwierdzić, jaki wymóg wynika z warunków zamówienia lub czy oferta wykonawcy rzeczywiście jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Izba stwierdziła, że Przystępujący przedstawił w ramach wyceny pozycji RCO ceny jednostkowe, zgodnie z postanowieniami SWZ. Postanowienie SWZ przewidywały również, że obowiązuje zasada obliczania ceny, zgodnie z którą poszczególne ceny jednostkowe każdej pozycji oferty powinny uwzględniać wszelkie koszty pośrednie i bezpośrednie związane z realizacją danej pozycji i nie mogą być przenoszone do innych pozycji (roz. XVII SWZ- sposób obliczania ceny). Jednakże nie zostały wprowadzone inne ograniczenia w zakresie możliwości kształtowania cen. A ponieważ jak wynikało z SWZ, zaoferowana cena była ceną ryczałtową, a wobec powyższego wykonawcy mieli większą swobodę w kształtowaniu ceny ofertowej.

Zamawiający wskazał, że wymaga podziału zamówienia na poszczególne pozycje, jednak ich opis nie był szczegółowy, brak również opisu podziału w SWZ. W szczególności pozycja 3.5 RCO nie zawierała szczegółowych wytycznych co do sposobu oraz zakresu kalkulacji tej pozycji.

Już z powyższego faktu nie można wywieść stwierdzenia, że oferta Przystępującego była niezgodna z warunkami SWZ dla Postępowania, tj. pkt 1 i 2 Rozdziału XVII Instrukcji dla Wykonawców, a zatem zarzut podlegał oddaleniu.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 16 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości sformułowany jako zarzut stanowiący konsekwencję wskazanych wcześniej naruszeń przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że powyższy zarzut z uwagi na oddalenie przez Izbę poprzedzających go zarzutów, również podlegał oddaleniu. Ponadto, nie zostały wskazane żadne okoliczności faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania w zakresie tego zarzutu.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, Izba orzekła stosownie do jej wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp w zw.

z § 8 ust. 2 pkt 1 oraz § 5 pkt 2 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. poz. 2437) – obciążając nimi Odwołującego.

Wobec powyższego, Izba orzekła jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....