

WYROK
z dnia 28 marca 2012 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 marca 2012 roku i 26 marca 2012 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 marca 2012 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Zakłady Automatyki "Kombud" S.A. z siedzibą w Radomiu przy ulicy Wrocławskiej 7, 26-600 Radom (lider) KZA Przedsiębiorstwo Automatyki i Telekomunikacji S.A. z siedzibą w Lublinie przy ulicy Pochyłej 9, 20-418 Lublin w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą przy ulicy Targowej 74, 03-734 Warszawa,

przy udziale:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Thales Polska Sp. z o.o. (lider) z siedzibą w Poznaniu przy ulicy Zachodniej 15, 60-701 Poznań, Thales Transportation Systems GmbH z siedzibą w Niemczech, Lorenzstrasse 10, 70435 Stuttgart, Niemcy oraz Tracke A.S. z siedzibą w Czechach, Hlavkova nr 428/3, 702 00, Ostrava – Moravska Ostrava a Privoz, Czechy,
- "Qumak-Sekom" S.A. z siedzibą w Warszawie przy al. Jerozolimskich 94, 00-807 Warszawa,

zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

1

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Nakazuje Zamawiającemu wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Thales Polska Sp. z o.o. (lider) z siedzibą w Poznaniu przy ulicy Zachodniej 15, 60-701 Poznań, Thales Transportation Systems GmbH z siedzibą w Niemczech, Lorenzstrasse 10, 70435 Stuttgart, Niemcy oraz Tracke A.S. z siedzibą w Czechach, Hlavkova nr 428/3, 702 00, Ostrava – Moravska Ostrava a Privoz, Czechy.

Nakazuje Zamawiającemu wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego "Qumak-Sekom" S.A. z siedzibą w Warszawie przy Al. Jerozolimskich 94, 00-807 Warszawa.

Nakazuje Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Targowej 74, 03-734 Warszawa i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 gr 00** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Zakłady Automatyki "Kombud" S.A. z siedzibą w Radomiu przy ulicy Wrocławskiej 7, 26-600 Radom (lider) KZA Przedsiębiorstwo Automatyki i Telekomunikacji S.A. z siedzibą w Lublinie przy ulicy Pochyłej 9, 20-418 Lublin tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Targowej 74, 03-734 Warszawa na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Zakłady Automatyki "Kombud" S.A. z siedzibą w Radomiu przy ulicy Wrocławskiej 7,

26-600 Radom (lider) KZA Przedsiębiorstwo Automatyki i Telekomunikacji S.A z siedzibą w Lublinie przy ulicy Pochyłej 9, 20-418 Lublin kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą

2

koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

3

Sygn. akt: KIO 478/12

UZASADNIENIE

Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Targowej 74, 03-734 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego *na zaprojektowanie i wybudowanie zintegrowanego systemu sterowania i kierowania ruchem kolejowym na odcinku Warszawa Okęcie - Radom linii nr 8 w ramach projektu POHŚ 7.1-19.1 „Modernizacja linii kolejowej nr 8, odcinek Warszawa Okęcie - Radom , (Znak sprawy: IRZRf-216-01/11-POIiŚ 7.1-19.1.).*

2 marca 2012 roku Zamawiający przekazał informację o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiotowej sprawie informując Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Zakłady Automatyki "Kombud" S.A. z siedzibą w Radomiu przy ulicy Wrocławskiej 7, 26-600 Radom (lider) KZA Przedsiębiorstwo Automatyki i Telekomunikacji S.A z siedzibą w Lublinie przy ulicy Pochyłej 9, 20-418 Lublin, że do realizacji przedmiotu zamówienia zostali wybrani wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Thales Polska Sp. z o.o. (lider) z siedzibą w Poznaniu przy ulicy Zachodniej 15, 60-701 Poznań, Thales Transportation Systems GmbH z siedzibą w Niemczech, Lorenzstrasse 10, 70435 Stuttgart, Niemcy oraz Tracke A.S. z siedzibą w Czechach, Hlavkova nr 428/3, 702 00, Ostrava – Moravska Ostrava a Privoz, Czechy (dalej: konsorcjum Thales), natomiast oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji.

9 marca 2012 roku Odwołujący złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”):

4

-
- art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez zaniechanie jego zastosowania w sytuacji, gdy konsorcjum Thales złożyło nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, względnie
 - art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie jego zastosowania w sytuacji, gdy Konsorcjum Thales nie spełniło warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu,
 - art. 24 ust. 4 ustawy Pzp przez zaniechanie jego zastosowania w sytuacji, gdy ofertę Konsorcjum Thales należało uznać za odrzuconą,
 - art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie jego zastosowania w sytuacji, gdy treść oferty Konsorcjum Thales nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ),
 - art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania w sytuacji, oferta Konsorcjum Thales zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu

zamówienia,

- art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez zaniechanie jego zastosowania w sytuacji, gdy (dalej: „wykonawca Qumak”), złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, względnie
- art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie jego zastosowania w sytuacji, gdy wykonawca Qumak nie spełnił warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu,
- art. 24 ust. 4 ustawy Pzp przez zaniechanie jego zastosowania w sytuacji, gdy ofertę wykonawcy Qumak należało uznać za odrzuconą,
- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie jego zastosowania w sytuacji, gdy treść oferty wykonawcy Oumak nie odpowiada treści SIWZ.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności oceny ofert oraz wyboru oferty Konsorcjum Thales jako najkorzystniejszej,
- powtórzenia czynności oceny ofert, –
wykluczenia Konsorcjum Thales oraz wykonawcy Oumak na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 względnie pkt 4 ustawy Pzp,
- uznania ofert Konsorcjum Thales oraz Wykonawcy Oumak za odrzucone na podstawie art. art. 24 ust. 4 ustawy Pzp a także za podlegające odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp;
- odrzucenia oferty Konsorcjum Thales z powodu faktu, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

5

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

I.

W treści Rozdziału I pkt 5 ppkt 5.2 Programu Funkcjonalno Użytkowego (strona 16 Tom III SIWZ; dalej jako „PFU”), Zamawiający zawarł następujący wymóg:

Wykonawca przedstawi w ofercie harmonogram następujących prac projektowych:

- Opracowanie szczegółowej koncepcji „Zintegrowanego systemu sterowania i kierowania ruchem kolejowym na odcinku Warszawa Okęcie - Radom”, do zatwierdzenia przez Zamawiającego. Zamawiający ma dwa miesiące czasu na zatwierdzenie koncepcji.
 - Opracowanie niezbędnych dokumentów do wystąpienia o decyzje lokalizacyjne. Dotyczy to przypadków, gdy urządzenia srk, tk, DSAT i odstraszenia zwierząt będą musiały być umieszczone na terenach nieujętych w decyzjach lokalizacyjnych już uzyskanych przez Zamawiającego.
 - Przygotowanie dokumentów do ustalenia i wypłaty odszkodowań za nieruchomości objęte decyzjami o ustaleniu lokalizacji linii kolejowej lub dokumentów do nabycia nieruchomości.
- Do oferty Konsorcjum Thales ww. dokument nie został dołączony. W związku z tym Zamawiający pismem z dnia 22 lutego 2012 r. (znak: IRZRf-216-01/11-POIiŚ 7.1-19.1/53/12) wezwał Konsorcjum Thales do złożenia wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, „w której części oferty znajduje się harmonogram oraz poszczególne części harmonogramu.” W odpowiedzi na to zapytanie Zamawiającego, pismem z dnia 27 lutego 2012 r. (nr W/67/2012) Konsorcjum Thales, de facto, potwierdziło brak w swej ofercie wymaganego harmonogramu tłumacząc m.in., że nie wyraziło w swej ofercie woli modyfikacji terminów dla poszczególnych prac i obowiązków wykonawcy wskazanych przez Zamawiającego w PFU oraz Wzorzec Umowy, a dla wykonania kontraktu przyjęło maksymalny termin zakreślony przez Zamawiającego w postanowieniach subklauzuli 8.1 i następnym Warunków Szczególnych Kontraktu. Wyjaśnienia te wskazują na brak treści oferty, który nie może być konwalidowany w drodze art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Samo nie zawarcie w ofercie informacji o modyfikacji wskazanych w treści SIWZ terminów nie jest równoznaczne z przedstawieniem wymaganego harmonogramu. Tym bardziej, że Zamawiający w treści SIWZ nie sprecyzował wszystkich terminów, których dotyczyć miał harmonogram określony w Rozdziale I pkt 5 ppkt 5.2 PFU. Ponadto, gdyby Zamawiający określił na sztywno wszystkie terminy, wówczas nie byłoby potrzeby składania wraz z ofertą przedmiotowego harmonogramu. Określając jednoznacznie w SIWZ obowiązek jego złożenia, Zamawiający nadał mu charakter wymogu istotnego, którego niedopełnienie przesądza o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

6

Do oferty wykonawcy Qumak powyżej opisany dokument - „harmonogram” nie został dołączony. Zamawiający pismem z dnia 22 lutego 2012 r. (znak: IRZRf-216-01/11-POLIŚ 7.1-19.1/56/12) wezwał wykonawcę Qumak do złożenia wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, „w której części oferty znajduje się harmonogram oraz poszczególne części harmonogramu.” W odpowiedzi na to zapytanie Zamawiającego, pismem z dnia 24 lutego 2012 r. wykonawca Qumak potwierdził brak w swej ofercie wymaganego harmonogramu. W uzasadnieniu swej odpowiedzi do Zamawiającego, wykonawca Qumak zaprzecza, iż w ramach oferty konieczne było złożenie „Lakonicznie wspomnianych w Tomie III SIWZ propozycji”, jednocześnie tłumacząc m.in., że nie wyraziło w swej ofercie woli modyfikacji terminów dla poszczególnych prac i obowiązków wykonawcy wskazanych przez Zamawiającego w PFU oraz Wzorzec Umowy, a dla wykonania kontraktu przyjęło maksymalny termin zakreślony przez Zamawiającego w postanowieniach subklauzuli 8.1 i następnym Warunku Szczególnych Kontraktu. Powyższe wyjaśnienia jednoznacznie wskazują na brak treści oferty, który nie może być konwalidowany w drodze art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Samo nie zawarcie w ofercie informacji o modyfikacji wskazanych w treści SIWZ terminów nie jest równoznaczne z przedstawieniem wymaganego harmonogramu. Tym bardziej, że Zamawiający w treści SIWZ nie sprecyzował wszystkich terminów, których dotyczyć miał harmonogram określony w Rozdziale I pkt 5 ppkt 5.2 PFU. Ponadto, gdyby Zamawiający określił na sztywno wszystkie terminy, wówczas nie byłoby potrzeby składania wraz z ofertą przedmiotowego harmonogramu. Tymczasem określając jednoznacznie w SIWZ obowiązek jego złożenia, Zamawiający nadał mu charakter wymogu istotnego, którego niedopełnienie przesądza o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

W ocenie Odwołującego, treść oferty Konsorcjum Thales oraz Wykonawcy Qumak są niezgodne z treścią SIWZ (Rozdziału I pkt 5 ppkt 5.2 PFU), co w konsekwencji powinno skutkować odrzuceniem tych ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

II.

Zgodnie z treścią I. Części Opisowej Programu Funkcjonalno Użytkowego (str. 8 PFU), przedmiotem zamówienia jest kontrakt modernizacji linii w warstwie sterowania i kierowania ruchem kolejowym obejmujący odcinek od stacji Warszawa Okęcie do stacji Radom wraz z tymi stacjami i szlakami stycznymi do tego odcinka linii. Ponadto, przedmiotowy projekt zakłada włączenie do zdalnego sterowania urządzeń zbudowanych w Etapie I modernizacji linii kolejowej nr 8 na odcinku Warszawa Zachodnia - Warszawa Okęcie wraz z łącznicą do lotniska Okęcie w ramach projektu POLiŚ 7.1-18 Modernizacja linii kolejowej nr 8, budowa łącznicy do lotniska Okęcie (od przystanku osobowego Służewiec do stacji MPL Okęcie).

7

Zamawiający wskazał, iż kontrakty realizowane w ramach Etapu II modernizacji linii kolejowej nr 8 finansowane będą z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2007 - 2013 (dalej jako „POLiŚ”). Zamawiający podkreślił w SIWZ (str. 8 PFU): „Zasadą Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko na lata 2007 - 2013 jest zachowanie trwałości zrealizowanego projektu. W związku z powyższą zasadą i faktem, że część urządzeń sterowania ruchem kolejowym (dalej jako „srk”), które będą włączone do Lokalnego Centrum Sterowania (dalej jako „LCS”) Warszawa Okęcie zostały wybudowane w Etapie I zaleca się ich wykorzystanie w niniejszym kontrakcie.”

W Załączniku nr 1 do PFU Zamawiający przedstawił Wykaz urządzeń sterowania ruchem kolejowym zabudowanych w ramach Etapu I na stacji Warszawa Okęcie zalecanych do wykorzystania w Etapie II (strona 8, PFU). W Rozdziale 3 pkt 2 Tabela 3.1. (modernizacja stacyjnych urządzeń srk w obszarze LCS Warszawa Okęcie) pozycja 2 PFU (strona 45 PFU) Zamawiający także określił, iż zakres modernizacji urządzeń srk na stacji Warszawa Okęcie obejmuje włączenie do zależności i sterowania miejscowego jak i do LCS urządzeń budowanych w ramach Etapu I związanego z dojazdem do lotniska. Jak zostało wskazane w ww. tabeli w zakres przedmiotowego zamówienia wchodzi budowa w nowym budynku komputerowych urządzeń srk zapewniających m.in. centralizację 49 zwrótnic wybudowanych w ramach niniejszego kontraktu i 13 zwrótnic wybudowanych w I Etapie. Zamawiający podkreślił, iż zakłada wykorzystanie urządzeń wybudowanych w Etapie I. Wskazał również, iż cały obszar stacji Warszawa Okęcie powinien być objęty jednolitym systemem zależnościowym.

W trakcie realizacji Etapu I dla stacji Warszawa Okęcie zostały wykorzystane systemy

urządzeń komputerowych MOR - 3 produkcji Odwołującego, tj. Zakładów Automatyki „KOMBUD” S.A. Stosownie do zasady POliŚ, tj. zasady zachowania trwałości zrealizowanego projektu, urządzenia zabudowane w I Etapie powinny zostać wykorzystane w II Etapie niniejszego przedsięwzięcia. W związku z powyższym, jeżeli w I Etapie zostały zabudowane systemy urządzeń komputerowych MOR-3 produkcji Odwołującego, Wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, chcąc złożyć ofertę zgodną z treścią SIWZ oraz ww. zasadą POliŚ winni zaproponować w swoich ofertach system urządzeń komputerowych MOR-3 produkcji Odwołującego. Jednocześnie, stosownie do treści punktu 15. ppkt 15.1. lit. k) Instrukcji dla Wykonawców (str. 19; dalej jako „IDW”) kompletna oferta musiała zawierać wykaz urządzeń sterowania ruchem kolejowym i DSAT przewidzianych do zabudowy w ramach zamówienia - wzór wykazu stanowi Załącznik nr 12 do IDW.

8

W ofercie Konsorcjum Thales, w Załączniku nr 12 do IDW (strony 111 - 113 oferty) znalazło się oświadczenie, że Konsorcjum Thales zastosuje m.in. następujące typy urządzeń:

1. System zdalnego sterowania i kierowania ruchem - system zdalnego sterowania typu Command 900 (punkt 1 Załącznika nr 12).
2. System urządzeń stacyjnych - urządzenie stacyjne komputerowe typu ESTW L90 5 (punkt 2 Załącznika nr 12).
3. System sygnalizacji przejazdowej (punkt 5 Załącznika nr 12 do IDW):
 - a) System zabezpieczenia przejazdu kategorii A typu RHR-A lub
 - b) Urządzenie sygnalizacji przejazdowej typu SPR-2 lub
 - c) System zabezpieczenia przejazdu kolejowego kat. A typu BUES 2000A.
4. Systemy samoczynnej sygnalizacji przejazdowej (punkt 6 Załącznika nr 12 do IDW):
 - a) Samoczynna sygnalizacja przejazdowa typu RASP-4Ft lub
 - b) Samoczynna sygnalizacja przejazdowa typu SPA-5 lub
 - c) System automatyki przejazdowej typu BUES 2000.
5. Systemy samoczynnej blokady liniowej (punkt 7 Załącznika nr 12 do IDW):
 - a) Urządzenia stacyjne komputerowe typu ESTW L90 5 lub
 - b) Elektroniczna samoczynna blokada liniowa ESBL-2000 lub/i
 - c) Komputerowy system samoczynnej blokady liniowej typu SHL-12.
6. Napęd rogatek (punkt 12 Załącznika nr 12 do IDW):
 - a) Napęd rogatek typu EEG-1 lub
 - b) Napęd rogatek typu EEG-3 lub
 - c) System zabezpieczenia przejazdu kategorii A typu RHR-A lub
 - d) Samoczynna sygnalizacja przejazdowa typu RASP-4Ft lub
 - e) System zabezpieczenia przejazdu kolejowego kat. A typu BUES 2000A lub
 - f) System automatyki przejazdowej typu BUES 2000.

W ofercie Qumak w treści Załącznika nr 13 do IDW (strona 36-39 oferty) znalazło się oświadczenie, że Qumak zastosuje m.in. następujące typy urządzeń:

1. System zdalnego sterowania i kierowania ruchem - system zdalnego sterowania typu Command 900 (punkt 1 Załącznika nr 13).
2. System urządzeń stacyjnych - urządzenie stacyjne komputerowe typu ESTW L90 5 (punkt 2 Załącznika nr 13).
3. System sygnalizacji przejazdowej (punkt 5 Załącznika nr 13 do IDW):
 - a) System zabezpieczenia przejazdu kategorii A typu RHR-A lub
 - b) Urządzenie sygnalizacji przejazdowej typu SPR-2 lub

9

-
- c) System zabezpieczenia przejazdu kolejowego kat. A typu BUES 2000A.
 4. Systemy samoczynnej sygnalizacji przejazdowej (punkt 6 Załącznika nr 13 do IDW):
 - a) Samoczynna sygnalizacja przejazdowa typu RASP-4Ft lub
 - b) Samoczynna sygnalizacja przejazdowa typu SPA-5 lub
 - c) System automatyki przejazdowej typu BUES 2000.
 5. Systemy samoczynnej blokady liniowej (punkt 7 Załącznika nr 13 do IDW):
 - a) Urządzenia stacyjne komputerowe typu ESTW L90 5 lub

- b) Elektroniczna samoczynna blokada liniowa ESBL-2000 lub/i
- c) Komputerowy system samoczynnej blokady liniowej typu SHL-12.

6. Napęd rogatek (punkt 12 Załącznika nr 13 do IDW):

- a) Napęd rogatek typu EEG-1 lub
- b) Napęd rogatek typu EEG-3 lub
- c) System zabezpieczenia przejazdu kategorii A typu RHR-A lub
- d) Samoczynna sygnalizacja przejazdowa typu RASP-4Ft lub
- e) System zabezpieczenia przejazdu kolejowego kat. A typu BUES 2000A lub
- f) System automatyki przejazdowej typu BUES 2000.

Po dokonaniu analizy wykazu urządzeń systemów srk, łączności, DSAT oraz innych przewidzianych do zabudowy w ramach zamówienia, Odwołujący podniósł, że oferowane urządzenia są tożsame w obydwu ofertach (Konsorcjum Thales jak i Wykonawca Qumak).

Ad. 1. i Ad. 2.

Zgodnie z art. 23 ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (Dz. U. Nr 86, poz. 789 ze zm), zarządca infrastruktury, PKP PLK S.A. może eksploatować tylko urządzenia przeznaczone do prowadzenia ruchu kolejowego, na które Prezes Urzędu Transportu Kolejowego (Prezes UTK) wydał świadectwo dopuszczenia typu do eksploatacji. Ma to zasadnicze znaczenie, bowiem spółka PKP PLK S.A. jest odpowiedzialna za zarządzanie publiczną infrastrukturą kolejową. PKP PLK S.A. udostępniania linie kolejowe przewoźnikom jak i prowadzi ruch kolejowy. To, iż dany typ urządzenia planowanego do zabudowy na sieci PKP musi posiadać stosowny certyfikat (świadectwo) wydany przez Prezesa UTK ma zasadnicze znaczenie w kwestii bezpieczeństwa użytkowników i podróżujących. W kwestii bezpieczeństwa na kolei nie może być żadnych wątpliwości. Aby dane urządzenie mogło otrzymać stosowne świadectwo dopuszczenia do eksploatacji wydane przez Prezesa UTK, producent danego urządzenia zobowiązany jest załączyć do wniosku szereg dokumentów, w tym dokumenty natury technicznej, które jednoznacznie określają parametry techniczne urządzenia, konfigurację sprzętową oraz zakres dopuszczalnych zmian jak i możliwości

10

techniczne powiązania się z innymi typami urządzeń opisanymi w Dokumentacji Techniczno Ruchowej (DTR). Dokumentacja Techniczno Ruchowa konkretnego typu urządzenia przeznaczonego do prowadzenia ruchu kolejowego czy systemu samoczynnej sygnalizacji przejazdowej stanowi w rezultacie załącznik do świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu urządzeń przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego, które ewentualnie wydał Prezes UTK po dokonaniu wnikliwej analizy zgodności i bezpieczeństwa załączonych do wniosku o wydanie takiego świadectwa dokumentów. Każde wydane świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu urządzenia w swojej treści zawiera min. wskazanie numeru, wersji oraz daty sporządzenia konkretnej dokumentacji - DTR. Dokumentacja Techniczno Ruchowa (DTR) zawiera informacje dotyczące platformy sprzętowej, funkcjonalności, konfiguracji oraz zakres dopuszczalnych zmian urządzenia przeznaczonego do prowadzenia ruchu kolejowego. Informacje zawarte w Dokumentacji Techniczno Ruchowej (DTR) konkretnego urządzenia stanowią niezbędne źródło wiedzy m.in. dla wykonawców, biur projektowych czy zarządców infrastruktury. Dokumentacja Techniczno Ruchowa jest niezwykle istotna ponieważ to właśnie ona umożliwia weryfikację czy dany typ urządzenia może być stosowany w wymaganym zakresie określonym w projekcie przez Inwestora. Istotną kwestią jest fakt, iż przedmiot niniejszego zamówienia jest również powiązany z innym realizowanym projektem, tj. Modernizacją linii kolejowej nr 8. Etap I: Ode. Warszawa Zachodnia -Warszawa Okęcie i budowa łącznicy Warszawa Służewiec - lotnisko Okęcie. Faza 3: prace budowlane na łącznicy, w ramach Projektu: Nr POIiŚ 7.1-18: „Modernizacja linii kolejowej nr 8, budowa łącznicy lotniska Okęcie (od przystanku osobowego Służewiec do stacji MPL Okęcie)”, bowiem, zgodnie z Programem Funkcjonalno-Użytkowym, str. 4, z LCS Warszawa Okęcie sterowane i kontrolowane będą 4 posterunki ruchowe z centralizacją około 114 zwrotnic (3 posterunki modernizowane w ramach tego projektu i 1 posterunek zmodernizowany w ramach Etapu I, który jest innym zadaniem inwestycyjnym, realizowanym w ramach odrębnego zlecenia). W ramach tego „odrębnego zlecenia”, tj. Modernizacja linii kolejowej nr 8. Etap I: Ode. Warszawa Zachodnia -Warszawa Okęcie i budowa łącznicy Warszawa Służewiec - lotnisko Okęcie. Faza 3: prace budowlane na łącznicy, w ramach Projektu: Nr PONŚ 7.1-18: „Modernizacja linii kolejowej nr 8, budowa łącznicy lotniska Okęcie (od przystanku osobowego Służewiec do stacji MPL Okęcie)” zabudowany został system

MOR-3, którego producentem jest Odwołujący.

Urządzenia zaoferowane przez Konsorcjum Thales oraz Oumak w treści ofert nie są w stanie (zgodnie z opinią Instytutu Kolejnictwa Praca nr 4502.01/10) zostać powiązane z zainstalowanym w „odrębnym zleceniu” urządzeniem MOR-3, ponieważ nie istnieje

11

rozwiązanie techniczne, które by to umożliwiło, a firma Thales jak i Oumak nie uzgodniły z firmą Z.A. Kombud S.A. żadnych zasad współpracy zarówno handlowej jak i technicznej nie kontynuując korespondencji w tej sprawie (pismo nr K/SP/677/2011 z dnia 03.11.2011 r). Ponadto w ramach zadania „Modernizacja linii kolejowej nr 8, budowa łącznicy lotniska Okęcie (od przystanku osobowego Służewiec do stacji MPL Okęcie)” zabudowane zostały napędy zwrotnicowe S700K/KM (nr świadectwa UTK U/2005/1506) z 6 przewodowym obwodem kontrolno-nastawczym typu N86-K/P-S (nr świadectwa UTK U/2002/0175), a podłączone do urządzeń MOR-3, nie istnieje rozwiązanie techniczne pozwalające na sterowanie poprzez ESTW L90 5 napędami zwrotnicowymi z zastosowanym obwodem kontrolno-nastawczym.

Podobna sytuacja jest z sygnalizatorami LST-5R (nr świadectwa UTK U/2001/0205), które zostały zabudowane w ramach ww. zadania i sterowane są napięciem znamionowym 110VAC, nie istnieje rozwiązanie techniczne pozwalające na ich sterowanie poprzez system ESTW L90 5, który do sterowania używa napięcia 230VAC.

Zważywszy na ekspertyzę pt.: "OPINIA o współpracy systemów sterowania ruchem kolejowym oraz systemów zdalnego sterowania i kierowania ruchem kolejowym produkcji firmy Z.A. „KOMBUD” S.A. z systemami innych producentów” opracowaną przez Instytut Kolejnictwa, gdzie we wnioskach końcowych czytamy: "Ze względu na wymagania techniczne oraz wymagania bezpieczeństwa nie jest możliwe opracowanie i włączenie do eksploatacji interfejsów pomiędzy systemami sterowania ruchem kolejowym wytwarzanymi przez różnych producentów bez ich ścisłej, merytorycznej współpracy. Zasada ta dotyczy wszystkich systemów i urządzeń sterowania ruchem kolejowym, a w analizowanym przypadku odnosi się do systemów produkowanych przez firmę ZA „KOMBUD” S.A. Zasada ta odnosi się również w całej rozciągłości do przypadku, gdy zachodzi potrzeba powiązania dwóch dowolnych systemów sterowania ruchem kolejowym, różnych producentów, a jeden z nich znajduje się już w eksploatacji. W tym przypadku, oprócz koniecznej współpracy przy opracowywaniu interfejsu, konieczna jest rozbudowa i wymiana oprogramowania eksploatowanego obiektu, wykonanie czego, może być powierzone jedynie producentowi tego systemu. Wszelkie prace związane z rozszerzeniem możliwości współpracy systemów produkcji firmy Z.A. „KOMBUD” S.A. muszą być prowadzone we współpracy z tą firmą. Prowadzenie prac rozwojowych jednostronnie bez udziału producenta urządzeń lub systemów mających współpracować z systemami firmy Z.A. „KOMBUD” S.A. nie może zagwarantować uzyskania wymaganego poziomu nienaruszalności bezpieczeństwa SIL-4, a tym samym pozytywnej opinii jednostki upoważnionej."

12

Z uwagi na powyżej przywołane okoliczności, należy uznać, iż Konsorcjum Thales jak i Oumak nie planując współpracy z firmą Kombud S.A. planują demontaż wcześniej zabudowanego systemu MOR-3, napędów zwrotnicowych oraz sygnalizatorów zainstalowanych w trakcie realizacji Etapu I dla stacji Warszawa Okęcie i zastąpienie ich własnymi urządzeniami w tym systemem zależnościowym ESTW L90 5.

Mając na uwadze postanowienia SIWZ, o których mowa powyżej (str. 8 PFU), jak również w Rozdziale 3 Tabela 3.1. (modernizacja stacyjnych urządzeń srk w obszarze LCS Warszawa Okęcie) pkt 2 PFU (str. 45 PFU) oraz zasadę zachowania trwałości zrealizowanego projektu, którą wyraża Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko na lata 2007 - 2013, należy stwierdzić, iż co do zasady, każdy etap projektu zrealizowany i sfinansowany w ramach POIiŚ nie powinien być niweczony i niszczone w kolejnych etapach, lecz powinien być dalej kontynuowany i rozbudowywany.

Ponadto sposób wykonania przedmiotu zamówienia, który oferuje Konsorcjum Thales oraz Oumak nie został dopuszczony przez Zamawiającego w treści dokumentacji właściwej dla niniejszego postępowania. Świadczy o tym np. odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 13 do

treści SIWZ, które brzmiało czy Zamawiający dopuszcza możliwość demontażu zainstalowanych w Etapie I przebudowy stacji Warszawa Okęcie komputerowych urządzeń srk, sterujących także zwrotnicami i sygnalizatorami MPL Okęcie i powiązanych także z urządzeniami ochrony p-poż. w tunelu i zastąpienie ich innymi realizującymi te funkcje. Zamawiający odpowiedział, iż treść specyfikacji jest jednoznaczna. Zasadą Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko na lata 2007 - 2013 jest zachowanie trwałości projektu. Dalej Zamawiający wyjaśnił, iż zadaniem Wykonawcy będzie takie zaprojektowanie i wybudowanie urządzeń srk, tk, DSAT i innych (np. urządzeń ochrony ppoż., dostępu i sygnalizacji włamania), aby zapewnić sterowanie ruchem kolejowym na stacjach i szlakach oraz szlakach przyległych, zgodnie z zapisami PFU. Powyższa odpowiedź świadczy, że intencją Zamawiającego było zachowanie trwałości projektu, tj. wyposażenie stacji Warszawa Okęcie w całości w komputerowe urządzenia stacyjne MOR-3, które są już zabudowane w okręgu nastawczym obejmujący głowicę od strony posterunku odgałęźnego Al. Jerozolimskie. W związku z powyższym treść SIWZ czytana łącznie z treścią odpowiedzi na pytania wykonawców przesądza, że Zamawiający nie przewidział możliwości demontowania zainstalowanych już urządzeń i zastępowania ich innymi. A taka właśnie sytuacja musiałaby mieć miejsce w przypadku zastosowania w trakcie realizacji przedmiotowego zamówienia urządzeń stacyjnych komputerowych typu ESTW L90 5, oferowanych przez Konsorcjum Thales oraz Oumak. Ponadto, Zamawiający wyraźnie wskazał, że zadaniem Wykonawcy

13

będzie takie zaprojektowanie i wybudowanie urządzeń srk. aby zapewnić sterowanie ruchem kolejowym na stacjach i szlakach oraz szlakach przyległych, zgodnie z zapisami PFU. Zaoferowane przez Konsorcjum Thales oraz Qumak rozwiązanie, o którym mowa powyżej tj. komputerowe urządzenie stacyjne typu ESTW L90 5, nie spełnia wyżej opisanych oczekiwań Zamawiającego. Zatem w tym zakresie treść oferty Konsorcjum Thales jest niezgodna z treścią SIWZ, co powinno skutkować odrzuceniem tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,

Niezależnie od powyższego, należy zaznaczyć, iż z LCS Warszawa Okęcie ma być sterowany również posterunek odgałęźny Aleje Jerozolimskie, gdzie również został wcześniej zabudowany system zależnościowy MOR-3, produkcji Odwołującego. Sterowanie tym posterunkiem przy pomocy systemu zdalnego sterowania Command 900 wymaga opracowania odpowiedniego interfejsu, co jest niemożliwe bez udziału producenta systemu MOR-3, tj. Odwołującego. Tymczasem Konsorcjum Thales zaniechało negocjacji z producentem systemu MOR-3 na temat ewentualnych warunków i gwarancji opracowania takiego systemu, zaś Qumak takich w ogóle negocjacji nie podjął co pozwala wnioskować, że również dla obiektu Warszawa Aleje Jerozolimskie Konsorcjum Thales jak i Qumak przewidują wymianę systemu MOR-3 na system ESTW L90 5. To, że urządzenia budowane w ramach niniejszego zamówienia muszą posiadać techniczną możliwość powiązania z istniejącymi urządzeniami budowanymi w ramach I etapu Warszawa Okęcie jest oczywiste i wprost wynika z dokumentów przetargowych. Z treści świadectw typów urządzeń zaproponowanych w treści oferty przez Konsorcjum Thales jak i Qumak wynika niezbicie, iż nie ma możliwości technicznej na realizację tego oczekiwanego przez Zamawiającego wymogu, oferta Konsorcjum Thales jak i Qumak jest wobec powyższego niezgodna z SIWZ. Mając na uwadze powyższe, należy uznać, że oferty złożona przez Konsorcjum Thales oraz Wykonawcę Qumak są niezgodne z treścią I Części Opisowej PFU oraz Rozdziałem 3 pkt 2 tabela 3.1 pkt 2 PFU (strony 8, 45 PFU), co w konsekwencji powinno skutkować odrzuceniem ww. ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako ofert, których treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

Ad. 3.-Ad. 4. oraz Ad. 6.

W ofercie Konsorcjum Thales jako systemy zabezpieczenia przejazdów kategorii A wskazano m.in. systemy RHR-A (Ad. 3.), a jako system samoczynnej sygnalizacji przejazdowej m.in. RASP-4Ft (Ad. 4.). Systemy RHR-A oraz RASP-4Ft są również m.in. zaoferowane jako napęd rogatkowy (Ad. 6) Wymienione systemy są to urządzenia produkowane przez Odwołującego. Konsorcjum Thales zaniechało rozmów z producentem tych systemów, dotyczących

14

propozycji zakupu ww. systemów. W konsekwencji, Konsorcjum Thales nie uzyskało również stosownych ofert ani gwarancji dostawy wskazanych urządzeń od ich producenta, na mocy, których mogłoby składać skuteczne zobowiązanie, iż w realizacji przedmiotowego zamówienia wykorzysta systemy RHR-A oraz RASP-4Ft. Qumak przed datą złożenia oferty jak i do dnia dzisiejszego nie rozpoczął jakichkolwiek negocjacji z producentem tych systemów na temat warunków dostawy.

Oferowane urządzenia mogłyby spełniać warunki Zamawiającego jednak wyłącznie po uzyskaniu odpowiedniego porozumienia zawartego pomiędzy ww. Wykonawcą a Odwołującym, tj. Zakładami Automatyki „KOMBUD” SA, co jednak w przedmiotowej sytuacji nie miało miejsca. W rezultacie należy stwierdzić, że Konsorcjum Thales, oferuje urządzenia, których funkcjonalność jest niezgodna z zasadą zachowania trwałości projektu POLiŚ oraz oczekiwaniami Zamawiającego wyrażonymi w treści SIWZ. Powoduje to konieczność odrzucenia oferty Konsorcjum Thales na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

III

Zgodnie z informacjami zawartymi w treści Rozdziału 3 pkt 2 Tabela 3.1 (modernizacja stacyjnych urządzeń srk w obszarze LCS Warszawa Okęcie) i Tabela 3.2 (modernizacja stacyjnych urządzeń w obszarze LCS Radom) PFU [strony 44 - 49 PFU], w tym wprost 3.1.4 PFU mówiący: „-urządzenia powinny umożliwiać etapowe oddawanie ich do eksploatacji, - urządzenia powinny zapewniać możliwość zabudowy sterowania miejscowego stacjami i posterunkami w pełnej funkcjonalności i połączenia z LCS w końcowym etapie realizacji, - urządzenia muszą być zbudowane w sposób umożliwiający przebudowę związaną ze zmianami układu torowego stacji (włączenie do centralizacji dodatkowych rozjazdów, wyłączenie z centralizacji niektórych rozjazdów, dobudowa bądź demontaż sygnalizatorów, zmiany w przebiegach)”. Zamawiający bezwzględnie wymaga budowy komputerowych urządzeń srk zapewniających m.in. awaryjne sterowanie miejscowe. Ponadto, w odpowiedzi na pytanie 144 do treści SIWZ, Zamawiający oświadczył, iż oczekuje od wykonawcy zabudowy na każdej stacji niezależnych urządzeń zależnościowych oraz miejscowego stanowiska obsługi dla dyżurnego ruchu, zapewniającego możliwość miejscowego nastawiania zwrotnic i sygnałów przy braku komunikacji z urządzeniami LCS i stacjami sąsiednimi. W wymienione wymaganie zamawiającego jest jak najbardziej zasadne ze względu na etapowość prac i bardzo częste kradzieże kabli w tym transmisyjnych. Mając na uwadze świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typów urządzeń sterowania ruchem kolejowym typu Command 900 i typu ESTW L90 5 i co się z nimi nierozzerwalnie wiąże właściwe dokumentacje techniczno-ruchowe, bowiem zgodnie z § 6 rozporządzenia

Ministra Infrastruktury z dnia 30 kwietnia 2004 r. w sprawie świadectw dopuszczenia do eksploatacji typu budowli i urządzeń przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego oraz typu pojazdu kolejowego (Dz. U. Nr 103, poz. 1090 ze zm.), do wniosku, o wydanie świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu urządzenia, należy również dołączyć dokumentację techniczną, w tym warunki techniczne wykonania i odbioru, dokumentację techniczno-ruchową, opinie techniczne wydane przez innych zarządców infrastruktury, przewoźników kolejowych lub użytkowników bocznic kolejowych — w przypadku typów budowli, urządzeń lub pojazdów kolejowych już eksploatowanych, należy stwierdzić, iż zastosowanie zaoferowanego przez Konsorcjum Thales oraz Wykonawcę Qumak systemu zdalnego sterowania Command 900 oraz systemu urządzeń stacyjnych ESTW L90 5 nie spełnia wymaganych przez Zamawiającego rozwiązań technicznych dotyczących wymogu takiej konfiguracji budowanych komputerowych urządzeń srk, która zapewnia awaryjne sterowanie miejscowe poprzez zabudowę na każdej stacji niezależnych urządzeń zależnościowych oraz miejscowego stanowiska obsługi dla dyżurnego ruchu, zapewniającego możliwość miejscowego nastawiania zwrotnic i sygnałów przy braku komunikacji z urządzeniami LCS i stacjami sąsiednimi.

Ponadto oferowane przez Konsorcjum Thales oraz Wykonawcę Qumak system zdalnego sterowania Command 900 oraz system urządzeń stacyjnych ESTW L90 5 nie spełniają wymaganych przez Zamawiającego rozwiązań technicznych dotyczących wymogu takiej konfiguracji budowanych komputerowych urządzeń srk, która zapewnia awaryjne sterowanie miejscowe poprzez zabudowę na każdej stacji miejscowego stanowiska obsługi dla dyżurnego ruchu oraz niezależnych urządzeń zależnościowych (pracujących samodzielnie w ramach jednej stacji), zapewniającego możliwość miejscowego nastawiania zwrotnic

i sygnałów przy braku komunikacji z urządzeniami LCS. Sterowanie poszczególnymi stacjami należącymi do danego LCS w oferowanym przez Konsorcjum Thales oraz Qumak systemie odbywa się tylko zdalnie za pośrednictwem urządzeń komputerowych zabudowanych w LCS. Należy stwierdzić, iż zaproponowane przez Konsorcjum Thales oraz Qumak rozwiązanie nie zapewnia w przypadku braku komunikacji pomiędzy urządzeniami LCS a stacjami kolejowymi możliwości awaryjnego sterowania, przez co uniemożliwia prowadzenia ruchu pociągów bez ograniczeń. Wydaje się, iż Zamawiający PKP PLK S.A. powinien zdawać sobie sprawę z powyżej wskazanego braku możliwości awaryjnego sterowania miejscowego przez zaferowane systemy Konsorcjum Thales jak i Qumak, ponieważ system zdalnego sterowania Command 900 oraz system urządzeń stacyjnych ESTW L90 5, w obecnie znanych konfiguracjach, zastosowanych na linii kolejowej nr 356 Poznań - Wągrowiec, gdzie

16

nie zapewnia możliwości indywidualnego, awaryjnego sterowania miejscowego poszczególnymi stacjami tzn. miejscowego nastawiania zwrotnic i sygnałów w przypadku braku komunikacji z urządzeniami LCS.

Mając na uwadze powyżej opisane okoliczności w powiązaniu z faktem, iż zastosowanie sterowania miejscowego jest istotne, należy uznać, że oferty złożona przez Konsorcjum Thales oraz Qumak są niezgodne z treścią I Części Opisowej PFU oraz Rozdziałem 3 pkt 2 tabela 3.1 pkt 2 PFU (strony 8, 45 PFU), co w konsekwencji powinno skutkować odrzuceniem ww. ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako ofert, których treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

IV A.

Zgodnie z treścią Rozdziału 8. pkt 8.2. ppkt 8.2.2 SIWZ Tomu I IDW (str. 7 IDW) Zamawiający wskazał, iż zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia. W zakresie ww. warunku, Zamawiający wymagał wskazania przez Wykonawcę wykonania w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie jednego lub więcej zamówień obejmujących co najmniej:

- 40 km robót telekomunikacyjnych na szlakach kolejowych, -
wyposażenia 3 obiektów stacyjnych w urządzenia telekomunikacyjne,
- systemu zdalnego sterowania na magistralach lub pierwszorzędnych liniach kolejowych, przystosowanego do sterowania co najmniej 3 stacjami wyposażonymi w komputerowe systemy sterowania ruchem kolejowym o łącznej ilości minimum 80 zwrotnic,
- stacyjnych komputerowych systemów sterowania ruchem kolejowym na co najmniej 2 stacjach zlokalizowanych na magistralach lub pierwszorzędnych liniach kolejowych, w tym jedna o ilości minimum 40 zwrotnic,
- zabudowanie urządzeń ssp na 5 przejazdach kolejowych, -
zabudowanie urządzeń samoczynnej Blokady Liniowej na 5 szlakach (Rozdział 8 pkt 8.3 ppkt 8.3.1. IDW).

Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku, Zamawiający żądał wykazu wykonanych - w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - robót, o których mowa w punkcie 8.3.1. z podaniem ilości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców robót, oraz dokumenty potwierdzające, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i

17

odebrane (sporządzone zgodnie z Załącznikiem nr 6 do IDW) [Rozdział 9 pkt 9.1 ppkt 9.1.3 lit. a) IDW].

Konsorcjum Thales załączyło do oferty ww. dokument wraz z dokumentami potwierdzającymi wykonanie zamówień w nim wskazanych zgodnie z zasadami sztuki budowlanej (strony 29 - 36 oferty). W treści Załącznika nr 6 do IDW - wykazu wykonanych przez Wykonawcę w okresie ostatnich 5 lat zamówień, Konsorcjum Thales wskazało, iż wykonało następujące zamówienia:

1. Zaprojektowanie i wykonanie Lokalnego Centrum Sterowania w Poznaniu

- zrealizowane w okresie od sierpnia 2005 r. do marca 2009 r. na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (pozycja nr 1 ww. Załącznika).
2. Zabudowę samoczynnej sygnalizacji przejazdowej wraz z zasilaniem i oświetleniem przejazdu zrealizowane w okresie od września 2008 r. do grudnia 2008 r. na rzecz Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Sp. z o.o. (pozycja nr 2 ww. Załącznika).
 3. Roboty na stacjach i szlakach, które obejmowały m.in. wykonanie powyżej 30 km robót telekomunikacyjnych na szlakach kolejowych zrealizowane w okresie od września 2007 r. do sierpnia 2009 r. na rzecz Strabag Sp. z o.o. (pozycja nr 3 ww. Załącznika).

Konsorcjum Thales w ww. Załączniku nr 6 do IDW w odniesieniu do zamówienia wskazanego w rzeczonym wykazie pod pozycją nr 1 wskazało, iż w zakres realizacji tego zamówienia wchodziło m.in. zabudowanie urządzeń ssp na 5 przejazdach kolejowych. Jednocześnie w dokumencie mającym potwierdzać, że omawiane zamówienie zostało wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej, wystawionym w dniu 2 października 2009 r. przez odbiorcę zamówienia, tj. PKP Polskie Linie Kolejowe SA, wskazano, co obejmował zakres niniejszego kontraktu (strona 32 Oferty Konsorcjum Thales). W zakresie tym nie wymienia się zabudowania urządzeń ssp na 5 przejazdach kolejowych.

Następnie Zamawiający pismem z dnia 08.02.2012 r. wezwał Konsorcjum Thales w trybie art. 26 ust. 4 ustawy, do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonej oferty. Zamawiający podniósł, iż „w przedmiotowej ofercie przedstawiono Wykaz wykonanych przez Wykonawcę w okresie ostatnich 5 lat zamówień między innymi - zabudowanie urządzeń ssp na 5 przejazdach kolejowych - patrz pozycja 1 Wykazu na stronie 30. Zgodnie z wiedzą jaką posiada Zamawiający w ramach niniejszego zadania nie zabudowano na żadnym przejeździe kolejowym Samoczynnej Sygnalizacji Przejazdowej”. Odwołujący podniósł, że mając na uwadze treść powyżej wskazanego wezwania do złożenia wyjaśnień należy zauważyć, iż Zamawiający doskonale wiedział, iż Konsorcjum Thales złożyło w swojej ofercie informacje

nieprawdziwe, bowiem roboty budowlane polegające na zabudowaniu urządzeń samoczynnej sygnalizacji przejazdowej na 5 przejazdach kolejowych przez Thales nie zostały wykonane jak wymagał tego Zamawiający w Rozdziale 8 pkt 8.3 ppkt 8.3.1. IDW W tym miejscu Odwołujący zwrócił uwagę, iż z posiadanych informacji wynika, iż Konsorcjum Thales w trakcie realizacji zamówienia dotyczącego zaprojektowania i wykonania Lokalnego Centrum Sterowania w Poznaniu zabudowało urządzenia przejazdowe na przejazdach kategorii A (sterowanie ręczne) na 5 przejazdach kolejowych (pismo nr DK-140A0/MS/02/2012 z dnia 05.03.2012r. które w żadnym wypadku nie mogą być traktowane, jako ssp (samoczynna sygnalizacja przejazdowa - działająca automatycznie), jak wymagał tego Zamawiający w Rozdziale 8 pkt 8.3 ppkt 8.3.1. IDW. Profesjonalnie działający podmiot w zakresie systemów sterowania ruchem kolejowym nie może nie rozróżniać urządzeń dla przejazdów kategorii A od urządzeń ssp, więc należy domniemywać, że chciał celowo wprowadzić w błąd Zamawiającego. Z treści pozostałych dokumentów dołączonych do oferty Konsorcjum Thales wynika, iż w zakres zamówienia wskazanego w Załączniku nr 6 do IDW pod pozycją nr 2 wchodziło m.in. zabudowanie urządzeń ssp tylko na 1 przejeździe kolejowym. Oznacza to, że Konsorcjum Thales nie potwierdziło spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale 8 pkt 8.3 ppkt 8.3.1. IDW, tzn. zabudowania urządzeń ssp na 5 przejazdach kolejowych. Następnie pismem z dnia 12.02.2012 r. Konsorcjum Thales w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego złożyło wyjaśnienia. Konsorcjum Thales wskazało, iż „w załączonym do oferty Wykazie wykonanych zamówień, w pozycji nr 1, zamówienie to obejmowało zabudowanie urządzeń samoczynnej sygnalizacji przejazdowej na 5 przejazdach kolejowych. Tymczasem w punkcie tym powinno być wskazane, że w ramach zadania objętego pozycją nr 1 Wykazu zabudowano urządzenia sygnalizacji przejazdowej na 5 przejazdach kolejowych”. Wraz z pismem Wykonawca złożył nowy Wykaz wykonanych zamówień usuwając zapis z wykazu wykonanych robót, (pozycja pierwsza), złożonego w dniu składania ofert, iż Konsorcjum Thales zabudowało urządzenia ssp na 5 przejazdach kolejowych a w to miejsce Konsorcjum Thales umieściło zapis „zabudowanie urządzeń sygnalizacji przejazdowej na 5 przejazdach kolejowych”. Konsorcjum Thales w piśmie z dnia 12.02.2012 r. złożyło oświadczenie, iż w rzeczywistości nie wykonało robót polegających na zabudowie urządzeń ssp na 5 przejazdach kolejowych, mimo, iż w swojej ofercie na str. 30 w poz. 1, oświadczyli, iż spełniają warunek udziału w postępowaniu polegający na wybudowaniu

urządzeń samoczynnej sygnalizacji przejazdowej na 5 przejazdach kolejowych. W ramach zadania „Modernizacja Poznańskiego Węzła Kolejowego na linii E-20” kontrakt nr ISPA/FS 2001/PL/16/P/PT/014-01 były realizowane prace polegające na zabudowie urządzeń na

19

przejazdach kategorii A - przejazdów obsługiwanych przez dróżnika na miejscu i jednego przejazdu obsługiwanego przez dróżnika z odległości (pismo nr DK-140A0/MS/02/2012 z dnia 05.03.2012r. przywołane wyżej). Nie można w żadnym wypadku urządzeń na przejazdach kategorii A stawiać na równi z systemami samoczynnej sygnalizacji przejazdowej (referencji w tym zakresie jednoznacznie żądał Zamawiający), ponieważ różnią się we wszystkim począwszy od logiki działania, zasad osiągania bezpieczeństwa, wyposażenia technicznego, systemów diagnostyki, reguł działania i postępowania personelu w sytuacjach awaryjnych. W przypadku urządzeń na przejazdach kategorii A o zamknięciu i otwarciu przejazdu decyduje człowiek a nie samodzielnie system jak to jest w przypadku ssp (samoczynnej sygnalizacji przejazdowej). W związku z otrzymaniem przez Zamawiającego wyjaśnień od Konsorcjum Thales w kwestii potwierdzenia informacji podniesionych przez Zamawiającego, iż rzeczywiście Konsorcjum Thales nie wybudowało urządzeń ssp na 5 przejazdach kolejowych, pismem datowanym na dzień 22.02.2012 r. Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum Thales w trybie art. 26 ust.3 Pzp z prośbą o uzupełnienie oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Przepis art. 24 ust.2 pkt 3 Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Cytowana norma ma charakter bezwzględnie zatem obowiązujący przepis wykluczający, zobowiązuje Zamawiającego Konsorcjum Thales z postępowania, zwłaszcza, gdy zarzut podania nieprawdziwych informacji znalazł potwierdzenie w wyjaśnieniach Konsorcjum Thales z dnia 12.02.2012 r. stanowiących oświadczenie, iż Konsorcjum Thales nie wykonało robót polegających na zabudowaniu urządzeń ssp na 5 przejazdach kolejowych, zamieszczonych w wykazie wykonanych robót w swojej ofercie str. 30, pozycja 1 oferty. W odniesieniu do dokumentu zawierającego informację nieprawdziwą nie można uznać, iż ma się do czynienia z błędem. W tym przypadku nie może być absolutnie mowy o jakimkolwiek błędzie zwłaszcza, że przedmiotowa sprawa dotyczy podmiotu profesjonalnie działającego na rynku kolejowym w kontekście urządzeń, które muszą zapewniać pełne bezpieczeństwo po wybudowaniu użytkownikom. Co do zasady niewykazanie się przez wykonawcę wymaganym przez zamawiającego doświadczeniem powinno skutkować wezwaniem go do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie, potwierdzających spełnianie określonego warunku. Jednakże zasada ta doznaje ograniczenia w sytuacji, gdy wykonawca w celu wykazania się wymaganym doświadczeniem świadomie podaje nieprawdziwe informacje. W takim przypadku zamawiający ma obowiązek wykluczyć takiego wykonawcę z postępowania

20

na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Stosownie do postanowień art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. I z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu. Konsorcjum Thales w odniesieniu do zamówienia wskazanego w Załączniku nr 6 do IDW pod pozycją nr 1 Konsorcjum Thales w pełni świadomie oświadczyło nieprawdę. Norma prawna wyrażona w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nakazuje Zamawiającemu bezwzględne wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy jeśli w toku tegoż postępowania złożone zostały, przez tego wykonawcę, nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Aby została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp musi zostać spełnione łącznie kilka przesłanek: musi dojść do złożenia nieprawdziwych informacji, informacje te winny zostać złożone przez wykonawcę w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp, złożenie nieprawdziwych informacji musi nastąpić w toku postępowania o udzielenie zamówienia w rozumieniu art. 2 pkt 7a ustawy Pzp, złożenie nieprawdziwych informacji musi mieć wpływ lub może mieć wpływ na wynik tego postępowania. Biorąc pod

uwagę powyższe wypełnienie hipotezy normy prawnej uregulowanej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. instytucji wykluczenia wykonawcy z postępowania ma miejsce jeżeli złożone w toku prowadzonego postępowania, przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia, informacje są niezgodne z faktami i ich złożenie ma lub może mieć wpływ na wynik postępowania. Za nieprawdziwe mogą zostać uznane takie informacje, które są niezgodne z faktami i przedstawiają odmienny od rzeczywistości stan rzeczy. Tym samym informacje nieprawdziwe to takie, które odmiennie prezentują istniejący stan rzeczy mogąc wywołać u odbiorcy, do którego są kierowane, mylne wyobrażenie o istotnych dla tego podmiotu okolicznościach i faktach. Konsorcjum Thales złożyło nieprawdziwą informację na str. 30 swojej oferty, poz. 1, oświadczając, iż wykonało zabudowanie urządzeń ssp na 5 przejazdach kolejowych w ramach zamówienia „Modernizacja Poznańskiego Węzła Kolejowego (linia E-20) w Polsce - wykonanie projektu i budowy sygnalizacji”. Podniósł ten fakt zarówno Zamawiający w piśmie z dnia z dnia 08.02.2012 r. skierowanym do Konsorcjum Thales, w którego treści wezwał Konsorcjum Thales w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonej przez nich oferty. Zamawiający podniósł, iż „Zgodnie z wiedzą jaką posiada Zamawiający w ramach niniejszego zadania nie zabudowano na żadnym przejeździe kolejowym Samoczynnej Sygnalizacji Przejazdowej”. Powyższe potwierdził sam Wykonawca - Konsorcjum Thales, w treści pisma z

21

dnia 12.02.2012 r. skierowanego do Zamawiającego, gdzie Konsorcjum Thales wskazało, iż „w załączonym do oferty Wykazie wykonanych zamówień, w pozycji nr 1, zamówienie to obejmowało zabudowanie urządzeń samoczynnej sygnalizacji przejazdowej na 5 przejazdach kolejowych. Tymczasem w punkcie tym powinno być wskazane, że w ramach zadania objętego pozycją nr 1 Wykazu zabudowano urządzenia sygnalizacji przejazdowej na 5 przejazdach kolejowych”. Mając na uwadze powyższe okoliczności jak również SIWZ (pkt 8.3.1, str. 7 Instrukcji dla Wykonawców), gdzie Zamawiający wymagał aby Wykonawcy w ramach doświadczenia zawodowego wykazali się, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie zrealizowali jedno lub więcej zamówień obejmujących m.in. co najmniej zabudowanie urządzeń ssp na 5 przejazdach kolejowych, należy zauważyć, iż podanie takiej informacji w wykazie robót przez Konsorcjum Thales mogło mieć realny wpływ na wynik postępowania z uwagi na to, że to był jeden z warunków doświadczenia Wykonawcy, który musiał być spełniony, a poza tym oferta Konsorcjum Thales miała najniższą cenę. W przedmiotowej sytuacji, oświadczenie nieprawdy dotyczącej zabudowania urządzeń ssp na 5 przejazdach kolejowych podczas realizacji zamówienia polegającego na zaprojektowaniu i wykonaniu Lokalnego Centrum Sterowania w Poznaniu, skutkować powinno uznaniem, iż Konsorcjum Thales usiłowało potwierdzić spełnianie warunków udziału w postępowaniu i uzyskać przedmiotowe zamówienie przy pomocy nieprawdziwych informacji, w odniesieniu do których miało pełną świadomość ich nieprawdziwości. W związku z powyższym należy uznać, że Konsorcjum Thales nie wykazało spełniania warunku, o którym mowa w Rozdziale 8. pkt 8.2. ppkt 8.2.2 IDW, lecz celowo i świadomie oświadczyło nieprawdę w celu uzyskania niniejszego zamówienia. Bez wątpienia działanie takie miało wpływ na wynik przedmiotowego postępowania, gdyż doprowadziło do uznania przez Zamawiającego, iż Konsorcjum Thales spełnia warunki udziału w postępowaniu. Niewątpliwie jest, że przedstawione informacje w ofercie Konsorcjum Thales, potwierdzone dodatkowo pismem Zamawiającego z prośbą o wyjaśnienia jak i same wyjaśnienia Konsorcjum Thales w tej kwestii wskazują jednoznacznie na nieprawdziwość informacji przedłożonych w ofercie ze stanem rzeczywistym, a informacje te miały realny wpływ na wynik postępowania. Obowiązku zastosowania przez Zamawiającego w tym przypadku art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie zmienia fakt, że już po terminie składania ofert Konsorcjum Thales w odpowiedzi na prośbę Zamawiającego o złożenie stosownych wyjaśnień, zadane w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp (pismo znak: IRZRf-216-01/11-POLIŚ 7.1-19.1/47/11 z dnia 8 lutego 2012 r.) i dotyczące zakresu rzeczowego zamówienia referencyjnego (tj. pozycja 1 wykazu) samodzielnie uzupełniło wykaz

22

zrealizowanych zamówień, wskazując inne zamówienie na potwierdzenie warunku

wynikającego z punktu 8.3.1 SIWZ. Po tym fakcie Zamawiający podjął próbę konwalidacji powyższego uchybienia poprzez wezwanie Konsorcjum Thales do uzupełnienia wymaganego doświadczenia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Tymczasem działanie takie powinno zostać uznane za niedopuszczalne w świetle ww okoliczności skutkujących wykluczeniem wykonawcy z postępowania bez stosowania procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. IV B.

Wykonawca Qumak w ramach swojej oferty załączył wykaz (załącznik nr 6 do Instrukcji dla Wykonawców) tj. załącznik nr 6 do Instrukcji dla Wykonawców - wykaz odnoszący się do doświadczenia zawodowego, złożony w postępowaniu będącym przedmiotem odwołania. Wykonawca Qumak w przywołanym wykazie w ramach pozycji pierwszej przytoczył inwestycję obejmującą, (oferta Qumak, Załącznik nr 6 IDW, poz. 1, str. 80 oferty):

- 1) Zaprojektowanie i wykonanie Lokalnego Centrum Sterowania w Poznaniu, w tym m.in.:
 - wykonanie powyżej 40 km robót telekomunikacyjnych na szlakach kolejowych, - wykonanie wyposażenia 4 obiektów stacyjnych w urządzenia telekomunikacyjne,
 - wykonanie systemu zdalnego sterowania na magistralnych liniach kolejowych, przystosowanego do sterowania 4 stacjami wyposażonymi w komputerowe systemy sterowania ruchem kolejowym o łącznej ilości powyżej 80 zwrotnic,
 - wykonanie stacyjnych komputerowych systemów sterowania ruchem kolejowym na co najmniej 2 stacjach zlokalizowanych na magistralnych liniach kolejowych, w tym jedna o ilości powyżej 40 zwrotnic,
 - zabudowanie urządzeń ssp na 5 przejazdach kolejowych, - zabudowanie urządzeń Samoczynnej Blokady Liniowej na co najmniej 5 szlakach.

Wykonawca Qumak określiło, iż powyższa inwestycja mieści się w okresie czasowym od 08.2005 r. do 03.2009r., a Zamawiającym była PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.

Na potwierdzenie, że wskazane powyżej roboty budowlane zostały należycie wykonane Qumak załączył list referencyjny opatrzony datą 02.10.2009 r. wystawiony przez Inwestora - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Następnie Zamawiający pismem z dnia 08.02.2012 r. wezwał Qumak w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonej oferty. Zamawiający podniósł, iż „w przedmiotowej ofercie przedstawiono Wykaz wykonanych przez Wykonawcę w okresie ostatnich 5 lat zamówień między innymi - zabudowanie urządzeń ssp na 5 przejazdach kolejowych - patrz pozycja 1 Wykazu na stronie 80. Zgodnie z wiedzą jaką posiada Zamawiający w ramach niniejszego zadania nie zabudowano na żadnym przejeździe kolejowym Samoczynnej Sygnalizacji

Przejazdowej". Mając na uwadze treść powyżej wskazanego wezwania do złożenia wyjaśnień należy zauważyć, iż Zamawiający doskonale wiedział, iż Qumak złożył w swojej ofercie informacje nieprawdziwe, bowiem roboty budowlane polegające na zabudowaniu urządzeń samoczynnej sygnalizacji przejazdowej na 5 przejazdach kolejowych nie zostały wykonane. Następnie pismem z dnia 13.02.2012 r. Qumak w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego złożyło wyjaśnienia. Qumak wskazało, iż „w załączonym do oferty Wykazie wykonanych zamówień, w pozycji nr 1, wskazano, iż zadanie objęte listem referencyjnym z dnia 02 października 2009 r. na wykonanie Modernizacji Poznańskiego Węzła Kolejowego (linia E-20) w Polsce - wykonanie projektu i budowy sygnalizacji, obejmowało zabudowanie urządzeń samoczynnej sygnalizacji przejazdowej na 5 przejazdach kolejowych. Tymczasem w punkcie tym powinno być wskazane, że w ramach zadania wykonano urządzenia sygnalizacji przejazdowej na 5 przejazdach kolejowych". Wraz z niniejszym pismem Qumak złożył nowy Wykaz wykonanych zamówień usuwając zapis z wykazu wykonanych robót, (pozycja pierwsza), złożonego w dniu składania ofert, iż Qumak zabudowało urządzenia ssp na 5 przejazdach kolejowych, a w to miejsce Qumak umieściło zapis „zabudowanie urządzeń sygnalizacji przejazdowej na 5 przejazdach kolejowych". Qumak w piśmie z dnia 13.02.2012 r. złożyło oświadczenie, iż w rzeczywistości nie wykonało robót polegających na zabudowie urządzeń ssp na 5 przejazdach kolejowych, mimo, iż w swojej ofercie na str. 80 w poz. 1, oświadczył, iż warunek udziału w postępowaniu spełniają polegający na wybudowaniu urządzeń samoczynnej sygnalizacji przejazdowej na 5 przejazdach kolejowych. W związku z otrzymaniem przez Zamawiającego wyjaśnień od Qumak w/w kwestii, pismem datowanym na dzień 22.02.2012 r. Zamawiający zwrócił się do Qumak w trybie art. 26 ust.3 Pzp z prośbą o uzupełnienie oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Qumak pismem z dnia 24.02.2012 r. przedłożyło w odpowiedzi na wezwanie

Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, ponownie Wykaz wykonanych zamówień, uwzględniające zadania obejmujące wykonanie wymaganej przez Zamawiającego liczby urządzeń ssp. Na potwierdzenie, że zadania te zostały wykonane należycie, Qumak przedłożyło również stosowne referencje. Następnie Zamawiający pismem z dnia 02.03.2012 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej. Za najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy - Konsorcjum Thales.

Przepis art. 24 ust.2 pkt 3 Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Cytowana norma ma charakter bezwzględnie obowiązujący, zatem obowiązujący przepis zobowiązuje Zamawiającego wykluczyć Qumak z

24

postępowania, zwłaszcza, gdy zarzut podania nieprawdziwych informacji znalazł potwierdzenie w wyjaśnieniach Qumak z dnia 13.02.2012 r. stanowiących oświadczenie, iż Qumak nie wykonało robót polegających na zabudowaniu urządzeń ssp na 5 przejazdach kolejowych, zamieszczonych w wykazie wykonanych robót w swojej ofercie str. 80, pozycja 1 oferty.

Biorąc pod uwagę powyższe, Wykonawcy - Konsorcjum Thales oraz Qumak podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a w konsekwencji jego oferta powinna zostać uznana - na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp - za podlegającą odrzuceniu.

V.

Jednocześnie nawet gdyby hipotetycznie założyć, że Konsorcjum Thales oraz Qumak w zakresie opisanego w pkt III niniejszego odwołania warunku mogli dokonać uzupełnienia wykazu o odpowiedni warunek referencyjny polegający na realizacji zabudowaniu urządzeń ssp na 5 przejazdach kolejowych to także to uzupełnienie nie spełnia warunku określonego w postanowieniach Rozdziału 8 pkt 8.2. ppkt 8.2.2 SIWZ Tomu I IDW (str. 7 IDW).

Zamawiający wymagał wskazania przez Wykonawcę wykonania w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie jednego lub więcej zamówień obejmujących co najmniej 6 konkretnych realizacji (wymienionych w pkt III odwołania - str. 12), a wśród nich zabudowanie urządzeń ssp na 5 przejazdach kolejowych. Tymczasem uzupełnione przez obu wykonawców Konsorcjum Thales (pismami: nr W/40/2012 z dnia 12.02.2012r. oraz nr W/67/2012 z dn. 27.02.2012r.) Wykonawcy Qumak (pismo z dn. 13.02.2012r. i z dn. 22.02.2012r.) wykazy wraz z referencjami zawierają następujące (tożsame) katalogi zrealizowanych zamówienia m.in.:

- poz. 2 zabudowa samoczynnej sygnalizacji przejazdowej wraz z zasilaniem i oświetleniem przejazdu w tym min.: - zabudowa urządzeń ssp na 1 przejeździe kolejowym (Zamawiający Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Sp. z o.o.,
- poz. 4 - zabudowa urządzeń ssp na 3 przejazdach kolejowych odcinek kolejowy; Kmov-Jindrichov (Zamawiający Centrum Zarządzania Ruchem Kolejowym organ państwowy - Centrum Zarządzania Ruchem Ostrawa),
- poz. 5 - zabudowa urządzeń ssp na 3 przejazdach kolejowych odcinek kolejowy: Olomouc-Kmov, Suchdol n. 0.-Budisov n.B, Studenka- Bilovec (Zamawiający Centrum Zarządzania Ruchem Kolejowym organ państwowy - Centrum Zarządzania Ruchem Ostrawa),

25

-
- poz. 6 - zabudowa urządzeń ssp na 1 przejeździe kolejowym odcinek kolejowy: linia nr 6 km 215,5 (Zamawiający PKP PLK SA),
 - poz.7 - zabudowa urządzeń ssp na 3 przejazdach kolejowych odcinek kolejowy: linia nr 6 km 167,064 126,360, linia nr 40 km 66,350 (Zamawiający PKP PLK SA),
 - poz. 8 - zabudowa urządzeń ssp na 1 przejeździe kolejowym odcinek kolejowy: linia nr 6 km 169,010 (Zamawiający PKP PLK SA.),
 - poz. 9 - zabudowa urządzeń ssp na 1 przejeździe kolejowym odcinek kolejowy: linia nr 40 km 35,349 (Zamawiający PKP PLK SA.),
 - poz. 10 - zabudowa urządzeń ssp na 2 przejazdach kolejowych odcinek kolejowy: linia

nr 14 km 8,157, linia nr 25 km 43,754 (Zamawiający PKP PLK SA.).

Z analizy powyższych zamówień niezbiecie wynika, że na żadnym z referencyjnych zamówień Wykonawcy nie zrealizowali zabudowania urządzeń ssp na 5 przejazdach kolejowych. O ile z w/w punktu SIWZ wynikała możliwość realizacji poszczególnych wskazanych zadań w jednym lub wielu zamówieniach (sumowanie zadań), to taka zasada nie dotyczyła już realizacji w ramach poszczególnych zadań, w tym przypadku zabudowania urządzeń ssp na 5 przejazdach kolejowych. Takie wymaganie określone przez Zamawiającego należy uznać za zasadne, gdyż w ramach niniejszego zamówienia należy zabudować ponad 50 przejazdów w tym w znacznej większości są to przejazdy typu ssp. Godzi się zauważyć, że ponowne uzupełnianie wykazu wraz z referencjami na zasadzie art. 26 ust 3 ustawy Pzp nie jest obecnie dopuszczalne, a tym samym obaj Wykonawcy nie spełnili warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe Konsorcjum Thales oraz Qumak podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a w konsekwencji ich oferty powinny zostać uznane - na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp - za podlegające odrzuceniu. VI.

Niezależnie od powyższych okoliczności świadczących o zaistnieniu ww. przesłanek wykluczenia Konsorcjum Thales z przedmiotowego postępowania, a także odrzucenia oferty Konsorcjum Thales należy zwrócić uwagę, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co dodatkowo wskazuje na zaistnienie przesłanki odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Zamawiający przed otwarciem ofert oświadczył, iż zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia 429.700.000,00 złotych netto. Jednocześnie Konsorcjum Thales

26

zaoferowało wykonanie ww. zamówienie za cenę 257.500.000,00 złotych netto. Kolejna oferta, tj. oferta Odwołującego, przewiduje realizację przedmiotowego zamówienia za cenę 319.507.186,00 złotych netto.

Cena, którą zaproponowało Konsorcjum Thales jest o 172.200.000,00 złotych niższa od wartości szacowanej przez Zamawiającego oraz o 62.007.186,00 złotych niższa od drugiej w kolejności oferty niepodlegającej odrzuceniu. Należy przywołać bezsporną okoliczność, iż Qumak w treści swej oferty potwierdził, iż zamierza zrealizować przedmiot zamówienia (Załącznik nr 13 do IDW strona 36-39 oferty) stosując te same typy i konfiguracje urządzeń jak Konsorcjum Thales w powiązaniu z identycznym deklarowanym terminem wykonania zamówienia oraz okresem gwarancji w treści ofert obu Wykonawców. Qumak zaoferowało wykonanie tego zamówienia za cenę 333 000 656,31 złotych netto czyli o 75 500 656,31 złotych netto wyższą niż cenę za którą realizację przedmiotowego zamówienia oferują Konsorcjum Thales (257.500.000,00 złotych netto.)

Fakt ten powinien wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, co do kwestii, czy cena zaoferowana przez Konsorcjum Thales jest to cena realistyczna i wiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Rozpatrując czy cena nie jest rażąco niska należy również wziąć pod uwagę czy istnieje możliwość realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku. Dodatkowo należy zaznaczyć, iż jak się wskazuje w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy, albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co grozi nienależytym wykonaniem zamówienia w przyszłości.

Stosownie do postanowienia zawartego w pkt 15. pakt 15.1. lit. a) IDW (str. 18 IDW) kompletna oferta musiała zawierać min. Formularz Ofertowy - wypełniony Załącznik nr 1 do IDW wraz z Załącznikiem Nr 2 do IDW oraz wypełnionym Rozbiciem Ceny Ofertowej - według Tomu IV SIWZ. Konsorcjum Thales przedłożyło ww. dokument i równocześnie zastrzegło jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje dotyczące rozbicia ceny ofertowej (strony 290 - 312 oferty Konsorcjum Thales). Również jako tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzeżone zostały wyjaśnienia Konsorcjum Thales odnośnie rażąco niskiej ceny, dokonane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp (pismo z dnia 16 stycznia 2012 r., nr W/16/2012). Odwołujący pragnie zauważyć, iż za cenę 257.500.000,00 złotych netto nie da się zrealizować niniejszego zamówienia w sposób prawidłowy, ponieważ jest to cena całkowicie oderwana od realiów rynkowych. Potwierdzeniem tej tezy jest fakt, iż Qumak zaoferowało wykonanie tego samego zamówienia za cenę 333 000 656,31 złotych netto. Odwołujący kierując się wieloletnim doświadczeniem w

branży kolejowej, zwraca uwagę, że za cenę oferowaną przez Konsorcjum Thales, wykonanie przedmiotowego zamówienia zgodnie z wszystkimi wymogami SIWZ nie jest możliwe. Tym bardziej, że wobec braku możliwości wykorzystania elementów infrastruktury, posiadanych już przez Zamawiającego (o których mowa w pkt II. niniejszego odwołania) zachodzić będzie konieczności ich wymiany przez Konsorcjum Thales na elementy nowe (co - jak już wcześniej wskazano - jest niezgodne z SIWZ), co się wiąże z dodatkowymi kosztami, które będzie musiało ponieść Konsorcjum Thales wobec braku faktycznych i prawnych możliwości wykorzystania istniejącej infrastruktury. Dodać należy, iż Zamawiający dokonując ustalenia wartości zamówienia winien zawsze odwoływać się do swego doświadczenia, a także czynić wcześniejsze starania mające na celu poznanie specyfiki rynku zamówień, związanej z przedmiotem danego zamówienia publicznego. W każdym przypadku, gdy cena zaproponowana przez Wykonawcę za wykonanie przedmiotu zamówienia jest rażąco niska, Zamawiający jest zobligowany do zwrócenia się do Wykonawcy o wskazanie obiektywnych czynników takich m.in. jak oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne (w przedmiotowym postępowaniu zasadnym byłoby zwrócenie uwagi na miejscowe sterowanie awaryjne, które jest elementem oferty w znacznym stopniu wpływającym na jej wartość), wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, które pozwolą na uzasadnienie zaoferowanej ceny za wiarygodną i rzetelną.

Konsekwencje zaproponowania rażąco niskiej ceny są bardzo daleko idące. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W przypadku zastosowania procedury wyjaśniającej, określonej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, stosownie do treści art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca również ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień, lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Biorąc po uwagę ww. zarzuty oraz argumenty na ich poparcie Odwołujący wnosi o uwzględnienie niniejszego odwołania.

13 marca 2012 roku do prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia złożone przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Thales Polska Sp. z o.o. (lider) z siedzibą w Poznaniu przy ulicy Zachodniej 15, 60-701 Poznań, Thales Transportation Systems GmbH z siedzibą w Niemczech, Lorenzstrasse 10, 70435

Stuttgart, Niemcy oraz Tracke A.S. z siedzibą w Czechach, Hlavkova nr 428/3, 702 00, Ostrawa – Moravska Ostrava a Privoz, Czechy. Zgłoszenie przystąpienia nastąpiło po stronie Zamawiającego a zgłaszający przystąpienie wniósł o oddalenie odwołania. 20 marca 2012 roku zgłaszający przystąpienie złożył *Pismo przystępującego do postępowania toczącego się w wyniku złożenia odwołani*. Pismo to zgłaszający przystąpienie przekazał Stronom postępowania odwoławczego. Zgłaszający przystąpienie podniósł w piśmie argumentację bezzasadności zgłoszonych w odwołaniu zarzutów.

15 marca 2012 roku do prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia złożone przez Qumak-Sekom" S.A. z siedzibą w Warszawie przy Al. Jerozolimskich 94, 00-807 Warszawa. Zgłoszenie przystąpienia nastąpiło po stronie Zamawiającego a zgłaszający przystąpienie wniósł o oddalenie odwołania.

20 marca 2012 roku Odwołujący złożył pismo z załączonymi dokumentami dla poparcia zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestników postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz uczestników postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 21 grudnia 2011 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co potwierdza dołączona do odwołania informacja potwierdzająca przesłanie odwołania.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.*

29

Nie znajduje uzasadnienia argumentacja podnoszona przez uczestników postępowania odwoławczego dotycząca braku interesu po stronie Odwołującego. Oferta Odwołującego nie została odrzucona z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz została sklasyfikowana, w oparciu o kryteria oceny ofert, na drugiej pozycji. Zgodnie z regulacją art. 179 ust. 1 uprawnionym do wniesienia odwołania jest wykonawca (i inne wskazane w przepisie podmioty), jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę. Niezbędnym dla skuteczności wniesienia odwołania jest wykazanie kumulatywnego spełnienia wymienionych przesłanek. Koniecznym do wykazania interesu w uzyskaniu danego zamówienia na etapie składania odwołania jest chociażby potencjalna możliwość uzyskania przez Odwołującego zamówienia. Taką potencjalną możliwość uzyskania zamówienia Odwołujący wykazał.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Thales Polska Sp. z o.o. (lider) z siedzibą w Poznaniu przy ulicy Zachodniej 15, 60-701 Poznań, Thales Transportation Systems GmbH z siedzibą w Niemczech, Lorenzstrasse 10, 70435 Stuttgart, Niemcy oraz Tracke A.S.z siedzibą w Czechach, Hlavkova nr 428/3, 702 00, Ostrawva – Moravska Ostrava a Privoz, Czechy. W trakcie posiedzenia Izby z udziałem Stron stwierdzono, po pierwsze, że Zamawiający – zgodnie z art. 185 ust 1 ustawy Prawo zamówień publiczne - *Zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub jest udostępniana specyfikacja, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego* - powiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wpłynięciu odwołania 12 marca 2012 roku; po drugie, że zgłoszenie przystąpienia Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Thales Polska Sp. z o.o. (lider) z siedzibą w Poznaniu przy ulicy Zachodniej 15, 60-701 Poznań, Thales Transportation Systems GmbH z siedzibą w Niemczech, Lorenzstrasse 10, 70435 Stuttgart, Niemcy oraz Tracke A.S.z siedzibą w Czechach, Hlavkova nr 428/3, 702 00, Ostrawva – Moravska Ostrava a Privoz, Czechy - wpłynęło w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, zgłaszający przystąpienie wskazał Stronę, po której zgłosili przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Strony, do której zgłosił przystąpienie. Zgłoszenie

30

przystąpienia doręczone zostało Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, a kopia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu, co Strony postępowania odwoławczego oświadczyły na posiedzeniu. Izba uznała, iż Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Thales Polska Sp. z o.o. (lider) z siedzibą w Poznaniu przy ulicy Zachodniej 15, 60-701 Poznań, Thales Transportation Systems GmbH z siedzibą w Niemczech, Lorenzstrasse 10, 70435 Stuttgart, Niemcy oraz Tracke A.S.z siedzibą w Czechach, Hlavkova nr 428/3, 702 00, Ostrawva – Moravska Ostrava a Privoz, Czechy stali się

uczestnikiem postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego Wykonawcę Qumak-Sekom" S.A. z siedzibą w Warszawie przy Al. Jerozolimskich 94, 00-807 Warszawa. W trakcie posiedzenia Izby z udziałem Stron stwierdzono, po pierwsze, że Zamawiający – zgodnie z art. 185 ust 1 ustawy Prawo zamówień publiczne - *Zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub jest udostępniana specyfikacja, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego* - powiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wpłynięciu odwołania 12 marca 2012 roku; po drugie, że zgłoszenie przystąpienia Wykonawcy Qumak-Sekom" S.A. z siedzibą w Warszawie przy Al. Jerozolimskich 94, 00-807 Warszawa. - wpłynęło w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, zgłaszający przystąpienie wskazał Stronę, po której zgłosili przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Strony, do której zgłosił przystąpienie. Zgłoszenie przystąpienia doręczone zostało Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, a kopia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu, co Strony postępowania odwoławczego oświadczyły na posiedzeniu. Izba uznała, iż Wykonawca Qumak-Sekom" S.A. z siedzibą w Warszawie przy Al. Jerozolimskich 94, 00-807 Warszawa stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu.

31

Izba dopuściła dowody złożone przez Odwołującego:

- analiza porównawcza ofert uczestników postępowania,
- wyciąg z PFU strony 45 na okoliczność wykazania, że wymagany jest demontaż oraz w pozycji 1 na okoliczność wykazania włączeń pewnych elementów z etapu pierwszego,
- pismo z 22 marca 2012 r. na okoliczność wykazania niedopuszczalności demontażu urządzeń zabudowanych w etapie pierwszym w kontekście zasady zachowania trwałości projektu - pytanie i pismo z 23 marca 2012 r. Centrum Unijnych Projektów Transportowych - odpowiedź,
- dwa pisma na okoliczność wykazania, że uczestnicy postępowania odwoławczego mieli możliwość zapoznania się z urządzeniami wbudowanymi w etapie pierwszym - Al. Jerozolimskie,
- pismo z 22 marca 2012 r. na okoliczność wykazania, że uczestnicy postępowania odwoławczego mieli możliwość zapoznania się z urządzeniami wbudowanymi w etapie pierwszym - Warszawa Okęcie,
- pismo złożone na okoliczność wykazania nieprawdziwych informacji w ofertach uczestników postępowania odwoławczego (opracowanie własne).

Izba dopuściła dowody złożone przez Konsorcjum Thales:

- informacje z odtajnionego fragmentu wyjaśnień zaferowanej ceny,
- kosztorys Likwidacji przejazdu kolejowego typu A według którego, realizacja likwidacji przejazdu kolejowego według poziomu cen SEKOCENBUD IV kwartał 2011 roku,
- zdjęcia pulpitów miejscowego sterowania, ze zrealizowanego przedsięwzięcia Poznań Górczyn w ramach modernizacji Poznańskiego Węzła Kolejowego,
- opinia o Systemie Command 900 po testach terenowych i badaniach eksploatacyjnych Politechniki Warszawskiej Wydziału Transportu, Zakład Sterowania Ruchem Kolejowym (Warszawa, styczeń 2009),

Zamawiający na rozprawie złożył pismo, w którym odniósł się do części stawianych w odwołaniu zarzutów oraz wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 roku o sygn. akt XXIII Ga 416/11.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron oraz uczestników postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

I.

Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Thales oraz oferty Wykonawcy Qumak na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...)* jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 z powodu niezgodności ofert tych wykonawców ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie niezłożonych harmonogramów prac projektowych (Rozdział I pkt 5 ppkt 5.2 Programu Funkcjonalno Użytkowego) nie jest zasadny. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że w treści złożonych ofert przez Konsorcjum Thales oraz Wykonawcę Qumak brak jest wymaganych przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia informacji. Odwołujący skupił swoją argumentację na wykazaniu, że brak jest w złożonych ofertach odrębnego dokumentu (harmonogramu prac projektowych), o którym mowa w Rozdziale I pkt 5 ppkt 5.2 Programu Funkcjonalno Użytkowego. Słusznie podniósł uczestnik postępowania odwoławczego Konsorcjum Thales, że w żadnym miejscu Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia nie zostało zawarte wymaganie złożenia harmonogramu prac projektowych w postaci odrębnego dokumentu. Jednocześnie zaznaczyć należy, że Zamawiający nie określił również jakie elementy ma zawierać harmonogram prac projektowych i jaki sposób ma być przygotowany. Tym samym, skoro Zamawiający nie określił wymagań co do harmonogramu prac projektowych nie było podstawy do negatywnej weryfikacji ofert Konsorcjum Thales oraz oferty Wykonawcy Qumak. Argumentacja Odwołującego oparta na tym, że harmonogram powinien być oparty na osi czasu i zawierać elementy określone przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz elementy, które miały zostać doprecyzowane nie może zostać uwzględniona bowiem nie znajduje ona oparcia w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Warty uwagi jest, że sam Odwołujący wykazywał, raz że Zamawiający określił tylko ogólne elementy harmonogramu a następnie wywodził konieczność złożenia harmonogramu w oparciu o szczegółowe postanowienia

Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, których nie wskazał. Tylko wymagania określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia mogą być podstawą oceny zgodności treści oferty z tą specyfikacją (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 kwietnia 2010 r. sygn. akt: KIO 399/10). Uwzględnić należy w tym miejscu również postanowienia SubKlauzuli 8.3, z której treści wynika, że w ciągu 28 dni od Daty Rozpoczęcia według SubKlauzuli 8.1 (Rozpoczęcie Robót) Wykonawca przedłoży Inżynierowi szczegółowy harmonogram. Istotnym jest również, że obowiązkiem wykonawcy realizującego zadanie *na zaprojektowanie i wybudowanie zintegrowanego systemu sterowania i kierowania ruchem kolejowym na odcinku Warszawa Okęcie - Radom linii nr 8 w ramach projektu POHŚ 7.1-19.1 „Modernizacja linii kolejowej nr 8, odcinek Warszawa Okęcie – Radom* jest zobowiązanie tego wykonawcy do współpracy, na etapie projektowania i realizacji robót, z wykonawcami wyłonionymi już w innym postępowaniu, w zakresie między innymi ustalenia harmonogramu robót związanych z realizowanym kontraktem. Zarówno Konsorcjum Thales oraz Wykonawca Qumak zawarli w treści złożonych ofert oświadczenia zgodne z postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Należy pamiętać, że obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest złożenie oferty zgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 1109/08). Odzwierciedleniem znajomości wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia a tym samym wymagań Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji jest złożona

w postępowaniu o udzielenie zamówienia oferta. Zamawiający dokonuje oceny ofert złożonych w postępowaniu całościowo, nie jest istotne w którym miejscu oferty wykonawca zawiera stosowne informacje, natomiast ważne jest, aby Zamawiający mógł z treści oferty poznać informacje niezbędne dla Zamawiającego i konieczne do oceny zgodności treści oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 kwietnia 2011 r. sygn. akt: KIO 636/11).

Resumując powyższe, Izba uznała, że w obliczu braku w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wymagań przygotowania harmonogramu prac projektowych tj. jego sposobu przygotowania, zakresu i szczegółowości informacji jakie należało w nim ująć przy uwzględnieniu, że wymagane przez Zamawiającego oświadczenia co do realizacji przedmiotu zamówienia zostały złożone w ofertach, działanie Zamawiającego było prawidłowe, ponieważ brak było podstaw do odrzucenia ofert Konsorcjum Thales oraz Wykonawcy Qumak na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

34

II.

Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Thales oraz oferty Wykonawcy Qumak na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3* z powodu niezgodności ofert tych wykonawców ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie nie zachowania trwałości realizowanego projektu nie jest zasadny.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie *zaprojektowanie i wybudowanie zintegrowanego systemu sterowania i kierowania ruchem kolejowym na odcinku Warszawa Okęcie - Radom linii nr 8 w ramach projektu POHŚ 7.1-19.1 „Modernizacja linii kolejowej nr 8, odcinek Warszawa Okęcie – Radom* finansowane będzie ze środków pochodzących z Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2007 – 2013. Zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (str. 8 PFU): „Zasadą Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko na lata 2007 - 2013 jest zachowanie trwałości zrealizowanego projektu. W związku z powyższą zasadą i faktem, że część urządzeń sterowania ruchem kolejowym (dalej jako „srk”), które będą włączone do Lokalnego Centrum Sterowania (dalej jako „LCS”) Warszawa Okęcie zostały wybudowane w Etapie I zaleca się ich wykorzystanie w niniejszym kontrakcie.”

Pojęcie „trwałości projektu”, do której w swojej argumentacji odnosi się Odwołujący, zdefiniowane zostało przez Ministerstwo Rozwoju Regionalnego w dokumencie Narodowe Strategiczne ramy odniesienia 2007 2013 Krajowe wytyczne dotyczące kwalifikowania wydatków w ramach funduszy strukturalnych i Funduszy Spójności w okresie programowania 2007 – 2013, który został wydany w Warszawie, w dniu 20 kwietnia 2010 roku. Odwołujący na rozprawie złożył wyciąg z wymienionego wyżej dokumentu.

W podrozdziale 3 – *Trwałość projektu* czytamy:

3) *Pojęcie „trwałości projektu” rozumiane jest jako niepoddanie projektu tzw. Znaczącej modyfikacji, tj.:*

a) *modyfikacji mającej wpływ na charakter lub warunki realizacji projektu lub powodującej uzyskanie nieuzasadnionej korzyści przez przedsiębiorstwo lub podmiot publiczny, oraz*
b) *wynikające ze zmiany charakteru własności elementu infrastruktury albo z zaprzestania działalności produkcyjnej.*

4) *Znacząca modyfikacja oznacza jednoczesne spełnienie co najmniej jednego z warunków wymienionych w pkt.3 lit a i co najmniej jednego z warunków wymienionych w pkt 3 lit. b.*

35

W złożonym na rozprawie piśmie Zamawiający przedstawił swoje stanowisko w zakresie tego zarzutu. Izba zgodziła się ze Stanowiskiem Zamawiającego zaprezentowanym w ww. piśmie oraz przedstawionym na rozprawie. Jak słusznie zauważył Zamawiający trwałość odnosi się do projektu jako całości a nie jego poszczególnych elementów a obowiązujące przepisy nie zabraniają modyfikacji projektu lecz stanowią, że w przypadku znaczącej modyfikacji beneficjent utraci dofinansowanie. Wskazać należy, że Zamawiający nie wprowadził bezwzględnie zakazu modyfikacji istniejącej już infrastruktury a jedynie

podniósł, że preferuje rozwiązania ograniczające możliwość dokonywania modyfikacji do prawnie dopuszczalnego, a więc racjonalnego zakresu. Odwołujący nie udowodnił, że złożone przez Konsorcjum Thales oraz Wykonawcę Qumak oferty naruszają postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie trwałości projektu, Odwołujący nie wykazał, że ewentualna modyfikacja będzie znaczącą modyfikacją projektu w rozumieniu art. 57 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006.

Resumując powyższe, Izba uznała, że w obliczu braku wykazania przez Odwołującego zaistnienia kumulatywnie przesłanek pozwalających na stwierdzenie, że doszło do znaczącej modyfikacji projektu co prowadzi do skutku jakim jest wykazanie braku trwałości projektu, działanie Zamawiającego było prawidłowe, ponieważ brak było podstaw do odrzucenia ofert Konsorcjum Thales oraz Wykonawcy Qumak na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

III.

Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Thales oraz oferty Wykonawcy Qumak na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3* z powodu niezgodności ofert tych wykonawców ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie komputerowych urządzeń sterowania ruchem kolejowym zapewniających między innymi awaryjne sterowanie miejscowe nie jest zasadny.

Odwołujący podniósł, że zaoferowane przez Konsorcjum Thales oraz Wykonawcę Qumak systemy zdalnego sterowania Command 900 oraz system urządzeń stacyjnych ESTW L90 5: *nie spełnia wymaganych przez Zamawiającego rozwiązań technicznych dotyczących wymogu takiej konfiguracji budowanych komputerowych urządzeń srk (sterowania ruchem kolejowym), która zapewnia awaryjne sterowanie miejscowe poprzez zabudowę na każdej stacji niezależnych urządzeń zależnościowych oraz miejscowego stanowiska obsługi dla dyżurnego ruchu, zapewniającego możliwość miejscowego nastawiania zwrotnic i sygnałów przy braku komunikacji z urządzeniami LCS i stacjami sąsiednimi.*

36

Izba dopuściła dowód złożony przez Konsorcjum Thales tj. zdjęcia pulpitów miejscowego sterowania, ze zrealizowanego przedsięwzięcia modernizacji Poznańskiego Węzła Kolejowego oraz opinię o Systemie Command 900 po testach terenowych i badaniach eksploatacyjnych Politechniki Warszawskiej Wydziału Transporty Zakład Sterowania Ruchem Kolejowym (Warszawa, styczeń 2009). Izba uznała złożone dowody wraz z wyjaśnieniami poczynionymi na rozprawie za wiarygodne i dające podstawę do wywiedzenia poprawności twierdzeń Konsorcjum Thales.

Z powyższego wynika, że oferowane przez Konsorcjum Thales oraz Wykonawcę Qumak rozwiązania techniczne zapewniają awaryjne sterowanie miejscowe przez zabudowę na każdej stacji niezależnych urządzeń zależnościowych oraz miejscowego stanowiska obsługi dla dyżurnego ruchu, zapewniającego możliwość miejscowego nastawiania zwrotnic i sygnałów przy braku komunikacji z urządzeniami LCS i stacjami sąsiednimi. Należy wskazać również, że Konsorcjum Thales odwołało się w złożonym przed posiedzeniem Izby piśmie do Dokumentacji Techniczno – Ruchowej systemu zdalnego sterowania Command 900, gdzie wskazało, że w pkt 1.2 tej Dokumentacji czytamy *zadaniem systemu C900 jest wspieranie dyżurnych ruchu w zakresie zdalnego i lokalnego sterowania ruchem kolejowym*. Potwierdza taką możliwość zrealizowaną przez Konsorcjum Thales modernizacja Poznańskiego Węzła Kolejowego, w Liście referencyjnym z 2 października 2010 roku wystawionym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. wskazano (...) *Wykonawca zaprojektował i wykonał Lokalne Centrum Sterowania w Poznaniu w oparciu i system zdalnego sterowania i kierowania ruchem typu Command 900 (...)*.

Resumując powyższe, Izba uznała, że działanie Zamawiającego było prawidłowe, ponieważ, co wynika z powyższego, brak było podstaw do odrzucenia ofert Konsorcjum Thales oraz Wykonawcy Qumak na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

IV.

Zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia Konsorcjum Thales oraz oferty Wykonawcy Qumak na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy – *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: (...) złożyli nieprawdliwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania* – Izba uznała

za zasadny.

W Rozdziale 8. pkt 8.2. ppkt 8.2.2 SIWZ Tomu I IDW (str. 7 IDW) Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia -

37

Zamawiający wymagał wskazania przez Wykonawcę wykonania w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie jednego lub więcej zamówień obejmujących co najmniej:

- 40 km robót telekomunikacyjnych na szlakach kolejowych, -
wyposażenia 3 obiektów stacyjnych w urządzenia telekomunikacyjne,
- systemu zdalnego sterowania na magistralach lub pierwszorzędnych liniach kolejowych, przystosowanego do sterowania co najmniej 3 stacjami wyposażonymi w komputerowe systemy sterowania ruchem kolejowym o łącznej ilości minimum 80 zwrotnic,
- stacyjnych komputerowych systemów sterowania ruchem kolejowym na co najmniej 2 stacjach zlokalizowanych na magistralach lub pierwszorzędnych liniach kolejowych, w tym jedna o ilości minimum 40 zwrotnic,
- zabudowanie urządzeń ssp na 5 przejazdach kolejowych, -
zabudowanie urządzeń samoczynnej Blokady Liniowej na 5 szlakach (Rozdział 8 pkt 8.3 ppkt 8.3.1. IDW).

Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku, Zamawiający żądał wykazu wykonanych - w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - robót, o których mowa w punkcie 8.3.1. z podaniem ilości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców robót, oraz dokumenty potwierdzające, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i odebrane (sporządzone zgodnie z Załącznikiem nr 6 do IDW) [Rozdział 9 pkt 9.1 ppkt 9.1.3 lit. a) IDW].

Konsorcjum Thales załączyło do oferty ww. dokument wraz z dokumentami potwierdzającymi wykonanie zamówień w nim wskazanych zgodnie z zasadami sztuki budowlanej (strony 29 - 36 oferty). W treści złożonego Załącznika nr 6 do IDW - wykazu wykonanych przez Wykonawcę w okresie ostatnich 5 lat zamówień, Konsorcjum Thales wskazało, iż wykonało następujące zamówienia:

- Zaprojektowanie i wykonanie Lokalnego Centrum Sterowania w Poznaniu zrealizowane w okresie od sierpnia 2005 r. do marca 2009 r. na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (pozycja nr 1 ww. Załącznika) - w zakres realizacji tego zamówienia, zgodnie z informacją zawartą w ofercie, wchodziło

- wykonanie powyżej 40 km robót telekomunikacyjnych na szlakach kolejowych, -
wykonanie wyposażenia 4 obiektów stacyjnych w urządzenia telekomunikacyjne,

38

-
- wykonanie systemu zdalnego sterowania na magistralnych liniach kolejowych, przystosowanego do sterowania 4 stacjami wyposażonymi w komputerowe systemy sterowania ruchem kolejowym o łącznej ilości powyżej 80 zwrotnic,
 - wykonanie stacyjnych komputerowych systemów sterowania ruchem kolejowym na co najmniej 2 stacjach zlokalizowanych na magistralnych liniach kolejowych, w tym jedna o ilości powyżej 40 zwrotnic,
 - zabudowanie urządzeń ssp na 5 przejazdach kolejowych, -
zabudowanie urządzeń Samoczynnej Blokady Liniowej na co najmniej 5 szlakach.
- Zabudowę samoczynnej sygnalizacji przejazdowej wraz z zasilaniem i oświetleniem przejazdu zrealizowane w okresie od września 2008 r. do grudnia 2008 r. na rzecz Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Sp. z o.o. (pozycja nr 2 ww. Załącznika),
- Roboty na stacjach i szlakach, które obejmowały m.in. wykonanie powyżej 30 km robót telekomunikacyjnych na szlakach kolejowych zrealizowane w okresie od września 2007 r. do sierpnia 2009 r. na rzecz Strabag Sp. z o.o. (pozycja nr 3 ww. Załącznika).

Wykonawca Qumak w celu wykazania spełnienia ww. złożył Wykaz wykonanych przez

wykonawcę w okresie ostatnich pięciu lat zamówień (oferta Qumak str. 80) i w pozycji nr 1 podał:

- 1) Zaprojektowanie i wykonanie Lokalnego Centrum Sterowania w Poznaniu, w tym m.in.:
 - wykonanie powyżej 40 km robót telekomunikacyjnych na szlakach kolejowych, – wykonanie wyposażenia 4 obiektów stacyjnych w urządzenia telekomunikacyjne,
 - wykonanie systemu zdalnego sterowania na magistralnych liniach kolejowych, przystosowanego do sterowania 4 stacjami wyposażonymi w komputerowe systemy sterowania ruchem kolejowym o łącznej ilości powyżej 80 zwrotnic,
 - wykonanie stacyjnych komputerowych systemów sterowania ruchem kolejowym na co najmniej 2 stacjach zlokalizowanych na magistralnych liniach kolejowych, w tym jedna o ilości powyżej 40 zwrotnic,
 - zabudowanie urządzeń ssp na 5 przejazdach kolejowych, – zabudowanie urządzeń Samoczynnej Blokady Liniowej na co najmniej 5 szlakach.

Zamawiający wezwał obu wykonawców, w trybie art. 26 ust. 4 ustawy do złożenia wyjaśnień ponieważ, według wiedzy jaką posiadał Zamawiający w ramach projektu Zaprojektowanie i wykonanie Lokalnego Centrum Sterowania w Poznaniu nie zabudowano na żadnym przejeździe kolejowym Samoczynnej Sygnalizacji Przejazdowe (ssp). Konsorcjum Thales

39

oraz Wykonawca Qumak oświadczyli w udzielonych wyjaśnieniach, że nie były w ramach tego zadania realizowane zabudowy urządzeń ssp na 5 przejazdach kolejowych.

W ocenie Izby postępowanie Zamawiającego było nieuprawnione i nie znajduje uzasadnienia w obowiązującym stanie prawnym.

Wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest obowiązkiem Zamawiającego, w przypadku, gdy zostaną wypełnione przesłanki z art. 24 ustawy. Na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Czynność Zamawiającego wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie przywołanego powyżej przepisu może być dokonana w razie kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek: złożenia nieprawdziwych informacji oraz wpływu informacji na wynik postępowania. Wpływ na wynik postępowania może mieć charakter bezpośredni, gdy wprost rzutuje na wynik postępowania - wybór najkorzystniejszej oferty lub pośredni, gdy na danym etapie postępowania wybór oferty jeszcze nie nastąpił, lecz informacje mają znaczenie dla możliwości uzyskania zamówienia przez danego wykonawcę. (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 kwietnia 2011 r. sygn. akt: KIO 706/11). Przez podanie informacji nieprawdziwych, należy rozumieć, zgodnie z orzecznictwem i piśmiennictwem, informacje, które przedstawiają odmienny stan od rzeczywistości (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 sierpnia 2010 r. sygn. akt: KIO 1550/10; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 sierpnia 2010 r. sygn. akt: KIO 1578/10; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 października 2009 r. sygn. akt: KIO 1223/09). Izba wskazuje, że oświadczenie lub dokument podający odmienny stan od rzeczywistości nie ma przymiotu błędnego dokumentu (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 września 2009 r. sygn. akt: KIO 1161/09).

Podkreślić należy, że zgodnie z przeważającym orzecznictwem sądowym i KIO nie mają znaczenia przyczyny z powodu, których doszło do podania nieprawdziwych informacji. Nie rozróżnia się bowiem skutków podania nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania ze względu na postać winy wykonawcy (wina umyślna czy niedbalstwo). Istotne jest, że informacja jest obiektywnie niezgodna z rzeczywistością (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 grudnia 2009 r. sygn. akt: KIO 1778/09 Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 września 2009 r. sygn. akt: KIO 1161/09).

40

W prawodawstwie europejskim (Dyrektywa 2004/18/WE - art. 45 ust. 2 lit. g) nakazuje się wykluczenie wykonawcy, jeżeli „jest winny poważnego wprowadzenia w błąd”. Jednakże zastosowaniu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy nie można przeciwstawiać przepisu dyrektywy.

Treść dyrektywy pozwoliła Państwu Członkowskiemu na implementację przepisów i ich uregulowanie w prawie krajowym przez określenie warunków wykonania postanowień dyrektywy. Na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych podstawą wykluczenia jest złożenie nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania.

Znaczyć należy również, co jest niesporne w orzecznictwie, że ustawa nie przewiduje żadnej możliwości sanowania nieprawdziwej informacji, nie znajdziemy w treści ustawy, ani uprawnienia ani obowiązku skierowanego do Zamawiającego do wzywania wykonawcy, który przedstawił informacje nieprawdziwe do złożenia informacji niewadliwych. Ustawowy tryb uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów określony w ustawie w art. 26 ust. 3 stosowany jest tylko wtedy, gdy po stronie wykonawcy składającego ofertę zaistniały uchybienia, których skutkiem jest niemożliwość wykazania na dzień składania ofert, że określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu spełnia (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 kwietnia 2011 r. sygn. akt: KIO 801/11; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 kwietnia 2011 r. sygn. akt: KIO 706/11; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 grudnia 2009 r. sygn. akt: KIO 1778/09; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 października 2009 r. sygn. akt: KIO 1223/09; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 sierpnia 2009 r. sygn. akt: KIO 1004/09;).

Niewątpliwie, informacje zawarte w ofercie Konsorcjum Thales oraz Wykonawcy Qumak, po ich weryfikacji przez Zamawiającego na podstawie przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego, nie odpowiadają faktom ustalonym w toku czynności wyjaśniających – tym samym została wypełniona pierwsza z przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy. Badając spełnienie przesłanki wpływu informacji na wynik postępowania Izba wskazuje, że Zamawiający dokonując oceny badania ofert w pierwszej kolejności zobowiązany jest do oceny wykazanego przez wykonawców spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w tym miejscu Zamawiający stwierdza czy informacje jakie zostały złożone są nieprawdziwe a następnie czy wykonawca spełnia opisane w Specyfikacji Istotnych warunków Zamówienia warunki udziału w postępowaniu. Niesporne w orzecznictwie KIO jest, że przy stwierdzeniu złożenia nieprawdziwych informacji w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wykonawca potwierdził w innym miejscu spełnienie tego warunku, nie podlega on wykluczeniu (potwierdza taki stan

rzeczy powołany przez Zamawiającego na rozprawie wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 roku o sygn. akt XXIII Ga 416/11). Jednakże jeżeli na tym etapie weryfikacji wykonawcy stwierdzone zostało złożenie nieprawdziwych informacji a spełnienie warunku nie znajduje potwierdzenia w innym miejscu (w innych dokumentach) to wykonawca podlega wykluczeniu i niemożliwym jest uzupełnienie dokumentów lub oświadczeń w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Czynność wykluczenia wykonawcy z postępowania, choć upubliczniana przez Zamawiającego równocześnie z czynnością odrzucenia oferty z postępowania (art. 92 ustawy) ma pierwszoplanowe znaczenie, ponieważ jej skutki wpływają na czynność badania ofert i oceny w dalszym zakresie oraz stworzenia rankingu ofert na podstawie kryteriów oceny oferty i wyłonienia oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Złożenie nieprawdziwych informacji dotyczących kwalifikacji podmiotowej zawsze ma wpływ, może mieć wpływ na wynik postępowania; nie można sprowadzić rozumienia „wyniku postępowania” z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy tylko do najkorzystniejszej oferty, ponieważ na tym etapie nieznana jest jeszcze najkorzystniejsza oferta bowiem ocenie przedmiotowej podlegają oferty, których wykonawcy nie zostali wykluczeni z postępowania o udzielnie zamówienia publicznego i dopiero w wyniku takiej oceny tworzony jest ranking ofert niepodlegających odrzuceniu i wybrana zostaje oferta najkorzystniejsza. Inny sposób rozumienia „wyniku postępowania” z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy mógłby prowadzić do skutku poddawania ocenie przedmiotowej oferty wykonawcy, który w przypadku, gdyby był najkorzystniejszy na podstawie kryteriów oceny ofert musiałby podlegać wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, a gdyby jego oferta nie była najkorzystniejsza temu wykluczeniu z postępowania wykonawca ten by nie podlegał – takie rozumowanie nie może być uprawnione.

W rozpoznawanym stanie faktycznym zarówno w ofercie Konsorcjum Thales jak i w ofercie Wykonawcy Qumak zostały złożone nieprawdziwe informacje, co zostało potwierdzone w złożonych przez tych wykonawców wyjaśnieniach, jednocześnie w ofertach tych

nie znajdowały się dokumenty potwierdzające spełnienie opisanego przez Zamawiającego warunku wykazania *się zabudową urządzeń ssp na 5 przejazdach kolejowych*, dlatego też Zamawiający obowiązany był na tym etapie wykluczyć Konsorcjum Thales oraz Wykonawcę Qumak z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy. Nieuprawnionym działaniem Zamawiającego było wzywaniem wymienionych wyżej wykonawców do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie opisanego warunku udziału w postępowaniu.

42

Resumując powyższe, Izba uznała, że działanie Zamawiającego było nieprawidłowe, zaistniały przesłanki z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy i Zamawiający powinien był wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia *na zaprojektowanie i wybudowanie zintegrowanego systemu sterowania i kierowania ruchem kolejowym na odcinku Warszawa Okęcie - Radom linii nr 8 w ramach projektu POHŚ 7.1-19.1 „Modernizacja linii kolejowej nr 8, odcinek Warszawa Okęcie - Radom*, (Znak sprawy: IRZRf-216-01/11-POLIŚ 7.1-19.1.) Konsorcjum Thales oraz Wykonawcę Qumak a ich oferty uznać, zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy, za odrzucone.

V.

Zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia Konsorcjum Thales oraz Wykonawcy Qumak na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy – *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: (...) nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu* – z powodu nie wykazania spełnienia opisanego warunku udziału w postępowaniu w zakresie *zabudowy urządzeń ssp na 5 przejazdach kolejowych* zgłoszony przez Odwołującego względnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu IV, w wyniku uwzględnienia zarzutu dotyczącego złożenia nieprawdziwych informacji przez Konsorcjum Thales oraz Wykonawcy Qumak (zarzut IV) staje się bezprzedmiotowy.

VI.

Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Thales na podstawie art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...)zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia*; ponieważ oferta Konsorcjum Thales zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie jest zasadny.

Zgodnie z art. 90 ust 1 ustawy cena rażąco niska określana jest w stosunku do przedmiotu zamówienia – czyli konkretnego dobra jakie chce pozyskać Zamawiający. Odnosząc się do problemu rażąco niskiej ceny należy odnieść się do ceny jaką zaoferował wykonawca za konkretny przedmiot wymagany przez Zamawiającego. Należy badać czy za zaoferowaną przez wykonawcę w ofercie cenę możliwa będzie realizacja określonego przedmiotu zamówienia – badamy „rzeczywistą relację wartości świadczenia pieniężnego do wartości świadczenia niepieniężnego”. Pomocną w zakresie badania czy mamy do czynienia z ceną rażąco niską będzie ukształtowana przez doktrynę wykładnia sformułowana w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych, gdzie czytamy, iż „za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych

43

podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi”. Próba dookreślenia tegoż pojęcia znalazła również odzwierciedlenie w orzecznictwie zarówno Zespołów Arbitrów, Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądów powszechnych. „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” (Sąd Okręgowy w Katowicach w Wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07; oraz porównaj wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 stycznia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1441/07, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lutego 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 73/08, sygn. akt: KIO/UZP 74/08, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 kwietnia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 258/08)” czy wyrok Zespołu

Arbitrów z dnia 19 czerwca 2007 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-696/07). „*Za rażąco niską cenę należy uznać cenę nierealistyczną, za którą wykonanie zamówienia nie jest możliwe*” (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 4 września 2007 r., UZP/ZO/0-1082/07). „*Rażąco niska cena grozi niebezpieczeństwem niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia w przyszłości*” (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 19 czerwca 2007 r. UZP/ZO/0-696/07). Każdorazowo to Zamawiający rozważa czy zachodzą podstawy do żądania tychże wyjaśnień, a obowiązek taki zachodzi po stronie Zamawiającego dopiero wówczas, gdy Zamawiający poweźmie wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska (porównaj: Wyrok SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07). Zgodnie z obowiązującym stanem prawnym to Zamawiający samodzielnie decyduje, czy zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia w konkretnej sytuacji (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 kwietnia 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 333/08). Dla uznania, że cena jest rażąco niska konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO/UZP 1492/08 z 13 stycznia 2009 roku). Jednakże nie należy zapominać i w szczególności mieć na uwadze, iż Zamawiający ogłaszając postępowanie chce osiągnąć cel tzn. realizację danego przedmiotu zamówienia za możliwie niskie wynagrodzenie, natomiast granica pomiędzy najniższą ceną zaoferowaną w postępowaniu, będącą efektem konkurencji pomiędzy podmiotami, a rażąco niską ceną jest nieostra dlatego Zamawiający rozstrzygając czy ma do czynienia z rażąco niską ceną powinien mieć na uwadze w szczególności

44

możliwość realizacji zamówienia w stosunku do zaoferowanej ceny. Zgodnie z art. 90 ust 1 ustawy cena rażąco niska określana jest w stosunku do przedmiotu zamówienia – czyli konkretnego dobra jakie chce pozyskać Zamawiający. Inny sposób dokonania badania zaoferowanej w danym postępowaniu w przez wykonawcę ceny może prowadzić do krzywdzącego i nieuzasadnionego odrzucenia oferty z postępowania. Samo stwierdzenie przez Zamawiającego różnic pomiędzy składanymi ofertami jest naturalnym objawem konkurencji i nie jest wystarczające dla wykazania rażąco niskiej ceny którejs z ofert. W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający, powziął wątpliwości co do zaoferowanej ceny przez Konsorcjum Thales i zwrócił się o wyjaśnienia zaoferowanej ceny zgodnie z regulacją art. 90 ust. 1 ustawy – *Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny*. Zamawiający zrealizował tym samym dyrektywy płynące z zasad prawa zamówień publicznych, w szczególności zasada wskazanych w rozdziale 2 ustawy ale też nie podanych wprost lecz wynikających z regulacji ustawy a zobowiązujących go do jak najbardziej przejrzystego prowadzenia postępowania, którego celem jest udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy - taki wybór może zostać dokonany jedynie wtedy, gdy sam Zamawiający prawidłowo przeprowadzi procedurę. Konsorcjum Thales, na wniosek Zamawiającego, udzieliło wyjaśnień uzasadniając zaoferowaną przez siebie cenę w ofercie i wskazało, że zaoferowana cena uwzględnia wszystkie elementy związane z należywym wykonaniem zamówienia.

Ustawodawca w art. 90 ust. 1 ustawy umocował Zamawiającego *do wezwania wykonawcy w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę* – tak więc, wezwanie ma służyć ustaleniu czy oferowana przez wykonawcę cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Określona w art. 90 ustawy procedura ma charakter wyjaśniający a nie dowodowy, na co wskazał w Wyroku z dnia 12 czerwca 2008 roku Sąd Okręgowy w Poznaniu (X Ga 140/08). Zamawiający uwzględnił wyjaśnienia wykonawcy Konsorcjum Thales, uznał je za przekonujące, umotywowane oraz Zamawiający uznał, iż wykonawca ten w złożonych wyjaśnieniach wykazał, że zaproponowana oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Tym samym Zamawiający nie znalazł podstawy do odrzucenia jego oferty złożonej na kwotę 316 725 000,00 zł (netto 257 500 000,00 zł). Zasadnym jest wskazanie w tym miejscu, iż nie istnieje i nie można go wywieść na żadnej podstawie jednoznaczne określenie poziomu różnicy pomiędzy cenami ofert, aby od jego przekroczenia można było mówić

45

o cenie rażąco niskiej (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO/UZP 126/09 z 12 lutego 2009 roku).

Izba uznała, że Odwołujący nie złożył jakichkolwiek dowodów, które by potwierdziły, że niemożliwa jest realizacja zamówienia za zaoferowaną przez Konsorcjum Thales cenę. Dowód złożony przez Odwołującego tj. analiza porównawcza ofert uczestników postępowania na okoliczność wykazania ponoszenia takich samych kosztów przez obu wykonawców, który Izba dopuściła, wskazuje jedynie na fakt, że wykonawcy w różny sposób wycenili te same elementy oferty, nie daje jednakże podstawy do wywiedzenia z tego faktu, że cena zaoferowana przez Konsorcjum Thales jest ceną rażąco niską. Izba dopuściła dowód złożony przez Konsorcjum Thales tj. informacje z odtajnionego fragmentu wyjaśnień zaoferowanej ceny, złożony w celu wykazania jaka została zaoferowana cena dla każdej z pięciu pozycji dotyczących likwidacji przejazdu kolejowego typu A – 16 345, 00 zł oraz złożony kosztorys Likwidacji przejazdu kolejowego typu A według którego, realizacja likwidacji przejazdu kolejowego według poziomu cen SEKOCENBUD IV kwartał 2011 roku wynosi niecałe 15 000,00 zł. Konsorcjum Thales wykazało również, że Odwołujący dla tych samych pozycji, które zostały wykazane przez Konsorcjum Thales zaoferował cenę 418 110,00 zł. Izba uznał złożony dowód wraz z wyjaśnieniami poczynionymi na rozprawie za wiarygodny i dający podstawę do wywiedzenia poprawności twierdzeń Konsorcjum Thales. Tym samym Izba uznała za poprawne postępowanie Zamawiającego, ponieważ brak było podstaw do odrzucenia ofert Konsorcjum Thales na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy.

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontradictoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy*

46

ustawy nie stanowią inaczej przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne*, należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*. Odwołujący uzasadnił w sposób przekonujący swoje stanowisko w zakresie zarzutu IV tj. złożenia w ofertach Konsorcjum Thales i Wykonawcy Qumak nieprawdziwych informacji. Izba uwzględniła rozpoznając zarzut dotyczący złożenia nieprawdziwych informacji pismo Odwołującego złożone na okoliczność wykazania nieprawdziwych informacji w ofertach uczestników postępowania odwoławczego. Dowody, dopuszczone przez Izbę, złożone przez Odwołującego a mające poprzeć argumentację Odwołującego w zakresie zarzutu II dotyczącego naruszenia trwałości projektu tj. wyciąg z PFU strony 45 na okoliczność wykazania, że wymagany jest demontaż oraz w pozycji 1 na okoliczność wykazania włączeń pewnych elementów z etapu pierwszego, pismo z 22 marca 2012 r. na okoliczność wykazania niedopuszczalności demontażu urządzeń zabudowanych w etapie pierwszym w kontekście zasady zachowania trwałości projektu - pytanie i pismo z 23 marca 2012 r. Centrum Unijnych Projektów Transportowych - odpowiedź, dwa pisma na okoliczność wykazania, że uczestnicy postępowania odwoławczego mieli możliwość zapoznania się z urządzeniami wbudowanymi w etapie pierwszym - Al. Jerozolimskie, pismo z 22 marca 2012 r. na okoliczność wykazania, że uczestnicy postępowania odwoławczego

mieli możliwość zapoznania się z urządzeniami wbudowanymi w etapie pierwszym - Warszawa Okęcie, nie wypłynęły na wykazanie spełnienia kumulatywnie przesłanek „znaczącej modyfikacji” w konsekwencji skutkującej naruszeniem „trwałości projektu” w rozumieniu art. 57 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Szczególna regulacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania i zapewni jednocześnie poszanowanie

47

zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. *w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

48

49