

Sygn. akt: KIO 2328/17

WYROK
z dnia 19 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik
Marek Koleśnikow
Daniel Konicz

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 28 listopada 2017 r., 12 grudnia 2017 r., 28 grudnia 2017 r., 3 stycznia 2018 r., 9 stycznia 2018 r., 15 stycznia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 listopada 2017r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Kapsch CarrierCom spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Kapsch CarrierCom AG z siedzibą w Wiedniu, Kapsch CarrierCom France S.A.S. z siedzibą w Site de IMMONTIGNY oraz PORR Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NOKIA Solutions and Networks spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, SPC-1 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w**

**Warszawie, SPC-2 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,
SPC-3 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Kapsch CarrierCom spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Kapsch CarrierCom AG z siedzibą w Wiedniu, Kapsch CarrierCom France S.A.S. z siedzibą w Site de IMMONTIGNY oraz PORR Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w łącznej wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania,
3. zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Kapsch CarrierCom spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Kapsch CarrierCom AG z siedzibą w Wiedniu, Kapsch CarrierCom France S.A.S. z siedzibą w Site de IMMONTIGNY oraz PORR Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** na rzecz zamawiającego – **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017, poz.1579) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa - Praga w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa infrastruktury systemu ERTMS/GSM-R na liniach kolejowych PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w ramach NPW ERTMS”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 września 2015 r. pod nr 2015/S 187-340003.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest według przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, w brzmieniu sprzed nowelizacji wprowadzonej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw.

Zamówienie zostało podzielone na dwie części:

- Część I dotyczy wdrożenia Sieci GSM-R;
- Część II dotyczy wdrożenia Sieci Szkieletowej Teletransmisyjnej.

Przedmiotowe postępowanie odwoławcze dotyczy Części I.

W dniu 4 listopada 2017 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Kapsch CarrierCom spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Kapsch CarrierCom AG z siedziba w Wiedniu, Kapsch CarrierCom France S.A.S. z siedzibą w Site de IMMONTIGNY oraz PORR Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegających na:

- 1) nieprawidłowym badaniu i ocenie oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Nokia Solutions and Networks spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, SPC-1 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, SPC-2 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, SPC-3 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: „Konsorcjum NOKIA”), skutkującym uznaniem, iż oferta tego wykonawcy nie podlega odrzuceniu,
- 2) zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum NOKIA, mimo iż treść złożonej przez nie oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
- 3) zaniechaniu odrzuceniu oferty Konsorcjum NOKIA, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
- 4) zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W związku z powyższym, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie, podczas gdy z oferty Konsorcjum NOKIA wynika, iż wykonawca ten:
 - a) wbrew wyraźnemu zakazowi wyrażonemu w podrozdziale 3.3.1 pkt 3 Tomu III SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia (dalej: „OPZ”) założył w swojej ofercie dokonanie optymalizacji tzw. „lokalizacji nominalnych”, polegającej na zmniejszeniu ilości obiektów OR w stosunku do pozwoleń na budowę (PnB) przekazanych przez Zamawiającego dla tzw. „lokalizacji nominalnych”,
 - b) założył w swojej ofercie dokonanie optymalizacji tzw. „lokalizacji nominalnych”, o której mowa w pkt a) powyżej, pomimo iż nie ziszcili się określone w podrozdziale 3.3.1 pkt 3 OPZ oraz 3.3.1 pkt 5 OPZ przesłanki zezwalające na dokonanie optymalizacji tzw. „lokalizacji nominalnych”,
 - c) zaplanował do wykonania liczbę obiektów radiokomunikacyjnych OR niewystraczającą dla spełnienia wymagań jakościowych określonych przez Zamawiającego w OPZ, w tym wymagań określonych w dokumentach referencyjnych w Części II OPZ, pkt 2.2 „Normy,” w szczególności wymagań zawartych w normie EIRENE Functional Requirements Specification, version 8.0.0. oraz normie EIRENE System Requirements Specification, version 16.0.0 (do których odsyłała SIWZ),
 - d) w złożonym wraz z ofertą Załączniku nr 6 (czyli „oświadczeniu o posiadaniu świadectw dopuszczenia do eksploatacji typu lub zobowiązanie do uzyskania takich świadectw dla elementów przedmiotu zamówienia, które wykonawca zamierza dostarczyć w ramach niniejszego zamówienia dla których ma zastosowanie Rozporządzenie Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 13 maja 2014 r. w sprawie dopuszczania do eksploatacji określonych rodzajów budowli, urządzeń i pojazdów kolejowych (Dz. U. z 2014 r. poz. 720)), nie zawarł informacji o producencie i modelu urządzenia, dla którego takie świadectwa dopuszczenia do eksploatacji posiada lub zobowiązuje się pozyskać, mimo iż wymóg tak wynikał z odpowiedzi Zamawiającego na wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ oznaczony jako pytanie nr 2555,
 - e) w złożonym wraz z ofertą Załączniku nr 7 (czyli „oświadczeniu o posiadaniu dopuszczeń do eksploatacji przez urządzenia lub zobowiązanie do uzyskania takich dopuszczeń dla elementów przedmiotu zamówienia, które wykonawca zamierza dostarczyć w ramach niniejszego zamówienia dla których wymagane jest dopuszczenie do stosowania na liniach kolejowych zarządzanych przez PKP PLK S.A. wydane zgodnie z procedurą SMS-PW-17”), nie zawarł informacji o producencie i modelu urządzenia dla którego takie świadectwa dopuszczenia do eksploatacji posiada lub zobowiązuje się pozyskać, mimo iż wymóg tak wynikał z odpowiedzi Zamawiającego na wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ oznaczony jako pytanie nr 2555,

- f) wbrew wyraźnym postanowieniom podrozdziału 11.1 pkt 2 ppkt 13 OPZ nie uwzględnił w treści swojej oferty wymogu pokrycia radiowego w obiektach kolejowych takich jak: hale dworcowe, podstacje trakcyjne, budynki techniczne i warsztatowe, magazyny oraz innych obiektach kolejowych znajdujących się psach o szerokości 200 m mierzonych od torów skrajnych należących do Odcinka Wdrożeniowego,
 - g) wbrew wyraźnemu postanowieniu podrozdziału 11.1. pkt 2 ppkt 10 OPZ nie uwzględnił w treści swojej oferty zapewnienia pokrycia dla telefonów ręcznych;
 - h) wadliwie wypełnił RCO w przypadku tych obiektów/odcinków, których ilość sztuk danego asortymentu bądź kilometrów kabla była inna niż 1, co czyni niemożliwym, bez ingerencji w treść oferty, ustalenie czy wartości wskazane przez Konsorcjum NOKIA w tych RCO odnoszą się do cen jednostkowych czy iloczynu tych cen i ilości oferowanych sztuk/kilometrów,
 - i) nie uwzględnił w treści oferty prac związanych z ułożeniem kabla OTK wzdłuż linii kolejowych nr 35 i 104,
 - j) nie uwzględnił kosztów urządzeń i systemów przeznaczonych do realizacji infrastruktury w tunelach i na dworcach podziemnych wyceniając najbliższe OR w stosunku do planowanego tunelu, co skutkuje tym, iż treść oferty złożonej przez Konsorcjum NOKIA nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zatem winna zostać odrzucona na podstawie art 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie, pomimo iż złożenie oferty przez Konsorcjum NOKIA stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn.: Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm. – dalej: „UZNK”):
- a) wypełniający znamiona klauzuli generalnej definiującej czyn nieuczciwej konkurencji określonej w art. 3 ust. 1 UZNK poprzez sztuczne zawyżenie cen wykonania prac w Obiektach OC1 i OC2, planowanych przez Zamawiającego do wykonania w Etapie I, celem zyskania wcześniejszej zapłaty wyższej kwoty części wynagrodzenia, nieadekwatnej do realnych kosztów wykonania tego zakresu rzeczowego przez Konsorcjum NOKIA;
 - b) wypełniający znamiona czynu stypizowanego w art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK poprzez zaoferowanie ceny rażąco niskiej (tj. ceny poniżej faktycznych kosztów realizacji przedmiotu zamówienia) w celu eliminacji innych przedsiębiorców;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz, w konsekwencji, odrzucenia oferty Konsorcjum NOKIA pomimo iż, zważywszy na przyjętą wycenę prac obejmujących położenie 1 kilometra rurociągu kablowego wraz ze studniami oraz 1 kilometra kabla optotelekomunikacyjnego (OTK) z osprzętem, stanowiących dla całego

zakresu (położenie około 11 500 km rurociągu i okablowania) łącznie 35 % ceny całkowitej, zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- 4) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia Konsorcjum NOKIA, mimo iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania, a polegające na złożeniu, w odpowiedzi na wezwane przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień wystosowane na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, nieprawdziwego oświadczenia, iż Konsorcjum NOKIA uwzględniło koszty urządzeń i systemów przeznaczonych do realizacji infrastruktury w tunelach i na dworcach podziemnych wyceniając najbliższe OR w stosunku do planowanego tunelu, podczas gdy ceny urządzeń i systemów dla poszczególnych OR są takie same na całym Odcinku Wdrożeniowym.

W oparciu o tak sformułowane zarzuty Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum NOKIA,
2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum NOKIA oraz dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego,
3. przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania na okoliczności wskazane w jego uzasadnieniu,
4. w zakresie zarzutu nr 1 lit. c – dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego/instytutu naukowo-badawczego na okoliczność ustalenia, czy według aktualnego stanu techniki GSM-R określona w ofercie złożonej przez Konsorcjum NOKIA liczba obiektów radiokomunikacyjnych (OR), przy uwzględnieniu faktu, iż według tej oferty 977 obiektów OR przypada na część Odcinka Wdrożeniowego objętego zakresem Projektu 7.1.-36.2 (zdefiniowanego w Uzasadnieniu odwołania), a 195 obiektów OR na pozostałą Część Odcinka Wdrożeniowego, jest wystarczająca dla:
 - a) spełnienia wymagań jakościowych określonych przez Zamawiającego w OPZ, w tym wymagań określonych w dokumentach referencyjnych w Części II OPZ, pkt 2.2 Normy, w szczególności zawartych w normie EIRENE Functional Requirements Specification, version 8.0.0. oraz normie EIRENE System Requirements Specification, version 16.0.0,
 - b) zapewnienia wymogu pokrycia radiowego w obiektach kolejowych takich jak: hale dworcowe, podstacje trakcyjne, budynki techniczne i warsztatowe, magazyny oraz innych obiektach kolejowych znajdujących się w pasach o szerokości 200 m mierzonych od torów skrajnych należących do Odcinka Wdrożeniowego zgodnie z podrozdziałem 11.1 pkt 2 ppkt 13 OPZ.

5. w zakresie zarzutu nr (3) – dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu kosztorysowania robót budowlanych na okoliczność:
 - a) ustalenia minimalnej ceny realnej (tj. pokrywającej wszystkie koszty i wymagania określone przez Zamawiającego w SIWZ), za którą możliwe jest wykonanie prac związanych z położeniem 1 kilometra rurociągu kablowego wraz ze studniami i zasobnikami oraz 1 kilometra kabla optotelekomunikacyjnego (OTK) z osprzętem przy uwzględnieniu zakresu tych prac (położenie około 11 500 km rurociągu i okablowania na terenach w ramach umowy objętej przedmiotowym zamówieniem,
 - b) ustalenie, czy możliwe jest wykonanie prac związanych z położeniem 1 kilometra rurociągu kablowego wraz ze studniami i zasobnikami oraz 1 kilometra kabla optotelekomunikacyjnego (OTK) z osprzętem przy uwzględnieniu zakresu tych prac (położenie około 11 500 km rurociągu i okablowania na terenach kolejowych) oraz wszystkich kosztów i wymagań określonych przez Zamawiającego w SIWZ w ramach umowy objętej przedmiotowym zamówieniem za cenę wynoszącą 66 050 zł netto

alternatywnie Odwołujący wniósł o:

6. wykluczenie Konsorcjum NOKIA z postępowania na podstawie art. 24 ust. 4 pkt 3 PZP, z uwagi na złożenie przez tego wykonawcę informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania,

a w każdym przypadku o:

7. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, zgodnie ze spisem kosztów, który zostanie złożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

Ad zarzut z pkt 1 lit. a, b i c

Odwołujący wskazał, że w podrozdziale 3.3 pkt 1 OPZ Zamawiający oświadczył, iż zrealizował projekt przygotowawczy POliŚ 7.1-36.2 „Budowa infrastruktury systemu GSM-R na liniach kolejowych zgodnych z harmonogramem NPW ERTMS, FAZA I – PRACE PRZYGOTOWAWCZE” (dalej – „Projekt 7.1-36.2”), polegający na uzyskaniu pozwoleń na budowę Obiektów Radiokomunikacyjnych GSM-R składających się z wieży telekomunikacyjnej, kontenera telekomunikacyjnego na ogrodzonym terenie dla 1074 lokalizacji. Pozwolenia na budowę (dalej: „PnB”) wraz z projektami budowlanymi zostały załączone do specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla Postępowania będącego przedmiotem postępowania odwoławczego (dalej – „SIWZ”) w formie elektronicznej. Oryginały PnB, jak wynika z podrozdziału 3.3. pkt 2 OPZ, przekazane miały zostać wybranemu wykonawcy już po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący wskazał,

że oprócz wskazanych 1074 PnB i projektów dla nowych lokalizacji, Zamawiający, w podrozdziale 3.3 pkt 7 OPZ, zobowiązał się do przekazania wykonawcy kolejnych trzech projektów dotyczących projektowanej rozbudowy istniejących obiektów OR w lokalizacjach, tj. cO001493_WI E_B Poznań, cc001496_WIE_B Poznań i cc000253_DOL B Wrocław, które podlegać miały optymalizacji na zasadach takich, jak „lokalizacje nominalne”. Łącznie zatem Zamawiający zobowiązał się przekazać 1074 projekty wraz z PnB oraz trzy projekty bez PnB dla tzw. „lokalizacji nominalnych”.

Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający wskazał również, w podrozdziale 3.3 pkt 4 OPZ, iż „pozwolenia na budowę uzyskane w ramach Projektu 7.1-36.2 mają charakter wstępnie określonych „lokalizacji nominalnych” potencjalnie do wykorzystania przez Wykonawcę, dla których możliwe jest wykonanie optymalizacji na warunkach określonych poniżej”.

Z powyższego wynika, zdaniem Odwołującego, że pod pojęciem „lokalizacji nominalnych” Zamawiający nakazał rozumieć lokalizacje obiektów OR wyznaczone przez PnB pozyskanie przez Zamawiającego w wyniku zrealizowania Projektu 7.1.-36.2. Prawdopodobnie takiej interpretacji potwierdza również treść podrozdziału 3.3.1 pkt 2 OPZ, zgodnie z którym „Wyznaczone poprzez PnB lokalizacje Obiektów Radiokomunikacyjnych OR na Odcinku Wdrożeniowym są tzw. „lokalizacjami nominalnymi”, które powinny spełniać kryteria postawione przez Zamawiającego z punktu widzenia poziomu mocy sygnału radiowego i uzyskania pojemności systemu oraz QoS zgodnie z niniejszym OPZ”.

Następnie Odwołujący wskazał, że postanowieniami podrozdziału 3.3.1 pkt 3 OPZ Zamawiający zezwolił na dokonanie optymalizacji tzw. „lokalizacji nominalnych” oraz określił warunki dokonania takiej optymalizacji, zastrzegając, że optymalizacja taka nie może spowodować zmniejszenia ilości obiektów OR w stosunku do ilości przekazanych PnB dla „lokalizacji nominalnych”. Z powyższego Odwołujący wywodzi, że Zamawiający jednoznacznie i wyraźnie zabronił zmniejszenia ilości obiektów OR w stosunku do ilości przekazanych PnB dla „lokalizacji nominalnych”. Konkluzję taką potwierdza również brzmienie podrozdziału 5.3.1. pkt 3 ppkt 1-3 OPZ, z którego treści Odwołujący wywodzi, że w zakresie obowiązków wykonawcy mieści się ewentualna optymalizacja przekazanych przez Zamawiającego 1074 PnB dla tzw. „lokalizacji nominalnych” oraz przeprowadzenie planowania radiowego i pozyskanie nowych pozwoleń na budowę dla części Odcinka Wdrożeniowego, która nie była objęta Projektem 7.1-36.2. Postanowienie to, interpretowane łącznie z postanowieniem podrozdziału 3.3.1 ppkt 3 OPZ, w sposób jednoznaczny wskazuje, iż optymalizacja lokalizacji nominalnych nie może spowodować zmniejszenia poniżej liczby 1074 ilości obiektów OR planowanych do wybudowania na części Odcinka Wdrożenia, dla których Zamawiający pozyskał pozwolenia na budowę w wyniku realizacji Projektu 7.1.-36.2.

Odwołujący wskazał, że z opisu przedmiotu zamówienia dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w wyniku którego wyłoniono wykonawców Projektu 7.1-36.2 wynika,

iż prace realizowane w ramach tego projektu obejmowały odcinek linii kolejowej o długości 8.099,015 km. Dla takiej długości linii kolejowej przeprowadzono wstępne planowanie radiowe, w wyniku którego przygotowano odpowiednie projekty budowlane i pozyskano PnB dla 1074 tzw. „lokalizacji nominalnych”. Z kolei zakres przedmiotu zamówienia udzielanego w ramach części I przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego obejmuje pokrycie sygnałem radiowym Systemu GSM-R odcinka linii kolejowej (Odcinka Wdrożeniowego) o długości około 13,800 km (dokładnie 13.843,81 km). Taką długość Odcinka Wdrożeniowego wskazał Zamawiający w podrozdziale 2.1.1. pkt 1 OPZ. Różnica pomiędzy długością Odcinka Wdrożeniowego a długością odcinka linii kolejowej, na którym wykonano planowanie radiowe i pozyskano PnB w ramach realizacji Projektu 7.1.- 36.2 wynosi zatem 5.744,90 km. Odwołujący wskazał, że analiza Rozbicia Ceny Ofertowej (dalej: „RCO”) zawartego w ofercie złożonej przez Konsorcjum NOKIA, w odniesieniu do wykazu linii kolejowych planowanych do pokrycia sygnałem radiowym wskazanych w Załączniku nr 3 do OPZ, prowadzi do wniosku, iż Konsorcjum NOKIA przewidziało wykonanie łącznie 1174 Obiektów Radiokomunikacyjnych lub Radiokomunikacyjno-Regeneratowych (OR lub ORR, przy czym obiekt ORR stanowi swoisty „podtyp” obiektu OR”), w tym 977 obiekty OR dla części Odcinka Wdrożeniowego, na którym realizowany był Projekt 7.1.-36.2 oraz 195 obiektów dla pozostałej części Odcinka Wdrożeniowego. Z danych tych wprost zatem wynika, iż wbrew postanowieniom podrozdziału 3.3.1 pkt 3 OPZ, Konsorcjum NOKIA dokonało zmniejszenia ilości obiektów OR w stosunku do ilości przekazanych PnB dla „lokalizacji nominalnych” i to blisko o 100 obiektów. Z kolei z odtajnionej części Załącznika nr 8 do oferty Konsorcjum NOKIA oraz z RCO zawartego w ofercie Konsorcjum NOKIA wynika, iż w przypadku części linii kolejowych nastąpiło radykalne wręcz zmniejszenie ilości planowanych do wybudowania obiektów OR, a nawet całkowita rezygnacja z wybudowania obiektów OR na danej linii kolejowej.

Zdaniem Odwołującego zmniejszenie przez Konsorcjum NOKIA ilości obiektów OR w stosunku do przekazanych dla tych lokalizacji PnB pozostaje w wyraźnej sprzeczności z treścią podrozdziału 3.3.1 ppkt 3 OPZ. W takim stanie rzeczy Zamawiający obowiązany był odrzucić ofertę Konsorcjum NOKIA na podstawie art 89 ust 1 pkt 2) ustawy Pzp, jako ofertę o treści sprzecznej z SIWZ.

Odwołujący wskazał, że dla pokrycia sygnałem radiowym odcinka około 5.744.90 km linii kolejowej Konsorcjum NOKIA przewidziało wybudowanie zaledwie 195 obiektów OR. Z punktu widzenia technologicznego (niezależnie od producenta systemu radiowego), jest obiektywnie niemożliwe pokrycie tak dużego kilometrażu linii kolejowej przy wykorzystaniu zaledwie 195 obiektów OR. W takiej bowiem sytuacji obiekty OR musiałby zostać rozmieszczone w odległości od siebie wynoszącej średnio aż 30 km. Nie istnieje jednakże

technologia pozwalająca na wdrożenie systemu GSM-R spełniającego normy EIRENE (oraz inne właściwe obowiązujące normy techniczne wymagane w OPZ) przy rozmieszczeniu obiektów OR w tak dużej odległości od siebie. Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający przyjął odległość trzykrotnie mniejszą. Z treści PnB pozyskanych przez Zamawiającego dla tzw. „lokalizacji nominalnych” wynika bowiem, że średnia odległość pomiędzy obiektami OR wynosi ok. 9,4 km. Co wymaga podkreślenia, wymagania jakościowe dla pokrycia radiowego w ramach Projektu 7.1-36.2 były przy tym niższe niż określone przez Zamawiającego w ramach przedmiotowego postępowania. Odwołujący wskazał na poprzednie wdrożenia systemu GSM-R realizowane przez Zamawiającego na terenie Polski przy udziale lidera Konsorcjum i na okoliczność, że średnia odległość pomiędzy obiektami OR wynosiła około 7,5 km. Pomimo tego, wykonawca, aby sprostać określonym przez Zamawiającego wymaganiom pokrycia radiowego na linii E20, musiał wyposażyć obiekty OR w dodatkowe BTSy (stacje bazowe). Osiągnięcie wymaganych parametrów jakościowych jedynie w oparciu o pierwotnie zaplanowane (tj. oddalone o 7,5 km) i wybudowane obiekty OR okazało się niemożliwie.

Odwołujący wyjaśnił też, że na konieczność przyjęcia i zastosowania znacznie mniejszych odległości pomiędzy obiektami OR, niż przyjęte w ofercie Konsorcjum NOKIA, wskazują również ogólnodostępne raporty wykonane na zlecenie Komisji Europejskiej (European Union Agency for Railways, wcześniej – European Railway Agency]. Z raportów tych wynika, iż średnia odległość pomiędzy obiektami OR w wybudowanych europejskich instalacjach GSM -R wynosi 6-7 km.

Jak wskazał Odwołujący, zbyt duże odległości pomiędzy obiektami OR nie będą skutkować jedynie niespełnieniem wymogów Zamawiającego (w tym wymogów wynikających z obowiązujących norm) co do jakości pokrycia sygnału radiowego, ale realnie oddziaływać będą na bezpieczeństwo ruchu kolejowego, prowadzonego na Odcinku Wdrożeniowym, tj. na odcinku 13.843,91 km linii kolejowych, zlokalizowanych na terenie całej Polski.

Mając na uwadze powyższe, zdaniem Odwołującego, w przypadku odcinka 13.843,91 km linii kolejowych (przy uwzględnieniu konieczności podwójnego pokrycia sygnałem radiowym na odcinku 2.374,602 km linii kolejowych z uwagi na wymogi dla systemu ECTS), czyli odcinka stanowiącego przedmiot zamówienia, zapewnienie zestandaryzowanych średnich odległości pomiędzy obiektami oznaczałoby konieczność wybudowania około 2.100 obiektów OR. Liczba ta jest blisko dwukrotnie większa od wskazanej w ofercie złożonej przez Konsorcjum NOKIA (1174), co sugeruje wprost błędne i nierealne zaplanowanie ilości obiektów OR.

Odwołujący podkreślił, że w treści SIWZ Zamawiający przyjął znacznie bardziej restrykcyjne wymagania jakościowe dla podsystemu GSM-R, aniżeli założone w dokumentacji przetargowej dla Projektu 7.1-36.2. Zmiany w zakresie wymagań jakościowych polegały m.in. na:

- 1) sformułowaniu w podrozdziale 11.2 pkt 2 ppkt 13 OPZ wymogu pokrycia radiowego w obiektach kolejowych znajdujących się w promieniu 200m od torów skrajnych należących do Odcinka Wdrożeniowego,
- 2) sformułowaniu w podrozdziale 11.1 pkt 2 ppkt 10 OPZ wymogu zapewnienia pokrycia dla terminali mobilnych na poziomie -98dBm mierzonej 1,5m nad torem a nie 4 m (oznacza to, wymaganie zwiększenia poziomu sygnału o ok 6dB – czyli wymóg zapewnienia 4 razy mocniejszego sygnału),
- 3) wynikającej z podrozdziału 11.5 OPZ konieczności zapewnienia koordynacji poziomu sygnału w obszarach przygranicznych – co oznacza konieczność nadawania ze znacznie niższą mocą, z anten umieszczonych na niższych wysokościach oraz stosowanie znacznych pochyleń anten w promieniu ok 40 km od granicy Państwa – co znacznie ogranicza zasięgi komórek),
- 4) wynikająca z podrozdziału 11.1 pkt 2 OPZ zmiana wymagań dla linii CMK gdzie zamiast wymaganego w planowaniu wstępnym (tj. wykonanym w ramach Projektu 7.1-36.2.) pokrycia na poziomie -95dBm wymaga się planowanie na poziomie – 92dBm (wymagany dwa razy mocniejszy sygnał na odcinku ok 220 km).

Powyższe zmiany powinny skutkować, zdaniem Odwołującego, koniecznością zmniejszenia, na etapie projektowania, odległości pomiędzy obiektami OR w ramach tzw. „lokalizacji nominalnych”. Tymczasem w ofercie Konsorcjum NOKIA założono dalsze zwiększenie tych odległości, co, w ocenie Odwołującego, musi skutkować pogorszeniem jakości pokrycia sygnału radiowego. W tych okolicznościach nie ma możliwości zapewnienia wymaganej przez Zamawiającego jakości sygnału radiowego, co przesądza, zdaniem Odwołującego, o niezgodności oferty Konsorcjum NOKIA z treścią SIWZ i ziszczeniu się określonej w art. 89 ust 1 pkt 2) ustawy Pzp przesłanki odrzucenia oferty Konsorcjum NOKIA.

Odwołujący wskazał, że dokonanie optymalizacji tzw. „lokalizacji nominalnych” skutkującej pogorszeniem parametrów radiowych pozostaje w ewidentnej sprzeczności z treścią podrozdziału 3.3.1. pkt 4 OPZ oraz z treścią odpowiedzi na pytanie nr 1204, z której wynika, że „Należy kierować się zasadą, że zmiany lokalizacji obiektów nie powinny służyć pogorszeniu parametrów radiowych, a powinny skutkować uzyskaniem parametrów zgodnych z wymaganiami OPZ lub lepszych”.

Niezależnie od powyższego, zdaniem Odwołującego w sprzeczności z OPZ pozostaje sam fakt dokonania przez Konsorcjum NOKIA jakiegokolwiek optymalizacji tzw. „lokalizacji nominalnych”. Zamawiający nie pozostawił wykonawcom swobody w zakresie optymalizowania „lokalizacji nominalnych”, przeciwnie – w podrozdziale 3.3.1. pkt 3 OPZ Zamawiający jasno określił sytuacje, w których optymalizacja taka będzie w ogóle dopuszczalna, wskazując na niemożność wybudowania OR w punkcie wyznaczonym przez

PnB ze względu na nieoczekiwane warunki gruntowe, własnościowe, techniczne lub specyficzne cechy Systemu oferowanego przez wykonawcę. Powyższe potwierdza odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 66, o następującej treści „Wykonawca dokona optymalizacji OR w sytuacjach, gdy wybudowanie OR w punkcie wyznaczonym przez PnB (i zgodnie z projektem tego PnB byłoby niemożliwe zgodnie z postanowieniami pkt 33.1 OPZ” Z treści tej odpowiedzi wynika, zdaniem Odwołującego, że wykonawca nie może dowolnie optymalizować tzw. „lokalizacji nominalnych”, gdyż każda zmiana lokalizacji obiektu OR w stosunku do treści PnB musi wynikać z niemożliwości wybudowania OR w danej lokalizacji albo niemożności spełnienia parametrów jakościowych systemu GSM-R. Interpretację tą potwierdza, zdaniem Odwołującego, również odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 497, w której wskazane zostało, iż „Zamawiający nie dostarcza w ramach OPZ planowania radiowego. Zadaniem wykonawcy jest weryfikacja pod kątem parametrów radiowych dla całego Odcinka Wdrożeniowego. Zgodnie z podrozdziałem 3.3.1 pkt 2 Zamawiający przekazuje „lokalizacje nominalne” oraz wymagania z punktu widzenia poziomu mocy sygnału radiowego i uzyskanej pojemności systemu oraz QoS. W celu spełnienia wymagań Wykonawca może także dokonać optymalizacji „lokalizacji nominalnych”.

Z powyższego Odwołujący wywodzi, że w sprzeczności z OPZ (SIWZ) pozostaje dokonywanie optymalizacji tzw. „lokalizacji nominalnych” w sytuacji, gdy wybudowanie OR w danej lokalizacji nominalnej jest możliwe technologicznie a nadto zapewnione zostanie spełnienie wymagań jakościowych określonych przez Zamawiającego. Badanie ziszczenia się merytorycznych przesłanek zoptymalizowania tzw. „lokalizacji nominalnych” winno zostać przeprowadzone odrębnie dla każdej z takich lokalizacji. Brak jest przy tym w treści SIWZ jakichkolwiek podstaw dla czynienia apriorycznych założeń co do ziszczenia się warunków opisanych w pkt 3.3.1 ppkt 3 OPZ. Co więcej, dokonanie optymalizacji, w świetle podrozdziału 3.3.1 pkt OPZ., przy zastrzeżeniu ziszczenia się przesłanek określonych w tym postanowieniu OPZ, dopuszczalne jest dopiero na etapie projektowania i wymaga uzyskania zgody Inżyniera oraz Zamawiającego, co wynika z treści podrozdziału 3.3.1. pkt 6 OPZ, zgodnie z którym ewentualna optymalizacja tzw. „lokalizacji nominalnych”, może nastąpić dopiero w trakcie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego, na etapie projektowania. Niedopuszczalne jest zaś podejmowanie takich działań już na etapie składania ofert, w dodatku w oderwaniu określonych w podrozdziale 3.3.1 pkt 3 oraz 6 warunków dopuszczalności optymalizacji. Na etapie przygotowania oferty, zgodnie z podrozdziałem 3.3.1 pkt 5 wykonawca w odniesieniu do tzw. „lokalizacji nominalnych” uprawniony był jedynie:

1. „(...) zweryfikować swoimi metodami i narzędziami w jakim stopniu przekazane „lokalizacje nominalne” (i pozwolenia na budowę) spełniają wymagania OPZ pod kątem parametrów radiowych dla całego Odcinka Wdrożeniowego (pokrycie radiowe, pojemność i planowany QoS), uwzględniając także specyficzne parametry radiowe i

cechy Systemu dostarczanego przez Wykonawcę. O ile jakieś „lokalizacje nominalne” będą wymagały w takim wypadku optymalizacji Wykonawca uwzględni to w cenie kontraktowej i wykona bez dodatkowych kosztów”;

2. przyjąć, dla potrzeb sporządzenia oferty, że „(...) maksymalnie 20% „lokalizacji nominalnych „ może wymagać optymalizacji z innych przyczyn (kryteriów) aniżeli opisane w punkcie 5 ppkt 1 i uwzględni to w cenie kontraktowej a w razie potwierdzenia konieczności takiej optymalizacji wykona ją bez dodatkowych kosztów (...);

W związku z powyższym, już sama okoliczność dokonania przez Konsorcjum NOKIA optymalizacji tzw. „lokalizacji nominalnych”, niezależnie nawet od tego, czy optymalizacja taka skutkowałą zmniejszeniem ilości obiektów OR w stosunku do ilości przekazanych PnB dla „lokalizacji nominalnych”, przesądza o sprzeczności oferty Konsorcjum NOKIA z treścią SIWZ. Sprzeczność oferty Konsorcjum NOKIA z treścią SIWZ przejawia się jednakże również w:

1. zmniejszeniu ilości obiektów OR w stosunku do ilości przekazanych PnB dla „lokalizacji nominalnych”, czego wyraźnie zakazuje postanowienie podrozdziału 3.3.1 pkt 3 OPZ,
2. zaplanowaniu optymalizacji tzw. „lokalizacji nominalnych”, wpływającej na pogorszenie parametrów radiowych wymaganych w OPZ, co stoi w wyraźnej opozycji z postanowieniami podrozdziału 3.3.1 pkt 4 OPZ.

Ad zarzut z pkt 1 lit. d i e

Jak wskazał Odwołujący, zgodnie z rozdziałem 13 pkt 1 Instrukcji dla Wykonawców – stanowiącej Tom I SIWZ [dalej – „IDW”), Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą:

- 1) oświadczenia o posiadaniu świadectw dopuszczenia do eksploatacji typu lub zobowiązanie do uzyskania takich świadectw dla elementów przedmiotu zamówienia, które wykonawca zamierza dostarczyć w ramach niniejszego zamówienia dla których ma zastosowanie Rozporządzenie Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 13 maja 2014 r. w sprawie dopuszczania do eksploatacji określonych rodzajów budowli, urządzeń i pojazdów kolejowych [Dz.U. 2014 poz. 720), którego wzór stanowił Załącznik nr 6 do IDW,
- 2) oświadczenia o posiadaniu dopuszczeń do eksploatacji przez urządzenia lub zobowiązanie do uzyskania takich dopuszczeń dla elementów przedmiotu zamówienia, które wykonawca zamierza dostarczyć w ramach niniejszego zamówienia dla których wymagane jest dopuszczenie do stosowania na liniach kolejowych zarządzanych przez PKP PLK SA. wydane zgodnie z procedurą SMS- PW-17”, którego wzór stanowił Załącznik nr 7 do IDW.

W odpowiedzi na pytanie nr 2555, Zamawiający wskazał, iż „W załącznikach 6 i 7 do IDW należy wskazać producenta oraz model urządzenia”. Odwołujący podniósł, że Konsorcjum NOKIA nie zawarło w załącznikach nr 6 i 7 do swojej oferty informacji o producencie oraz

modelu urządzeń, wymienionych w tych dokumentach. Brak ten kwalifikować należy, zdaniem Odwołującego, jako niezgodność treści oferty Konsorcjum NOKIA z SIWZ. W tym aspekcie, zdaniem Odwołującego oferta Konsorcjum NOKIA nie została skonkretyzowana w zakresie wymaganym przez Zamawiającego, co w świetle przytoczonego w odwołaniu orzecznictwa Izby, świadczy o niezgodności treści oferty Konsorcjum NOKIA z treścią SIWZ, a tym samym ziszcła się przesłanka do odrzucenia oferty Konsorcjum NOKIA.

Ad zarzut 1 lit. f

Jak wynika z treści odwołania kolejnym przejawem niezgodności treści oferty Konsorcjum NOKIA z SIWZ, w ocenie Odwołującego, jest nieuwzględnienie w jej treści, wbrew wyraźnemu postanowieniu podrozdziału 11.1 pkt 2 ppkt 13 OPZ., wymogu pokrycia radiowego w obiektach kolejowych takich jak: hale dworcowe, podstacje trakcyjne, budynki techniczne i warsztatowe, magazyny oraz innych obiektach kolejowych znajdujących się pasach o szerokości 200 m mierzonych od torów skrajnych należących do Odcinka Wdrożeniowego.

Zgodnie z podrozdziałem 11.1 pkt 2 ppkt 13 OPZ „W obiektach kolejowych takich jak: hale dworcowe, podstacje trakcyjne, budynki techniczne i warsztatowe; magazyny i inne obiekty kolejowe znajdujące się w pasach o szerokości 200 m mierzonych od torów skrajnych należących do Odcinka Wdrożeniowego należy zapewnić pokrycie radiowe z prawdopodobieństwem pokrycia 95% oparte o poziom pokrycia 38.5 dBpV/m (- 98 dBm) dla komunikacji głosowej i transmisji danych niekrytycznych dla bezpieczeństwa, jest wymagane, aby przejścia podziemne, które należą do terenu dworca kolejowego, również były pokryte zasięgiem GSM-R. W przypadku konieczności instalacji dodatkowych BTS dla pokrycia wskazanych powyżej budynków, Zamawiający może dopuścić wykorzystanie dodatkowych BTS w rozwiązaniu wewnętrznym (Indoor)”.

Z powyższego Odwołujący wywodzi wymóg planowania natężenia sygnału na zewnątrz budynku co najmniej na poziomie -86dBm z prawdopodobieństwem 95% co wynika jednoznacznie z konieczności uwzględnienia ścian budynków gdzie tłumienie średnie przyjmuje się na poziomie 12dB. Na podstawie weryfikacji krzywych tłumienia toru radiowego, średni zasięg BTS (stacji bazowej) dla terenów miejskich i przedmiejskich wynosi około 1,5-2 km. Przy tak małej ilości planowanych przez Konsorcjum NOKIA obiektów OR, zachowanie wymogu opisanego w podrozdziale 11.1 pkt 2 ppkt 13 OPZ nie będzie, zdaniem Odwołującego, możliwe z uwagi na obiektywne prawa fizyki, niezależne od rodzaju oraz producenta stosowanych urządzeń systemu GSM-R. Spełnienie tego warunku wymagałoby zagęszczenia planowanych obiektów OR, stosownie do fizyki toru radiowego dla podanego zakresu częstotliwości. Przyjęta w ofercie Konsorcjum NOKIA metodologia realizacji przedmiotu zamówienia, zakładająca budowę zaledwie 1174 obiektów OR, z uwagi na obiektywne prawa fizyki, nie pozwoli na zapewnienie pokrycia radiowego w obiektach

kolejowych oraz w pasach o długości do 200 m mierzonych od torów skrajnych należących do Odcinka Wdrożeniowego, a już z pewnością nie pozwoli na zapewnienie pokrycia odpowiadającego wymaganiom jakościowym sformułowanym przez Zamawiającego w OPZ. Oferowany przez Konsorcjum NOKIA zakres oraz sposób spełnienia świadczenia w omawianym zakresie pozostaje, zdaniem Odwołującego, w wyraźnej opozycji do postanowień podrozdziału 11.1 pkt 2 ppkt 13 OPZ, co skutkuje niezgodnością oferty Konsorcjum NOKIA z SIWZ.

Ad zarzut 1 lit. g

Odwołujący w uzasadnieniu tego zarzutu wskazał na treść podrozdziału 11.1 pkt 2 ppkt 10 OPZ, zgodnie z którym „wszystkie „rozbudowane układy torowe” należące do pokrywanej linii jak również posterunki ruchu muszą być pokryte zasięgiem GSM-R tak, żeby w ramach takiego układu torowego nie było potrzeby przełączania się na inny (np. ISO MHz) system komunikacji radiowej.(..).” Ponadto, w odpowiedzi na pytanie nr 75, w którym wykonawca wnosił o potwierdzenie czy przedmiotowe postanowienie oznacza wymóg „pokrycia dla terminali przenośnych GPH, OPH, @ 1,5 m zamiast Cab Radios @ 4m”, Zamawiający jednoznacznie potwierdził, że „należy zapewnić pokrycie radiowe GSM-R dla urządzeń przenośnych w torze na wysokości 1,5 m”.

Zdaniem Odwołującego, radykalna redukcja ilości obiektów OR dla tzw. „lokalizacji nominalnych” oraz zaplanowanie zaledwie 195 obiektów OR dla części Odcinka Wdrożeniowego, na której nie był realizowany Projekt 7.1-36.2, skutkować będzie niemożnością zapewnienia świadczenia usług dla telefonów mobilnych w obszarach odległych od obiektów radiokomunikacyjnych OR, gdzie maleje odstęp pomiędzy sygnałem użytecznym a zakłócającym. Problem ten będzie w sposób istotny oddziaływał na prawidłowe działanie systemu GSM-R i bezpieczeństwo ruchu kolejowego w sytuacji uszkodzenia jednej ze stacji bazowych dla dwuwarstwowej sieci ETCS oraz jednowarstwowej bez ETCS (które to stacje lokowane są w obiektach OR). Mając zapewne na uwadze te właśnie względy, Zamawiający w odpowiedzi na pytanie 75 wyraźnie wskazał na konieczność zapewnienia pokrycia radiowego dla urządzeń przenośnych na wysokości 1,5m. Zredukowanie przez Konsorcjum NOKIA ilości stacji bazowych, powodujące niemożność spełnienia wymogu opisanego w podrozdziale 11.1 pkt 2 ppkt 10 OPZ, stanowi nie tylko przejaw niezgodności oferty Konsorcjum NOKIA z SIWZ, ale również rozwiązanie techniczne w istotny sposób zagrażające bezpieczeństwu prowadzenia ruchu kolejowego prowadzonego na liniach kolejowych, na których dopuszczono prędkości pociągu wynosi nawet (w przypadku linii, które zabudowane zostaną ETCS) nawet 220 km/h.

Ad zarzut 1 lit. h

Zdaniem Odwołującego, Konsorcjum NOKIA błędnie wypełniło Formularz Rozbicia Ceny Ofertowej (dalej: RCO). Zamawiający narzucił wykonawcom określoną formułę przygotowania tego dokumentu, zgodnie z którą, przygotowując RCO dla danego obiektu lub odcinka OTK (każdy obiekt / odcinek wymagał opracowania odrębnego RCO), należało podać cenę za sztukę oraz dodać koszty uruchomienia, certyfikatu WE, zezwolenia UTK (określone procentowo przez Zamawiającego). W sytuacji, gdy w wypełnianym RCO ilość sztuk danego asortymentu nie była wyższa niż 1, suma przytoczonych kwot wyrażała cenę netto. W przypadkach, gdy suma sztuk była wyższa niż 1, cenę stanowił iloczyn ilości sztuk i ceny jednostkowej (zgodnie z adnotacją zawartą w kolumnie „uwagi”).

Zdaniem Odwołującego poprawne wskazanie kwot jednostkowych będzie miało istotne znaczenie w kontekście przyszłej realizacji zamówienia. Jak wskazano powyżej RCO w pkt 1.1 przewiduje możliwą zmianę ilości obiektów i urządzeń. Modyfikacje mogą przewidywać także korekty poszczególnych Etapów ilościowych poprzez zmianę linii kolejowych przyporządkowanych do danego Etapu, co przekładać się będzie na zmianę cen poszczególnych Etapów. Kwoty ujęte w RCO, w tym ceny jednostkowe, będą miały również bezpośrednie zastosowanie chociażby w przypadku zastosowania procedury zmiany (klauzula 13.3 Warunków Umowy), płatności etapowych, należnych rat przejściowych oraz dla kalkulacji robót zamiennych. Konsorcjum NOKIA, w przypadku kilkudziesięciu obiektów bądź odcinków OTK, nie zastosowało się do metodologii wypełniania RCO. Błąd ten odnosi się do RCO dotyczących sytuacji, w których ilość sztuk była większa niż 1 i polegał na wpisaniu w rubryce, która zawierać powinna cenę jednostkową kwoty identycznej z kwotą wpisaną do rubryki „cena” (gdzie winien zostać podany iloczyn ceny jednostkowej oraz ilości sztuk). Błąd ten Odwołujący postanowił zobrazować na przykładzie fragmentu RCO ze str. 778 oferty Konsorcjum NOKIA. Konsorcjum NOKIA przewidziało, że w ramach prac związanych z lokalizacją terminali FDS (tego zakresu dotyczy analizowane RCO) ilość prac polegających na wykonaniu instalacji wewnątrz budynku wynosi 307. Poprawnie wypełnione RCO powinno więc wskazywać w kolumnach odnoszących się do dostawy i zabudowy, uruchomienia, certyfikatu WE oraz zezwolenia UTK cenę jednostkową za sztukę. Ich suma powinna zostać dopiero przemnożona przez ilość sztuk 307. W ten sposób otrzymany wynik powinien zostać wskazany w kolumnie „cena [PLN netto]”. Tymczasem w ofercie Konsorcjum NOKIA suma kwot przypisana do kolumn ceny jednostkowej jest tożsama z kwotą stanowiącą iloczyn ceny jednostkowej i ich ilości. Wypełnienie poszczególnych RCO w przyjęty przez Konsorcjum NOKIA sposób stanowi, w ocenie Odwołującego, błąd nieusuwalny bez ingerencji w treści oferty. Jak wskazał Odwołujący, jego zdaniem, istnieją dwa równoważne rozwiązania eliminujące ową nieprawidłowość:

- a) przyjęcie, że poprawna jest kwota jednostkowa (stanowiąca sumę kwot wskazanych w kolumnach „dostawa i zabudowa”, „uruchomienie”, „za certyfikat WE (...)”, „za zezwolenie UTK”), tj. 138 150,00 zł i przemnożenie tej kwoty przez 307 w celu otrzymania ceny;
- b) przyjęcie, że poprawna jest cena, tj. 138 150,00 zł i podzielenie jej przez 307 w celu ustalenia kwoty jednostkowej.

Każde z tych rozwiązań stanowiłoby ingerencję w treść oferty i nie może zostać przeprowadzone przez Zamawiającego samodzielnie, ani na skutek wyjaśnień Konsorcjum NOKIA. Jak wskazał Odwołujący, analogiczna, do powyższej, sytuacja występuje również na innych stronach w RCO, które Odwołujący wskazał w treści odwołania.

Ponadto, zdaniem Odwołującego, istnieje znaczne ryzyko, iż na etapie realizacji umowy Konsorcjum NOKIA przyjęłoby korzystną dla siebie interpretację i wywodziło, iż podane wartości mają charakter jednostkowy i w celu określenia należnego wynagrodzenia należy je przemnożyć przez ilości sztuk wskazane w poszczególnych RCO. Może to narazić Zamawiającego na wielomilionowe roszczenia ze strony Konsorcjum NOKIA, wszak ilości w każdym z kwestionowanych RCO wynoszą po kilkaset jednostek/sztuk. W ocenie Odwołującego nie mamy w tym przypadku do czynienia z jakąkolwiek z podlegających poprawianiu omyłek. Nie jest to w ocenie Odwołującego oczywista omyłka rachunkowa, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż „oczywistość” omyłki rachunkowej utożsamiana jest z brakiem alternatywnych rozwiązań jej poprawienia. Jeśli zatem istnieją różne możliwości poprawienia oferty, jak w przypadku oferty Konsorcjum NOKIA, to zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp nie jest możliwe. Ponadto, zdaniem Odwołującego nie może być również mowy o tzw. „innej omyłce”, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż zmiana, jakiej należało by dokonać aby wyeliminować błąd w RCO, miała by istotny charakter, gdyż jak wskazał Odwołujący, przyjęcie jednego z możliwych rozwiązań narazi Zamawiającego lub Konsorcjum NOKIA na straty wynoszące ponad 42 mln zł. Na uwagę zasługuje, że nie jest to najbardziej jaskrawy przypadek – pozostałe RCO, w których Konsorcjum NOKIA popełniło analogiczny błąd generują jeszcze większe potencjalne różnice oczekiwań względem należnego wynagrodzenia. Odwołujący wskazał też, że zaistniałej wątpliwości nie można wyjaśnić w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Ad zarzut 1 lit. i

Ponadto, zdaniem Odwołującego oferta Konsorcjum NOKIA pozostaje sprzeczna z treścią SIWZ również z uwagi na brak wyceny prac w zakresie linii kolejowych nr 35 i 104. Jak wyjaśnił Odwołujący, Załącznikiem nr 1 do OPZ był dokument o nazwie „Wykaz linii kolejowych objętych zadaniem dla Części I (Sieci GSM-R)”. W tabelarycznym zestawieniu Zamawiający przedstawił linie kolejowe, na których ma zostać zapewnione pokrycie sygnałem GSM-R wraz

z budową kabli OTK w odniesieniu do poszczególnych linii kolejowych. W osobnej tabelce umieszczone zostały linie kolejowe, wzdłuż których dodatkowo ułożony ma zostać kabel OTK, tj.:

- a) linia kolejowa nr 35 (Ostrołęka-Szczytno);
- b) linia kolejowa nr 104 (Chabówka-Nowy Sącz);
- c) linia kolejowa nr 97 (Skawina-Żywiec).

Obowiązkiem wykonawców (zgodnie z pkt. 1.1 RCO) było zaprezentowanie w ofercie propozycji podziału listy (zestawienia) linii kolejowych na poszczególne Etapy.

Konsorcjum NOKIA załączyło do oferty dokument pn. Podział linii kolejowych na Etapy ilościowe. Z dokumentu tego wynika (str. 44 oferty), iż prace związane z położeniem kabla OTK wzdłuż linii kolejowej nr 104 wchodzi w zakres Etapu 2, te dotyczące linii kolejowej nr 97 zostaną zrealizowane w Etapie 3, a linii kolejowej nr 35 w Etapie 4. Przyjęty przez Konsorcjum NOKIA podział implikował konieczność jego odzwierciedlenia w RCO. Tymczasem w złożonej przez Konsorcjum NOKIA ofercie nie ujęto RCO dla linii kolejowych nr 35 i 104, co pozwala jednoznacznie przyjąć, że nie znajdują się one w zakresie prac, które wykonać zamierza Konsorcjum NOKIA. Bez znaczenia dla tej okoliczności, w ocenie Odwołującego, pozostaje fakt przewidzenia prac na tych liniach w załączonym do oferty wykazie. Podstawowym obowiązkiem wykonawców było bowiem opracowanie RCO dla wszystkich linii kolejowych. Analizowany brak stanowi nie tylko ubytek o charakterze formalnym, ale i w bezpośredni sposób przekłada się na realizację przyszłej umowy. Nawet gdyby bowiem przyjąć, że Konsorcjum NOKIA zamierza zrealizować prace odnoszące się do linii kolejowych nr 35 i 104 (co nie znajduje potwierdzenia w treści oferty), to brak stosownych RCO powoduje, iż nie sposób ustalić wyceny poszczególnych prac w tym zakresie. Brak uwzględnienia w ofercie prac związanych z ułożeniem kabli OTK wzdłuż linii 35 i 104 czyni tę ofertę niezgodną z SIWZ, co generuje konieczność jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Ad zarzut 1 lit. j

Jak wskazuje Odwołujący, analogiczne uwagi i konkluzje, do tych dotyczących zarzutu z pkt 1 lit. i odwołania, odnieść należy również do okoliczności braku uwzględnienia w ofercie Konsorcjum NOKIA kosztów Urządzeń i Systemów przeznaczonych do realizacji Infrastruktury w tunelach i na dworcach podziemnych. Koszty te, wbrew twierdzeniom Konsorcjum NOKIA zawartych w wyjaśnieniach z dnia 17 października 2017 r., nie zostały ujęte przy wycenie „najbliższych OR w stosunku do planowanego tunelu”. Zaoferowane przez Konsorcjum NOKIA ceny obiektów OR zasadniczo są bowiem takie same, różniąc się w części przypadków jedynie wyceną wieży, a zatem wyceną innego elementu, aniżeli Urządzeni i Systemy przeznaczone do realizacji Infrastruktury, który powinien zostać ujęty w pozycjach „instalacja antenowa” oraz „BTS”. Wskazane w RCO ceny tych pozycji są przy tym takie same w całym RCO i wynoszą

odpowiednio 34.516,00 zł (netto) oraz 72.960,00 zł (netto). Jak wskazał Odwołujący, w RCO Konsorcjum NOKIA ceny pozycji „instalacja antenowa i BTS” są takie same. Tym samym nie jest możliwe, aby Konsorcjum NOKIA ujęło w wycenie najbliższego w stosunku do planowanego tunelu obiektu OR koszty urządzeń i Systemów przeznaczonych do realizacji Infrastruktury w tunelach i na dworcach podziemnych. Z tego względu oferta Konsorcjum NOKIA jest niezgodna z SIWZ, co implikuje konieczność jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Ad zarzut 2

Odwołujący podniósł również, że złożenie oferty przez Konsorcjum NOKIA stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, z następujących powodów.

Z analizy RCO złożonych przez Odwołującego oraz Konsorcjum NOKIA wynika znaczna dysproporcja pomiędzy kosztami wyceny Systemów i Urządzeń dostarczanych dla obiektów OC1 i OC2. Przykładowo jedynie wskazać należy, iż:

- a) Konsorcjum NOKIA wyceniło pozycję „NSS (wraz z HLR, MG W, MSC-CS, SCP)” dla obiektu OC1 na kwotę 36.378.131,00 zł, podczas gdy Odwołujący tą samą pozycję wycenił na kwotę 9.064.203,74 zł.
- b) Konsorcjum NOKIA wyceniło pozycję „System zbierania i przechowywania kopii bezpieczeństwa” dla obiektu OC1 38.289.461,00 zł, podczas gdy Odwołujący tę samą pozycję wycenił na kwotę 1.384,139,85 zł,

Analogiczne dysproporcje występują również w przypadku wyceny osprzętu dla obiektu OC2. Szczegółowo dysproporcje te zostały wskazane w załączniku nr 18 do odwołania. Różnice te nie dają się racjonalnie uzasadnić kwestiami obiektywnymi, związanymi z kosztami platformy sprzętowej, czy rzeczywistej wartości tego zakresu prac, polegającego na dostawie, instalacji i uruchomieniu Urządzeń i Systemów. Koszty te, z uwagi na wiążące normy techniczne dla podsystemu GSM-R, nie mogą być aż tak radykalnie odmienne u poszczególnych dostawców podsystemu. Jedynym racjonalnym uzasadnieniem zaistniałych dysproporcji jest, według Odwołującego, celowe działanie konsorcjum NOKIA, ukierunkowane na takie ukształtowanie cen jednostkowych, aby uzyskać większą, nieadekwatną do rzeczywistego zakresu wykonanych prac, płatność wynagrodzenia na początkowym etapie inwestycji.

Z Tomu IV SIWZ – Rozbicie Ceny Ofertowej (dalej: „RCO”) wynikał obowiązek dokonania kalkulacji ceny ofertowej przy użyciu określonego przez Zamawiającego wzoru Rozbicia Ceny Ofertowej, obejmującego wskazanie cen dla poszczególnych pozycji cenowych i czynników kosztotwórczych. Jakkolwiek Zamawiający przyjął formułę wynagrodzenia ryczałtowego, to wobec przyjęcia płatności należnego wykonawcy wynagrodzenia w częściach – za wykonany zakres prac, złożone przez wykonawcę wraz z ofertą RCO miało stanowić podstawę dokonywania rozliczeń pomiędzy Zamawiającym, a wykonawcą, z którym zostanie

zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. W punkcie 11.3 IDW Zamawiający zobowiązał wykonawców do ujęcia w każdej pozycji RCO pełnego zakresu prac i robót potrzebnych do zrealizowania przedmiotu zamówienia wraz ze wszystkimi kosztami, które są niezbędne do poniesienia dla wykonania opisanych prac i robót oraz ich zabezpieczenia i utrzymania w trakcie realizacji wraz ze wszystkimi tymczasowymi robotami i instalacjami koniecznymi do wykonania w ramach danej pozycji. Ponadto należało uwzględnić nieprzewidziane koszty spowodowane koniecznością dostosowania wykonywanych robót do wszystkich obowiązujących aktualnych przepisów i praw krajowych, lokalnych lub europejskich. W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego, cena wskazana dla danej pozycji powinna odpowiadać rzeczywistym, kompletnym kosztom wykonania tego i tylko tego zakresu prac. Kwestia ta ma o tyle istotne, czy wręcz zasadnicze znaczenie, iż rozliczenia pomiędzy Zamawiającym, a wykonawcą, miały być dokonywane wedle wartości cenowych wskazanych w RCO, stosownie do rzeczywistego zakresu wykonanych prac lub robót. Taka metoda rozliczeń wynika wprost z postanowień Tomu II SIWZ – Warunki Umowy (WU) Część I, z SubKLAUZULI 14.6 „Wystawianie przejściowych świadectw płatności”.

Tymczasem, w ocenie Odwołującego, wbrew postanowieniom pkt 13.1. IDW, zaferowane przez Konsorcjum NOKIA ceny dla Systemów i Urządzeń dla obiektów OC1 i OC2 nie objęły jedynie rzeczywistych kosztów wykonania tego zakresu prac, ale zostały sztucznie zawyżone. Działanie takie niewątpliwie ma charakter celowy i przemyślany i ukierunkowane jest na uzyskanie na wstępnym etapie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego płatności w kwocie wyższej, aniżeli odpowiadająca wartości faktycznie wykonanych prac. Należy mieć bowiem na uwadze, że zgodnie z podrozdziałem 2.2.1. pkt 2 ppkt 1 OPZ wykonanie całej infrastruktury zaplanowanej w lokalizacjach OC1 i OC2 ma nastąpić w ramach realizacji Etapu 1, tj. do dnia 31 grudnia 2019 r.

Sztuczne zawyżenie cen za prace w obiektach OC1 i OC2 przez Konsorcjum NOKIA spowoduje uzyskanie przez Konsorcjum NOKIA płatności nieadekwatnej do rzeczywiście wykonanego zakresu prac. Powyższe działanie Konsorcjum NOKIA podlega kwalifikacji jako manipulacja cenowa, stanowiąca czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy UZNK. Nie istnieje, zdaniem Odwołującego, inne, racjonalne wytłumaczenie przyjęcia tak wysokich cen dla Urządzeń i Systemów wyposażenia obiektów OC1 i OC2, aniżeli działanie ukierunkowane na uzyskanie zapłaty zawyżonej kwoty wynagrodzenia, nieadekwatnej do rzeczywistej wartości wykonanych prac, już na wstępnym etapie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Ponadto Odwołujący wskazał, że niezależnie od powyższego działanie Konsorcjum NOKIA polegające na zaniżeniu ilości obiektów OR (szczegółowo opisane w zarzucie nr 1) oraz polegające na zaniżeniu kosztów wykonania 1 km rurociągu kablowego stanowi czyn

nieuczciwej konkurencji stypizowany w art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK. Przedstawione okoliczności faktyczne powodują, że cena oferty Konsorcjum NOKIA jest ceną poniżej faktycznych kosztów realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami OPZ. Jednocześnie działanie to ma na celu eliminację z rynku wszystkich pozostałych potencjalnych (i aktualnych) konkurentów. Wskazany wyżej – obiektywnie istniejący – antykonkurencyjny cel działania Konsorcjum NOKIA oraz przede wszystkim (wynikające zwłaszcza ze specyfiki popytu na daną usługę) bardzo poważne skutki rynkowe tego działania, uprawniają jego kwalifikowanie jako zakłócającego konkurencję na rynku unijnym (lub znacznej części tego rynku, stanowiący obszar na którym ma być wykonana usługa). Działania Konsorcjum NOKIA godzą zatem w jeden z „głównych celów zasad prawa Unii z dziedziny zamówień publicznych”, jakim jest „otwarcie na niezakłóconą konkurencję we wszystkich państwach członkowskich”. Ponadto działanie Konsorcjum NOKIA koliduje również z jedną z podstawowych swobód rynku UE, jaką jest swoboda przepływu usług (art. 56 i n. TFUE); zagwarantowanie tej swobody to również jeden z podstawowych celów unijnego prawa zamówień publicznych. Odwołujący wskazał, że skala przedmiotowego zamówienia wyczerpuje cały rynek właściwy usług wykonywania systemów GSM-R w Polsce (pokrywa całą sieć kolejową) i nie istnieje żaden inny nabywca tego rodzaju usług. Z tego też powodu wycena ceny oferty Konsorcjum NOKIA musi być wyceną nie tylko spełniającą standardy ustawy Pzp, ale jednocześnie nie może naruszać UZNK. Nieuprawnione obniżenie ceny, w związku z zaniżeniem kosztów realizacji kluczowych robót w postaci rurociągów kablowych oraz w następstwie nieuprawnionego zaniechania wyceny wymaganej ilości OR, narusza per se przepisy UZNK, co na gruncie ustawy Pzp przekłada się na zaistnienie podstawy odrzucenia oferty określonej w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Ad zarzut 3

Odwołujący kwestionuje również wycenę prac obejmujących położenie 1 kilometra rurociągu kablowego wraz ze studniami oraz 1 kilometra kabla optotelekomunikacyjnego z osprzętem (dalej: „kable OTK” lub „światłowody”) uwzględnioną w ofercie Konsorcjum NOKIA. Sumaryczny koszt tego zakresu zamówienia (położenie około 11 500 km rurociągów i kabli OTK na terenie całej Polski) wynosi ok. 760 mln zł, co stanowi ok. 35 % wyceny całkowitej i czyni jednocześnie cenę zaoferowaną przez Konsorcjum NOKIA rażąco niską w rozumieniu art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp. Jak wynika z treści Tomu IV SIWZ – RCO wykonawcy zobowiązani zostali do osobnej wyceny kosztu budowy 1 km rurociągu kablowego ze studniami i zasobnikami oraz 1 km kabla OTK wraz z osprzętem. Zgodnie z pkt. 1 RCO („Informacje ogólne”) przy wycenie wspomnianego 1 kilometra prac obowiązkiem wykonawców było również uwzględnienie w tej pozycji wszystkich wymagań i zobowiązań zawartych, wyrażonych jak i wynikających ze wszystkich części Przedmiotu Zamówienia oraz

odpowiednie uwzględnienie ich w wycenie. Każda kwota uwzględniać winna także „wszystkie dodatkowe i nieprzewidziane wydatki oraz ryzyka każdego rodzaju konieczne do zabudowania, ukończenia i utrzymania przedmiotu Robót zgodnie z Przedmiotem Zamówienia”. Zamawiający żądał również, aby kwoty wykazane we wszystkich pozycjach RCO pozostawały w odpowiednim stosunku do kosztu wykonania robót opisanych w Przedmiocie Zamówienia. Wszystkie koszty ogólne, zyski, narzuty i temu podobne opłaty, odnoszące się do Przedmiotu Zamówienia jako całości miały być rozłożone na wszystkie kwoty w RCO. Brak wyodrębnienia stosownej pozycji w RCO obligował wykonawców do całościowego uwzględnienia wszystkich stawek i kwot dla wszystkich występujących kosztów. Istotne jest również, iż w pkt 11.3 Instrukcji Dla Wykonawców (IDW) Zamawiający zobowiązał wykonawców do ujęcia w każdej pozycji RCO pełnego zakresu prac i robót potrzebnych do zrealizowania przedmiotu zamówienia wraz ze wszystkimi kosztami, które są niezbędne do poniesienia dla wykonania opisanych prac i robót oraz ich zabezpieczenia i utrzymania w trakcie realizacji wraz ze wszystkimi tymczasowymi robotami i instalacjami koniecznymi do wykonania w ramach danej pozycji. Ponadto należało uwzględnić nieprzewidziane koszty spowodowane koniecznością dostosowania wykonywanych robót do wszystkich obowiązujących aktualnych przepisów i praw krajowych, lokalnych lub europejskich.

Odnosząc powyższe reguły z punktu 1 RCO i punktu 11.3 IDW, do wyceny przez wykonawców 1 km prac, podkreślenia wymaga, że poza wymienionymi w części tabelarycznej RCO kosztami bezpośrednimi (tj. kosztami 1 km rurociągu kablowego ze studniami i zasobnikami oraz 1 km kabla OTK wraz z osprzętem) wykonawcy byli zobowiązani uwzględnić w wycenie 1 km prac również następujące koszty:

- a) koszty nadzoru,
- b) koszty zaplecza i organizacji budowy,
- c) ryzyka związane w realizacją prac przez okres 62 miesięcy (jak np. wzrost cen, wzrost płac minimalnych, koszt usuwania uszkodzeń czy ryzyka walutowe),
- d) koszty finansowe związane z realizacją prac przez okres 62 miesięcy (koszty gwarancji należytego wykonania; koszty ubezpieczenia; koszty gwarancji, pozostałe koszty finansowania zamówienia),
- e) marża wykonawcy (w tym koszty ogólne oraz zysk).

Jak wynika z treści oferty złożonej przez Konsorcjum NOKIA cena budowy 1 km rurociągu kablowego ze studniami i zasobnikami oraz 1 km kabla OTK wraz z osprzętem z uwzględnieniem pozostałych wymienionych powyżej kosztów wyceniona została na 66.050 zł netto. Jak zostanie dowiedzione cena ta jest nierealistyczna, odbiega istotnie od zakresu i kosztów prac składających się na przedmiot zamówienia, co czyni ją ceną „nierynkową” i uniemożliwiającą wykonanie zamówienia zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego, biorąc pod uwagę jego olbrzymi zakres i konieczność zgromadzenia bardzo dużego potencjału

wykonawczego, aby realizować Zamówienie w narzuconych przez Zamawiającego terminach, pośrednich i końcowym.

W celu wykazania realnego kosztu wybudowania jednego km rurociągu i montażu w nim oczekiwanego przez Zamawiającego światłowodu Odwołujący załączył tabelę zawierającą porównanie cen oferowanych przez podwykonawców (oferty podwykonawcze uzyskane zostały przed terminem składania oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia i posłużyły Odwołującemu do własnej kalkulacji) obejmujących tylko koszty bezpośrednie powiększonych o obligatoryjne dalsze koszty wskazane w punktach a-e powyżej, z ceną Konsorcjum NOKIA. Odwołujący wskazał, że z załączonego zestawienia wynika, że średnia cena rynkowa za wykonanie analizowanych prac (obejmująca wyłącznie koszty bezpośrednie 1 km rurociągu kablowego ze studniami i zasobnikami oraz 1 km kabla OTK) wynosi 84 775,70 zł netto. Cena ta uwzględnia uzyskanie dodatkowego upustu w wyniku negocjacji planowanych na etapie następującym po wyborze oferty (przyjętego na poziomie 3%). Co szczególnie istotne, kwota ta nie zawiera dalszych kosztów wykonawcy wymienionych w pkt. a) – e) powyżej (tj. kosztów jego nadzoru, zaplecza i organizacji budowy, ryzyk związanych z realizacją umowy przez okres 62 miesięcy, kosztów finansowych, marży), a których uwzględnienie w tej pozycji obciążało każdego wykonawcę. Odwołujący obliczył w zestawieniu te koszty, przypisując im uśrednione, znajdujące oparcie w wieloletniej praktyce Odwołującego, i biorąc pod uwagę bardzo duży zakres zamówienia, realizowanego przez okres ponad pięciu lat na terenie całej Polski następujące wartości: 5% – koszty wykonawcy, 11,5% – ryzyka, 3% – koszty finansowe, 9% – marża (w tym koszty ogólne działalności firmy i zysk). Tym samym łączna wartość prac w omawianym zakresie na odcinku 1 km, uwzględniająca rynkowe koszty wybudowania rurociągu, nabycia kabla OTK oraz dalsze obligatoryjne koszty, które uwzględnić mieli wykonawcy, wynosi ok. 107 420,50 zł netto. Kwota ta jest o ok. 63 % wyższa od ceny wynikającej z oferty Konsorcjum NOKIA. Abstrahując od oczywistych różnic cenowych będących konsekwencją naturalnej konkurencji rynkowej czy efektu skali wygenerowanego w przedmiotowym zamówieniu uznać należy, że cena zaoferowana przez Konsorcjum NOKIA jest ceną znacznie poniżej rzeczywistych wartości rynkowych. Średnia cena za 1 km oferowana przez wyspecjalizowanych podwykonawców na poziomie 87 400 zł/km, przed opustem, posiadających doświadczenie w budowie linii światłowodowych w trudnym terenie wzdłuż linii kolejowych, nie uwzględniająca dalszych obligatoryjnych kosztów i narzutów jest o ponad 21 350 zł netto wyższa niż kwota Konsorcjum NOKIA, która owe koszty wykonawcy zawierać musi. Wysokość dalszych kosztów (określonych przez Odwołującego na poziomie ok. 27%) może różnić się w ofertach poszczególnych wykonawców (choćby w przypadku wysokości kosztów nadzoru czy marży wykonawcy). Nawet jeśli by jednak przyjąć, że dalsze koszty z punktów a) – e) przewidziane w ofercie Konsorcjum NOKIA ustalone zostały na nieco niższym poziomie, to nie wpływa to na

brak faktycznej możliwości zrealizowania analizowanego przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę. Nie ulega wątpliwości, że w istotnej części ich wysokość pozostaje wspólna dla wszystkich wykonawców. Z taką sytuacją mamy do czynienia chociażby w przypadku generujących najwyższe koszty ryzyk w postaci wzrostu cen (Odwołujący przyjął średni roczny wzrost cen na poziomie 1,5%, co jest i tak wartością zaniżoną) czy zmian cen głównych materiałów dla linii OTK, których półprodukty są importowane i uzależnione od kursu euro oraz wzrost cen sprzętu w związku z nagromadzeniem inwestycji infrastrukturalnych w Polsce od bieżącego roku. Analogicznie, w ocenie Odwołującego, potraktować należy kwestię wzrostu wynagrodzeń, którą uwzględnić w swoich ofertach musieli wszyscy inni wykonawcy z uwagi na fakt, że zamówienie realizowane będzie przez okres 62 miesięcy od Daty Rozpoczęcia. Odwołujący załączył tabelę zawierającą analizę wzrostu wynagrodzeń (odrębnie dla wynagrodzenia minimalnego i przeciętnego) w ciągu ostatnich 11 lat i prognozę do 2022 r., co pokrywa się z terminem realizacji przedmiotowego zamówienia (analiza oparta została o dane publikowane przez GUS, informacje na temat minimalnego wynagrodzenia na rok 2018 publikowane w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 12 września 2017 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2018 r. oraz prognozy na dalsze lata uwzględniające scenariusz wzrostu zbliżony do poprzednich lat). Wynika z niej, że średnioroczny wzrost po 2017 r., a przed 2022 r. w przypadku wynagrodzenia minimalnego wyniesie 5%, a w przypadku wynagrodzenia przeciętnego 5,54%. Oznacza to, że pracownik otrzymujący w chwili rozpoczęcia realizacji przedmiotowego zamówienia wynagrodzenie minimalne, pod koniec jego realizacji otrzymywał będzie wynagrodzenie wyższe o 25%. W przypadku pracowników otrzymujących wynagrodzenie przeciętne wzrost ten wyniesie 27,70%. Ten niebagatelny, przekładający się na wielomilionowe kwoty, wzrost wynagrodzeń musiał zostać uwzględniony w ofercie wykonawców. Odwołujący wskazuje jednocześnie, że nie eliminuje koniecznego do uwzględnienia w wycenie wzrostu płac i cen przewidziana przez Zamawiającego w subklazuli 13.8 Warunków Szczególnych możliwość waloryzacji wynagrodzenia umownego. Warunkiem, od którego uzależniona jest waloryzacja jest m. in. wzrost wartości wskaźnika cen dóbr inwestycyjnych ogłaszanego w Dzienniku Urzędowym RP „Monitor Polski” przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego na podstawie ustawy z dnia 30 sierpnia 1996 r. o komercjalizacji i prywatyzacji o co najmniej 2% za cztery ostatnie kwartały poprzedzające złożenie wniosku o waloryzację. Przedstawiona tabela prezentuje zestawienie obrazujące wartości przedmiotowego wskaźnika w rozbiciu na kwartały w ostatnich siedmiu latach. Z zestawienia tego wynika, iż spełnienie wymogu 2%, o którym mowa w Subklazuli 13.8 Warunków Szczególnych jest warunkiem na tyle wyśrubowanym, że czyni analizowane postanowienie raczej fasadowym niż w rzeczywistości chroniącym interesy wykonawców. Co

istotne na okoliczność tę zwracali uwagę wykonawcy w treści pytań nr 472 i 473. Zamawiający zdecydował się utrzymać treść Subklauzuli 13.8 bez zmian.

W celu udowodnienia nierealnego i nierynkowego charakteru wyceny Konsorcjum NOKIA kosztów wykonania 1 km analizowanych prac Odwołujący przedstawił dodatkowo także kalkulację sporządzoną w oparciu o Katalog Nakładów Rzeczowych, w którym przedstawiono szczegółowe rozbitcie cenowe dla referencyjnego odcinka o długości 100 km, uwzględniające postawione przez Zamawiającego wymagania w szczególności budowy na terenach stacji kolejowych oraz terenach miejskich rurociągów kablowych wraz kablem OTK w dodatkowej kanalizacji składającej się z rurociągów o średnicy 110 mm. Dla przedmiotowych wyliczeń Odwołujący przyjął minimalną stawkę roboczogodziny (w oparciu o dane Sekocenbud za III kwartał 2017 r.) w wysokości 11,30 zł netto oraz bardzo niskie narzuty w postaci kosztów zakupu (1%), kosztów pośrednich (43%) oraz zysku (3%). Narzuty określone na takim poziomie są zaniżone, zbliżone do minimalnych. Co więcej przyjęcie stawki za roboczogodzinę w wysokości właściwej dla III kwartału 2017 r. ma na celu jedynie dowiedzenie, że nawet tak niskie stawki nie umożliwiają realizacji zamówienia. Realizacja inwestycji w zakresie prac budowlanych przy światłowodach rozpocznie się najwcześniej w II kwartale 2018 r. (a zapewne jeszcze później), co oznacza, że stawki te będą wyższe, a cena Konsorcjum NOKIA stanie się tym samym jeszcze bardziej nierealna. Ceny materiałów pochodzą z ofert potencjalnych dostawców. Jak wskazał Odwołujący, wartość kosztorysowa robót, w przeliczeniu na 1 km, obliczona w ten sposób wyniosła 71 664,30 zł netto. Oznacza to, że wartość ta, oparta o minimalne stawki, jest wyższa o ok. 8,5 % od wyceny przyjętej przez Konsorcjum NOKIA (66 050 zł netto). Odwołujący zwrócił uwagę jak istotny wpływ na tę kalkulację mają minimalne stawki przyjęte do wyceny pracy godzinowej. Gdyby dla przedmiotowej kalkulacji przyjąć minimalne wynagrodzenie za stawkę godzinową wynoszące 13,70 zł (taka kwota obowiązywać będzie od 1 stycznia 2018 r., zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 12 września 2017 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2018 r.), to koszt wykonania 1 km wyniesie 75 294,26 zł netto. Na marginesie – chcąc skalkulować cenę do poziomu wynikającego z oferty Konsorcjum NOKIA (wynoszącej 66 050 zł netto) należałoby przyjąć wynagrodzenie godzinowe pracownika na poziomie ok. 7,59 zł netto, a więc znacznie poniżej dopuszczalnej płacy minimalnej. Należy również pokreślić, że do bezpośredniej wartości robót, o której mowa powyżej wykonawcy zobowiązani byli doliczyć dalsze koszty (wymienione w pkt a) – e) powyżej), a których wysokość powinna oscylować w granicach 27%. W bezsprzeczny sposób dowodzi to braku możliwości zrealizowania tak olbrzymiego zamówienia przez Konsorcjum NOKIA za zaproponowaną cenę.

Z najdalej idącej ostrożności Odwołujący podkreślił, że, jakkolwiek niniejsze postępowanie prowadzone jest w oparciu o przepisy ustawy Pzp w treści obowiązującej przed

nowelizacją z 2016 r., to w stanie faktycznym mamy do czynienia z rażąco niskim kosztem stanowiącym składową ceny i spełnione zostały, wynikające z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (dotyczącego stosowania art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przed zeszlóroczną nowelizacją), przesłanki dopuszczalności analizy ceny oferty przez pryzmat jej elementów składowych. Odwołujący na poparcie stawianej tezy przywołał orzecznictwo Izby.

Zdaniem Odwołującego nawet jeśli przyjąć, że Zamawiający słusznie ocenił, że nie zachodzą przesłanki do uznania oferty Konsorcjum NOKIA za rażąco niską w kontekście jej wartości całkowitej (z czym jednak Odwołujący się nie zgadza), to, jak wykazano powyżej, za zasadne uznać należy wystąpienie rażąco niskiego poziomu kosztu w postaci wyceny prac i materiałów odnoszących się do kabli OTK, co miało daleko idący wpływ na wartości końcową oferty która, w konsekwencji przyjętej przez Konsorcjum NOKIA wyceny, ma charakter rażąco niski i może istotnie ingerować w wynagrodzenie końcowe należne wykonawcy. Efektem przyjęcia zaniżonej wyceny kosztów związanych z kablami OTK było zaoferowanie przez Konsorcjum NOKIA ceny końcowej niższej o ponad 25% od szacunkowej wartości ustalonej przez Zamawiającego i ponad 27% od średniej arytmetycznej ceny wszystkich złożonych ofert. Przystępujący ma świadomość, że wobec powyższego nie zaistniały bezwzględne przesłanki przeprowadzenia procedury wyjaśniającej, niemniej jednak, uwzględniając, iż różnice te oscylują w bezpośredniej bliskości ustawowego progu 30%, a oferta Konsorcjum NOKIA jest o prawie miliard zł niższa od szacunkowej wartości zamówienia i o ponad miliard zł niższa od jedynej oferty nie podlegającej odrzuceniu, wyjaśnienie tych okoliczności uznać należało za zasadne.

Zdaniem Odwołującego ocena stanu faktycznego leżącego u podstaw przedmiotowego zarzutu odwołania (rażące zaniżenie kosztów prac obejmujących wykonanie łącznie około 11.500 kilometrów rurociągów kablowych wraz ze studniami i zasobnikami oraz kabli optotelekomunikacyjnych z osprzętem stanowiących ok. 35 % całego zamówienia) wymaga wiadomości specjalnych, co zgodnie z art. 190 ust. 4 zdanie 1 PZP uzasadnia dopuszczanie i przeprowadzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą dowodu z opinii biegłego, o co Odwołujący wnosi.

Ad zarzut 4

W ocenie Odwołującego, oprócz wyżej powołanych podstaw do odrzucenia oferty Konsorcjum NOKIA, zaistniała również podstawa do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, z uwagi na ziszczenie się przesłanki określonej w art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z przywołanym przepisem z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć

wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Hipoteza tej normy koresponduje ze stanem faktycznym zaistniałym na gruncie przedmiotowego postępowania, z następujących powodów.

Pismem z dnia 13 października 2017 r., Zamawiający, działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Konsorcjum NOKIA do wyjaśnienia „w którym miejscu oferty Wykonawca zawarł wycenę Urządzeń i Systemów przeznaczonych do realizacji Infrastruktury w tunelach i na dworcach podziemnych. W szczególności tych wskazanych w odpowiedzi na pytanie nr 76”. W odpowiedzi z dnia 17 października 2017 r. Konsorcjum NOKIA udzieliło wyjaśnień o następującej treści: „(...) Wykonawca uwzględnił koszty urządzeń i systemów przeznaczonych do realizacji infrastruktury w tunelach i na dworca podziemnych wyceniając najbliższy lub najbliższe OR w stosunku do planowanego tunel”. Wyjaśnienia Konsorcjum NOKIA nie znajdują jednakże potwierdzenia w treści złożonego przez nie RCO, gdzie brak jest jakichkolwiek odmienności kosztowych odzwierciedlających dodanie kosztów Urządzeń i Systemów przeznaczonych do realizacji Infrastruktury w tunelach i na stacjach podziemnych do wyceny obiektów OR zlokalizowanych najbliżej tuneli. Zgodnie z ustalonym przez Zamawiającego wzorem RCO, wycena omawianych Urządzeń i Systemów powinna była nastąpić w pozycjach „instalacja antenowa” oraz „BTS”. Cena tych pozycji jest zaś w RCO Konsorcjum NOKIA taka sama dla wszystkich obiektów OR i wynosi odpowiednio 34.516,00 zł netto oraz 72.960,00 zł netto. Jedyne różnice, jakie występują w zakresie wyceny przez Konsorcjum NOKIA obiektów OR dotyczą pozycji „wieża”. Różnice te nie wynikają przy tym z lokalizacji wieży. Odmienności co do wyceny tej pozycji nie są uwarunkowane tym, czy obiekt OR (którego częścią jest wieża) zaplanowany został do wybudowania na linii z tunelami, czy bez tuneli. Z treści RCO nie wynika zatem zależność pomiędzy wartością wyceny obiektu OR a faktem jego lokalizacji na linii kolejowej, na której występują lub nie występują tunele.

Dodatkowo, Odwołujący podniósł, że z RCO nie wynika jakakolwiek różnica w kalkulacji kosztów wykonania obiektów OR dla linii kolejowej, na której znajduje się tunel w Łodzi – który to tunel jest wyjątkowy, ze względu na długość oraz kształt i wymaga zastosowania, dla zapewnienia pokrycia radiowego o wymaganej przez Zamawiającego jakości, dodatkowych obiektów radiokomunikacyjnych OR. Również w przypadku linii kolejowej nr 286, na której zlokalizowane są dwa tunele powyżej 1000 km, brak jest jakiegokolwiek uwzględnienia w RCO kosztów Urządzeń i Systemów przeznaczonych do realizacji Infrastruktury w tunelach i na dworcach podziemnych. Koszty budowy obiektów OR na tej linii Konsorcjum NOKIA wyceniło tak samo, jak na liniach kolejowych, na których nie ma tuneli.

W świetle powyższego nie może zostać uznane za prawdziwe oświadczenie Konsorcjum NOKIA, złożone w wyjaśnieniach z dnia 17 października 2017 r. jakoby wykonawca ten uwzględnił kosztu Urządzeń i Systemów przeznaczonych do realizacji Infrastruktury w tunelach i na dworcach podziemnych wyceniając najbliższe OR w stosunku do

planowanego tuneli. Treść RCO złożonego przez tego wykonawcę w sposób jednoznaczny przeczy, w ocenie Odwołującego, faktycznemu uwzględnieniu tych kosztów w wycenie obiektów OR. W konsekwencji oświadczenie złożone przez Konsorcjum NOKIA pozostaje w opozycji do rzeczywistego stanu rzeczy. Warunkiem koniecznym ziszczenia się przesłanki wykluczenia opisanej wart. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp jest wpływ lub potencjalny wpływ nieprawdziwych informacji na wynik postępowania. Odwołujący, powołując się na orzecznictwo Izby podniósł, iż wpływ taki (bądź potencjalny wpływ) zachodzi jeżeli nieprawdziwe informacje przesądzą o wykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, o ocenie ofert lub o możliwości uznania oferty za najkorzystniejszą. Taka sytuacja miała, zdaniem Odwołującego, miejsce w przedmiotowej sprawie. Oświadczenie złożone przez Konsorcjum NOKIA zapewniało o skalkulowaniu oferty tego wykonawcy w sposób zgodny z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ, przy uwzględnieniu pełnego zakresu rzeczowego przedmiotu zamówienia udzielanego w ramach postępowania. Brak ujęcia w RCO części zakresu rzeczowego zamówienia, a w konsekwencji złożenie przez Konsorcjum NOKIA zobowiązania ofertowego odnoszącego się do niepełnego zakresu oczekiwanego przez Zamawiającego świadczenia, przesądzałoby o kwalifikacji złożonej przez Konsorcjum NOKIA oferty jako niezgodnej z SIWZ i jej odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp. Złożenie w piśmie z dnia 17 października 2017 r. nieprawdziwego oświadczenia miało zatem rzeczywisty wpływ na wynik postępowania, gdyż przesądziło o uznaniu, iż oferta tego wykonawcy nie podlega odrzuceniu, powodując poddanie jej ocenie w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert a w konsekwencji – wybór tej oferty jako najkorzystniejszej.

Stanowisko Zamawiającego.

Pismem z dnia 14 listopada 2017 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, domagając się jego oddalenia w całości, a także o oddalenie złożonych przez Odwołującego, wniosków o powołanie biegłych. W zakresie podniesionych w odwołaniu zarzutów, Zamawiający wskazał, co następuje.

Ad zarzut 1 lit. a-c

W pierwszej kolejności Zamawiający wskazał, że Odwołujący dokonuje wybiórczej interpretacji postanowień SIWZ. Zamawiający przyznał, że zastrzegł sobie, aby ilość wybudowanych obiektów OR nie była mniejsza niż pozwoleń na budowę (tj. 1074), jednak Zamawiający nie związał tego wymogu z wybranymi liniami kolejowymi, ale z całością Odcinka Wdrożeniowego, dla którego przekazał PnB. Zgodnie z definicją zawartą w SIWZ Odcinek Wdrożeniowy to określona geograficznie część sieci kolejowej, która ma zostać pokryta sygnałem Systemu GSM-R w ramach realizacji Przedmiotu Zamówienia (obejmuje wszystkie

linie kolejowe wskazane do pokrycia sygnałem GSM-R w OPZ) Innymi słowy, Zamawiający przekazał PnB odnosząc je do całego Odcinka Wdrożeniowego, a nie wybranej jego części. Zamawiający wyjaśnił, że projekt 7.1-36.2 wskazywał wyłącznie wstępne ilości OR, które Zamawiający w sposób oczywisty przyjął jako minimalne wymagane dla sieci. Jednocześnie Zamawiający nie związał lokalizacji z konkretnymi liniami poprzez danie wykonawcom „swobody projektowej” (projektuj i buduj) ograniczonej jedynie wymogiem zachowania parametrów radiowych sieci. Przejawia się to we wprowadzeniu tzw. optymalizacji, dla której nie narzucono ograniczeń „promienia poszukiwań” dla modyfikacji obiektów, pozostawiając ten zakres, jako wyłączną domenę wykonawcy, co wynika np. z odpowiedzi na pytanie nr 1203: „Zamawiający zakłada, że promień poszukiwań będzie powiązany z parametrami dostarczanych Systemów i Wykonawca określi go i uzasadni w swoim projekcie”. Dodatkowo Zamawiający wskazał, że z udzielonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia odpowiedzi na pytania do treści SIWZ wynikało, że dla OR zarówno ich lokalizacja, jak i ich ilość jest przedmiotem optymalizacji, a lokalizacje nominalne są jedynie „potencjalnie do wykorzystania”, a nie „obowiązkowo do wykorzystania”. Zamawiający wskazał przy tym, że tak sporządził Opis Przedmiotu Zamówienia i Warunki Umowne, żeby to na wykonawcy spoczywał ciężar odpowiedniego zaprojektowania i wykonania niezbędnych prac i robót budowlanych aby osiągnięta została konkretna (oczekiwana przez Zamawiającego) funkcjonalność. Zamawiający, obok wskazania, że inwestycja prowadzona jest w formule „zaprojektuj i wybuduj”, zwrócił również uwagę na charakter wynagrodzenia, które jest wynagrodzeniem ryczałtowym.

Zamawiający wskazał, że Odwołujący powołując się na treść rozdziału 3.3 pkt 1, pkt 2, pkt 7 OPZ, a także rozdziału 3.3 pkt 4 OPZ koncentruje swoją uwagę na stwierdzeniu „na warunkach określonych poniżej”, ale jednocześnie pomija, że w tym fragmencie Zamawiający wskazał, iż „lokalizacje nominalne” są potencjalnie do wykorzystania i wykorzystanie PnB i lokalizacji nie jest obowiązkowe. Następnie Zamawiający dostrzega, że w dalszej treści odwołania, z powyższych wymagań OPZ (przywoływanych wybiórczo), Odwołujący wywodzi wnioski, iż pod pojęciem „lokalizacji nominalnych” Zamawiający nakazał rozumieć lokalizacje OR wyznaczone przez PnB pozyskane przez Zamawiającego w ramach projektu przygotowawczego 7,1-36.2 (czyli 1074 PnB). Innymi słowy, Odwołujący zwraca uwagę na „nominalność” tych lokalizacji, ale zupełnie pomija fakt że właśnie te postanowienia OPZ odnoszą charakter tych lokalizacji do całego Odcinka Wdrożeniowego, a nie jego części.

Zamawiający wskazał, że z rozdziału 3.3.1 pkt 3 OPZ wynika, iż:

- a) Zamawiający mówiąc o PnB odnosi się do całości Odcinka Wdrożeniowego (czyli całości sieci, a nie jakiejś części, którą próbuje zdefiniować Odwołujący);

- b) Zamawiający nie określa „promienia poszukiwań” dla optymalizacji (ponieważ projekt realizowany jest w formule „projektuj i buduj”, a wynik optymalizacji może zmienić lokalizację i ilość obiektów w ramach całości Odcinka Wdrożeniowego);
- c) Zamawiający zezwala na optymalizację pod kątem parametrów Urządzeń Wykonawcy (ponieważ projekt realizowany jest w formule „projektuj i buduj”, dla której istotna jest realizacja funkcjonalności a nie sama realizacja zabudowy obiektów w zdefiniowanej z góry „ilości” czy „miejscu”);
- d) Zamawiający wymaga utrzymania QoS na danej linii kolejowej (ponieważ kluczowa jest funkcjonalność);
- e) Z ostatniego zdania rozdziału 3-3.1- pkt 3 OPZ, zgodnie z którym „w ramach optymalizacji „lokalizacji nominalnych” nie dopuszcza się zmniejszania ilości obiektów OR w stosunku do ilości przekazanych PnB dla „lokalizacji nominalnych” – wynika, iż Zamawiający nie dopuszcza zmniejszenia ilości OR w stosunku do ilości przekazanych PnB (w kontekście całości Odcinka Wdrożeniowego). Innymi słowy, Konsorcjum NOKIA nie mogła wskazać mniejszej ilości OR niż 1074 (czego nie zrobiło – z oferty Konsorcjum NOKIA jednoznacznie wynika, iż liczba OR wynosi 1174).

Zamawiający wskazał, że stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym „optymalizacja lokalizacji nominalnych nie może spowodować zmniejszenia poniżej 1074 ilości obiektów OR planowanych do wybudowania na części Odcinka Wdrożenia, dla których Zamawiający pozyskał pozwolenia na budowę w wyniku realizacji Projektu 7.1 – 36.2”, jest błędne. Zamawiający zwrócił uwagę, że rozdział 5-3.1 OPZ w punktach 1 i 2 odnosi się do uzyskania funkcjonalności dla Odcinka Wdrożeniowego (a nie jego części) oraz wprost odnosi się do wytycznych rozdziału 3-3.1 OPZ i ich nie neguje. Zarówno ppkt 1 jak i 2 z punktu 3 rozdziału wskazują na wykonanie planowania radiowego i optymalizacji radiowej. Zamawiający podniósł też, że opis przedmiotu zamówienia znajduje się w części III SIWZ oraz że Zamawiający nie odwołuje się w treści SIWZ do opisu przedmiotu innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (w tym do OPZ dla zadania na projekt 7.1-36.2).

Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący bezzasadnie zawęża wymóg ilości OR do fragmentu Odcinka Wdrożeniowego, co nie wynika z postanowień OPZ. Oferta Konsorcjum NOKIA, która uwzględnia wykonanie łącznie 1174 OR (a zatem nie mniej niż 1074 OR) jest w pełni zgodna z treścią SIWZ.

Odnosząc się do zarzutu dokonania w ofercie Konsorcjum NOKIA optymalizacji tzw. „lokalizacji nominalnych” – pomimo iż nie ziszcili się określone w podrozdziale 3.3.1 pkt 3 OPZ oraz 3-3.1 pkt 5 OPZ przesłanki, od których uzależniona została możliwość optymalizacji, Zamawiający wskazał, że Odwołujący bezzasadnie uważa, że Zamawiający nie pozostawił wykonawcom możliwości dokonywania optymalizacji „lokalizacji nominalnych”. Zamawiający

wskazał na treść rozdziału 3-3.1 pkt 3 i pkt 5 SIWZ oraz że zgodnie z postanowieniami SIWZ Wykonawca miał wskazać w ofercie planowane lokalizacje OR oraz ilość OR planowaną do wybudowania z uwzględnieniem otrzymanych PnB (z podziałem na te z planowaną optymalizacją i te bez niej) i uwzględnieniem całkowicie nowych projektowanych lokalizacji OR. Zamawiający zarzucił Odwołującemu, że ten traktuje postanowienia OPZ w sposób wybiórczy oraz że wrywkowo cytuje odpowiedzi na pytanie nr 66 do SIWZ. Zamawiający wskazał, że pytanie nr 66 wraz z udzieloną na nie odpowiedzią należy interpretować w kontekście pytania, które dotyczyło jedynie kwestii problemów gruntowych (i niemożności wybudowania OR), a nie optymalizacji pod kątem parametrów radiowych. Zamawiający wskazał, że Odwołujący zupełnie pomija przy tym pytania i odpowiedzi do treści SIWZ, z których jednoznacznie wynika, iż:

- pytanie i odpowiedź nr 71 – optymalizację (w zakresie rozdziału 3-3.1 pkt 5 OPZ) należy wykonać na etapie składania oferty);
- pytanie i odpowiedź nr 497 – weryfikacja dotyczy całego Odcinka Wdrożeniowego. Samo pytanie i odpowiedź dotyczą lokalizacji przygranicznych a nie całego Odcinka Wdrożeniowego. Mimo tego, nawet przy udzieleniu odpowiedzi na to pytanie Zamawiający podkreślił, że jego wymagania z rozdziału 3-3.1 dotyczą całości Odcinka Wdrożeniowego, a nie jego wybranej części oraz to, że optymalizacja jest działaniem dozwolonym ale nie absolutnie wymaganym – pozostaje w gestii „know how” Wykonawcy;
- pytanie i odpowiedź nr 543 – optymalizacja dla Obiektów wpływa na ich ilość i lokalizację;
- pytania i odpowiedzi nr 698 i 699 – Zamawiający nakazywał dokładne i kompleksowe zapoznanie się z treścią OPZ;
- pytanie i odpowiedź nr 1203 – promień poszukiwań dla optymalizacji jest wyłączną domeną Wykonawcy;
- pytania i odpowiedzi nr 1204 i 1205 – zmiany lokalizacji obiektów nie powinny służyć pogorszeniu parametrów radiowych ale powinny skutkować uzyskaniem parametrów zgodnych z wymaganiami OPZ lub lepszych.

Zamawiającego wskazał, że nie wymagał budowy konkretnej ilości OR na konkretnych fragmentach Odcinka Wdrożeniowego. Zamawiający postawił jedynie warunek, aby ilość wybudowanych obiektów nie była mniejsza od ilości PnB; czyli nie mniejsza niż 1074 OR, a skoro oferta Konsorcjum NOKIA uwzględnia 1174 OR to oznacza, że jest ona zgodna z SIWZ.

Zamawiający wskazując na treść pkt 3-3.1 OPZ wskazał, że optymalizacja była dopuszczona nie tylko ze względu na niemożność wybudowania OR, ale również ze względu na specyficzne parametry i cechy oferowanego Systemu (w szczególności wskazujące na

odmienne wykonanie techniczne obiektu, np. preferowaną inną wysokość zawieszenia anten). Zamawiający podkreślił, że wiązanie optymalizacji tylko z warunkiem „niemożności wybudowania” byłoby skrajnie niewłaściwe, gdyż taki warunek może spełnić się dopiero na etapie realizacji budowy – zaś Zamawiający dopuszczał możliwość optymalizacji już na etapie oferty – w szczególności w związku z rozdziałem 3.3-1 pkt 5 OPZ. Z rozdziału 3-3.1 pkt 5 OPZ, według Zamawiającego, wynika iż:

- lokalizacje nominalne odnoszą się do całego Odcinka Wdrożeniowego;
- nakazują uwzględnić parametry radiowe systemu wykonawcy;
- nakazują ująć optymalizację w ofercie;
- dodatkowo w kwestiach dotyczących przyczyn gruntowych/nieruchomości pokazują, że należy założyć max 20% optymalizacji z tych powodów (ponieważ powody te ujawnią się dopiero podczas realizacji);
- postanowienia nie ograniczają zakresu optymalizacji z przyczyn wynikających z parametrów i cech systemu wykonawcy.

Ponadto Zamawiający podniósł, że w rozdziale 3-3 pkt 4 OPZ jednoznacznie wskazano, iż: „Pozwolenia na budowę uzyskane w ramach projektu 7.1-36.2 mają charakter wstępnie określonych „lokalizacji nominalnych”, potencjalnie do wykorzystania przez Wykonawcę, dla których możliwe jest wykonanie optymalizacji na warunkach określonych poniżej”. Zamawiający zauważył, że Odwołujący koncentruje swoją uwagę na sformułowaniu „na warunkach określonych poniżej” i nie dostrzega, że Zamawiający wskazał, że lokalizacje te są „potencjalnie do wykorzystania”, a także że wykorzystanie przekazanych przez Zamawiającego PnB i lokalizacji nie jest obowiązkowe.

Odnosząc się do twierdzenia Odwołującego, zgodnie z którym optymalizacja na etapie oferty jest niedopuszczalna, ponieważ zgodnie z OPZ powinna ona mieć miejsce dopiero po podpisaniu Umowy – na etapie projektowania, a każda optymalizacja będzie wymagała na etapie projektowania akceptacji Inżyniera wraz z uzasadnieniem ze strony wykonawcy, Zamawiający wskazał, że Odwołujący błędnie wnioskuje, że dokonanie optymalizacji w ofercie prowadzi do jej sprzeczności z SIWZ.

W związku z takim stanowiskiem Zamawiający wyjaśnił, iż postanowienia z rozdziału 3-3.1 pkt 6 OPZ należy rozumieć jako zabezpieczenie Zamawiającego w sytuacjach gdyby zmiany projektów były nieznaczące z punktu widzenia Prawa Budowlanego i Wykonawca chciałby uniknąć z tego powodu ich weryfikacji przez Zamawiającego. Zawarcie ww. wymogu w SIWZ przez Zamawiającego jest oczywiste, ponieważ każdy projekt wykonawcy będzie podlegał akceptacji i wymagał pokazania przez wykonawcę spełnienia parametrów zgodnych z OPZ. W szczególności dotyczy to każdego nowego projektu budowlanego (zamiennego w stosunku do przekazanych PnB), jaki powstanie w wyniku zmiany położenia OR w rezultacie optymalizacji. Powyższe, zdaniem Zamawiającego nie stanowi sprzeczności z optymalizacją

na etapie ofertowania, która wprost jest dopuszczona przez Zamawiającego w OPZ (rozdz. 3.3.1 pkt 5) i której to sprzeczności próbuje dowieść Odwołujący.

W odniesieniu do zarzutu odwołania, zgodnie z którym Konsorcjum NOKIA zaoferowało do wykonania liczbę obiektów radiokomunikacyjnych OR niewystarczającą dla spełnienia wymagań jakościowych określonych przez Zamawiającego w OPZ, w tym wymagań określonych w dokumentach referencyjnych w Części II OPZ pkt 2.2 „Normy”, w szczególności wymagań zawartych w normie EIRENE Functional Requirements Specification, version 8.0.0, oraz normie EIRENE System Requirements Specification, version 16.0.0, Zamawiający wskazał, że kwestia ta nie podlega ocenie przez Zamawiającego. Prawidłowość liczby OR (a zatem odległość pomiędzy obiektami OR, czy jakość sygnału radiowego) może być zweryfikowana dopiero po wybudowaniu kolejnych fragmentów sieci GSM-R. Zamawiający podniósł, że na obecnym etapie postępowania Odwołujący stawia wyłącznie hipotezę o malej ilości obiektów OR i ryzyku niezyskania odpowiednich parametrów radiowych, Co warte podkreślenia – hipoteza nie jest możliwa nawet do zweryfikowania przez biegłego czy instytut naukowo-badawczy bez dokonywania prac już bezpośrednio na terenie Odcinka Wdrożeniowego. Jedynie Konsorcjum Nokia zna swoje modelowanie pokrycia radiowego, a nie jest ono zawarte w ofercie Konsorcjum NOKIA i będzie dopiero przedmiotem projektu wstępnego. Zamawiający wskazał przy tym, że takie potencjalne ryzyko czy hipoteza odnosi się do każdego projektu radiowego, którego realizacja ze swej natury jest działaniem iteracyjnym, składającym się z planowania (predykcja) i budowy wraz z pomiarami (empiryczna weryfikacja). Zamawiający podkreślił, że Odwołujący nie poparł swego zarzutu żadnymi dowodami. Zarzut ma charakter spekulacyjny zaś argumentacja opiera się jedynie na powierzchownych porównaniach z „innymi projektami”. Argumentacja Odwołującego nie odnosi się również w ogóle do cech poszczególnych projektów – porównuje je tylko „ilościowo” i „statystycznie”. Zdaniem Zamawiającego fundamentalne znaczenie ma nie sama ilość obiektów, ale ich rozmieszczenie w terenie z uwzględnieniem topologii sieci. To ono decyduje o możliwości (lub nie) spełnienia wymagań jakościowych. Zamawiający wskazał, że Konsorcjum NOKIA istotnie zawarło wstępną informację o planowanych lokalizacjach OR w Załączniku nr 8 do oferty. Nie jest to jednak dokument pokazujący ostateczne lokalizacje obiektów OR. Zgodnie z rozdziałem 2.1 OPZ dopiero na etapie projektu wstępnego będzie wykonane docelowe planowanie radiowe i ostateczne ukończenie optymalizacji oraz wytypowanie położenia obiektów. W związku z powyższym twierdzenie Odwołującego na temat możliwego (lub nie) spełnienia wymagań jakościowych jest nieuprawnione i byłoby przedwczesne. Zamawiający zwrócił również uwagę, że podobnie na podstawie oferty Odwołującego nie można wnioskować o projektowanej jakości sieci, ponieważ Odwołujący w ogóle nie zawarł w niej informacji o planowanych lokalizacjach obiektów OR. Zdaniem

Zamawiającego wnioskowanie Odwołującego o potencjalnym spełnieniu wymagań jakościowych jest przedwczesne, a nawet jeśli by uznać, że takie nie jest to prowadziłyby do oceny ofert w oparciu o kryteria nie ujęte w SIWZ oraz prowadziłyby do nierównego potraktowania wykonawców. Zamawiający wskazał, że tak sporządził opis przedmiotu zamówienia i warunki umowne, żeby to na wykonawcy spoczywał ciężar odpowiedniego zaprojektowania i wykonania niezbędnych prac i robót budowlanych – aby osiągnięta została konkretna (oczekiwana przez Zamawiającego) funkcjonalność. Zamawiający zwrócił uwagę, że przedmiotowe zamówienie prowadzone jest w formule „zaprojektuj i wybuduj”, a ponadto istotne jest, że za wykonanie przedmiotu zamówienia przewidziano wynagrodzenie ryczałtowe. Stosownie zaś do pkt 1.2 wzoru RCO (stanowiącego tom IV SIWZ) „RCO dla Części I może podlegać aktualizacji i uszczegółowieniu w trakcie realizacji Umowy. Oznacza to w szczególności możliwość zmiany ilości obiektów i urządzeń w ramach stałej ceny ofertowej”.

Ad zarzut z pkt 1 lit. d, e

Odnosząc się do przedmiotowego zarzutu odwołania, Zamawiający wyjaśnił, że informacje wymagane przez Zamawiającego ma mocy odpowiedzi na pytanie do treści SIWZ nr 2555 tj. nazwa producenta i model urządzenia objęte Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 13 maja 2014 r. w sprawie dopuszczania do eksploatacji określonych rodzajów budowli, urządzeń i pojazdów kolejowych (Dz.U. 2014 poz. 720) oraz objęte procedurą SMS-PW-17 zostały jednoznacznie wskazane w znajdującym się w ofercie Konsorcjum NOKIA dokumencie pn. „Opis techniczny rozwiązania” i są traktowane jako zobowiązanie oferenta do dostarczenia tego typu urządzeń. Zamawiający wskazał postanowienia z dokumentu „Opis techniczny rozwiązania” załącznik nr 11 do oferty Konsorcjum NOKIA wraz ze stronami oferty, które jako tajemnica przedsiębiorstwa Konsorcjum NOKIA nie zostały odtajnione, a na których wskazano producenta i model urządzeń. Analogiczna sytuacja ma miejsce w zakresie Załącznika nr 7 do oferty. Nazwy producenta i model urządzeń zostały również wskazane w „Opisie technicznym rozwiązania”, na stronach wskazanych przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie.

W związku z powyższym, w ocenie Zamawiającego, zarzuty te nie zasługują na uwzględnienie.

Ad zarzut z pkt 1 lit. f

W odniesieniu do zarzutu, iż wbrew wyraźnym postanowieniom podrozdziału 11.1 pkt 2 ppkt 13 OPZ Konsorcjum NOKIA nie uwzględniło w treści swojej oferty wymogu pokrycia radiowego w obiektach kolejowych takich jak: hale dworcowe, podstacje trakcyjne, budynki techniczne i warsztatowe, magazyny oraz inne obiekty kolejowe znajdujące się w pasach o

szerokości 200 m mierzonych od torów skrajnych należących do Odcinka Wdrożeniowego, Zamawiający wskazał, co następuje.

W wyniku modyfikacji treści SIWZ dokonanej w dniu 27.07.2017 r., Zamawiający uszczegółowił postanowienia podrozdziału 11.1 pkt 2 ppkt 13 OPZ, poprzez dodanie zdania „Wymaganie to dotyczy tylko terenów kolejowych”. Zamawiający wskazał, że z postanowienia wynika wprost, że pas 200 m może wystąpić tylko w takim terenie kolejowym. O ile teren kolejowy jest węższy to poza nim nie trzeba zapewniać pokrycia według zacytowanych wymogów. Jest to oczywiste ponieważ realizowana infrastruktura ma służyć łączności kolejowej. Tym samym, o ile teren kolejowy jest węższy niż 200 m, nie jest wymagane pokrycie obiektów znajdujących się poza nim. A zatem, wbrew sugestii Odwołującego postanowienia SIWZ nie wprowadzają wymogu pokrycia sygnałem radiowym o żądanych parametrach dla całego pasa o szerokości 200 m mierzonego od skrajnych torów dla całego Odcinka Wdrożeniowego, lecz jedynie dla obiektów kolejowych znajdujących się w tym pasie. Zamawiający wskazał też, że nie żądał żeby wykonawcy w ofertach opisali sposób, w jaki zrealizowany zostanie wymóg pokrycia radiowego w obiektach kolejowych znajdujących się na terenie kolejowym. W związku z tym, nie można wnioskować o sposobie pokrycia radiowego w obiektach kolejowych znajdujących się w pasie 200 m od torów skrajnych należących do Odcinka Wdrożeniowego tylko na podstawie ilości obiektów radiokomunikacyjnych OR zrealizowanych w oparciu o kontenery i konstrukcje wieżowe. Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie zna ani wyników planowania radiowego ani lokalizacji obiektów OR planowanych do wybudowania przez Konsorcjum NOKIA, więc nie jest on w stanie oszacować poziomu mocy sygnału radiowego w obiektach kolejowych znajdujących się w pasie 200 m od torów skrajnych należących do Odcinka Wdrożeniowego. Twierdzenie Odwołującego, iż nie został spełniony wymóg pokrycia obiektów kolejowych znajdujących się na terenach kolejowych jest zatem spekulatywne i nieuprawnione. Podobnie jak pozostałe zarzuty dotyczące potencjalnego nie zapewnienia jakości jest to również zarzut przedwczesny.

Ad zarzut z pkt 1 lit. g

W zakresie zarzutu dotyczącego braku zapewnienia pokrycia dla telefonów ręcznych, Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie zna parametrów jakie zostały przyjęte do planowania przez Konsorcjum NOKIA, które w konsekwencji pozwoliły na wyznaczenie liczby i lokalizacji OR. Wiedza ta pozostaje po stronie Konsorcjum i stanowi jego praktyczną umiejętność. Tym samym, Odwołujący nie może jednoznacznie i bez wszelkiej wątpliwości twierdzić, jak czyni to w odwołaniu. Ponadto, Zamawiający wskazał, że scenariusz przytoczony przez Odwołującego, mówiący o braku możliwości świadczenia usług dla urządzeń przenośnych w sytuacji awarii jednej stacji bazowej dla sieci bez ETCS nie jest trafny, gdyż

został on uwzględniony jako założenie projektowe w OPZ. Wymaganie podwójnego pokrycia radiowego ma zastosowanie wyłącznie dla linii przewidzianych do zabudowy systemem ETCS poziom 2 co zostało określone w podrozdziale 11.1 pkt. 2 ppkt 8) OPZ „Jako sposób pokrycia dla linii, na których System GSM-R będzie współpracował z systemem ETCS poziom 2, jako wariant podstawowy należy zastosować podwójne pokrycie radiowe (double coverage) z BIS zlokalizowanymi naprzemiennie”.

Zamawiający wskazał, że chybiony jest również argument Odwołującego wskazujący na problemy z łącznością dla linii z ETCS poziom 2, gdyż minimalny wymagany poziom pokrycia radiowego tj. -95 dBm lub -92 dBm w przypadku tych linii jest wyższy w stosunku do łączności rozmównej tj. -98 dBm co odzwierciedlają postanowienia podrozdziału 11.1. pkt. 2 ppkt. 1 OPZ. W tym stanie rzeczy, zdaniem Zamawiającego, zarzut jest bezpodstawny oraz nieoparty jakimikolwiek dowodami.

Ad zarzut nr 1 lit. h

W odpowiedzi na zarzut dotyczący wadliwego wypełnienia przez Konsorcjum NOKIA formularza RCO, Zamawiający wskazał, co następuje.

Zamawiający przywołał treść pkt 1.1 i 1.2 wzoru RCO i wskazał, że nie dostrzega sprzeczności w ofercie Konsorcjum NOKIA z treścią SIWZ, polegającej na błędnym wypełnieniu RCO. W ocenie Zamawiającego logiczna analiza oferty Konsorcjum NOKIA wraz z formularzem RCO pozwala na jednoznaczne określenie cen jednostkowych poszczególnych elementów. Zamawiający zwrócił uwagę, że w rozdziale 1 SIWZ Tom IV Rozbicie Ceny Ofertowej Zamawiający wskazał, że „Płatności wszystkich pozycji będą dokonane na podstawie ustalonej kwoty ryczałtowej”. Zasadą jest, że przy wynagrodzeniu ryczałtowym formularz RCO załączony do oferty ma charakter pomocniczy, natomiast cena ryczałtowa to cena określona za cały przedmiot zamówienia bez względu na sposób jej obliczenia. Mając na uwadze powyższe, twierdzenie Odwołującego, iż RCO wypełniony przez Konsorcjum NOKIA zawiera błąd nieusuwalny bez ingerencji w treść oferty nie znajduje odzwierciedlenia w zaistniałym stanie faktycznym. Zgodnie z zasadą zdrowego rozsądku i racjonalnego działania, w przypadku gdy wynik wskazany w kolumnie „cena (PLN netto)” jest sumą cen wskazanych kolejno w kolumnach „dostawa i zabudowa”, „uruchomienie”, „cena za certyfikat WE (płatne przy odbierze certyfikatu Etapu)”, „za zezwolenie UTR (płatne przy odbierze zezwolenia UTK)”, a ilość sztuk jest większa niż 1, to kwota w kolumnie „cena (PLN netto)” została obliczona dla wszystkich jednostek wskazanych w kolumnie „ilość szt.”. Cena jednostkowa jest zatem wynikiem ilorazu wartości ujętej w kolumnie „cena (PLN netto)” i ujętej w kolumnie „ilość szt.”. Zdaniem Zamawiającego w tym przypadku nie ma mowy o jakiegokolwiek „omyłce” w ofercie Konsorcjum NOKIA, a tym samym nie zachodzą przesłanki do ingerencji przez Zamawiającego w treść oferty NOKIA. Co więcej wykonanie działania

matematycznego polegającego na dzieleniu ceny przez liczbę sztuk nie stanowi zmiany oferty, ponieważ nie wiąże się ze zmianą jej kluczowego parametru czyli ceny oferty. Należy zatem uznać, że wykazane przez Odwołującego nieprawidłowości w formularzu RCO Konsorcjum NOKIA nie mają znaczenia dla oceny prawidłowości sporządzenia i przygotowania oferty. W świetle powyższego w ocenie Zamawiającego zarzut jest chybiony i nie zasługuje na uwzględnienie.

Ad zarzut z pkt 1 lit. i

W odniesieniu do zarzutu, jakoby Konsorcjum NOKIA nie uwzględniło w treści oferty prac związanych z ułożeniem kabla OTK wzdłuż linii kolejowych nr 35 i 104, Zamawiający wskazał, co następuje.

Dokument „Podział listy linii kolejowych na poszczególne etapy z uwzględnieniem priorytetów realizacyjnych” zawiera informacje, że linie kolejowe 35 i 104 zostały uwzględnione w ofercie w zakresie realizacji kabli światłowodowych. Zdaniem Zamawiającego postanowienia rozdziału 1 SIWZ, Tom IV, RCO wyraźnie wskazują na ryczałtowy charakter wynagrodzenia w jednej wartości globalnej, ustalonej z góry za całość prac, również tych nie ujętych w RCO. Mając na uwadze powyższe, oraz fakt, że formularz RCO ma jedynie charakter pomocniczy (co wynika bezpośrednio z pkt 1 i 1.1 RCO) należy uznać, że wskazanie ww. linii kolejowych jedynie w dokumencie pn. „Podział listy linii kolejowych na poszczególne etapy z uwzględnieniem priorytetów realizacyjnych” (w którym linie te zostały odpowiednio przyporządkowane do realizacji w Etapie 4 oraz Etapie 2) pozostaje bez znaczenia dla oceny prawidłowości sporządzenia oferty Konsorcjum NOKIA. Zamawiający wskazał, że ujęcie przez Konsorcjum NOKIA linii kolejowych nr 35 i 104 w odpowiednich Etapach zgodnie z dokumentem pn. „Podział listy linii kolejowych na poszczególne etapy z uwzględnieniem priorytetów realizacyjnych”, jednoznacznie dowodzi, że treść Oferty nie stoi w sprzeczności z wymaganiami SIWZ. Fakt, że w formularzu RCO Konsorcjum NOKIA nie ujęto w osobnych pozycjach linii kolejowych nr 35 i 104 nie przesądza, że dodanie tych pozycji spowodowałoby istotną zmianę treści oferty. Zamawiający czytając całościowo treść Oferty Konsorcjum NOKIA i pamiętając, że wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy nie miał wątpliwości, że koszt budowy kabla OTR wzdłuż linii kolejowych 35 i 104 wliczony został do ceny Etapu 4 oraz Etapu 2, a tym samym do ceny podanej w Formularzu Ofertowym. Zamawiający wskazał, że dokument „Podział listy linii kolejowych na poszczególne etapy z uwzględnieniem priorytetów realizacyjnych” zawiera informacje, że linie kolejowe 35 i 104 zostały uwzględnione w ofercie w zakresie realizacji kabli światłowodowych. Tym samym wskazując na zgodność zaoferowanego świadczenia z wymaganiami Zamawiającego.

W świetle powyższego w ocenie Zamawiającego zarzut jest chybiony i nie zasługuje na uwzględnienie.

Ad zarzut 1 lit. j

W zakresie zarzutu dotyczącego nieuwzględnienia przez Konsorcjum NOKIA kosztów urządzeń i systemów przeznaczonych do realizacji infrastruktury w tunelach i na dworcach podziemnych wyceniając najbliższe OR w stosunku do planowanego tunelu, Zamawiający wskazał, że w tym zakresie zwrócił się do Konsorcjum NOKIA w dniu 13 października 2017 r. z prośbą o wyjaśnienie treści oferty i wskazanie w którym miejscu oferty Konsorcjum NOKIA zawierało wycenę Urządzeń i Systemów przeznaczonych do realizacji infrastruktury w tunelach i na dworcach podziemnych, w szczególności tych wskazanych w odpowiedzi napytanie nr 76. W odpowiedzi Konsorcjum NOKIA wskazało, że w swojej ofercie uwzględniło przedmiotowe urządzenia i systemy oraz wskazało, w tym zakresie konkretne strony swojej oferty.

Zamawiający wyjaśnił, że w świetle powyższych wyjaśnień nie miał wątpliwości, w którym miejscu swojej oferty Konsorcjum NOKIA uwzględniło koszty urządzeń i systemów przeznaczonych do realizacji infrastruktury w tunelach i na dworcach podziemnych.

Ad zarzut nr 2

Zarzut sztucznego zawyżenia cen wykonania prac w Obiektach OC1 i OC2, planowanych przez Zamawiającego do wykonania w Etapie I, celem zyskania wcześniejszej zapłaty wyższej kwoty części wynagrodzenia, nieadekwatnej do realnych kosztów wykonania tego zakresu rzeczowego przez NOKIA, nie jest zdaniem Zamawiającego trafny, z następujących powodów.

W zakresie tego zarzutu Zamawiający wskazał, iż Odwołujący pominął niezwykle istotny aspekt kosztów związany z wartością Oprogramowania Licencjonowanego oraz Licencji. Zamawiający wielokrotnie wskazywał w postanowieniach OPZ na konieczność dostarczenia Licencji dla poszczególnych Systemów i Urządzeń będących składnikami przedmiotu zamówienia. W rozdziale 5.2.2.3 OPZ Zamawiający określił żądane wymagania pojemnościowe dostarczanego podsystemu NSS oraz w podpunkcie 5 tego rozdziału zażądał dostarczenia wszelkich wymaganych Licencji dla Systemu GSM-R z uwzględnieniem sumarycznych wymagań ilościowych określonych w tym rozdziale. Co istotne – sposób licencjonowania dla Oprogramowania Licencjonowanego został opisany w Załączniku nr 5 do Oferty „Opis rozwiązania technicznego” i stanowi on tajemnicę przedsiębiorcy Konsorcjum NOKIA. Zamawiający wskazał, że Odwołujący zawarł analogiczne informacje w utajnionej części swojej oferty.

W świetle powyższego, biorąc pod uwagę, że Licencje dotyczą elementów Systemu GSM-R instalowanych w obiektach OC1 i OC2 – należy przyjąć, zdaniem Zamawiającego, że domniemanie Odwołującego, zgodnie z którym wartość Systemów i Urządzeń przeznaczonych do instalacji w OC1 i OC2 składa się wyłącznie z „kosztów platformy

sprzętowej, czy rzeczywistej wartości tego zakresu prac, polegającego na dostawie, instalacji i uruchomieniu Urządzeń i Systemów” jest błędne.

Jednocześnie Zamawiający wyjaśnił, że w RCO nie przewidział pozycji, w której wykonawcy powinni wprowadzić wartość dostarczanych licencji, więc wykonawcy, w tym i Konsorcjum NOKIA mieli dowolność alokacji kosztów licencji i mogli je ująć w dowolnej pozycji związanej z dostarczaniem sprzętem. Wykonawca miał więc prawo alokować koszty licencji do pozycji obejmujących Systemy i Urządzenia przeznaczone do instalacji w OC1 i OC2. Nie stoi to w sprzeczności z alokacją tych kosztów w innych pozycjach RCO. Zamawiający wskazał też, że z dotychczasowej jego współpracy z Odwołującym wynika, że Odwołujący nie ujął kosztów licencji w analogicznych pozycjach przedstawionego przez niego RCO lecz wycenił je odrębnie. Powyższe może, zdaniem Zamawiającego, tłumaczyć wskazaną przez Odwołującego różnicę kosztów w analogicznych pozycjach RCO. Zamawiający wskazał również, że nie żądał w OPZ etapowania dostaw Licencji, koszty te mogą więc być ponoszone jednorazowo, po dostawie, instalacji i uruchomieniu Urządzeń i Systemów, których dotyczą.

Ad. zarzut nr 2 lit. b i nr 3

Zamawiający wskazał, iż bardzo istotne znaczenie ma struktura realizacyjna przedmiotu zamówienia objętego przedmiotowym postępowaniem, która wpływa bezpośrednio na koszt. Oferta Odwołującego zawiera kalkulacje wynikające zapewne z kosztu. W przypadku Konsorcjum NOKIA powinno być tak samo. Zamawiający wskazał, że zdaje sobie sprawę z tego, że koszt jest zależny nie tylko od ilości elementów, ale także od jednostkowych kosztów zakupu tych elementów oraz od jednostkowych kosztów zakupu usług i robót. Zakupy materiałów i urządzeń „ogólnodostępnych” mogą być realizowane bezpośrednio przez Konsorcjum NOKIA (zakupy scentralizowane „wysokohurtowe”) lub przez podwykonawców lub dalszych podwykonawców co prowadzi w skrajnym przypadku do zakupów „detalicznych” obciążonych wyższymi marżami. Podobnie złożona hierarchiczna (piętrowa) struktura prowadzenia (zarządzania) projektu powodowałaby spiętrzone naliczanie marż i kosztów produktów i usług oraz ryzyk poszczególnych podwykonawców i dalszych podwykonawców. Zamawiający wyjaśnił, że nie ma wiedzy na temat struktur kosztowych Odwołującego, jak i Konsorcjum NOKIA, gdyż nie wymagał w SIWZ przedstawiania tych czynników kosztotwórczych. Zamawiający wskazał, że w skład Konsorcjum NOKIA wchodzi firmy, które są bezpośrednimi dostawcami usług i urządzeń. Przykładem może być producent wież i kontenerów (firma Herkules S.A.), która bezpośrednio zaopatrzy projekt we właściwe urządzenia i usługi. Zdaniem Zamawiającego, w przypadku oferty Odwołującego taki efekt ekonomiczny najwyraźniej nie został zabezpieczony. Zdaniem Zamawiającego przeprowadzanie jakichkolwiek „dowodów” w oparciu o jednostkowe ceny realizacji usług jest nieuprawnione bez uwzględnienia czynników „ekonomii i struktury projektu”.

Odnosząc się do zarzutu związanego z art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający podkreślił, że nie bez znaczenia pozostaje fakt, iż postępowanie prowadzone na podstawie przepisów ustawy Pzp w brzmieniu sprzed wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw Dz.U. 2016r., poz. 1020. Jak wynika z treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, ustawodawca nie nakłada na Zamawiającego obowiązku badania części składowych zaoferowanej ceny oferty, a jedynie badanie rażąco niskiej całkowitej ceny oferty. W świetle przedstawionych powyżej okoliczności nie może budzić wątpliwości, zdaniem Zamawiającego, że nie zachodzą przesłanki do uznania oferty Konsorcjum NOKIA za rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, ponieważ nie jest ona niższa o 30% od wartości zamówienia oraz średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Mając na uwadze, brak dowodów oraz fakt, że wyliczenia Odwołującego wykazane w odwołaniu odnoszą się co najwyżej do jego sytuacji i jego możliwości i nie są miarodajne dla innych uczestników rynku - zarzuty 2) b) i 3) odwołania są, zdaniem Zamawiającego, niezasadne.

Ad zarzut nr 4

Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia, których udzieliło Konsorcjum NOKIA w aspekcie Urządzeń i Systemów przeznaczonych do realizacji w tunelach i na dworcach podziemnych pozwoliło Zamawiającemu jednoznacznie ustalić w którym miejscu w ofercie Konsorcjum NOKIA uwzględniło koszt tych elementów. Tym samym Zamawiający nie miał podstaw do uznania, że złożone przez Konsorcjum NOKIA wyjaśnienia są nieprawdziwe i pozostające w opozycji do rzeczywistego stanu rzeczy. Zamawiający podniósł również, że Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń.

Stanowisko Przystępującego Konsorcjum NOKIA.

W dniu 9 listopada 2017 r. Konsorcjum NOKIA zgłosiło przystąpienie po stronie Zamawiającego do przedmiotowego postępowania odwoławczego. Pismem procesowym z dnia 14 listopada 2017 r. Konsorcjum NOKIA odniosło się do zarzutów odwołania, przedstawiając następujące stanowisko.

Ad zarzut nr 1 lit. a, b, c

Konsorcjum NOKIA wskazało, że Odwołujący dokonał błędnej interpretacji postanowień SIWZ oraz udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi na zadane do SIWZ pytania. W przywołanej przez Odwołującego treści podrozdziału 3.3 w pkt. 4 OPZ Zamawiający wskazał, że „pozwolenia na budowę uzyskane w ramach Projektu 7.1-36.2 mają charakter wstępnie określonych „lokalizacji nominalnych” potencjalnie do wykorzystania przez Wykonawcę, dla których możliwe jest wykonanie optymalizacji na warunkach określonych

poniżej”. Tym samym, zdaniem Konsorcjum NOKIA nie ma wątpliwości, że Zamawiający przekazał PnB jako potencjalne do wykorzystania w procesie planowania i optymalizacji lokalizacji. Konsorcjum NOKIA wskazało, że potraktowało przekazane przez Zamawiającego PnB jako priorytetowe w ustalaniu lokalizacji mając na uwadze, że pozyskanie nowych wiązań się z czasem, kosztami i ryzykiem i wykorzystano dostarczone PnB w maksymalnym zakresie, w którym korzyści ich uwzględnienia były wyższe niż walory i korzyści wynikające z optymalizacji. Konsorcjum NOKIA podkreśliło, że rzetelnie oceniło przydatność każdej lokalizacji wykonując szczegółowy plan rozmieszczenia lokalizacji OR stanowiący Załącznik nr 8 do oferty. Przyjęta przez Konsorcjum NOKIA unikalna, autorska metoda planowania, oparta na doświadczeniach z wcześniejszych realizacji dla różnych podmiotów, w tym doświadczenia międzynarodowego, pozwoliła na ustalenie i optymalizację lokalizacji tak, by bez straty dla jakości zapewnić pełną realizację potrzeb Zamawiającego. Powyższe rozumienie warunków SIWZ potwierdzają, zdaniem Konsorcjum NOKIA, dalsze postanowienia OPZ, w tym pkt. 5, z którego bezspornie wynika możliwość optymalizacji. Zdaniem Konsorcjum NOKIA powyższe przesądza o dopuszczalności optymalizacji wszystkich lokalizacji. Potwierdzają to także odpowiedzi na pytania 698, 918, 1204, 1306. Dopuszczenie optymalizacji przez Zamawiającego nie dotyczy jedynie jakiejś wybranej części sieci ale całości Odcinka Wdrożeniowego. Zamówienie ma charakter zamówienia „projektuj i buduj” i jedynym wymaganiem Zamawiającego jest utrzymanie określonego poziomu jakości. Konsorcjum NOKIA wskazało, że Odwołujący wywodzi odmienne rozumienie wymagań Zamawiającego na podstawie jednego zdania z podrozdziału 3.3.1 pkt 3 OPZ o treści „W ramach optymalizacji lokalizacji nominalnych nie dopuszcza się zmniejszenia ilości obiektów OR w stosunku do ilości przekazanych PnB dla „lokalizacji nominalnych”, przy czym zdanie to w żaden sposób nie przesądza, według Konsorcjum NOKIA, że w ofercie wykonawców ma być ta sama liczba lokalizacji nominalnych a jedynie, że obiektów OR nie może być mniej niż przekazanych PnB. Zamawiający tym samym postawił wymaganie jedynie co do ilości, a nie co do konkretnych lokalizacji, lub konkretnej ilości lokalizacji na jakimś konkretnym odcinku.

Konsorcjum NOKIA zwróciło uwagę, że Odwołujący nie załączył ani nie wskazał raportów, na podstawie których wywodzi swoją argumentację. Zdaniem Konsorcjum, aby wiarygodnie oszacować średnie odległości między OR należy wnikliwie przeanalizować założenia, na podstawie których wdrożono systemy GSM-R, które były uwzględnione w przytoczonych raportach. W zależności od założeń dla tej samej linii kolejowej można uzyskać zupełnie inną ilość koniecznych OR. Najważniejsze aspekty, które wpływają na ilość Obiektów Radiowych koniecznych do wybudowania to:

- czy dana linia ma być wyposażona w system ETCS, czy też ma służyć jedynie do komunikacji głosowej i transmisji danych niekrytycznych dla bezpieczeństwa.

Jest to aspekt o największym wpływie na ilość OR. Dla linii kolejowych nieprzewidzianych do wyposażenia w system ETCS wymagania dotyczące pokrycia radiowego są najniższe (-98dBm) a co najważniejsze, linie takie nie wymagają tzw. „podwójnego pokrycia radiowego” (patrz OPZ pkt. 11.1 ppkt. 2.9). W konsekwencji ta sama linia niewyposażona w system ETCS wymaga ponad dwukrotnie mniej OR niż w przypadku, gdy byłaby wyposażona w system ETCS, a co za tym idzie należy założyć, że oczekiwana średnia odległość między OR dla linii niewyposażonych w ETCS jest ponad dwukrotnie większa niż dla linii wyposażonych w ETCS.

- prędkość maksymalna na danej linii kolejowej.

Wymogi unijne rozgraniczają wymagania na poziom pokrycia linii wyposażonych w ETCS w zależności od prędkości maksymalnej, zaostrzając wymagania wraz ze wzrostem prędkości.

Wymagania te w uproszeniu można przedstawić w trzech poniższych kategoriach:

- a) dla prędkości mniejszej lub równej 220km/h pokrycie radiowe na poziomie nie gorszym niż -95dBm (kategoria A),
- b) dla prędkości wyższych niż 220km/h, lecz niższych od 280km/h, pokrycie radiowe na poziomie pomiędzy -95 dBm a -92dBm (kategoria B),
- c) dla prędkości powyżej 280km/h pokrycie radiowe na poziomie nie gorszym niż 92dBm (kategoria C).

Dla danej linii kolejowej, w zależności od kategorii wymogów, spodziewać się należy innej ilości OR koniecznych do wybudowania. Dla kategorii A ilość ta będzie najmniejsza, zaś dla kategorii C największa. Konsekwentnie, spodziewana średnia odległość między OR jest największa dla kategorii A, a najmniejsza dla kategorii C. Dla Odcinka Wdrożeniowego wszystkie linie przeznaczone do wyposażenia w ETCS kwalifikują się do kategorii A, lecz zgodnie z postanowieniami SIWZ (OPZ pkt 11.1 ppkt 2.1 dla odcinka linii kolejowej nr 4 o długości 224,05km należy zapewnić pokrycie radiowe zgodnie z kategorią B. Inne czynniki takie, jak specyfika zastosowanego sprzętu, uwarunkowania terenowe, typy zastosowanych instalacji antenowy, sposób wykonania podwójnego pokrycia (obiekty kolokowane lub naprzemienne) i inne, również mają wpływ na wynikową ilość OR, jak i średnie odległości między nimi.

Zdaniem Konsorcjum NOKIA, uwzględniając powyższe aspekty odniesienie się rzetelnie do średniej odległości między OR wskazanej przez Odwołującego byłoby możliwe i zasadne jedynie przy wnikliwej analizie warunków wdrażania poszczególnych projektów GSM-R przedstawionych we wspomnianych przez Odwołującego raportach. Przy założeniu, z pominięciem innych okoliczności, że raporty te dotyczą linii kolejowych wyposażonych w ETCS, wskazać należy, że najprawdopodobniej dotyczą one linii z istotnym udziałem linii wysokich prędkości (kategoria B i C), które są wiodące w wielu czołowych krajach UE. W przypadku Odcinka Wdrożeniowego, objętego zamówieniem, którego dotyczy odwołanie, mamy do czynienia z zupełnie inną strukturą typów linii:

- 224,05km linii wyposażanych w system ETCS zgodnie z kategorią B i podwójnym pokryciem radiowym – stanowi 1,62% Odcinka Wdrożeniowego,
- 2.374,602km – 224,05km 2.150,552km linii wyposażanych w system ETCS zgodnie z kategorią A i podwójnym pokryciem radiowym stanowi 15,53% Odcinka Wdrożeniowego,
- 13.843,91km – 2.374,602km 11.469.312km linii nie przeznaczonych do wyposażenia w system ETCS z pojedynczym pokryciem radiowym i minimalnym poziomem pokrycia radiowego -98dBm stanowi 82,85% Odcinka Wdrożeniowego.

Odwołując, przy obliczeniu rzekomo potrzebnej ilości 2100 OR, pominął powyżej przedstawioną strukturę, zakładając, że cały Odcinek Wdrożeniowy powinien być zaplanowany na podstawie tych samych wymagań. Jak wykazano powyżej, ilość OR jest zależna od wielu czynników i aspektów, lecz czynnik o największym wpływie to wymaganie podwójnego pokrycia radiowego dla linii wyposażanych w ETCS i pojedynczego pokrycia radiowego dla linii niewymagających systemu ETCS. Konsorcjum NOKIA wskazało, że przy założeniu, że ilość OR dla linii niewyposażanych w system ETCS jest dwukrotnie mniejsza niż dla linii wyposażanych w ETCS należy przyjąć, że średnia odległość między OR dla tych linii będzie wynosić 12-14km. Dodatkowo upraszczając, że średnia odległość między stacjami na liniach wyposażanych w ETCS jest taka sama, bez względu na ich kategorię, szacowana ilość potrzebnych Obiektów Radiowych przedstawia się następująco (wyniki zaokrąglone do wartości całkowitych):

	Średnia odległość 6km dla linii ETCS i 12km dla linii bez ETCS	Średnia odległość 7km dla linii ETCS i 14km dla linii bez ETCS
Liczba OR dla linii ETCS	396	339
Liczba OR dla linii bez ETCS	956	819
Całkowita liczba OR	1352	1158

Konsorcjum NOKIA wskazało, że uzyskane przez nie ilości OR są porównywalne ze wskazanymi powyżej. Ponadto Konsorcjum NOKIA wskazało, że mając na uwadze rozmiar przedmiotu zamówienia, można uzyskać synergii wykorzystania OR z poniższych powodów:

- nakładania się części i odcinków linii – na terenach aglomeracyjnych (lecz nie jedynie) występują przypadki, gdy wiele linii kolejowych przebiega tym samym, bądź niedaleko odległym korytarzem, umożliwiając realizację pokrycia za pomocą tego samego zestawu OR, bez konieczności budowy oddzielnych OR dla każdej linii;
- krzyżowanie się linii na Odcinku Wdrożeniowym występuje duża liczba przypadków, gdy linie kolejowe krzyżują się wzajemnie, bądź linia kolejowa zaczyna bądź kończy

przebieg w styku do innej linii kolejowej. Umieszczenie OR w takim punkcie pozwala uzyskać pokrycie radiowe na więcej niż jednej linii kolejowej.

- duża ilość krótkich linii kolejowych – w zakresie Odcinka Wdrożeniowego występuje 228 linii kolejowych o długości poniżej 10km i 273 linie o długości poniżej 20km. Łącznie linie kolejowe o długości poniżej 20km mają długość 1384km. Ponieważ linie te zawsze są styczne do innych, dłuższych linii kolejowych, przez właściwe zaplanowanie OR można znacząco ograniczyć konieczność budowania dedykowanych OR dla tych linii.

W konkluzji powyższych argumentów, ilość Obiektów Radiowych zawartych w ofercie Konsorcjum NOKIA należy uznać co najmniej za zbieżną ze średnią przedstawioną przez Odwołującego, a liczbę 2100, którą przedstawia Odwołujący, za błędną, gdyż bazującą na nadmiernej generalizacji i nieuwzględnieniu warunków OPZ i specyfiki Odcinka Wdrożeniowego. Konsorcjum NOKIA podniosło, że generalizacja średniej odległości pomiędzy OR dla całego Odcinka Wdrożeniowego, bez uwzględnienia różnic w wymaganiach dla poszczególnych linii kolejowych, nie ma wartości porównawczej. Linie kolejowe składające się na Odcinek Wdrożeniowy nie są odseparowanymi, niezależnymi odcinkami, lecz zachodzą między nimi interakcje polegające na nakładaniu, krzyżowaniu i styczności. Tytułem przykładu Konsorcjum NOKIA wskazało, że OR położony na linii kolejowej przeznaczonej do wyposażenia w system ETCS znajdujący się w miejscu styczonym z linią kolejową nieprzeznaczoną do wyposażenia w ETCS, zapewnia pokrycie radiowe na odcinków obu tych linii i wskazało, że w takim przypadku można by uwzględnić ten obiekt do wyliczenia średniej odległości między OR dla linii ETCS, dla linii bez ETCS, czy też dla obu przypadków, uzyskując trzy różne wyniki. Konsorcjum NOKIA wskazało też, że szacowana na podstawie udziału w zapewnieniu pokrycia na danym typie linii, średnia odległość między OR zawartymi w jego ofercie wynosi odpowiednio: około 5,1 km dla linii przeznaczonych do wyposażenia w system ETCS oraz około 12 km dla linii nieprzeznaczonych do wyposażenia w system ETCS. Konsorcjum NOKIA zwróciło jednak uwagę, że jakakolwiek przedstawiana średnia ma ograniczone znaczenie poznawcze, ponieważ nie została stworzona ogólna, powszechna metodologia, jak szacować średnie wartości odległości między stacjami w przypadku tak rozbudowanej sieci linii kolejowych o różnych wymaganiach pokrycia radiowego jak Odcinek Wdrożeniowy.

Konsorcjum Nokia podniosło, że Odwołujący oparł swoją argumentację na założeniu, iż Odcinek Wdrożeniowy można podzielić na dwa niezależne podprojekty i dla każdego z podprojektów wysuwać jednoznaczne wnioski. Jak wykazano powyżej nie można jednoznacznie podzielić OR na takie, które służą jedynie do zapewnienia pokrycia linii przeznaczonych do wyposażenia w system ETCS lub jedynie do zapewnienia pokrycia linii nieprzeznaczonych do wyposażenia w ETCS. Taka sama sytuacja występuje, jeśli podzieli się

Odcinek Wdrożeniowy na podprojekty składające się z linii o długości 8.099,015 km oraz 5, 744,90 km. Nie można jednoznacznie podzielić Obiektów Radiowych na takie dwie grupy, które uczestniczą w zapewnieniu pokrycia radiowego jedynie dla jednego z podprojektów. Dodatkowo, Odwołujący przeprowadził swoje szacowanie na podstawie przypisania w RCO danego OR do linii kolejowej. Struktura RCO wymusza przypisanie pojedynczego OR do jednej, pojedynczej linii kolejowej. Takie przypisanie ma znaczenie jedynie porządkowe i referencyjne a nie stanowi pełnej informacji odnośnie zapewniania przez dany Obiekt Radiowy pokrycia radiowego na liniach kolejowych. Dla przykładu Obiekt Radiowy c0000706 ZAC_B (należący do puli „lokalizacji nominalnych”) uczestniczy w zapewnieniu pokrycia radiowego na 10 liniach kolejowych (273, 351, 428, 854, 855, 990, 991, 992, 993 oraz 994) w RCO przypisany jest porządkowo do linii 273. Z tych powodów, przypisanie w RCO OR do linii kolejowych nie może służyć jako podstawa do oceny zapewnienia pokrycia radiowego na poszczególnych liniach kolejowych.

Konsorcjum NOKIA wyjaśniło, że w toku przygotowania oferty i planowania wymaganych Obiektów Radiowych, Odcinek Wdrożeniowy traktowany był całościowo, a nie z podziałem na sugerowane przez Odwołującego podprojekty, a ilość i rozmieszczenie OR zależała od wymogów opisanych w punkcie 11.1 OPZ, a nie od przynależności do jakiegokolwiek podprojektu. Przekazane przez Zamawiającego „lokalizacje nominalne” zostały zweryfikowane pod kątem właściwości i możliwości produkowanego przez Konsorcjum NOKIA sprzętu oraz niezależnych sprzętowo parametrów radiowych. Dokonano optymalizacji „lokalizacji nominalnych” na podstawie możliwości, które Zamawiający opisał i dopuścił w OPZ. Wyznaczenie „lokalizacji nominalnych” w ramach Projektu 7.1-36.2, na który powołuje się Odwołujący, zostało przeprowadzone wg ogólnych założeń dotyczących możliwości nadajników i odbiorników będących częścią urządzeń typu BTS, nie odnoszących się do konkretnych możliwości konkretnego typu sprzętu. W szczególności tzw. „budżet łącza” służący do teoretycznego obliczenia zasięgu użytecznego OR zależy m.in. od mocy nadawczej stacji bazowej oraz czułości odbiornika stacji bazowej. W przypadku sprzętu, który Konsorcjum NOKIA zawarła w swej ofercie, moc nadawcza stacji bazowej, jak i czułość odbiornika są większe niż użyte w Projekcie 7.1-36.2 co wprost przekłada się na większe zasięgi użyteczne i możliwość zmniejszenia całkowitej ilości OR. Ponieważ uwzględniając parametry sprzętu zawartego w ofercie Przystępującego teoretycznie należałoby odrzucić większość lokalizacji nominalnych, dokonano dodatkowej optymalizacji za pomocą innych parametrów, które mają wpływ na budżet łącza.

Mając na uwadze powyższą argumentację z całą pewnością, w ocenie Konsorcjum NOKIA, stwierdzić można, że z postanowień SIWZ oraz udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi na pytania jednoznacznie wynika, że Konsorcjum NOKIA dokonało prawidłowej oceny wymagań stawianych w toku postępowania przez Zamawiającego a także, dochowując

należytej staranności, szczegółowo rozplanowało lokalizacje OR tak, aby poza wszelką wątpliwość osiągnąć wymagane przez Zamawiającego i normę EIRENE Functional Requirements Specification kryteria jakościowe. Powyższe rozumienie i prawidłowość zastosowanej przez Konsorcjum NOKIA logiki projektowej wyrażonej w ofercie potwierdził także Zamawiający prezentując swoje stanowisko w tym zakresie podczas rozprawy, która odbyła się przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 8.11.2017 r. (sygn. akt. KIO 2252/17). Zamawiający ponad wszelką wątpliwość wskazał, że zależało mu na sieci zoptymalizowanej w sposób dowolny przez wykonawcę tak, by osiągnąć cel postępowania, przy czym optymalizacja dotyczyła też dowolnego wykorzystania PnB przekazanych przez Zamawiającego.

Ad zarzut nr 1 lit. d, e

Konsorcjum NOKIA, powołując się na treść oferty stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa, wskazało, w którym miejscu w ofercie znajdują się nazwy producentów i modele urządzeń.

Ad zarzut nr 1 lit. h, i

Konsorcjum NOKIA wskazało, że Odwołujący błędnie wywodzi, że RCO powinno być wypełnione w jeden, przyjęty przez Odwołującego sposób, czego nie potwierdzają postanowienia SIWZ. W ocenie Konsorcjum NOKIA, Zamawiający w całości pozostawił wykonawcy dowolność co do wskazania kosztów w poszczególnych pozycjach. Potwierdzają to, zdaniem Konsorcjum NOKIA m.in. postanowienia w Tomie I SIWZ w dziale 11 Opis sposobu obliczenia ceny, punkcie 11.3. oraz postanowienia w Tomie IV SIWZ w części Informacje ogólne, gdzie wiodącym wymaganiem Zamawiającego jest odpowiednie oszacowanie ceny oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia. W RCO Konsorcjum NOKIA nie podało ceny jednostkowej ale podało ilości sztuk i cenę zbiorczą w poszczególnych pozycjach. Poza wszelką wątpliwość da się z podanych cen łącznych i ilości sztuk w prosty sposób wywieść cenę pozycji jednostkowej. Nie ma to jednak wpływu na ofertę, gdyż cena oferty Konsorcjum NOKIA pozostaje bez zmian i gdyby dodać tą pozycję to dalej byłaby to cena łączna danej pozycji. Konsorcjum NOKIA pozostawiło komentarz Zamawiającego przy pozycji zbiorczej wyliczenia, który potwierdza, że dana rubryka, w której wpisana została cena łączna jest ceną za komplet. Poza wszelką wątpliwość powyższe pozostaje bez wpływu na cenę oferty, która rozumiana może być tylko w jeden sposób. Konsorcjum NOKIA oświadczyło, że potwierdza, że cena wskazana w ofercie jest ceną oferty skalkulowaną rzetelnie i zawiera wszystkie koszty niezbędne dla realizacji zamówienia. W cenie tej zostały zawarte wszystkie prace projektowe, w tym prace w zakresie linii 35 i 104, których koszt wykonania został częściowo zawarty w Projekcie Wstępnym dla całości Infrastruktury Części I (wiersz 11 RCO)

w zakresie planowania i pozostałe koszty równomiernie w innych pozycjach RCO. Powyższe linie, ze względu na swoją specyfikę, charakteryzują się odmiennym sposobem wykonania, gdyż na nich nie będą budowane OR. Tym samym różnią się od przywołanej przez Odwołującego linii 97, na której takie OR budowane będą. Konsorcjum NOKIA potwierdziło, że koszt wykonania tych linii został uwzględniony w innych pozycjach i zostały one przewidziane w ofercie do wykonania np. na str. 44 Załącznika nr 1 do oferty została wskazana linia 104. Na możliwość umieszczania wartości jakichś prac w innych pozycjach wskazuje chociażby postanowienie SIWZ: „W przypadku wstawienia przez Wykonawcę w jakiegokolwiek pozycji Przedmiaru Robót cyfry „0” lub w ogóle jej niewypełnienie, pozycje takie będą uznane za włączone do innych pozycji wypełnionego RCO”.”.

Ad zarzut nr 1 lit. j

W zakresie tego zarzutu Konsorcjum NOKIA wskazało, że w całości podtrzymuje argumentację wyrażoną w odpowiedzi z dnia 17 października 2017 r. oraz przy odpowiedzi na zarzut podania nieprawdziwych informacji przedstawionej niżej.

Ad zarzut nr 2

Konsorcjum NOKIA podało, że Zamawiający w Tomie IV SIWZ Rozbicie Ceny Ofertowej (RCO) wymagał: „Kwoty wskazane przez Wykonawcę we wszystkich pozycjach RCO muszą być w odpowiednim stosunku do kosztu wykonania robót opisanych w Przedmiocie Zamówienia”. Zatem suma wszystkich pozycji nie może być większa niż koszt robót stanowiących przedmiot zamówienia. Tym samym, w ocenie Konsorcjum NOKIA, Zamawiający pozostawił dowolność wykonawcom sposobu wyceny poszczególnych składników zamówienia. Konsorcjum NOKIA wskazało, że rzetelnie skalkulowało poszczególne pozycje RCO, zgodnie z przyjętą metodologią prac i ich zakresem. Przy czym zwróciło uwagę, że sytuacja Konsorcjum NOKIA i Odwołującego znacząco różni się w tym postępowaniu ze względu na wcześniej prowadzone prace przez Odwołującego na rzecz Zamawiającego, a tym samym możliwość poniesienia w pierwszej fazie projektu przez Odwołującego niższych kosztów niż Konsorcjum NOKIA. Konsorcjum NOKIA wyjaśniło, że do kosztów pierwszej fazy zaliczyć należy przede wszystkim koszty sprzętu, oprogramowania, licencji, kompleksowego zarządzania projektem (kierownik projektu dla każdego produktu), projektowania, instalacji, uruchomienia, 5-letniej gwarancji utrzymania. Szczególnie istotny jest tu koszt oprogramowania NSS. NSS to autorski system stworzony przez Odwołującego i odrębnie przez Konsorcjum NOKIA, oferowany przez producentów w ramach własnej oferty. Odwołujący zrealizował dwa projekty dla Zamawiającego, w tym wspomniany Projekt E20, w którym zaoferował oprogramowanie NSS. Tym samym Odwołującemu zwrócił się już koszt deweloperski stworzenia tego oprogramowania, który stanowił każdorazowo istotny element

składanej przez Odwołującego oferty. Tak m.in. Odwołujący w przetargu na: „Modernizację linii kolejowej E 30, etap 11. Pilotażowe wdrożenie ERTMS/ETCS i ERTMS/GSM-R w Polsce na odcinku Legnica-Węglińiec-Bielawa Dolna” dla odcinka 84 km wskazał cenę podsystemu NSS w OC 1 w wysokości 5 539 991,53 PLN netto. Wartość licencji i oprogramowania w całkowitej wycenie stanowiła aż ok. 55 % oferty Odwołującego. Co więcej Odwołujący w Projekcie E20 LOT C i D wycenił wartość rozszerzenia licencji i oprogramowania dla podsystemu NSS na kwoty odpowiednio 7 874 316,00 PLN netto dla LOT C obejmującego odcinek około 400 km na linii E20 oraz 11 396 381,00 PLN netto dla LOT D obejmującego odcinek około 440 km na linii E20. Tym samym Odwołującemu zwróciły się już koszty stworzenia i zaprojektowania systemu NSS. Gdyby przyjąć dotychczasową estymację kosztów oprogramowania i licencji stosowaną przez Odwołującego to dla 13 800 km linii kolejowych koszt tej pozycji powinien być znacząco wyższy niż wskazana wartość 9 064 203,74 PLN i w tym zakresie można uznać, że cena za system NSS jest znacznie przez Odwołującego zaniżona w przedmiotowym postępowaniu. Konsorcjum NOKIA wskazało, że każdy z producentów dowolnie kształtuje politykę sprzedaży licencji i oprogramowania, a z powszechnie przyjętego sposobu sprzedaży systemów informatycznych i telekomunikacyjnych jednoznacznie wynika, że sprzedaż ta odbywa się łącznie z asystą techniczną, tj. utrzymaniem tego oprogramowania, na które składają się rozszerzenia, rozwój, usprawnienia, naprawa błędów i inne czynności niezbędne dla zapewnienia wymaganej funkcjonalności danego oprogramowania. To samo dotyczy analogicznie serwisu sprzętu.

Ad zarzut nr 3

Konsorcjum NOKIA wskazało, że zaoferowana średnia cena budowy 1 km rurociągu kablowego ze studniami i zasobnikami oraz 1 km kabla OTK (dalej ten zakres prac określany jest jako „Budowa rurociągu”) (66.050,00 zł netto za 1 km, tj. 66,05 zł netto za 1 m, z VAT to odpowiednio 81.241,50 zł/km i 81,24 zł/m) wraz z osprzętem jest ceną pokrywającą wszelkie koszty bezpośrednie realizacji zamówienia, pośrednie oraz ryzyka, a także zapewniającą godziwą marżę (tj. wszystkie elementy opisane w pkt 109 odwołania).

Brak jest przy tym obiektywnych czynników, które powodowałyby, że Zamawiający działający z należytą starannością, powinien być mieć wątpliwości co do tego elementu ceny, które skutkowałyby koniecznością wszczęcia procedury wyjaśniającej z art. 90 ust. 1 Pzp. Co więcej, wskazane poniżej okoliczności potwierdzają, że Zamawiający takowych wątpliwości nie powinien być mieć.

Konsorcjum NOKIA podniosło, że Odwołujący powinien odnieść się wprost do kwestionowanej ceny Konsorcjum NOKIA, a nie swoich, bliżej nie określonych ofert podwykonawców. Niemniej jednak, co bardzo istotne, jedna z ofert wskazanych przez Odwołującego opiewa na kwotę 69.000,00 zł za 1 km Budowy rurociągu, czyli kwotę bardzo

zbliżoną do wynikającej z oferty Konsorcjum NOKIA, co jedynie potwierdza realną wycenę złożoną przez Konsorcjum NOKIA. Oferty wskazane przez Odwołującego oparte zostały jedynie o 3% upust co nie jest adekwatne do przyjętego rabatowania cen usług i materiałów w świecie realnego biznesu. Jak pokazuje doświadczenie, w przypadku składania ofert wstępnych, każdy z potencjalnych podwykonawców ma tendencję do jej zawyżania, aby pozostawić sobie możliwość negocjacji ceny. Doświadczenie negocjacyjne poszczególnych członków Konsorcjum NOKIA wskazuje, że różnice pomiędzy ofertami wstępnymi a ostatecznymi niekiedy potrafią być bardzo istotne (nawet ok 20%), szczególnie gdy takich oferentów jest wielu i konkurują oni pomiędzy sobą prowadząc swego rodzaju licytację. Na ceny oferowane przez podwykonawców wpływ ma wiele różnych czynników, których wystąpienie może mieć niebagatelny wpływ na ich wysokość. W szczególności, ale nie wyłącznie, wskazać można na takie okoliczności jak:

- wzajemne relacje biznesowe przedsiębiorców i skala ich wspólnych przedsięwzięć,
- szczególne właściwości konkretnych podwykonawców, w tym ich znajomość przedmiotu zamówienia oraz doświadczenie w pracach podobnych,
- renoma rynkowa generalnego wykonawcy, w tym w szczególności opinia o nim jako o dobrym płatniku,
- struktura i zakres realizacji zamówienia,
- rozdział ryzyk,
- gwarancja realizacji określonego zakresu prac,
- struktura finansowania i podział obowiązków w zakresie ponoszenia kosztów finansowych (w tym m.in. koszty kredytowania, gwarancji należytego wykonania zamówienia, koszty ubezpieczenia),
- warunki prawne, w tym m.in. poziom kar umownych, zakres odpowiedzialności, itp.

Z braku pełnych ofert, z samego ich zestawienia, nie da się, w ocenie Konsorcjum NOKIA, jednoznacznie wywieść czego one dotyczą, tj. jakiego dokładnie dotyczą zakresu prac. Tym samym proste porównanie różnych ofert nie jest ani możliwe, ani celowe. A pomimo tego jedna z tych ofert jest wprost porównywalna z ofertą Konsorcjum NOKIA. Konsorcjum NOKIA wskazało też, że poważne wątpliwości budzą dwie najwyższe kwoty 107.845,76 zł i 112.590,19 zł po upustach. W ocenie Konsorcjum NOKIA nie są to oferty adekwatne do warunków rynkowych, a zastały dobrane tylko po to, aby zawyżyć średnią. Zauważyć można, że pomiędzy niższą z tych dwóch cen, a kolejną ceną (85.360,00 zł) nie ma żadnej oferty pośredniej. Konsorcjum NOKIA dostrzegło też, że Odwołujący do wskazanych przez siebie kosztów podwykonawców doliczył swoje koszty ogólne, pośrednie oraz wysoką marżę. Tymczasem domniemywać można, że ci podwykonawcy takie same koszty w swych cenach też ujęli. Zatem koszty te są dublowane. Jest to związane z mocno pionową strukturą

wykonawczą Odwołującego. Konsorcjum NOKIA zwróciło uwagę, że Odwołujący nie ma w swoim składzie żadnego podmiotu bezpośrednio wykonującego roboty. W szczególności wykonawcą takim nie jest firma Porr, która sama nie wykonuje praktycznie żadnych robót. To w sposób oczywisty zwiększa koszty, bo powoduje, że ilość wykonawców (podwykonawców) jest większa. Dlatego też ostateczny koszt za daną pozycję w ofercie Odwołującego jest wyższy, gdyż ma na niego wpływ wiele kosztów ogólnych i pośrednich podwykonawców. Tymczasem struktura Konsorcjum NOKIA jest istotnie spłaszczona, a fakt, że kluczowi podwykonawcy, tj. Pozbud i Wasko są współnikami spółek celowych powoduje, że nie dublują się m.in. takie elementy jak marża, koszty ogólne i pośrednie oraz rezerwy na ryzyka.

Konsorcjum NOKIA poddało też w wątpliwość zasadność odwoływania się przez Odwołującego do wyceny dokonanej w oparciu o tzw. Katalog Nakładów Rzeczowych (tzw. KNR). W opinii Konsorcjum NOKIA wiedzą powszechną jest, że KNR, choć używany do wycen, bywa niekiedy narzędziem stosunkowo niedokładnym. Przede wszystkim KNRy nie uwzględniają specyficznych właściwości konkretnych wykonawców, ich doświadczenia, a także potencjału, ani szczególnych warunków realizacji danej inwestycji. KNR zawiera jedynie uśrednione stawki odnoszące się do pewnych ogólnych i standardowych warunków technicznych, jakościowych i prawnych realizacji danej usługi, czy robót. KNR nie zawiera też przeliczeń związanych z upustami, szczególnie na materiały. Stąd też jego przydatność jest raczej dość umiarkowana i w każdym przypadku wymaga weryfikacji pod kątem danego zamówienia i okoliczności przynależnych danemu wykonawcy. Konsorcjum NOKIA wskazało, że w praktyce ceny oferowane przez doświadczonych wykonawców, znających specyfikę danego zamówienia są niższe niż wynikające z KNR. Niemniej jednak należy zauważyć, że wyliczenie wg KNR wynosi 71.664,30 zł netto za 1 km, czyli nie odbiega istotnie od stawki zaoferowanej przez Konsorcjum NOKIA. Uwzględniając to, że wyliczenia wg KNR podlegają jeszcze weryfikacji, dowód ten potwierdza prawidłowość wyceny Przystępującego.

Odnosząc się do argumentu dotyczącego rosnących kosztów pracy, Konsorcjum NOKIA wskazało, że Odwołujący nie wykazał jak ten wzrost wynagrodzeń przekłada się na cenę za całość realizacji Budowy rurociągu. Tymczasem w ramach tych prac jest szereg różnych elementów, w tym takich jak koszt pracy maszyn, koszty amortyzacji sprzętu (malejące w czasie i kompensujące wzrost wynagrodzeń), koszty materiałów, koszty finansowe, ogólne oraz pośrednie. Tak więc koszty pracy są tylko jednym z wielu czynników kosztowych. Odwołujący nawet nie postarał się wskazać jaka jest waga kosztów pracowniczych. Konsorcjum NOKIA podniosło, że w odniesieniu do różnych sektorów koszty te mogą się odmiennie kształtować. W branży budowlanej już od dłuższego czasu wynagrodzenia te są stosunkowo wysokie. Ponadto są to jedynie prognozy i to oparte na „uwzględnieniu zmian wynagrodzenia w jednostkach sektora finansów publicznych”, tymczasem pracownicy wykonawców i podwykonawców w takim sektorze nie są zatrudnieni.

Twierdzenia Odwołującego w zakresie wzrostu cen materiałów i zmiany kursu walut oparte są na czystych spekulacjach, bez żadnych rzeczywistych danych. Niemniej jednak tylko na marginesie wskazać można, że znane są Konsorcjum NOKIA i korzysta z nich stosując stosowne zabezpieczenia m.in. takie jak opcje walutowe oraz kontrakty terminowe. Konsorcjum NOKIA wskazało, że zaoferowana przez nie cena uwzględnia ryzyka związane ze spodziewanym wzrostem kosztów wynagrodzeń oraz materiałów.

Ad zarzut nr 4

Podstawą zarzutu Odwołujący uczynił analizę RCO powołując się na brak odmienności kosztowych. Konsorcjum NOKIA wyjaśniło, że uwzględniło wszystkie koszty, w tym koszty Urządzeń i Systemów w złożonej ofercie, w sposób następujący. Dworce zostały wliczone w cenę wszystkich OR i w planowanie wstępne. Tunele zostały włączone do kosztów najbliższych OR. Przeciętna cena OR wynosi ok. 500-580 tys., cena tunelu to od 120-240 tys. zł. i doliczenie jej do danego OR (równomiernie do dwóch sąsiadujących OR) daje dodatkowe ok. 60-120 tys. zł za tunel w jednym OR. Konsorcjum NOKIA podniosło, że RCO nie odzwierciedla zróżnicowania cen dla poszczególnych pozycji OR ze względu na przyjętą metodykę przedstawienia kalkulacji poszczególnych pozycji. W przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z 7 typami OR. Przystępujący wycenił je indywidualnie i każdy z nich posiadał indywidualną cenę, określoną zgodnie z przyjętą przez Konsorcjum NOKIA ceną za dany typ OR. Fakt, że w RCO cena ta nie odzwierciedla tego zróżnicowania wynika z przyjętego przez Konsorcjum NOKIA sposobu rozłożenia marży. Ze względu na różną cenę danego OR różna jest też marża w danej pozycji co je zrównuje do jednego poziomu. W pozycjach z tunelem marża ta jest najniższa. Konsorcjum NOKIA ujęło więc wszystkie koszty wykonania zamówienia, zgodnie z dozwolonym przez Zamawiającego sposobem określenia ceny, wskazanych wcześniej w argumentacji przy innych zarzutach.

Wyjaśnienia Konsorcjum NOKIA są więc prawdziwe, a Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, że dokonała się czynność odmienna. Sam fakt braku odmienności kosztowych nie przesądza o zakresie i ilości ujętych w danej pozycji kosztów. Konsorcjum NOKIA podniosło, że brak jakichkolwiek dowodów, które wskazywałyby, że celem złożenia przez Konsorcjum NOKIA informacji dotyczących uwzględnienia kosztów Urządzeń i Systemów było wprowadzenie w błąd Zamawiającego. Formułowany przez Odwołującego zarzut nie jest poparty żadnym dowodem dotyczącym zamiaru podania informacji w celu wpływu na wynik postępowania. Interpretacja art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, będącego implementacją przepisów prawa wspólnotowego, musi następować w kontekście brzmienia dyrektywy, która wskazuje, że za nieprawdziwą informację należy uznać taką, która wynika z celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania Wykonawcy.

Konsorcjum NOKIA wniosło też o oddalenie wniosków dowodowych Odwołującego dotyczących powołania biegłych.

Ponadto w dniu 9 listopada 2017 r. przystąpienie do przedmiotowego postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Fonbud Spółka Akcyjna Spółka Komandytowa z siedzibą we Wrocławiu, Atende Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ICRAFT Co. Ltd. z siedzibą w Seulu i TOB YKPKOM z siedzibą w Kijowie.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, oraz przedłożone dowody, ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wykonawca wykazał także interes we wniesieniu odwołania, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest podmiotem ubiegającym się o udzielenie rozpoznawanego zamówienia publicznego i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Oferta Odwołującego uplanowała się na drugiej pozycji, tuż za ofertą Przystępującego, stąd też w razie potwierdzenia się zarzutów odwołania, Odwołujący będzie mieć możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w charakterze uczestnika postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Nokia Solutions and Networks spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, SPC-1 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, SPC-2 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, SPC-3 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący” albo „Konsorcjum NOKIA”), zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Przystępujący jest podmiotem, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza i ma on interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego.

Izba postanowiła nie dopuścić do postępowania odwoławczego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Fonbud Spółka Akcyjna Spółka Komandytowa z siedzibą we Wrocławiu, Atende Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ICRAFT Co. Ltd. z siedzibą w Seulu i TOB YKPKOM z siedzibą w Kijowie, zgłaszających przystąpienie po stronie Odwołującego. Wykonawcy ci nie złożyli oferty w zakresie Części I, będącej

przedmiotem rozpoznania przedmiotowego postępowania odwoławczego, lecz uczestniczyli w Części II zamówienia, w związku z czym Izba doszła do przekonania, że nie posiadają oni interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Odwołującego. Izba miała ponadto na uwadze, że wykonawcy ci złożyli własne odwołanie, które było przedmiotem rozpoznania Izby w sprawie o sygn. KIO 2326/17 i KIO 2329/17.

W zakresie zarzutów z pkt 1 lit. a-c odwołania Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Z treści dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia wynika, co następuje:

Pkt 3.3 „Pozwolenia na budowę (PnB)”, strona 36 OPZ

W ppkt 1 Zamawiający wskazał, że zrealizował projekt przygotowawczy POLiŚ 7.1-36.2 „Budowa infrastruktury systemu GSM-R na liniach kolejowych zgodnych z harmonogramem NPW ERTMS, FAZA I – PRACE PRZYGOTOWAWCZE”, polegający na uzyskaniu pozwoleń na budowę Obiektów Radiokomunikacyjnych GSM-R składających się z wieży telekomunikacyjnej, kontenera telekomunikacyjnego na ogrodzonym terenie dla 1074 lokalizacji.

W ppkt 4 Zamawiający wskazał, że pozwolenia na budowę uzyskane w ramach projektu 7.1 – 36.2 mają charakter wstępnie określonych „lokalizacji nominalnych” potencjalnie do wykorzystania przez Wykonawcę, dla których możliwe jest wykonanie optymalizacji na warunkach określonych poniżej.

W ppkt 8 Zamawiający wskazał, że oprócz ww. 1074 PnB i projektów dla nowych lokalizacji, Zamawiający przekaże Wykonawcy trzy projekty dotyczące projektowanej rozbudowy istniejących obiektów OR w lokalizacjach:

- 1) c0001493_WIE_B Poznań;
- 2) cc001496_WIE_B Poznań;
- 3) cc000253_DOL_B Wrocław.

Projekty te podlegają wykorzystaniu przez Wykonawcę na zasadach opisanych w punktach powyżej.

Pkt 3.3.1 „Zasady optymalizacji”, strona nr 37 i 38 OPZ.

W pkt 2 Zamawiający wskazał, że wyznaczone przez PnB lokalizacje OR na Odcinku Wdrożeniowym są tzw. „lokalizacjami nominalnymi”, które powinny spełniać kryteria postawione przez Zamawiającego z punktu widzenia poziomu mocy sygnału radiowego i uzyskanej pojemności systemu QoS zgodnie z OPZ.

W pkt 3 Zamawiający wskazał: „Wykonawca dokona optymalizacji OR w sytuacjach, gdy wybudowanie OR w punkcie wyznaczonym przez PnB (i zgodnie z projektem dla tego PnB) byłoby niemożliwe ze względu na nieoczekiwane warunki gruntowe, własnościowe lub techniczne np. brak możliwości dojazdu, trudności w wybudowaniu przyłączy energetycznych i transmisyjnych zgodnie z przekazanym projektem, napotkanie przeszkód związanych z

powstaniem lub zaplanowaniem innej kolizyjnej infrastruktury, odwołania administracyjne i protesty społeczne itp. a także, np. ze względu na specyficzne parametry i cechy Systemu dostarczonego przez Wykonawcę (w szczególności wskazujące na odmienne wykonanie techniczne obiektu, np. na preferowaną inną wysokość zawieszenia anten).

W takich wypadkach Wykonawca dokona optymalizacji położenia lub wykonania OR i o ile konieczne uzyska nowe decyzje lokalizacyjne (w szczególności pozwolenia na budowę) na zasadach określonych w OPZ.

W ramach optymalizacji dopuszcza się zmianę położenia wyznaczonych lokalizacji OR w zakresie tzw. „promienia poszukiwań”, zachowując wymagania QoS na danej linii w zależności od przeznaczenia systemu GSM-R, w szczególności w kwestiach związanych z transmisją danych dla systemu GSM-R, w szczególności w kwestiach związanych z transmisją danych dla systemu ETCS poziom 2, a co za tym idzie redundancji pokrycia radiowego. W ramach optymalizacji „lokalizacji nominalnych” nie dopuszcza się zmniejszenia ilości obiektów OR w stosunku do ilości przekazanych PnB dla „lokalizacji nominalnych”.

W pkt 4 został zawarty wymóg, aby Wykonawca określając lokalizację OR, przy zmianie lokalizacji względem „lokalizacji nominalnych” lub zmieniając wykonanie OR, zagwarantował, że zmiana ta spowoduje polepszenie parametrów (a co najmniej nie wpłynie na pogorszenie parametrów) radiowych wymaganych w OPZ. Ponadto Zamawiający zawarł wymóg, aby Wykonawca potwierdził spełnianie wymagań QoS przedstawieniem symulacji pokrycia radiowego dla obszaru wokół OR, którego lokalizacja została poddana „optymalizacji”.

W pkt 5 Zamawiający wskazał, że dla potrzeb wykonania oferty:

1) Wykonawca zweryfikuje swoimi metodami i narzędziami w jakim stopniu przekazane „lokalizacje nominalne” (i pozwolenia na budowę) spełniają wymagania OPZ pod kątem parametrów radiowych dla całego Odcinka Wdrożeniowego (pokrycie radiowe, pojemność i planowany QoS) uwzględniając także specyficzne parametry i cechy Systemu dostarczonego przez Wykonawcę. O ile jakieś „lokalizacje nominalne” będą wymagały w takim wypadku optymalizacji Wykonawca uwzględni to w cenie i wykona bez dodatkowych kosztów.

2) Wykonawca przyjmie, że maksymalnie 20% „lokalizacji nominalnych” może wymagać optymalizacji z innych przyczyn (kryteriów) niż opisane w punkcie 5 ppkt 1 i uwzględni to w cenie kontraktowej a w razie potwierdzenia konieczności takiej optymalizacji wykona ją bez dodatkowych kosztów. Lokalizacje, które będą wymagały optymalizacji zarówno z przyczyn (kryteriów) opisanych w punkcie 5 ppkt 1 jak i innych przyczyn nie będą wliczały się do ilości ograniczonej limitem wskazanym w pkt 5 ppkt 2.

Wykonawca wskaże w ofercie ilość OR planowaną do wybudowania z uwzględnieniem otrzymanych PnB i ilość całkowicie nowych projektowanych lokalizacji OR.

W pkt 6 Zamawiający wskazał, że każdy przypadek, w którym Wykonawca zamierza dokonać optymalizacji położenia OR lub zmiany wykonania OR i o ile konieczne uzyskać nowe

pozwolenie na budowę musi uzyskać akceptację Inżyniera i Zamawiającego. W tym celu Wykonawca na etapie projektowania złoży do akceptacji odpowiednią Dokumentację (sporządzoną przez osoby posiadające właściwe dla danego przypadku uprawnienia i kwalifikacje) potwierdzającą zaistnienie przyczyn uniemożliwiających wykorzystanie PnB dla danej „lokalizacji nominalnej”.

W toku postępowania o udzielenie zamówienia, przed upływem terminu składania ofert Zamawiający udzielał również wyjaśnień do treści SIWZ, dotyczących m.in. kwestii związanych z optymalizacją.

Pytanie i odpowiedź na pytanie nr 489:

Pytanie: „Zgodnie z pkt 5.3.1. 3 pkt OPZ przez budowę Podsystemu BSS należy w niniejszym dokumencie rozumieć: 1) weryfikację przez Wykonawcę lokalizacji Obiektów Radiokomunikacyjnych dla których Zamawiający posiada pozwolenia na budowę wskazane w załączniku 3. Weryfikacji należy dokonać zgodnie z wytycznymi określonymi w podrozdziale 3.3.1. z uwzględnieniem wymagań na planowanie radiowe GSM-R zgodnie z rozdziałem 11 oraz parametrów i urządzeń dostawcy. Postanowienie to wskazuje, że Zamawiający nie jest pewny co do jakości wykonanego planowania radiowego i *de facto* przerzuca odpowiedzialność za jego prawidłowość na Wykonawcę. Aby zweryfikować poprawność wykonanego przez podmiot trzeci na rzecz Zamawiającego planowania radiowego i zaplanować nowe lokalizacje (bez pozwoleń budowlanych) konieczne jest kilka miesięcy pracy, które powinny być wykonane przed upływem terminu składania ofert celem oszacowania kosztów ponownego planowania. W przeciwnym wypadku wymaga się na Wykonawcy akceptacji niechlujnie lub niepoprawnie wykonanego planowania radiowego na olbrzymim obszarze. Mając te okoliczności na uwadze, czy zapis pkt 5.3.1 pkt 3 OPZ rozumieć należy w ten sposób, że w przypadku niemożności wykonania weryfikacji planowania radiowego przed upływem terminu składania ofert, wynagrodzenie wskazane w ofercie przez Wykonawcę części I zostanie na etapie realizacji umowy powiększone o wszystkie koszty związane z koniecznością ponownego planowania niepoprawnie zaplanowanych przez Zamawiającego lokalizacji?”

Odpowiedź Zamawiającego: Zamawiający wymaga od Wykonawcy zastosowania się do postanowień pkt 3.3.1 OPZ. Zamawiający dokonał modyfikacji OPZ w dniu 10.07.2017 r.

Pytanie i odpowiedź na pytanie nr 546:

Pytanie: Prosimy o potwierdzenie, że pkt 3.3.1. pkt 3 OPZ należy rozumieć w taki sposób, że jeżeli Wykonawca nie dokona optymalizacji OR może wykorzystać przekazane PB nie tylko informacyjnie, ale również realizacyjnie?

Odpowiedź Zamawiającego: Wykonawca może wykorzystać przekazane przez Zamawiającego pozwolenia na budowę nie tylko informacyjnie ale również realizacyjnie, zgodnie z pkt. 3.3 Pozwolenia na budowę (PnB) OPZ.

Pytanie i odpowiedź na pytanie nr 585:

Pytanie: Zgodnie z pkt 3.3.1 pkt 5 OPZ „Wykonawca wskaże w ofercie planowane lokalizacje OR oraz ilość OR planowaną do wybudowania z uwzględnieniem otrzymanych PnB (z podziałem na te z planowaną optymalizacją i te bez niej) i uwzględnieniem całkowicie nowych projektowanych lokalizacji OR”. Czy pkt 3.3.1 pkt 5 OPZ należy rozumieć w sposób taki, że Zamawiający wymaga obligatoryjnej budowy OR we wskazanych w ofercie lokalizacjach OR? Wykonawca wnosi o zmianę postanowień i wymóg wskazania jedynie wstępnej liczby obiektów OR dla każdej z linii wskazanych w Załączniku do OPZ. a nie ich dokładnej lokalizacji.

Odpowiedź Zamawiającego: Patrz odpowiedź na pytanie nr 584. Wykonawca wskaże w ofercie ilość OR planowaną do wybudowania. Zamawiający zwraca dodatkowo uwagę na postanowienie RCO: „RCO dla Części I może podlegać aktualizacji i uszczegółowieniu w trakcie realizacji Umowy. Oznacza to w szczególności możliwość zmiany ilości obiektów i urządzeń W ramach stałej ceny ofertowej”. Patrz także odpowiedź na pytanie nr 465.

Pytanie i odpowiedź na pytanie nr 1259:

Pytanie: Dotyczy: 11.1 Parametry pokrycia radiowego GSM-R. Zgodnie z postanowieniami punktu 4 „Wykaz odcinków linii kolejowych planowanych do wyposażenia w system ETCS poziom 2 zawarty został w załączniku 9”. PYTANIE: Po analizie załącznika Wykonawca stwierdza że lista odcinków linii kolejowych nie zgadza się z wynikiem planowania wstępnego będącego podstawą projektu POLiŚ 7.1-36.2 „Budowa infrastruktury systemu GSM-R na liniach kolejowych zgodnych z harmonogramem NPW ERTMS, FAZA 1 – PRACE PRZYGOTOWAWCZE” Na przykład linia 202 (około 200 km) została zaplanowana w ramach tego projektowania wstępnego jako non ETCS, w projekcie POLiŚ 7.1-36.2 brak wzmianki o zmianie planowania do ETCS. Prosimy o wyjaśnienie rozbieżności.

Odpowiedź Zamawiającego: Zamawiający wymaga wykonania tego Przedmiotu Zamówienia w oparciu o wymagania zawarte w tym SIWZ.

Pytanie i odpowiedź na pytanie nr 1360:

Pytanie: Prosimy o wyjaśnienie, czy pkt 3.3. OPZ należy rozumieć w sposób taki, że wybudowanie OR zgodnie z uzyskanym przez Zamawiającego Pozwoleniem na Budowę (w tym stanowiącym załącznik do niego Projektem Budowlanym) uznane będzie za realizację przez Wykonawcę zobowiązania zgodnie z wymaganymi „określonymi w OPZ”? Jeżeli nie, prosimy o wskazanie konkretnego katalogu sytuacji, w których Wykonawca zobligowany będzie do uzyskania zamiennego pozwolenia na budowę wynikającego ze zmiany założeń odnośnie realizacji OR pomiędzy zadaniem pozyskania Pozwoleń na Budowę a realizacją budowy Obiektów.

Odpowiedź Zamawiającego: Zamawiający wymaga od Wykonawcy całościowego zapoznania się z wymaganiami OPZ, w ramach których sama realizacja budowy OR jest warunkiem niezbędnym, ale niewystarczającym do spełnienia wymagań SIWZ. W SIWZ m.in. wskazano zasady optymalizacji „lokalizacji nominalnych”.

Z powyższych postanowień SIWZ oraz wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia, w ocenie Izby, w sposób nie budzący wątpliwości wynika, że „lokalizacje nominalne”, dla których pozyskano pozwolenia na budowę (PnB), mimo iż zostały przez Zamawiającego pozyskane w ramach realizacji projektu przygotowawczego POliŚ 7.1 – 36.2, który obejmował krótszy odcinek linii kolejowych niż ten będący przedmiotem zamówienia, należało odnieść do całego Odcinka Wdrożeniowego, a nie jego części, jak twierdzi Odwołujący.

Pozwolenia na budowę mają charakter wstępnie określonych „lokalizacji nominalnych”, potencjalnie do wykorzystania przez wykonawcę, dla których możliwe jest wykonanie optymalizacji, na warunkach wskazanych w treści pkt 3.3.1 SIWZ „Zasady optymalizacji”. W tym miejscu wskazać należy, że optymalizacja mogła dotyczyć położenia lub wykonania OR, a także zmiany położenia wyznaczonych lokalizacji OR w zakresie tzw. „promienia poszukiwań”. W ramach optymalizacji wykonawcy mieli również możliwość niewykorzystania PnB, a to z uwagi na ich potencjalny charakter. Możliwość niewykorzystania przekazanych PnB wynika również, zdaniem Izby, z treści odpowiedzi udzielonej na pytanie nr 546, gdzie Zamawiający wskazał, że wykonawca może wykorzystać przekazane pozwolenia na budowę nie tylko informacyjnie, ale również realizacyjnie. Optymalizacji można było dokonać z uwagi na ziszczenie się wymienionych w pkt 3.3.1. OPZ przesłanek, tj. wystąpienie nieoczekiwanych warunków gruntowych, własnościowych lub technicznych np. brak możliwości dojazdu, trudności w wybudowaniu przyłączy energetycznych i transmisyjnych zgodnie z przekazanym projektem, napotkanie przeszkód związanych z powstaniem lub zaplanowaniem innej kolizyjnej infrastruktury, odwołania administracyjne i protesty społeczne itp. a także, np. ze względu na specyficzne parametry i cechy Systemu dostarczonego przez Wykonawcę (w szczególności wskazujące na odmienne wykonanie techniczne obiektu, np. na preferowaną inną wysokość zawieszenia anten).

Izba nie ma wątpliwości co do tego, że Zamawiający dopuścił optymalizację na etapie składania ofert, wynika to wprost z treści podrozdziału 3.3.1 pkt 5 OPZ, zgodnie z którym wykonawca ma zweryfikować przydatność „lokalizacji nominalnych” do osiągnięcia celu, tj. standardów jakościowych sygnału. Zamawiający dopuścił również optymalizację na etapie wykonania umowy, jeśli zostaną spełnione przesłanki wskazane w pkt 3.3.1 pkt 3, tj. gdy wybudowanie OR w punkcie wyznaczonym przez PnB byłoby niemożliwe ze względu na wystąpienie nieoczekiwanych warunków gruntowych, własnościowych i technicznych, ze względu na specyficzne parametry i cechy dostarczonego przez wykonawcę Systemu. W razie

wystąpienia tych okoliczności wykonawca może dokonać optymalizacji położenia lub wykonania OR i o ile to konieczne – uzyskać nowe pozwolenia na budowę. W ramach optymalizacji została również dopuszczona możliwość zmiany położenia wyznaczonych lokalizacji OR w zakresie tzw. „promienia poszukiwań”. Jak wynika z odpowiedzi jakiej Zamawiający udzielił na pytanie nr 1203 (wykonawca zwrócił się z prośbą o doprecyzowanie pojęcia „promień poszukiwań”), promień poszukiwań będzie powiązany z parametrami dostarczanych Systemów i wykonawca określi go i uzasadni to w swoim projekcie. Zatem Zamawiający nie określił promienia poszukiwań – było to zadanie wykonawców w oparciu o parametry oferowanego systemu.

W ofercie wykonawca miał podać ilość OR planowaną do wybudowania, na którą składać się ma ilość OR z uwzględnieniem przekazanych PnB oraz ilość całkowicie nowych OR. W ocenie Izby, Zamawiający ustanowił w SIWZ wymóg minimalnej liczby 1074 OR dla całego Odcinka Wdrożeniowego, co wynika z zastrzeżenia Zamawiającego, że w ramach optymalizacji „lokalizacji nominalnych” nie dopuszcza się zmniejszenia ilości OR w stosunku do ilości przekazanych PnB dla „lokalizacji nominalnych”. Zmiany miały spowodować polepszenie parametrów radiowych wskazanych w OPZ, a co najmniej nie wpłynąć na ich pogorszenie. Wykonawca miał potwierdzić spełnianie wymagań QoS przedstawieniem symulacji pokrycia. W trakcie rozprawy Zamawiający wyjaśnił, że symulacja ta miała zostać przedstawiona na etapie realizacji umowy, tym samym okoliczność ta na etapie badania i oceny ofert nie była przez Zamawiającego weryfikowana.

Zamawiający wymagał od wykonawców przedstawienia w ofercie tylko liczby planowanych do wybudowania OR, bez wskazywania ich lokalizacji, co potwierdza dokonana przez Zamawiającego dnia 10 lipca 2017 r. zmiana postanowień SIWZ, w wyniku której postanowienie pkt 3.3.1. pkt 5 OPZ o treści: „Wykonawca wskaże w ofercie planowane lokalizacje OR oraz ilość OR planowaną do wybudowania z uwzględnieniem otrzymanych PnB (z podziałem na te z planowaną optymalizacją i te bez niej) i uwzględnieniem całkowicie nowych projektowanych lokalizacji OR” zastąpił postanowieniem o treści: „Wykonawca wskaże w ofercie ilość OR planowaną do wybudowania z uwzględnieniem otrzymanych PnB i ilość całkowicie nowych projektowanych lokalizacji OR”. Zamawiający nie zawarł również wymogu, zgodnie z którym, jeśli w wyniku dokonanej optymalizacji wykonawca pominie którąś z „lokalizacji nominalnych”, to należy tę „lokalizację nominalną” zastąpić nową lokalizacją, Zamawiający sformułował jedynie wymóg, zgodnie z którym wykonawca w wyniku dokonanej optymalizacji miał nie doprowadzić do zmniejszenia ilości OR w stosunku do ilości przekazanych PnB, tj. w stosunku do liczby 1074. Potwierdza to wcześniejszą tezę o ustanowieniu przez Zamawiającego w SIWZ wymogu minimalnej liczby 1074 OR dla całego Odcinka Wdrożeniowego.

Mając na uwadze takie rozumienie treści OPZ nie sposób zgodzić się z Odwołującym, jakoby optymalizacja nie została dopuszczona przez Zamawiającego już na etapie składania ofert. Odwołujący w zarzucie wskazanym w pkt 1 lit. a odwołania zarzuca Przystępującemu, że ten założył w swojej ofercie dokonanie optymalizacji tzw. „lokalizacji nominalnych” polegającej na zmniejszeniu ilości OR w stosunku do pozwoleń na budowę przekazanych przez Zamawiającego dla tzw. „lokalizacji nominalnych”, wbrew wyraźnemu zakazowi wyrażonemu w podrozdziale 3.3.1 pkt 3 OPZ. Z postanowienia „W ramach optymalizacji lokalizacji nominalnych nie dopuszcza się zmniejszenia ilości obiektów OR w stosunku do ilości przekazanych PnB dla „lokalizacji nominalnych””, Odwołujący wywodzi, że optymalizacja „nie może spowodować zmniejszenia ilości obiektów OR planowanych do wybudowania na części Odcinka Wdrożeniowego, na którym realizowany był Projekt 7.1 0 36.2 poniżej liczby 1074. Innymi słowy, w ocenie Odwołującego, Zamawiający jednoznacznie i wyraźnie zabronił zmniejszania ilości obiektów OR w stosunku do ilości przekazanych PnB dla „lokalizacji nominalnych”. Odwołujący słuszność swojego stanowiska upatruje w okoliczności, iż przekazane przez Zamawiającego 1074 PnB zostały pozyskane w ramach realizacji projektu przygotowawczego POLiŚ 7.1-36.2 „Budowa infrastruktury systemu GSM-R na liniach kolejowych zgodnych z harmonogramem NPW ERTMS, FAZA I – PRACE PRZYGOTAWCZE”, o czym Zamawiający wprost informował wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia będącym przedmiotem rozpoznawanego odwołania w pkt 3.3 ppkt 1 OPZ. Istotą tego zarzutu jest odniesienie przez Odwołującego podanej przez Zamawiającego liczby 1074 PnB tylko do odcinka o długości 8.099,015 km, będącego przedmiotem wcześniejszego postępowania o udzielenie zamówienia. Odwołujący zdaje się nie przyjmować do wiadomości, że mimo iż 1074 PnB były pozyskane w ramach innego postępowania, które obejmowało inną liczbę kilometrów linii kolejowej, to w ramach tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, będącego przedmiotem odwołania, Zamawiający odniósł przekazane PnB do całego Odcinka Wdrożeniowego, nie dokonując przy tym jego podziału na mniejsze odcinki, tak jak czyni to Odwołujący w swoim odwołaniu, co podtrzymywał konsekwentnie w swoich pismach procesowych, a także podczas rozprawy. Stąd też, mając na uwadze postanowienia OPZ, a także prezentowane w toku postępowania odwoławczego stanowisko Zamawiającego, którego argumentacja dotycząca niepodzielności Odcinka Wdrożeniowego ma oparcie w dokumentacji postępowania, Izba doszła do przekonania że w świetle OPZ, a także wyjaśnień treści całej SIWZ nie jest uprawnione dokonywanie jakiegokolwiek podziału Odcinka Wdrożeniowego na inne, mniejsze odcinki. Natomiast cała argumentacja Odwołującego dotycząca omawianego zarzutu opiera się właśnie na takim podziale. Reasumując, skoro – jak wskazano powyżej – Zamawiający ustanowił minimalną liczbę 1074 OR, a oferta Przystępującego zawiera 1174 OR, to jest ona zgodna z treścią SIWZ.

Z tych względów zarzut z pkt 1 lit. a nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut wskazany w pkt 1 lit. b odwołania dotyczy założenia w ofercie Przystępującego dokonania optymalizacji tzw. „lokalizacji nominalnych” mimo, że nie ziściły się określone w podrozdziale 3.3.1 pkt 3 OPZ oraz w 3.3.1 pkt 5 OPZ przesłanki zezwalające na dokonanie optymalizacji tzw. „lokalizacji nominalnych”. Jak wynika z treści odwołania Odwołujący odczytuje przesłanki optymalizacji w taki sposób, jakby Zamawiający wprowadził ich podział na te, które należy zastosować na etapie oferty oraz na te, które są możliwe do zastosowania dopiero na etapie realizacji umowy. W tym zakresie Odwołujący powołuje się na treść podrozdziału 3.3.1 pkt 5 OPZ, z którego wywodzi, że z okoliczności tam wskazanych można było skorzystać na etapie składania ofert, natomiast przesłanki optymalizacji, o których mowa w podrozdziale 3.3.1 pkt 3 możliwe były do wykorzystania dopiero na etapie realizacji umowy. W ocenie Izby nie sposób wywieść z treści ofert jakimi przesłankami kierowali się wykonawcy dokonując optymalizacji. Niemniej jednak Izba stoi na stanowisku, że postanowienia z podrozdziału 3.3.1 pkt 5 OPZ należy odczytywać jako pewne minimum, które na etapie składania ofert wykonawca miał wykonać. Jak zostało wskazane powyżej Izba nie ma wątpliwości co do tego, że optymalizacja została dopuszczona zarówno na etapie składania ofert jak i na etapie realizacji zamówienia. Logiczna analiza postanowień OPZ dotyczących optymalizacji pozwala na formułowanie twierdzenia, że nastąpił podział przesłanek jakimi należy się kierować przy optymalizacji w zależności od etapu (składanie ofert, realizacja zamówienia), jednakże jednocześnie brak jest zakazu skorzystania z przesłanek z podrozdziału 3.3.1 pkt 3 OPZ już na etapie składania ofert. Ponadto Izba dostrzega, że optymalizacja jaka miała zostać dokonana na potrzeby składania ofert została opisana przez Zamawiającego bardzo szeroko. Wykonawcy mieli zweryfikować w jakim stopniu przekazane „lokalizacje nominalne” spełniają wymagania OPZ pod kątem parametrów radiowych dla całego Odcinka Wdrożeniowego w zakresie pokrycia radiowego, pojemności, planowanego QoS, Wykonawcy mieli przy tym uwzględnić także specyficzne cechy i parametry dostarczonego Systemu. Co istotne – Zamawiający nie narzucił Wykonawcom metod i narzędzi, za pomocą których ta weryfikacja miała nastąpić – te metody i narzędzia Wykonawcy mieli wybrać sami, na co wskazuje postanowienie „zweryfikuje swoimi metodami i narzędziami”. W tym kontekście, zdaniem Izby, Zamawiający pozostawił Wykonawcom pewną swobodę. Jeśli więc Przystępujący postanowił skorzystać z „metod i narzędzi”, które oprócz przesłanki dotyczącej „specyficznych parametrów i cech Systemu dostarczonego przez Wykonawcę” pozwoliły mu, już na etapie składania ofert, dokonać optymalizacji w oparciu o część, większość czy też wszystkie przesłanki wskazane przez Zamawiającego w rozdziale 3.3.1 pkt 3 OPZ, to w ocenie Izby Przystępujący był uprawniony do dokonania optymalizacji w taki sposób. Postanowienia OPZ, poza wskazaniem przesłanek optymalizacji nie nakładały na

Wykonawców innych ograniczeń w tym zakresie. Możliwość dokonania optymalizacji na każdym z etapów, tj. zarówno w ofercie jak i na etapie sporządzania projektu, według zasad wskazanych w rozdziale 3.3.1 pkt 3 i 4 OPZ została również potwierdzona przez samego Zamawiającego na rozprawie w dniu 12.12.2017 r. i stanowisko to, w ocenie Izby znajduje oparcie w treści SIWZ. Izba zwraca również uwagę, że w toku postępowania odwoławczego zarówno Zamawiający jak i Przystępujący wskazywali, że oferta Przystępującego sporządzona została z dużą dokładnością, a sam Przystępujący wyjaśniał, że w celu opracowania oferty skorzystał z modelu teoretyczno-empirycznego, dokonując weryfikacji w terenie, co pozwoliło mu na zaoferowanie takiej, a nie innej liczby OR. W ocenie Izby posłużenie się taką metodą było w świetle postanowień OPZ uprawnione, gdyż Zamawiający dał Wykonawcom w tym zakresie swobodę wyboru metod i narzędzi.

Jednocześnie podkreślenia wymaga, że Zamawiający na etapie badania i oceny ofert nie weryfikował tego, w oparciu o jakie przesłanki Wykonawcy dokonali optymalizacji, Zamawiający nie weryfikował również wyników przeprowadzonej optymalizacji, tj., czy dokonana na etapie oferty optymalizacja potwierdza spełnianie wymagań QoS – okoliczność ta będzie badana dopiero na etapie realizacji zamówienia, co wynika z wymogu przedstawienia przez Wykonawcę symulacji pokrycia radiowego dla obszaru wokół OR, którego lokalizacja została poddana „optymalizacji”, dopiero na etapie realizacji zamówienia.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego, zgodnie z którym w świetle rozdziału 3.3.1 pkt 6 OPZ dokonanie optymalizacji dopuszczalne jest dopiero na etapie projektowania i wymaga uzyskania zgody Inżyniera oraz Zamawiającego wskazać należy, że w ocenie Izby z postanowienia tego wynika, że właśnie na etapie realizacji zamówienia Zamawiający dokona weryfikacji dokonanej optymalizacji, a w celu uzyskania zgody na dokonanie optymalizacji danej lokalizacji nominalnej, należy na etapie projektowania przedłożyć stosowne dokumenty. Oczywistym jest, że etap składania ofert i etap realizacji zamówienia (obejmujący w tym przypadku m.in. sporządzenie projektu) to dwa różne etapy. Optymalizacja dokonana na etapie składania ofert miała służyć ustaleniu przybliżonej liczby OR jaką należy wykonać dla realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ, a liczba ta potrzebna była do wyceny oferty. Przedmiotowe zamówienie realizowane jest w formule „zaprojektuj i wybuduj”, a cena ofertowa jest ceną ryczałtową. Oczywistym więc jest, że jeśli na etapie realizacji liczba OR z oferty okaże się nietrafiona, zostanie zmieniona z korzyścią, bądź stratą dla Wykonawcy zamówienia, co wynika zresztą z postanowień samej SIWZ, tj. z pkt 1.1 RCO, gdzie przewidziano możliwość zmiany ilości obiektów i urządzeń w ramach stałej ceny ofertowej.

Wymóg (a tym samym zgoda) dokonania optymalizacji na etapie składania ofert wynikał wprost z postanowień OPZ, wobec czego oczywistym jest, że zgoda o której mowa w rozdziale 3.3.1 pkt 6 OPZ nie dotyczyła tego etapu, lecz etapu realizacji. Izba tym samym nie widzi podstaw do kwestionowania przedstawionego przez Zamawiającego w toku

postępowania odwoławczego rozumienia tego postanowienia, zgodnie z którym wszystkie zoptymalizowane OR będą zatwierdzane przez Zamawiającego, również te zoptymalizowane na etapie oferty, a istotą tego postanowienia jest to, że każda, nawet najmniejsza, zmiana, nieprowadząca do zmiany pozwolenia na budowę, musi być przez Zamawiającego zatwierdzona.

Ponadto, nie uszło uwadze Izby, że sam Odwołujący dokonał w swojej ofercie optymalizacji przekazanych przez Zamawiającego PnB dla lokalizacji nominalnych, co potwierdza, że sam również prawidłowo zidentyfikował, że występuje taka konieczność już na etapie składania ofert.

Z tych względów zarzut wskazany w pkt 1 lit. b) nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut podniesiony w pkt 1 lit. c) odwołania dotyczy zaplanowania przez Przystępującego do wykonania liczby OR niewystarczającej dla spełnienia wymagań jakościowych określonych przez Zamawiającego w OPZ, w tym wymagań określonych w dokumentach referencyjnych w Części II OPZ, pkt 2.2 „Normy”, w szczególności wymagań zawartych w normie EIRENE Functional Requirements Specification, version 16.00 (do których odsyła SIWZ).

Jak wynika z treści odwołania istotą tego zarzutu jest twierdzenie o zaoferowaniu przez Przystępującego zbyt małej liczby OR, w szczególności dla odcinka o długości 5.744,90 km, dla którego Zamawiający nie pozyskał wcześniej żadnych pozwoleń na budowę, co nie zapewni, w ocenie Odwołującego, prawidłowego pokrycia radiowego. Odwołujący wskazał przy tym, że odległości między obiektami radiokomunikacyjnymi będą zbyt duże (Odwołujący podał średnią wartość 30 km), co z kolei przełoży się na słabą jakość sygnału radiowego albo na jego brak. Odwołujący zwrócił uwagę, że liczba OR zaoferowana przez Przystępującego nie zapewni spełnienia wymagań określonych przez Zamawiającego w treści SIWZ oraz w treści normy EIRENE, do której odsyła SIWZ. W ramach dowodów na poparcie swojego stanowiska Odwołujący przedstawił w toku postępowania odwoławczego szereg dowodów mających potwierdzać zasadność stawianego zarzutu, tj.:

- a) wyciąg z raportu European Union Agency for Railways, wcześniej European Railway Agency (dalej: raport ERA), z którego wynika, że średnia odległość między obiektami radiokomunikacyjnymi wybudowanymi w europejskich instalacjach GSM-R wynosi 6-7 km;
- b) opinię sporządzoną przez dra H. Bühlera, p. Uniwersytetu w Wiedniu, z której to opinii wynika, iż średnia odległość pomiędzy obiektami OR (lokalizacjami) przyjęta przez Konsorcjum NOKIA „jest nie do przyjęcia zarówno dla terminali pociągowych a w szczególności dla terminali przenośnych, nawet przy optymistycznych założeniach”;

- c) dwie opinie Instytutu Łączności Państwowego Instytutu Badawczego sporządzoną przez pracowników naukowych Zakładu Kompatybilności Elektromagnetycznej Instytutu Łączności Państwowego Instytutu Badawczego tj. dra inż. J. S. (kierownik zakładu), dra inż. D. W., mgr inż. M. M. i mgr inż. D. N., gdzie również wyrażono pogląd potwierdzający niemożność wykonania przedmiotu zamówienia udzielanego w ramach części I Postępowania przy założeniu wybudowania zaledwie 1174 obiektów OR. Wskazano też, na brak uwzględnienia przez Przystępującego wpływu zakłóceń z sieci publicznych na jakość sygnału radiowego oraz konieczności zastosowania dużego pochylenia anten. Uwzględnienie tych okoliczności w procesie przygotowania oferty powinno skutkować zwiększeniem ilości obiektów OR. W opiniach wskazano też, że ilość OR przyjęta w ofercie przystępującego skutkować będzie również niewypełnieniem wymagań dotyczących koordynacji dla nadajników GSM-R dla obszarów przygranicznych zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, określonymi w pkt 11.5 OPZ;
- d) analiza własna z której również wynikają wnioski wskazane w wyżej przywołanych opiniach prywatnych.

Powyższe dowody zostały zakwestionowane przez Zamawiającego i Przystępującego. W zakresie raportu ERA Przystępujący wskazał, że odległości, o których w nim mowa dotyczą projektów realizowanych liniowo, a nie sieciowych, jak w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Przy ocenie odległości należy wziąć pod uwagę szereg uwarunkowań, w tym wysokość masztów, która w ofercie Przystępującego jest wyższa niż 25 m. Drugim takim uwarunkowaniem jest to, czy linie są planowane bez ETCS czy z ETCS. Przystępujący wskazał, że statystyczne dane z planowania w krajach UE nie mogą, w jego ocenie, stanowić punktu odniesienia do planowania na terenie Polski. Mimo, że procent linii zabudowanych ETCS w krajach UE jest zbliżony do tego na terenie Polski, to budowa sieci GSM-R w krajach UE była realizowana z uwzględnieniem linii zaplanowanej do zabudowy ETCS, z nie zabudowanej ETCS. Ponadto Przystępujący zwrócił uwagę, że odnosząc się do średnich odległości w między OR w krajach europejskich, należy mieć na uwadze, że w każdym kraju są inne założenia. W tym postępowaniu SIWZ wprost odwołuje się do norm EIRENE, które są minimalne i które nie określają średniej odległości między OR.

W odniesieniu do opinii dra H. B. wskazano, że przy jej sporządzaniu został zastosowany model propagacyjny Odwołującego, natomiast model, którym posługiwał się Przystępujący jest modelem propagacyjno-empirycznym. Ponadto opinia ta dotyczy oceny odległości między OR przy założeniu zastosowania masztów o wysokości 25 m, natomiast Przystępujący przy realizacji przedmiotowego zamówienia w przeważającej mierze będzie stosować maszty o wysokości 40 m.

Zamawiający w odniesieniu do opinii dra B. wskazał, że dotyczy ona oceny wartości średniej odległości pomiędzy lokalizacjami w procesie planowania radiowego. Zamawiający podkreślił, że średnia odległość w ofercie Przystępującego nie pochodzi z tej oferty, lecz została wyliczona przez Odwołującego w sposób uproszczony, tj. zostały podzielone długości linii kolejowych przez ilość lokalizacji. Wskazano, że autor opinii nie przeprowadza operacji planowania radiowego dla całego odcinka wdrożeniowego, a jedynie ogranicza się do oceny założeń przyjętych przez Odwołującego. Autor nie znając założeń Przystępującego przyjmuje pewne wartości i założenia nie będąc pewnym, czy są one poprawne i zbieżne z tymi przyjętymi przez Przystępującego. Autor ocenia jako poprawne założenia Odwołującego przyjęte do planowania i na tej podstawie dochodzi do wniosku, że Odwołujący poprawnie wykonał planowanie radiowe. Autor samodzielnie obliczył też średnią odległość między lokalizacjami jaką zaoferował Odwołujący i porównał ją ze średnią odległością z oferty Przystępującego i na tej podstawie ocenia, że odległość między obiektami OR z oferty Przystępującego dla linii bez ETCS jest nie do przyjęcia. W ocenie Zamawiającego opinia ta nie może zostać uznana za wiarygodną ocenę jakości planowania, ponieważ ogranicza się ona jedynie do pobieżnej weryfikacji założeń projektowych przyjętych przez Odwołującego i na tej podstawie formułowane są daleko idące wnioski. Zamawiający zwrócił uwagę, że same założenia projektowe nie są gwarancją wykonania poprawnego i zoptymalizowanego planowania radiowego. Ponadto autor opinii w zakresie oceny rozwiązania Przystępującego nie oparł się na żadnych rzeczywistych przesłankach technicznych, autor nie zna założeń projektowych przyjętych przez Przystępującego, ani parametrów technicznych zastosowanego przez niego systemu. Założenia autora są dokonane na podstawie literatury, a nie na podstawie znajomości założeń Przystępującego.

Odnosząc się do dowodu z opinii Instytutu Łączności, Zamawiający zwrócił uwagę, że autorzy opinii dysponowali jedynie wiedzą na temat liczby OR w ofercie Przystępującego i długości Odcinka Wdrożeniowego. Informacje na temat ewentualnego planowania radiowego wykonanego przez Przystępującego nie wynikają ze złożonej przez niego oferty, zatem opinia ta nie odnosi się do planowania wykonanego przez Przystępującego. Zamawiający zwrócił uwagę, że Instytut dokonuje samodzielnego planowania w postaci rozmieszczenia obiektów, określenia ich parametrów technicznych i przyjęcia pozostałych założeń projektowych oraz posługuje się własnym modelowaniem i mapami terenowymi i nie można dowieść ich zbieżności z tymi zastosowanymi przez Przystępującego. Ponadto, z opinii Instytutu nie wynika czy zostały przez jej autorów przeprowadzone wizje w terenie i jak wpłynęły na zastosowane modelowanie. Zamawiający argumentował, że okoliczności tych nie można pominąć, gdyż jak wskazał przystępujący w ramach postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. 2252/17 wytypowanie przez Przystępującego lokalizacji OR wskazanych w załączniku nr 8 do oferty jest wynikiem własnego doświadczenia w zakresie planowania jak i

intensywnego zaangażowania zasobów i środków związanego z wizjami w terenie. Jak wskazał Zamawiający nie można porównywać wyników efektów teoretycznej symulacji z efektami pracy teoretyczno-terenowej wykonanej przez Przystępującego. Zamawiający zwrócił uwagę, że Instytut w swojej opinii próbował wytypować prawdopodobne lokalizacje OR na podstawie danych zawartych w załączonym do oferty Przystępującego RCO. Natomiast Zamawiający na etapie składania ofert nie wymagał przedstawienia lokalizacji OR lecz wymagał jedynie wskazania ilości OR. Zamawiający zwrócił ponadto uwagę, że autorzy opinii odnieśli się w jej treści tylko do niektórych linii kolejowych. Autorzy opinii nie dokonali oceny projektu Przystępującego, a jedynie porównali go do innych projektów, w efekcie przyjęta przez autorów opinii metodyka ma polegać, w ocenie Zamawiającego, na przedstawieniu średniego rozstawu OR na europejskich liniach kolejowych i porównaniu go z ofertą Przystępującego. W ocenie Zamawiającego taka metoda niczego nie weryfikuje. Zamawiający wyjaśnił też, że „średnia odległość” jest wskaźnikiem irrelevantnym do założeń wdrożenia będącego przedmiotem OPZ i powoływanie się na nią w argumentacji jest błędem zarówno po stronie Odwołującego jak i wydającego opinię. Zgodnie z SIWZ wdrożenie będące przedmiotem tego postępowania jest wdrożeniem sieciowym służącym wykonaniu pokrycia radiowego dla „sieci kratowej” z wielokrotnymi skrzyżowaniami linii kolejowych. W takim wdrożeniu średnia odległość między OR nie może być wyznaczona poprzez zwykłą średnią arytmetyczną. Zamawiający wskazał, że przy prawidłowym planowaniu pojedynczy OR znajdujący się na skrzyżowaniu linii zrealizuje pokrycie dla wszystkich kierunków takiego skrzyżowania, a nie dla „jednego kierunku” jak to bywa w projektach liniowych. Zamawiający zwrócił uwagę, że opinia Instytutu dotyczy w istocie własnego modelowania, ocenia je i na tej podstawie stawia hipotezy i wnioskuje co do projektu Przystępującego. Wnioski zawarte w opinii Instytutu nie odnoszą się do oferty Przystępującego i nie dotyczą oceny zastosowanego przez niego planowania i metodyki. Opinia Instytutu nie ma zatem charakteru porównawczego i nie może wskazywać błędów w ofercie Przystępującego, ponieważ autorzy tej opinii nie mają odpowiedniej wiedzy na temat oferty Przystępującego. W zakresie drugiej opinii Instytutu Zamawiający również wskazał, że odnosi się ona jedynie do hipotetycznej średniej odległości między obiektami, pomijając sieciowy charakter wdrożenia, przy jednoczesnym braku wiedzy na temat oferty Przystępującego.

Ponadto Zamawiający złożył w toku rozprawy pismo z dnia 11 grudnia 2017 r. wraz ze stanowiskiem Instytutu Łączności Państwowego Instytutu Badawczego (dalej: Instytut Łączności) z dnia 11 grudnia 2017 r., podpisane przez J. Ż. – Dyrektora Instytutu Łączności, a także opinię z dnia 20 listopada 2017 r. podpisaną tylko przez J. Ż., który ją zatwierdził. Opinia ta nie została podpisana przez jej autorów, tj. dra inż. A. L., dra inż. R. N. oraz mgra inż. B. W., brak ten został uzupełniony przez Zamawiającego podczas kolejnej rozprawy, gdzie Zamawiający złożył oświadczenie z dnia 8 stycznia 2018 r. wraz z załączoną do niego

podpisaną przez wszystkich autorów opinią z dnia 20 listopada 2017 r. Z powyższych dokumentów wynika, że Dyrekcja Instytutu Łączności nie podziela stanowiska wyrażonego w obu opiniach złożonych przez Odwołującego i nie reprezentują one stanowiska Instytutu. Pierwsza ze złożonych opinii zawiera konkretne i bardzo daleko idące wnioski, których nie można wyciągnąć na bazie weryfikacji wstępnego (nominalnego) planowania zasięgowego. Tym bardziej nie można było wyciągnąć tych wniosków bez posiadania wiarygodnego i pełnego planowania. Druga z opinii dotycząca braku koordynacji transgranicznej i interferencji zewnętrznych na poziomie ograniczającym zasięgi opiera się o błędne założenia początkowe w kontekście wstępnego planowania zasięgowego. Takie podejście całkowicie ją dyskwalifikuje, pomimo, że zawarta w niej analiza wydaje się być do pewnego stopnia poprawnie przeprowadzona. Ze względu jednak na błędne założenia i błędnie wybrany zakres analizy, prowadzi do złych wniosków. W stanowisku z dnia 11 grudnia 2017 r. zawarto również wyjaśnienia zespołu sporządzającego opinie przedstawione przez Odwołującego, z których wynika, że opinie te zwracają jedynie uwagę na zidentyfikowane możliwe ryzyka popełnienia potencjalnych błędów w planowaniu radiowym Przystępującego, przeanalizowane na podstawie dostępnych danych, nie stwierdzają natomiast jednoznacznie, że planowanie radiowe Przystępującego jest błędne i że nie można poprawnie i zgodnie z warunkami przetargu zrealizować sieci GSM-R z jego wykorzystaniem, gdyż do takiego jednoznacznego stwierdzenia byłoby niezbędne przeanalizowanie wszystkich detali planowania radiowego Przystępującego obejmujących wszystkie szczegółowe parametry poszczególnych OR (np. ich współrzędne geograficzne, moc promieniowania, wysokości obiektów, zyski anten, charakterystyki anten, pochylenia wiązek itd.), do których to danych autorzy opinii nie mieli dostępu. Dopiero szczegółowa analiza planowania radiowego Przystępującego, obejmująca szczegółową analizę wszystkich danych OR, mogłaby jednoznacznie potwierdzić lub zaprzeczyć prawidłowości planowania. Autorzy wskazali też, że sporządzone przez nich opinie nie wykluczają prawidłowości planowania radiowego Przystępującego, lecz jedynie wskazują na istnienie pewnych potencjalnych problemów i ryzyk. Następnie, w opinii z dnia 20 listopada 2017 r. wskazano, że wynik planowania radiowego nigdy nie stanowi ostatecznej i definitywnej odpowiedzi na pytanie, w jaki sposób docelowa sieć będzie funkcjonowała, ponieważ proces planowania bazuje i zależy od szeregu parametrów wejściowych i wyjściowych, które obciążone są mniejszym lub większym ryzykiem dokładności i hipotetyczności. Jednym z najważniejszych składników przesądzających o wiarygodności planowania radiowego jest model propagacyjny. Innym czynnikiem determinującym jakość planowania radiowego jest dokładność zastosowanych map cyfrowych terenu. Ponadto wstępne planowanie może być realizowane z różnym stopniem dokładności związanej z pozyskaniem lub nie rzeczywistej informacji o terenie takiej, jak np. ukształtowanie, roślinność, rodzaj i gęstość zabudowy. Pozyskanie większej ilości rzeczywistych informacji prowadzi do weryfikacji danych

uzyskanych z map planistycznych, a w konsekwencji do bardziej trafnego, tj. optymalnego, doboru lokalizacji. Istotna kwestia jest też przyjęcie w bilansie łącza radiowego odpowiednich parametrów urządzeń radiowych (część nadawcza i odbiorcza), a także innych parametrów niezbędnych podczas planowania. Wskazano też, że w praktyce niemożliwe jest aby dwóch projektantów wykonujących niezależnie projekt radiowy tej samej sieci uzyskało idealnie zbieżne wyniki. W przypadku rozległego projektu sieciowego wykazanie nawet wielu przykładowych rozbieżności czy wątpliwości projektowych nie mogłoby stanowić o całościowym błędzie projektowym. Pełna o kompletna weryfikacja planowania wymagałaby zaangażowania co najmniej porównywalnych środków i działań projektowych jakie wcześniej wykonał zespół planistyczny. Podstawą podważenia poprawności planowania mogłoby być wskazanie konkretnych, poważnych błędów merytorycznych.

Odwołujący wniósł również o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego lub instytutu naukowo-badawczego na okoliczność ustalenia, czy według aktualnego stanu techniki GSM-R określona w ofercie złożonej przez Konsorcjum NOKIA liczba obiektów radiokomunikacyjnych (OR), przy uwzględnieniu faktu, iż według tej oferty 977 obiektów OR przypada na część Odcinka Wdrożeniowego objętego zakresem Projektu 7.1.-36.2 (zdefiniowanego w Uzasadnieniu odwołania), a 195 obiektów OR na pozostałą Część Odcinka Wdrożeniowego, jest wystarczająca dla:

a) spełnienia wymagań jakościowych określonych przez Zamawiającego w OPZ, w tym wymagań określonych w dokumentach referencyjnych w Części II OPZ, pkt 2.2 Normy, w szczególności zawartych w normie EIRENE Functional Requirements Specification, version 8.0.0 oraz normie EIRENE System Requirements Specification, version 16.0.0,

b) zapewnienia wymogu pokrycia radiowego w obiektach kolejowych takich jak: hale dworcowe, podstacje trakcyjne, budynki techniczne i warsztatowe, magazyny oraz innych obiektach kolejowych znajdujących się w pasach o szerokości 200 m mierzonych od torów skrajnych należących do Odcinka Wdrożeniowego zgodnie z podrozdziałem 11.1 pkt 2 ppkt 13 OPZ. 5.

Następnie w toku rozprawy Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego lub instytutu naukowobadawczego na okoliczność ustalenia, czy według aktualnego stanu techniki GSM-R określona w ofercie złożonej przez Konsorcjum NOKIA liczba obiektów radiokomunikacyjnych (OR), tj. 1174 jest wystarczająca dla spełnienia wymagań jakościowych określonych przez Zamawiającego w OPZ, w tym wymagań określonych w dokumentach referencyjnych w Części II OPZ, pkt 2.2 Normy, w szczególności zawartych w normie EIRENE Functional Requirements Specification, version 8.0.0 oraz normie EIRENE System Requirements Specification, version 16.0.0.

W odniesieniu do przedstawianych przez Odwołującego dowodów, mając na uwadze stanowiska Zamawiającego i Przystępującego, Izba zważyła co następuje.

Zdaniem Izby powyższe dowody potwierdzają, że dla przeprowadzenia prawidłowej oceny oferty Przystępującego w zakresie żądanym przez Odwołującego, niezbędna jest wiedza na temat założeń przyjętych przez Przystępującego do sporządzenia jego oferty, w tym zastosowanej metodologii, rozwiązań technologicznych, a także wiedza na temat parametrów oferowanego Systemu. Ponadto, jak zostało ujawnione w toku postępowania odwoławczego, Przystępujący w celu sporządzenia swojej oferty posłużył się modelem propagacyjno – empirycznym oraz dokonał wizji w terenie, co miało mu pozwolić na określenie lokalizacji OR (mimo braku na etapie składania ofert takiego obowiązku), optymalizację ilości OR, a w konsekwencji złożenie bardziej konkurencyjnej oferty. Zatem do prawidłowego zweryfikowania oferty Przystępującego należałoby również posiadać stosowną wiedzę w zakresie rezultatów i wniosków z takich wizji. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający pozostawił wykonawcom swobodę w doborze środków służących do opracowania ofert. Zamawiający nie narzucił bowiem żadnej metodologii według której należy określić liczbę OR w ofercie. Zamawiający był zainteresowany efektem końcowym w ofercie, tj. zaoferowaną ilością obiektów radiokomunikacyjnych (OR). Można zaryzykować twierdzenie, że Zamawiający nie był nawet zainteresowany w jaki sposób wykonawcy uzyskali zaoferowaną przez siebie liczbę OR, ponieważ Zamawiający nie żądał wraz z ofertą przedstawienia zastosowanej metodologii oraz przyjętych założeń przez poszczególnych wykonawców. Na etapie składania ofert Zamawiający zrezygnował również z wymogu (pierwotnie przewidzianego w SIWZ) określenia dokładnych lokalizacji poszczególnych OR.

Z analizy przedstawionych przez Odwołującego dowodów wskazanych powyżej nasuwa się również wniosek, że do weryfikacji oferty Przystępującego należałoby przyjąć odpowiednie założenia i model. Powyższe wynika natomiast wprost ze złożonej przez Zamawiającego opinii Instytutu Łączności z dnia 20 listopada 2017 r. W ocenie Izby, aby taka weryfikacja była rzetelna założenia i model nie mogą być uogólnione czy też pochodzić od innego wykonawcy (np. od Odwołującego) ani być jedynie teoretycznym założeniem. Pewien model i pewne założenia zostały przyjęte przez dra H. B., abstrahując od tego, czy były to założenia zaczerpnięte z oferty Odwołującego, czy też z literatury, Izba miała przede wszystkim na uwadze, że nie były to założenia ani model samego Przystępującego. Autor opinii nie oceniał więc założeń i modelu, ani wyników wizji w terenie Przystępującego, a zdaniem Izby żeby formułować tak daleko idące wnioski ocena ta powinna uwzględniać właśnie to, czym przy sporządzeniu oferty kierował się Przystępujący a nie inny wykonawca czy też to, co wynika z literatury. Wobec tego przydatność tej opinii dla potwierdzenia słuszności rozpoznawanego zarzutu Izba ocenia jako znikomą.

Podobnie wygląda sytuacja z przedstawionymi przez Odwołującego opiniami Instytutu Łączności. Co więcej, wskazują na to sami ich autorzy, których stanowisko zostało zawarte w przytoczonym powyżej piśmie z dnia 11 grudnia 2017 r.

Izba dostrzegła również, że na etapie badania ofert Zamawiający nie weryfikował jakimi przesłankami kierowali się wykonawcy dokonując optymalizacji (a zostało ich wskazanych kilka w OPZ), nie było również w żaden sposób weryfikowane spełnianie funkcjonalności opisanych w SIWZ. Powyższy pogląd potwierdza chociażby wymaganie przez Zamawiającego symulacji pokrycia radiowego wokół OR, o której mowa na str. 38 OPZ dopiero na etapie wykonania zamówienia. Zamawiający w toku postępowania odwoławczego wielokrotnie podkreślał, że przedmiotem oferty nie było wykonanie planowania radiowego, a sam fakt określenia w załączniku nr 8 do oferty Przystępującego lokalizacji OR nie może być jeszcze utożsamiany z wykonaniem takiego planowania. Planowanie radiowe miało zostać wykonane na etapie realizacji zamówienia, w projekcie wstępnym. Wobec powyższego Izba dała wiarę twierdzeniom Zamawiającego, zgodnie z którymi ocena, której chce na tym etapie dokonać Odwołujący jest przedwczesna, gdyż okoliczności wskazane w odwołaniu (np. zapewnienie funkcjonalności opisanej w SIWZ, spełnienie wymagań wynikających z normy EIRENE) będą weryfikowane dopiero na etapie realizacji zamówienia.

Powyżej opisane kwestie Izba miała również na uwadze oddalając zgłoszone przez Odwołującego wnioski dowodowe o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego lub instytutu badawczo-naukowego. Skoro bowiem, jak wskazano powyżej, na etapie składania ofert Zamawiający nie żądał od wykonawców przedstawienia metodologii ich sporządzania, przyjętych założeń, czy wyników przeprowadzonych wizji lokalnych, a w ocenie Izby tymi właśnie informacjami powinien dysponować biegły w celu dokonania rzetelnej oceny oferty Przystępującego, to – zdaniem Izby – przeprowadzenie takiego dowodu nie byłoby w ogóle możliwe. Biegły bowiem nie miałby narzędzi do tego, aby przeprowadzić stosowną analizę oferty Przystępującego. W ocenie Izby skoro sam Zamawiający zrezygnował z pozyskania wskazanych powyżej informacji, Izba również nie powinna ich wymagać od Przystępującego. Z tych powodów również wniosek Odwołującego w zakresie zobowiązania Przystępującego do okazania Izbie planowania empirycznego lub planowania propagacyjno-empirycznego lub modelu propagacyjno-empirycznego lub wyników z weryfikacji terenowych, podlegał oddaleniu. Izba nie uznała za zasadne i uprawnione żądanie od Przystępującego tych danych, skoro sam Zamawiający nie uznał ich za niezbędne w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Natomiast ich żądanie w celu następczego przekazania ewentualnemu biegłemu dla potrzeb sporządzenia opinii, byłoby w ocenie Izby zbyt daleko idące w okolicznościach przedmiotowej sprawy. Prowadziłoby to bowiem do oceny oferty Przystępującego w oparciu o dokumenty i informacje wykraczające poza jej treść, a do tego nie wymagane w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Podobnie, załączony przez Przystępującego do oferty

załącznik nr 8 zawierający informacje na temat lokalizacji OR, nie może być przedmiotem oceny, ponieważ był to dokument nadmiarowy, tj. nie wymagany przez Zamawiającego na tym etapie postępowania. Skoro więc równie dobrze Przystępujący mógł go w ogóle nie załączyć, to przez fakt jego załączenia nie może teraz być narażony na ponoszenie negatywnych konsekwencji. Jedynie na marginesie przypomnieć należy, że przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w formule „projektuj i wybuduj”, a projekt wstępny powstanie dopiero na etapie realizacji umowy, natomiast w ofercie Zamawiający żądał jedynie wskazania liczby OR oraz skalkulowania ceny ryczałtowej za wykonanie przedmiotu zamówienia. Ponadto zauważyć należy, że teza dowodowa jest sformułowana w taki sposób, że ocenie miałyby podlegać m.in. ilość OR zaoferowana przez Przystępującego, natomiast w tym zakresie już kilkakrotnie w przedmiotowym uzasadnieniu wskazano, że wobec tak sformułowanego minimalnego wymogu liczby 1074 OR w SIWZ, oferta Przystępującego zawierająca 1174 OR jest zgodna z SIWZ.

Z tych względów zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutów wskazanych w pkt 1 lit. d i lit. e odwołania Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że z odpowiedzi na pytanie nr 2555 wynika, że „W załącznikach 6 i 7 do IDW należy wskazać producenta oraz model urządzenia”. Przystępujący nie zawarł w załącznikach nr 6 i 7 do swojej oferty informacji o producencie oraz modelu urządzeń. Niemniej jednak, jak wynika z wyjaśnień Zamawiającego i Przystępującego, a także z dokumentacji postępowania, modele i producenci urządzeń zostali wskazani w treści oferty Przystępującego, na stronach wskazanych przez Zamawiającego.

Wobec powyższego Izba doszła do przekonania, że skoro modele i producenci urządzeń zostali wskazani w treści oferty Przystępującego, to niepodanie tych informacji w treści załączników 6 i 7 nie czyni oferty Przystępującego niezgodnej z treścią SIWZ. W ocenie Izby zaistniałe w ofercie uchybienie ma charakter formalny.

W zakresie zarzutów z pkt 1 lit. f i lit. g Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W zakresie wyżej wskazanych zarzutów skład orzekający również nie podzielił argumentacji Odwołującego. W uzasadnieniu tych zarzutów Odwołujący ponownie odwołuje się do zaoferowanej przez Przystępującego liczby OR jako niewystarczającej dla zapewnienia pokrycia radiowego. Jak stwierdzono wcześniej, skoro Przystępujący zaoferował liczbę OR powyżej minimum wskazanego w SIWZ, to oferta Przystępującego w tym zakresie jest zgodna z SIWZ. Ponadto, jak wskazał Zamawiający w czasie rozprawy, pokrycie radiowe w ramach tego postępowania o udzielenie zamówienia nie jest realizowane tylko przez OR, ale także

przez urządzenia dedykowane. Twierdzenie to znajduje oparcie w treści SIWZ, tj. we wskazanych przez Zamawiającego rozdziałach 12.2.2 OPZ i 11.1.2 pkt 11-13 OPZ.

Z rozdziału 12.2.2 pkt 8 OPZ wynika, że w przypadku konieczności instalacji dedykowanych Urządzeń niezbędnych dla pokrycia sygnałem radiowym obiektów wymienionych w podrozdziale 11.1 pkt 2 ppkt 11-13 uwzględniając warunki lokalne, Wykonawca zaproponuje sposób instalacji Urządzeń zachowując warunki funkcjonalne właściwe dla Obiektu Radiokomunikacyjnego w zakresie zasilania, teletransmisji, monitorowania Systemu Towarzyszącego oraz zabezpieczenia obiektu. Rozwiązanie podlega ocenie i akceptacji Zamawiającego i Inżyniera. W każdym takim przypadku zapewnienie wykonania Systemów Towarzyszącego i Budowlanego (w szczególności powierzchni lub pomieszczeń do zabudowy Urządzeń, zapewnienia zasilania, klimatyzacji i transmisji itp.) jest realizowane przez Wykonawcę, na jego koszt. Natomiast rozdział 11.1 pkt 2 ppkt 11 dotyczy zapewnienia pokrycia radiowego na obszarze podziemnych dworców kolejowych Warszawa Centralna, Warszawa Śródmieście, Kraków Główny oraz Łódź Fabryczna, gdzie Zamawiający dopuścił wykorzystanie istniejących instalacji antenowych Zamawiającego, pod warunkiem, iż Urządzenia GSM-R nie będą miały negatywnego wpływu na już funkcjonujące tam urządzenia radiolączności. Ppkt 12 dotyczy natomiast zapewnienia pokrycia radiowego dla tuneli kolejowych, które należy wykonać z wykorzystaniem technologii ciekącego kabla oraz ppkt 13) dotyczący pokrycia radiowego w obiektach kolejowych, Zamawiający wskazał, że w przypadku konieczności instalacji dodatkowych BTS dla pokrycia wskazanych w tym podpunkcie budynków, Zamawiający może dopuścić wykorzystanie dodatkowych BTS w rozwiązaniu wewnętrznym (indoor).

Wobec powyższego, uzasadnione jest twierdzenie, że jeśli Zamawiający dopuścił w przypadkach wskazanych w OPZ (opisanych powyżej) zapewnienie pokrycia radiowego przez tzw. urządzenia dedykowane, a wykonawca zdecydował się z takiej możliwości skorzystać, to musi to rzutować na zaoferowaną liczbę OR. Przyjęcie przez wykonawców biorących udział w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia odmiennych rozwiązań w zakresie pokrycia radiowego, może być jednym z powodów rozbieżności w zaoferowanych ilościach OR. Jest bowiem wysoce prawdopodobne, że oferty Przystępującego i Odwołującego mogą istotnie różnić się pod względem zastosowanych rozwiązań technologicznych w celu zapewnienia pokrycia radiowego, przy jednoczesnym zachowaniu zgodności treści złożonych ofert z treścią SIWZ. Okoliczność ta została podniesiona przez Zamawiającego w czasie rozprawy i w ocenie Izby zasługuje na uwzględnienie.

Z powyższych względów zarzut podlegał oddaleniu.

W odniesieniu do zarzutu wskazanego w pkt 1 lit. h odwołania Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Jak wynika ze wzoru formularza Rozbicia Ceny Ofertowej (RCO), formularz ten składał się z następujących kolumn: „cena za szt. [PLN netto]” – kolumna ta w zależności od pozycji, dzieliła się na kilka innych kolumn, „ilość szt.”, „cena [PLN netto]” oraz „uwagi”, gdzie Zamawiający podał: „cena = cena za szt. x ilość szt.”.

Okolicznością bezsporną jest, że Przystępujący wypełniając załączony do oferty formularz RCO, w kilku pozycjach, w kolumnach dotyczących „cena za szt. [PLN netto]” podał wartości, które po zsumowaniu dały kwotę wskazaną w pozycji „cena [PLN netto]”, a jednocześnie wartość w kolumnie „ilość szt.” była większa niż 1.

Jednak w ocenie Izby, mając na uwadze okoliczność, że cena oferty ma charakter ryczałtowy, cena jednostkowa może być obliczona przez wykonanie działania arytmetycznego polegającego na podzieleniu ceny wskazanej w poz. „cena” przez „ilość sztuk”. Punktem odniesienia powinna być więc cena ryczałtowa wskazana w ofercie.

Z tych względów zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu z pkt 1 lit. i odwołania Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Okolicznością bezsporną jest, że prace w zakresie linii 35 i 104 zostały ujęte w ofercie Przystępującego w załączniku „Podział linii kolejowych na Etapy ilościowe”. Przyznał to sam Odwołujący w swoim odwołaniu, a także Zamawiający podczas rozprawy, wskazując Izbie właściwe strony w ofercie Przystępującego. Spór dotyczył zatem nieuwjęcia prac związanych z tymi liniami w odrębnej pozycji w RCO.

Izba w oparciu o analizę postanowienia 11.3. IDW doszła do przekonania, że okoliczność nie wyspecyfikowania spornych prac w oddzielnej pozycji RCO nie czyni oferty Przystępującego niezgodnej z treścią SIWZ. Pkt 11.3. IDW stanowi wprost, że w przypadku wstawienia przez Wykonawcę w jakikolwiek pozycji cyfry „0” lub w ogóle jej niewypełnienie, pozycje takie będą uznane za włączone do innych pozycji wypełnionego RCO. Skoro więc Przystępujący nie ujął dedykowanej pozycji w swoim RCO dotyczącej spornych linii, przy jednoczesnym ujęciu ich w treści oferty, to w ocenie Izby Zamawiający prawidłowo przyjął, że zostały one wycenione w cenie oferty. Zwrócić uwagę należy na okoliczność, iż sam Zamawiający za takie „uchybieństwo” nie przewidział sankcji odrzucenia oferty jako niezgodnej z SIWZ. Jest wręcz przeciwnie – Zamawiający opisał sposób postępowania w takiej sytuacji, tj. uznanie, że pozycje takie są włączone do innych pozycji wypełnionego RCO.

W tym stanie rzeczy brak jest podstaw, aby zakwalifikować zaistniałą w ofercie Przystępującego sytuację jako niezgodność treści oferty z treścią SIWZ Tym samym zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutów z pkt 1 lit. j i z pkt 4 odwołania Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadził procedurę wyjaśniającą w zakresie wyceny Urządzeń i Systemów zarówno z Odwołującym, jak i Przystępującym. Wykonawcy udzielili Zamawiającemu podobnych wyjaśnień. Ponadto Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 14 listopada 2017 r., odnosząc się do przedmiotowego zarzutu wyjaśnił, że dworce zostały wliczone w cenę wszystkich OR i w planowanie wstępne, natomiast tunele zostały włączone do kosztów najbliższych OR. Przystępujący wyjaśnił też, dlaczego ceny OR nie są zróżnicowane.

W ocenie składu orzekającego stanowisko Przystępującego wyrażone w piśmie z dnia 14 listopada 2017 r. nie jest sprzeczne z wyjaśnieniami udzielonymi Zamawiającemu pismem z dnia 17 października 2017 r. lecz stanowi uszczegółowienie tego co zostało wyjaśnione w piśmie z dnia 17 października 2017 r. Tym samym Przystępujący nie zmienił swoich wyjaśnień, ale po prostu je doprecyzował. Jedynie na marginesie zaznaczyć należy, że zdaniem Izby, wyjaśnienia z dnia 17 października 2017 r. w niewystarczający sposób odnosiły się do kwestii dworców, a Przystępujący tak naprawdę wtedy wyjaśnił tylko kwestię tuneli. Zamawiający w celu uzyskania pełniejszych informacji powinien był kontynuować procedurę wyjaśniającą z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Wobec powyższego skład orzekający doszedł do przekonania, że zarzuty nie znalazły potwierdzenia.

W zakresie zarzutów z pkt 2 lit. b i pkt 3 odwołania Izba ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności należy mieć na uwadze, że przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte w dniu 26 września 2015 r. zatem zastosowanie ma przepis art. 90 ustawy Pzp w brzmieniu sprzed nowelizacji wprowadzonej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw. Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp na dzień wszczęcia postępowania miał następujące brzmienie: „Jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie: (...)”.

Okolicznością bezsporną jest, że próg 30% obligujący Zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej w zakresie rażąco niskiej ceny nie został przekroczony. Oś sporu w przypadku rozpoznawanego zarzutu koncentruje się wokół kwestii, czy w okolicznościach przedmiotowej sprawy cena za sporny zakres prac powinna wydawać się rażąco niska i czy

Zamawiający powinien być mieć wątpliwości co do możliwości wykonania tej części prac za zaoferowaną cenę. Odwołujący przedstawił szereg dowodów, z których wywodził, że takie wątpliwości Zamawiający powinien być powziąć i w konsekwencji był zobowiązany do przeprowadzenia procedury z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Do odwołania załączono m.in. załącznik nr 19 stanowiący kalkulację sporządzoną w oparciu o oferty podwykonawców, z którego to załącznika wynika, że średnia cena uzyskanych ofert opiewa na kwotę 84.000 zł za 1 km. Cena ta nie obejmuje dodatkowych kosztów, tj. kosztów nadzoru, ubezpieczenia, finansowania zamówienia, gwarancji, ryzyka związanego ze wzrostem cen. Zgodnie z twierdzeniem Odwołującego wliczenie tych kosztów spowoduje podwyższenie średniej ceny z 84.000 zł za 1 km do kwoty 104.000 zł za 1 km. Z załącznika nr 21 do odwołania, stanowiącego dodatkową kalkulację sporządzoną w oparciu o KNR, o stawki minimalne, wynika cena 71.000 zł netto za 1 km, cena ta nie uwzględnia wyżej wymienionych elementów. Dodatkowo, Odwołujący przedstawił opinię własnych ekspertów – biegłych sądowych, zawierającą analizę kilku wariantów wyceny, różniących się między sobą stawkami wynagrodzeń oraz uwzględniającymi lub pomijającymi prognozowane zmiany cen. Ekspertcy posługiwali się przy tym stawkami ustalonymi przez SEKOCENBUD dla III kwartału 2017 r. lub 2018 r., uznając za wiążące stawki minimalne, a stawki średnie podając w celach porównawczych. Za miarodajny dla specyfiki przedmiotowego zamówienia eksperci uznali wariant, w którym cena minimalna, za która możliwe jest wykonanie prac związanych z budową 1 km rurociągu kabla optotelekomunikacyjnego (kabel OTK) z osprzętem, wynosi 78.900,76 zł netto. Zatem cena zaoferowana przez Przystępującego w wysokości 66.050 zł netto jest niższa o 12.850 zł netto od tej kwoty, tj. o ok 17%. Zdaniem ekspertów nie jest możliwe wobec tego prawidłowe wykonanie prac w zakresie położenia rurociągu kablowego i kabla OTK za cenę zaoferowaną przez Przystępującego.

Ponadto Odwołujący wniósł o powołanie biegłego z dziedziny kosztorysowania na okoliczność:

a) ustalenia minimalnej ceny realnej (tj. pokrywającej wszystkie koszty i wymagania określone przez Zamawiającego w SIWZ), za którą możliwe jest wykonanie prac związanych z położeniem 1 kilometra rurociągu kablowego wraz ze studniami i zasobnikami oraz 1 kilometra kabla optotelekomunikacyjnego (OTK) z osprzętem przy uwzględnieniu zakresu tych prac (położenie około 11 500 km rurociągu i okablowania na terenach w ramach umowy objętej przedmiotowym zamówieniem,

b) ustalenia, czy możliwe jest wykonanie prac związanych z położeniem 1 kilometra rurociągu kablowego wraz ze studniami i zasobnikami oraz 1 kilometra kabla optotelekomunikacyjnego (OTK) z osprzętem przy uwzględnieniu zakresu tych prac (położenie około 11 500 km rurociągu i okablowania na terenach kolejowych) oraz wszystkich kosztów i

wymagań określonych przez Zamawiającego w SIWZ w ramach umowy objętej przedmiotowym zamówieniem za cenę wynoszącą 66 050 zł netto.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał wniosek o biegłego i wskazał, że biegły miałby ustalić realną minimalną cenę, za którą możliwe będzie wykonanie zamówienia zgodnie z wymogami Zamawiającego. Ponadto biegły miałby ustalić, czy cena zaoferowana przez Przystępującego jest realna i czy istniały obiektywne przesłanki do podejrzenia, czy zachodzi rażąco niska cena.

Zamawiający odnosząc się do stanowiska Odwołującego wskazał, że załącznik nr 19 do odwołania został sporządzony w oparciu o próbkę 9 ofert pozyskanych przez Odwołującego, które obrazują jedynie możliwości Odwołującego w tym zakresie. Zamawiający powołał się na swoje doświadczenie z realizacji poprzednich postępowań, w których realizowane były podobne roboty wobec czego ma rozeznanie jak układają się stosunki między generalnym wykonawcą i może stwierdzić, że cena 66.000 zł nie odbiega od cen funkcjonujących w obrocie dla tego rodzaju robót. Ponadto w ocenie Zamawiającego struktura korzystania z podwykonawców różni się u Odwołującego i Przystępującego, na co wskazuje chociażby okoliczność, że niegdyś dalszy podwykonawca jest teraz członkiem konsorcjum Przystępującego, co zdaniem Zamawiającego pozwoliło Przystępującemu obniżyć cenę. Ponadto Zamawiający wskazał, że czynniki kosztotwórcze z kosztorysu Odwołującego są na wyrost, gdyż na etapie składania ofert nie ma projektu i dane, na jakie powołuje się Odwołujący są tylko jego założeniami.

Przystępujący podniósł okoliczność, iż jest głównym wykonawcą w projekcie Polska Cyfrowa, gdzie ma podpisane umowy z podwykonawcami na kwoty jeszcze niższe niż w przedmiotowym postępowaniu, a w razie zaistnienia takiej konieczności podwykonawcy ci udzielią Przystępującemu odpowiedniego wsparcia również przy realizacji przedmiotu zamówienia będącego przedmiotem tego postępowania. Przystępujący wyjaśnił, że projekt Polska Cyfrowa jest projektem o 4 razy większej skali niż przedmiotowe postępowanie i w ramach jego realizacji będzie kupować materiały potrzebne również do realizacji tego zamówienia, ponieważ są one bardzo podobne, a to pozwoli mu na uzyskanie bardzo dużych rabatów. Ponadto Przystępujący wskazał, że ma w swojej strukturze spółkę IRIS z siedzibą w Łodzi zatrudniającą osoby z kompetencjami do projektowania i budowania sieci światłowodowych, zatem ma też własne zasoby. Przystępujący zwrócił też uwagę, że ceny z SEKOCENBUD nie uwzględniają rabatów, stąd w jego ocenie wątpliwe, że informacje na temat cen Sekocenbud są wiarygodne i realne.

Skład orzekający mając na uwadze argumentację zaprezentowaną przez strony i uczestnika postępowania doszedł do przekonania, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Rzeczywiście ma miejsce sytuacja, którą wskazał Odwołujący, że niewiele brakuje do

osiągnięcia progu 30 %, jednak w ocenie Izby nie może to być jedyną przesłanką świadcząca o tym, że Zamawiający powinien mieć uzasadnione wątpliwości i w konsekwencji jego obowiązkiem było wszcząć procedurę wyjaśniającą, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że w ocenie Izby Zamawiający zaprezentował przekonujące wyjaśnienia, że takich wątpliwości nie miał, powołując się na swoje doświadczenie z realizacji innych postępowań. Skład orzekający nie podziela tym samym prezentowanego przez Odwołującego w toku rozprawy stanowiska, zgodnie z którym nie chodzi o stan wiedzy Zamawiającego, a obiektywne przesłanki, których wystąpienie powinno decydować o obowiązku wszczęcia procedury z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Izba stoi tym samym na stanowisku, że Zamawiający, stosownie do treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jest obowiązany żądać od wykonawcy udzielenia wyjaśnień zawsze, gdy poweźmie wątpliwości co do zaoferowanej ceny pod względem jej rażącego zaniżenia. Należy mieć na uwadze, że w omawianym przepisie użyto zwrotów takich jak „wydaje się” i „budzą wątpliwości zamawiającego”, które to zwroty wskazują na wrażenie zamawiającego charakteryzujące się dużym stopniem subiektywności. W tym zakresie brak w ustawie przesłanek uzasadniających konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. W ocenie składu orzekającego zamawiający może więc powziąć wątpliwości w oparciu o szereg czynników, w tym doświadczenie nabyte przy realizacji tego rodzaju zamówień, a także w oparciu o znajomość cen obowiązujących na rynku. Stąd też Izba rozpoznając przedmiotowy zarzut wzięła pod uwagę stanowisko Zamawiającego prezentowane przez niego w toku postępowania odwoławczego, w którym argumentował on dlaczego nie miał wątpliwości co do ceny zaoferowanej przez Przystępującego. Zamawiający w sposób wiarygodny wyjaśnił dlaczego uznał sporną cenę zaoferowaną przez Przystępującego za niebudzącą wątpliwości Zamawiającego i poparł swoje stanowisko stosownymi dowodami.

Ponadto Izba pozytywnie rozpoznała również okoliczności wskazane przez Przystępującego oraz złożone przez niego dowody. Przede wszystkim Przystępujący przedstawił oferty podwykonawców w świetle których średnia cena za wykonanie kabla OTK zaoferowana przez niego w przedmiotowym postępowaniu wydaje się być ustalona na wiarygodnym poziomie. Z uwagi na okoliczność, iż dowody te są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, nie jest możliwe przytoczenie dokładnych danych z nich wynikających w uzasadnieniu. Niemniej jednak w ocenie składu orzekającego Przystępujący sprostął obowiązkowi wynikającemu z art. 190 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp. Izba uznając zarzut za niezasadny miała również na uwadze m.in. szczególną sytuację Przystępującego tj. zaangażowanie w projekt Polska Cyfrowa, która stawia go w korzystnej pozycji jeśli chodzi o pozyskiwanie ofert podwykonawców.

Odnosząc się do wniosku o powołanie biegłego wskazać należy, co następuje.

W ocenie Izby uwzględnienie tego wniosku – mając w szczególności na uwadze sformułowaną przez Odwołującego tezę dowodową – prowadziłyby w istocie do obejścia procedury, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp z następujących powodów. Po pierwsze, jak wskazano powyżej, ocena czy cena budzi wątpliwości i wydaje się rażąco niska jest subiektywną oceną zamawiającego, której jest on uprawniony dokonać w oparciu o posiadane doświadczenie. Stąd też powołanie biegłego, który miałby stwierdzić, czy wystąpiły obiektywne okoliczności do powzięcia takich wątpliwości prowadziłyby do pominięcia w tym zakresie oceny dokonanej przez zamawiającego. Ewentualnie biegły musiałby ocenić, czy ocena dokonana przez zamawiającego była prawidłowa (uwzględniając dane i wiedzę, jakimi dysponował Zamawiający). Zdaniem Izby nie taki jest cel przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego, który to dowód jest powoływany przede wszystkim, gdy istnieje potrzeba uzyskania wiadomości specjalnych. Następnie wskazać należy, że wniosek podlegał oddaleniu z uwagi na okoliczność, iż zgodnie z tezą dowodową biegły miałby ustalić cenę za którą możliwe jest wykonanie spornego zakresu zamówienia oraz ocenić, czy cena zaoferowana przez Przystępującego jest realna (czy możliwe jest wykonanie za nią spornego zakresu prac). Tak sformułowana teza również w ocenie składu orzekającego prowadziłyby do obejścia procedury z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Biegły miałby tak naprawdę wyręczyć Zamawiającego w dokonaniu oceny ceny zaoferowanej przez Przystępującego. Ponadto prowadziłyby to do zamknięcia drogi Przystępującemu do ewentualnej obrony swojej oferty, gdyż ocena zostałaby dokonana bez jego udziału. Natomiast istotą procedury, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jest możliwość wyjaśnienia przez wykonawcę okoliczności wpływających na zaoferowanie takiej a nie innej ceny. Wreszcie wskazać należy, że dokonanie oceny przedmiotowej kwestii nie wymaga wiadomości specjalnych, gdyż rozpoznanie zarzutu jest możliwe w oparciu o przedstawione w toku rozprawy dowody i stanowiska stron i uczestnika postępowania. Jednocześnie Izba nie podziela stanowiska prezentowanego przez Odwołującego, zgodnie z którym Przystępujący w toku rozprawy nie jest uprawniony do przedstawiania dowodów na okoliczność, iż zaoferowana przez niego cena za realizację kabla OTK nie jest rażąco niska, ponieważ takie dowody powinny być przedstawione Zamawiającemu w toku procedury z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby jest wręcz przeciwnie, wskazać bowiem należy że obowiązek Przystępującego dowodzenia w tym zakresie wynika wprost z art. 190 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp.

Wobec powyższego zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny za wykonanie prac związanych z położeniem kabla OTK Izba uznała za niezasadny. Tym samym nie potwierdził się też zarzut wskazany w pkt 3 odwołania. Jedynie na marginesie wskazać należy, że Odwołujący nie zaskarżył braku podziału przedmiotowego zamówienia na części. Skoro więc

postępowanie jest prowadzone na całość przedmiotu zamówienia, to nieuchronnie prowadzi to do sytuacji, w której zwycięzca postępowania wyeliminuje tym samym konkurenta z rynku.

Ponadto wskazać należy, że o czynie nieuczciwej konkurencji nie może, w ocenie Izby, przesądzać wolumen zamówienia.

Reasumując, skoro zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny nie potwierdził się, brak podstaw do stwierdzenia, że zachodzi czyn nieuczciwej konkurencji.

W zakresie zarzutu z pkt 2 lit. a odwołania Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Zarzut dotyczący sztucznego zawyżenie cen wykonania prac w Obiektach OC1 i OC2, planowanych przez Zamawiającego do wykonania w Etapie I, celem zyskania wcześniejszej zapłaty wyższej kwoty części wynagrodzenia, nieadekwatnej do realnych kosztów wykonania tego zakresu rzeczowego również w ocenie Izby nie zasługuje na uwzględnienie.

Przystępujący wyjaśnił skąd takie różnice między ofertą Przystępującego i Odwołującego w wycenie spornych pozycji, tj. że chodzi o koszt dostarczonych licencji i oprogramowania. Z uwagi na brak konkretnych wymagań Zamawiającego dotyczących miejsca wyceny tych kosztów, Izba uznała, że wykonawcy mieli dowolność w tym zakresie. Skoro więc Przystępujący koszt ten wliczył do spornej pozycji, to w ocenie Izby, mógł to zrobić. Jedynie na marginesie wskazać należy, że jeśli zawyżenie ceny jest związane z dostarczeniem licencji i oprogramowania, to został spełniony warunek pozostawiania kwoty wskazanej za tę pozycję w odpowiednim stosunku do kosztu wykonania robót, o którym mowa w pkt 1 RCO.

Skład orzekający wskazuje ponadto, że nie rozpoznał następujących zarzutów zgłoszonych w toku rozprawy, a dotyczących:

- przyjęcia przez Przystępującego błędnych lokalizacji obiektów OSZ (vide: pismo procesowe Odwołującego z dnia 27.11.2017 r. pkt 36);
- nieuwzględnienia redundancji i domknięcia pętli, zgodnie z opracowaną przez Zamawiającego instrukcją Ie – 108 (vide: pismo procesowe Odwołującego z dnia 27.11.2017 r. pkt 41);
- lokowania przez Przystępującego OR na działkach prywatnych (vide: protokół rozprawy z dnia 12.12.2017 r. str. 5),

uznając ich zgłoszenie za próbę niedozwolonego rozszerzenia zarzutów odwołania.

Izba wskazuje, że w ramach środków ochrony prawnej kontrola poprawności działania Zamawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań) pod względem zgodności z przepisami ustawy następuje jedynie w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania. Zakres rozstrzygnięcia, zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, wyznacza treść odwołania, tj. kwestionowana w nim czynność, oraz przede

wszystkim podniesione zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Stosownie do treści art. 180 ust. 3 ustawy (analogicznie stanowi § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań), odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Zatem treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum), a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez Odwołującego argumentacji. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez Odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się do postulowanej oceny. Oznacza to, że odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń. O treści zarzutu decyduje przytoczona podstawa faktyczna oraz wskazane przez odwołującego okoliczności. Podkreślenia wymaga, że orzecznictwo sądów powszechnych, jak również Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. W ocenie składu orzekającego przedstawienie w toku postępowania odwoławczego powyższych okoliczności faktycznych wraz z argumentacją nie może być postrzegane jako uzupełnienie postawionych w odwołaniu zarzutów, ponieważ nie prowadzi ono do dowodzenia czegoś co już zostało wskazane w odwołaniu, lecz do wykazania faktów, które na moment złożenia odwołania nie były podane. Uznanie argumentacji zawartej w pismach procesowych złożonych przez Odwołującego i jego argumentacji prowadziłoby do przywrócenia Odwołującemu terminu na przedstawienie dodatkowych, nowych zarzutów, co jest niedopuszczalne w świetle obowiązujących przepisów, bowiem termin na wniesienie odwołania nie podlega przywróceniu.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....

.....