

Sygn. akt: KIO 1864/15

WYROK

z dnia 10 września 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 września 2015 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 sierpnia 2015 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz Skanska SK a.s. z siedzibą w Bratysławie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy Zakład Robót Komunalnych – DOM w Poznaniu Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz Skanska SK a.s. z siedzibą w Bratysławie i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz Skanska SK a.s. z siedzibą w Bratysławie tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz Skanska SK a.s. z siedzibą w Bratysławie na rzecz Zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą

w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione z tytułu zastępstwa prawnego.

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie *Wykonanie wymiany nawierzchni kolejowej torów nr 112 na odcinku Głogów - Bytom Odrzański wraz z robotami towarzyszącymi w ramach zadania inwestycyjnego pod nazwą: Modernizacja linii kolejowej nr 273 na odcinku Głogów - Zielona Góra - Rzepin - Dolna Odra.*

Postępowanie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2015/S 105-190019.

27 sierpnia 2015 roku Odwołujący działając w trybie art. 180 ust 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) wniósł odwołanie wobec wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę Zakład Robót Komunikacyjnych - DOM w Poznaniu Sp. z o.o. (dalej jako „ZRK-DOM”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt. 2) ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, pomimo iż jego oferta jest niezgodna ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SWIZ);
- 2) art. 89 ust. 1 pkt. 3) ustawy w zw. z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. Dz. U. z 2003r. nr 153 poz. 1503, ze zm.) przez zaniechanie odrzucenia oferty ZRK-DOM mimo, iż sposób skalkulowania przez tego Wykonawcę oferty wskazuje na czyn nieuczciwej konkurencji polegający na skalkulowaniu ceny ofertowej w sposób naruszający dobre obyczaje i interes Zamawiającego oraz w sposób utrudniający dostęp innym wykonawcom do rynku;

ewentualnie
- 3) art. 87 ust. 1 ustawy przez brak wezwania do wyjaśnienia treści oferty Wykonawcy, pomimo, iż z oferty tego Wykonawcy w oczywisty sposób wynika, iż zaoferowana w pozycji 2.4 Rozbicia Ceny Ofertowej cena, nie pokrywa kosztów zakupu urządzeń

i wykonania robót tam przewidzianych.

Naruszenie powyżej wskazanych przepisów stanowi również naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy ZRK-DOM, jako najkorzystniejszej,
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności przywołanych w niniejszym piśmie,
- odrzucenie oferty Wykonawcy ZRK-DOM,
- ewentualnie uprzedniego wezwania Wykonawcy ZRK-DOM do udzielenia wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy.

Odwołujący wskazał, że z dokonanej analizy ofert wszystkich Wykonawców, wynika, iż poziom cen w ofercie Wykonawcy, znajdującego się rankingu cenowym ofert przed Odwołującym, wskazuje na zaoferowanie Zamawiającemu wykonania zamówienia niezgodnie z wymogami SIWZ. W związku z powyższym Zamawiający winien zbadać treść tej oferty z uwzględnieniem argumentacji przywołanej w odwołaniu i dokonać prawidłowego rozstrzygnięcia postępowania poprzez wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Na skutek naruszenia przez Zamawiającego wskazanych wyżej przepisów ustawy doszło do naruszenia interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz naraziło na szkodę w postaci utraty korzyści związanych z realizacją zamówienia.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

I.

W postępowaniu złożono 15 ofert, jako najkorzystniejszą ofertę Zamawiający wybrał ofertę Wykonawcy ZRK-DOM. W dalszej kolejności największą ilość punktów otrzymała oferta Odwołującego. Jako kryterium oceny ofert w 70% Zamawiający przyjął cenę, drugim kryterium oceny ofert było skrócenie terminu realizacji przedmiotu zamówienia zaś trzecim okres gwarancji.

Lp.	Nazwa Wykonawcy	Kwota netto	Kwota brutto	Termin wykonania	Okres gwarancji
-----	-----------------	-------------	--------------	------------------	-----------------

1.	ZRK DOM Poznań	38 350 000,00 zł	47 170 500, 00 zł	- 61 dni	84 mies.
2.	Konsorc. SKANSKA	39 017 023,05 zł	47 990 938, 35 zł	- 61 dni	84 mies.
3.	VIAS & ELEKTREN	40 150 000,00 zł	49 384 500, 00 zł	- 61 dni	84 mies.
4.	STRABAG & STRABAG RAIL	40 932 328,46 zł	50 346 764, 00 zł	-61 dni	84 mies.
5.	OHL & OHLZS	41 475 170,73 zł	51014 460, 00 zł	-61 dni	84 mies.
6.	PORR	41 700 000,00 zł	51 291 000, 00 zł	- 61 dni	84 mies.
7.	SVIETELSKY	41 964 000,00 zł	51615 720, 00 zł	-61 dni	84 mies.
8.	TRAKCJA PRKiil	42 477 890,89 zł	52 247 805, 79 zł	- 61 dni	60 mies.
9.	TRACK	42 988 888,88 zł	52 876 333, 32 zł	-61 dni	84 mies.
10.	DOŁKOM	43 492 967,24 zł	53 496 349, 70 zł	-61 dni	84 mies.
11.	INFRALESIA	44 488 047,31 zł	54 720 298,19 zł	- 61 dni	84 mies.
12.	TORPOL	44 834 388,36 zł	55 146 297, 68 zł	-61 dni	72 mies.
13.	ZUE S.A.	45 051 189,88 zł	55 412 963, 55 zł	- 61 dni	84 mies.
14.	POLTORES Warszawa	46 990 600,00 zł	57 798 438, 00 zł	- 61 dni	60 mies.
15.	ETF POLSKA & ETF SAS	53 591 871,23 zł	65 918 001, 61 zł	-61 dni	84 mies.

Zgodnie z Instrukcją dla Wykonawców w punkcie dotyczącym opisu sposobu obliczenia ceny Zamawiający wskazywał, iż podana w ofercie cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie wymagania SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie Wykonawca z tytułu terminowego i prawidłowego wykonania całości przedmiotu Zamówienia. Wykonawca, zgodnie z postanowieniami tego punktu był zobowiązany dostarczyć wypełnione Rozbicie ceny ofertowej wraz z wycenionymi wszystkimi pozycjami w nim zawartymi. Na zawartość oferty miały składać się „Formularz Ofertowy” - sporządzony zgodnie ze wzorem zawartym w Załączniku Nr 1 do IDW oraz wypełnione „Rozbicie Ceny Ofertowej (RCO)” oraz „Przedmiary Robót”- stanowiące załączniki do Tomu III OPZ.

Wartości w pozycjach składających się na RCO miały mieć charakter ryczałtowy, co wynikało z zasad rozliczania prac przewidzianych w RCO, jak również z odpowiedzi Zamawiającego na zadawane w tej kwestii pytania: Zestaw pytań i odpowiedzi nr 13 z dnia 01.07.2015 - pytanie nr 33 oraz Zestaw pytań i odpowiedzi nr 15 z dnia 03.07.2015 - pytanie nr 1.

Jednym z elementów RCO była pozycja 2.4 dotycząca robót na peronach nie objętych załączoną do OPZ dokumentacją projektową zgodnie z OPZ w punkcie 1.5.2.2.2 .

Z opisu przedmiotu Zamówienia (Tom III OPZ str. 8-10) wynikało, iż w zakresie pozycji 2.4. RCO - (odsyłającej do punktu 1.5.2.2.2. t. III OPZ) należało, w związku z niedostosowaniem projektu wykonawczego do obecnych wymagań dotyczących wytycznych PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w zakresie infrastruktury pasażerskiej zabudować kanalizację kablowa,

system megafonowy i system telewizji użytkowej na 5 peronach (w sumie) [przystanek osobowy (p.o.) Huta Głogów - 2 perony, w p.p. Brzeg Głogowski - 2 perony i w p.o. Czerna - 1 peron.]

Na poszczególne zakresy wchodziły następujące elementy:

- a) System megafonowy - należy zaprojektować i zabudować linie głośnikowe wraz z głośnikami, instalację wewnętrzną, wzmacniacze, pulpity mikrofonowe i zegary. W nowo zabudowanych urządzeniach należy przewidzieć możliwość automatycznej zapowiedzi ruchu pociągów (syntezator mowy),
- b) System telewizji użytkowej - na peronach i przy dojściach do nich należy zaprojektować i zabudować telewizję użytkową (min.8 szt. kamer) umożliwiającą obserwację całego obszaru peronów w dzień i w nocy. Personel techniczny musi posiadać możliwość odczytu i zgrania na nośnik elektroniczny zarchiwizowanego obrazu w rozdzielczości minimum 1024x768 (min.10 dni), w tym celu należy wyposażyć użytkownika w laptop z odpowiednim oprogramowaniem (wraz z bezterminową licencją na ich użytkowanie w warunkach biznesowych, o ile jest wymagana),
- c) Kanalizacja kablowa - należy zaprojektować i wykonać nową wielootworową kanalizację kablową z rur o średnicy 100mm ułożonych równolegle do krawędzi peronu, łącznie ze studniami kablowymi. Przełożyć istniejące kable zakopane w peronie, do nowej kanalizacji kablowej. Ilość otworów/rur dostosować do rzeczywistych potrzeb + 2 rury dodatkowe jako rezerwa. Lokalizacja studni powinna uwzględniać ułożenie kabli dla SDIP.

Precyzując bardziej szczegółowo należy wskazać, iż w ramach punktu 2.4 RCO należało wycenić:

- 1) dostawę i montaż nowych głośników na elementach wsporczych,
- 2) okablowanie głośników (linie głośnikowe kablowe razem z instalacjami wewnętrznymi w pomieszczeniach),
- 3) dostawę i montaż wzmacniaczy, pulpity mikrofonowych oraz serwera zapowiedzi (również automatycznych),
- 4) dostawę, montaż i uruchomienie nowych zegarów peronowych wraz z ich sterowaniem (tzw. translacja zegarowa) oraz ich zasilaniem,
- 5) okablowanie zegarów tj. montaż linii sygnałowych kablowych oraz linii zasilania prądowego zegarów razem z instalacjami wewnętrznymi w pomieszczeniach,
- 6) dostawę i montaż na elementach wsporczych nowych kamer do obserwacji tak w dzień jak i w nocy (dostawa i montaż na elementach wsporczych - monitory podglądu obrazu)
- 7) dla obserwacji i zgrania przez personel - dostawę min. 1 laptopa w ramach rejestracji obrazu wszystkich kamer i ich archiwizacji oraz możliwości zgrania obrazu na nośnik

elektroniczny,

- 8) dostawę i montaż serwerów sterujących dla obsługi wraz z koniecznym oprogramowaniem, zastosowane oprogramowania powinny posiadać stosowną licencję na użytkowanie, przekazywaną wraz z urządzeniami Zamawiającemu do dalszej eksploatacji,
- 9) okablowanie sygnałowe oraz ewentualne okablowanie prądowe wykorzystywane do doświetleń, np. za pomocą promienników podczerwieni pracujących w warunkach nocnych, montaż i uruchomienie, szkolenie personelu,
- 10) zabudowanie nowych studni kablowych z nakrywami i dodatkowym zabezpieczeniem anty kradzieżowym dopasowanych do profilu kanalizacji wielootworowej z dwiema niezajętymi (wolnymi, rezerwowymi) rurami. Kanalizacja powinna zostać wykonana z rury fi 110 mm zgodnie z innymi wymaganiami zabudowy infrastruktury na terenach kolejowych (głębokość ułożenia rur, właściwości rur - twardość, sztywność, palność itp). Na podstawie warunków Zamawiającego i wiedzy technicznej przyjęto kanalizację 4 otworową.

Reasumując należy zabudować m.in. 35 sztuk głośników, 10 zegarów, prawie 3 km okablowania oraz po jednej sztuce sprzętu elektronicznego (serwer, pulpit, wzmacniacz,) dla każdej ze stacji (po 3 sztuki w sumie), 40 kamer. Ponadto do obsługi systemu należy dostarczyć laptop (jeden dla całości realizowanego zamówienia).

Z analizy wszystkich ofert złożonych w postępowaniu i prostego porównania cen w zakresie pozycji 2.4. RCO wynika, iż Wykonawca ZRK DOM nie wycenił zakresu prac oczekiwanych przez Zamawiającego zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia w pkt 1.5.2.2.2.

Zestawienie cen wszystkich ofert dla pozycji 2.4 RCO

Lp-	Nazwa Wykonawcy	Roboty na peronach nie objętych dokumentacją zgodnie z punktem nr 1.5.2.2.2 OPZ - Ceny poszczególnych Wykonawców w złotych, kwoty netto
1.	ZRK DOM Poznań	14 698,05
2.	Konsorcjum Skanska	1 115 384,62
3.	VIAS & ELEKTREN	1 051 003,98
4.	STRABAG & STRABAG RAIL	821 000,00
5.	OHL & OHLŽS	1 061400,00
6.	PORR	1 029 151,43
7.	SVIETELSKY	946 134,00
8.	TRAKGA PRKił	821 000,00
9.	TRACK TEC&INFRAKOL	1 061 000,00
10.	DOŁKOM	950 000,00
11.	INFRASI LESIA	1 061400,00
12.	TORPOL	1190 000,00
13.	ZUE S.A.	1 190 000,00
14.	POLTORES Warszawa	718 003,26
15.	ETF POLSKA & ETF SAS	1 061400,00
	<i>średnia arytmetyczna cena pozycji wszystkich ofert (bez ZRK DOM)</i>	1 005 491,24

Kwota zaoferowana przez Wykonawcę ZRK DOM za wykonanie pozycji 2.4. RCO nie jest kwotą wystarczającą na zakup choćby części elementów nie wspominając o pracy ludzkiej niezbędnej do zamontowania, skalibrowania i uruchomienia systemu.

Skalibrowanie oraz uruchomienie wykonywane jest przez wykwalifikowanych monterów, których stawka za roboczogodzinę jest wyższa, niż standardowego pracownika produkcyjnego. ZRK DOM z racji profilu swojej działalności nie dysponuje ww. wykwalifikowanymi pracownikami. Do montażu takiego osprzętu zatrudnia się firmy zewnętrzne specjalizujące się w takich robotach z zakresu teletechniki (np. KZŁ Bydgoszcz, będące również dostawcą niektórych elementów, ATE, PROTEL, KZA Katowice, KZA Kraków).

kamery stało pozycyjne (podana ilość minimalna po 8 szt. na peron, 5 peronów, co daje w sumie 40szt kamer)	Bezpośrednio wynikające z zapisów IDW	IDW - Opis Przedmiotu Zamówienia / TOM III punkt 1.5.2.2.2.b
laptop (minimum 1 szt)		IDW - Opis Przedmiotu Zamówienia/TOM III punkt 1.5.2.2.2.b

wzmacniacze (minimum 1, w kontrakcie są 3 odrębne nie połączone kablem transmisyjnym stacje, co daje w sumie 3 wzmacniacze). Taki kabel transmisyjny nie jest objęty niniejszym zamówieniem i jego ewentualna zabudowa musi być przedmiotem robót dodatkowych	Pośrednio wynikające z zapisów IDW	IDW - Opis Przedmiotu Zamówienia/TOM III punkt 1.5.2.2.2.a, Zamawiający podaje liczbę mnogą
pulpity mikrofonowe (minimum 1, w kontrakcie są 3 odrębne nie połączone kablem transmisyjnym stacje, co daje w sumie 3 wzmacniacze). Taki kabel transmisyjny nie jest objęty niniejszym zamówieniem i jego ewentualna zabudowa musi być przedmiotem robót dodatkowych		IDW - Opis Przedmiotu Zamówienia / TOM III punkt 1.5.2.2.2.a, Zamawiający podaje liczbę mnogą
serwery zapowiedzi (minimum 1, w kontrakcie są 3 odrębne nie połączone kablem transmisyjnym stacje co daje w sumie 3 wzmacniacze). Taki kabel transmisyjny nie jest objęty niniejszym zamówieniem i jego ewentualna zabudowa musi być przedmiotem robót dodatkowych		IDW - Opis Przedmiotu Zamówienia /TOM III punkt 1.5.2.2.2.a, Zamawiający podaje liczbę mnogą
kanalizacja 4 otworowa (przyjęto zgodnie z wiedzą techniczną 2 otwory niezbędne do zabudowy przewidywanego okablowania oraz 2 otwory wymagane przez Zamawiającego jako pozostawione wolne)		IDW - Opis Przedmiotu Zamówienia /TOM III punkt 1.5.2.2.2. c. Zamawiający specyfikuje konkretnie 2 rezerwowe otwory
zegary (skuteczny odczyt z odległości max. 50m, co przy peronie o długości 200m daje minimum 2 zegary na peron, co daje 5 peronów x 2 sztuki = 10 zegarów)	Wynikające z doświadczenia projektowo-wykonawczego Odwołującego	Zrealizowane kontrakty dla PKP: stacja Wrocław Leśnica, stacja Warszawa Gdańska, stacja Czarnowąsy i inne
Głośniki (skuteczna słyszalność z odległości max. 30 , co przy prenonim o długości 200m daje minimum 7 sztuk na peron, co daje 5 peronów x 7 szt. = 35 głośników		

Kanalizacja kablowa. Dla peronów o długości 200 m uznano wystarczającą kanalizację kablową o długości 175 m na jeden peron zabudowaną z udziałem 4 studni na 1 peron oraz po jednej studni podejściowej na każdą stację. Dodatkowo długość kanalizacji kablowej wynikającej z odległości w terenie od peronów do lokalizacji zakończeń kablowych. Co daje w sumie około 945 mb kanalizacji kablowej oraz 23 szt. studni z odpowiednim zabezpieczeniem.	
--	--

Należy podkreślić, iż zarówno system nagłośnienia jak i system monitoringu (telewizja użytkowa) opierają swoje działania o współpracę z komputerami, co implikuje okoliczność, iż wszystkie zastosowane oprogramowania (komputerowe) powinny posiadać stosowną licencję na użytkowanie, przekazywaną wraz z urządzeniami Zamawiającemu do dalszej eksploatacji. Wymogi powyższe wynikają z OPZ (str. 9.) jak i z postanowień umownych np. str. 17 -14.

Podkreślenia szczególnego wymagają wymogi techniczne związane z montażem i pracą urządzeń koniecznych do zamontowania w ramach prac przewidzianych w pozycji 2.4. RCO.

Zamawiający na stronie 43 OPZ wskazał listę aktów prawnych, które zawierają wymogi do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, a tym samym do prawidłowej wyceny oferty. Wskazana przez Zamawiającego lista nie jest zbiorem zamkniętym. Wykonawca jest zobowiązany do uwzględnienia innych aktów prawnych niż wymienione, jeżeli okażą się konieczne w trakcie realizacji zamówienia. Jednocześnie zamawiający wskazuje na obowiązek stosowania instrukcji i przepisów obowiązujących w spółce PKP PLK S.A., informując gdzie są one dostępne.

W związku z powyższym, parametry urządzeń przewidywanych do zabudowy jak i tych, które zostaną aktualnie jedynie ujęte w projekcie winny spełniać wszystkie obowiązujące w budownictwie kolejowym normy. Zgodnie z warunkami przywołanymi w IDW powinny to być materiały nowe, pełnowartościowe. Dokumentem przewodnim określającym standard wykonania prac jest Uchwała Nr 263/2010 z dnia 14 czerwca 2010 r. w sprawie przyjęcia do stosowania w PKP PLK S.A. "Standardów technicznych - szczegółowych warunków technicznych dla modernizacji lub budowy linii kolejowych do prędkości $V_{max} \leq 200$ km/h dla taboru konwencjonalnego i 250 km/h dla taboru z wychylnym pudłem" (dalej w tekście mowa o Standardach). Uchwała została przyjęta do stosowania w pracach projektowych i wykonawczych realizowanych przez PKP PLK S.A.

Dowód: kopia Uchwały Zarządu PKP Nr 263/2010 z dnia 14 czerwca 2010 r.

W przypadku budowy kanalizacji kablowej za obowiązujące uznaje się normy techniczne TPSA (lub analogiczne normy TK Telekom) (ZN-96 TPSA-001 do 041) oraz w zakresie wymagań dla budowanych studni kablowych normę BN-73/8984-01. Za podstawowy obowiązujący akt uznaje się Ustawę Prawo budowlane z dnia 7 lipca 1994 r. z późn. zmianami oraz związanymi z nią rozporządzeniami w tym Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 26 października 2005 r. w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać telekomunikacyjne obiekty budowlane i ich usytuowanie. (Dz. U. 2005 r. Nr 219 poz. 1864)

Normy te opisują ogólne zasady doboru wielkości i ilości studni kablowych oraz parametry doboru rur używanych do wybudowania kanalizacji w tym również parametry odporności na ściskanie i ewentualnie wymaganej ich niepalności.

Trwałość zabudowywanej nowej kanalizacji kablowej przeznaczonej dla prowadzenia okablowania SD1P powinna wynosić nie mniej niż 20 lat a studnie kablowe winny być wyposażone w uchwyty kablowe oraz posiadać pokrywy typu ciężkiego zapewniając ochronę przed zagrożeniami mechanicznymi, chemicznymi, elektro-energetycznymi i innymi w tym przed nieuprawnionym dostępem. Ten ostatni postulat może być zrealizowany zastosowaniem dodatkowej pokrywy stalowej ocynkowanej typu PIOCH lub wykorzystując zamki ryglowe montowane w betonowych nakrywkach. O wyborze tego lub innego sposobu realizacji postulatu każdorazowo decyduje Zamawiający zatwierdzając dokumentację projektową.

Dla instalacji nagłośnienia stosowane są rozwiązania nie mające kompleksowych założeń technicznych zebranych w normach technicznych ale wynikające z wieloletnich doświadczeń nabytych podczas projektowania i realizowania analogicznych typowych rozwiązań (typowe nagłośnienie peronowe, typowa długość peronów, typowe wysokości i sposoby mocowania głośników itp.). Określone zostały warunki brzegowe podstawowych urządzeń: głośników, wzmacniaczy, kabli sygnałowych. Głośnik powinien posiadać moc znamionowa minimum 5 W przy napięciu znamionowym 100 V (ustawodawca dopuszcza przedział od 30 do 120 V) Efektywne pasmo przenoszenia głośnika powinno wynosić minimum od 300 Hz do 12 kHz.

Wymagany stopień ochrony IP65, zapewniający pełną ochronę przed pyłami oraz skuteczną ochronę przed strugą wodną (przed zalaniem) determinuje korzystanie z wyrobów uznanych, sprawdzonych producentów legitymizujących swe produkty stosownymi dokumentami. Dla wyjaśnienie skrót: IP65 - 6 to najwyższa możliwa ochrona przed ciałami stałymi i dostępem do niebezpiecznych elementów, np. elementów pod napięciem. 5 to ochrona przed cieczami, w tym przypadku ochrona przed strugą wody, wartość maksymalna to 8 - odnosi się wtedy do pracy urządzeń zanurzonych w wodzie. Dla urządzeń zewnętrznych nie zanurzonych maksymalna wartość to 6 i odnosi się do tzw. silnej strugi

wody). Stopień ochrony IP nie może być niższy niż IP65 a zakres pracy nie może być węższy niż od minus 25 st. C do +50 st. C. Standardowo w Polsce używane są głośniki produkcji TONSIL Września lub głośniki innych dużych producentów (np. Bosch, Siemens) co determinuje odpowiednio wysokie koszty ich zakupu.

System mocowania głośników winien zapewniać możliwość regulacji w pionie i w poziomie dla sprawnego ustawienia obszaru strefy nagłośnienia (kierunkowość, ograniczenia stref bocznych).

Podsumowując, parametry użytych materiałów oraz urządzeń przewidywanych projektem do zabudowy winny zapewniać wysoką jakość i trwałość parametrów a Wykonawca deklaruje dodatkowo usługi wsparcia technicznego dla urządzeń (serwis) jak i dla oprogramowań komputerowych zastosowanych w konkretnych rozwiązaniach - w obrębie całej trwałości projektu, w tym przypadku 84 miesiące (licząc od dnia odbioru końcowego). Determinuje to użycie materiałów o wysokiej, sprawdzonej jakości i trwałości, eliminując te gorszej jakości.

W zakresie elementów monitoringu zgodnie z treścią IDW Zamawiający wskazał, iż: ..."Z dotychczasowych doświadczeń PKP Polskie Unie Kolejowe S.A. wynika konieczność objęcia wszystkich przystanków i stacji monitoringiem telewizji przemysłowej i stosowaniem materiałów i rozwiązań „odpornych na wandalizm. Jeżeli są podświetlane; to powinny odpowiadać przepisom dotyczącym oświetlenia." (Standardy... TOM XII pkt. 3.7.b).

Zamawiający w OPZ określił minimalną ilość kamer obserwujących jeden peron (min. 8 sztuk) tym samym określił „średni umowny" obszar obserwacji jednej kamery.

Przewidując zastosowanie kamer stało pozycyjnych (OPZ) z obiektywami o ustawianej trwale ogniskowej - rozumieć należy, iż spełnienie tego warunku uzyskać będzie można po precyzyjnym doborze kamer jednocześnie spełniając warunki dodatkowe takie jak:

- doświetlenie obszaru rejestracji w warunkach rejestracji nocnej (albo wystarczająco czuła kamera albo dodatkowo promienniki podczerwieni);
- rejestrację cyfrową podglądu kamer z archiwizacją obrazu minimum 10 dni;
- podgląd obrazu na monitorze personelu obsługi z ewentualnym wyborem planu (indywidualnie poszczególnych kamer).

„Kamery w zestawach dla PKP powinny być przystosowane do pracy całodobowej i całorocznej w trudnych warunkach atmosferycznych, zarówno przy słabym jak i bardzo silnym oświetleniu. Kamera powinna być umieszczona w odpowiedniej obudowie kroplo-i pyłoszczelnej (zalecany stopień ochrony obudowy: IP-66) wyposażonej dodatkowo w ogrzewanie szyby przedniej. Obudowa powinna zapewniać stabilną i prawidłową pracę kamery w warunkach temperaturowych i klimatycznych Polski. Kamera przeznaczona do obserwacji obiektów kolejowych musi być przystosowana do pracy w zmiennych warunkach oświetlenia." (Standardy ...Tom VII pkt. 3.)

System powinien umożliwiać prezentacje obrazu z różnych kamer (jednocześnie,

identyfikując je) oraz z jednej kamery. Rejestrator powinien zapewnić zapis obrazu ze współpracujących kamer przez co najmniej 10 ostatnich dni (240 godzin!) z zachowaniem rozdzielczości 1024x768 linii (tzw. HD). Rejestrator powinien być urządzeniem wielokanałowym, o liczbie wejść wizyjnych dobranej stosownie do ilości kamer.

Kamery powinny spełniać warunki:

- temp. pracy od -35°C do +55°C;
- średni przewidywany czas eksploatacyjny nie powinien być krótszy niż 10 lat.

Nawet tak ogólnie sformułowane warunki brzegowe powodują konieczność zastosowania sprzętu o wysokich parametrach technicznych i wysokiej niezawodności.

Kamer spełniających powyższe warunki jest na rynku dostępnych wiele marek i typów. Uznani dostawcy opierają się na sprawdzonych w dotychczasowych realizacjach typach urządzeń. Ostateczne typy urządzeń zatwierdza Zamawiający w Projekcie Wykonawczym.

Zdaniem Odwołującego, w związku z wymaganiami wskazanymi powyżej koniecznym było przyjęcie w ofercie kosztów dla dostawy wysokiej klasy sprzętu, gwarantującego spełnienie powyższych wymagań. Biorąc pod uwagę, iż na większość oferowanego tego typu asortymentu producenci udzielają gwarancji rocznej lub maksymalnie dwuletniej, w ofertach należało również przewidzieć koszty wydłużonej gwarancji. Było to niezbędne w sytuacji, gdy większość Wykonawców, w tym Wykonawca ZRK DOM zaoferowali Zamawiającemu gwarancję 84 miesiące od daty odbioru końcowego.

Wszystkie prace wykonawcze należy realizować ze szczególnym uwzględnieniem obostrzeń wynikających z BHP - praca na czynnych stacjach przy czynnych torach kolejowych w pobliżu czynnej sieci trakcyjnej. Implikuje to konieczność zatrudnienia do każdej wykonywanej pracy, minimum dwóch osób. Niektóre prace muszą być wykonywane dodatkowo w asyście sygnalisty kolejowego (np. przejścia kanalizacją kablową pod czynnym torem).

II.

Odwołujący wskazał, iż realnym kosztem który należy ponieść, aby móc zrealizować zakres robót z pozycji 2.4 RCO jest koszt na poziomie ok. 1000 000,00 min złotych, co zresztą wynika w ewidentny sposób również z analizy tych kosztów we wszystkich ofertach złożonych w postępowaniu.

Z uzyskanych na rynku ofert Podwykonawców wynika, iż same koszty bezpośrednie związane z realizacją robót z pozycji 2.4 RCO (bez kosztów pośrednich i narzutów GW) kształtują się na poziomie od około 950 000,00 zł netto do około 1 333 000,00 netto.

Zestawienie szacowanych-kosztów związanych z dostawą i montażem urządzeń (bez kosztów pośrednich i narzutów) w ramach pozycji 2.4. RCO:

Rodzaj urządzenia	jedn. miary	ilość	cena jedn.	wartość
-------------------	-------------	-------	------------	---------

system megafonowy				
głośniki z konstrukcją	szt.	35,00	591,50	20 702,50
zegary	szt.	10,00	3 640,00	36 400,00
okablowanie	m	2 800,00	2,55	7 134,40
wzmacniacze	szt.	3,00	6 066,06	18 198,18
pulpit mikrofonowy	szt.	3,00	3 185,00	9 555,00
serwer zapowiedzi	szt.	3,00	10 811,71	32 435,13
licencje, uruchomienie, szkolenie	kpi.	1,00	21 629,79	21 629,79
kanalizacja kablowa				
kanalizacja peronowa 4-otworowa	m	875,00		
studnia z zabudowaniem	szt.	23,00	3 014,38	69 330,63
rury z zabudowaniem	mb	3 500,00	31,28	109 468,45
przejście między peronami o długości sumarycznej 70mb: rury (70 x 4	mb	280,00	39,10	10 948,76
pozostałe połączenia i odgałęzienia (dojścia do budynków)		1,00	66 183,91	66 183,91
system telewizji użytkowej				
kamera stała	szt.	20,00	15 885,19	317 703,75
serwer obsługi monitoringu	szt.	3,00	48 002,50	144 007,50
okablowanie, sygnałowe i elektryczne	mb	1 750,00	7,76	13 584,03
montaż i uruchomienie	kpi.	5,00	27 543,60	137 717,99
SUMA kosztów:				1 015 000,00

Dla dalszego zobrazowania rynkowego poziomu cen za podobne elementy prac do wykonania, czyli dostawę i montaż urządzeń infrastruktury pasażerskiej przedstawiamy Odwołujący przedstawił zestawienie zaoferowanych cen w postępowaniach jak niżej:

1. „Modernizacja linii kolejowej nr 274 Wrocław - Zgorzelec na odcinku Wrocław - Jelenia Góra” - modernizacja nawierzchni kolejowej wraz z robotami towarzyszącymi, tor nr 1 szlak Marciszów - Janowice Wielkie		
2.1 TE.3	1.5.7.3	Zabudowa systemu nagłośnienia dla podróżnych na st. Janowice Wielkie
	Nazwa wykonawc	Cena za pozycję w złotych netto
1.	ETF	32 100,00
2.	Strabag	32 100,00
3.	Infra Silesia Torkol	42 240,00
4.	PORR	33 900,00

5.	Mota Engil	48 314,29
6.	Schweerba	32 100,00
7.	Swietelsky	73 040,00
8.	Dołkom	32 100,00
Wyliczenie przez Skanska (nie złożona oferta):		37 750,00zł

2. Wykonanie dokumentacji projektowej i robót budowlanych dla zadania pn.: „Rewitalizacja linii kolejowej nr 272 na odcinku Ostrzeszów - Ostrów Wlkp.” Na odcinku Antonin - Ostrów Wlkp. od km 70,000 do km 85,690 w torze nr 1 - IREZA5a-2130-216-02/15 z dnia 23.03.2015r.

nr pozycji z RCO	22	28
treść	Demontaż, konserwacja i montaż urządzeń zapowiedzi megafonowych	Wykonanie kanalizacji technicznej- kablowej przewidzianej do zabudowy urządzeń SD!P
ilość	kpi.	kpi.
ZUE S.A.	55 581,00 zł	104 954,00 zł
COLAS Rail	82 541,00 zł	175 817,00 zł
Schweerbau	36 380,00 zł	30 495,00 zł
DOLKOM	57 300,00 zł	108 200,00 zł
BUDIMEX, Ferowial	60 819,09 zł	114 845,11 zł
ALUSTA	57 300,00 zł	78 200,00 zł
EL-IN	54 435,00 zł	102 790,00 zł
Infra Silesia	57 000,00 zł	55 000,00 zł
PORR (Polska) S.A.	58 000,00 zł	109 000,00 zł
STRABAG Sp. z o.o.	63 914,47 zł	120 690,16 zł
TRACKTEC	44 800,00 zł	26 900,00 zł
Trakcja PRkil	73 081,00 zł	156 624,00 zł
ZRK DOM	61 932,20 zł	82 576,26 zł
Średnia bez ZRK DOM	52 341,05 zł	85 576,61 zł
Średnia z ZRK DOM	53 026,60 zł	90 910,84 zł

3. Wykonanie prac projektowych i robót budowlanych na linii kolejowej nr 353 Poznań Wschód - Skandawa w torze nr 1 i 2 na odcinku Poznań Wschód - Trzemeszno w ramach zadania pn.: „Prace na liniach nr 353, 206,544 Poznań Wschód - Dziarnowo - Inowrocław Rąbinek oraz Zamków - Borystawice” - IREZA5a-2130-216-01/15 z dnia 05.05.2015r.

tabela nr 4

Roboty automatyki sterowania ruchem kolejowym wraz z teletechniką

nr pozycji	4.11	4.12
treść	Przystanek Jankowo Dolne - urządzenia informacji podróŜnych, megafony	St. Pobiedziska - urządzenia informacji podróŜnych, megafony na peronie 2
jednostka	kpi.	kpi.
ALUSTA	185 000,00 zł	95 000,00 zł
NDI	185 000,00 zł	95 000,00 zł
STRABAG	185 000,00 zł	95 000,00 zł
VIAS	196 138,06 zł	100 719,55 zł
ZRK DOM	185 000,00 zł	95 000,00 zł
Średnia bez ZRK DOM	187 784,52 zł	96 429,89 zł
Średnia z ZRK DOM	187 227,61 zł	96 43,91 zł

4. Wykonanie robót budowlanych w zakresie wymiany nawierzchni w torze nr 1 i 2 na szlaku Kórnik - Gądko, stacja Gądko od km 181,781 do km 185,704 w ramach zadania pn.: „Wymiana nawierzchni wraz z robotami towarzyszącymi na linii kolejowej nr 272 Kluczbork - Poznań, odcinek Kórnik - Poznań Główny wraz z przebudową mostu stalowego na rzece Warcie na stacji Poznań Starołęka w km 196,254"

- 1 REZA5b-216-04/15 z dnia 29.04.2015r.

Stacja Gądko w km 184+310 do km 185+704							
Kosztorys robót nr 21							
nr pozycji	1.1	1.2	2.1	2.2	2.3	2.4	
treść pozycji	Zakup i budowa studni kablowych SKO-1	Zakup i budowa kanalizacji kablowej 2 otworowej z rur z rur RHDPEk 110	Zakup i montaż głośników tubowych	Zakup i montaż zegarów dwustronnych sterowanych sygnałem DCF	Zakup i ułożenie kabli do instalacji megafonowej	Uruchomienie i sprawdzenie działania nagłośnienia	Razem - kosztorys robót nr 21 (Suma od 1.1. do 2.4)
jednostka	szt.	m	szt.	szt.	m	zest.	
ilość	11	184	10,00	1,00	215,00	1,00	
OH LZS	25 364,90 zł	19 831,52 zł	10 867,10 zł	3 357,41 zł	8 756,95 zł	3 240,00 zł	71 417,88 zł
Infra Silesia	11 808,50 zł	13 514,80 zł	9 040,00 zł	6 893,00 zł	3 644,25 zł	904,00 zł	45 804,55 zł
Infrakol.	15 400,00 zł	7 360,00 zł	9 000,00 zł	8 000,00 zł	2 580,00 zł	2 000,00 zł	44 340,00 zł
Mota Engil	14 840,65 zł	16 120,24 zł	17 953,30 zł	6 999,79 zł	3 106,75 zł	2 856,36 zł	61 877,09 zł
ZUE S.A.	13 145,00 zł	14 278,40 zł	15 902,00 zł	6 200,00 zł	2 752,00 zł	2 530,00 zł	54 807,40 zł
ALUSTA	13 145,00 zł	14 278,40 zł	15 902,00 zł	6 200,00 zł	2 752,00 zł	2 530,00 zł	54 807,40 zł
NDI	12 750,65 zł	13 849,68 zł	15 424,90 zł	6 014,00 zł	2 670,30 zł	2 454,10 zł	53 163,63 zł
STRABAG	17 831,99 zł	9 799,84 zł	9 263,40 zł	6 947,54 zł	3 235,75 zł	1 736,88 zł	48 815,40 zł
ZRK DOM	13 802,25 zł	14 992,32 zł	16 697,10 zł	6 510,00 zł	2 889,60 zł	2 656,50 zł	57 547,77 zł
Średnia bez ZRK DOM	15 535,84 zł	13 629,11 zł	12 919,09 zł	6 326,47 zł	3 687,25 zł	2 281,42 zł	54 379,17 zł
Średnia z ZRK DOM	15 343,22 zł	13 780,58 zł	13 338,87 zł	6 346,86 zł	3 598,62 zł	2 323,09 zł	54 731,24 zł

Powyższe zestawienia dotyczą oczywiście jedynie wybranych elementów prac, więc zakresowo zamówienia te różnią się od zamówienia będącego przedmiotem tego postępowania. Jednakże zostały przez Odwołującego przedstawione w celu wykazania m.in., iż Wykonawca ZRK DOM uczestniczący w tych postępowaniach u Zamawiającego PKP PLK S.A. szacował w swoich ofertach koszty związane z elementami robót w zakresie infrastruktury pasażerskiej na podobny poziomie, co inni wykonawcy. Podkreślenia wymaga, iż jak widać z zestawień, w postępowaniach uczestniczy powtarzalne grono wykonawców, co niewątpliwie wynika ze specyfiki robót kolejowych, a co pozwala na postawienie wniosku, iż wymagania Zamawiającego są tym wykonawcom znane.

Stąd też należy uznać, iż znany jest również Wykonawcy ZRK DOM rynkowy poziom cen, a tym samym kosztów jakie należy uwzględnić w wycenie podobnych robót, czego jednak nie uczynił w przedmiotowym postępowaniu, składając ofertę w pkt 2.4. RCO rażąco różniąc się od wszystkich pozostałych wykonawców.

Należy wskazać, iż Zamawiający wymagał aby wykonawcy wycenili wszystkie pozycje Rozbicia Ceny Ofertowej i zastrzegł, że nie będą dokonywane jakiegokolwiek odrębne płatności za pozycje w wypełnionym Rozbiciu ceny ofertowej, których cena nie została podana lub wpisano „0”, dotyczy to również przypadku braku pozycji. W takim przypadku Zamawiający poprawi Rozbicie Ceny Ofertowej poprzez dopisanie treści brakującej pozycji z wartością „0”, Pozycje takie będą uznane za włączone do innych pozycji wypełnionego Rozbicia ceny ofertowej.

Wykonawca ZRK DOM w pozycji 2.4. podał kwotę 14 698,05 złotych, co jak wskazuje powyżej Odwołujący nie wystarcza do pokrycia kosztów samego zakupu urządzeń wymaganych przez Zamawiającego.

Gdyby Wykonawca ZRK DOM prawidłowo wycenił pozycję odnoszącą się do zakresu przewidzianego w pkt 1.5.2.2.2 OPZ jego oferta nie byłaby oferta najkorzystniejsza, gdyż różni się od oferty Odwołującego (a także od zdecydowanej większości pozostałych ofert) właśnie kwotą 1 mln zł., w tej pozycji, a w cenie globalnej oferty kwotą ok. 820 tysięcy złotych brutto.

Jeśliby nawet Wykonawca ZRK DOM argumentował, iż koszty związane z pozycją 2.4 RCO przyporządkował w innej pozycji, wbrew wyraźnym oczekiwaniom Zamawiającego, który wymagał na stronie 10 OPZ (Tom III), że: „Powyższe koszty należy wpisać w poz. 1.1 i 2.4 RCO - załącznik nr 46 do OPZ.”, to takie nieuprawnione działanie jest niezgodne z treścią

SIWZ a ponadto narusza zasady uczciwej konkurencji.

Biorąc pod uwagę, iż prace z pkt 2.4 RCO są pracami, które ze względu na reżim technologiczny muszą być wykonywane na koniec inwestycji, to umieszczenie kosztów związanych z tymi pracami w innych pozycjach, dotyczących robót, które są wykonywane wcześniej na osi czasu realizacji inwestycji - stanowi *de facto* nieuprawnione pobieranie zaliczek finansowych od Zamawiającego. Jak wynika z projektu umowy Zamawiający, mimo takiego uprawnienia wynikającego z przepisów ustawy PZP, udzielania zaliczek nie przewidział.

Takie konstruowanie kosztów, pozostające w sprzeczności z wyraźnym wymaganiem Zamawiającego, co do sposobu ich lokowania i zaliczania, wobec zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji stanowiącej naczelną zasadę zamówień publicznych, staje się w istocie nieuczciwą praktyką gospodarczą - i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. Dz. U. z 2003r. nr 153 poz. 1503, ze zm.), dalej jako: „uzna”. Odwołujący wskazuje, iż stosownie do art. 3 ust. 1 przywołanej ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej, „(...) przerzucanie kosztów pomiędzy cenami jednostkowymi będącymi podstawą wypłaty wynagrodzenia w ten sposób; iż koszty realnie ponoszone w części pozycji przenoszone są do innych pozycji najczęściej wykonywanych w toku realizacji zamówienia z pewnością jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami i narusza interes zamawiającego” (wyrok KIO z dnia 24 września 2014 r., sygn. akt 1844/14). Z kolei w przepisie art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, stwierdza się, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku w szczególności poprzez sprzedaż towarów i usług poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców z rynku.

Należy podkreślić, iż przepisy prawa nawet nie wymagają, aby nastąpiło naruszenie interesu innego przedsiębiorcy, dla przyjęcia czynu nieuczciwej konkurencji. Wystarczy jedynie ustalenie zagrożenia interesu mającego wagę gospodarczą dla innych wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W niniejszej sprawie, jak wyraźnie wskazał Odwołujący, został zagrożony interes nie tylko pozostałych wykonawców ale także interes Zamawiającego.

Reasumując Odwołujący wskazał, że opisana powyżej sytuacja w ofercie Wykonawcy ZRK DOM wyczerpuje znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, bowiem Wykonawca ten, przypisując zakresowi prac z pkt. 2.4 RCO inne wartości, niż rzeczywiście winny im być przypisane: nie zamierza wykonać tego zakresu zgodnie z wymaganiami SIWZ, albo zamierza go wykonać przenosząc koszty z tej pozycji do innych celem zaliczkowania prac

do czego oczywiście nie był uprawniony.

W stanie faktycznym, wskazał Odwołujący, nie ulega więc wątpliwości, że takie działania Wykonawcy ZRK DOM miały wpływ na wynik postępowania. Nie można więc pozostawić rozstrzygnięcia postępowania w takim stanie rzeczy, gdyż godzi ono w pozostałych Wykonawców, którzy skalkulowali swoje ceny zgodnie z wymogami Zamawiającego.

Biorąc więc pod uwagę, iż treść oferty Wykonawcy ZRK DOM nie odpowiada treści SIWZ w zakresie, w jakim wykonawca ten ustalił cenę wykonania robót dla pozycji 2.4 RCO poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, lub ewentualnie dokonał przeniesienia kosztów do innych pozycji cenowych wbrew wymogom SIWZ, jednocześnie sposób działania tego Wykonawcy narusza dobre obyczaje i utrudnia dostęp do rynku na uczciwych zasadach pozostałym Wykonawcom w związku z czym złożenie oferty przez tego Wykonawcę stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk, oferta tego Wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp oraz z art. 3 i art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk.

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

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 27 sierpnia 2015 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

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

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu.

Izba dopuściła dowody złożone na rozprawie przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik) oraz Skanska SK a.s. z siedzibą w Bratysławie :

- dowód nr 1 – (19 kart) oferty handlowe pozyskane przez Odwołującego w celu przygotowania oferty (tajemnica przedsiębiorstwa),
- dowód nr 2 – (64 kart) kopie z ofert wykonawców składających oferty w postępowaniach u Zamawiającego, w których wskazano elementy podobnej infrastruktury do tej z pkt 2.4 Rozbicia Genowego Ofertowej,
- dowód nr 3 – (40 karta) Uchwała nr 263/2010 Zarządu PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z dnia 14 czerwca 2010 roku w sprawie przyjęcia do stosowania w PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. „Standardów technicznych – szczegółowych warunków technicznych dla modernizacji lub budowy linii kolejowych do prędkości $V_{max} \leq 200$ km/h (dla taboru konwencjonalnego) i 250 km/h (dla taboru z wychylnym pudłem) wydruk ze strony internetowej WWW.PLK-SA.PL

Zamawiający złożył pismo z dnia 7 września 2015 roku *Odpowiedź na odwołanie* wnoszą o oddalenie odwołania.

Odwołujący złożył pismo z dnia 8 września 2015 roku *Pismo Odwołującego* wnoszą o uwzględnienie odwołania zgodnie ze stanowiskiem zawartym w odwołaniu.

Uczestnik postępowania odwoławczego - wykonawca Zakład Robót Komunalnych – DOM w Poznaniu Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu – złożył *Pismo uczestnika postępowania – Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego* przesłane do Prezesa KIO w dniu 7 września 2015 roku.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.*

Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba działając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, podaje podstawy prawne z przytoczeniem przepisów prawa odnośnie rozstrzygnięcia zarzutów odwołania podnoszonych przez Odwołującego:

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt 3* natomiast w art. 89 ust. 1 pkt 3 czytamy: *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.* W ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 roku nr 153 poz. 1503 ze zm.) w art. 3 ust. 1 - *Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta* oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 – *Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: 1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.*

W art. 87 ust. 1 ustawy ustawodawca wskazał – *W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcom negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.*

Natomiast art. 7 ust. 1 ustawy stanowi - *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców*

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy *wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.* Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu

cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym cięży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*.

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) w rozdziale 13 – *Opis sposobu obliczania ceny* wskazał:

13.3 Rozbicie Ceny Ofertowej sporządzone przez Zamawiającego jest dokumentem informacyjnym dla Wykonawcy na etapie sporządzania oferty. Wykonawca musi dostarczyć wypełnione Rozbicie ceny ofertowej. Wykonawca musi wycenić wszystkie pozycje Rozbicia ceny ofertowej. Nie będą dokonywane jakiegokolwiek odrębne płatności za pozycje w wypełnionym Rozbiciu ceny ofertowej, których cena nie została podana lub wpisano „0”, dotyczy to również braku pozycji.

W takim przypadku Zamawiający poprawi Rozbicie Ceny Ofertowej poprzez dopisanie treści brakującej pozycji z wartością „0”, Pozycje takie będą uznane za włączone do innych pozycji wypełnionego Rozbicia ceny ofertowej.

Zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego z dnia 1 lipca 2015 roku – odpowiedź na pytanie 33 – (...) *W zakresie projektowym i realizowanym przez Wykonawcę na jej podstawie ma charakter ryczałtowy (załącznik nr 46 do OPZ).*

W wyjaśnieniach z dnia 3 lipca 2015 roku, w odpowiedzi na pytanie nr 1 Zamawiający wskazał: *Kontrakt w części realizowane na podstawie załączonej dokumentacji projektowej ma być wyceniony w oparciu o te dokumentację oraz Przedmiar Robót (ta część będzie rozliczana obmiarowo), a części projektowej i realizowanej przez Wykonawcę ma być wyceniony ryczałtowo i tak będzie rozliczany.*

Izba zaznacza w tym miejscu, że w ramach postępowania odwoławczego oceniana jest prawidłowość czynności Zamawiającego.

Kluczowym dla rozpoznania tej sprawy są postanowienia SWIZ przytoczone powyżej, które stanowią podstawę do oceny działania Zamawiającego. Należy wskazać, że wynagrodzenie w zakresie kwestionowanej pozycji 2.4 Rozbicia ceny ofertowej, jest wynagrodzeniem ryczałtowym, czego Strony postępowania nie kwestionowały. Zamawiający w sposób jednoznaczny określił, że dokument – Rozbicie ceny oferty (załącznik nr 46 do

SIWZ) stanowi dokument informacyjny dla wykonawcy na etapie sporządzania oferty, co również nie było kwestionowane przez Strony. Zamawiający w SWIZ w sposób jednoznaczny wskazał również, że w przypadku braku jakiejkolwiek pozycji w dokumencie Rozbicie ceny ofertowej nie będzie dokonywał odrębnych płatności za tą pozycję. Zamawiający zaznaczył również, że w przypadku, gdy zostanie w danej pozycji podane „0” (zero) lub nie zostanie podana żadna cena również nie będzie dokonywał odrębnych płatności za tą pozycję. Jednocześnie, co należy podkreślić, Zamawiający w sposób jednoznaczny przesądził, że w takich przypadkach poprawi Rozbicie ceny ofertowej przez dopisanie treści brakującej pozycji oraz poda wartość „0” a pozycje te uzna za włączone do innych pozycji wypełnionego formularza. Podsumowując, Zamawiający przewidział w dokumentacji postępowania, że z powodu braku wskazania danej pozycji w Rozbiciu ceny oferty, jak również w przypadku gdy wykonawca nie wyceni danej pozycji lub poda wartość „0” nie będzie dokonywał odrębnych płatności za te pozycje. Słusznie wskazał uczestnik postępowania odwoławczego w złożonym na piśmie stanowisku, że niewycenienie określonych pozycji nie będzie penalizowane przez odrzucenie oferty.

W rozpoznawanej sprawie wykonawca dla pozycji 2.4 Rozbicia ceny ofertowej wskazał cenę 18 078,60 zł brutto (14 698,05 zł netto). Izba zaznacza, że wykonawca daną pozycję tj. pozycję 2.4 wskazał w Rozbiciu cenowym oferty, a mógł, zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego nie zawrzeć w Rozbiciu cenowym oferty tej pozycji i w takiej sytuacji Zamawiający postępując zgodnie z postanowieniami SIWZ uzupełnił by tą pozycję oraz wpisał wartość zero. Wskazać należy również, że wykonawca pozycję 2.4 mógł zawrzeć w Rozbiciu ceny ofertowej ale jednocześnie nie wpisać żadnej wartości kwotowej bądź wpisać „0” i w takiej sytuacji również zgodnie z wcześniej opracowanym stanowiskiem Zamawiającego w SWIZ, Zamawiający nie będzie dokonywał odrębnych płatności za tę pozycję i uznaje je za włączone do innych.

Wywodząc niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji Odwołujący w sposób szczegółowy odniósł się do wymagań w zakresie przedmiotu zamówienia określonych przez Zamawiającego i zaoferowanej wartości w pozycji 2.4 Rozbicia ceny ofertowej jednakże pominął fakt w jaki sposób Zamawiający zamierzał dokonywać poprawy dokumentu i to, że nawet niewskazanie pozycji nie stanowiło podstawy odrzucenia oferty z postępowania. Znamiennym jest również, że Odwołujący nie odnosił się do globalnej kwoty oferty a jedynie w swej argumentacji posługiwał się wartością netto zaoferowanej w pozycji 2.4 Rozbicia ceny ofertowej, natomiast zaznaczyć należy, że sam Zamawiający wskazał, że będzie uznawał pozycje za włączone do innych pozycji cenowych. Tym samym Odwołujący nie wykazał, aby treść oferty uczestnika nie odpowiadała treści SWIZ natomiast argumentacja oparta na niemożliwości dokonania zakupu wymaganych sprzętów za wskazaną kwotę jest

w całości chybiona w uwagi na ukształtowany przez Zamawiającego w SWIZ charakter dokumentu jak również sposób jego oceny.

Nie można również zgodzić się z Odwołującym, że postanowienia zawarte w Opisie przedmiotu zamówienia (dalej: OPZ) - „powyższe koszty należy wpisać w poz. 1.1 i 2.4 RCO – załącznik nr 46 do OPZ” – wyłączają zasady sposobu obliczenia ceny oferty wskazane w rozdziale 13 SWIZ. Z żadnych postanowień SWIZ nie wynika aby Zamawiający dla pozycji 2.4 Rozbicia ceny ofertowej stosował inne zasady, niż te wskazane w SIWZ w rozdziale 13, natomiast z postanowienia zawartego OPZ wynika jedynie, że koszt realizacji przedmiotu zamówienia opisany w punkcie 1.5.2.2.2. należało wpisać w punkcie 1.1. oraz 2.4 Rozbicia ceny ofertowej, i nie sposób z tego wywieść zmianę postanowień rozdziału 13. W ocenie Izby to postanowienie OPZ-tu stanowi element instrukcyjny z uwagi na zakres przedmiotowy wchodzący w opis zawarty w punkcie 1.5.2.2.2

Izba wskazuje, że podstawą odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy jest naruszenie zasady konkurencji, zarzut naruszenia przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia zasad konkurencji musi zostać udowodniony i skonkretyzowany przez Odwołującego przez przytoczenie konkretnego przepisu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący powołał się na art. 3 ust. 1 ustawy oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j.: Dz. U. z 2003 r. Nr 153. poz. 1503, ze zm.). Jednakże Odwołujący nie powołał konkretnych okoliczności faktycznych bowiem odnoszenie się do jednostkowej kwoty netto w pozycji 2.4 Rozbicia ceny ofertowej wskazywane przez Odwołującego nie sposób uznać za uzasadnienie celowego działania uczestnika postępowania odwoławczego w celu eliminacji Odwołującego z postępowania o zamówienie. Nie można uznać również za działanie mające na celu sprzedaż towarów po zaniżonych cenach w celu eliminacji z rynku innych podmiotów, w tym wypadku również Odwołującego, z powodu wskazanej w punkcie 2.4 Rozbicia cenowego kwoty, bowiem nie można rozpoznawać owych zarzutów w oderwaniu od całokształtu postępowania o udzielenie zamówienia w tym również postanowień SWIZ w rozdziale 13, o którym mowa była już powyżej. Odwołujący w swojej argumentacji skupił się na jednej pozycji Rozbicia ceny ofertowej, w ogóle pomijając postanowienia SWIZ oraz charakter dokumentu jakim jest Rozbicie ceny ofertowej jak również nie odniósł się do całości kwoty oferty. Odwołujący nie wykazał, że działania uczestnika postępowania odwoławczego miały na celu eliminację Odwołującego.

W zakresie naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Izba również nie znajduje podstaw do uwzględnienia wskazania tego naruszenia, zaznacza, że Odwołujący wskazując naruszenie ww. przepisu w zasadzie nie przeprowadził argumentacji faktycznej wskazując

jedynie w części zrzutowej, że zarzucił naruszenie tego przepisu przez brak wezwania do wyjaśnień treści oferty pomimo, że z oferty tego uczestnika postępowania odwoławczego wynika w oczywisty sposób, że zaoferowana w pozycji 2.4 Rozbicia ceny ofertowej cena, nie pokrywa kosztów zakupu urządzeń i wykonania robót tam przewidzianych. Odwołujący nie przeprowadził żadnej argumentacji w kierunku naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy w uzasadnieniu swego odwołania.

Izba wskazuje, że w ramach środków ochrony prawnej następuje - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania - kontrola poprawności działania Zamawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod względem zgodności z przepisami ustawy. Zgodnie z treścią 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. Odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, *„O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.”* Izba oceniając przedstawione w odwołaniu wskazane naruszenie przepisu nie mogła dokonać innej oceny jak „zarzutu” nie uwzględnić z uwagi na ich niedookreśloność, ogólność, lakoniczność.

W świetle powyższych ustaleń Izba uznała, iż działanie Zamawiającego było zgodne z obowiązującymi przepisami jak również zgodne z postanowieniami SIWZ i nie naruszało zasad zamówień publicznych w tym w szczególności podnoszonych przez Odwołującego zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji tj. zasad określonych w art. 7 ust. 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie

wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zmianami).

Przewodniczący: