

Sygn. akt: KIO 3766/21

WYROK
z dnia 17 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska
Członkowie: Rafał Malinowski
Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 12 stycznia 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: **Thales Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Thales Deutschland GmbH z siedzibą w Ditzingen, Niemcy** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów wycofanych przez odwołującego, a dotyczących pełnomocnictwa dla osoby dokonującej postępień w trakcie aukcji elektronicznej w imieniu wykonawcy **Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach** oraz w zakresie zarzutów dotyczących przyznania wykonawcy **Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach** dodatkowych punktów w ramach kryterium oceny ofert pn. „Doświadczenie personelu Wykonawcy”.
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala.
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: **Thales Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Thales Deutschland GmbH z siedzibą w Ditzingen, Niemcy**
 - 3.1. 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 udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Thales Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Thales Deutschland GmbH z siedzibą w Ditzingen, Niemcy tytułem wpisu od odwołania,

- 3.2. Zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Thales Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Thales Deutschland GmbH z siedzibą w Ditzingen, Niemcy 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 uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2021 r., poz. 1129 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. „Zaprojektowanie i zabudowa systemu ERTMS/ETCS na linii kolejowej nr 8 w ramach projektu POLiŚ 5.1 – 10 Prace na linii kolejowej nr 8, odcinek Warka – Radom (LOT C,D,E)”, nr postępowania: 9090/IREZA1/10303/02941/21/P. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 lipca 2021 r., za numerem 2021/S 136-363036.

W dniu 27 grudnia 2021 r. odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Thales Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Thales Deutschland GmbH z siedzibą w Ditzingen, Niemcy – dalej „Odwołujący”. Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

1. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o. (dalej jako „Bombardier” lub „Przystępujący”) pomimo, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, po ewentualnym wezwaniu Bombardiera do wyjaśnień, o których mowa w punkcie 2, bowiem:

1.1. Harmonogram Realizacji Zadania Wykonawcy (dalej jako „HRZW”) załączony do oferty Bombardiera nie określa terminu realizacji zamówienia wg wymagań Zamawiającego, zaś zaoferowany okres realizacji zamówienia i jego poszczególnych Etapów jest krótszy, niż minimalne okresy realizacji narzucone przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia;

1.2. oferta Bombardiera nie uwzględnia wykonania istotnych prac polegających na adaptacji istniejących urządzeń Sterowania Ruchem Kolejowym („Srk”) do współpracy z systemem ERTMS/ETCS, których Bombardier nie wycenił w pozycji 3.4 oraz 4.1. Rozbicia Ceny Ofertowej (dalej jako „RCO”) - co czyni ofertę Bombardiera niezgodną z warunkami zamówienia, a także niemożliwą do porównania z prawidłowo wycenioną ofertą Thales;

1.3. oferta Bombardiera przewiduje udział podwykonawców w zakresie prac, co do których Zamawiający wymagał ich osobistego wykonania przez wykonawcę;

2. zaniechania wezwania Bombardiera do wyjaśnienia jego oferty w zakresie:

2.1. treści HRZW oraz zaoferowanego przez Bombardier okresu realizacji zamówienia, pomimo, że:

a) HRZW załączony do oferty nie zawiera określenia terminu realizacji zamówienia (w tym, w odniesieniu do jego poszczególnych Etapów), czego wymagał Zamawiający w Specyfikacji Warunków Zamówienia, Tom I „Instrukcja dla Wykonawców” (dalej odpowiednio jako „SWZ” oraz „IDW”);

b) okres (czas) realizacji zamówienia oraz jego poszczególnych Etapów, przedstawione przez Bombardiera w HRZW, w szczególności za pomocą pasków, są krótsze niż minimalne okresy wynikające z IDW;

2.2. prac wycenionych przez Bombardiera w pozycji 3.4 oraz 4.1. RCO, pomimo, że ich nadzwyczaj niska wartość budzi istotne wątpliwości co do tego, czy Bombardier uwzględnił w ww. pozycjach pełen zakres prac wymagany przez Zamawiającego, w szczególności związany z adaptacją istniejących urządzeń Srk do współpracy z systemem ERTMS/ETCS;

2.3. części zamówienia, które Bombardier zamierza zrealizować przy pomocy podwykonawców, pomimo, że zakres podwykonawstwa wskazany w JEDZ Bombardiera obejmuje prace, co do których Zamawiający wymagał ich osobistego wykonania przez wykonawcę;

3. zaproszenia Bombardiera do udziału w aukcji elektronicznej pomimo tego, że jego oferta podlega odrzuceniu z przyczyn wskazanych powyżej, zaś jej treść nie została przez Zamawiającego wyjaśniona;

4. zaniechania wezwania Bombardiera przed rozpoczęciem aukcji do uzupełnienia pełnomocnictwa wystawionego dla p. M. D. o wyraźne umocowanie do dokonywania wiążących postępień cenowych w trakcie aukcji, a w konsekwencji bezzasadnym dopuszczeniu ww. osoby do dokonywania w imieniu Bombardiera postępień cenowych w toku aukcji, która odbyła się dnia 20 grudnia b.r., pomimo nieposiadania przez p. M. D. umocowania do dokonywania tego rodzaju czynności;

5. przeprowadzenia w dniu 20 grudnia b.r. aukcji elektronicznej z udziałem Bombardiera, pomimo braku przesłanek warunkujących odbycie aukcji;

a ponadto z ostrożności procesowej również wobec:

6. bezpodstawnego przyznania Bombardierowi dodatkowych punktów w ramach kryterium oceny ofert pn. „Doświadczenie personelu Wykonawcy”, pomimo, iż osoba wskazana przez

Bombardiera w Wykazie personelu załączonym do oferty nie posiada doświadczenia, za które zgodnie z IDW Zamawiający może przyznać dodatkowe punkty;

7. zaniechania unieważnienia postępowania przez Zamawiającego pomimo, iż opis przedmiotu zamówienia ujęty w Programie funkcjonalno-użytkowym (dalej jako „PFU”) w zakresie dotyczącym adaptacji istniejących urządzeń Srk do współpracy z systemem ERTMS/ETCS jest wadliwy i nie pozwala na złożenie ofert możliwych do porównania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy pzp:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, poprzez jego niezastosowanie, w sytuacji, gdy oferta Bombardiera powinna zostać odrzucona, ze względu na to, że jest niezgodna z warunkami zamówienia określonymi w SWZ, tj.:

1) HRZW załączony do oferty Bombardiera nie spełnia wymogu wynikającego z pkt. 20.8.2.4 IDW co do tego aby HRZW zawierał nie tylko określenie czasu trwania wg HRZZ oraz wg HRZW, lecz również określenie terminu wg HRZZ oraz wg HRZW, który to termin został pominięty w HRZW Bombardiera;

2) okres realizacji Etapu 1, 2, 3 oraz całkowity czas realizacji zamówienia wskazane przez Bombardiera w HRZW załączonym do oferty zostały nadmiernie skrócone w stosunku do wymagań Zamawiającego wskazanych w Harmonogramie Realizacji Zadania Zamawiającego (dalej jako „HRZZ”) oraz konsekwentnie w IDW;

3) oferta złożona przez Bombardiera nie uwzględnia pełnego zakresu prac wymaganych do realizacji w ramach pozycji 3.4 oraz 4.1. RCO, co czyni tą ofertę niemożliwą do porównania z ofertą Thales, który w przeciwieństwie do Bombardiera prawidłowo rozeznał i wycenił zakres zamówienia;

4) Bombardier zaoferował realizację zamówienia z udziałem podwykonawców w odniesieniu do zadań objętych obowiązkiem ich osobistego wykonania przez wykonawcę z wykluczeniem podwykonawców.

2. art. 232 ust. 1 ustawy pzp, poprzez zaproszenie Bombardiera do udziału w aukcji elektronicznej, pomimo, iż jego oferta podlegała odrzuceniu z przyczyn wskazanych powyżej, a co najmniej konieczne było wyjaśnienie jej treści oraz uzupełnienie dokumentu pełnomocnictwa dla p. M. D. na wezwanie Zamawiającego, które jednak nie nastąpiło;

3. art. 16 pkt 1 ustawy pzp, poprzez nieuzasadnione, preferencyjne traktowanie Bombardiera, polegające na zaniechaniu odrzucenia jego oferty, a co najmniej jej

wyjaśnienia i prowadzące do naruszenia zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Z ostrożności procesowej, w razie uznania przez Izbę, że odrzucenie oferty Bombardiera z uwagi na jej niezgodność z IDW, bądź unieważnienie aukcji z przyczyn opisanych w odwołaniu, byłoby przedwczesne lub niemożliwe, względnie, że opis przedmiotu zamówienia obarczony jest wadą uniemożliwiającą złożenie porównywalnych ofert, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

4. art. 223 ust. 1 ustawy pzp, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania Bombardiera do złożenia wyjaśnień odnośnie treści oferty w części dotyczącej:

a) okresu i terminu realizacji zamówienia (oraz jego poszczególnych Etapów) w kontekście złożonego wraz z ofertą HRZW – a to w celu ustalenia okresu i terminu realizacji zamówienia (oraz jego poszczególnych Etapów) zaoferowanych przez Bombardiera i ich zgodności z wymaganiami IDW;

b) zakresu prac wycenionych przez Bombardiera w pozycjach 3.4 oraz 4.1 RCO – a to w celu ustalenia, czy jest on zgodny z wymaganiami Zamawiającego, w szczególności czy obejmuje adaptację istniejących urządzeń Srk do współpracy z systemem ERTMS/ETCS;

c) zakresu prac przewidzianego przez Bombardiera w dokumencie JEDZ do realizacji przez podwykonawców – a to w celu ustalenia, czy przewidziane w ofercie podwykonawstwo nie narusza obowiązku osobistego wykonania zamówienia przez wykonawcę w obszarach opisanych w punkcie 24.1. IDW;

5. art. 128 ust. 1 ustawy pzp, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania Bombardiera do uzupełnienia pełnomocnictwa dla p. M. D. w zakresie jednoznacznego umocowania do dokonywania przez tą osobę postępień cenowych w toku aukcji elektronicznej;

6. art. 255 pkt 6 ustawy pzp w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy pzp oraz art. 16 pkt 1 i 2 ustawy pzp, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie unieważnienia postępowania pomimo wadliwego opisu przedmiotu zamówienia uniemożliwiającego złożenie porównywalnych ofert, co powoduje, iż postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy o zamówienie publiczne.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia aukcji elektronicznej przeprowadzonej przez Zamawiającego w dniu 20 grudnia b.r.,
- 2) unieważnienia czynności zaproszenia wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej z dnia 14 grudnia 2021 r.,
- 3) odrzucenia oferty Bombardiera z uwagi na jej niezgodność z SWZ, po ewentualnym wezwaniu Bombardiera do wyjaśnienia i uzupełnienia treści oferty w zakresie opisanym w odwołaniu – jeżeli Izba uzna, że wezwanie takie byłoby zasadne na obecnym etapie,
- 4) dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej bez przeprowadzania aukcji, względnie po ponownym przeprowadzeniu aukcji z uwzględnieniem poprawionej punktacji przyznanej Bombardierowi w ramach kryterium pn. „Doświadczenie personelu Wykonawcy”.

Z ostrożności, na wypadek uznania przez Izbę, że opis przedmiotu zamówienia w zakresie dotyczącym adaptacji istniejących urządzeń Srk do współpracy z systemem ERTMS/ETCS jest niejednoznaczny i podlegać może różnej interpretacji, przez co niemożliwe jest precyzyjne ustalenie zakresu prac podlegających wycenie w RCO – Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania w oparciu o art. 255 pkt 6 ustawy pzp, bowiem wadliwy opis przedmiotu zamówienia w ww. zakresie uniemożliwił jednakowe i niewątpliwe rozpoznanie przez wszystkich wykonawców ich obowiązków, co doprowadziło do złożenia ofert uwzględniających różne zakresy prac, których nie sposób porównać.

Ponadto Odwołujący wniósł o:

1. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania na okoliczności wskazane w jego uzasadnieniu;
2. zobowiązanie Bombardiera do przedłożenia HRZW załączonego do oferty Bombardiera w wersji elektronicznej, pozwalającej na jego uruchomienie w programie Microsoft Project (lub innym równoważnym programie wykorzystanym przez Bombardiera do przygotowania HRZW załączonego do oferty tego wykonawcy);
3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa i zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał (uzasadnienie w zakresie zarzutów skierowanych do rozpoznania na rozprawie):

I. Niezgodność HRZW Bombardiera z warunkami zamówienia

1. Wymagania Zamawiającego dotyczące treści HRZW

1.1. Zamawiający określił w pkt 3 IDW, iż okres realizacji zamówienia wynosi maksymalnie 38 miesięcy od Daty Rozpoczęcia (zgodnie z Subklauzulą 8.1. Warunków Szczególnych Umowy, za Datę Rozpoczęcia uważać się będzie następnym dniem po podpisaniu Umowy przez drugą Stronę). Jednocześnie, wymaganym elementem oferty uczynił HRZW, który zgodnie z pkt 15.1 lit. e) IDW, wykonawcy zobowiązani byli załączyć do oferty, sporządzając go na podstawie załącznika nr 6 do IDW, w którym Zamawiający zamieścił wzorcowy HRZZ. Z kolei sporządzony przez Zamawiającego HRZZ przewidywał minimalny oraz maksymalny czas na wykonanie całości zamówienia, jak i jego poszczególnych Etapów, wskazując, że: • całkowity okres realizacji zamówienia wynosi minimum 34 miesiące, zaś maksymalnie 38 miesięcy; • okres realizacji Etapu 1 wynosi od 3 do 4 miesięcy; • okres realizacji Etapu 2 wynosi od 9 do 10 miesięcy; • okres realizacji Etapu 3 wynosi od 9 do 10 miesięcy; • okres realizacji Etapu 4 wynosi od 7 do 8 miesięcy; • okres realizacji Etapu 5 wynosi od 6 miesięcy.

1.2. Jak wynika z kolei z pkt 20.8. IDW, „Termin realizacji” stanowi jedno z trzech kryteriów oceny oferty, z którym HRZW składany przez wykonawców pozostaje ściśle związany. Zamawiający wymagał bowiem, aby w celu potwierdzenia możliwości skrócenia terminu realizacji zamówienia (zwanego zadaniem) oraz jego poszczególnych Etapów, wykonawcy przedstawili wraz z ofertą ww. HRZW, stworzony na podstawie HRZZ. Zamawiający zastrzegł przy tym wyraźnie, iż: „w przypadku, gdy Wykonawca zaproponuje w Formularzu Ofertowym termin realizacji powyżej 38 miesięcy lub poniżej 34 miesięcy - oferta zostanie odrzucona.” (pkt 20.8.2.1. IDW).

1.3. W kolejnych punktach IDW Zamawiający zawarł jednoznaczne wymagania dotyczące sposobu sporządzenia HRZW przez wykonawców, tj.:

a) w pkt 20.8.2.3 IDW Zamawiający wskazał m.in., że: wykonawca podczas tworzenia HRZW uwzględni wytyczne dotyczące: a) Czasu na Ukończenie (całkowitego terminu realizacji) oraz b) minimalnego i maksymalnego terminu na wykonanie poszczególnych Etapów, zgodnie z założeniami Subklauzuli 8.13 Warunków Umowy.

b) w pkt. 20.8.2.4 IDW Zamawiający wskazał m.in., że: • wykonawca jest zobowiązany do przedstawienia HRZW z zachowaniem wszystkich wytycznych podanych w punkcie 20.8.2.3 IDW oraz bazując na załączonym HRZZ; • HRZW zostanie przedstawiony w formie Wykresu Gantta z osią czasu o dokładności co najmniej jednego miesiąca oraz jednostką mierzoną w miesiącach; • na wykresie Gantta zadania planowane przez wykonawcę będą przedstawione za pomocą pasków lub punktów kontrolnych; • HRZW będzie zawierał porównanie przedstawionych przez Wykonawcę rozwiązań do założonych przez

Zamawiającego w HRZZ. Niezbędne do przedstawienia będą: - czas trwania wg HRZZ, - czas trwania wg HRZW, - termin wg HRZZ, - termin wg HRZW.

Zamawiający podkreślił jednocześnie, iż przedstawienie powyższych informacji w HRZW „pozwole zobrazować wprowadzone zmiany w terminach realizacji poszczególnych Etapów, jak również poprawność modyfikacji HRZZ.”

1.4. Jednocześnie w pkt 20.8.2.5. IDW Zamawiający przyjął następujące zasady weryfikacji HRZW: a) dokonanie oceny czy całkowity termin realizacji (Czas na Ukończenie) zawiera się w przedziale: od 34 do 38 miesięcy; jeżeli wykonawca zaproponuje całkowity termin realizacji (Czas na Ukończenie) powyżej 38 miesięcy lub poniżej 34 miesięcy – oferta zostanie odrzucona. b) dokonanie oceny czy zachowane zostały minimalne i maksymalne czasy trwania poszczególnych Etapów; jeżeli którykolwiek Etap zostanie wydłużony lub skrócony, niezgodnie z zapisami Subklauzuli 8.13 Warunków Umowy - oferta zostanie odrzucona.

1.5. W świetle powyższego, nie ulega wątpliwości, że HRZW stanowił część oferty, o ściśle określonej roli oraz wymaganej szczegółowo treści. Odnosząc się zaś do jego treści, Zamawiający po pierwsze wymagał, aby HRZW zawierał nie tylko całkowity czas przewidywany przez wykonawcę na realizację zamówienia i jego poszczególnych Etapów, lecz również terminy realizacji.

1.6. Konsekwentnie, złożenie przez wykonawcę HRZW nie zawierającego wszystkich wymaganych elementów, w szczególności nie przedstawiających terminu wykonania zamówienia oraz wszystkich Etapów (zgodnie z wymogiem IDW), czy też złożenie HRZW zawierającego okresy, bądź terminy realizacji nie mieszące się w przedziale od 34 do 38 miesięcy - skutkować powinno bezwzględnym odrzuceniem oferty, jako niezgodnej z treścią IDW, co Zamawiający wielokrotnie podkreślał w przywołanych powyżej postanowieniach IDW.

1.7. Jak zatem wynika z powyższego, na wykonawcach przygotowujących HRZW ciążył wymóg szczególnej precyzji i dokładności. Świadczą o tym liczne wymagania stawiane przez Zamawiającego w tym zakresie w IDW, związane z kolei z funkcją jaką spełniać miał HRZW w kontekście kryterium oceny ofert odnoszącym się do terminu realizacji. Tak doniosła rola HRZW zobowiązuje zatem wykonawców do szczególnej dbałości przy jego opracowaniu. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 24 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2326/17, KIO 2329/17. Staranności takiej nie zachował Bombardier, co skutkowało odrzuceniem jego oferty.

2. Brak wskazania w HRZW Bombardiera terminów wykonania zamówienia oraz jego poszczególnych Etapów

2.1. Z postanowień IDW przywołanych powyżej wynika jednoznaczny obowiązek wskazania przez wykonawców w HRZW nie tylko czasu trwania zamówienia i jego poszczególnych Etapów, lecz również terminu – wg HRZZ oraz HRZW (por. pkt 20.8.2.4 IDW). Zamawiający podkreślił dodatkowo w IDW, że informacje odnoszące się do czasu trwania oraz terminu są w treści HRZW „niezbędne”, zaś ich podanie przez wykonawcę miało pozwolić „zobrazować wprowadzone zmiany w terminach realizacji poszczególnych Etapów, jak również poprawność modyfikacji HRZZ.”

2.2. W ocenie Odwołującego, brak wskazania przez wykonawcę terminu powoduje, że HRZW jest dokumentem niekompletnym, a skoro stanowi on immanentną część oferty, to tym samym czyni niekompletną również samą ofertę, aktualizując obowiązek jej odrzucenia jako niezgodnej z warunkami zamówienia określonymi w IDW.

2.3. Jednocześnie Odwołujący zauważył, że wprawdzie Zamawiający nie zdefiniował co rozumie poprzez sformułowanie „termin”, niemniej, skoro wyraźnie rozróżnił „termin” od „czasu trwania”, to w ślad za definicją słownikową przyjęć należy, że „termin” stanowić powinien oznaczenie konkretnej daty, w której dana okoliczność ma nastąpić – w analizowanym przypadku chodzi o datę zrealizowania/zakończenia zamówienia, bądź jego poszczególnych Etapów (Takie rozumienie wynika również z Tomu II SWZ – Warunki Umowy (WU), w szczególności z Subklauzuli 8.13 WU, która określa terminy realizacji poszczególnych Etapów). Tym samym, posługując się wskazaną przez Zamawiającego jednostką czasu wynoszącą 1 miesiąc, wskazanie „terminu” wg HRZW polegać powinno na określeniu liczby miesięcy biegnących od konkretnego momentu na osi czasu – tak jak to uczynił w HRZW Thales. Przekładając to przykładowo na termin realizacji całości zamówienia, przyjmując jego maksymalne skrócenie dopuszczalne w IDW, w HRZW należało go określić jako 34 miesiące od Daty Rozpoczęcia.

2.4. HRZW załączony do oferty Bombardiera nie zawiera w swej treści terminu realizacji zamówienia oraz jego Etapów, jak tego wymagał w IDW Zamawiający. Brak ten ma doniosłe praktyczne znaczenie, bowiem w konsekwencji niemożliwe jest dokonanie przez Zamawiającego weryfikacji oferty wg zasad określonych w pkt 20.8.2.5. IDW, nakierowanej na ustalenie czy zaoferowane przez wykonawcę terminy uwzględniają terminy minimalne oraz maksymalne wynikające z IDW.

2.5. Skoro Bombardier nie wywiązał się z obowiązku umieszczenia w HRZW terminów wykonania zamówienia oraz jego poszczególnych Etapów, to uznać należy, że tak sporządzony HRZW jest sprzeczny z warunkami zamówienia wynikającymi z IDW, co aktualizuje obowiązek odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, a czego Zamawiający niezasadnie zaniechał.

2.6. Odwołujący wskazał dalej, że nawet gdyby uznać, iż rolę wymaganych w IDW terminów realizacji spełniać mogłyby paski widoczne po prawnej stronie HRZW przygotowanego przez Bombardiera (oznaczone w kolorze niebieskim), to zważywszy na daleko idącą niedokładność w ich opracowaniu, brak byłoby podstaw do ich uwzględnienia przy ocenie tego dokumentu. Jak bowiem Odwołujący szczegółowo wykazał w pkt 3 odwołania, długość pasków wygenerowanych przez Bombardiera w HRZW tak dla całego zamówienia, jak i dla Etapu 1, 2 oraz 3, nie odpowiada czasom trwania wskazanym przez tego wykonawcę w środkowej kolumnie HRZW, ani terminom zadeklarowanym w „Załączniku do oferty” (załącznik nr 2 do IDW). Co więcej, pomiędzy paskami obrazującymi poszczególne Etapy występują przerwy („puste” odstępy czasowe), stawiające pod znakiem zapytania wiarygodność informacji, jakie niosą ze sobą przedmiotowe paski w HRZW.

2.7. Tymczasem do istoty pojęcia „terminu”, w szczególności przewidzianego w sformalizowanym postępowaniu o zamówienie publiczne, należy jego precyzyjność, która całkowicie wyklucza się z niejednoznacznością pasków sporządzonych w HRZW Bombardiera.

2.8. Gdyby zaś paski te wziąć jednak pod uwagę, to ich analiza prowadzić musi do tego samego wniosku, a mianowicie o konieczności odrzucenia oferty Bombardiera jako niezgodnej z wymaganiami IDW, odnoszącymi się do minimalnych terminów realizacji zamówienia oraz jego Etapów.

2.9. Przyjmując więc wyżej zaprezentowane podejście, należy w ocenie Odwołującego uznać, że przygotowany przez Bombardiera dokument HRZW jest wadliwy, a przez to nieprzydatny dla Zamawiającego, który chciał za jego pomocą uzyskać precyzyjny obraz wprowadzonych przez wykonawców zmian w terminach realizacji poszczególnych Etapów i poprawności modyfikacji HRZZ.

3. Nadmierne skrócenie czasu na realizację zamówienia, wynikające z pasków uwzględnionych w HRZW Bombardiera

3.1. Przyjmując, że przedstawione przez Bombardiera w HRZW paski graficzne stanowią integralną część tego dokumentu, Odwołujący podniósł, że czasy realizacji całego

zamówienia oraz jego poszczególnych Etapów, wynikające z długości tych pasków, są krótsze, niż minimalne dopuszczalne czasy trwania wynikające z IDW, co skutkowało powinno odrzuceniem oferty tego wykonawcy.

3.2. Odnosząc się do ww. zarzutu, w pierwszej kolejności wyjaśnić należy, że HRZW został opracowany przez Bombardiera w programie Microsoft Project (względnie innym równoważnym programie do profesjonalnego harmonogramowania prac), stanowiącym jedną z najbardziej zaawansowanych platform zarządzania projektami, która pozwala na precyzyjne rozplanowanie przebiegu prac w danym projekcie z dokładnością co do jednego dnia. W przypadku korzystania z tego narzędzia, paski (słupki) stanowiące graficzne odzwierciedlenie harmonogramu prac, tworzy się poprzez wpisanie do arkusza danych konkretnej daty początkowej oraz końcowej dla okresu, który ma zostać objęty przez sporządzaną grafikę (pasek/słupek). Potwierdza to przygotowana przez Thales poglądowa prezentacja załączona do niniejszego odwołania, gdzie na str. 7 przedstawiono kolumny wymagane do uzupełnienia przez program Microsoft Project, co następuje poprzez wpisanie konkretnych dat, na podstawie których program automatycznie generuje harmonogram paskowy (wykresu Gantta). Jednocześnie Thales wyjaśnia, iż w HRZW Bombardiera kolumny te nie są widoczne, niemniej możliwe jest ich poglądowe odtworzenie na podstawie pasków widocznych w HRZW Bombardiera – co też Thales uczynił, przyjmując na potrzeby przedmiotowej prezentacji przykładowe daty, takie jakie prawdopodobnie przyjął Bombardier przygotowując swój HRZW.

Dowód: - Prezentacja podsumowująca wady w HRZW Bombardiera

3.3. Posłużenie się przez Bombardiera zaawansowanym programem do harmonogramowania sprawia, że wytworzenie pasków w HRZW musiało być poprzedzone doborem przez Bombardiera dla danego zadania konkretnej daty początkowej oraz końcowej, w oparciu o które program generował następnie paski, stanowiące graficzny odpowiednik konkretnego okresu czasu, możliwego do wyliczenia co do jednego dnia.

3.4. Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy, że długość pasków wygenerowanych przez Bombardiera w HRZW tak dla całego zamówienia, jak i dla Etapu 1, 2 oraz 3, nie odpowiada czasom trwania wskazanym przez tego wykonawcę w środkowej kolumnie HRZW (podanych w pełnych miesiącach), ani terminom zadeklarowanym w „Załączniku do oferty” (również podanym w pełnych miesiącach). Długość tychże pasków w żadnym przypadku nie obejmuje na wykresie Gantta pełnej liczby miesięcy, tj.: a) w zakresie czasu realizacji całego zamówienia – niepełne miesiące to: M1 i M34; b) w zakresie poszczególnych Etapów - niepełne miesiące to: • dla Etapu 1 – M1 i M3; • dla Etapu 2 – M4;

- dla Etapu 3 – M13. Skrócenie czasu trwania dla całego zamówienia oraz dla ww. Etapów zobrazowano na prezentacji załączonej do odwołania (strony od 4 do 6 włącznie).

Dowód: - Prezentacja podsumowująca wady w HRZW Bombardiera

3.5. Biorąc pod uwagę profesjonalizm oraz dokładność oprogramowania wykorzystanego przez Bombardiera do przygotowania HRZW, przyjęć należy, iż wykonawca ten świadomie i celowo skrócił powyższe „paskowe” czasy trwania. W konsekwencji należy skonstatować, że HRZW Bombardiera w części, w jakiej zawiera paski obrazujące czasy trwania poszczególnych zadań, odznacza się daleko idącą precyzyjnością w postaci dokładności tychże czasów co do jednego dnia realizacji zamówienia/Etapu. Jednocześnie, mając na uwadze, że paski Etapu 1, 2, 3 oraz czasu trwania całego zamówienia obejmują przynajmniej jeden niepełny miesiąc, to należy przyjąć, że czas realizacji wynikający z pasków wynosi odpowiednio: • dla całego zamówienia → 33 miesiące + x dni (lecz mniej niż 30 dni - Przyjęcie zmiennej X wynika z faktu, że Odwołujący nie może na podstawie HRZW złożonego przez Bombardiera wraz z ofertą stwierdzić o jaką dokładnie liczbę dni skrócił on długość realizacji zamówienia. W każdym jednak przypadku zmienna X będzie krótsza niż 30 dni) = czas realizacji krótszy niż minimum 34 miesiące wynikające z IDW - zgodnie ze zmianą SWZ nr 11 z 15 października 2021 r.; • dla Etapu 1 → 2 miesiące + x dni (lecz mniej niż 30 dni) = czas realizacji krótszy niż minimum 3 miesiące wynikające z IDW; • dla Etapu 2 → 8 miesięcy + x dni (lecz mniej niż 30 dni) = czas realizacji krótszy niż minimum 9 miesięcy wynikające z IDW; • dla Etapu 3 → 8 miesięcy + x dni (lecz mniej niż 30 dni) = czas realizacji krótszy niż minimum 9 miesięcy wynikające z IDW.

3.6. Mając na uwadze wymóg IDW co do tego, że: „Wykonawca podczas tworzenia HRZW uwzględni wytyczne dotyczące: (...) minimalnego i maksymalnego terminu na wykonanie poszczególnych Etapów, zgodnie z założeniami Subklauzuli 8.13 Warunków Umowy”, a także zasady weryfikacji HRZW przyjęte w IDW, należy jednoznacznie stwierdzić, że okresy realizacji wyznaczone przez Bombardiera na wykresie Gantta nie spełniają minimalnych wymogów narzuconych przez Zmawiającego.

3.7. Odwołujący podniósł, że wskazane na paskach wartości są niespójne z długością poszczególnych Etapów zadeklarowaną przez Bombardiera w środkowej kolumnie tabeli HRZW, Załączniku do oferty, jak i w samym formularzu oferty. Niemniej to wykres Gantta z uwagi na zastosowany przez Bombardiera profesjonalny i precyzyjny program projektowy stanowi najdokładniejsze odzwierciedlenie jego woli odnośnie długości terminów realizacji poszczególnych zadań. W takim ujęciu nasuwa się wniosek, że liczby miesięcy zadeklarowane w tabeli HRZW, formularzu oferty oraz Załączniku do oferty musiały zostać

niezasadnie zaokrąglone i nie mogą zostać uznane za decydujące dla interpretacji woli wyrażonej przez Bombardiera.

3.8. Z powyższym wiąże się jeszcze jedna kwestia. Terminy ustalone przez Bombardiera przekładają się bezpośrednio na liczbę punktów przyznanych w jednym z trzech kryteriów oceny ofert o wadze 30%. Przyjęcie poglądu, że Bombardier mógł bez żadnych konsekwencji dopuścić się tak poważnej niedokładności, a mimo to otrzymać za to kryterium najwyższą liczbę punktów, stanowiłoby jaskrawe naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

3.9. Z powyższych przyczyn za odrzuceniem oferty Bombardiera przemawia nie tylko jednoznaczna treść SWZ, ale również wzgląd na ochronę podstawowych wartości kluczowych z punktu widzenia prawa zamówień publicznych.

4. Niemożliwość uzupełnienia ani poprawienia HRZW w trybie art. 223 ust. 2 ustawy pzp.

4.1. Odwołujący podniósł, że rozpatrywane uchybienie Bombardiera nie może zostać ani uzupełnione, ani poprawione przez Zamawiającego jako oczywista omyłka pisarska, bądź jako tzw. „inna omyłka”, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp.

4.2. HRZW stanowi integralną część oferty, na podstawie której Zamawiający przyznaje punkty w ramach kryteriów oceny ofert. Na obecnym etapie nie jest zatem możliwe uzupełnienie tego dokumentu poprzez przedłożenie przez Bombardiera nowego HRZW, zawierającego wszystkie wymagane elementy (w tym brakujące terminy realizacji), z uwzględnieniem minimalnych i maksymalnych czasów trwania narzuconych w IDW. Prowadziłoby to bowiem do niedopuszczalnej zmiany treści oferty po terminie jej złożenia.

4.3. Zważywszy na rolę przedmiotowego dokumentu, dostrzeżone przez Thales wady nie mogą być również poprawione przez Zamawiającego. Zgodnie bowiem z utrwalonym orzecznictwem KIO, „(...) o omyłce można mówić, gdy jest ona jednoznaczna dla każdego i każdy taką omyłkę powinien jednakowo poprawić. Jeżeli dochodzi do różnic w traktowaniu czegoś jako omyłki, to trudno mówić, że mamy do czynienia z omyłką. Co istotne, zarówno omyłki pisarskie, jak i rachunkowe muszą cechować się oczywistością. Istotą uznania dokonanej omyłki za oczywistą, jest możliwość jej stwierdzenia bez specjalistycznej wiedzy oraz jej bezsporność (por. I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualny, s. 562-563).” Tak KIO w wyroku z dnia 4 czerwca 2021 r. (sygn. akt: KIO 1234/21). Natomiast odnośnie tzw. „innej omyłki”, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp, dopuszczalność jej poprawienia uzależniona jest od tego, „(...) czy omyłka jest możliwa do poprawienia samodzielnie przez zamawiającego i czy poprawienie

tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.” Tak KIO w wyroku z dnia 15 kwietnia 2014 r. (sygn. akt: KIO 643/14).

4.4. Rozpatrywane uchybienia w HRZW Bombardiera nie są ani bezsporne, ani możliwe do poprawienia samodzielnie przez Zamawiającego. Biorąc bowiem pod uwagę precyzyjność programu Microsoft Project (bądź innego równoważnego) oraz okoliczność, że Bombardier przyjął stopień dokładności wyższy niż oczekiwany przez Zamawiającego – tj. co do jednego dnia, liczba możliwych wariantów ewentualnej poprawki nie pozwala na samodzielne odtworzenie woli Bombardiera.

4.5. Jak podkreśliła KIO w cytowanym już wcześniej wyroku zapadłym na tle zbliżonego stanu faktycznego: „Jako dodatkowo przesądzającą o oddaleniu odwołania Izba uwzględniła argumentację Zamawiającego, że chcąc poprawić omyłkę musiałby z góry znać wynik poprawy. Możliwe terminy skrócenia realizacji to: zero miesięcy, jeden miesiąc, dwa miesiące i trzy miesiące. Zamawiający chcąc poprawić ofertę Odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie miał wystarczających podstaw do uznania że skrócenie 12 miesięczne powinien zastąpić trzymiesięcznym. (...) Biorąc pod uwagę, że Zamawiający miał do dyspozycji cztery możliwe kombinacje skrócenia terminu w ofercie Odwołującego to należy zgodzić się z jego stanowiskiem, że zwrócenie się w tej materii do Odwołującego o zajęcie stanowiska i dokonanie wyboru ilości miesięcy skrócenia realizacji zadania w praktyce oznaczałoby przeprowadzenie zabronionych w art. 87 ust. 1 Pzp negocjacji treści oferty.” Por. wyrok KIO z dnia 24 listopada 2017 r. (sygn. akt: KIO 2326/17, KIO 2329/17).

4.6. Z uwagi na przyjęcie przez Bombardiera w HRZW dokładności co do jednego dnia, a nie miesiąca, liczba potencjalnych kombinacji poprawek wynosi nie cztery, ale kilkadziesiąt, czyniąc niemożliwym wprowadzenie ewentualnych poprawek na podstawie art. 223 ust. 1 i 2 ustawy pzp.

II. Złożenie oferty niezgodnej z zakresem prac wynikającym z PFU oraz uwzględnionym w RCO

1. Obowiązek uwzględnienia w ofercie oraz w wycenie przedstawianej w RCO prac związanych z adaptacją istniejących urządzeń Srk do współpracy z systemem ERTMS/ETCS.

1.1. Jak wywieść można z treści pkt 4.2, ppkt 8 PFU, w zakresie zamówienia mieści się dokonanie przez wykonawcę adaptacji istniejących urządzeń Srk do współpracy z systemem ERTMS/ETCS. Zgodnie bowiem z ww. punktem PFU: „W ramach zamówienia Wykonawca

odpowiedzialny jest za powiązanie i integrację urządzeń systemu ERTMS/ETCS poziom 2 z urządzeniami sterowania ruchem kolejowym warstwy podstawowej.”

1.2. Obowiązek wykonawcy w zakresie dokonania przedmiotowej adaptacji potwierdzają również wyjaśnienia Zamawiającego udzielone w związku z pytaniami kierowanymi w tym zakresie przez wykonawców. Odwołujący wskazał na wyjaśnienia Zamawiającego dot. treści SWZ z dnia 20 września 2021 r., gdzie w odpowiedziach nr 242, 243 oraz 244 Zamawiający wyjaśnił, że istniejące urządzenia Srk warstwy podstawowej na linii nie są dostosowane do interfejsu CBI/CBR oraz że w ramach realizowanego zamówienia „Wykonawca zobowiązany jest do realizacji powiązania systemu ETCS poziom 2 z urządzeniami warstwy podstawowej zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt 4.2, ppkt 8 oraz pkt 4.11, ppkt 1 Tomu III SWZ - Programu funkcjonalno-użytkowego (PFU).” (dalej jako „Wyjaśnienia Zamawiającego”).

Dowód: - Wyjaśnienia Zamawiającego do SWZ z dnia 20.09.2021 r.

1.3. Zgodnie natomiast z przywołanym powyżej pkt. 4.11 ppkt 1 PFU: „Urządzenia systemu ERTMS/ETCS poziom 2 muszą współpracować z urządzeniami SRK zgodnie z protokołem Euroradio+/Subset098 oraz specyfikacją warstwy aplikacji interfejsu RBC – nastawnica (załącznik nr 3) na którą składają się następujące dokumenty:

- „CBI-CBR Interface. Top Level Specification”,
- „EGO Protocol. Interface Specification”,
- „Interface Specification CBI-CBR Interface, Application layer”.

1.4. Jak też wynika z przebiegu posiedzenia, jakie odbyło się przed KIO w związku z odwołaniami Thales oraz Bombardier, jakie wykonawcy ci złożyli wobec treści Wyjaśnień Zamawiającego, Zamawiający stał na stanowisku, że o ile pozostawia wykonawcom swobodę jeżeli chodzi o zastosowane rozwiązania techniczne, to niemniej oczekuje od wykonawców aby urządzenia Srk były powiązane z systemem ERTMS. Jednocześnie Zamawiający wskazywał na obowiązki wykonawców wynikające z ww. pkt. 4.2. ppkt 8 oraz pkt. 4.11 ppkt 1 PFU podkreślając, że dotyczą one wszystkich urządzeń Srk.

Dowód: - protokół posiedzenia KIO z dnia 27.10.2021, odbytego w połączonych sprawach o sygn. akt: KIO 2819/21, 2824/21, KIO 2894/21, KIO 2895/21.

1.5. Wyjaśnienia Zamawiającego oraz jego stanowisko zaprezentowane na posiedzeniu przed KIO, mogły budzić wątpliwości co do ich spójności z wcześniejszymi zmianami jakie Zamawiający wprowadził do treści PFU (chodzi o Zmianę nr 4 do SWZ z 27.08.2021 r., pkt. 3 oraz pkt. 4). Co jednak istotne, Zamawiający nie dokonał jednak jednoznacznego wyłączenia

ww. prac adaptacyjnych z zakresu zamówienia, a w odpowiedzi nr 243 zawartej w Wyjaśnieniach Zamawiającego, na prośbę wykonawcy o potwierdzenie, że w ofercie składanej w Postępowaniu nie należy uwzględniać kosztów dostosowania urządzeń Srk do współpracy z systemem ERTMS/ETCS (konkretnej współpracy z urządzeniami RBC), Zamawiający udzielił odpowiedzi w brzmieniu: „Zamawiający nie potwierdza”. Tym samym, należało przyjąć, że zakres ten należy do obowiązków wykonawcy i podlega wycenie w RCO składanym wraz z ofertą, jako element prac przewidzianych w pozycji nr 3.4 oraz 4.1 RCO. Takie też założenie przyjął Thales, składając ofertę, która uwzględniała ten element prac. Odwołujący zaznaczył, iż powyżej wspomniane pozycje RCO są jedynymi dotyczącymi prac w urządzeniach RBC, a więc również jedynymi, w ramach których należy wycenić dostosowanie warstwy srk do współpracy z systemem ERTMS/ETCS.

1.6. Tymczasem analiza RCO załączonego do oferty Bombardiera prowadzi do wniosku, iż oferta tego wykonawcy nie obejmuje wykonania ww. prac adaptacyjnych w wymaganym przez Zamawiającego zakresie, a co najmniej okoliczność ta budzi poważne wątpliwości i powinna być wyjaśniona przez Zamawiającego jeszcze przed aukcją, czego Zamawiający zaniechał.

1.7. W tym kontekście Odwołujący wskazuje, że w RCO załączonym do oferty (a więc jeszcze przed aukcją) Bombardier wycenił sporne pozycje nr 3.4 oraz 4.1. RCO w następujący sposób:

4.1	Testy wewnętrzne w laboratorium Wykonawcy	kwota ryczałtowa	7 845 180,00
3.4	Urządzenia centrum sterowania radiowego (RBC) - Dostawa, zabudowa i uruchomienie	kwota ryczałtowa	24 829 270,00

1.8. Biorąc pod uwagę wyniki aukcji elektronicznej, powyższe ceny należy obniżyć o ok. 28%. Po aukcji wynoszą one zatem odpowiednio:

- pozycja 3.4 RCO – ok. 17,9 mln zł;
 - pozycja 4.1 RCO – ok. 5,6 mln zł;
- co razem za obie te pozycje daje kwotę w wysokości ok. 24 mln zł.

1.9. Powyższa kwota łączna (ok. 24 mln zł) istotnie odbiega od wyceny dokonanej przez Bombardiera na podobny zakres prac (tj. związany z adaptacją urządzeń Srk do współpracy z systemem ETCS), w ramach Zadania pn. „Zaprojektowanie i zabudowa półsprzęgu interfejsu po stronie istniejących urządzeń sterowania ruchem kolejowym produkcji Bombardier Transportation (ZWUS) Polska.” dla urządzeń na linii Warszawa Zachodnia – Koluszki w km 3,900 – 104,918 linii nr 1 i Koluszki – Łódź Widzew w km 26,400 – 7,200 linii

nr 17. Zadanie to Zamawiający powierzył Bombardier do wykonania w trybie zamówienia z wolnej ręki, zaś dostosowanie urządzeń Skr Bombardier wycenił w związku z otrzymanym Zadaniem na kwotę 35,3 mln zł za dostosowanie 8 nastawnic produkcji Bombardier do współdziałania z systemem ETCS (produkcji Thales). Dzieląc ww. kwotę 35,3 mln zł przez liczbę nastawnic/systemów zależnościowych jakie Bombardier miał do dostosowania w ramach ww. Zadania (tj. 8 sztuk), otrzymujemy realny koszt dostosowania 1 nastawnicy na poziomie 4,4 mln zł ($35,3 \text{ mln zł} / 8 \text{ nastawnic} = 4,4 \text{ mln zł}$).

Dowód: - Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w trybie z wolnej ręki firmie Bombardier.

1.10. Dalej Odwołujący wyjaśnił, że jak wynika z zapytania ofertowego Bombardiera przesłanego do Odwołującego w związku z ofertą przygotowywaną na potrzeby Postępowania (i planowanego podzlecenia przedmiotowej adaptacji firmie Thales), Bombardier zakładał dostosowanie 10 sztuk systemów zależnościowych (nastawnic) – co wynika ze str. 2 tegoż zapytania, tiret drugie, gdzie mowa o koniecznej obsłudze w AUI czterech systemów zależnościowych dla LCS Warszawa Okęcie i sześciu systemów zależnościowych dla LCS Radom.

Dowód: - Zapytanie ofertowe Bombardier z dnia 22 października 2021 r. skierowane do Thales przed złożeniem oferty w Postępowaniu.

1.11. Zestawiając powyższe, w ocenie Odwołującego przyjąć należy, że gdyby Bombardier uwzględnił w ofercie składanej w Postępowaniu adaptację istniejących urządzeń Skr jak tego wymagał Zamawiający w PFU, to koszt tych prac wynosić powinien około 44 mln zł, a co wynika z przemnożenia ww. kwoty 4,4 mln za dostosowanie 1 nastawnicy (systemu zależnościowego) przez liczbę 10 sztuk systemów zależnościowych (nastawnic) przewidzianych do wykonania w ramach Postępowania. Tymczasem jak wskazano w pkt 1.8. powyżej, pozycje 3.4. oraz 4.1. RCO zostały przez Bombardiera wycenione w sumie na kwotę niemalże dwukrotnie niższą (tj. około 24 mln zł po aukcji).

1.12. Odwołujący wskazał, iż w podanych pozycjach RCO, oprócz zakresu związanego z dostosowaniem urządzeń warstwy podstawowej (niejako stanowiącego zakres dodatkowy, umożliwiający zabudowę głównego komponentu), należało ująć również inne prace stanowiące główny zakres zadania, takie prace jak: dostawa, zabudowa i uruchomienie samych urządzeń RBC (główny komponent systemu ETCS poziomu 2), stworzenia aplikacji systemu ETCS jej walidacji, dowodu bezpieczeństwa, systemu diagnostyki, zabudowę systemu zasilania, klimatyzacji, systemów przeciwpożarowych i antywłamaniowych. Tym

bardziej zatem nie jest możliwe, aby kwota 24 mln zł była wystarczająca do pokrycia kosztów wykonania ww. prac oraz jeszcze spornej adaptacji istniejących urządzeń Srk.

1.13. Dodatkowym argumentem na niekorzyść Bombardiera jest również zdaniem Odwołującego fakt, iż w odpowiedzi na ww. zapytanie ofertowe z 22 października 2021 r. Thales złożył Bombardierowi wycenę, w zakresie której mieściło się wykonanie przez Thales (jako podwykonawcy) spornej adaptacji urządzeń Srk do współdziałania z systemem ETCS. Thales przedstawiając wspomnianą wycenę, przedstawił również RCO, gdzie wskazane powyżej pozycje 3.4 oraz 4.1 wycenione zostały przez Thales łącznie na poziomie 30 mln zł.

Dowód: - Informacja handlowa Thales z dnia 15 listopada 2021 r.

1.14. Biorąc pod uwagę powyższe, w żadnym przypadku kwota zaoferowana przez Bombardiera w RCO (z uwzględnieniem obniżki ceny dokonanej w aukcji) nie jest wystarczającą na pokrycie zakresu prac związanego z adaptacją istniejących urządzeń Srk do współpracy z systemem ETCS. Okoliczność ta świadczy o pominięciu w ofercie Bombardiera tego zakresu prac, co czyni ofertę tego wykonawcy niezgodną z warunkami zamówienia, aktualizując przesłanki do jej odrzucenia, którego jednak Zamawiający zaniechał.

1.15. Odwołujący domyśla się, że Bombardier pominął przedmiotowy zakres prac w swojej ofercie, próbując wykorzystać niejasności interpretacyjne jakie mogły wynikać z przywołanej wcześniej treści PFU, Zmiany nr 4 do SWZ oraz Wyjaśnień Zamawiającego, które zresztą doprowadziły ostatecznie do złożenia przez Thales oraz Bombardiera wspomnianych odwołań do KIO. Znamienne przy tym, że Bombardier domagał się w swym odwołaniu z dnia 30 września 2021 r. potwierdzenia przez Zamawiającego, że zakres zamówienia objętego Postępowaniem nie obejmuje zaprojektowania i wykonania przez wykonawcę adaptacji istniejących urządzeń Srk do współpracy z systemem ERTMS/ETCS poziom 2 oraz że urządzenia warstwy podstawowej sterowania ruchem kolejowym będą dostosowane do współpracy z systemem ERTMS/ETCS przez Zamawiającego. Ze względów formalnych nie doszło jednak do merytorycznego rozpoznania odwołań. Skład KIO orzekający w połączonych sprawach stwierdził bowiem, iż oba odwołania zostały złożone po upływie ustawowego terminu, wydając w dniu 27 października 2021 r. postanowienie o ich odrzuceniu.

Dowód: - kopia odwołania Thales z dnia 30.09.2021 r. (sprawa o sygn. akt: KIO 2895/21);

- kopia odwołania Bombardier z dnia 30.09.2021 r. (sprawa o sygn. akt: KIO 2894/21);

- kopia postanowienia KIO z dnia 27.10.2021 r. (sygn. akt: KIO 2894/21, KIO 2895/21).

1.16. Wobec ww. niejasności, które nie zostały ostatecznie rozstrzygnięte przez KIO pomimo odwołań złożonych przez obu wykonawców, tym bardziej oczekiwać należało od Zamawiającego wykazania szczególnej staranności przy badaniu ofert wykonawców w zakresie wyceny wskazywanej w ww. pozycji nr 3.4. oraz 4.1. RCO. W tym zaś kontekście fakt zaoferowania przez Bombardiera tak istotnie zaniżonej wyceny tych pozycji powinien skłonić Zamawiającego co najmniej do wezwania Bombardiera do wyjaśnień w celu ustalenia, czy jego oferta uwzględnia wykonanie wymaganej adaptacji istniejących urządzeń Srk do współpracy z systemem ERTMS/ETCS, czego jednak Zamawiający nie uczynił. Pominięcie natomiast tych prac przez Bombardiera czyni jego ofertę niezgodną z warunkami zamówienia, a także niemożliwą do porównania z prawidłowo wycenioną ofertą Thales, co skutkowało powinno jej odrzuceniem, nie zaś zaproszeniem Bombardiera do udziału w aukcji.

1.17. Na zakończenie tej części, z ostrożności procesowej, na wypadek uznania przez Izbę, że w istocie treść PFU oraz Wyjaśnienia Zamawiającego, w powiązaniu z jego stanowiskiem wyrażonym na posiedzeniu KIO w dniu 27 października 2021 r., budzą istotne wątpliwości odnośnie tego, czy zakres zamówienia obejmuje wykonanie spornej adaptacji, co z kolei spowodować mogło przyjmowanie przez wykonawców rozbieżnych założeń co do zakresu wycenianego zamówienia - Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie unieważnienia Postępowania z uwagi na niemożliwą do usunięcia wadę, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy o zamówienie publiczne. Istnienie tego rodzaju wątpliwości dotyczących prac o niebagatelnej wartości uniemożliwia bowiem złożenie porównywalnych ofert. Dokonanie w takich okolicznościach wyboru oferty najkorzystniejszej stanowiłoby rażące naruszenie zasady uczciwej konkurencji.

III. Naruszenie obowiązku osobistego wykonania części prac przez wykonawcę

1. Postanowienia IDW dot. osobistego wykonania części prac przez wykonawcę

1.1. W punkcie 24.1 IDW pn. „Podwykonawstwo”, Zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę następujących części zamówienia: a) Inwentaryzacji; b) Szczegółowej koncepcji wyposażenia linii; c) Aktualizacji Scenariuszy Operacyjnych; Aktualizacji Przypadków Testowych; d) Robót budowlanych ERTMS/ETCS poziom 2 dot. Urządzenia centrum sterowania radiowego (RBC) - Dostawa, zabudowa i uruchomienie; e) Przeprowadzenia testów wewnętrznych w laboratorium Wykonawcy; f) Przeprowadzenia testów funkcjonalno-integracyjnych z systemem GSM-R; g) Przeprowadzenia szkoleń personelu użytkownika.

1.2. Wobec powyższego, podwykonawstwo zostało przez Zamawiającego ograniczone jedynie do tych prac, które nie zostały objęte powyższym zastrzeżeniem. Co przy tym istotne, części zamówienia wskazane przez Zamawiającego do osobistego wykonania odpowiadają pozycjom numer 1.1, 1.2, 1.3, 3.4, 4.1, 4.2, oraz 6 RCO zdefiniowanym w Tomie IV SWZ.

TOM I INSTRUKCJA DLA WYKONAWCÓW (IDW)
TOM II WARUNKI UMOWY (WU)
TOM III PROGRAM FUNKCJONALNO UŻYTKOWY (PFU)
TOM IV ROZBICIE CENY OFERTOWEJ (RCO)

Poz.	Opis zadania	Jednostka	War
1	2	3	
1	Wykonanie prac przedprojektowych (suma poz. 1.1 -1.3)		
1.1	Inwentaryzacja	kwota ryczałtowa	
1.2	Szczegółowa Koncepcja Wyposażenia Linii	kwota ryczałtowa	
1.3	Aktualizacja Scenariuszy Operacyjnych; Aktualizacja Przypadków Testowych	kwota ryczałtowa	
2	Wykonanie prac projektowych (suma poz. 2.1-2.2)		
2.1	Projekty budowlane	kwota ryczałtowa	
2.2	Projekty wykonawcze	kwota ryczałtowa	
3	Roboty budowlane ERTMS/ETCS poziom 2 (suma poz. 3.1.-3.5)		
3.1	Urządzenia przytorowe systemu ERTMS/ETCS - balisy wraz z oprogramowaniem	kwota ryczałtowa	
3.2	Urządzenia przytorowe systemu ERTMS/ETCS - kodery LEU wraz z oprogramowaniem	kwota ryczałtowa	
3.3	Zabudowa kabli balisowych	kwota ryczałtowa	
3.4	Urządzenia centrum sterowania radiowego (RBC) - Dostawa, zabudowa i uruchomienie	kwota ryczałtowa	
3.5	Demontaż zbędnej infrastruktury	kwota ryczałtowa	
4.	Przeprowadzenie testów (suma poz. 4.1.-4.2)		
4.1	Testy wewnętrzne w laboratorium Wykonawcy	kwota ryczałtowa	
4.2	Testy funkcjonalno-integracyjne z systemem GSM-R	kwota ryczałtowa	
5	Dokumentacja powykonawcza, kołaudat	kwota ryczałtowa	
6	Szkolenie personelu użytkownika	kwota ryczałtowa	
7	Dostawa sprzętu specjalistycznego wraz z DTR	kwota ryczałtowa	
8	Kwota warunkowa		
9	Kwota łączna netto (suma pozycji 1-8)		
10	Wartość podatku VAT (23%)		
11	Wartość łączna brutto		

2. Naruszenie przez Bombardiera obowiązku osobistego wykonania

2.1. Jak wynika z dokumentu JEDZ złożonego wraz z ofertą (Część II, Sekcja D: INFORMACJE DOTYCZĄCE PODWYKONAWCÓW, NA KTÓRYCH ZDOLNOŚCI WYKONAWCA NIE POLEGA), Bombardier wskazał zakresy planowane do podzlecenia, wymieniając wśród nich m.in.: • Prace projektowe, • Roboty budowlano-montażowe, • Udział w powiązaniu i integracji urządzeń systemu ERTMS/ETCS poziom 2 z urządzeniami sterowania ruchem kolejowym warstwy podstawowej.

2.2. W powyższym kontekście Odwołujący zauważył, że Bombardier wskazał na powyższe zakresy w sposób ogólny, a zarazem szeroki, nie wyłączając z tychże zakresów żadnych prac, w szczególności tych, które Zamawiający objął obowiązkiem osobistego wykonania.

2.3. Analiza powyżej przytoczonego fragmentu oferty Bombardiera skłania w ocenie Odwołującego do wniosku, iż wykonawca ten zamierza zlecić do wykonania podwykonawcom zakresy, które Zamawiający określił jako przeznaczone do wykonania osobiście przez wykonawcę. Taka interpretacja wynika nie tylko z literalnego brzmienia zakresów wskazanych przez Bombardiera w Części II, Sekcja D JEDZa, lecz jest uzasadniona także zakresem prac opisanych w Tomie III SWZ „Program Funkcjonalno - Użytkowy” (PFU).

Ad prace projektowe

2.4. W zakresie podzleconych przez Bombardier prac projektowych, zgodnie z treścią PFU:

a) pkt 4.1.1 na str. 21 PFU – jako prace projektowe Zamawiający kwalifikuje m.in.: inwentaryzację oraz dokumentację wstępną (tj. zakres objęty w pkt 24.1 IDW obowiązkiem osobistego wykonania);

b) pkt. 3.2.1, 3.2.2, 3.2.3, 3.2.4 na str. 22 PFU – w skład dokumentacji wstępnej wchodzi z kolei koncepcja wyposażania linii, zasady przygotowania danych dla systemu ERTMS/ETCS, scenariusze operacyjne dla systemu ERTMS/ETCS oraz Przypadki Testowe dla systemu ERTMS/ETCS.

Tak więc skoro Bombardier wskazał w JEDZ, iż planuje podzlecić „prace projektowe”, to tym samym podzleca również zakres objęty koniecznością osobistego wykonania w następującym zakresie wycenionym w RCO: • inwentaryzacje, • szczegółową koncepcję wyposażenia linii, • aktualizacje scenariuszy operacyjnych i przypadków testowych.

Ad roboty budowlano-montażowe

2.5. Również kolejny zakres wskazany przez Bombardiera jako zlecany podmiotom trzecim, obejmujący roboty budowlano – montażowe odnosi się do prac objętych obowiązkiem osobistego wykonania przez wykonawcę. Patrząc na wzór RCO zaproponowany przez Zamawiającego, całość prac rozumianych jako budowlano – montażowe zdefiniowana została w pozycji zbiorczej numer 3 RCO pn. „Roboty budowlane ERTMS/ETCS poziom 2”. Ponownie Odwołujący zwrócił uwagę, iż wśród tych pozycji Zamawiający przewidział jedną, na której podzlecenie nie wyraża zgody - jest to pozycja nr 3.4 RCO pn. „Urządzenia centrum sterowania radiowego (RBC) - Dostawa, zabudowa i uruchomienie”, zgodna w treści

z zakresem zdefiniowanym w pkt. 24.1. IDW, ppkt 4) i jednoznacznie zakazanym do podzlecenia.

Ad Udział w powiązaniu i integracji urządzeń systemu ERTMS/ETCS poziom 2 z urządzeniami sterowania ruchem kolejowym warstwy podstawowej

2.6. Niezależnie od powyższego, Odwołujący zwrócił uwagę na kolejne wątpliwości, które nie powinny być pozostawione bez wyjaśnienia przed zaproszeniem Bombardiera do aukcji. Mianowicie pkt. 3.4 RCO jako jedyny w całym RCO, dotyczy zabudowy urządzeń RBC. Urządzenia RBC są urządzeniami z którymi powiązać należy urządzenia warstwy podstawowej. Z kolei prace obejmujące „Udział w powiązaniu i integracji urządzeń systemu ERTMS/ETCS poziom 2 z urządzeniami sterowania ruchem kolejowym warstwy podstawowej”, Bombardier wskazał w JEDZ jako element przewidziany do podzlecenia firmie Thales Polska, co bezsprzecznie stanowi naruszenie pkt. 24.1 IDW w zakresie ppkt 4) pn. „Roboty budowlane ERTMS/ETCS poziom 2 dot. Urządzenia centrum sterowania radiowego (RBC) - Dostawa, zabudowa i uruchomienie.”

2.7. Powyższe dowodzi sprzeczności oferty Bombardiera z warunkami zamówienia określonymi w pkt 24.1 IDW, polegającej na zaoferowaniu realizacji zamówienia przy pomocy podwykonawców w obszarach, dla których Zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania prac przez wykonawcę. Naruszenie tego obowiązku przez Bombardiera skutkować zatem powinno odrzuceniem jego oferty, czego Zamawiający zaniechał, nie wzywając Bombardiera nawet do wyjaśnienia oferty w tym zakresie.

2.8. Odwołujący podkreślił, iż zakres przewidziany przez wykonawców do podzlecenia powinien być zdefiniowany jak najdokładniej tak, aby Zamawiający nie miał wątpliwości, iż oferent nie planuje podzlecić zakresu objętego koniecznością osobistego wykonania. Za przykład może posłużyć tu oferta złożona przez Thales Polska w zakresie prac podzlecanych, bazująca na RCO Zamawiającego. Skoro zaś Bombardier określił zakres podwykonawstwa w sposób ogólny a zarazem szeroki, to powinien ponieść tego konsekwencje w postaci odrzucenia jego oferty.

W dniu 7 stycznia 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

W dniu 12 stycznia 2022 r. Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonym piśmie oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO: 2225/21, dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami (w tym dowody: Prezentacja podsumowująca wady w HRZW Bombardiera, protokół posiedzenia KIO z dnia 27.10.2021, odbytego w połączonych sprawach o sygn. akt: KIO 2819/21, 2824/21, KIO 2894/21, KIO 2895/21, ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w trybie z wolnej ręki firmie Bombardier, zapytanie ofertowe Bombardier z dnia 22 października 2021 r. skierowane do Thales przed złożeniem oferty w Postępowaniu, informacja handlowa Thales z dnia 15 listopada 2021 r., kopia odwołania Thales z dnia 30.09.2021 r. (sprawa o sygn. akt: KIO 2895/21), kopia odwołania Bombardier z dnia 30.09.2021 r. (sprawa o sygn. akt: KIO 2894/21), kopia postanowienia KIO z dnia 27.10.2021 r. (sygn. akt: KIO 2894/21, KIO 2895/21)), odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpienia wraz z załącznikami, pismo procesowe Przystępującego oraz dowody złożone przez Odwołującego (odpowiedź Odwołującego na zapytanie ofertowe w zakresie przypisania odpowiednich prac do pozycji RCO (oferta handlowa), porównanie zakresu prac z przedmiotowego postępowania oraz na linii kolejowej nr 1, wycena prac adaptacyjnych dla L8 na bazie L1), i Zamawiającego (umowa oraz aneks do umowy dotyczący zamówienia w zakresie linii L1 Warszawa-Łódź Widzew) na rozprawie.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

W związku ze złożeniem przez Odwołującego w dniu 12 stycznia 2022 r. na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego oświadczenia o wycofaniu zarzutów dotyczących pełnomocnictwa dla osoby dokonującej postępień w trakcie aukcji elektronicznej w imieniu Przystępującego oraz w zakresie zarzutów dotyczących przyznania Przystępującemu dodatkowych punktów w ramach kryterium oceny ofert pn. „Doświadczenie personelu Wykonawcy” Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów wycofanych, bowiem rozstrzygnięcie odwołania w części, której nie dotyczy już spór pomiędzy stronami jest bezcelowe.

W pozostałym zakresie odwołanie podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W myśl pkt 2 Tomu I SWZ – IDW: KRÓTKI OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA: „2.1 *Przedmiotem niniejszego Zamówienia jest Zaprojektowanie i zabudowa systemu ERTMS/ETCS na linii kolejowej nr 8 w ramach projektu POLiŚ 5.1 – 10 Prace na linii kolejowej nr 8, odcinek Warka – Radom (LOT C,D,E), obejmującego dwa obszary LCS: tj. Warszawa Okęcie i Radom. Przedmiot Zamówienia obejmuje wykonanie: 1) Dokumentacji projektowej, w tym: a) projektu budowlanego wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego, b) uzyskanie pozwolenia na budowę i innych niezbędnych decyzji administracyjnych, c) opracowanie projektu wykonawczego, d) opracowanie dokumentacji powykonawczej, w tym geodezyjnej dokumentacji powykonawczej. 2) Robót budowlanych w zakresie zabudowy, integracji z systemem ERTMS/GSM-R , przeprowadzenia testów i uruchomienia systemu ERTMS/ETCS poziom 2/GSM-R.3). 3) Przeprowadzenia procesu oceny zgodności podsystemów strukturalnych w zakresie objętym zamówieniem na każdym etapie (projektowania, budowy i końcowych prób podsystemu) i przekazanie odpowiednich deklaracji weryfikacji WE i certyfikatów weryfikacji WE dla podsystemów. 2.2. Szczegółowy opis przedmiotu Zamówienia przedstawiony został w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (PFU) stanowiącym Tom III niniejszej SWZ.”*

Pismem z dnia 14 grudnia 2021 r. Zamawiający zaprosił Przystępującego do udziału w aukcji elektronicznej informując, że oferta Przystępującego, zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia w wyniku badania i oceny oferty uzyskała 1 miejsce w klasyfikacji.

Pismem z dnia 14 grudnia 2021 r. (przesłane do Wykonawcy dnia 15 grudnia 2021 r.) Zamawiający zaprosił Odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej informując, że oferta Odwołującego, zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia w wyniku badania i oceny oferty uzyskała 1 miejsce w klasyfikacji. Następnie pismem z dnia 16 grudnia 2021 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że oferta Odwołującego, zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia w wyniku badania i oceny oferty uzyskała 2 miejsce w klasyfikacji.

Artykuł 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp stanowi: *„1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.”*

Zgodnie z art. 232 ust. 1 ustawy pzp: *„1. Zamawiający zaprasza do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, przy użyciu połączeń elektronicznych wskazanych w zaproszeniu.”*

W myśl art. 16 pkt 1-2 ustawy pzp: *„Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty”.*

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

Artykuł 255 pkt 6 ustawy pzp stanowi: *„Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: (...) 6) postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.”*

W myśl art. 99 ust. 1 ustawy pzp: *„1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty”.*

Odnosząc się kompleksowo do zarzutów podniesionych w odwołaniu wskazać należy, że przedmiotem sporu w niniejszej sprawie była ocena prawidłowości czynności Zamawiającego zaproszenia Przystępującego do udziału w aukcji elektronicznej i

zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego za niezgodność z warunkami zamówienia (ewentualnie wyjaśnienia jej treści) w okolicznościach podniesionych w odwołaniu.

Zaznaczenia wymaga, że na gruncie nowej ustawy pzp i wykładni art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, aktualne pozostają tezy orzecznictwa i stanowisko doktryny dotyczące art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzedniej ustawy pzp z 2004 r.

Niewątpliwie, aby zamawiający był uprawniony odrzucić ofertę na podstawie przywołanego przepisu jest zobowiązany przeprowadzić analizę porównawczą treści oferty oraz warunków zamówienia (w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia), które stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje i uszczegóławia, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty (zdefiniowanej w art. 66 kodeksu cywilnego) jako najkorzystniejszej. Dokonanie takiego porównania przesądza o tym, czy treść złożonej w postępowaniu oferty odpowiada warunkom zamówienia. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi więc, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanemu przez zamawiającego i zawartym w SWZ wymaganiom.

Istotnym jest, że niezgodność oferty z warunkami zamówienia musi po pierwsze być oczywista i niewątpliwa, czyli zamawiający musi mieć pewność co do niezgodności oferty z jego oczekiwaniami, przy czym postanowienia SWZ powinny być jasne i klarowne (tak też: wyrok z dnia 22 września 2020 roku, sygn. akt: KIO 1864/20; wyrok z dnia 20 stycznia 2020 roku, sygn. akt: KIO 69/20). Po drugie, odrzucenie oferty nie może nastąpić z błahych, czysto formalnych powodów nie wpływających na treść złożonej oferty, jak również gdy zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy, analiza dokumentacji postępowania oraz materiału dowodowego zgromadzonego w trakcie postępowania odwoławczego doprowadziła Izbę do przekonania, że czynności Zamawiającego były prawidłowe, gdyż oferta Przystępującego nie wykazywała niezgodności z warunkami zamówienia i tym samym nie mogła podlegać odrzuceniu.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp - niezgodność z warunkami zamówienia określonymi w SWZ w zakresie HRZW (ewentualnie art. 223 ust. 1 ustawy pzp) Izba ustaliła:

Zgodnie z Tomem I SWZ – IDW pkt 3 po zmianie SWZ z dnia 15 października stanowi: *„Okres realizacji Zamówienia: maksymalnie 38 miesięcy (zgodnie z terminem wskazanym w ofercie przez Wykonawcę) od Daty Rozpoczęcia, zgodnie z Subklauzulą 8.1 Warunków Szczególnych Umowy, znajdujących się w Tomie II SWZ.”*

W myśl pkt 15 Tomu I SWZ – IDW: ZAWARTOŚĆ OFERTY: *„15.1 . Do Formularza złożenia oferty przekazywanego za pośrednictwem Platformy Zakupowej, należy załączyć następujące dokumenty: a) „Formularz Ofertowy” – sporządzony zgodnie ze wzorem zawartym w Załączniku nr 1 do IDW; b) „ZAŁĄCZNIK DO OFERTY” sporządzony zgodnie z wzorem zawartym w Załączniku nr 2 do IDW; (...) e) Harmonogram Realizacji Zadania Wykonawcy (HRZW) - sporządzony na podstawie Załącznika nr 6 do IDW.”*

W myśl załącznik nr 1 – Formularz Ofertowy do IDW z uwzględnieniem zmian SWZ z dnia 15 października 2021 r. pkt 12 stanowi: *„12. OŚWIADCZAM(Y), że zrealizuję(-emy) roboty objęte Zamówieniem w terminie:*** (miesiące), licząc od Daty Rozpoczęcia. (...) *** terminy wskazane w punkcie 12 załącznika nr 1 do IDW muszą być zgodne z terminami określonymi w HRZW.”*

Zgodnie z załącznikiem nr 2 do IDW (załącznik do oferty), Czas na Ukończenie, Subklauzula Warunków Ogólnych i Szczególnych Umowy: 1.1.3.3: Dane: (z uwzględnieniem zmian SWZ z dnia 15 października 2021 r.): *„..... (wpisać właściwe) miesiące, liczonych od (wpisać właściwe).”*

Zgodnie z załącznikiem nr 2 do IDW (załącznik do oferty), Etapy, Subklauzula Warunków Ogólnych i Szczególnych Umowy: 1.1.3.10: Dane: (z uwzględnieniem zmian SWZ z dnia 15 października 2021 r.): *„Zgodnie z Subklauzulą 8.13 WU Etap 1 - [...] miesiące od Daty Rozpoczęcia, opracowanie i odbiór kompletnej dokumentacji wstępnej. Etap 2 – [...] miesiące od zakończenia Etapu 1, opracowanie kompletnych Projektów wykonawczych i budowlanych zatwierdzonych przez ZOPI oraz przekazanie certyfikatu i raportu z weryfikacji WE dla zakresu projektowania; Etap 3 – [...] miesiące od zakończenia Etapu 2, zabudowa systemu ERTMS/ETCS oraz przekazanie certyfikatu i raportu z weryfikacji WE dla zakresu zabudowy systemu. Etap 4 – [...] miesiące od zakończenia Etapu 3, przeprowadzenie testów dynamicznych zabudowanego systemu oraz przekazaniem certyfikatu i raportu z weryfikacji*

WE na etapie prób końcowych. Etap 5 – [...] miesięcy od zakończenia Etapu 4, uzyskanie zezwolenia na dopuszczenie podsystemu do eksploatacji.”

W załączniku nr 6 do IDW: HARMONOGRAM REALIZACJI ZADANIA: ZAPROJEKTOWANIE I ZABUDOWA SYSTEMU ERTMS/ETCS NA LINII KOLEJOWEJ NR 8 W RAMACH PROJEKTU POIIS 5.1-10 "PRACE NA LINII KOLEJOWEJ NR 8, ODCINEK WARKA-RADOM (LOT C,D,E) po zmianach z dnia 26 października 2021 r. Zamawiający wskazał terminy poszczególnych etapów realizacji zamówienia w miesiącach oraz przedstawił wersję graficzną za pomocą pasków wskazujących czas trwania danego etapu w miesiącach. Załącznik nr 6 został załączony do SWZ w formacie Excel, pdf oraz MS Projekt.

W myśl pkt 20.8 Tomu I SWZ – IDW: „20.8. W celu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający przyjmuje następujące kryteria: a) Całkowita cena brutto – waga: 60% b) Termin realizacji - waga 30% c) Doświadczenie personelu Wykonawcy - waga 10%.”

Zgodnie z Tomem I SWZ – IDW pkt 20.8.2. - Termin realizacji – wariant z określeniem MINIMUM I MAXIMUM z uwzględnieniem zmian z dnia 15 października 2021 r. stanowił: „20.8.2.1. Ocena punktowa (z uwzględnieniem wagi kryterium) w kryterium: Termin realizacji zostanie dokonana wg poniższego wzoru:

$$(100 \times Wkr)$$

$$TR = (T_{max} - T_n) \times \text{-----}$$

$$(T_{max} - T_{min})$$

gdzie: *Wkr* - waga kryterium [%], *Tmax* - maksymalny termin dopuszczalny przez Zamawiającego, *Tmin* - minimalny termin dopuszczalny przez Zamawiającego, *Tn* – termin realizacji z oferty badanej, *TR* - ilość punktów oferty badanej. Uwaga: wynik przeprowadzonych obliczeń podany zostanie z dokładnością do 10 miejsc po przecinku. Uwaga: W przypadku, gdy Wykonawca proponuje w Formularzu Ofertowym termin realizacji powyżej 38 miesięcy lub poniżej 34 miesięcy - oferta zostanie odrzucona. Wykonawca w celu potwierdzenia możliwości skrócenia terminu realizacji zadania i Etapów przedstawi Harmonogram Realizacji Zadania Wykonawcy (HRZW), o którym mowa w punktach poniżej, stworzony na podstawie wzorcowego Harmonogramu Realizacji Zadania Zamawiającego (HRZZ). Skutki braku realizacji umowy w terminach określonych w HRZW określa Tom II SWZ – Warunki Umowy.

20.8.2.2. Harmonogram Realizacji Zadania Zamawiającego. HRZZ, stanowiący Załącznik nr 6 do IDW, przedstawia maksymalne i minimalne terminy na wykonanie poszczególnych

Etapów, z których wynika minimalny i maksymalny termin realizacji Umowy przewidziany przez Zamawiającego.

20.8.2.3 Harmonogram Realizacji Zadania Wykonawcy. HRZW będzie zawierał wszelkie terminy wykonania Etapów szczegółowo opisanych w Subklauzuli 8.13 Warunków Umowy przedstawionych jako zadania w formie pasków lub jako punkty kontrolne. HRZW będzie przedstawiał również inne zadania wymienione w HRZZ, tj. niebędące Etapami. HRZW będzie zawierał porównanie do HRZZ. Wykonawca podczas tworzenia HRZW uwzględni wytyczne dotyczące: a) Czasu na Ukończenie (całkowitego terminu realizacji), b) minimalnego i maksymalnego terminu na wykonanie poszczególnych Etapów, zgodnie z założeniami Subklauzuli 8.13 Warunków Umowy. Przy tworzeniu HRZW nie dopuszcza się skracania lub wydłużania terminów na wykonanie zadań wymienionych w HRZZ, które nie są określone jako Etapy wg Subklauzuli 8.13 Warunków Umowy. Dopuszcza się modyfikację terminu na wykonanie zadań wyłącznie tych, określonych jako Etapy, których możliwość modyfikacji przewiduje Subklauzula 8.13 Warunków Umowy. Przy tworzeniu HRZW nie dopuszcza się usuwania żadnych zadań wymienionych w HRZZ. Wykonawca w HRZW uwzględni możliwości realizacyjne oraz trudności, które mogą wystąpić podczas realizacji i mogą mieć wpływ na osiągnięcie poszczególnych terminów pośrednich. Zaoferowany przez Wykonawcę termin na wykonanie poszczególnych Etapów będzie obejmował wykonanie Robót w każdym z Etapów, w tym m.in.: powstanie dokumentów Wykonawcy, zamówień, dostaw, montażu, dokonanie prób, kolejność i rozłożenie w czasie inspekcji i odbiorów.

20.8.2.4 Forma Harmonogramu Realizacji Zadania Wykonawcy. Wykonawca jest zobowiązany do przedstawienia HRZW z zachowaniem wszystkich wytycznych podanych w punkcie powyżej oraz bazując na załączonym HRZZ. HRZW zostanie przedstawiony w formie Wykresu Gantta z osią czasu o dokładności co najmniej jednego miesiąca oraz jednostką mierzoną w miesiącach oraz przedłożony w wersji elektronicznej zgodnie z pkt 14 IDW. Na wykresie Gantta zadania planowane przez Wykonawcę będą przedstawione za pomocą pasków lub punktów kontrolnych, które określają termin na wykonanie każdego pojedynczego Etapu lub zadania niebędącego Etapem według Subklauzuli 8.13 Warunków Umowy. Założenia przedstawione przez Zamawiającego w HRZZ należy zapisać jako plan bazowy. Widok wykresu Gantta winien pokazywać planowaną przez Wykonawcę realizację zadań w porównaniu do planu bazowego (HRZZ) przedstawionego przez Zamawiającego (2 wiersze). HRZW będzie zawierał porównanie przedstawionych przez Wykonawcę rozwiązań do założonych przez Zamawiającego w HRZZ. Niezbędne do przedstawienia będą: czas trwania wg HRZZ, czas trwania wg HRZW, termin wg HRZZ, termin wg HRZW.

Powyższe pozwoli zobrazować wprowadzone zmiany w terminach realizacji poszczególnych Etapów, jak również poprawność modyfikacji HRZZ.

20.8.2.5. Zasady weryfikacji: Ocena całkowitego Czasu na Ukończenie. Zamawiający dokona oceny wprowadzonych w HRZW przez Wykonawcę zmian w następujący sposób: Czy całkowity termin realizacji (Czas na Ukończenie) zawiera się w przedziale: od 34 do 38 miesięcy? Jeżeli Wykonawca zaproponuje całkowity termin realizacji (Czas na Ukończenie) powyżej 38 miesięcy lub poniżej 34 miesięcy - oferta zostanie odrzucona. Ocena poprawności modyfikacji poszczególnych Etapów. Zamawiający dokona oceny wprowadzonych w HRZW przez Wykonawcę zmian w następujący sposób: Czy zostały zachowane minimalne i maksymalne czasy trwania poszczególnych Etapów? Jeżeli którykolwiek Etap zostanie wydłużony lub skrócony, niezgodnie z zapisami Subklauzuli 8.13 Warunków Umowy, to oferta zostanie odrzucona. Ocena modyfikacji zadań innych niż Etapy. Zamawiający dokona oceny wprowadzonych w HRZW przez Wykonawcę zmian w następujący sposób: Czy zostały skrócone lub wydłużone terminy na wykonanie zadań, które nie są określone jako Etapy według Subklauzuli 8.13 Warunków Umowy? Jeżeli którykolwiek z terminów na wykonanie zadań niebędących Etapami (według Subklauzuli 8.13 Warunków Umowy), zostanie wydłużony lub skrócony, to oferta zostanie odrzucona. Ocena poprawności uwzględnienia zadań. Zamawiający dokona oceny wprowadzonych w HRZW przez Wykonawcę zmian w następujący sposób: Czy zostały usunięte jakiegokolwiek zadania wymienione w HRZZ? W przypadku usunięcia jakiegokolwiek zadania, wymienionego w HRZZ, oferta zostanie odrzucona.”

Zgodnie z § 2 Tomu II SWZ – Warunki Umowy po zmianach z dnia 15 października 2021 r.: „Wykonawca niniejszym zobowiązuje się, że zaprojektuje i wykona Roboty nie dłużej niż w ciągu 38 miesięcy od Daty Rozpoczęcia zgodnie z SubKLAUZULĄ 8.1 Warunków Szczególnych.”

Zgodnie z SubKLAUZULĄ 8.1 Tomu II SWZ – Warunki Umowy: „Za Datę Rozpoczęcia uważać się będzie następny dzień po podpisaniu Umowy przez drugą Stronę. Po Dacie Rozpoczęcia, Wykonawca przystąpi do projektowania, a następnie rozpocznie realizację Robót. Zarówno prace związane z projektowaniem jak i realizacja Robót będą prowadzone zgodnie z zaakceptowanym przez Inżyniera Harmonogramem rzeczowo-finansowym lub jego aktualizacjami wprowadzonymi zgodnie z Kontraktem. (...)”

Zgodnie z SubKLAUZULĄ 8.3 Harmonogram rzeczowo-finansowy Tomu II SWZ – Warunki Umowy: „1. W terminie 28 dni od Daty Rozpoczęcia Wykonawca przedstawi Zamawiającemu oraz Inżynierowi do zatwierdzenia - w programie MS Project bądź równoważnym, który

*będzie umożliwiał odtwarzanie, przechowywanie, zapis i zmianę plików w formacie *.mpp, (z zastrzeżeniem informacji dotyczącej przepływów pieniężnych (cash flow) związanych z wykonaniem Umowy, która ma być przedstawiana także w formacie Excel) Harmonogram rzeczowo-finansowy (dalej także jako „HRF”) (...)*”

W myśl SubKLAUZULI 8.13 ETAPY Tomu II SWZ – Warunki Umowy po zmianach z dnia 15 października 2021 r.: *„Dla Kontraktu ustanawia się następujące Etapy, które Wykonawca zobowiązany jest wykonać w następujących terminach: Etap 1 – [...] miesięcy od Daty Rozpoczęcia, opracowanie i odbiór kompletnej dokumentacji wstępnej. Etap 2 – [...] miesięcy od zakończenia Etapu 1, opracowanie kompletnych Projektów wykonawczych i budowlanych zatwierdzonych przez ZOPI oraz przekazanie certyfikatu i raportu z weryfikacji WE dla zakresu projektowania; Etap 3 – [...] miesięcy od zakończenia Etapu 2, zabudowa systemu ERTMS/ETCS oraz przekazanie certyfikatu i raportu z weryfikacji WE dla zakresu zabudowy systemu. Etap 4 – [...] miesięcy od zakończenia Etapu 3, przeprowadzenie testów dynamicznych zabudowanego systemu oraz przekazaniem certyfikatu i raportu z weryfikacji WE na etapie prób końcowych. Etap 5 – [...] miesięcy od zakończenia Etapu 4, uzyskanie zezwolenia na dopuszczenie podsystemu do eksploatacji.”*

Przystępujący w pkt 12 załącznika nr 1 – Formularz oferty do IDW wskazał: *„12. OŚWIADCZAM(Y), że zrealizuję(-emy) roboty objęte Zamówieniem w terminie: 34*** (miesiące), licząc od Daty Rozpoczęcia.”*

W załączniku nr 2 do IDW Przystępujący wskazał: Czas na Ukończenie, Subklauzula Warunków Ogólnych i Szczególnych Umowy: 1.1.3.3: Dane: *„34 miesiące, liczone od Daty Rozpoczęcia.”*; Etapy, Subklauzula Warunków Ogólnych i Szczególnych Umowy: 1.1.3.10: Dane: *„Etap 1 - 3 miesiące od Daty Rozpoczęcia, opracowanie i odbiór kompletnej dokumentacji wstępnej. Etap 2 – 9 miesięcy od zakończenia Etapu 1, opracowanie kompletnych Projektów wykonawczych i budowlanych zatwierdzonych przez ZOPI oraz przekazanie certyfikatu i raportu z weryfikacji WE dla zakresu projektowania; Etap 3 – 9 miesięcy od zakończenia Etapu 2, zabudowa systemu ERTMS/ETCS oraz przekazanie certyfikatu i raportu z weryfikacji WE dla zakresu zabudowy systemu. Etap 4 – 7 miesięcy od zakończenia Etapu 3, przeprowadzenie testów dynamicznych zabudowanego systemu oraz przekazaniem certyfikatu i raportu z weryfikacji WE na etapie prób końcowych. Etap 5 – 6 miesięcy od zakończenia Etapu 4, uzyskanie zezwolenia na dopuszczenie podsystemu do eksploatacji.”*

W załączniku nr 6 do IDW: Harmonogram Przystępujący przedstawił graficznie za pomocą wykresu Gantta w dokumencie w formacie pdf porównanie czasu trwania poszczególnych

Etapów zaoferowanych przez niego oraz ustalonych przez Zamawiającego za pomocą pasków (HRZW oraz HRZZ), przy czym: HRZW: Etapy od 1 do 5: 34 mies. pasek niebieski (M1-M34); HRZW: Etap 1 - od Daty Rozpoczęcia, opracowanie i odbiór kompletnej dokumentacji: 3 mies. pasek niebieski: (M1-M3), HRZW: Etap 2 – od zakończenia Etapu 1, opracowanie kompletnych Projektów wykonawczych i budowlanych zatwierdzonych przez ZOPI oraz przekazanie certyfikatu i raportu z weryfikacji WE dla zakresu projektowania: 9 mies. pasek niebieski (M4 – M12), HRZW: Etap 3 – od zakończenia Etapu 2, zabudowa systemu ERTMS/ETCS oraz przekazanie certyfikatu i raportu z weryfikacji WE dla zakresu zabudowy systemu: 9 mies. pasek niebieski (M13 – M21), HRZW: Etap 4 – od zakończenia Etapu 3, przeprowadzenie testów dynamicznych zabudowanego systemu oraz przekazaniem certyfikatu i raportu z weryfikacji WE na etapie prób końcowych: 7 mies. pasek niebieski (M22 – M28), HRZW: Etap 5 – od zakończenia Etapu 4, uzyskanie zezwolenia na dopuszczenie podsystemu do eksploatacji: 6 mies. pasek niebieski (M29 – M34). W HRZW Przystępującego przykładowo w poz. 3 pasek niebieski nie rozpoczyna biegu od początku kolumny M1. Podobnie pasek zielony – bazowy.

HRZW Odwołującego przedstawia paski jako oferowany czas trwania danego Etapu realizacji zamówienia. Wersja graficzna przykładowo dla poz. 2 harmonogramu – pasek zakończony punktem wykracza poza kolumnę 34 mies. (M 34), natomiast poz. 6 pasek nie rozpoczyna biegu od początku kolumny M4.

Zgodnie z prezentacją podsumowującą wady w HRZW Przystępującego załączoną do odwołania wskazano na graficzne przedstawienie (wykresy Gantta) przez Przystępującego pasków niebieskich odpowiadających czasom trwania poszczególnych Etapów w przybliżeniu. Dla wiersza 3 wskazano, iż pasek przedstawia krótszy czas trwania realizacji zamówienia. Pomiedzy Etapami 1 i 2 oraz 2 i 3 wskazano, że występują okresy przejściowe, gdyż paski nie rozpoczynają swojego biegu od początku kolumny danego miesiąca i nie kończą wraz z końcem kolumny. Odwołujący przedstawił jak w jego ocenie zostały podane konkretne daty poszczególnych Etapów w programie MS Project dla oferty Przystępującego.

W odniesieniu do zarzutu niezgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia w zakresie HRZW Odwołujący podnosił, iż w ofercie – HRZW Wykonawcy nie został wskazany termin realizacji zamówienia zgodnie z wytycznymi IDW. Odwołujący argumentował również, że z przedstawionych graficznie w HRZW okresów realizacji wynika, iż Przystępujący oferuje krótsze okresy wykonania zamówienia i poszczególnych Etapów niż określone przez Zamawiającego w IDW jako minimalne, co powinno skutkować odrzuceniem

oferty Przystępującego, ewentualnie wezwaniem do wyjaśnienia jej treści. W ocenie Izby, twierdzenia Odwołującego nie zasługują na uwzględnienie z kilku powodów.

W pierwszej kolejności Izba zauważa, że w pkt 20.8.2.1. IDW Zamawiający ustalił termin realizacji zamówienia jako kryterium oceny ofert. Z postanowień tego punktu można wywieść, iż Zamawiający planował przyznać punkty w kryterium z uwzględnieniem danych wskazanych przez Wykonawcę w formularzu ofertowym. Powyższe wynika z postanowienia, iż *„W przypadku, gdy Wykonawca zaproponuje w Formularzu Ofertowym termin realizacji powyżej 38 miesięcy lub poniżej 34 miesięcy - oferta zostanie odrzucona.”* Niewątpliwie z treści IDW wynika, iż Zamawiający wymagał złożenia przez wykonawców wraz z ofertą HRZW bazującego na załączonym przez Zamawiającego HRZZ. Celem złożenia HRZW miało być potwierdzenie możliwości skrócenia terminu realizacji zadania i poszczególnych Etapów. Wraz z ofertą należało również złożyć załącznik nr 2 do IDW, w którym wykonawca był zobowiązany wskazać terminy realizacji poszczególnych Etapów. W ocenie Izby, nie ulega wątpliwości, że dokumentacja postępowania przewidywała w zakresie terminu realizacji czy też czasu trwania Etapów wyłącznie jednostkę mierzoną w miesiącach. Ponadto, Data Rozpoczęcia realizacji zamówienia określona została jako *„następny dzień po podpisaniu Umowy przez drugą Stronę.”* Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że tak ustalona jednostka miary oraz Data Rozpoczęcia – nieznana wykonawcom na etapie składania ofert powoduje, iż zarówno termin realizacji wskazany przez wykonawców jak i czasy trwania poszczególnych Etapów mogły zostać określone wyłącznie w miesiącach. Tym samym, czas trwania odpowiadał terminowi realizacji całego zamówienia czy też Etapu. Twierdzenie to znajduje odzwierciedlenie zarówno w ofercie Przystępującego, jak i Odwołującego. Izba zwraca uwagę, że Odwołujący w HRZW dołączonym do oferty zarówno w kolumnie: „termin” jak i „czas trwania” wskazuje terminy miesięczne realizacji zamówienia i poszczególnych Etapów, które co oczywiste następują po realizacji Etapu poprzedniego. W konsekwencji stwierdzić należało, że w zakresie wymagania podania terminu realizacji zamówienia oferta Przystępującego, w tym HRZW została przygotowana prawidłowo. Kolumna „czas trwania” w HRZW Przystępującego określa jednocześnie termin realizacji całego zakresu zamówienia, jak i poszczególnych Etapów. Skoro jednostką miary był wyłącznie miesiąc to nie budzą wątpliwości także terminy realizacji wynikające ze zobrażenia graficznego za pomocą wykresu Gantta HRZW Przystępującego, pomimo „niedokładności” wskazywanych przez Odwołującego. Informacje te są spójne z danymi zawartymi zarówno w formularzu ofertowym oraz w załączniku nr 2 i pozwalały na odczytanie treści oświadczenia woli Przystępującego w tym zakresie.

Chybiona okazała się również argumentacja Odwołującego dotycząca graficznego przedstawienia czasu na ukończenie oraz danych Etapów w HRZW Przystępującego. W świetle postanowień IDW nie można przyjąć za prawidłowe twierdzeń Odwołującego, iż HRZW Przystępującego w wersji graficznej przedstawia krótsze okresy wykonania zamówienia i poszczególnych Etapów niż określone przez Zamawiającego w IDW jako minimalne, czy też wykazuje przerwy pomiędzy danymi Etapami. Skoro jednostką miary był miesiąc to wyłącznie zobrazowanie krótszego o pełen miesiąc terminu na ukończenie od określonego przez Zamawiającego jako minimalny, czyli przykładowo 33 miesiące, mogłoby zostać uznane za nieprawidłowe. Powyższego nie można wywieść z „niedokładności” występujących w wersji graficznej HRZW Przystępującego. Ponadto, analiza HRZW Przystępującego, Odwołującego oraz HRZZ przygotowanego przez Zamawiającego prowadzi do wniosku, iż podnoszone przez Odwołującego „niedokładności” w zobrazowaniu czasu na ukończenie można dostrzec w każdym z tych dokumentów. W HRZZ Zamawiającego Izba zauważa, że zarówno punkt końcowy realizacji całego zamówienia, ale przede wszystkim koniec realizacji Etapu 5 w wersji graficznej nie kończy się wraz z linią graniczną kolumny M38. W HRZW Odwołującego w wersji graficznej widoczne jest, iż okres realizacji zamówienia kończy się z początkiem kolumny M35, a więc przyjmując za prawidłową argumentację Odwołującego należałoby uznać, że przekracza deklarowany w kolumnie „termin” i „czas trwania” termin realizacji zamówienia 34 mies. W ocenie Izby, nie znajduje odzwierciedlenia w HRZW Odwołującego stanowisko, iż Odwołujący zadeklarował rozpoczęcie terminu realizacji zamówienia 5 dnia, dlatego też zakończenie następuje 5 dnia miesiąca, co miało by uzasadniać wykroczenie „paska graficznego” poza kolumnę M34. Przechodząc natomiast do HRZW Przystępującego Izba stwierdza podając za przykład paski obrazujące całkowity termin realizacji zamówienia, że zarówno w przypadku paska zielonego, czyli bazowego terminu przewidzianego przez Zamawiającego, jak i niebieskiego oferowanego przez Wykonawcę można dostrzec, iż termin nie rozpoczyna się z początkiem kolumny M1. Przechodząc do skutków ww. „niedokładności” Izba zaznacza, że jak wynika z treści IDW przedstawienie wersji graficznej terminu realizacji miało na celu wyłącznie zobrazować wprowadzone zmiany w terminach realizacji poszczególnych Etapów, jak również poprawność modyfikacji HRZZ. Nie można zatem uznać za prawidłowe twierdzenia, że wersja graficzna HRZW miała stanowić wyłączną podstawę przyznania wykonawcom punktów w kryterium „termin realizacji.” Odwołujący nadał wersji graficznej HRZW doniosłe znaczenie nie znajdujące potwierdzenia w treści IDW. W konsekwencji Zamawiający przyjął zasadnie, iż „niedokładności” wersji graficznej harmonogramów Wykonawców nie niweczą spójnych oświadczeń woli wynikających zarówno z HRZW Wykonawców, jak i formularzy

ofertowych oraz załączników nr 2 złożonych wraz z ofertą co do deklarowanego terminu realizacji. W tym kontekście podkreślić należy, że Zamawiający w myśl zasady równego traktowania wykonawców w sposób tożsamy potraktował „niedokładności” zawarte w HRZW Odwołującego i Przystępującego, co czyni również zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy pzp niezasadnym. Pochodzenie powyższych niedokładności, czy to wynikające z procesu konwertowania pliku, czy innych przyczyn, jest w ocenie Izby irrelevantne w kontekście jednoznacznej treści oświadczenia Przystępującego co do oferowanego czasu na ukończenie oraz poszczególnych Etapów. Dlatego też, Izba postanowiła oddalić wnioszek Odwołującego o zobowiązanie Przystępującego do przedstawienia HRZW w wersji przygotowanej w MS Project celem określenia dat wprowadzonych przez Przystępującego w harmonogramie. Jak zostało wskazane, Zamawiający nie wymagał wskazania terminów realizacji w jednostce dnia a miesiąca. Ponadto, przedmiotem oceny przez Zamawiającego był wyłącznie HRZW Przystępującego złożony wraz z ofertą, co powoduje iż złożenie żądanego przez Odwołującego dokumentu było zbędne dla rozstrzygnięcia. Izba zwraca uwagę za Przystępującym, że z SubKLAUZULI 8.3. Warunków Umowy wynika, iż konkretne harmonogramy realizacji będą przedstawiane w programie MS Project dopiero na etapie realizacji Umowy.

Podsumowując Izba uznała, że Przystępujący przygotował HRZW zgodnie z warunkami zamówienia, dlatego też zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp co do odrzucenia oferty Wykonawcy nie potwierdził się. Dodatkowo zaznaczenia wymaga, jako że termin realizacji deklarowany przez Przystępującego wynikał z kilku dokumentów złożonych wraz z ofertą, Zamawiający nie mógł mieć wątpliwości, które obligowałyby go do skierowania wezwania do wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 223 ustawy pzp. Z tych względów Izba nie uwzględniła również tego zarzutu odwołania.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp - niezgodność z warunkami zamówienia określonymi w SWZ w zakresie nie uwzględnienia pełnego zakresu prac wymaganych do realizacji w ramach pozycji 3.4 oraz 4.1. RCO (ewentualnie naruszenie art. 223 ust. 1 ustawy pzp oraz naruszenie art. 255 pkt 6 ustawy pzp) Izba podtrzymując wcześniejsze ustalenia faktyczne, dodatkowo ustaliła:

W myśl pkt 12.4 i 12.5 Tomu I SWZ – IDW: „12.4. Cena ofertowa musi uwzględniać wszystkie wymagania oraz czynności i badania składające się na ich wykonanie, określone w Programie Funkcjonalno-Użytkowym, w tym roboty tymczasowe i prace towarzyszące konieczne dla wykonania tych robót. 12.5. Wykonawca musi dołączyć do oferty wypełnione

Rozbicie Ceny Ofertowej („RCO”). Wykonawca musi wycenić wszystkie pozycje Rozbicia Ceny Ofertowej, gdzie zarówno ceny jednostkowe, jak i cena za daną pozycję jest podana z matematycznym zaokrągleniem do dwóch miejsc po przecinku i jest różna od zera. Każda pozycja RCO powinna zostać wyceniona zgodnie z zakresem w niej opisanym. Nie dopuszcza się wliczania kosztów wykonania jakiegokolwiek pozycji RCO w inną pozycję RCO.”

W myśl pkt 15 Tomu I SWZ – IDW: ZAWARTOŚĆ OFERTY: „15.1 . Do Formularza złożenia oferty przekazywanego za pośrednictwem Platformy Zakupowej, należy załączyć następujące dokumenty: (...) d) wypełnione „Rozbicie Ceny Ofertowej.”

Zgodnie z pkt 21, 21.17. oraz 21.18 oraz Tomu I SWZ – IDW: „21. AUKCJA: Zamawiający zastrzega możliwość dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej. (...) 21.17. Po zakończeniu aukcji elektronicznej Zamawiający dokona wyliczenia cen jednostkowych netto oferty (jeżeli występują) w następujący sposób: 1) wyliczony zostanie procentowy wskaźnik upustu cenowego od wartości oferty pierwotnej, uzyskany w wyniku aukcji, który zostanie zaokrąglony matematycznie do 10 miejsc po przecinku. Obliczenia zostaną wykonane według wzoru: $U = 100 - (W \text{ aukcji} \times 100) / W \text{ oferty} [\%]$ 2) następnie wyliczone zostaną indywidualnie poszczególne ceny ryczałtowe netto znajdujące się w RCO z oferty złożonej przez Wykonawcę w terminie składania ofert poprzez obniżenie tych cen (z wyłączeniem pozycji dotyczących Kwoty Warunkowej) o wartości upustu wyliczoną przy zastosowaniu wartości wskaźnika upustu (U), przy czym ceny te zostaną zaokrąglone matematycznie do dwóch miejsc po przecinku. Obliczenia zostaną wykonane wg wzoru: $C \text{ aukcji} = C \text{ oferty} - (C \text{ oferty} \times U)$ gdzie: U – wartość wskaźnika upustu cenowego od wartości oferty pierwotnie złożonej (pomniejszonej o wartości brutto Kwoty Warunkowej) uzyskanego w wyniku aukcji elektronicznej W oferty – wartość oferty pierwotnie złożonej brutto pomniejszona o wartości brutto Kwoty Warunkowej z oferty złożonej przez Wykonawcę w terminie składania ofert W aukcji – wartość oferty uzyskanej w toku aukcji elektronicznej brutto pomniejszona o wartości brutto Kwoty Warunkowej z oferty złożonej przez Wykonawcę w terminie składania ofert C aukcji – cena ryczałtowa netto poszczególnych pozycji RCO przyjęta do Umowy C oferty – cena ryczałtowa netto poszczególnych pozycji RCO oferty złożonej przez Wykonawcę w terminie składania ofert, z zastrzeżeniem, że pozycje dotyczące Kwoty Warunkowej nie podlegają obniżeniu. 3) Zamawiający wyliczy sumę wartości poszczególnych pozycji RCO, wynikającą z przeliczenia pozycji RCO po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej o współczynnik upustu (z zastrzeżeniem, że pozycja Kwota Warunkowa, nie podlega obniżeniu), którą powiększy o należny podatek od towarów i usług (VAT). Wyliczenie cen ryczałtowych Zamawiający

przekazuje Wykonawcy po aukcji i będzie ono stanowić załącznik do Umowy (wersja elektroniczna, format pdf.). 21.18. Całkowita cena brutto, będzie to wartość oferty brutto uzyskana w wyniku aukcji elektronicznej, zaś całkowita cena netto zostanie obliczona poprzez odjęcie od całkowitej ceny brutto podatku od towarów i usług (VAT) zgodnie ze stawką wskazaną w ofercie Wykonawcy. Ww. wartości zostaną przyjęte jako wartość Umowy. Wyliczone zgodnie z pkt 21.17. ppkt 2 IDW ceny ryczałtowe poszczególnych pozycji RCO będą uznawane za wiążące i na ich podstawie będą prowadzone wszelkie rozliczenia między Wykonawcą, a Zamawiającym w trakcie realizacji Umowy. Zamawiający zwraca uwagę, że całkowita cena brutto uzyskana w wyniku aukcji elektronicznej, będąca wynagrodzeniem Wykonawcy, wskazanym w Umowie może różnić się, od kwoty o której mowa w pkt 21.17. ppkt 3 IDW. Sposób rozliczenia różnicy między tymi kwotami określa Umowa.”

W Tomie IV: ROZBICIE CENY OFERTOWEJ (RCO) z uwzględnieniem zmian SWZ z dnia 14 września 2021 r. Zamawiający wskazał następujące pozycje cenowe: „1. Wykonanie prac przedprojektowych (suma poz. 1.1 -1.3) 1.1 Inwentaryzacja 1.2 Szczegółowa Koncepcja Wyposażenia Linii 1.3 Aktualizacja Scenariuszy Operacyjnych; Aktualizacja Przypadków Testowych 2 Wykonanie prac projektowych (suma poz. 2.1-2.2) 2.1 Projekty budowlane 2.2. Projekty wykonawcze 3 Roboty budowlane ERTMS/ETCS poziom 2 (suma poz. 3.1.-3.5) 3.1 Urządzenia przytorowe systemu ERTMS/ETCS - balisy wraz z oprogramowaniem 3.2 Urządzenia przytorowe systemu ERTMS/ETCS - kodery LEU wraz z oprogramowaniem 3.3 Zabudowa kabli balisowych 3.4 Urządzenia centrum sterowania radiowego (RBC) - Dostawa, zabudowa i uruchomienie 3.5 Demontaż zbędnej infrastruktury 4. Przeprowadzenie testów (suma poz. 4.1.-4.2) 4.1 Testy wewnętrzne w laboratorium Wykonawcy 4.2 Testy funkcjonalno-integracyjne z systemem GSM-R 5 Dokumentacja powykonawcza, kołaudat 6 Szkolenie personelu użytkownika 7 Dostawa sprzętu specjalistycznego wraz z DTR 8 Koszty inne.” Wykonawcy byli zobowiązani wskazać kwoty ryczałtowe w poszczególnych pozycjach. Ponadto, Zamawiający określił kwotę warunkową; 2 703 586,19 zł oraz wskazał: „Uwaga! Sumaryczna wartość pozycji RCO dotyczących wykonania dokumentacji projektowej (poz. 1 (1.1-1.3) oraz poz. 2 (2.1.-2.2)) nie może przekroczyć 7% wartości oferty netto za wykonanie całości Zamówienia (bez kwoty warunkowej). Płatności wszystkich pozycji będą dokonane na podstawie ustalonej kwoty ryczałtowej. Opisy pozycji podane w Rozbiciu Ceny Ofertowej, nie będą uznane za ograniczające obowiązki Wykonawcy wynikające z Kontraktu na wykonanie. Wszystkie pozycje będą wycenione w PLN. Cena ofertowa nie będzie zawierać podatków, ceł i opłat importowych, które są nakładane zgodnie z prawami i regulacjami kraju Zamawiającego dla produkcji, wytwarzania, sprzedaży i transportu sprzętu Wykonawcy,

urządzeń, materiałów i dostaw użytych lub dostarczonych na rzecz Kontraktu. Niezależnie od jakichkolwiek ograniczeń, które mogą być wywnioskowane ze sformułowań dla indywidualnych pozycji i/lub objaśnień w tym Wstępie, jasno będzie zrozumiane przez Wykonawcę, że kwoty, wniesione przez Wykonawcę do Rozbicia Ceny Ofertowej, odnosić się będą do całościowego ukończenia prac w każdym względzie. Uważać się będzie, że Wykonawca uwzględnił wszystkie wymagania i zobowiązania zawarte, wyrażone jak i wynikające ze wszystkich części Kontraktu i odpowiednio wycenił zawarte tu pozycje. Dlatego kwota ta musi uwzględniać wszystkie dodatkowe i nieprzewidziane wydatki oraz ryzyka każdego rodzaju konieczne do zabudowania, ukończenia i utrzymania przedmiotu Robót zgodnie z Kontraktem. Jeżeli nie wyodrębniono stosownej pozycji w Rozbiciu Ceny Ofertowej to należy całościowo uwzględnić wszystkie stawki i kwoty dla wszystkich występujących kosztów. Kwoty wykazane przez Wykonawcę we wszystkich pozycjach Rozbicia Ceny Ofertowej muszą być w odpowiednim stosunku do kosztu wykonania robót opisanych w Kontrakcie. Wszystkie koszty ogólne, zyski, narzuty i temu podobne opłaty (o ile wyszczególnione oddzielnie), które odnoszą się do Kontraktu jako całości mają być rozłożone na wszystkie kwoty w Rozbiciu Ceny Ofertowej. Kwoty ujęte w tym wykazie będą użyte do wyliczenia należnych płatności etapowych.”

Zgodnie z Częścią I – Opisową pkt I (OGÓLNY OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA) pkt 1 Tomu III SWZ: PROGRAM FUNKCJONALNO-UŻYTKOWY (PFU): „Dla realizacji zadania pn.: Projekt i zabudowa systemu ERTMS/ETCS na linii kolejowej nr 8 w ramach projektu: POIiŚ 5.1-10 Prace na linii kolejowej nr 8, odcinek Warka - Radom (LOT C,D,E): 1. Lot A w obszarze LCS Warszawa Okęcie. Od km 5,440 (tory nr 1R, 2R, 3R, 4R) - linii kolejowej nr 8, oraz od km 3,617 tor 1P linii kolejowej nr 510 do km 38,800 (granica IZ Warszawa/IZ Skarżysko Kamienna). Linia kolejowa 440 Warszawa Służewiec – Warszawa Lotnisko Chopina 2. Lot B w obszarze LCS Radom (odcinek z urządzeniami w stanie istniejącym). Od km 38,800 do km 58,100 3. Lot C w obszarze LCS Radom (odcinek z urządzeniami w stanie realizacji). od km 58,100 do km 63,400 4. Lot D w obszarze LCS Radom (odcinek z urządzeniami w stanie realizacji). od km 63,400 do km 85,500. 5. Lot E w obszarze LCS Radom (odcinek z urządzeniami w stanie realizacji). od km 85,500 do km 100,850 6. Lot F w obszarze LCS Radom wraz ze stacją Radom Wschodni (odcinek z urządzeniami w stanie istniejącym oraz planowane do zabudowy nowe rozjazdy na stacji Radom Wschodni szt. 9). od km 100,850 do km 104,471 – LK8; (LK 22;). st. Radom Wschodni (LK 26) Uwaga! Dokładne granice działania ETCS, zostaną określone przez Wykonawcę w dokumentacji projektowej. 1. Zamawiający wymaga, aby realizacja zadania została przeprowadzona w następujący sposób: a) na odcinkach (lotach A,B,C,D,E,F) zostanie zabudowany system

ERTMS/ETCS poziom 2, b) na ww. odcinkach/lotach zostanie przeprowadzone dostosowanie eksploatowanych urządzeń srk do współpracy z systemem ERTMS/ETCS zgodnie ze specyfikacją warstwy aplikacji interfejsu RBC – nastawnica na którą składają się następujące dokumenty: „CBI-CBR Interface. Top Level Specification”, „EGO Protocol. Interface Specification”, „Interface Specification CBI-CBR Interface, Application layer”.

Zgodnie z pkt 4.2. Tomu III SWZ: PROGRAM FUNKCJONALNO-UŻYTKOWY (PFU): „4.2. Zakres robót 1. Wykonawca dokona zabudowy zespołu przytorowego systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na wskazanych poniżej odcinkach linii kolejowych: Linia kolejowa nr 8 2. Obszar pełnego nadzoru systemu ERTMS/ETCS poziom 2 objętego niniejszym zamówieniem na linii nr 8 ograniczony będzie urządzeniami srk stanowiącymi granicę obszarów LCS. 3. Obszar pełnego nadzoru systemu ERTMS/ETCS poziom 2 będzie tożsamy z obszarami zdalnego sterowania nadzorowanym przez Lokalne Centra Sterowania zlokalizowane w Warszawa Okęcie i Radom. 4. Obszar pełnego nadzoru systemu ERTMS/ETCS będzie obejmował wszystkie tory szlakowe (dla obu kierunków jazdy) oraz wszystkie tory stacyjne na posterunkach ruchu, na których realizowane będą przebiegi pociągowe (dla obu kierunków jazdy). 5. Granica obszaru wyposażonego w urządzenia systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na liniach stycznych będzie tożsama z granicą obszaru zdalnego sterowania nadzorowanym przez Lokalne Centrum Sterowania. Granicę obszaru systemu ERTMS/ETCS na liniach stycznych nie objętych Lokalnym Centrum Sterowania stanowiąc będą semafony wjazdowe z tych linii. 6. Na liniach objętych zamówieniem, na których planowane jest wyposażenie w system ERTMS/ETCS poziom 2 zabudowane zostaną następujące składniki interoperacyjności: Centra Sterowania Radiowego (RBC), balisy, kodery LEU w ilości niezbędnej do prawidłowej realizacji wszystkich funkcji systemu ERTMS/ETCS poziom 2. 7. W ramach zamówienia Wykonawca zaprojektuje i wykona adaptację istniejących urządzeń SRK do współpracy z systemem ERTMS/ETCS poziom 2 zgodnie ze specyfikacją warstwy aplikacji interfejsu RBC – nastawnica (załącznik nr 3) na którą składają się następujące dokumenty: „CBI-CBR Interface. Top Level Specification”, „EGO Protocol. Interface Specification”, „Interface Specification CBI-CBR Interface, Application layer”. 8. W ramach zamówienia Wykonawca odpowiedzialny jest za powiązanie i integrację urządzeń systemu ERTMS/ETCS poziom 2 z urządzeniami sterowania ruchem kolejowym warstwy podstawowej. 9. W ramach zamówienia Wykonawca odpowiedzialny jest za powiązanie systemu ERTMS/ETCS zabudowanego w ramach przedmiotowego zamówienia z urządzeniami systemu ERTMS/ETCS zabudowanymi lub przewidzianymi do zabudowy na liniach kolejowych graniczącymi z obszarem objętym zamówieniem odcinkami linii nr 8 (powiązanie z sąsiednimi RBC wraz z implementacją funkcji „handover”) 10. Dla

każdej lokalizacji objętej projektem Wykonawca: a) opracuje wielobranżowy projekt budowlany i wykonawczy w zakresie umożliwiającym wykonanie całości robót jak i uzyskanie decyzji administracyjnych wymaganych Prawem Budowlanym oraz warunkami finansowania w ramach POliŚ, b) zrealizuje, na podstawie opracowanej dokumentacji, wszystkie roboty w poszczególnych branżach. 11. Szczegółowy opis granic obszaru wyposażonego w system ERTMS/ETCS zostanie zawarty w Koncepcji wyposażenia linii i uzgodniony z Zamawiającym. 12. Tam, gdzie to będzie konieczne dla elementów infrastruktury ERTMS/ETCS Wykonawca podpisze umowy przyłączeniowe oraz umowy o sprzedaż i dystrybucję energii elektrycznej z dostawcą energii - w sytuacji gdy istniejące rezerwy mocy są niewystarczające oraz uiści wszelkie opłaty za użytkowanie energii elektrycznej do czasu Odbioru Końcowego Przedmiotu Zamówienia. Dostawa energii elektrycznej po zakończeniu realizacji Przedmiotu Zamówienia odbywać się będzie na podstawie umów, jakie przed Odbiorem Końcowym zawrze z dostawcami energii Zamawiający. 13. Wykonawca dokona integracji zabudowanych urządzeń RBC z systemem GSM-R w zakresie niezbędnym dla poprawnej pracy systemu ERTMS/ETCS. W tym celu wykona następujące prace: a) Przygotuje projekt techniczny integracji z systemem GSM-R. Projekt przed skierowaniem do realizacji musi zostać zaakceptowany przez Zamawiającego. b) W projekcie technicznym Wykonawca uwzględni konieczność zapewnienia redundancji (protekcji) połączeń RBC z podsystemem NSS. c) RBC ma współpracować z podsystemem NSS Zamawiającego z wykorzystaniem interfejsu PRA (ETS 300 011). d) Dokona inwentaryzacji zasobów transmisyjnych, posiadanych przez Zamawiającego, w lokalizacjach przewidzianych do instalacji RBC. Jeśli istnieją warunki techniczne i nie zostaną naruszone warunki gwarancyjne dla urządzeń transmisyjnych, wówczas dopuszcza się możliwość wykorzystania lub doposażenia urządzeń transmisyjnych Zamawiającego. Jeśli brak warunków technicznych na doposażenie istniejącej infrastruktury transmisyjnej Wykonawca dostarczy, zabuduje, zintegruje i skonfiguruje urządzenia transmisyjne w niezbędnym zakresie przy zapewnieniu wymaganej niezawodności i bezpieczeństwa. e) W przypadku zabudowy urządzeń transmisyjnych, Wykonawca wykona połączenie z siecią transmisyjną systemu GSM-R oraz zintegruje urządzenia do systemu nadzoru OMS1350 posiadanego przez Zamawiającego. Skonfiguruje zabudowane urządzenia transmisyjne w niezbędnym zakresie, w celu zapewnienia wymaganych połączeń RBC z podsystemem NSS Zamawiającego. f) Załączy w projekcie technicznym integracji kompletny zestaw parametrów wymaganych do przeprowadzenia konfiguracji i zarezerwowania zasobów dla połączeń z RBC w podsystemie NSS, posiadanym przez Zamawiającego. g) Wykonawca zobowiązany jest do współpracy z dostawcą podsystemu NSS.”

Zgodnie z pkt 4.11. Tomu III SWZ: PROGRAM FUNKCJONALNO-UŻYTKOWY (PFU): „1. Urządzenia systemu ERTMS/ETCS poziom 2 muszą współpracować z urządzeniami SRK zgodnie z protokołem Euroradio+/Subset098 oraz specyfikacją warstwy aplikacji interfejsu RBC – nastawnica (załącznik nr 3) na którą składają się następujące dokumenty: • „CBI-CBR Interface. Top Level Specification”, • „EGO Protocol. Interface Specification”, • „Interface Specification CBI-CBR Interface, Application layer”. 2. Urządzenia systemu ERTMS/ETCS poziom 2 muszą współpracować z urządzeniami LCS. 3. Urządzenia systemu ERTMS/ETCS poziom 2 muszą współpracować z urządzeniami dSAT. 4. Urządzenia systemu ERTMS/ETCS muszą współpracować z urządzeniami przejazdowymi. 5. Urządzenia systemu ERTMS/ETCS poziom 2 muszą współpracować z Centrum Utrzymania i Diagnostyki (CUID).”

Pismem z dnia 27 sierpnia 2021 r. Zamawiający usunął w Tomie III SWZ pkt 4.2. ppkt 7 i 4.2. ppkt 9 oraz CZĘŚĆ I OPISOWA ppkt. 1 lit. b).

W dniu 14 września 2021 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania wykonawców m.in.:

„Pytanie nr 116: PFU str. 6, I. OGÓLNY OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA W wykazie Lotów, zawarto następujące zapisy dotyczące Lotu od A do F: (...) W następnym akapicie zapisano z kolei, że: „1. Zamawiający wymaga, aby realizacja zadania została przeprowadzona w następujący sposób: a) na odcinkach (lotach A,B,C,D,E,F) zostanie zabudowany system ERTMS/ETCS poziom 2, b) na ww. odcinkach/lotach zostanie przeprowadzone dostosowanie eksploatowanych urządzeń srk do współpracy z systemem ERTMS/ETCS zgodnie ze specyfikacją warstwy aplikacji interfejsu RBC – nastawnica na którą składają się następujące dokumenty:...” Z kolei w rozdz. 2.2 Charakterystyczne parametry określające wielkość obiektu – opis stanu istniejącego i projektowanego / str. 13 / tabela „Zakres podstawowy – stan odcinku Warszawa Aleje Jerozolimskie – Warka i urządzenia w projektowaniu, i realizacji Warka – Dobieszyn – Radom.” Prosimy o potwierdzenie, że system ERTMS/ETCS należy zabudować tylko na docelowych urządzeniach srk warstwy podstawowej, których typy i rodzaj przedstawiono na str. 13 w tabeli „Zakres podstawowy – stan odcinku Warszawa Aleje Jerozolimskie – Warka i urządzenia w projektowaniu, i realizacji Warka – Dobieszyn – Radom.” Odpowiedź nr 116: Zamawiający dokonał zmiany SWZ – Tom III PFU. Patrz zmiana nr 8. Ponadto Zamawiający nie potwierdza, że system ERTMS/ETCS należy zabudować tylko na docelowych urządzeniach srk warstwy podstawowej, których typy i rodzaj przedstawiono na str. 13 w tabeli. Niemniej jednak, obowiązkiem Wykonawcy, przed przystąpieniem do prac projektowych, jest dokonanie inwentaryzacji urządzeń w terenie.

Pytanie nr 129: PFU str. 36, 4. Warunki Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych – ERTMS/ETCS / 4.2 Zakres robót „7. W ramach zamówienia Wykonawca zaprojektuje i wykona adaptację istniejących urządzeń SRK do współpracy z systemem ERTMS/ETCS poziom 2 zgodnie ze specyfikacją warstwy aplikacji interfejsu RBC – nastawnica (załącznik nr 3)...” Prosimy o potwierdzenie, że system ERTMS/ETCS należy zabudować tylko na docelowych urządzeniach srk warstwy podstawowej, których typy i rodzaj przedstawiono na str. 13 w tabeli „Zakres podstawowy – stan istncinku Warszawa Aleje Jerozolimskie – Warka i urządzenia w projektowaniu, i realizacji Warka – Dobieszyn – Radom.” Odpowiedź nr 129: *Zamawiający dokonał zmiany SWZ – Tom III PFU. Patrz zmiana nr 8. Zamawiający nie potwierdza, że system ERTMS/ETCS należy zabudować tylko na docelowych urządzeniach srk warstwy podstawowej, których typy i rodzaj przedstawiono na str. 13 w tabeli.. Niemniej jednak, obowiązkiem Wykonawcy, przed przystąpieniem do prac projektowych, jest dokonanie inwentaryzacji urządzeń w terenie.”*

W dniu 20 września 2021 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania wykonawców (uwzględniono sprostowanie z dnia 22 października 2021 r.) m.in.:

„Pytanie 243: Dotyczy: Zmiana SIWZ nr 4 z dnia 27/08/2021 Zwracamy się z prośbą o potwierdzenie, iż urządzenia warstwy podstawowej srk nie są dostosowane do współpracy z systemem ERTMS/ETCS poziom2 zgodnie ze specyfikacjami warstwy aplikacji interfejsu RBC – nastawnica tj. „CBI-CBR Interface. Top Level Specification”, „EGO Protocol. Interface Specification”, „Interface Specification CBI-CBR Interface, Application layer” i nie należy uwzględniać kosztów ich dostosowania w przedmiotowej ofercie. Odpowiedź nr 243: Zamawiający nie potwierdza. W ramach zadania Wykonawca zobowiązany jest do realizacji powiązania systemu ETCS poziom 2 z urządzeniami warstwy podstawowej zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt 4.2, ppkt 8 oraz pkt 4.11, ppkt 1 Tomu III SWZ - Programu funkcjonalno-użytkowego (PFU).

Sprostowanie odpowiedzi z dnia 22 października 2021 r.: *„Odpowiedź nr 243: Zamawiający potwierdza, że urządzenia warstwy podstawowej srk nie są dostosowane do współpracy z systemem ERTMS/ETCS poziom2 zgodnie ze specyfikacjami warstwy aplikacji interfejsu RBC – nastawnica tj. • „CBI-CBR Interface. Top Level Specification”, • „EGO Protocol. Interface Specification”, • „Interface Specification CBI-CBR Interface, Application layer”. W ramach zadania Wykonawca zobowiązany jest do realizacji powiązania systemu ETCS poziom 2 z urządzeniami warstwy podstawowej zgodnie z wymaganiami określonymi w punkcie 4.2, ppkt. 8 oraz punkcie 4.11, ppkt. 1 Programu funkcjonalno-użytkowego (PFU).”*

Pytanie nr 244: W związku ze zmianą nr 4 do SWZ i wykreśleniem punktów 4.2 ppkt 7 oraz ppkt. 1 lit. b) str. 6 PFU, prosimy o potwierdzenie, że zabudowane systemy stacyjne będą dostosowane do współpracy z RBC (zlecone w ramach innego postępowania) zgodnie z: „CBI-CBR Interface. Top Level Specification”, „EGO Protocol. Interface Specification”, „Interface Specification CBI-CBR Interface, Application layer”. Odpowiedź nr 244: Zamawiający nie potwierdza. W ramach zadania Wykonawca zobowiązany jest do realizacji powiązania systemu ETCS poziom 2 z urządzeniami warstwy podstawowej zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt 4.2, ppkt 8 oraz pkt 4.11, ppkt 1 Tomu III SWZ - Programu funkcjonalno-użytkowego (PFU).

Pytanie nr 245: W związku ze zmianą nr 4 do SWZ i wykreśleniem punktów 4.2 ppkt 7 oraz ppkt. 1 lit. b) str. 6 PFU, prosimy o potwierdzenie, że dostosowanie systemów stacyjnych do współpracy z RBC (zlecone w ramach innego postępowania) zgodnie z: „CBI-CBR Interface. Top Level Specification”, „EGO Protocol. Interface Specification”, „Interface Specification CBI-CBR Interface, Application layer” odbędzie się w terminie umożliwiającym realizację niniejszego zamówienia, zgodnie z określonym przez Zamawiającego harmonogramem/etapami tj., na początku Etapu 4 - Załącznik nr 6 do IDW. Odpowiedź nr 245: Zamawiający nie potwierdza. W ramach zadania Wykonawca zobowiązany jest do realizacji powiązania systemu ETCS poziom 2 z urządzeniami warstwy podstawowej zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt 4.2, ppkt 8 oraz pkt 4.11, ppkt 1 Tomu III SWZ - Programu funkcjonalno-użytkowego (PFU).

Pytanie nr 246: W związku ze zmianą nr 4 do SWZ i wykreśleniem punktów 4.2 ppkt 7 oraz ppkt. 1 lit. b) str. 6 PFU prosimy o potwierdzenie, że w ramach dostosowania (zleconego w ramach innego postępowania) istniejących systemów stacyjnych będą zaimplementowane, w tych systemach, typowe dla komunikacji z systemem ERTMS/ETCS dane obiektowe, niezbędne do zrealizowania powiązania i integracji urządzeń systemu ERTMS/ETCS poziom 2 z urządzeniami sterowania ruchem kolejowym warstwy podstawowej, czyli: - NID_C, NID_RBC, NID_IL (wg Subset-037), - wersja danych aplikacyjnych DCV (wg „EGO Protocol. Interface Specification”), - identyfikatory obiektów używanych w interfejsie CBI – CBR (wg „EGO Protocol. Interface Specification”), - identyfikatory przebiegów używanych w interfejsie CBI – CBR (wg „EGO Protocol. Interface Specification”), - V_LOA dla wyjazdów z obszaru ERTMS/ETCS poziom 2 (wg „Interface Specification CBI-CBR Interface, Application layer”), - “Entrance Area” dla wjazdów do obszaru ERTMS/ETCS poziom 2 (wg „Interface Specification CBI-CBR Interface, Application layer”), - adresy sieciowe i wskazanie portów do współpracy (wg „CBI-CBR Interface. Top Level Specification”). Odpowiedź nr 246:

Zamawiający nie potwierdza. W ramach zadania Wykonawca zobowiązany jest do realizacji powiązania systemu ETCS poziom 2 z urządzeniami warstwy podstawowej zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt 4.2, ppkt 8 oraz pkt 4.11, ppkt 1 Tomu III SWZ - Programu funkcjonalno-użytkowego (PFU).

Pytanie nr 247: W związku ze zmianą nr 4 do SWZ i wykreśleniem punktów 4.2 ppkt 7 oraz ppkt. 1 lit. b) str. 6 PFU prosimy o potwierdzenie, że będzie udostępniona Wykonawcy dokumentacja projektowa, zawierająca niezbędne informacje do przeprowadzenia powiązania i integracji urządzeń systemu ERTMS/ETCS poziom 2 z urządzeniami sterowania ruchem kolejowym warstwy podstawowej: - wartości identyfikatorów (określone przez Zamawiającego): NID_C, NID_RBC, NID_IL, - kilometraż zwrotnic odnoszący się do położenia iglicy, - kilometraż wykolejnic, - kilometraż skrzyżowań torów odnoszący się do środka geometrycznego, - kilometraż semaforów stacyjnych (wjazdowych, wyjazdowych oraz drogowskazowych), - kilometraż czujników koła lub izolacji obwodów torowych, - kilometraż pierwszego czujnika koła blokadowego lub izolacji obwodu torowego blokadowego, znajdującego się w obszarze stacji, - położenie granic sekcji (ang. Track Joint) za sygnalizatorami używanymi dla ruchu ETCS (GAL), przez podanie ich odległości od sygnalizatora, - lista sygnalizatorów używanych dla ruchu pociągów z ETCS lub stwierdzenie, że wszystkie sygnalizatory będą używane również w ramach ruchu ETCS, - wartości V_LOA dla wyjazdów z obszaru L2 wraz z podaniem lokalizacji granic wyjazdowych oraz zależność V_LOA od sygnału, jeśli takowa istnieje gdy granica wyjazdu ulokowana jest w miejscu semafora, - kilometraż położenia granic wjazdowych do obszaru z wyszczególnieniem sposobu logowania pojazdów do RBC (wjazd automatyczny lub ręczny), - kilometraż przejazdów kat. B powiązanych ze stacją, bez ToP od strony stacji (tzw. interfejs dwukierunkowy wg Scenariuszy Operacyjnych), - adresy sieciowe i wskazanie portów do współpracy IL – RBC, - informacje na temat konieczności wydłużenia czasu ostrzegania na przejazdach powiązanych z urządzeniami stacyjnymi. Ilekroć powyżej mowa o kilometrażu oznacza on wartości oddające rzeczywiste (zmierzone, zweryfikowane) rozmieszczenie obiektów kolejowych względem siebie. Odpowiedź nr 247: Zamawiający nie potwierdza. W ramach zadania Wykonawca zobowiązany jest do realizacji powiązania systemu ETCS poziom 2 z urządzeniami warstwy podstawowej zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt 4.2, ppkt 8 oraz pkt 4.11, ppkt 1 Tomu III SWZ - Programu funkcjonalno-użytkowego (PFU).”

Sprostowanie odpowiedzi z dnia 22 października 2021 r.: „Odpowiedź nr 247: Na potrzeby realizacji niemniejszego zadania Zamawiający udostępni dokumentację powykonawczą wielobranżową dla odcinków linii kolejowej objętych zakresem zadania oraz przekaze

wartości zmiennych NID_C, NID_RBC, NID_IL. Natomiast Wykonawca będzie odpowiedzialny za pozyskanie niezbędnych informacji z przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji. W przypadku, gdyby okazało się, że informacje zawarte w dokumentacji nie będą wystarczające do realizacji zadania, Wykonawca zobowiązany jest pozyskać pozostałe informacje własnym staraniem.”

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z dnia 16 listopada 2021 r. Przystępujący zaoferował Netto: 99 703 586,19 PLN Brutto: 122 635 411,01 PLN, a Odwołujący: Netto: 102 203 586,19 PLN Brutto: 125 710 411,01 PL. Wartość szacunkowa zamówienia zgodnie z informacją zawartą w protokole postępowania wynosi: 56 775 310,05 zł netto. Zgodnie z informacją z dnia 15 listopada 2021 r. kwota przeznaczona na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia wynosi 56 775 310,05 PLN netto, tj. 69 833 631,36 PLN brutto, w tym: - zamówienie podstawowe: 54 071 723,86 PLN netto, tj. 66 508 220,35 PLN brutto; - kwota warunkowa: 2 703 586,19 PLN netto, tj. 3 325 411,01 PLN brutto.

W pkt 3 formularza ofertowego Przystępujący oświadczył: „3. **GWARANTUJĘ** wykonanie całości niniejszego Zamówienia zgodnie z treścią: SWZ, wyjaśnień do SWZ oraz jej modyfikacji.”

Przystępujący wskazał następujące ceny netto w złożonym wraz z ofertą RCO w pkt 3: Roboty budowlane ERTMS/ETCS poziom 2 (suma poz. 3.1.-3.5): 72 157 770,00 zł, w pkt 3.4.: 24 829 270,00 zł, w pkt 4.1.: 7 845 180,00 zł, a Odwołujący: w pkt 3: 78 806 462,87 zł, pkt 3.4.: 49 725 198,10 zł, w pkt 4.1.: 8 548 693,79 zł.

Zgodnie z Raportem po przeprowadzonej aukcji cena ofertowa brutto Przystępującego wynosiła: 88 558 300,00 PLN, a Odwołującego 81 180 000,00 PLN.

W JEDZ: D: INFORMACJE DOTYCZĄCE PODWYKONAWCÓW, NA KTÓRYCH ZDOLNOŚCI WYKONAWCA NIE POLEGA: Czy wykonawca zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo jakiegokolwiek części zamówienia? Przystępujący wskazał: „Jeżeli tak i o ile jest to wiadome, proszę podać wykaz proponowanych podwykonawców: [Prace projektowe, Roboty budowlano-montażowe, Branże towarzyszące, Udział w powiązaniu i integracji urządzeń systemu ERTMS/ETCS poziom 2 z urządzeniami sterowania ruchem kolejowym warstwy podstawowej, Certyfikacja, Obsługa geodezyjna, między innymi: Bombardier Transportation (Rail Engineering) Polska Sp. z o.o. Voestalpine SIGNALING Sopot Sp. z o.o. Thales Polska Sp. z o.o. ...].”

Z ogłoszenia o udzieleniu zamówienia z dnia 1 lipca 2017 r. nr 2017/S 124-252805, załączonego do odwołania wynika, że w postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia

z wolnej ręki na podstawie przepisów art. 66 i dalszych ustawy pzp z 2004 r. na przedmiot zamówienia: zaprojektowanie i zabudowa pól sprzęgu interfejsu po stronie istniejących urządzeń sterowania ruchem kolejowym produkcji Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Sp. z o.o., zainstalowanych na odcinku Warszawa Zachodnia – Koluszki w km 3,900 – 104,918 linii nr 1 i Koluszki – Łódź Widzew w km 26,400 – 7,200 linii nr 17 oraz adaptacja tych urządzeń do współpracy z urządzeniami ERTMS/ETCS poziom 2 i zapewnienie zgodności z protokołem Euroradio+/Subset098.” w ramach projektów pn.: Modernizacja linii kolejowej Warszawa – Łódź, etap II, Lot A – odcinek Warszawa Zachodnia – Miedniewice (Skierniewice)” FAZA II POLiŚ 5.1-5 i Modernizacja linii kolejowej Warszawa – Łódź, etap II, Lot C – pozostałe roboty FAZA II POLiŚ 5.1-6” wybrana została oferta Przystępującego. Całkowita końcowa wartość umowy/części: 35 530 000.00 PLN bez VAT.

Pismem z dnia 22 października 2021 r. (załączone do odwołania) Przystępujący zwrócił się do Odwołującego z prośbą o ofertę: *„W nawiązaniu do zadania « Zaprojektowanie i zabudowa systemu ERTMS/ETCS na linii kolejowej nr 8 w ramach projektu POLiŚ 5.1-10 Prace na linii kolejowej nr 8, odcinek Warka – Radom (LOT C,D,E) », prosimy o przedstawienie oferty podwykonawczej w zakresie dostosowania urządzeń warstwy podstawowej produkcji Thales zainstalowanych na obszarze LCS Warszawa Okęcie i LCS Radom do współpracy z planowanym do zabudowy systemem ETCS L2 produkcji Alstom (RBC) na zasadach i zakresie przedstawionym w materiałach przetargowych SIWZ/PFU oraz na zasadach realizowanych przez nasze spółki na projekcie E65 Warszawa-Gdynia. W ramach wyceny przedmiotowych prac prosimy o uwzględnienie kosztów: 1. Przygotowania wszelkiej niezbędnej dokumentacji projektowej: budowlano–wykonawczej urządzeń produkcji Thales dla zakresu prac niniejszego zapytania ofertowego. 2. Dostosowania istniejących urządzeń srk produkcji Thales (dostawa, wszelkie prace w urządzeniach zewnętrznych i wewnętrznych srk, prace adaptacyjne, prace aplikacyjne i instalacyjne, zabudowa) 3. Testów i uruchomienia. 4. Procesu ewentualnej recertyfikacji. 5. Nadzoru kierownika budowy firmy Thales. 6. Udziału pracowników firmy Thales w procesie integracji urządzeń firmy Alstom i Thales. Proszę o uwzględnienie w Państwa wycenie prac: - konieczną obsługę w AUI wjazdów/wyjazdów z ETCS L2 w lokalizacjach zgodnych z PFU niniejszego zadania, - konieczną obsługę w AUI czterech systemów zależnościowych dla LCS Warszawa Okęcie i sześciu systemów zależnościowych dla LCS Radom, - konieczność uczestnictwa przedstawicieli firmy Thales w testach integracyjnych/adaptacyjnych nowych funkcji nie stosowanych do tej pory w ramach AUI (np. wjazdy/wyjazdy z ETCS L2) - wygenerowanie i przekazanie danych obiektowych niezbędnych do implementacji interfejsu po stronie systemu ERTMS/ETCS poziom 2, - udostępnienie swojego laboratorium, dla umożliwienia*

przeprowadzenia testów integracyjnych systemu ERTMS/ETCS poziom 2 z urządzeniami srk warstwy podstawowej, potwierdzających ich wzajemną poprawną współpracę, - usunięcie ewentualnych błędów w oprogramowaniu aplikacyjnym urządzeń srk po implementacji pólspzęgu interfejsu (srk), które będą wynikiem: • niezgodności przygotowanej aplikacji ze specyfikacją interfejsu oraz z otrzymanymi projektami zabudowy systemu ERTMS/ETCS L2, • innych błędów w urządzeniach srk warstwy podstawowej, a które będą powodowały niewłaściwe działanie pólspzęgu interfejsu srk. W uzupełnieniu dodatkowe informacje związane z zakresem prac z prośbą o ich uwzględnienie przy wycenie: a) wykonanie powiązania urządzeń produkcji Thales z planowanymi RBC Warszawa Okęcie i RBC Radom zgodnie z rozwiązaniami opracowanymi na odcinku linii E65 – „powiązanie stacji Mława, Konopki z RBC Ciechanów w oparciu o specyfikację BNT/00011 w wersji finalnie uzgodnionej w ramach konsorcjum E65”. b) prosimy o współpracę w niniejszym zadaniu zgodnie z krokami opisanymi w załączonej tabeli. (...)”

Zgodnie z INFORMACJĄ HANDLOWĄ nr PO-OFUS-297-2021 Odwołującego załączoną do odwołania, w zakresie: wykonanie robót w zakresie automatyki kolejowej Dot. zadania pn.: Zaprojektowanie i zabudowa systemu ERTMS/ETCS na linii kolejowej nr 8 w ramach projektu POIiŚ 5.1-10 Prace na linii kolejowej nr 8, odcinek Warka – Radom (LOT C,D,E): „1 Wstęp Niniejsza informacja została przygotowana przez Thales Polska Sp. z o.o. zwaną dalej „Thales” dla Alstom Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Sp. z o.o. zwanego dalej „Klientem” lub „Alstom”. Informację handlową opracowano na podstawie zapytania ofertowego. Niniejszy dokument ma charakter informacyjny (orientacyjny) i nie stanowi oferty handlowej w rozumieniu Art. 66 par. 1 Kodeksu Cywilnego. 1.1 Zakres Niniejszą informację przygotowano w oparciu o materiały udostępnione przez PKP PLK na platformie zakupowej wraz z zapytaniem ofertowym. Zakres ujęty w niniejszej ofercie obejmuje dostawę następujących usług oraz materiałów na zasadach DDP (Incoterms 2010) znajdujących się w poniższym zakresie: ▪ Wykonanie prac związanych z dostosowaniem urządzeń ESTW zabudowanych na obszarze LCS Radom oraz LCS Okęcie (Warszawa Aleje Jerozolimskie, Warszawa Okęcie, Piaseczno, Czachówek Płd, Chynów, Warka, Dobieszyn, Lesiów, Radom, Radom Wschód) do powiązania z planowanym RBC Radom i RBC Okęcie Alstom Bombardier Transportation (ZWUS) w związku z planowaną zabudową systemu ERTMS/ETCS poziomu na odcinku linii 8 od km 5,440 do km 104,471 ▪ Zakres prac objęty niniejszym zakresem: ✓ Wykonanie powiązania urządzeń produkcji Thales zabudowanych na linii nr 8 na odcinku Warszawa – Radom (LCS Okęcie, LCS Radom) z planowanymi przez Klienta RBC produkcji BT. Powiązanie zostanie wykonane w oparciu o następujące dokumenty stanowiące specyfikację warstwy interfejsu pomiędzy warstwą podstawową, a

warstwą ETCS (BNT/00011 v.3.2 14.02.2017): ▪ CBI-CBR Interface. Top Level Specification - BNT/00010, v.1.01; ▪ EGO Protocol. Interface Specification - BNT00064 (3NSS010118D0041), v.3.1; ▪ Interface Specification CBI-CBR Interface, Application layer - BNT00063 (3NSS010118D0022), v.3.4; ✓ Przygotowanie dokumentacji projektowej dla urządzeń produkcji Thales dla ww. zakresu prac, ✓ Dostosowanie istniejących urządzeń produkcji Thales w zakresie niezbędnych dostaw, instalacji i uruchomień, ✓ Wprowadzenie zmian w aplikacji LCS Okęcie, LCS Radom ✓ Przeprowadzenie niezbędnych testów funkcjonalnych, ✓ Udział pracowników Thales Polska w procesie integracji urządzeń produkcji Thales i Alstom. 1.2 Koszty nie ujęte w niniejszej ofercie: ▪ koszty jakichkolwiek prac i dostaw systemów związanych z branżami innymi niż srk ▪ koszty związane z zapewnieniem pojazdu/ów niezbędnych do przeprowadzenia testów; ▪ koszty związane z generalnym wykonawstwem, nadzorem, ▪ koszty związane z dokumentacją budowlaną i wykonawczą dla branży srk (poza urządzeniami produkcji Thales); ▪ koszty związane z obsługą archeologiczną, ▪ koszty związane z usunięciem kolizji, ▪ koszty jednostki notyfikowanej związanej z uzyskaniem certyfikatów WE (Thales zapewni niezbędny wsad potrzebny do uzyskania zezwolenie na dopuszczenie do eksploatacji), ▪ koszty związane z włączeniami torów z ruchu/wyłączeniem sieci trakcyjnych, ▪ koszty związane z wejściem i zajęciem terenów obcych, pasów drogowych i działek prywatnych oraz odszkodowań z ww. związanych, ▪ koszty uzyskania decyzji administracyjnych, ▪ koszty opracowania dokumentacji przed rozpoczęciem robót budowlanych dotyczącej monitoringu środowiskowego, ▪ koszty uzyskania decyzji o pozwoleniu na użytkowanie, dokumentacji wykonanych robót oraz opracowanie operatu kołaudacyjnego, ▪ koszty przygotowywania i zawarcia umów przyłączeniowych, ▪ koszty opracowania czasowej i stałej organizacji ruchu kołowego, ▪ koszty uzgodnień dokumentacji, ▪ koszty związanych z elektroenergetyką, zasilaniem urządzeń ▪ koszty związane z wykonaniem przyłączy światłowodowych, ▪ koszty związane z wykonaniem przyłączy energetycznych, ▪ koszty prac geodezyjnych, m.in.: pozyskanie map do celów projektowych. (...) Łączna cena netto (bez podatku VAT) za urządzenia i usługi wymienione w pkt. 1 niniejszej informacji wynosi: 30.000.000,00 PLN (trzydzieści milionów złotych zero groszy). (...)"

W odwołaniu Thales z dnia 30 września 2021 r. (sprawa o sygn. akt: KIO 2895/21) załączonym do odwołania, Odwołujący podnosił m.in.: „W dniu 27 sierpnia 2021 r. Zamawiający dokonał zmiany treści SWZ (zmiana nr 4 do SWZ, pkt 3 i 4, pismo nr IREZA1.292.8.2021.h.15), w ramach której Zamawiający usunął z wymogów SWZ postanowienia zawarte w PFU określające obowiązek Wykonawcy do zaprojektowania i

wykonania adaptacji istniejących urządzeń SRK do współpracy z systemem ERTMS/ETCS poziom 2 zgodnie ze specyfikacją warstwy aplikacji interfejsu RBC-nastawnica. (...) Usunięcie na podstawie Zmiany nr 4 do SWZ powyższych wymogów SWZ oznacza wyłączenie z przedmiotu zamówienia obowiązku dostosowania istniejących urządzeń SRK do współpracy z systemem ERTMS/ETCS poziom 2 zgodnie ze specyfikacją warstwy aplikacji interfejsu RBC-nastawnica. Następnie w dniu 20 września 2021 r. (pismo nr IREZA1.292.8.2021.h.19) – z niezrozumiałych powodów - Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytania Wykonawców do SWZ nr 242, 243, 244, 245, 246, 247 zupełnie pomija dokonaną czynność zmiany SWZ z dnia 27.08.2021 r. w wyżej opisanym zakresie, nakładając ponownie na Wykonawców (poprzez zaprzeczenie pytań Wykonawców) obowiązek zapewnienia współpracy istniejących urządzeń ERTMS/ETCS poziom 2 zgodnie z specyfikacją warstwy interfejsu RBC – nastawnica. Jednocześnie na poparcie swojego stanowiska przy odpowiedzi na w/w pytania Zamawiający przywołuje nie mające zastosowania postanowienia PFU wskazując, że „W ramach zadania Wykonawca zobowiązany jest do realizacji powiązania systemu ETCS poziom 2 z urządzeniami warstwy podstawowej zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt 4.2 ppkt 8 oraz pkt 4.11 ppkt 1 Tomu III SWZ- PFU.” Przywołane przez Zamawiającego postanowienia pkt 4.2. ppkt 8 oraz pkt 4.11 ppkt 1 Tomu III SWZ- PFU dotyczą zupełnie innego zakresu, tj. obowiązku powiązania i integracji nowo zabudowywanych urządzeń w ramach tego postępowania, a nie istniejących już urządzeń SRK (których dotyczył usunięty pkt 4.2. ppkt 7 PFU). Udzielone przez Zamawiającego odpowiedzi na w/w pytania (stanowiące w istocie zmianę SWZ (choć formalnie jej nie dokonano) powodują, że specyfikacja w omawianym zakresie jest nie tylko nieprecyzyjna, nieprzejrzysta i może podlegać różnej interpretacji, ale staje się wręcz wewnątrz sprzeczna. Zamawiający w tym postępowaniu dokonał zupełnie sprzecznych ze sobą czynności co do określenia obowiązków wykonawcy w ramach istniejących urządzeń SRK. Z jednej Strony Zamawiający zmodyfikował bowiem SWZ wyłączając z przedmiotu zamówienia obowiązek adaptacji istniejących urządzeń srk do współpracy z systemem ERTMS/ETCS poziomu 2 (usuwając pkt 4.2 ppkt 7 PFU i PFU część opisowa ppkt 1 lit.b) str.6 PFU). Z drugiej Strony nie bacząc na dokonaną modyfikację SWZ, Zamawiający udzielił Wykonawcom odpowiedzi na w/w pytania nakładając na Wykonawców obowiązek adaptacji istniejących urządzeń SRK w/w zakresie (powołując przy tym na poparcie swoich twierdzeń niewłaściwe podstawy prawne (postanowienia PFU)).”

W odwołaniu Bombardier z dnia 30 września 2021 r., (sprawa o sygn. akt: KIO 2894/21) załączonym do odwołania, Odwołujący wnosił m.in. o nakazanie Zamawiającemu zmiany treści odpowiedzi udzielonych przez Zamawiającego na pytania nr 242 – 247 poprzez

potwierdzenie, że z zakresu zamówienia wyłączony został obowiązek wykonania adaptacji istniejących urządzeń SRK do współpracy z systemem ERTMS/ETCS poziom 2.

Z protokołu posiedzenia z dnia 27 października 2021 r. w sprawach połączonych KIO 2819/21, 2824/21, KIO 2894/21, KIO 2895/21 załączonego do odwołania wynika m.in.: „Zamawiający wyjaśnia, że w ślad za wykreśleniem pkt 4.2. ppkt. 7 PFU wykreślił także pkt 4.2. ppkt. 9 PFU, pozostał pkt. 4.2.8. i pkt. 4.11. ppkt. 1 PFU, które nie zostały zmienione od początku brzmienia specyfikacji. Wskazuje, że wyjaśnienia na pytania od 242-247 nie modyfikowały postanowień treści specyfikacji. Wskazuje, że odwołujący próbują przywrócić termin na wniesienie odwołania licząc go od wyjaśnień treści specyfikacji. W odpowiedzi na pytanie Przewodniczącej dlaczego Zamawiający wykreślił pkt 4.2. pkt 7 PFU oraz część opisową z pkt 1.1 PFU odpowiada, że wykreślił te zapisy ponieważ zamierza pozostawić wykonawcy dowolność w zastosowanym rozwiązaniu technicznym przy czym Zamawiający oczekiwał aby urządzenia SRK były powiązane z systemem ERTMS. (...) Zamawiający wyjaśnia, że każdy z omawianych punktów PFU dot. odrębnych zobowiązań wykonawcy. Wskazuje, że odwołujący nie wnioskowali o wykreślenie postanowienia pkt 4.2. ppkt 8 PFU i pkt 4.11. ppkt 1 PFU, wskazuje, że ww. punkty PFU dot. wszystkich urządzeń SRK. (...) Zamawiający stwierdza, że pkt 4.2. ppkt 8 i 4.11 ppkt 1 dot. urządzeń SRK, a nie systemów. Zwraca uwagę, że pytania 242 i 243 i następne dot. RBC.”

Z uzasadnienia postanowienia KIO z dnia 27 października 2021 r. (sygn. akt: KIO 2894/21, KIO 2895/21) załączonego do odwołania wynika: „Izba uznała, że odwołania wykonawcy Bombardier oraz Thales podlegały odrzuceniu. (...) Izba doszła do przekonania, że gdyby nawet przyjąć, iż postanowienia specyfikacji warunków zamówienia w wyniku usunięcia przez Zamawiającego punktu 4.2 ppkt 7 PFU oraz części opisowej punktu 1 lit. b str. 6 PFU są niejednoznaczne z pozostałymi postanowieniami dokumentacji, w szczególności punktem 4.2 ppkt 8 PFU oraz 4.11 ppkt 1 PFU, to niejednoznaczność ta powstała 27 sierpnia 2021 r. z chwilą dokonania modyfikacji treści SWZ. W konsekwencji powyższego to od tej daty ostatecznie należałoby liczyć termin na wniesienie odwołania wobec dostrzeżenia przez odwołujących się Wykonawców braku precyzji w opisanu postanowień specyfikacji. Odwołujący jednak nie skorzystali z przysługujących im środków ochrony prawnej i nie zakwestionowali brzmienia specyfikacji, zaś obecnie wskazują na okoliczności kolejnej modyfikacji dokumentacji postępowania jako rozpoczynającej bieg terminu na zaskarżenie czynności Zamawiającego, celem konwalidowania swojego niestaranego działania, czemu nie sposób udzielić ochrony prawnej. Następnie Izba wskazuje, że odpowiedzi na pytania nr 242 — 247 udzielone przez Zamawiającego w dniu 20 września 2021 r., nie stanowiły

modyfikacji postanowień SWZ, a przez to nie mogły stanowić podstawy faktycznej do wniesienia niniejszych odwołań. Zważyć należy, iż w ww. wyjaśnieniach Zamawiający odwołał się do postanowień punktu 4.11. ppkt 1 PFU oraz 4.2 ppkt 8 PFU, które zostały zamieszczone przez Zamawiającego w pierwotnej treści specyfikacji. Przedmiotowe postanowienia SWZ nie zostały zakwestionowane w drodze środków ochrony prawnej w terminie 10 dni liczonym od dnia publikacji SWZ (16 lipca 2021 r.) przez wykonawcę Thales oraz Bombardier, co zostało przyznane przez Odwoływających w toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron. Postanowienia punktu 4.2 ppkt 8 PFU oraz punktu 4.11 ppkt 1 PFU nie zostały również zmodyfikowane w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Zatem Wykonawcy pod pozorem powołania się na wrześnieową modyfikację dokumentacji postępowania de facto żądali weryfikacji treści SWZ, która istniała od momentu opublikowania jej przez Zamawiającego, a nawet przyjmując, że brzmienie SWZ mogło się stać niejednoznaczne z perspektywy Wykonawcy, to okoliczność ta najpóźniej zaistniała 27 sierpnia 2021 r. i zawity termin na zaskarżenie treści SWZ skutecznie upłynął 6 września 2021 r. Zdaniem składu orzekającego analiza ww. postanowień specyfikacji, do których referował Zamawiający w wyjaśnieniach treści SWZ stanowiących odpowiedzi na pytania nr 242 — 247 prowadzi do wniosku, że wyjaśnienia udzielały informacji dotyczących istniejących urządzeń, wskazując przy tym na wymagania programu funkcjonalno użytkowego, które nie uległy zmianie od 16 lipca 2021 r. (data publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz udostępnienia SWZ na stronie internetowej Zamawiającego). Inaczej rzecz ujmując, wyjaśnienia treści SWZ opublikowane przez Zamawiającego w dniu 20 września 2021 r. nie wiązały się ze zmianą konkretnych postanowień specyfikacji, przez co nie sposób uznać, iż termin na wniesienie odwołania rozpoczął swój bieg z chwilą opublikowania wyjaśnień do specyfikacji. Dalej Izba wskazuje, że nie podzieliła argumentacji prezentowej przez Odwoływających jakoby treść postanowień punktu 4.2 ppkt 8 oraz 4.11 ppkt 1 PFU dotyczyła nowozabudowanych urządzeń, a nie istniejących już urządzeń sterowania ruchem kolejowym. W ocenie Izby przeczy temu treść ww. postanowień, nakładających na wykonawcę zobowiązanie powiązania i integracji urządzeń systemu ERTMS/ETCS poziom 2 z urządzeniami sterowania ruchem kolejowym warstwy podstawowej oraz by urządzenia systemu ERTMS/ETCS poziom 2 współpracowały z urządzeniami SRK zgodnie z protokołem Euroradio+/Subset098 oraz specyfikacją warstwy aplikacji interfejsu RBC — nastawnica (załącznik nr 3) na którą składają się następujące dokumenty: „CBI-CBR Interface. Top Level Specification”, „EGO Protocol. Interface Specification”, „Interface Specification CBI-CBR Interface, Application layer”. (...) Izba stwierdziła, że odwołania wykonawcy Bombardier oraz Thales jako wniesione po terminie nie

mogły być przedmiotem rozpoznania i podlegały odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.”

Przechodząc do zarzutu niezgodności oferty z warunkami zamówienia w zakresie w jakim Odwołujący kwestionował zakres prac oferowany przez Przystępującego Izba wskazuje, że zarzut, jako oparty na błędnych ustaleniach faktycznych poczynionych przez Odwołującego, nie zasługiwał na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności zaznaczyć należy, że Odwołujący podważał zaoferowanie przez Przystępującego w ofercie, w tym RCO prac związanych z adaptacją istniejących urządzeń SRK do współpracy z systemem ERTMS/ETCS i celem potwierdzenia tej tezy złożył stosowne dowody. Izba zwraca uwagę, że ustalenia Odwołującego w zakresie wymaganego PFU zakresu świadczenia są błędne, w konsekwencji czego postawiony zarzut nie potwierdził się. Odwołujący nieprawidłowo wywiódł z treści postanowień pkt 4.2, ppkt 8 PFU oraz pkt 4.11, ppkt 1 PFU, iż obowiązkiem wykonawcy jest wykonanie adaptacji istniejących urządzeń SRK. Chronologia zdarzeń w postępowaniu, jak również ostateczna treść PFU przeczy takiej wykładni postanowień tego dokumentu. Jak wynika z poczynionych ustaleń faktycznych Zamawiający w dniu 27 sierpnia 2021 r. usunął w Tomie III SWZ: PFU pkt 4.2. ppkt 7 i 4.2. ppkt 9 oraz CZĘŚĆ I OPISOWA ppkt. 1 lit. b). Usunięte postanowienia dotyczyły zaprojektowania i wykonania adaptacji urządzeń SRK do współpracy z systemem ERTMS/ETCS. Powyższe znajduje potwierdzenie w dokumentacji postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO: 2225/21 z odwołania Przystępującego, w którym Przystępujący kwestionował postanowienie pkt 4.2. ppkt 7 PFU, jako naruszające uczciwą konkurencję. Przystępujący wskazywał, że wykonanie prac z ww. pkt PFU *„wymaga bezpośredniej ingerencji w same urządzenia warstwy podstawowej oraz ich oprogramowanie i wyposażenie tych urządzeń w odpowiednie funkcjonalności umożliwiające ich późniejszą komunikację z wykonaną nakładką ERTMS/ETCS. Ingerencji takiej może dokonać jedynie wykonawca będący autorem urządzeń i ich oprogramowania (a zatem wykonawca zabudowy urządzeń warstwy podstawowej), a każdy inny wykonawca, który zamierzałby dokonać takiego wdrożenia zmuszony byłby skorzystać w tym zakresie z usług wykonawcy warstwy podstawowej. Z tego względu, wdrożenie takie realizowane jest zwykle w ramach zamówienia dotyczącego wykonania warstwy podstawowej urządzeń sterowania ruchem kolejowym.”* Co więcej, Zamawiający w odpowiedzi na ww. odwołanie zaznaczył, że *„zmienia treść SWZ - PFU Pkt. 4.2 ppkt 7 poprzez wyłączenie z zakresu robót obowiązku Wykonawcy w postaci zaprojektowania i wykonania adaptacji istniejących urządzeń SRK do współpracy z*

systemem ERTMS/ETCS poziom 2." Zamawiający podnosił w odpowiedzi, że zmiana została dokonana 27 sierpnia 2021 r. i polegała na usunięciu spornego postanowienia, co skutkowało brakiem substratu zaskarżenia odwołania w tym zakresie. W konsekwencji Przystępujący wycofał odwołanie. Zaznaczyć należy, że pozostałe postanowienia przywołane przez Odwołującego (pkt 4.2, ppkt 8 PFU oraz pkt 4.11, ppkt 1 PFU) dotyczyły powiązania i integracji urządzeń SRK do współpracy z systemem ERTMS/ETCS, co niewątpliwie stanowi inny przedmiot świadczenia niż zaprojektowanie i adaptacja istniejących urządzeń SRK. W toku postępowania dnia 20 września 2021 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania wykonawców, w których Zamawiający konsekwentnie wskazywał, iż obowiązkiem wykonawcy jest wykonanie ww. „powiązania” z pkt 4.2, ppkt 8 PFU oraz pkt 4.11, ppkt 1 PFU. Poza modyfikacją zakresu zamówienia z dnia 27 sierpnia 2021 r. Zamawiający nie dokonał żadnej dalszej zmiany postanowień PFU co do świadczenia objętego zamówieniem. Taką wykładnię postanowień PFU potwierdzają również dowody złożone przez Odwołującego w postępowaniu odwoławczym. Z uzasadnienia postanowienia KIO z dnia 27 października 2021 r. (sygn. akt: KIO 2894/21, KIO 2895/21) załączonego do odwołania jednoznacznie wynika, że Izba uznała, iż Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytania nie dokonał żadnej modyfikacji SWZ dotyczącej spornych postanowień, co stanowiło podstawę odrzucenia odwołań jako wniesionych z uchybieniem terminu. Wbrew twierdzeniom Odwołującego Zamawiający w trakcie posiedzenia przed KIO w dniu 27 października 2021 r. w sprawach połączonych KIO 2819/21, 2824/21, KIO 2894/21, KIO 2895/21 wyjaśnił, że *„w ślad za wykreśleniem pkt 4.2. ppkt. 7 PFU wykreślił także pkt 4.2. ppkt. 9 PFU, pozostał pkt. 4.2.8. i pkt. 4.11. ppkt. 1 PFU, które nie zostały zmienione od początku brzmienia specyfikacji.”* Wskazał również że *„wyjaśnienia na pytanie od 242-247 nie modyfikowały postanowień treści specyfikacji.”* Co więcej, Zamawiający stwierdził, że *„oczekiwał aby urządzenia SRK były powiązane z systemem ERTMS”, a „każdy z omawianych punktów PFU dot. odrębnych zobowiązań wykonawcy.”* Stanowisko to zostało odnotowane w protokole posiedzenia. W świetle powyższego twierdzenia Odwołującego prezentowane w niniejszym postępowaniu odwoławczym, iż w zakres zamówienia wchodziły prace adaptacyjne należy uznać za nielogiczne i nieuzasadnione. W tym kontekście pozostałe złożone przez Odwołującego dowody jako powołane na okoliczność nieuwzględnienia przez Przystępującego prac adaptacyjnych w ofercie Izba oceniła jako nieprzydatne dla rozstrzygnięcia i nieadekwatne do zakresu zamówienia wymaganego PFU. Izba zauważa, że zapytanie ofertowe Przystępującego kierowane do Odwołującego pismem z dnia 22 października 2021 r. obejmowało swoim zakresem prace adaptacyjne. W konsekwencji także informacja handlowa Thales, stanowiąca zgodnie z jej brzmieniem nie

ofertę a niewiążący materiał informacyjny uwzględniała w wycenie również ww. prace. Podobnie Izba oceniła dowody złożone przez Odwołującego oraz Zamawiającego odnoszące się do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki udzielonego Przystępującemu, które obejmowało szerszy zakres zamówienia od świadczenia objętego niniejszym postępowaniem, w tym wykonanie adaptacji.

Chybione okazały się także twierdzenia Odwołującego, że sporne prace miałyby zostać wycenione w pkt 3.4. oraz 4.1. RCO. Po pierwsze, jak już wskazano prace adaptacyjne nie zostały objęte zakresem zamówienia, a Odwołujący nie wykazał kosztów „powiązania”. Niemniej jednak, analiza dokumentacji postępowania, w tym pkt 12.5 IDW oraz pouczenia zawartego w RCO prowadzi do wniosku, że SWZ była w tym zakresie nieprecyzyjna i nie przesądzała w sposób kategoriyczny, w której pozycji wykonawca miał skalkulować prace związane z „powiązaniem”. Daje to podstawę do twierdzenia, że wykonawcy byli uprawnieni do kalkulowania prac wprost w PFU niewskazanych, w różnych pozycjach RCO, tak aby całkowity koszt realizacji świadczenia został w RCO wyceniony.

W świetle powyższego Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał niezgodności treści oferty Przystępującego z warunkami zamówienia w zakresie oferowanego zakresu zamówienia. Zatem zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp nie potwierdził się.

W konsekwencji na uwzględnienie nie zasługiwał również zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy pzp, gdyż Zamawiający na podstawie informacji wynikających z oferty, w tym w świetle złożonego przez Przystępującego oświadczenia w formularzu ofertowym zapewniającego o realizacji całego zakresu zamówienia wynikającego z SWZ, nie miał podstaw do kierowania wezwania o wyjaśnienie jej treści.

Powyższe również skutkuje uznaniem za niezasadny zarzutu naruszenia art. 255 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 i 99 ust. 1 ustawy pzp. W świetle poczynionych ustaleń faktycznych, w ocenie Izby nie ulega wątpliwości, że postanowienia PFU dotyczące wymaganego zakresu świadczenia wykonawcy objętego zamówieniem były jednoznaczne i tym samym nie mogą stanowić o wadzie postępowania. Odwołujący nie wskazał również, jak ewentualna wada miałaby wpłynąć na zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp - niezgodność z warunkami zamówienia określonymi w SWZ w zakresie zaoferowania realizacji zamówienia z udziałem podwykonawców w odniesieniu do zadań objętych obowiązkiem ich

osobistego wykonania przez wykonawcę (ewentualnie naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy pzp)
Izba podtrzymując wcześniejsze ustalenia faktyczne, dodatkowo ustaliła:

Zgodnie z pkt 24 Tomu I SWZ – IDW: „24. *PODWYKONAWSTWO* 24.1. Zamawiający zastrzega, że Wykonawca zobowiązany jest do osobistego wykonania następujących części Zamówienia: 1) Inwentaryzacji, 2) Szczegółowej koncepcji wyposażenia linii, 3) Aktualizacji Scenariuszy Operacyjnych; Aktualizacja Przypadków Testowych; 4) Robót budowlanych ERTMS/ETCS poziom 2 dot. Urządzenia centrum sterowania radiowego (RBC) - Dostawa, zabudowa i uruchomienie; 5) Przeprowadzenia testów wewnętrznych w laboratorium Wykonawcy, 6) Przeprowadzenia testów funkcjonalno-integracyjnych z systemem GSM-R, 7) Przeprowadzenie szkoleń personelu użytkownika. Zamawiający dopuszcza powierzenie pozostałych części Zamówienia Podwykonawcom. Wykonawca zobowiązany jest wskazać w Jednolitym Dokumencie, części Zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć Podwykonawcom oraz podać (o ile są już znane) firmy/nazwy tych Podwykonawców.”

Zgodnie z pkt 4.1.1. Tomu III – SWZ: PROGRAM FUNKCJONALNO-UŻYTKOWY (PFU): „Harmonogram prac projektowych 1. Wykonawca, w terminie do 28 dni od dnia podpisania Umowy przedstawi harmonogram następujących prac projektowych: a) inwentaryzacja obiektów w zakresie niezbędnym do realizacji niniejszego zadania, b) opracowanie dokumentacji wstępnej, jej uzgodnienie oraz uzyskanie akceptacji Zamawiającego, c) opracowanie materiałów do zgłoszenia robót budowlanych nie wymagających pozwolenia na budowę, d) wykonanie projektów budowlanych i wykonawczych oraz ich uzgodnienie z zakresem opracowań innych branż, Inżynierem oraz uzyskanie akceptacji Zamawiającego na rozwiązania przedstawione w projektach, e) wykonanie planu bezpieczeństwa i ochrony zdrowia (BiOZ) na podstawie informacji bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, f) wykonanie dokumentacji powykonawczej oraz dokumentacji eksploatacyjnej – po zakończeniu robót budowlano – montażowych. 2. Harmonogram prac projektowych podlega zatwierdzeniu przez Zamawiającego.”

Jak już zostało wskazane w JEDZ: D: INFORMACJE DOTYCZĄCE PODWYKONAWCÓW, NA KTÓRYCH ZDOLNOŚCI WYKONAWCA NIE POLEGA: Czy wykonawca zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo jakiegokolwiek części zamówienia? Przystępujący podał: „Jeżeli tak i o ile jest to wiadome, proszę podać wykaz proponowanych podwykonawców: [Prace projektowe, Roboty budowlano-montażowe, Branże towarzyszące, Udział w powiązaniu i integracji urządzeń systemu ERTMS/ETCS poziom 2 z urządzeniami sterowania ruchem kolejowym warstwy podstawowej, Certyfikacja, Obsługa geodezyjna,

między innymi: Bombardier Transportation (Rail Engineering) Polska Sp. z o.o. Voestalpine SIGNALING Sopot Sp. z o.o. Thales Polska Sp. z o.o. ...].”

Przedmiot sporu w zakresie omawianego zarzutu sprowadzał się do ustalenia, czy z oświadczenia Przystępującego złożonego w JEDZ dotyczącego zamierzenia wykonawcy zlecenia podwykonawstwa co do części prac wynikało, iż Przystępujący planuje powierzyć do wykonania osobom trzecim zakres zamówienia, co do którego Zamawiający zastrzegł osobiste wykonanie. W ocenie Izby oferta Przystępującego pozostaje zgodna z warunkami zamówienia i nie sposób z treści oświadczenia Wykonawcy wywieść, że zamierza powierzyć podwykonawcy prace, o których mowa w pkt 24.1 IDW.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zamierzenia powierzenia podwykonawcy prac projektowych, Odwołujący podniósł, że wykonanie inwentaryzacji, szczegółowej koncepcji wyposażenia linii, aktualizacji scenariuszy operacyjnych i przypadków testowych – zastrzeżonych do osobistego wykonania, obejmuje prace projektowe, co Odwołujący wywiódł z treści pkt 4.1.1. PFU. Izba zauważa jednak, że w RCO Zamawiający zakwalifikował tą część prac jako „*Wykonanie prac przedprojektowych (suma poz. 1.1 -1.3)*”. W konsekwencji nie można uznać, iż Zamawiający zastrzegł do osobistego wykonania prace projektowe w zakresie ww. zakresu zamówienia. Postanowienie pkt 24.1. IDW nie zawiera jednoznacznego stwierdzenia: „wykonanie prac projektowych w zakresie inwentaryzacji, szczegółowej koncepcji wyposażenia linii, aktualizacji scenariuszy operacyjnych i przypadków testowych”. Argumentacja Odwołującego jest więc w tym zakresie chybiona.

Przechodząc do zamierzenia powierzenia podwykonawcy przez Przystępującego robót budowlano – montażowych Odwołujący podnosił, że zakres ten obejmuje zastrzeżone do osobistego wykonania roboty budowlane: „*ERTMS/ETCS poziom 2 dot. Urządzenia centrum sterowania radiowego (RBC) - Dostawa, zabudowa i uruchomienie*”. W ocenie Izby, mając na względzie szeroki zakres robót budowlano – montażowych wymaganych zamówieniem, nie sposób uznać, że intencją Przystępującego było zlecenie do wykonania robót budowlanych: „*ERTMS/ETCS poziom 2 dot. Urządzenia centrum sterowania radiowego (RBC) - Dostawa, zabudowa i uruchomienie*” czy też wszystkich robót budowlano – montażowych. Nie wynika to z treści złożonego w JEDZ oświadczenia woli Przystępującego i pozostaje jedynie w sferze domysłów Odwołującego. Skoro wprost nie zostało wyartykułowane, że Przystępujący zamierza powierzyć osobom trzecim wykonanie zastrzeżonych prac z pkt 24.1. IDW to nieuprawnionym byłoby odrzucenie oferty Przystępującego w oparciu o okoliczności niewynikające z oferty.

Przechodząc do oświadczenia o zamierzeniu powierzenia prac związanych z „*udziałem w powiązaniu i integracji urządzeń systemu ERTMS/ETCS poziom 2 z urządzeniami sterowania ruchem kolejowym warstwy podstawowej*” również kwestionowanego przez Odwołującego Izba zwraca uwagę, iż Zamawiający nie zastrzegł takiego zakresu do osobistego wykonania wskazując jedynie na roboty budowlane: „*ERTMS/ETCS poziom 2 dot. Urządzenia centrum sterowania radiowego (RBC) - Dostawa, zabudowa i uruchomienie*”. Twierdzenia Odwołującego są w tym zakresie niespójne i nielogiczne. Skoro bowiem, jak sam argumentował Odwołujący na rozprawie, udział producenta urządzeń w wykonaniu powiązania jest niezbędny to Zamawiający nie mógł zastrzec takiego świadczenia do osobistego wykonania, gdyż naraziłby się na naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Odwołujący ponownie dokonał nadinterpretacji oświadczenia złożonego przez Przystępującego w JEDZ oraz postanowień IDW.

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia pozostają twierdzenia Odwołującego co do stopnia szczegółowości oświadczeń składanych przez Przystępującego w innych postępowaniach. Izba rozpoznając zarzuty odwołania dokonuje interpretacji oświadczenia złożonego przez Przystępującego w konkretnym postępowaniu przez pryzmat postanowień SWZ tego postępowania dotyczących.

Mając powyższe na względzie Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp. W ocenie Izby niezasadny okazał się także zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy pzp, gdyż wezwanie do wyjaśnień Przystępującego sprowadzałoby się de facto do potwierdzenia oświadczenia zawartego w JEDZ, z którego nie sposób wywieść, iż Przystępujący zamierza powierzyć podwykonawcy jakiegokolwiek prace objęte obowiązkiem ich osobistego wykonania z pkt 24.1 IDW.

W konsekwencji uznania za niezasadne zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba nie uwzględniła również zarzutu naruszenia art. 16 ust. 1 ustawy pzp, który miał swoje oparcie wyłącznie w okolicznościach faktycznych poszczególnych zarzutów odwołania. Odwołujący nie wykazał, że czynność zaproszenia Przystępującego do udziału aukcji elektronicznej była nieprawidłowa, co skutkuje nie potwierdzeniem się zarzutu naruszenia art. 232 ust. 1 ustawy pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Zamawiającego na rozprawie.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....