

**Sygn. akt: KIO 685/18**

**WYROK**  
**z dnia 27 kwietnia 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Matecka**

**Członkowie: Agata Mikołajczyk**

**Aneta Mlącka**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 kwietnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 kwietnia 2018 r. przez Odwołującego:

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach oraz Krakowskie Zakłady Automatyki Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy: AŽD PRAHA s.r.o. z siedzibą w Pradze zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego, i:
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

- 2) zasądza kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od Odwołującego na rzecz Zamawiającego stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Projekt i zabudowa urządzeń sterowania ruchem i sygnalizacji oraz urządzeń kolejowej sieci telekomunikacyjnej na odcinku Poznań Główny - Wronki (LCS Poznań Główny III) w ramach Projektu „Prace na linii kolejowej E 59 Poznań Główny - Szczecin Dąbie”, nr referencyjny: 9090/IRZR2/23201/08329/17/P (dalej jako „Postępowanie”). Wartość ww. zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 listopada 2017 r., nr ogłoszenia: 2017/S 220-457769.

I. W dniu 9 kwietnia 2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach oraz Krakowskie Zakłady Automatyki Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie (dalej jako „Odwołujący”) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec niezgodnych z przepisami czynności i zaniechań Zamawiającego, prowadzących do wyboru w Postępowaniu jako oferty najkorzystniejszej oferty spółki AŽD Praha s.r.o. z siedzibą w Pradze (dalej jako „AZD”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

7.1. [numeracja zgodnie z treścią odwołania] art. 87 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione dokonanie przez Zamawiającego poprawy treści oferty AZD w zakresie wypełnionego „Rozbicia Ceny Ofertowej” (dalej jako „RCO”), Strona E3 Nazwa obiektu: Zbiorcze podsumowanie (s. 42 oferty AZD), Lp. E1 poprzez wpisanie we wskazanym miejscu RCO treści następującej: „Realizacja przyłączy na odcinku od Poznań Główny do Wronek (od km 0.000 do km 52,265)”, zamiast treści następującej (wpisanej przez AZD): „Prace przedprojektowe i projektowe na odcinku od Poznań Główny do Wronek (od km 0,000 do km 52,265)”, pomimo braku spełnienia przesłanek dopuszczalności poprawy omyłki w ofercie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co w konsekwencji stanowiło nieuprawnioną ingerencję Zamawiającego w treść oferty wykonawcy i zmianę złożonego przez AZD oświadczenia co do realizacji zamówienia, powodującą istotne zmiany w treści oferty;

7.2. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty AZD, której treść jest niezgodna z SIWZ w zakresie wypełnionego RCO, Strona E3 Nazwa obiektu: Zbiornicze podsumowanie (s. 42 oferty AZD), Lp. E1, w którym AZD zamieścił kalkulację za „Prace przedprojektowe i projektowe na odcinku od Poznań Główny do Wroniek (od km 0,000 do km 52,265)” zamiast wymaganej przez Zamawiającego kalkulacji ceny za „Realizację przyłączy na odcinku od Poznań Główny do Wroniek (od km 0,000 do km 52,265)”;

7.3. art. 87 ust. 1 w zw. z art. 84 ust. 1 w zw. z art. 82 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego prawidłowego, kompletnego i wyczerpującego wyjaśnienia treści oferty AZD w zakresie dotyczącym deklarowanego przez AZD w ofercie sposobu wykonania zamówienia, w sytuacji, w której odpowiedź AZD (pismo z dnia 5 marca 2018 r.) na wezwanie Zamawiającego z dnia 28 lutego 2018 r. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w istocie nie zawierała żądanych przez Zamawiającego wyjaśnień ani informacji, zaś na ich podstawie Zamawiający winien dojść do przekonania, że oferta AZD podlega odrzuceniu, bowiem:

a) AZD nie wykazało (ani nawet nie wyjaśniło), że posiada autorskie prawa zależne do programów komputerowych (aplikacji) zastosowanych/użytych na stacji Poznań Główny oraz na stanowisku LCS Poznań Główny, których producentem i właścicielem w zakresie praw autorskich jest podmiot trzeci (nie AZD); powyższe, wobec jednoczesnego oświadczenia zawartego przez AZD w ofercie o wykonaniu całości zamówienia samodzielnie (bez udziału podwykonawców), stanowi potwierdzenie, że tak skonstruowana oferta uniemożliwia wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako „SIWZ”), w tym zgodnie z określonym w pkt. 5.4 Programu Funkcjonalno-Użytkowego (dalej jako „PFU”) wymogiem przestrzegania przepisów ustawy Prawo autorskie i prawa pokrewne;

b) AZD nie wykazało (ani nawet nie wyjaśniło) jak faktycznie zamierza wykonać przedmiot zamówienia, by spełnić wszystkie wymagania Zamawiającego - bezpośrednio bądź będące następstwem ingerencji wykonawcy i dokonywania zmian w urządzeniach sterowania ruchem kolejowym i oprogramowaniu (aplikacje) systemu stacyjnego na stacji Poznań Główny (ESTW L90 5) oraz zobrazowania na stanowisku LCS Poznań Główny (Command 900) - określone w SIWZ, a dotyczące technologii, oprogramowania, certyfikacji, itp.;

c) AZD nie wykazało (ani nawet nie wyjaśniło) jak zamierza wykonać dostosowanie systemów Przekazywania Informacji o Pociągu (PIP) zainstalowanych w LCS Poznań Główny i LCS Poznań-Piła, celem wymiany informacji z LCS Poznań III (LCS Poznań-

Wronki), wobec oświadczenia przez AZD w ofercie o samodzielnym wykonaniu całości zamówienia (bez podwykonawców);

d) AZD nie wykazało (ani nawet nie wyjaśniło) jak zamierza zagwarantować wymagane powszechnie obowiązującym prawem bezpieczeństwo urządzeń sterowania ruchem kolejowym po zmianach na stacji Poznań Główny oraz w LCS Poznań Główny, jeśli oferuje samodzielne wykonanie całości zamówienia, którego przedmiot (jak opisano wyżej w pkt. a) do c) wymaga ingerencji w oprogramowanie i aplikacje podmiotu trzeciego - nie zaangażowanego w realizację zamówienia przez AZD.

W zakresie powyższego zarzutu Odwołujący wskazał, że skutkiem zaniechania przeprowadzenia przez Zamawiającego pełnej procedury wyjaśnienia treści oferty AZD (zaniechanie dalszego żądania wyjaśnień przez Zamawiającego) był brak jednoznacznego ustalenia przez Zamawiającego podstawy dla odrzucenia oferty AZD, a w konsekwencji również bezprawne zaniechanie odrzucenia tej oferty o czym szerzej w kolejnych zarzutach.

W świetle wiedzy technicznej oraz określonych przez Zamawiającego szczegółowych wymagań co do zakresu i sposobu realizacji zamówienia, zakres prac do wykonania wymaga wprowadzenia zmian w urządzeniach sterowania ruchem kolejowym zabudowanych na linii kolejowej oraz ingerencji w istniejące aplikacje, co wymaga dysponowania autorskimi prawami zależnymi i uzyskania stosownych uprawnień i umocowań od producenta tych urządzeń i aplikacji. Okoliczność ta skutkuje zatem niezgodnością oferty AZD z SIWZ. Natomiast ewentualne oświadczenie przez AZD o zamiarze całkowitej wymiany istniejących urządzeń czy aplikacji (oprogramowania) i zastąpieniu ich nowymi, pociągałoby za sobą konieczność wymiany i konfiguracji pozostałych urządzeń, w tym również tych, które nie wchodzą w zakres przedmiotu zamówienia, a wręcz daleko poza niego wykraczają, co również skutkowałoby niezgodnością oferty AZD z SIWZ bądź ustaleniem, że cena zaoferowana przez AZD jest rażąco niska.

7.4. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 84 ust. 1 w zw. z art. 82 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 2 ust. 2 i art. 46 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty AZD, której treść jest niezgodna z pkt. 5.4 PFU (zgodnie z którym wykonawca zamówienia obowiązany jest znać i przestrzegać m.in. przepisy ustawy Prawo autorskie i prawa pokrewne) wobec zaoferowania przez AZD samodzielnego (nieprzewidującego udziału podwykonawców) wykonania zamówienia, podczas gdy Zamawiający przewidział, że wykonanie zamówienia wymagać będzie:

a) likwidacji sterowników dla tarcz ostrzegawczych semaforów wjazdowych ToC iToD, a także wprowadzenia (zamiast tarcz ostrzegawczych) przekazywania wskazań pomiędzy

semaforami Poznania Głównego i p.odg. Poznań Jeżyce, w obu kierunkach; taka funkcja wymagać będzie zmian w aplikacji (tzn. oprogramowaniu) systemu sterowania ruchem kolejowym typu ESTW L90 5 zabudowanego na stacji Poznań Główny oraz systemu zdalnego sterowania typu Command 900 zainstalowanego w LCS Poznań Główny (vide: odpowiedź Zamawiającego z dnia 7 grudnia 2017 r. na pytanie nr 1 do SIWZ);

b) pozostawienia istniejącej blokady ESTW 190 5 jednodostępowej, natomiast konieczne będzie dostosowanie tychże urządzeń ESTW L90 5 do likwidacji tarcz ostrzegawczych i zastąpienia ich przenoszeniem wskazań semaforów obu posterunków ruchu, co wymagać będzie zmian w aplikacji (tzn. oprogramowaniu) systemu sterowania ruchem kolejowym typu ESTW L90 5 zabudowanego na stacji Poznań Główny oraz systemu zdalnego sterowania typu Command 900 zainstalowanego w LCS Poznań Główny (vide: odpowiedź Zamawiającego z dnia 19 grudnia 2017 r. na pytanie nr 186 do SIWZ); co do którego to oprogramowania (programu komputerowego, aplikacji) ESTW L90 5 prawa autorskie, w tym autorskie prawa zależne posiada podmiot trzeci (nie AZD), co z kolei oznacza, że ingerencja przez AZD w program komputerowy, w który wyposażone są ww. urządzenia będzie stanowiła działanie bezprawne w rozumieniu przepisów prawa autorskiego, a to z kolei stanowi niezgodność treści oferty z SIWZ, w których postanowieniach Zamawiający wymagał przestrzegania ww. regulacji prawa; a także niezgodność z przepisami dotyczącymi wymagań dla urządzeń sterowania ruchem, w szczególności z Decyzją Parlamentu Europejskiego i Rady nr 768/2008/WE;

7.5. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 84 ust. 1 w zw. z art. 82 ust. 3 w zw. z art. 22f ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty AZD, której treść jest niezgodna z pkt. 5.2 PFU (zgodnie z którym budowle i urządzenia mające wpływ na poziom bezpieczeństwa ruchu kolejowego, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, muszą posiadać: (i) świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu, potwierdzone odpowiednimi certyfikatami i deklaracjami zgodności z typem - jako potwierdzenie spełnienia wymagań dotyczących bezpieczeństwa ruchu kolejowego, a (ii) zastosowane urządzenia mające wpływ na poziom bezpieczeństwa ruchu kolejowego muszą być dopuszczone do eksploatacji bez jakichkolwiek ograniczeń czasowych i terytorialnych) wobec zaoferowania przez AZD samodzielnego (nieprzewidującego udziału podwykonawców) wykonania zamówienia, podczas gdy AZD nie jest uprawnione do samodzielnego wystawienia deklaracji zgodności z typem dla urządzeń, których nie jest producentem, po dokonaniu w nich zmian mających wpływ na bezpieczeństwo ruchu kolejowego. Z najdalej idącej ostrożności - jaką to możliwość Odwołujący uznaje za praktycznie niemożliwą do realizacji w określonych warunkach - nawet w przypadku próby twierdzenia przez AZD o możliwości samodzielnego uzyskania

świadectw dopuszczenia do eksploatacji typu dla urządzeń, których nie jest producentem, po dokonaniu w nich zmian mających wpływ na bezpieczeństwo ruchu kolejowego, nastąpiłoby znaczące przekroczenie terminów realizacji zamówienia, a w szczególności określonego w Subklauzuli 8.13 Warunków Umowy (dalej jako WU), co również powoduje konieczność odrzucenia oferty AZD przez wzgląd na niezgodność oferty z SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp;

7.6. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 84 ust. 1 w zw. z art. 82 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty AZD, której treść jest niezgodna z pkt. 3.1.1.1.5 PFU wobec zaoferowania przez AZD samodzielnego (nieprzewidującego udziału podwykonawców) wykonania zamówienia, podczas gdy Zamawiający przewidział, że wykonawca zobowiązany będzie do zabudowania systemu PIP w LCS Poznań III (LCS Poznań-Wronki) w taki sposób, aby był on dostosowany do systemów PIP już istniejących i zainstalowanych w LCS Poznań Główny i LCS Poznań-Piła przez podmioty trzecie (nie AZD), w sposób zapewniający funkcjonalność systemu PIP pomiędzy sąsiednimi obszarami LCS i automatyczne przekazywanie informacji o pociągach pomiędzy poszczególnymi LCS-ami, podczas gdy wykonanie wskazanego zakresu zamówienia (zapewnienie współdziałania) wymaga udziału podmiotu, który jest właścicielem oprogramowania i producentem urządzeń, dla których ma powstać powiązanie;

7.7. art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania AZD przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień i złożenia dowodów dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny, podczas gdy biorąc pod uwagę treść oferty AZD w zakresie, w jakim AZD oświadczył o samodzielnym wykonaniu całego zakresu zamówienia, oraz złożone przez AZD wyjaśnienia treści oferty z dnia 5 marca 2018 r., Zamawiający winien był powziąć wątpliwości co do sposobu skalkulowania przez AZD ceny oferty (lub jej istotnych części składowych) i uwzględnienia przez AZD wszystkich elementów cenotwórczych oferty, a w konsekwencji winien zobowiązać AZD do złożenia wyjaśnień w przedmiotowym zakresie;

7.8. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty AZD, podczas gdy cena złożonej oferty AZD jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia;

7.9. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty AZD, która jest niezgodna z pkt. 13.1 i pkt. 13.3 IDW SIWZ w zakresie, w jakim AZD nie wycenił i nie uwzględnił w zaoferowanej cenie oferty konieczności wymiany urządzeń sterowania ruchem kolejowym zabudowanych na linii kolejowej, której dotyczy przedmiot

zamówienia, będącej następstwem ingerencji wykonawcy AZD w te urządzenia oraz oświadczenia przez AZD w ofercie o samodzielnym wykonaniu całości zamówienia;

a w związku z powyższymi zarzutami, nadto Odwołujący zarzucił:

7.10. naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uznanie oferty AZD za ofertą najkorzystniejszą, podczas gdy w rzeczywistości oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą w Postępowaniu;

7.11. naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy AZD;
- unieważnienie czynności poprawy omyłki w treści oferty AZD dokonanej na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp pismem Zamawiającego z dnia 2 lutego 2018 r.;
- dokonanie ponownego badania i oceny ofert w Postępowaniu;
- odrzucenia oferty wykonawcy AZD;
- dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący w szczególności wskazał, co następuje:

Zamawiający wszczął Postępowanie w dniu 16 listopada 2017 r. Zgodnie z pkt. 20.7 Instrukcji dla Wykonawców (IDW), kryterium oceny ofert o wadze 100% stanowiła Całkowita cena brutto. Termin składania ofert upłynął dnia 31 stycznia 2018 r. o godz. 10:00. Do upływu terminu składania ofert do Zamawiającego wpłynęły dwie oferty: Odwołującego i AZD.

W treści oferty AZD złożył oświadczenie, iż zamówienie objęte Postępowaniem zamierza wykonać samodzielnie, a zatem bez udziału jakichkolwiek podmiotów trzecich - vide: pkt. 10 Formularza ofertowego AZD (str. 5 oferty AZD), cz. II.C i II.D Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia AZD (str. 48 i 49 oferty AZD).

Pismem z dnia 2 lutego 2018 r. Zamawiający zawiadomił AZD, że działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp dokonał w ofercie AZD poprawy innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty (dotyczącej opisu elementu rozliczeniowego), w zakresie RCO AZD, na co AZD wyraził zgodę w piśmie z dnia 2 lutego 2018 r.



W dniu 15 lutego 2018 r. Thales Polska sp. z o.o. (dalej jako Thales), podmiot trzeci, nie biorący udziału w Postępowaniu, skierował do Zamawiającego pismo, w którym podał m.in., że:

- z treści SIWZ, przy uwzględnieniu odpowiedzi Zamawiającego na pytania nr 1 z dnia 7 grudnia 2017 r. oraz nr 186 z dnia 19 grudnia 2017 r., wynika, że w zakres prac objętych osobistym wykonaniem w Postępowaniu wchodzi zmiany w aplikacji i zobrazowaniu na stanowisku LCS Poznań w związku z likwidacją sterowników dla tarcz ostrzegawczych semaforów wjazdowych ToC i ToD, a także na wprowadzeniu (zamiast tarcz ostrzegawczych) przekazywania wskazań pomiędzy semaforami Poznania Głównego p. ogd. Poznań Jeżyce w obu kierunkach;
- aby uwzględnić funkcjonalność, która jest wymagana postanowieniami SIWZ dla stacji Poznań Główny oraz szlaku Poznań Główny - Poznań Jeżyce, konieczna jest zmiana oprogramowania systemów ESTW L90 5 i Command 900 (zmiana w urządzeniach wewnętrznych) obecnie eksploatowanych na tej stacji i szlaku;
- Thales jest autorem w/w rozwiązania, zaś zmiana oprogramowania systemów ESTW L90 5 i Command 900 nie jest możliwa bez specjalistycznego narzędzia informatycznego oraz know-how;
- żaden z wykonawców nie otrzymał oferty Thales w zakresie obejmującym zmianę oprogramowania systemów ESTW L90 5 i Command 900 dla urządzeń zainstalowanych na stacji Poznań Główny oraz szlaku Poznań Główny - Poznań Jeżyce;
- żaden z oferentów nie posiada narzędzi i know-how do realizacji zamówienia w zakresie, w jakim SIWZ przewiduje obowiązek osobistego wykonania zmiany oprogramowania systemów ESTW 190 5 i Command 900 dla urządzeń eksploatowanych na stacji Poznań Główny oraz szlaku Poznań Główny - Poznań Jeżyce, ani też żaden z oferentów nie jest w stanie wykonać zamówienia w oparciu o usługi innego przedsiębiorcy (podwykonawcy);
- wykonanie zamówienia w ww. zakresie prowadziłyby do zmian w oprogramowaniu systemów ESTW L90 5 i Command 900 dla urządzeń zainstalowanych na stacji Poznań Główny oraz szlaku Poznań Główny - Poznań Jeżyce.

W związku z otrzymanym od Thales pismem, Zamawiający dnia 28 lutego 2018 r. skierował do AZD oraz Odwołującego wezwanie do udzielenia, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wyjaśnień dotyczących treści ofert złożonych w Postępowaniu, w kwestii sposobu wykonania przez każdego z wykonawców zakresu robót wskazanego w RCO - URZĄDZENIA AUTOMATYKI KOLEJOWEJ, odcinek linii E59 od km 0,000 do km 8,705, strona U1, w szczególności:

- pozycje U.1.1 do U.1.3 RCO (prace objęte obowiązkiem osobistego wykonania);

- pozycja U. 1.10 RCO.

Zamawiający wskazał przy tym, że:

- zakres robót dla wskazanych pozycji RCO został opisany przez Zamawiającego w PFU, pkt 3.6.2, str. 69, Stacja Poznań Główny, jako przebudowa układu torowego głowicy północnej stacji, polegająca na wymianie rozjazdów na nowe, pociągająca za sobą prace w urządzeniach srk polegające na:
  - demontażu, należywym zabezpieczeniu i ponownym montażu istniejących przytorowych urządzeń srk i połączonej z nimi sieci kablowej; w trakcie prac należy zadbać o stosowane zabezpieczenie urządzeń przytorowych; w przypadku braku możliwości zachowania kabla w stanie dobrym, należy go wymienić na nowy, wraz ze stosownym zabezpieczeniem urządzeń przytorowych - dotyczy pozycji U.1.1 do U.1.3 RCO;
  - pozostawienie powiązania stacji z jednodostępową blokadą liniową, z tarczami ostrzegawczymi na szlaku Poznań Główny - (PoD) Poznań Jeżyce (zapis dotyczący pozostawienia tarcz ostrzegawczych, został później zmodyfikowany przez Zamawiającego - przyp. aut.);
- nie przewiduje się montażu nowych elementów systemu stacyjnego ESTW L90 5, ani zmiany w przebiegach i aplikacji komputerów zależnościowych ESTW L90 5;
- przewiduje się pozostawienie istniejącej blokady ESTW L90 5 jednodostępowej, konieczne będzie natomiast dostosowanie urządzeń ESTW L90 5 do likwidacji tarcz ostrzegawczych i zastąpienie ich przenoszeniem wskazań semaforów obu posterunków ruchu;
- zakres robót obejmuje konieczność ingerencji w istniejący system poprzez zmiany w aplikacji i zobrazowaniu na stanowisku LCS Poznań (spowodowane m.in. koniecznością przebudowy stacyjnych i szlakowych urządzeń SRK stacji Poznań Główny oraz szlaku Poznań Główny - Poznań PoD).

Pismem z dnia 6 marca 2018 r. Odwołujący udzielił odpowiedzi na ww. pismo Zamawiającego, wskazując, iż zakres prac polegających na:

- „demontażu, należywym zabezpieczeniu i ponownym montażu istniejących przytorowych urządzeń srk i połączonej z nimi sieci kablowej; w trakcie prac należy zadbać o stosowne zabezpieczenie urządzeń przytorowych; w przypadku braku możliwości zachowania kabla w stanie dobrym, należy go wymienić na nowy, wraz ze stosownym zabezpieczeniem urządzeń przytorowych” - dotyczy pozycji U.1.1 do U.1.3 RCO - wykonanie osobiste - zostaną zrealizowane przez partnera Konsorcjum - Krakowskie Zakłady Automatyki S.A.;

- „pozostawienie powiązania stacji z jednodostępową blokadą liniową, z tarczami ostrzegawczymi na szlaku Poznań Główny - (PoD) Poznań Jeżyce” - dotyczy pozycji U. 1.10 RCO - możliwość podzlecenia - Odwołujący przewiduje do podzlecenia firmie Thales Polska, w części wymagającej dostosowania urządzeń ESTW.

W odpowiedzi na powyższe pismo Zamawiającego AZD złożyło pismo datowane na dzień 5 marca 2018 r., w którym m.in. podało, iż:

- zakres prac opisany w PFU wykona zgodnie z zapisami kontraktu i ofertą;
- zapisy kontraktowe, jak i sposób realizacji umowy w trybie „projektuj i buduj” dają AZD narzędzia umożliwiające wykonanie przedmiotu umowy zgodnie ze złożoną ofertą, biorąc pod uwagę wszystkie wymagania Zamawiającego określone w SIWZ;
- ponieważ podstawą do wykonania zakresu robót będzie wykonana przez AZD dokumentacja projektowa, nie jest możliwe na tym etapie przedstawienie szczegółowego sposobu wykonania tych prac;
- nie jest prawdą jakoby realizacja zamówienia nie była możliwa bez udziału innego podmiotu;
- formuła kontraktu „projektuj i buduj” pozwala AZD nawet na wymianę wszystkich istniejących urządzeń srk, a jedynym problemem byłoby zwiększenie ceny oferty i przekroczenie budżetu Zamawiającego;
- jeśli w trakcie realizacji umowy zajdą okoliczności, które zwiększą koszt jej realizacji, stanowić to będzie ryzyko wykonawcy;
- Zamawiający przeznaczył kwotę warunkową w wysokości 15.506.000 zł na ewentualne nieprzewidziane koszty wykonawcy, które mogą wyniknąć w trakcie realizacji umowy;
- niezależnie od powyższego, wezwanie AZD do złożenia wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp było w ocenie AZD nieuprawnione.

Opisana wyżej procedura wyjaśnień treści oferty AZD ukazuje, że AZD w istocie nie oświadczył, jak konkretnie zamierza realizować zamówienie, i który z możliwych wariantów jego realizacji przyjął w celu sporządzenia i skalkulowania ceny złożonej oferty. Biorąc natomiast pod uwagę wiedzę techniczną oraz określone przez Zamawiającego szczegółowe wymagania co do zakresu i sposobu realizacji zamówienia, niezależnie od wyboru przez AZD metody realizacji zamówienia, oferta AZD podlegać będzie odrzuceniu z uwagi na jej niezgodność z SIWZ, bądź z uwagi na zaferowanie przez AZD za wykonanie zamówienia ceny rażąco niskiej.

W dniu 28 marca 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta wykonawcy AZD,

której Zamawiający przyznał łącznie 100 pkt. Na drugim miejscu została sklasyfikowana oferta Odwołującego, której przyznano łącznie 85,28 pkt.

Odwołujący stwierdził, iż w świetle wiedzy technicznej oraz określonych przez Zamawiającego szczegółowych wymagań co do zakresu i sposobu realizacji zamówienia, opisanych m.in. w odpowiedziach Zamawiającego na pytania nr 1, nr 186, nr 270 i nr 271 do SIWZ, realizacja zamówienia wymaga dokonania zmian w urządzeniach sterowania ruchem kolejowym zabudowanych na linii kolejowej oraz ingerencji w istniejące aplikacje (programy komputerowe), co wymaga dysponowania wiedzą, zasobami ludzkimi, danymi, a wreszcie autorskimi prawami zależnymi i uzyskania stosownych uprawnień i umocowań od producenta tych urządzeń i aplikacji. Działanie bez wymaganych upoważnień stanowi wprost naruszenie przepisów prawa.

W przypadku gdyby AZD oświadczył, że zamierza dokonać wymiany istniejących urządzeń i aplikacji i zastąpić je nowymi, fakt ten pociągałby za sobą konieczność wymiany i konfiguracji pozostałych urządzeń, w tym również tych urządzeń, które nie wchodzi w zakres przedmiotu zamówienia, z uwagi na zachodzący w takim wypadku „efekt domina” (wymiana jednego urządzenia na nowe pociąga za sobą konieczność wymiany również kolejnych urządzeń, powiązanych z dotychczasowymi, co z kolei powoduje dalsze konieczności wymian dalej powiązanych urządzeń, itd.). Taki sposób realizacji zamówienia prowadziłby w związku z tym do znacznego zwiększenia czasu potrzebnego na jego realizację (i przekroczenia czasu na realizację wyznaczonego przez Zamawiającego), jak również do znacznego zwiększenia kosztów związanych z jego realizacją. Co ważne wskazany model realizacji zamówienia wymagałby także uzyskania odpowiednich decyzji (np. świadectw) dla nowych typów urządzeń sterowania ruchem kolejowym.

Powyższe uwagi Odwołujący odniósł do wszystkich zarzutów podniesionych w odwołaniu, a ponadto przedstawił następujące uzasadnienie:

Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający poprawia inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Celem wskazanego przepisu jest umożliwienie nieodrzućania w postępowaniu o zamówienie publiczne ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty, tj. nie zniekształcają w znaczącym stopniu, niezgodnie z intencją oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Tym samym, Zamawiający, korzystając z uprawnienia do poprawy błędów i omyłek oferty, nie może doprowadzić w ten sposób do zniekształcenia oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 marca 2017 r., sygn. akt: KIO 401/17), zaś wszystkie zmiany dokonywane w treści

oferty muszą faktycznie mieścić się w pojęciu „omyłki” (wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 29 stycznia 2010 r., sygn. akt: XII Ga 429/09).

Dopuszczalność poprawienia nieprawidłowości występującej w ofercie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp uzależniona jest zatem od spełnienia dwóch przesłanek:

- a) dostrzeżona niezgodność oferty z SIWZ musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści;
- b) poprawienie niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

Odwołujący stwierdził, iż w świetle okoliczności niniejszej sprawy, w przypadku dokonanej przez Zamawiającego poprawy „omyłek” w treści oferty AZD wskazane powyżej przesłanki nie ziściły się, wobec czego dokonana poprawa miała charakter nieuprawniony.

AZD w załączonym do oferty RCO na Stronie E3 (s. 42 oferty AZD) w pozycji Lp. E1 wskazał, że przedmiot wyceny stanowią „Prace przedprojektowe i projektowe na odcinku od Poznań Główny do Wronek (od km 0,000 do km 52,265)”, które to prace AZD wycenił na kwotę 1.572.233,46 zł.

Wskazana pozycja RCO została natomiast poprawiona przez Zamawiającego poprzez wpisanie w tym miejscu treści: „Realizacja przyłączy na odcinku od Poznań Główny do Wronek (od km 0,000 do km 52,265)”:

*Wypełnione „Rozbicie Ceny Ofertowej”*

*Strona E3 Nazwa obiektu: Zbiorcze podsumowanie (s. 42 oferty)*

*Lp E1 - Nazwa elementu rozliczeniowego*

*Jest „Prace przedprojektowe i projektowe na odcinku od Poznań Główny do Wronek (od km 0,000 do km 52,265)”*

*winno być „Realizacja przyłączy na odcinku od Poznań Główny do Wronek (od km 0,000 do km 52,265)”*

Odwołujący podkreślił, że treść, która pierwotnie wpisana została przez AZD w ww. pozycji RCO, w żaden sposób nie odpowiada ani nie przypomina treści, która nadana została tej pozycji przez Zamawiającego w drodze „poprawy omyłki”. Niewątpliwie „prace przedprojektowe i projektowe” stanowią całkowicie odmienny rodzaj prac od „realizacji przyłączy”. Wskazanie przez AZD tego rodzaju kategorii prac w treści RCO trudno zatem uznać za błąd pomyłkę czy niedopatrzenie wykonawcy, a nie za jednoznaczny i wyraźny przejaw woli wykonawcy, aby we wskazanym miejscu RCO zamieścić właśnie wycenę prac przedprojektowych i projektowych. Tym samym, działanie Zamawiającego stanowiło zatem

całkowitą zmianę oświadczenia wykonawcy w tym zakresie, wykraczającą daleko poza dopuszczalne ramy poprawy omyłek określone art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a Zamawiający poprzez poprawkę dowolnie wpisał inny zakres prac w miejsce zadeklarowanego przez AZD. Z całą pewnością nie sposób również uznać, ażeby fakt dokonanej poprawy nie miał istotnego znaczenia w kontekście treści oferty, a także kalkulacji jej całkowitej ceny. Wpisanie odmiennego zakresu prac ma istotne znaczenie dla całości treści oferty oraz prowadzi do istotnej zmiany co do prac zaoferowanych przez AZD i ceny za nie. Zmiana dokonana przez Zamawiającego powoduje bowiem, że w treści RCO wskazana została cena za całkowicie inny zakres prac, niż w zamierzeniu i wedle swej jednoznacznej woli wskazał AZD. Nie można wobec powyższego uznać, że Zamawiający był uprawniony do dokonania poprawki we wskazanym zakresie na gruncie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ani też żadnego innego przepisu. Mając powyższe na uwadze, dokonana przez Zamawiającego czynność poprawienia treści RCO AZD na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp winna podlegać unieważnieniu. Konsekwencją powyższego jest natomiast konieczność odrzucenia oferty AZD jako niezgodnej z SIWZ w zakresie wymaganej przez Zamawiającego treści RCO oraz przewidzianego przez Zamawiającego wymogu wyceny na Stronie E3 RCO „Realizacji przyłączy na odcinku od Poznań Główny do Wronek (od km 0,000 do km 52,265)”, której RCO złożone przez AZD na tej Stronie nie zawiera.

W dalszej kolejności Odwołujący podniósł, że w dniu 28 lutego 2018 r. Zamawiający zwrócił się do wykonawcy AZD o udzielenie pisemnych wyjaśnień co do treści złożonej oferty, odnośnie zakładanego przez wykonawcę sposobu realizacji zadania objętego zamówieniem:

*W związku z powyższym proszę o wyjaśnienie, w jaki sposób Państwa oferta zakłada wykonanie zakresu robót wskazanego w RCO - URZĄDZENIA AUTOMATYKI KOLEJOWEJ, odcinek linii E59 od km 0,000 do km 8,705, strona U1, w szczególności:*

*pozycje U.1.1 do U.1.3 RCO (prace objęte obowiązkiem osobistego wykonania), pozycja U1.10 RCO,*

*Mając na uwadze, iż zakres robót obejmuje konieczność ingerencji w istniejący system poprzez zmiany w aplikacji i zobrazowaniu na stanowisku LCS Poznań (spowodowane min. koniecznością przebudowy stacyjnych i szlakowych urządzeń SRK stacji Poznań Główny oraz szlaku Poznań Główny - Poznań PoD) wzywam do złożenia wyjaśnień, w jaki sposób Wykonawca planuje wykonać wskazany wyżej zakres robót, z uwzględnieniem wymagań określonych przez Zamawiającego w Programie Funkcjonalno-Użytkowym.*

Zamawiający wskazał przy tym w piśmie na szereg okoliczności faktycznych i wymogów dotyczących realizacji zamówienia, które wykonawca winien był uwzględnić podczas

przygotowania oferty, oraz które winien jest on uwzględnić również przy formułowaniu odpowiedzi na otrzymane od Zamawiającego wezwanie:

*biorąc jednocześnie pod uwagę, że zakres robót dla wskazanych wyżej pozycji RCO został opisany przez Zamawiającego w PFU, pkt 3.6.2 str. 69, Stacja Poznań Główny, jako przebudowa układu tokowego głowicy północnej stacji, polegająca na wymianie rozjazdów na nowe, pociągająca za sobą prace w urządzeniach srk polegające na:*

*„demontażu, należywym zabezpieczeniu i ponownym montażu istniejących przytorowych urządzeń srk i połączonej z nimi sieci kablowej; w trakcie prac należy zadbać o stosowane zabezpieczenie urządzeń przytorowych; w przypadku braku możliwości zachowania kabla w stanie dobrym, należy go wymienić na nowy, wraz ze stosownym zabezpieczeniem urządzeń przytorowych” - dotyczy pozycji U. 1.1 do U. 1.3 RCO.*

*„pozostawienie powiązania stacji z jednoodstępową blokadą liniową, z tarczami ostrzegawczymi na szlaku Poznań Główny-(PoD) Poznań Jeżyce” - dotyczy pozycji U.1.10 RCO.*

*Ponadto, nie przewiduje się montażu nowych elementów systemu stacyjnego ESTW, ani zmiany w przebiegach i aplikacji komputerów zależnościowych ESTW.*

*Zgodnie z powyższym zapisem punktu 3.6.2 PFU, przewiduje się pozostawienie istniejącej blokady ESTW jednoodstępowej, konieczne będzie natomiast dostosowanie urządzeń ESTW do likwidacji tarcz ostrzegawczych i zastąpienie ich przenoszeniem wskazań semaforów obu posterunków ruchu.*

Tymczasem, w odpowiedzi na powyższe, AZD przedłożył Zamawiającemu pismo datowane dnia 5 marca 2018 r., w którym w istocie wykonawca nie zawarł żadnych konkretnych wyjaśnień co do treści złożonej przez siebie oferty, a jedynie przedstawił pewne ogólne dywagacje na temat treści SIWZ oraz hipotetycznych sposobów (wariantów) realizacji zamówienia, przy czym bez jednoczesnego oświadczenia, które z tych sposobów (wariantów) wykonawca rzeczywiście uwzględnił przy konstruowaniu swojej oferty (i ustalaniu ceny ofertowej), i które z nich będą dla niego podstawą do realizacji zamówienia. Na podstawie treści pisma AZD nie można zatem jednoznacznie ustalić, jak konkretnie wykonawca planuje i zamierza wykonać określone przez Zamawiającego zakresy prac określone pozycjami U. 1.1 – U. 1.3 oraz U. 1.10 RCO, z uwzględnieniem wymagań opisanych przez Zamawiającego w SIWZ (PFU), zwłaszcza wskazanych expressis verbis w treści pisma z dnia 28 lutego 2018 r. - czego przecież oczekiwał Zamawiający. W oparciu o ww. pismo AZD nie jest zatem możliwe również ustalenie, czy - biorąc pod uwagę, że z treści oferty AZD wynika, że zamierza on wykonać zamówienie samodzielnie - AZD posiada autorskie prawa zależne do programu komputerowego (aplikacji) występującego na

stanowisku LCS Poznań Główny (którego producentem i właścicielem w zakresie praw autorskich nie jest AZD, lecz podmiot trzeci), a w konsekwencji czy złożona przezeń oferta umożliwi wykonanie zamówienia zgodnie z przepisami ustawy o prawach autorskich i prawach pokrewnych, który to obowiązek wynika nie tylko z faktu powszechnego obowiązywania tych regulacji, ale również wyrażonego wprost wymogu Zamawiającego w pkt. 5.4 PFU. Nie jest możliwe również ustalenie, w jaki sposób AZD faktycznie zamierza wykonać przedmiot zamówienia, by spełnić wszystkie - bezpośrednie bądź będące następstwem ingerencji wykonawcy i zmian w urządzeniach sterowania ruchem kolejowym i oprogramowaniu (aplikacje) systemu stacyjnego ESTW L90 5 oraz zobrazowania na stanowisku LCS Poznań - wymagania Zamawiającego określone SIWZ dotyczące technologii, oprogramowania, certyfikacji, itp. Podobnie treść wyjaśnień złożonych przez AZD nie określa, jak AZD - skoro zamierza realizować zamówienie samodzielnie - wykona dostosowanie systemów Przekazywania Informacji o Pociągu (PIP) zainstalowanych w LCS Poznań Główny i LCS Poznań-Piła, celem wymiany informacji z LCS Poznań III (LCS Poznań- Wronki), które (co zostanie szerzej opisane w dalszej części odwołania) wymaga udziału podmiotów trzecich (nie AZD). W Postępowaniu istnieją natomiast dowody (pismo Thales z dnia 15 lutego 2018 r.), z których niezbicie wynika, że AZD nie posiada wymaganych prawem upoważnień ani do ingerencji w oprogramowanie komputerowe Thales ani do składania oświadczeń wymaganych prawem jako producent. Mając na uwadze całokształt materiału zebranego w Postępowaniu, stwierdzić należy, że oferta AZD podlega niewątpliwie odrzuceniu. Kwestią do ustalenia pozostaje jedynie, czy odrzucenie to winno być oparte na podstawie prawnej określonej w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. niezgodności oferty AZD z SIWZ, czy też na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na zaoferowanie przez AZD w ofercie ceny rażąco niskiej za wykonanie przedmiotu zamówienia. W tym miejscu wskazać należy, że fakt przyjęcia dla realizacji zamówienia formuły „projektuj i buduj” nie oznacza, że wykonawca składając ofertę zwolniony jest z konieczności analizy treści SIWZ oraz postawionych przez Zamawiającego wymogów co do realizacji zamówienia, a także zwolniony jest z konieczności rozplanowania i opracowania koncepcji co do zamierzonego sposobu wykonania zamówienia, co wykonawca sugeruje w treści pisma z dnia 5 marca 2018 r. Zgodnie bowiem z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ, zaś zmiana oferty może nastąpić wyłącznie do terminu ich składania, a po jego upływie zmiana oferty jest co do zasady niedopuszczalna (art. 84 ust. 1 ustawy Pzp). Tym samym, wykonawca zobowiązany jest skonstruować swoją ofertę w taki sposób, aby zapewnić jej zgodność z SIWZ i zagwarantować, że zadeklarowany w ofercie sposób realizacji zamówienia (wykonanie samodzielne, udział podwykonawców itd.) będzie prawidłowy. Skoro zatem Zamawiający opisał w SIWZ swoje wymagania co do zakresu i sposobu realizacji zamówienia, w celu przygotowania prawidłowej i zgodnej z SIWZ oferty,



wykonawca posiadać winien własną koncepcję co do tego jak (w jaki sposób, w jakiej technologii, przy pomocy jakich podmiotów, jakimi zasobami, itp.) wykona zamówienie w przypadku jego uzyskania. Mając powyższe na uwadze, Zamawiający wobec otrzymanego od AZD pisma z dnia 5 marca 2018 r., którego treść nie spełniała wymogów Zamawiającego i nie zawierała odpowiedzi na postawione w piśmie pytania, winien był podjąć dalej idące czynności, zmierzające do uzyskania od wykonawcy jednoznacznych odpowiedzi na powyższe kwestie i uzyskania wyczerpującej informacji co do tego, jak wykonawca faktycznie zamierza realizować zamówienie, co pozwoliłoby Zamawiającemu jednoznacznie ustalić, w oparciu o którą podstawę prawną winien odrzucić ofertę AZD. Tymczasem, Zamawiający po otrzymaniu ww. pisma AZD, zaniechał dalszych czynności wyjaśniających, mimo że nie uzyskał odpowiedzi na żadne z zadanych przez siebie pytań co do sposobu realizacji zamówienia przez AZD. Prawidłowa weryfikacja łącznie oświadczeń AZD, tj.: (i) zaferowanie samodzielnego wykonania całego zadania; (ii) brak wykazania w odpowiedzi na wezwanie sposobu jego realizacji; (iii) informacje przedstawione przez Thales w piśmie z dnia 15 lutego 2018 r. winna prowadzić do stwierdzenia, że oferta AZD podlega odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ. W tym miejscu wskazać należy, że jakkolwiek wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień treści oferty stanowi, zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp uprawnienie Zamawiającego, o tyle Zamawiający - dążąc do zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w Postępowaniu - powinien w sposób prawidłowy zbadać wszystkie oferty, (red. M. Jaworska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2018). Zamawiający, u którego zrodziły się jakiegokolwiek wątpliwości co do treści oferty, jest zatem wprost zobowiązany (ze względu na regułę należytej staranności), a nie tylko uprawniony, do żądania wyjaśnień od wykonawcy. Zamawiający nie może tym samym rezygnować z wyjaśnienia budzących jego wątpliwości części treści oferty (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lutego 2013 r., sygn. akt: KIO 214/13). Mając powyższe na uwadze, zaniechanie przeprowadzenia przez Zamawiającego w niniejszej sprawie pełnej i wyczerpującej procedury wyjaśnienia treści oferty AZD skutkowało niemożliwością stwierdzenia, czy oferta AZD jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego postawionymi w SIWZ, w szczególności z zakresem merytorycznym wykonania zamówienia, realizacji zadania bez naruszania praw autorskich, zapewnienia przekazania stosownych dokumentów (w tym deklaracji zgodności urządzenia z typem). Gdyby natomiast Zamawiający przeprowadził prawidłowo procedurę wyjaśnienia wątpliwości co do treści oferty AZD, skutkiem uzyskanych informacji byłoby odrzucenie oferty AZD przez Zamawiającego jako oferty niezgodnej z SIWZ. Tym samym, zaniechanie przez Zamawiającego opisanych czynności doprowadziło końcowo do nieuprawnionego wyboru oferty AZD jako oferty najkorzystniejszej, mimo że oferta ta nie jest najkorzystniejsza.

Zgodnie z pkt 5.4 PFU (str. 119) realizacja zamówienia podlega Prawom, zdefiniowanym w Subklauzuli 1.1.6.5 WU (tj. przepisom prawa obowiązującym na terenie Rzeczypospolitej Polskiej oraz Regulacjom Zamawiającego). Zamawiający zastrzegł przy tym, że wykonawca zobowiązany jest znać i przestrzegać w szczególności przepisy ustawy Prawo własności przemysłowej oraz ustawy Prawo autorskie i prawa pokrewne (ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, dalej „Prawo autorskie”). W ramach obowiązującego prawa przyjmować także należy Decyzją Parlamentu Europejskiego i Rady nr 768/2008/WE. Abstrahując zatem od faktu, że przepisy Prawa autorskiego obowiązują powszechnie podmioty działające na terenie Polski (w tym również wykonawców zamówienia publicznego), Zamawiający uczynił również obowiązek przestrzegania tych przepisów explicite obowiązkiem wykonawcy przewidzianym w SIWZ. Powyższe oznacza m.in. że wykonawca zobowiązany jest zapewnić, aby złożona przezeń oferta pozostawała zgodna z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, w tym Prawa autorskiego, zaś założony przezeń sposób realizacji zamówienia nie prowadził do ich naruszenia. Jak wynika natomiast z analizy treści oferty złożonej przez AZD w Postępowaniu, podany przez AZD zamierzony sposób realizacji zamówienia (wykonanie całości zamówienia samodzielnie, bez udziału podwykonawców), skutkować będzie naruszeniem przepisów w zakresie bezpieczeństwa urządzeń, a także Prawa autorskiego, co stanowi niezgodność oferty AZD z pkt. 5.4 PFU. Zgodnie bowiem z art. 46 w zw. z art. 2 ust. 2 Prawa autorskiego, jeżeli umowa nie stanowi inaczej, twórca zachowuje wyłączne prawo zezwalania na wykonywanie zależnego prawa autorskiego (prawo do rozporządzania korzystania z opracowania), mimo że w umowie postanowiono o przeniesieniu całości autorskich praw majątkowych. Rozporządzenie i korzystanie z opracowania zależy od zezwolenia twórcy utworu pierwotnego, chyba że autorskie prawa majątkowe do utworu pierwotnego wygasły. Zgodnie natomiast z treścią SIWZ oraz udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień dotyczących SIWZ, jednym z elementów i wymogów dotyczących realizacji zamówienia będzie dostosowanie urządzeń i ingerencja w oprogramowanie (program komputerowy, aplikację) ESTW L90 5:

a) w odpowiedzi na pytanie nr 1, opublikowanej w piśmie Zamawiającego z dnia 7 grudnia 2017 r. („Wyjaśnienie treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia”), Zamawiający – w kontekście treści pkt 3.6.2 PFU (zgodnie z którym dla Stacji Poznań Główny nie przewiduje się montażu nowych elementów systemu stacyjnego ESTW, ani zmiany w przebiegach i aplikacji komputerów zależnościowych ESTW) podał, że:

*„Zamawiający podtrzymuje, że w systemie ESTW stacji Poznań Główny nie przewiduje się zmian w przebiegach. Zmiana z punktu widzenia systemu ESTW będzie polegała na likwidacji sterowników dla tarcz ostrzegawczych semaforów wjazdowych ToC i ToD, a także na wprowadzeniu (zamiast tarcz ostrzegawczych) przekazywania wskazań pomiędzy*

*semaforami Poznania Głównego i p.odg. Poznań Jeżyce, w obu kierunkach. Taka funkcja wymaga zmian w aplikacji i zobrazowaniu na stanowisku LCS Poznań."*

b) w odpowiedzi na pytanie nr 186, opublikowanej w piśmie Zamawiającego z dnia 19 grudnia 2017 r. („Wyjaśnienie treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia), również w odniesieniu do pkt. 3.6.2 PFU, Zamawiający wyjaśnił, że:

*„Zapis punktu 3.6.2 TOM II PFU należy rozumieć w ten sposób, że istniejąca blokada ESTW jednodostępowa ma pozostać, natomiast konieczne będzie dostosowanie urządzeń ESTW do likwidacji tarcz ostrzegawczych i zastąpienia ich przenoszeniem wskazań semaforów obu posterunków ruchu.”*

Do opisanego wyżej oprogramowania prawa autorskie, a zatem również autorskie prawa zależne, posiada podmiot trzeci, nie zaś AZD. Powyższe oznacza z kolei, że ingerencja przez AZD w program komputerowy, w który wyposażone są opisane urządzenia na stacji Poznań Główny oraz na stanowisku LCS Poznań Główny, stanowić będzie w istocie ingerencję przez AZD w cudzy utwór, do czego, zgodnie z powołanymi wyżej przepisami Prawa autorskiego, AZD powinno posiadać stosowne autorskie prawa zależne. Ingerencja w oprogramowanie przez podmiot nieposiadający takich autorskich praw zależnych, biorąc pod uwagę oświadczenie przez AZD w ofercie o samodzielnym wykonaniu całości zamówienia (nieprzewidującym udziału jakichkolwiek podmiotów trzecich), skutkować będzie zatem naruszeniem Prawa autorskiego, a w konsekwencji również powołanych zapisów PFU. Podkreślić należy, że - jak wynika z pisma Thales z dnia 15 lutego 2018 r. - podmiot ten nie przeniósł na AZD autorskich praw zależnych w powyższym zakresie, jak również nie umocował Zamawiającego do dokonania takiego przeniesienia na podmiot trzeci.

Odwołujący stwierdził, iż gdyby jednak Zamawiający w toku niniejszego postępowania kwestionował powyższą okoliczność i podnosił, iż posiada on możliwość przeniesienia na rzecz AZD autorskich praw zależnych do opisanego wyżej oprogramowania, Odwołujący wnosi o zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia w toku postępowania odwoławczego umowy z Thales bądź dokumentu, z którego wynika umocowanie Zamawiającego do przeniesienia na AZD autorskich praw zależnych do oprogramowania produkcji Thales. Dodatkowo wskazać należy, że AZD nie dysponuje ani możliwościami, ani zasobami, ani know-how pozwalającymi na bezpieczną modyfikację programu komputerowego produkcji Thales. Oznacza to, że podjęte samodzielne działanie - co wprost i jednoznacznie wynika z treści oferty (JEDZ) AZD w zakresie modyfikacji aplikacji w urządzeniach - będzie stanowiło naruszenie reguł bezpieczeństwa określonych i wymaganych w przepisach krajowych, ale i przepisach wprost mających zastosowanie w polskim porządku prawnym, m.in. Decyzji Parlamentu Europejskiego i Rady nr 768/2008/WE.

Oferta AZD pozostaje również niezgodna z SIWZ - i jako taka podlegać winna odrzuceniu – w zakresie dotyczącym spełnienia przez wykonawcę obowiązku przewidzianego w pkt. 5.2 PFU. Zgodnie bowiem z tym postanowieniem SIWZ, budowle i urządzenia mające wpływ na poziom bezpieczeństwa ruchu kolejowego, zgodnie z obowiązującymi przepisami Prawa (przepisami prawa obowiązującym na terenie Rzeczypospolitej Polskiej oraz Regulacjami Zamawiającego - zgodnie z Subklauzulą 1.1.6.5 WU), muszą posiadać świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu, potwierdzone odpowiednimi certyfikatami i deklaracjami zgodności z typem. Zamawiający wymaga, aby zastosowane urządzenia i budowle były dopuszczone do eksploatacji bez jakichkolwiek ograniczeń czasowych i terytorialnych. Odwołujący wskazuje w związku z powyższym, że realizacja zamówienia i uwzględnienie funkcjonalności, która jest przewidziana postanowieniami SIWZ dla stacji Poznań Główny oraz szlaku Poznań Główny - Poznań Jeżyce oraz konieczność przebudowy stacyjnych i szlakowych urządzeń sterowania ruchem kolejowym na tej stacji Poznań Główny oraz szlaku, wymagać będzie ingerencji wykonawcy w istniejące już na linii kolejowej urządzenia i systemy poprzez zmiany aplikacji (oprogramowania, programu komputerowego) systemu stacyjnego ESTW L90 5 oraz zobrazowania w LCS Poznań (zestawu serwerów) systemu komputerowego Command 900, obecnie eksploatowanych na ww. stacji i szlaku. Producentem tych urządzeń i systemów jest natomiast podmiot trzeci, nie AZD. W przypadku ingerencji danego podmiotu (niebędącego producentem) w urządzenia i systemy produkcji podmiotu trzeciego, tj. jak w niniejszej sprawie dokonanie zmiany w oprogramowaniu systemów ESTW L90 5 i Command 900 dla urządzeń zainstalowanych na stacji Poznań Główny oraz szlaku Poznań Główny - Poznań Jeżyce, bez specjalistycznego narzędzia informatycznego oraz know-how, nie jest możliwe w sposób zapewniający spełnienie wymagań bezpieczeństwa i utrzymanie ważności dotychczasowych świadectw dopuszczenia do eksploatacji typu dla tych urządzeń, co uniemożliwiłoby dopuszczenie tych urządzeń do eksploatacji. Zgodnie natomiast z art. 22f ust. 1 ustawy o transporcie kolejowym, warunkiem dopuszczenia do eksploatacji typów budowli i typów urządzeń mających wpływ na poziom bezpieczeństwa ruchu kolejowego, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie ust. 14 pkt 2, jest uzyskanie świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu dla pierwszego ich egzemplarza. Zgodnie natomiast z ust. 8 tego artykułu, kolejne urządzenia albo budowle zgodne z typem, dla którego Prezes UTK wydał świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu, uznaje się za dopuszczone do eksploatacji, jeżeli:

- a) producent albo jego upoważniony przedstawiciel przeprowadził procedurę oceny zgodności z typem, a następnie wystawił deklarację zgodności z typem,
- albo

- b) podmiot zamawiający, wykonawca modernizacji, importer, inwestor, dysponent, zarządca, użytkownik bocznicy albo przewoźnik kolejowy wystawił deklarację zgodności z typem dla urządzeń albo budowli, które zamierza wprowadzić do eksploatacji, po uprzednim przeprowadzeniu przez jednostkę organizacyjną, o której mowa w art. 22g ust. 9, badań technicznych niezbędnych do stwierdzenia zgodności z typem, zakończonych wydaniem certyfikatu zgodności z typem.

Mając powyższe na uwadze, wobec zaferowania przez AZD w ofercie, że zamówienie zostanie przezeń wykonane samodzielnie, tj. bez udziału podwykonawców, w tym producentów ww. urządzeń i systemów, AZD nie jest uprawnione do samodzielnego wystawienia dla urządzeń deklaracji zgodności z typem, dla których nie jest producentem, po dokonaniu w nich zmian mających wpływ na bezpieczeństwo ruchu kolejowego. Tym samym, w przypadku samodzielnej realizacji zamówienia przez AZD zastosowania nie będzie mogła znaleźć procedura określona w art. 22f ust. 8 pkt 1 ustawy o transporcie kolejowym.

Niezależnie od tego, nawet gdyby AZD twierdził, że uzyskanie przezeń opisanych powyżej świadectw jest możliwe w drodze ponownej procedury (co w ocenie Odwołującego pozostaje praktycznie niemożliwe w określonych warunkach i musiałoby zostać przez AZD wykazane), oferta AZD pozostawałaby w dalszym ciągu niezgodna z SIWZ, albowiem z uwagi na wymogi oraz długotrwałość procedury uzyskiwania świadectw dopuszczenia do eksploatacji typu nastąpiłoby z kolei przekroczenie terminów realizacji zamówienia, w szczególności określonego w Subklauzuli 8.13 WU, wyznaczonego przez Zamawiającego do dnia 31 grudnia 2020 r. na wykonanie wszelkich robót budowlanych, wraz z uzyskaniem wszystkich niezbędnych decyzji administracyjnych i pozwoleń oraz uzyskaniem certyfikacji.

Tym samym, wobec oświadczenia przez AZD w ofercie o samodzielnym wykonaniu zamówienia, jak również w świetle postawionego przez Zamawiającego w pkt. 5.2 PFU wymogu posiadania przez urządzenia świadectw dopuszczenia do eksploatacji typu, potwierdzonych odpowiednimi certyfikatami i deklaracjami zgodności z typem, oferta AZD pozostaje niezgodna z SIWZ, albowiem w istocie nie pozwala ona na uzyskanie tych świadectw, certyfikatów i deklaracji w sposób i terminie określonym przez Zamawiającego.

Odwołujący nadto uzupełniająco do powyższego wskazuje na następujące istotne uwarunkowanie prawne i faktyczne związane ze zmianą aplikacji (oprogramowania określonego zastosowania lub konfiguracji sprzętowej) w komputerowych urządzeniach sterowania ruchem kolejowym będących w eksploatacji, które również wpływają na uznanie oferty AZD za niezgodną ze Specyfikacją z uwagi na opisane wyżej okoliczności:

Zmiana aplikacji w komputerowych urządzeniach sterowania ruchem kolejowym będących w eksploatacji musi zostać wykonana zgodnie z:

- a) polskimi wymaganiami krajowymi, w tym Listą Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego w sprawie właściwych krajowych specyfikacji technicznych i dokumentów normalizacyjnych, których zastosowanie umożliwi spełnienie zasadniczych wymagań dotyczących interoperacyjności systemu kolei z dnia 19 stycznia 2017 r., wydaną na podstawie art. 25d ust. 1 ustawy o transporcie kolejowym, oraz z normami: PN-EN 50126:2002, PN-EN 50128:2011, PN-EN 50129:2007, PN-EN 50159:2011;
- b) zasadami bezpiecznego stosowania stacyjnego systemu sterowania ruchem kolejowym - tworzenia aplikacji, które określane są przez producenta urządzeń w dokumentacji technicznej, która nie jest powszechnie dostępna i stanowi know-how tego producenta,

aby wykazać w procesie oceny zgodności z dopuszczonym typem, że stacyjny system sterowania ruchem kolejowym po zmianie aplikacji nadal spełnia wymagania bezpieczeństwa i może być włączony do eksploatacji (przekazany do użytku),

Wyłącznie jednak producent ww. urządzeń posiada pełną wiedzę techniczną oraz prawne umocowanie (świadczenie dopuszczenia typu wydane przez Prezesa UTK), aby proces ten wykonać sprawnie oraz prawidłowo dla poziomu zachowania bezpieczeństwa w ruchu kolejowym.

Odwołujący nadto wskazuje, że ilekroć mowa jest o ocenie zgodności, w wyniku której producent wystawia deklarację zgodności (a w przypadku urządzeń stosowanych w kolejnictwie mających wpływ na poziom bezpieczeństwa ruchu kolejowego, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 22f ust. 14 pkt 2 ustawy o transporcie kolejowym - deklarację zgodności z typem), dotyczy to postępowania (procedury) określonej decyzją Parlamentu Europejskiego i Rady nr 768/2008/WE z dnia 9 lipca 2008 r. w sprawie wspólnych ram dotyczących wprowadzania produktów do obrotu, uchylającej decyzję Rady 93/465/EWG (Dz. Urz. UE L Nr 218 z 13.08.2008r., str. 82), którego podstawowym celem jest zapewnienie interesu publicznego i zasad uczciwej konkurencji we Wspólnocie.

Co więcej, zgodnie z zapisami ww. decyzji Parlamentu Europejskiego i Rady:

- a) produkty wprowadzane na rynek Wspólnoty powinny być zgodne z obowiązującym prawodawstwem wspólnotowym, a podmioty gospodarcze powinny być odpowiedzialne za zgodność produktu, stosownie do roli odgrywanej przez nie w łańcuchu dostaw, tak aby zapewnić wysoki poziom ochrony interesów publicznych, takich jak zdrowie i bezpieczeństwo oraz ochrona konsumentów i środowiska, a także zagwarantować uczciwą konkurencję na rynku Wspólnoty (motyw 17 preambuły decyzji);

- b) zważywszy, że producent posiada dokładną wiedzę o procesie projektowania i produkcji, jest on najbardziej kompetentny do przeprowadzenia kompletnej procedury oceny zgodności. W związku z tym ocenę zgodności należy zaliczyć wyłącznie do obowiązków producenta (motyw 21 preambuły decyzji);
- c) każdy podmiot gospodarczy wprowadzający produkt do obrotu pod własną nazwą lub znakiem towarowym bądź modyfikujący produkt w sposób, który może wpłynąć na zgodność produktu z obowiązującymi wymaganiami, powinien być uznany za producenta i przejść jego obowiązki z tego tytułu (motyw 26 preambuły decyzji).

Nadto zaś, zgodnie z § 22 ust. 3 rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 13 maja 2014 r. w sprawie dopuszczania do eksploatacji określonych rodzajów budowli, urządzeń i pojazdów kolejowych (Dz. U. z 2014 r., poz. 720), producent albo jego upoważniony przedstawiciel przeprowadza procedurę oceny zgodności z typem zgodnie z wybranym przez siebie modułem, określonym w załączniku nr 2 do ww. decyzji Parlamentu Europejskiego i Rady.

Mając zatem na uwadze opisane wyżej okoliczności, Odwołujący stwierdził, iż oferta AZD winna podlegać odrzuceniu z uwagi na jej niezgodność z SIWZ w opisanym powyżej zakresie.

Zgodnie z pkt. 3.1.1.1.5 PFU, Zamawiający przewidział, że w ramach zamówienia niezbędne jest zabudowanie i uruchomienie dla LCS (Lokalnego Centrum Sterowania) Poznań III (LCS Poznań-Wronki) systemu Przekazywania Informacji o Pociągu (dalej jako system PIP), w taki sposób, aby system ten był dostosowany do systemów PIP już istniejących i zainstalowanych w LCS Poznań Główny i LCS Poznań-Piła przez podmioty trzecie (nie AZD).

Jak wskazał Zamawiający, system PIP powinien zapewniać realizację przekazywania informacji o ruchu pociągów generowanych automatycznie w obszarze LCS, przekazywanie informacji o pociągach pomiędzy poszczególnymi LCS-ami musi być automatyczne, a na posterunkach stycznych informacje powinny być generowane automatycznie lub wprowadzane ręcznie (ppkt 15). Funkcjonalność systemu PIP powinna być zapewniona pomiędzy sąsiednimi obszarami LCS w sposób automatyczny w zakresie: przekazywania informacji o pociągach, elektronicznej łączności zapowiadawczej oraz elektronicznego dziennika ruchu (elektronicznego urządzenia rejestrującego ruch pociągów) (ppkt 20). Zakres LCS, do których winien być dostosowany system PIP zamontowany w LCS Poznań III (LCS Poznań-Wronki), Zamawiający potwierdził w udzielonych odpowiedziach na pytania do SIWZ:

a) w odpowiedzi na pytanie nr 270 opublikowanej w piśmie Zamawiającego z dnia 19 grudnia 2017 r. („Wyjaśnienie treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia”), Zamawiający podał, iż:

*Pytanie 270*

*Czy urządzenia zainstalowane już w LCS Poznań Główny spełniają wymagania określone w pkt 3.1.1.1.5 Systemy nadrzędne (ICS) PFU? Jeśli nie współpraca opisana przez Zamawiającego w pkt 3.1.1.1.5 ppkt 20) z nowobudowanym LCS Poznań Główny III w zakresie funkcjonalności systemu PIP będzie niemożliwa. Czy w sytuacji opisanej powyżej Zamawiający podtrzymuje zapisy wymagań określonych pkt 3.1.1.1.5 PFU?*

*Odpowiedź*

*Zamawiający podtrzymuje zapisy pkt 3.1.1.1.5 PFU. Wykonawca jest zobowiązany do zaprojektowania i wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z obowiązującymi przepisami. Ponadto, zgodnie z pkt 2.2.1 PFU należy dokonać inwentaryzacji urządzeń lub zgłosić się do PKP PLK S.A. Zakładu Linii Kolejowych w Poznaniu w celu uzyskania stosownych informacji.*

b) w odpowiedzi na pytanie nr 271, opublikowanej w piśmie Zamawiającego z dnia 19 grudnia 2017 r. („Wyjaśnienie treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia”), Zamawiający podał, iż:

*Pytanie 271*

*Czy w zakresie niniejszego zadania należy ująć roboty związane z powiązaniem urządzeń systemu PIP z LCS Poznań Piła?*

*Odpowiedź*

*Tak. W zakresie systemu przekazywania informacji dla linii 354 należy przewidzieć instalację do automatycznego przekazywania Informacji systemu PIP pomiędzy LCS Poznań Główny III a LCS Poznań - Piła.*

Podkreślić w związku z tym należy, że systemy PIP zainstalowane zostały w LCS Poznań Główny i LCS Poznań-Piła przez podmioty trzecie nie zaś AZD (system PIP w LCS Poznań Główny - produkcja Thales Polska sp. z o.o., system PIP w LCS Poznań-Piła - produkcja Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o.). Ponieważ specyfikacja interfejsu (połączenia) pomiędzy różnymi systemami nie jest zdefiniowana przez Zamawiającego, każdy producent wypracowuje i stosuje w tym zakresie własne rozwiązanie. Jeżeli zatem zachodzi konieczność powiązania dwóch systemów PIP różnych producentów (zabudowanych w dwóch sąsiednich LCS), konieczne jest wspólne wypracowanie (ustalenie/zdefiniowanie) specyfikacji interfejsu umożliwiającego połączenie obu systemów, a następnie implementacja tego rozwiązania w systemach obu producentów. Tym samym, bez



udziału podmiotu, który jest producentem danego systemu PIP, nie jest technicznie możliwe wypracowanie sposobu połączenia pomiędzy systemami PIP odmiennej produkcji, a tym samym nie jest możliwe osiągnięcie funkcjonalności wymaganej przez Zamawiającego zgodnie z ww. zapisem PFU.

Dodatkowo wskazać należy, co potwierdza przytoczona odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 271 do SIWZ, że w ramach kontraktu objętego niniejszym Postępowaniem, istniejący system PIP w LCS Poznań Główny (produkcji Thales Polska sp. z o.o.), będzie musiał zostać dostosowany do nowych wymagań zdefiniowanych w Postępowaniu, gdyż w przeciwnym razie, nie będzie możliwe zabudowanie przez wykonawcę systemu PIP w LCS Poznań-Wronki zgodnego z tymi wymaganiami (pkt. 3.1.1.1.5, ppkt 20 PFU). Również zatem w tym zakresie niezbędny będzie udział w realizacji zamówienia producenta systemu PIP zainstalowanego w LCS Poznań-Główny.

Mając powyższe na uwadze, przyjęcie przez AZD w ofercie, że zamówienie zostanie w całości wykonane samodzielnie (bez udziału podwykonawców), stoi w sprzeczności z opisanymi wymogami Zamawiającego i uniemożliwia uzyskanie efektu oczekiwanego przez Zamawiającego co do automatycznego przekazywania informacji pomiędzy LCS Poznań-Wronki (które stworzone będzie przez wykonawcę zadania objętego niniejszym Postępowaniem) a sąsiednimi LCS-ami, w których zainstalowane są systemy PIP producentów innych aniżeli AZD. Tym samym, oferta AZD pozostaje niezgodna z SIWZ w zakresie opisanych wyżej wymagań Zamawiającego i jako taka winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Nadto, Odwołujący - niezależnie od zarzutów dotyczących niezgodności oferty AZD z SIWZ - podniósł również zarzuty związane z rażąco niską ceną oferty AZD.

W pierwszej kolejności wskazał, że treść wyjaśnień oferty zawartych przez AZD w piśmie z dnia 5 marca 2018 r. rodzi istotne wątpliwości co do tego, w jaki sposób AZD skalkulował całkowitą cenę ofertową oraz cenę za poszczególne części składowe oferty i czy AZD uwzględnił w ramach zaoferowanej ceny wszystkie niezbędne elementy składające się na realizację zamówienia, w cenach będących cenami rynkowymi. Odwołujący zauważył, że z treści ww. pisma AZD wynika, że wykonawca ten w istocie nie przeprowadził na etapie sporządzania oferty należytej analizy zakresu zamówienia i wymogów Zamawiającego co do sposobu jego realizacji, oraz nie opracował własnej koncepcji co do jego wykonania, i na chwilę sporządzania oferty taką koncepcją nie dysponował. Ponadto, w piśmie AZD przedstawił - jak wskazano we wcześniejszej części odwołania - jedynie pewien zakres wariantów wykonania zamówienia, bez jednak jednoczesnego oświadczenia, który z tych wariantów był przyjęty przez wykonawcę przy sporządzaniu oferty i kalkulacji jej ceny. Co

istotne, jako jeden z hipotetycznych wariantów realizacji zamówienia, AZD wskazał przy tym na możliwość wymiany wszystkich istniejących urządzeń srk, podając przy tym, że jedynym problemem byłoby zwiększenie ceny oferty i przekroczenie budżetu Zamawiającego" (vide: str. 2 pisma AZD).

Powyższe okoliczności winny były w ocenie Odwołującego doprowadzić do skierowania przez Zamawiającego do AZD wezwania do złożenia szczegółowych wyjaśnień co do zaoferowanej ceny w ofercie, bądź jej istotnych części składowych, wobec powzięcia wątpliwości co do tego, czy cena zaoferowana przez AZD w Postępowaniu jest realna, rynkowa i umożliwia wykonanie zamówienia po cenie podanej w ofercie.

Zaniechanie natomiast skierowania do wykonawcy ww. wezwania stanowi o naruszeniu przez Zamawiającego przepisów powołanych w pkt. 8.4 odwołania, w tym art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Podkreślić przy tym należy, że skierowanie do wykonawcy wezwania do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, nie jest - w przeciwieństwie do procedury wyjaśnień wszczynanej na podstawie art. 90 ust. 1a ustawy Pzp - uwarunkowane zaistnieniem sytuacji, w której cena danego wykonawcy przekracza pewne z góry określone limity. Skierowanie zapytania z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do danego wykonawcy jest natomiast konieczne i uzasadnione w każdej sytuacji, gdy powstają wątpliwości co do ceny zaoferowanej przez tego wykonawcę, niezależnie od tego, w jakim pozostaje ona stosunku do kwoty przewidzianej przez Zamawiającego na realizację zamówienia oraz cen pozostałych oferentów.

Mając powyższe na uwadze, w oparciu o opisane wyżej okoliczności, Odwołujący podniósł również zarzut zaniechania odrzucenia oferty AZD, która zawiera cenę rażąco niską. Odwołujący stwierdził, iż jakkolwiek (z uwagi na opisane powyżej nieuprawnione zaniechanie przez Zamawiającego wezwania AZD do złożenia wyjaśnień w tym zakresie) nie dysponuje szczegółowymi informacjami co do tego, jak konkretnie AZD skalkulował cenę ofertową, z treści pisma AZD z dnia 5 marca 2018 r. wywieść można, że AZD:

- a) nie wycenił w sposób należyty i kompletny wszystkich elementów cenotwórczych składających się na opisany przez Zamawiającego zakres zamówienia i wymogi Zamawiającego co do jego realizacji;
- b) cena zaoferowana przez AZD jest w istocie ceną oderwaną od rzeczywistości oraz ceną nierynkową, i nie została ona skalkulowana w oparciu o logiczne i sprawdzalne przesłanki;
- c) już na obecnym etapie Postępowania przewiduje, że cena za wykonanie zamówienia może się zwiększyć w stosunku do ceny podanej w ofercie, co jednak wykonawca uznaje za niesprawiające problemów i leżące w ryzyku wykonawcy bądź

uprawniające do skorzystania przez wykonawcę z przewidzianej przez Zamawiającego kwoty warunkowej w wysokości 15.506.000 zł.

Nadto, Odwołujący podniósł również zarzut zaniechania odrzucenia oferty AZD jako niezgodnej z SIWZ w zakresie, w jakim pozostaje ona niezgodna z wymogami określonymi w pkt. 13.1 i 13.3 IDW, które przewidują, że cena ofertowa brutto winna:

- a) uwzględniać wszystkie wymagania SIWZ;
- b) obejmować wszystkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie wykonawca z tytułu terminowego i prawidłowego wykonania całości przedmiotu zamówienia oraz podatek od towarów i usług;
- c) uwzględniać wszystkie wymagania oraz czynności i badania składające się na ich wykonanie, określone w PFU, w tym roboty tymczasowe i prace towarzyszące konieczne dla wykonania tych robót.

Jak wynika natomiast z opisanych wyżej okoliczności faktycznych, zwłaszcza z faktu oświadczenia przez AZD w ofercie o samodzielnym (nieprzewidującym udziału podwykonawców) wykonaniu całości zamówienia oraz z treści pisma AZD z dnia 5 marca 2018 r., AZD nie wycenił i nie uwzględnił w zaoferowanej cenie oferty konieczności wymiany urządzeń sterowania ruchem kolejowym zabudowanych na linii kolejowej, której dotyczy przedmiot zamówienia, co będzie następstwem ingerencji wykonawcy AZD w te urządzenia. Z ww. pisma AZD wynika bowiem, że dopiero na etapie realizacji zamówienia wykonawca ustali, co i jak zamierza wykonać w ramach kontraktu, i dopiero wówczas nastąpi weryfikacja ceny ofertowej i jej ewentualna modyfikacja.

Podsumowując Odwołujący stwierdził, iż w świetle podniesionych i opisanych wyżej zarzutów, na uwzględnienie zasługują również zarzuty opisane w pkt. 7.10 i 7.11 odwołania, dotyczące naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

II. Pismem z dnia 20 kwietnia 2018 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

III. W terminie przewidzianym przepisami ustawy Pzp przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca AŽD PRAHA s.r.o. z siedzibą w Pradze.

Wykonawca AŽD PRAHA s.r.o swoje stanowisko w sprawie przedstawił w piśmie z dnia 23 kwietnia 2018 r. wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron oraz uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Zgodnie z tym przepisem wykonawcy przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, jeżeli ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W ocenie Izby Odwołujący wykazał spełnienie powyższych przesłanek, co nie było też sporne.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy AŽD PRAHA s.r.o. z siedzibą w Pradze (dalej jako „Przystępujący”) do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W poczet materiału dowodowego Izba zaliczyła dokumentację postępowania oraz dokumenty złożone przez Odwołującego i Przystępującego na rozprawie (złożone przez Odwołującego schematy Izba potraktowała jako stanowisko własne tej strony).

Działając na podstawie przepisu art. 190 ust. 6 ustawy Pzp Izba nie uwzględniła następujących wniosków dowodowych Odwołującego zgłoszonych na rozprawie:

- 1) o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu sterowania ruchem kolejowym i bezpieczeństwa kolejowego zgodnie z przepisami ustawy Pzp lub ewentualnie opinii Instytutu Kolejnictwa na okoliczność:
  - a) listy urządzeń znajdujących się na korytarzu E20 wraz z podaniem producentów, typów urządzeń oraz numerów świadectw dopuszczenia do eksploatacji typu urządzenia wystawionych przez UTK;
  - b) odpowiedzi na pytanie, jakie urządzenia będą podlegały ingerencji wykonawcy realizującego projekt E59 zgodnie z wymogami SIWZ (w szczególności odpowiedź nr 1 i 186).
  - c) jakie urządzenia będą musiały zostać wymienione w przypadku dokonania wymiany systemu ESTW oraz Command 900 na stacji Poznań Główny,
  - d) niezbędnego czasu potrzebnego na zaprojektowanie i wymianę tych urządzeń oraz czynności związanych z wymianą tych urządzeń oraz dopuszczeniem do eksploatacji dla tej branży (w celu uzyskania świadectw dopuszczenia);

- 2) o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka pana P. P. (na adres Thales podany w treści pisma z dnia 23 marca 2017 r. złożonego przez Przystępującego) na okoliczność, czy Przystępujący zwracał się do Thales o ofertę w ramach niniejszego Postępowania i czy w przypadku zwrócenia się przez Przystępującego o taką ofertę firma Thales udzieliłaby takiej samej odpowiedzi, jak zawarta w treści pisma z dnia 23 marca 2017 r. (znak DH/100/2017) oraz czy firma Thales udzieli Przystępującemu praw zależnych do oprogramowania dla urządzenia ESTW L90 5 w ramach realizacji kontraktu E59 lub innych zadań.
- 3) o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania odwoławczego:
  - a) sygn. KIO 2211/17, tj. pism złożonych w postępowaniu przez Zamawiającego oraz protokołu posiedzenia i rozprawy z dnia 8 i 16 listopada 2017 r.,
  - b) sygn. KIO 537/18 i 538/18, tj. pism złożonych przez Zamawiającego, protokołów posiedzenia i rozprawy, a także treści wyroku wydanego w tej sprawie- na okoliczność wymagań Zamawiającego dotyczących przeniesienia praw autorskich majątkowych, jakie formułuje w odniesieniu do oprogramowania i jakie formułuje w odniesieniu do dokumentacji „specyfikacja interfejsu”.

Izba uznała, iż zgłoszone wnioski dowodowe nie mają istotnego znaczenia dla rozpoznania niniejszej sprawy i wobec tego skutkowałyby niepotrzebną zwłoką w postępowaniu. W szczególności wymaga wskazania, iż treść wnioskowanej opinii biegłego odnosiłaby się do treści oferty niewymaganej przez Zamawiającego do przedstawienia na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jak i wymagałaby częściowej realizacji przez biegłego przedmiotu zamówienia. Wyjaśnianie tego, co być może uczyniłby świadek, gdyby się do niego zwrócono ze wskazanym pytaniem oraz jaką decyzję w ocenie tego świadka podejmie spółka Thales Polska w odniesieniu do udzielenia Przystępującemu praw zależnych do oprogramowania dla urządzenia ESTW L90 5 (w celu realizacji zamówienia objętego obecnym Postępowaniem czy te innym mającym miejsce w przyszłości) nie przedstawia żadnej wartości dowodowej dla obecnego postępowania odwoławczego – okoliczność udzielenia ww. praw może zostać zweryfikowana dopiero na etapie realizacji umowy (pierwsza z okoliczności, na którą dowód był wnioskowany została potwierdzona przez Przystępującego i w tym zakresie dowód był zbędny). Natomiast stanowisko Zamawiającego przedstawiane w innych postępowaniach odwoławczych w odniesieniu do innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego nie ma znaczenia dla obecnie rozpoznawanej sprawy, a przynajmniej nie zostało to przez Odwołującego wykazane.

Izba uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie z następujących powodów:

I. Zarzuty wskazane w odwołaniu w pkt 7.1 oraz 7.2:

Zarzuty podniesione w pkt 7.1 oraz 7.2 odwołania odnosiły się do czynności Zamawiającego, jaką było poprawienie omyłki w ofercie Przystępującego na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Z treści stanowisk stron i uczestnika postępowania wynika, iż nie jest sporne zapatrywanie prawne dotyczące ww. regulacji, tj. kiedy mamy do czynienia z tzw. inną omyłką, a tym samym w jakich przypadkach zamawiający uprawniony jest do jej poprawienia w ofercie wykonawcy. W szczególności wskazuje się, iż obowiązek zastosowania przez zamawiającego instytucji unormowanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp aktualizuje się w sytuacji, w której, po pierwsze, niezgodność oferty z SIWZ ma charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy, polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści, a po drugie, poprawienie omyłki nie może spowodować istotnych zmian w treści oferty. Takie stanowisko podzielane jest również przez skład orzekający Izby.

Jednakże Odwołujący, w treści uzasadnienia ww. zarzutów pomija bardzo istotny element stanu faktycznego, jakim jest okoliczność, iż strona E3 formularza RCO zawiera jedynie zbiorcze podsumowanie wycen zawartych na stronach E1 i E2 RCO. Na stronie E1, na której wykonawcy mieli przedstawić wycenę w zakresie części „ENERGETYKA”, została przez Przystępującego podana prawidłowa nazwa elementu rozliczeniowego, tj. „Realizacja przyłączy na odcinku od Poznań Główny do Wroniek (od km 0,000 do km 52,265)”. Na ww. stronie formularza widniała również informacja, iż wycena tego elementu podlega przeniesieniu na stronę E3. Także na stronie E3 Zbiorcze podsumowanie zawierało dwie informacje, iż chodzi o przeniesienie wycen odpowiednio ze strony E1 oraz E2. Tym samym oświadczenie co do wyceny poszczególnych elementów w części „ENERGETYKA” wykonawcy składali na stronach E1 oraz E2 formularza RCO, natomiast na stronie E3 znajdowało się zbiorcze (techniczne) zestawienie tych wycen. Nie ulega zatem wątpliwości, iż Przystępujący dokonał prawidłowej wyceny ww. elementu rozliczeniowego („Realizacja przyłączy na odcinku od Poznań Główny do Wroniek (od km 0,000 do km 52,265)”), a nieprawidłowość dotyczy jedynie przeniesienia tej pozycji do zbiorczego zestawienia wycen (strona E3 formularza RCO).

Ze wskazanych powyżej okoliczności wynika, iż analizowana niezgodność oferty z SIWZ miała charakter niezamierzony, a zatem omyłkowy, tym bardziej iż same przyczyny popełnienia tej omyłki, jakie zostały podane przez Przystępującego (posłużenie się starszą wersją formularza) wydają się być wysoce prawdopodobne. Ponieważ poprawienie omyłki polega wyłącznie na zastąpieniu w treści zbiorczego zestawienia wycen błędnej nazwy jednego z elementów rozliczeniowych prawidłową nazwą, wycena tego elementu została prawidłowo wskazana we wcześniejszej części formularza, a w wyniku dokonanej poprawy

cena ani przedmiot świadczenia nie ulegają żadnej zmianie, należy uznać, iż w tym przypadku nie mamy również do czynienia z istotną zmianą w treści oferty.

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, iż Zamawiający nie tylko był uprawniony, ale wręcz zobowiązany do dokonania poprawy oferty Przystępującego w ww. zakresie, a tym samym zarzuty zawarte w pkt 7.1 oraz 7.2 nie mogły zostać przez Izbę uwzględnione.

## II. Zarzuty wskazane w odwołaniu w pkt 7.3 – 7.6:

Zarzuty zawarte w pkt 7.3 – 7.6 odwołania odnoszą się do przesłanki odrzucenia oferty uregulowanej w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z tym że zarzut zawarty w pkt 7.3 dotyczy zaniechania prawidłowego, kompletnego i wyczerpującego wyjaśnienia treści oferty Przystępującego w zakresie deklarowanego w ofercie sposobu wykonania zamówienia. W ocenie składu orzekającego zarzuty te zostały przez Odwołującego sformułowane w oparciu o niezasadne (w świetle treści SIWZ) założenia dotyczące zakresu badania ofert przez Zamawiającego w Postępowaniu. Odwołujący w treści uzasadnienia ww. zarzutów odnosi się bowiem do szczegółowego sposobu realizacji zamówienia dotyczącego:

- wymagań Zamawiającego - bezpośrednich bądź będących następstwem ingerencji wykonawcy i dokonywania zmian w urządzeniach sterowania ruchem kolejowym i oprogramowaniu (aplikacje) systemu stacyjnego na stacji Poznań Główny (ESTW L90 5) oraz zobrazowania na stanowisku LCS Poznań Główny (Command 900) - określone w SIWZ, a dotyczące technologii, oprogramowania, certyfikacji, itp. (zarzut pkt 7.3);
- likwidacji sterowników dla tarcz ostrzegawczych semaforów wjazdowych ToC iToD, a także wprowadzenia (zamiast tarcz ostrzegawczych) przekazywania wskazań pomiędzy semaforami Poznania Głównego i p.odg. Poznań Jeżyce, w obu kierunkach (zarzut pkt 7.4);
- pozostawienia istniejącej blokady ESTW 190 5 jednodostępowej, przy jednoczesnym dostosowaniu urządzeń ESTW L90 5 do likwidacji tarcz ostrzegawczych i zastąpienia ich przenoszeniem wskazań semaforów obu posterunków ruchu (zarzut pkt 7.4);
- zagwarantowania wymaganego powszechnie obowiązującym prawem bezpieczeństwa urządzeń sterowania ruchem kolejowym po zmianach na stacji Poznań Główny oraz w LCS Poznań Główny/wystawienia świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu, potwierdzonych odpowiednimi certyfikatami i deklaracjami zgodności z typem (zarzut 7.3/pkt 7.5);
- zabudowania systemu PIP w LCS Poznań III (LCS Poznań-Wronki) w taki sposób, aby był on dostosowany do systemów PIP już istniejących i zainstalowanych w LCS

Poznań Główny i LCS Poznań-Piła przez podmioty trzecie (nie AZD), w sposób zapewniający funkcjonalność systemu PIP pomiędzy sąsiednimi obszarami LCS i automatyczne przekazywanie informacji o pociągach pomiędzy poszczególnymi LCS-ami, (zarzut pkt 7.3 oraz pkt 7.6).

Wymaga jednak podkreślenia, iż Zamawiający w treści SIWZ obowiązującej w Postępowaniu nie określił ww. zakresu przedmiotu zamówienia jako wymagającego określenia przez wykonawców na etapie składania ofert. Sposób i zakres badania i oceny oferty został przez Zamawiającego jednoznacznie wskazany w SIWZ. W pkt 20.4 SIWZ Zamawiający zawarł postanowienia, iż „Ocena zgodności ofert z wymaganiami Zamawiającego przeprowadzona zostanie wyłącznie na podstawie analizy dokumentów, jakie Wykonawca zawarł w swojej ofercie.” Natomiast wymagana treść oferty została przez Zamawiającego określona na podstawie innych postanowień SIWZ (pkt 15 Zawartość oferty). Z postanowień tych wynika, iż Zamawiający np. wymagał przedstawienia wyceny przedmiotu zamówienia w postaci RCO, a nie wymagał przedstawienia mu koncepcji realizacji zamówienia. Na podstawie powyższych postanowień SIWZ został zatem określony zakres badania oferty (zakres przedmiotu zamówienia nie stanowiący zakresu badania oferty podlega weryfikacji na etapie realizacji zamówienia). Również w świetle pozostałych zapisów SIWZ nie jest zasadne formułowanie odmiennego wniosku. W związku z powyższym, skoro Zamawiający nie żądał przedstawienia koncepcji realizacji zamówienia na etapie złożenia oferty, to tym samym kwestii tej nie objął zakresem badania na etapie prowadzonego postępowania. Należy w tym miejscu podkreślić, iż określając treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający ustalają zasady przeprowadzenia postępowania. Zasady te nie mogą zostać zmienione w trakcie trwania postępowania po upływie terminu składania ofert. Stanowiłoby to naruszenie najważniejszych zasad przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wykonawcy muszą wiedzieć jeszcze przed upływem terminu składania ofert nie tylko jakie dokumenty mają złożyć w ramach oferty, ale również w jakim zakresie oferta ta będzie badana i będzie podlegać ocenie przez Zamawiającego.

Zarzuty określone w odwołaniu w pkt 7.3 – 7.6 nie podlegały zatem uwzględnieniu jako nieodnoszące się do zakresu oferty wymaganego do przedstawienia na etapie Postępowania, a w konsekwencji nie podlegające badaniu przez Zamawiającego. Dotyczy to zarówno zarzutów wskazanych w pkt 7.4 – 7.6, jak i zarzutu zawartego w pkt 7.3 dotyczącego zaniechania prawidłowego, kompletnego i wyczerpującego wyjaśnienia treści oferty Przystępującego w zakresie deklarowanego w ofercie sposobu wykonania zamówienia. W odniesieniu do tego ostatniego zarzutu (pkt 7.3) wymaga zauważenia, iż przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp znajduje zastosowanie w sytuacji, w której treść oferty



wykonawcy budzi wątpliwości zamawiającego, a ponadto regulacja ta odnosi się do zakresu treści oferty wymaganego do przedstawienia przez wykonawców w danym postępowaniu. Taka sytuacja nie miała miejsca w niniejszym Postępowaniu, o czym była mowa powyżej.

Dodatkowo, w szczególności w odniesieniu do zarzutów zawartych w pkt 7.3. a) oraz w pkt 7.4, wymaga podkreślenia, iż Zamawiający nie wymagał od wykonawców wykazania w treści oferty dysponowania określonymi prawami autorskimi. Należy podzielić w tym zakresie uwagę sformułowaną przez Przystępującego, iż oczekiwanie, że „Przystępujący nabędzie autorskie prawa zależne albo uzyska licencję od podmiotu uprawnionego przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia – gdy jeszcze nie jest wiadome, czy Przystępujący na pewno będzie realizował zamówienie – byłoby nielogiczne i z pewnością nadmierne. Dysponowania takimi uprawnieniami czy też ich nabycia nie wykazał także sam Odwołujący, a twierdzenie o zaangażowaniu, jako podwykonawcy Thales Polska Sp. z o.o. – wobec wskazania przez Thales Polska Sp. z o.o. w piśmie z dnia 15.02.2018 r., iż żaden z wykonawców nie otrzymał oferty od tego podmiotu – jest niewiarygodne i gołosłowne.”

Ponadto, z treści SIWZ wynika, że Zamawiający dopuścił różne sposoby realizacji zadań wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia, do których odnoszą się podniesione przez Odwołującego zarzuty. Dopuszczalne jest zarówno samodzielne wykonanie ww. prac przez Przystępującego jak i zaangażowanie podmiotu trzeciego (Thales Polska) w charakterze podwykonawcy (w zakresie dopuszczonym przez Zamawiającego).

Wymaga przy tym wskazania, iż na gruncie ustawy Pzp w ramach samodzielnej realizacji zamówienia – przeciwstawianej korzystaniu z podwykonawców – mieszczą się również sytuacje zakładające pewien udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, ale nie mający charakteru podwykonawstwa w rozumieniu przepisów tejże ustawy. Zgodnie z przepisem art. 2 pkt 9b) pod pojęciem „umowy o podwykonawstwo” należy rozumieć umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego, zawartą między wybranym przez zamawiającego wykonawcą a innym podmiotem (podwykonawcą), a w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami. W świetle ww. regulacji za podwykonawcę może być uznany wyłącznie taki podmiot, który realizuje pewną część zamówienia publicznego. Nie jest zatem podwykonawcą taki podmiot, który nie realizuje części zamówienia publicznego, lecz np. udziela wykonawcy określonych uprawnień (praw) lub zgód w celu umożliwienia mu wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Niezależnie od powyższego należy zauważyć, iż zgodnie z przepisami ustawy Pzp (art. 36ba) powierzenie podwykonawcy wykonania części zamówienia na roboty budowlane lub

usługi może nastąpić już na etapie realizacji umowy. Taka możliwość została przez ustawodawcę dopuszczona w odniesieniu do każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, a szczególności wydaje się uzasadniona i celowa w przypadku postępowania na roboty budowlane w formule „projektuj i buduj”. Powyższemu dał wyraz Zamawiający w treści postanowień SIWZ (23.2).

Ponadto, z treści pisma Thales wynika jedynie, iż obecnie „żaden z wykonawców nie otrzymał oferty Thales w zakresie obejmującym zmianę oprogramowania systemów ESTW L90 5 i Command 900 dla urządzeń zainstalowanych na stacji Poznań Główny oraz szlaku Poznań Główny - Poznań Jeżyce”, a nie że jej nie otrzyma w terminie późniejszym.

Należy również podzielić argumentację Zamawiającego przedstawioną w odniesieniu do zarzutu 7.5, iż wprowadzenie wymogu opisanego w pkt 5.2 (Certyfikacja) już na etapie składania ofert oznaczałoby, że „Oferent na tym etapie byłby zobowiązany do uszczegółowienia projektu budowlanego poprzez sporządzenie przynajmniej szczegółowej koncepcji zawierającej konkretne rozwiązania techniczne wraz z określeniem technologii wykonania, przedstawienia dla przyjętych w rozwiązaniu urządzeń i systemów przedmiotowych świadectw dopuszczenia do eksploatacji typu, deklaracji zgodności z typem wraz z certyfikatami. Powyższe będzie przedmiotem realizacji umowy.”

Okoliczność, iż Zamawiający nie wymagał na etapie postępowania wskazywania przez wykonawców konkretnych rozwiązań technicznych, sposobu i technologii prac została wielokrotnie potwierdzona przez Zamawiającego w toku postępowania odwoławczego. Rozwiązania przyjęte w tym zakresie w Postępowaniu odpowiadają bowiem formule „projektuj i buduj”, w jakiej ma zostać zrealizowane zamówienie. Powyższemu Zamawiający dawał wyraz także w treści odpowiedzi udzielonych na pytania wykonawców do SIWZ. Zamawiający wyraźnie stwierdził, iż dopuszcza możliwość wprowadzenia zmian do Projektu Budowlanego. Między innymi w odpowiedzi na pytanie nr 111 Zamawiający wskazał: „Wykonawca jest zobowiązany do zaprojektowania i wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z obowiązującymi przepisami, a udostępniania dokumentacja przez Zamawiającego, w tym Projekt Budowlany, jest dla Wykonawcy dokumentem podstawowym do dalszego projektowania oraz wykonawstwa robót i nie wyklucza wprowadzenia zmian. Ostateczny zakres wykonywanych robót zostanie określony przez Wykonawcę w ramach opracowywanej dokumentacji. Kontrakt realizowany jest w formule „Projektuj i Buduj”. Opracowana własnym staraniem przez Wykonawcę dokumentacja musi posiadać wszelkie niezbędne uzgodnienia, decyzje/pozwolenia i zostać zatwierdzona przez Inżyniera i Zamawiającego zgodnie z zapisami PFU.”

Mając na uwadze wskazane powyżej okoliczności, Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutów zawartych w pkt 7.3 – 7.6 odwołania.

### III. Zarzuty wskazane w odwołaniu w pkt 7.7 – 7.9

Zarzuty zawarte w pkt 7.7. – 7.8 odnoszą się do podstawy odrzucenia oferty z uwagi na jej rażąco niską cenę, tj. dotyczą zaniechania przez Zamawiającego wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp (pkt 7.7) oraz zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, jako zawierającej rażąco niską cenę (pkt 7.8). Ponadto w nieuwzględnieniu w zaoferowanej cenie konieczności wymiany urządzeń sterowania ruchem Odwołujący upatruje niezgodność oferty z pkt 13.1. i 13.3 IDW SIWZ (pkt 7.9).

W odniesieniu do pierwszego z ww. zarzutów wymaga wskazania, iż regulacja art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ma specyficzny charakter. W przepisie tym wprawdzie wprost został sformułowany obowiązek przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w zakresie ceny oferty [„zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień”], jednakże wskazując okoliczności, w jakich obowiązek ten aktualizuje się, ustawodawca odwołał się zarówno do okoliczności o charakterze obiektywnym, jak i subiektywnym, które ponadto zostały połączone spójnikiem koniunkcji („i”). Okoliczności o charakterze obiektywnym, tj. niezależne od przekonania samego zamawiającego: „cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Okoliczności o charakterze subiektywnym, tj. wynikające z przekonania samego zamawiającego: „budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów”. Zatem na gruncie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp decyzja co do wezwania wykonawcy do udzielenia wyjaśnień w dużej mierze zależy od przekonania samego zamawiającego, co jednocześnie powinno wynikać z określonych okoliczności o charakterze obiektywnym.

Postawienie skutecznego zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jest niewątpliwie znacznie trudniejsze niż na gruncie regulacji art. 90 ust. 1a pkt 1) ustawy Pzp. Wykonawca musi bowiem wykazać, iż w związku z wystąpieniem okoliczności o obiektywnym charakterze zamawiający powinien mieć wątpliwości co do ceny oferty innego wykonawcy i w związku z tym powinien był wezwać go do udzielenia wyjaśnień. Chodzi zatem o sytuację, w której odwołujący zarzuca zamawiającemu, iż pomimo istnienia obiektywnych okoliczności zamawiający pozostawał w błędnym przekonaniu, iż nie występują żadne wątpliwości do zaoferowanej przez innego wykonawcę ceny.

Powyższa sytuacja nie wystąpiła jednak w rozpoznawanej sprawie. Jak wynika z odpowiedzi na odwołanie Zamawiający nie zwrócił się do Przystępującego o przedstawienie wyjaśnień ceny oferty, albowiem cena ta nie budziła jego wątpliwości. Zamawiający wskazał również, iż cena oferty Przystępującego po „symulacyjnym ubruttowieniu” nie odbiega o ponad 30% ani od szacunkowej wartości zamówienia (87%) ani od średniej zaoferowanych cen (92%). Odwołujący nie wskazał żadnych okoliczności ani dowodów pozwalających na przyjęcie, iż istnieją wątpliwości co do tego, czy cena oferty Przystępującego nie jest rażąco niska. Prezentowane twierdzenia w ww. zakresie Odwołujący wywodzi z treści pisma Przystępującego z dnia 5 marca 2018 r. W ocenie składu orzekającego wyciąganie takie wniosku jest zdecydowanie zbyt daleko idące. Przystępujący oświadczył jedynie, iż „z uwagi na fakt, że podstawą do wykonania zakresu robót przez Wykonawcę będzie wykonana przez niego dokumentacja projektowa, nie jest możliwe na tym etapie przedstawienie Zamawiającemu szczegółowego sposobu wykonania prac.” Powyższego twierdzenia nie sposób rozumieć w ten sposób, iż kalkulując cenę oferty Przystępujący nie dokonał tego w sposób staranny. Twierdzenia Odwołującego nie są z esobą spójne – z jednej strony (wcześniejsze zarzuty) podnosi, że oferta Przystępującego jest niezgodna z SIWZ, albowiem zadeklarował samodzielną realizację prac, co do których konieczny jest udział podmiotu trzeciego, a z drugiej strony zarzuca Przystępującemu, iż okoliczności samodzielnej realizacji zamówienia nie uwzględnił w ramach kalkulacji ceny oferty. Idąc tym tokiem rozumowania podobny zarzut należałoby postawić Odwołującego, który kalkulując cenę oferty przewidział udział w realizacji zamówienia podmiotu trzeciego (Thales Polska – pismo z dnia 6 marca 2018 r.) nie otrzymawszy od tego podmiotu żadnej oferty (pismo z dnia 15 lutego z dnia 2018 r.). Pismo Przystępującego z dnia 5 marca 2018 r. stanowi jego odpowiedź na pismo Zamawiającego z dnia 28 lutego 2018 r. i w tym kontekście należy je interpretować. Ponadto, uzasadniając postawiony zarzut Odwołujący dokonuje nieuprawnionej nadinterpretacji treści ww. pisma Przystępującego stwierdzając, iż Przystępujący już na etapie postępowania przewiduje możliwość przekroczenia budżetu Zamawiającego. Staranna lektura ww. pisma prowadzi do innego wniosku, albowiem fragment dotyczący przekroczenia budżetu odnosił się do twierdzeń Thales Polska zawartych w piśmie z dnia 15 lutego 2018 r. dotyczących formuły „projektuj i buduj”. Istota odpowiedzi Przystępującego udzielonej na wezwanie Zamawiającego z dnia 28 lutego 2018 r. sprowadza się do zacytowanego powyżej fragmentu, z której nie należy wyciągać wniosku, iż dokonując kalkulacji ceny oferty Przystępujący nie uwzględnił różnych wariantów możliwości realizacji zamówienia.

Dodatkowo, w odniesieniu do zarzutu zawartego w pkt 7.8 należy wskazać, iż jak wynika z przepisów ustawy Pzp odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie jest możliwe bez wcześniejszego wezwania wykonawcy przez zamawiającego do złożenia

wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny. Natomiast odnosząc się zarzutu zawartego w pkt 7.9 wymaga zauważenia, iż jak wskazuje się w orzecznictwie i doktrynie „Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce wtedy, kiedy treść oferty (jej zawartość merytoryczna) nie odpowiada wymaganiom zamawiającego określonym w SIWZ w odniesieniu do przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji. Innymi słowy: niezgodność treści oferty z treścią SIWZ polega na materialnej niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, zaoferowania którego oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ.” (M. Jaworska (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2018). Tymczasem Odwołujący zarzut niezgodności treści oferty Przystępującego z SIWZ (pkt 7.9) wywodzi z okoliczności dotyczących kalkulacji ceny.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, iż zarzuty zawarte w pkt 7.7 – 7.9 nie potwierdziły się.

#### IV. Zarzuty wskazane w odwołaniu w pkt 7.10 – 7.11

W konsekwencji uznania za niezasadne zarzutów zawartych w pkt 7.1 – 7.9 nie podlegały uwzględnieniu zarzuty wskazane w pkt 7.10 – 7.11, tj. dotyczące naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp (pkt 7.10) oraz naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp (pkt 7.11).

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238, ze zm.), stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

