Sygn. akt: KIO 1758/16

WYROK
z dnia 5 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata
Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska
Anna Packo

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 października 2016 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 września 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Siemens Sp. z o.o., (2) Kolejowe Zakłady Automatyki S.A. (3) Rail-Mil Computers Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul.** Żupnicza **11, 03-821 Warszawa,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Thales Polska Sp. z o.o., (2) DP System Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. gen. Józefa Zajączka 9, 01-518 Warszawa** - zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Siemens Sp. z o.o., (2) Kolejowe Zakłady Automatyki S.A. (3) Rail-Mil Computers Sp. z o.o.** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Siemens Sp. z o.o., (2)**

Kolejowe Zakłady Automatyki S.A. (3) Rail-Mil Computers Sp. z o.o., tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Siemens Sp. z o.o., (2) Kolejowe Zakłady Automatyki S.A. (3) Rail-Mil Computers Sp. z o.o.** na rzecz **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.,** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie.**

Przewodniczący: ……

Członkowie: ……

……

Sygn. akt: KIO 1758/16

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest

„Prace na linii kolejowej nr 7 Warszawa Wschodnia Osobowa - Dorohusk na odcinku Warszawa - Otwock - Dęblin - Lublin, odcinek Otwock - Lublin w km 26,050-175,850".

Dnia 19 września 2016 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: (1) Siemens Sp. z o.o., (2) Kolejowe Zakłady Automatyki S.A. (3) Rail-Mil Computers Sp. z o.o., (dalej „Odwołujący") wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności podjętych przez zamawiającego, a polegających na sporządzeniu s.i.w.z. w sposób niezgodny z ustawą Pzp, w szczególności opisie przedmiotu zamówienia w sposób w sposób niejednoznaczny i utrudniający uczciwą, konkurencję niezgodny z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie: art. 29 ust. 1 i 2, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 387 K.C., art 353 (1) KC i art. 5 KC w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 ustawy Pzp, w sposób określony w treści odwołania.

Z uwagi na powyższe, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób szczegółowo wskazany w uzasadnieniu odwołania.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że przysługuje mu prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, jako że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż jest jednym z wykonawców, którzy zostali zaproszeni do składania ofert na cześć D i mogących zrealizować zamówienie, będące przedmiotem prowadzonego przez zamawiającego postępowania. Sformułowanie w sposób wadliwy, niezgodny z przepisami ustawy Pzp treści s.i.w.z., w szczególności w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, uniemożliwiają odwołującemu złożenie rzetelnie skalkulowanej i ważnej oferty. Natomiast brak możliwości wzięcia udziału w postępowaniu naraża go na wymierną szkodę polegającą na utracie szans biznesowych.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, wartość szacunkowa kwoty określone której zamówienia przekracza w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Odwołujący podniósł, co następuje.

Zarzut IA - odwołujący podniósł, iż postanowienia s.i.w.z. w zakresie terminu realizacji zabudowy i oddania do eksploatacji systemu ETCS nie są precyzyjne. Postanowienia przewidujące 11 miesięczny termin realizacji systemu ETS w Części D, licząc od dnia zakończenia etapów A1, A3 i A5 są niezgodne z ogłoszeniem, które zostało zmienione na skutek orzeczenia KIO z dnia 17 marca 2016 (sygn. akt KIO 290/16), nakazującego zamawiającemu ustalenie w ogłoszeniu o zamówieniu co najmniej 13 miesięcznego terminu realizacji systemu ETCS w Części D od zakończenia realizacji zamówień częściowych A-C Zamawiający zmienił ogłoszenie w pkt. VI. 3 Informacje dodatkowe pkt. VIII zgodnie z w.w. wyrokiem KIO. W związku z powyższym, wskazane postanowienia s.i.w.z. są niezgodne z ogłoszeniem, co narusza art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Ogłoszenie, jest dokumentem na podstawie, którego wykonawcy wstępnie decydują, czy realizacja danego zamówienia znajduje się w zasięgu ich możliwości. S.I.W.Z. powinien zatem odzwierciedlać warunki realizacji zamówienia określone w ogłoszeniu. Te dwa dokumenty powinny być spójne. Tezę te potwierdza to również art. 38 4b., zgodnie z którym niedopuszczalne jest dokonywanie zmian w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym i negocjacjach z ogłoszeniem, które prowadzą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu.

Powyższe narusza również art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, ponieważ w tym momencie opis przedmiotu zamówienia jest niespójny, nieprecyzyjny i wprowadza w błąd. Nie jest możliwe przygotowanie rzetelnej oferty ponieważ postanowienia s.i.w.z. są nieprecyzyjne.

Z uwagi na powyższe odwołujący wniósł o doprecyzowanie/zmianę wszystkich zapisów dotyczących terminu realizacji części D w zakresie systemu ERTMS/ETCS i wskazanie, że termin ten wynosi 13 miesięcy od daty uzyskania pozwolenia na użytkowanie ostatniego z zakończonych zamówień częściowych A, B, C, zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu oaz orzeczeniem KIO z dnia 17 marca 2016 (sygn. akt KIO 290/16).

Zamawiający, odnosząc się do przedmiotowego zarzutu oświadczył, iż w dniu 30 września 2016 r. dokonał modyfikacji zapisu w dokumencie Warunki Umowy Subklauzula 8.13. poprzez nadanie brzmienia: *„Etap D11 - 13 miesięcy od zakończenia Etapu A1, A3, A5*

zabudowa i oddanie do eksploatacji systemu ETCS.”. W ocenie zamawiającego dokonana modyfikacja czyni zarzut nieaktualnym, w związku z czym nie powinien stanowić on przedmiotu rozważania Izby.

Zarzut IB – wycofany przez odwołującego.

Zarzut IC - odwołujący podniósł, że wykonanie etapu ETCS w czasie 13 miesięcy może zacząć biec od momentu przekazania przez zamawiającego wszystkich elementów niezbędnych i koniecznych do zaprojektowania systemu ERTMS/ETCS Poziom 2. Bez przedmiotowych informacji i dokumentów nie jest bowiem możliwe wykonanie zadania.

Odwołujący wskazał, że brak jednoznacznych postanowień w treści s.i.w.z., w tym zakresie powoduje, że opis przedmiotu zamówienia jest nieprecyzyjny i uniemożliwia prawidłowe, rzetelne przygotowanie ofert z uwzględnieniem wszelkich ryzyk związanych z realizacją zamówienia. Powoduje to w konsekwencji, że oferty złożone przez wykonawców mogą być nieporównywalne. Należy zatem przyjąć, że takie postanowienia naruszają art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. W związku z powyższym odwołujący wniósł o doprecyzowanie postanowień s.i.w.z. w tym zakresie oraz wskazanie, że na dzień zakończenia realizacji zamówień częściowych A-C (od którego biegnie 13 miesięczny termin na realizację zabudowy ETCS na poziomie 2) zamawiający przekaże wykonawcy powyżej wskazane dokumenty, niezbędne do rozpoczęcia realizacji zadania D.

Zamawiający, odnosząc się do tego zarzutu podniósł, iż nie zgadza się z wnioskiem odwołującego dotyczącym zapewnienia dokumentacji przed rozpoczęciem zadania D w zakresie opisanym punkcie I. lit. C oraz, że termin 13 m-cy może zacząć biec od momentu jej przekazana. Projekt zadania inwestycyjnego został przygotowany do realizacji jako projekt, który będzie realizowany w formule *„projektuj i buduj".* Rozwiązanie takie gwarantuje wykonawcy dużą elastyczność i swobodę w realizacji takiego zadania. To wykonawca jest odpowiedzialny za właściwą organizację pracy oraz za skompletowanie wymaganych danych niezbędnych do projektowania tzw. *„engineering data".* Dane te mogą zostać przekazane wybranemu wykonawcy dopiero po podpisaniu umowy i na jego pisemny wniosek zgodnie z przewidzianą w kontrakcie procedurą i w przewidzianych terminach. System ETCS poziom 2, jako system komputerowy wymaga implementacji elementów w torze (tzw. Hardware) oraz implementacji właściwego dla danej linii oprogramowania (software). Implementacja ww. części składowych systemu powinna opierać się na wskazanej przez odwołującego dokumentacji, niemiej jednak odbywa się na różnych etapach oddalonych w czasie. Koncepcja oraz projekt zabudowy elementów systemu (hardware) powinny zostać opracowane na podstawie aktualnych map geodezyjnych do celów projektowania oraz aktualnych planów schematycznych urządzeń sterowania ruchem kolejowym (srk).

W tym przypadku zamawiający zgodził się z odwołującym, że dokumenty takie jak: mapy powykonawcze do celów projektowych zatwierdzone przez KODIK dotyczące zamówień

Części: A, B, C, E, F, G, H, oraz dokumentacje powykonawcze branżowe, w tym w szczególności branży srk, energetyki trakcyjnej, branży torowej, mogą zostać przekazane przez zamawiającego na pisemny wniosek, już po rozpoczęciu zadania zabudowy systemu ETCS poziom 2, który może być złożony przez wykonawcę już pierwszego dnia realizacji zamówienia.

Zamawiający nie zgodził się z odwołującym w kwestii udostępnienia przed rozpoczęciem zadania następującej dokumentacji: profile prędkości, pochylenie linii, promienie łuków,

sekcje jazdy bezprądowej, klasy pojazdów, których eksploatacja jest przewiedziana na przedmiotowej linii, ponieważ informacje zawarte w powyższej dokumentacji wymagają ich zaprogramowania w systemie, co odbywa się na późniejszym etapie realizacji, w związku z powyższym nie są niezbędne do rozpoczęcia zadania. Za niezasadnością zarzutu przemawia również okoliczność, że udostępnienie infrastruktury GSM-R jest niezbędne do przeprowadzenia testów systemu oraz jego uruchomienia, a więc na etapie końcowym zabudowy systemu ETCS poziom 2. Termin wymaganej dostępności systemu GSM-R powinien zostać określony przez wykonawcę w harmonogramie realizacji inwestycji, opracowanym na etapie opracowania koncepcji zabudowy systemu.

Zgodnie z zapisami ustawy o transporcie kolejowym wykonawca może złożyć wniosek do Prezesa UTK o wydanie zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji podsystemu strukturalnego, gdzie również są zdefiniowane terminy, w jakich jest wydawane zezwolenie od dnia złożenia wniosku. Celem zamawiającego jest uzyskanie w pełni działającego systemu, który może być eksploatowany i w tym celu niezbędne jest uzyskanie wszelkich wymaganych przepisami prawa certyfikatów i dopuszczeń. Bez przedmiotowych dopuszczeń nie jest możliwe użytkowanie systemu ERTMS/ETCS, dlatego projekt musi się kończyć uzyskaniem zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji, bo tylko wtedy osiągnięte zostaną rezultaty projektu. Ponadto zamawiający wskazał, że odwołujący w sposób nieprecyzyjny opisuje swoje żądania w zakresie zmian do s.i.w.z. (bez propozycji zapisów, których wniesienia do s.i.w.z. żąda odwołujący), w związku z tym bardziej szczegółowa polemika, co do zasadności podnoszonych wniosków nie jest możliwa.

Zarzut II – odwołujący podniósł, iż w przeciwieństwie do innych elementów zamówienia opisanych przez zamawiającego w s.i.w.z. w sposób mało szczegółowy np. Harmonogram Zamawiającego HRZZ, opisu zakładanej technologii wykonywania robót w częściach A, B, C, oraz innych mających istotny wpływ na cenę oraz możliwość przygotowania oferty w sposób rzetelny, wymagania zamawiającego co do sposobu oraz stopnia szczegółowości rozbicia ceny ofertowej w zadaniu D są nieadekwatne do opisu przedmiotu zamówienia oraz możliwości przygotowania rzetelnej oferty, ponieważ nie mamy szczegółowych danych, które umożliwiają przygotowanie tak szczegółowego Przedmiaru Robót czy Załącznika Cenowego. W związku z powyższym odwołujący żądał doprecyzowania treści s.i.w.z. i przekazania

przez zamawiającego wykonawcom zadania częściowego D (na etapie obecnego postępowania) informacji o zakładanych i/lub planowanych szczegółowych harmonogramach realizacji zadań A, B, C jak również informacji na temat technologii wykonania zadań A, B, C o stopniu szczegółowości odpowiednim dla wypełnienia RCO zadania częściowego D, co umożliwi przegotowania oferty cenowej w sposób rzetelny. Jednocześnie odwołujący wniósł o wydłużenie czasu niezbędnego na przygotowanie oferty o 4 tygodnie od daty przekazania ww. materiałów w celu rzetelne analizy przekazanych danych i przygotowanie załącznika cenowego, zgodnie z art. 38 ust. 6 ustawy Pzp. Ewentualnie, jeżeli zamawiający nie udostępni powyższych danych, odwołujący wniósł, aby zamawiający odstąpił od wymogu przedstawiania szczegółowej wyceny ofertowej na bazie obecnych RCO oraz cen jednostkowych, a jedynie wymagał podania wyceny w oparciu o scalone elementy cenowe np. na bazie obecnego Zestawienia Zbiorczego RCO zbiorcze Otwock-Lublin.

Zamawiający oświadczył, iż dokumentacja przetargowa zamówienia A, B i C zostanie przesłana do oferentów zamówienia D oraz że wydłużył termin składania ofert.

Zarzut III – odwołujący podniósł, iż co do zasady zgadza się z intencją zamawiającego. Realizacja projektu wymaga rozpoczęcie produkcji niektórych elementów niezwłocznie po podpisaniu umowy przez strony. Jednak należy podkreślić, że niektóre materiały wymagają zdefiniowania na etapie projektów wykonawczych, które są również przedmiotem niniejszego postępowania tj. Zadania częściowego D. Wykonawcy mogą ponieść ryzyko wyprodukowania kluczowych komponentów oferowanych systemów, jednak istnieje ryzyko, że kompletacja ww. systemów (np. kontenery systemów sygnalizacji przejazdowej, wariantów napędów zwrotnicowych) będzie możliwa dopiero po wykonaniu projektów wykonawczych. Wyprodukowanie ww. istotnych elementów spełni cel jaki zamawiający zamierzał osiągnąć. Ponadto ilość materiałów , które wykonawca musi wyprodukować na magazyn w ciągu 8-9 miesięcy zgodnie z wymaganiami zamawiającego, jest znaczna. W ocenie odwołującego, obligatoryjny okres 8 miesięcy jest zbyt krótki. Ważne jest, aby wykonawca dysponował kompletem materiałów na dzień wymaganej zabudowy. Taki wymóg w ogóle nie jest uzasadniony potrzebami zamawiającego na tym etapie realizacji

zamówienia. W obecnym kształcie zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia wiążą ww. zakupy materiałów z kamieniami milowymi, a tym samym z karami za nieosiągnięcie ww. kamieni milowych w wymaganym terminie. Powyższe nastąpi nawet wtedy, gdy dany element nie jest niezbędny na danym etapie budowy. Dlatego też, opis przedmiotu zamówienia w tym zakresie w ogóle nie jest nie jest uzasadniony potrzebami zamawiającego. Dodatkowo przewidzenie kar umownych za opóźnienia w realizacji przedmiotowych dostaw, które w istocie mogą być wykonane dopiero po sporządzeniu projektów wykonawczych, należy uznać, za przekroczenie zasady swobody umów.

Niezależnie od kary za niedotrzymanie terminu realizacji kamienia milowego wykonawca ponosił będzie koszty składowania i właściwego zabezpieczenia ww. materiałów, co ma również pływ na wycenę oferty. W związku z powyższym zasadne jest by zamawiający zmienił formułę dotyczącą powiązania kamieni milowych z dostawami materiałów na magazyn oraz wydłużył czas na wyprodukowanie materiałów w wymienionych w załączniku 2A do oferty. Z uwagi na powyższe odwołujący wniósł, by wykonawcy w swoich ofertach zadeklarowali w stosunku do materiałów wymienionych w załączniku 2A oferty, ilości oraz terminy dostaw. Ponadto wniósł o odstąpienie przez zamawiającego od powiązania ww. dostaw materiałów z kamieniami milowymi/etapami wskazanymi przez zamawiającego.

Zamawiający, wskazał, iż zarzuty odwołującego są niezasadne, świadczą o niezrozumieniu zapisów dokumentacji przetargowej. Zamawiający podkreślił, iż rolą Harmonogramu Realizacji jest Zadania Zamawiającego (HRZZ) przedstawienie maksymalnych i oraz wykonania Etapów maksymalnych minimalnych terminów i minimalnych terminów realizacji Celem - Umowy. w powstałego następstwie Harmonogramu Realizacji Zadania Wykonawcy (HRZW) - jest określenie deklarowanych przez wykonawcę czasów trwania Etapów i zadeklarowania terminu realizacji zadania. Proces ten tak jak wskazuje zapis pkt 18.9.2.4 Instrukcji dla Wykonawców pozwoli zobrazować wprowadzone zmiany w datach realizacji Etapów oraz czasie trwania, jak również poprawność modyfikacji HRZZ oraz wprowadzonych zmian. Na gruncie ukształtowanego stanowiska doktryny oraz orzecznictwa został wypracowany pogląd, że uprawnieniem zamawiającego jest określenie w s.i.w.z. takiego sposobu i zakresu zamówienia, które odpowiada jego potrzebom. Okoliczność, iż w ocenie odwołującego ww. wymóg wydaje się być bezcelowy nie przesądza o tym, że zamawiający naruszył dyspozycję ww. przepisów.

Zarzut IV – Odwołujący wskazał na naruszenie art. 29 ust. 1 i 2, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez opis przedmiotu zamówienia nieuzasadniony potrzebami zamawiającego oraz ograniczenie konkurencji i żądanie by oferenci zastosowali systemy i urządzenia, które na dzień składania ofert będą posiadały bezterminowe świadectwa typu Urzędu Transportu kolejowego, mimo iż taki wymóg nie jest uzasadniony przedmiotem zamówienia. W ocenie odwołującego jest oczywistym, że wymóg stosowania na etapie oferty i/lub projektowania i/lub budowy wyłącznie systemów posiadających bezterminowe świadectwa typu jest nieuzasadniony, *de facto* godzi w interes projektu, ogranicza możliwość zastosowania rozwiązań nowoczesnych, konkurencyjnych, innowacyjnych i ogranicza konkurencję.

Wobec powyższego oraz mając na uwadze fakt, że w zadaniu częściowym D, wszystkie strony postępowania są podmiotami profesjonalnymi, odwołujący wniósł o zmianę wszystkich zapisów s.i.w.z. dotyczących wymogu stosowania rozwiązań posiadających wyłącznie bezterminowe świadectwa typu już na etapie oferty lub zabudowy poprzez zmianę zapisów

s.i.w.z. oraz umożliwienie zabudowania systemów i urządzeń sterowania ruchem kolejowym, które na dzień odbioru końcowego będą posiadały bezterminowe świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu wydawane przez Prezesa UTK.

Zamawiający wskazał, czego oczekuje w procesie modernizacji. Zamawiający spodziewa się, że wykonawca jest technicznie i organizacyjnie przygotowany do realizacji zamówienia. Przygotowanie techniczne oznacza posiadanie przez wykonawcę w swojej ofercie systemów sterowania ruchem pociągów, dedykowanych dla poszczególnych warstw, które potrafią ze sobą współpracować (są ze sobą kompatybilne). Zgodnie z warunkami zamówienia na wykonanie całego zamówienia D przewidziano 43 m-ce. Przyjęta organizacja prowadzenia

robót zakłada, że poszczególne odcinki realizowane w ramach zamówień A-C będą wykonywane przy całodobowym zamknięciu dla ruchu pociągów. Po zakończeniu robót ruch zostanie wznowiony. Zatem równocześnie z wznowieniem ruchu zostanie rozpoczęta eksploatacja zabudowanych urządzeń i systemów srk. Mając powyższe na uwadze zamawiający zawarł w s.i.w.z. wymóg stosowania urządzeń posiadających bezterminowe świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu wydawanego przez UTK. Wynika on bezpośrednio z art. 22f u.t.k. Ponadto zamawiający oświadczył, że nie dopuszcza procesu „certyfikacji świadectwowej", w tym prowadzenia prób eksploatacyjnych dla nowotworzonych systemów sterowania ruchem pociągów, na linii kolejowej nr 7. Takie próby powinny być prowadzone na innych zasadach określonych w art. 22 f ust. 3-7 u.t.k. Jednocześnie zamawiający podniósł, że wbrew twierdzeniom odwołującego zapisy w s.i.w.z. są ze sobą spójne, ale zastosowane w różnych miejscach dokumentacji przetargowej mają różny charakter. Zamawiający wiedząc, że nie wszyscy potencjalni wykonawcy posiadają wszystkie systemy niezbędne do realizacji zamówienia, dopuścił sytuację, w której dla powiązania systemów (wykonania interfejsu) zachodzi konieczność dostosowania/ modyfikacji zastosowanego systemu srk warstwy podstawowej do współpracy z systemem ETCS poziom 2. W takim przypadku wymaga się przeprowadzenia niezbędnych czynności dostarczenia w przewidzianym terminie (do dnia Przejęcia Robót) świadectwa dopuszczenia do eksploatacji wydanego przez Prezesa UTK.

Zarzut V – Zarzut wycofany przez odwołującego.

Zarzut VI - Odwołujący wskazał na naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i utrudniający uczciwą konkurencję. Zdaniem odwołującego, zamawiający oczekuje od wykonawców, aby na etapie złożenia oferty podane zostały szczegółowe harmonogramy realizacji. Wymagania zamawiającego, co do sposobu oraz stopnia szczegółowości przedstawiania Harmonogramu Realizacji Zadania Wykonawcy HRZW są nieadekwatne do opisu przedmiotu zamówienia oraz możliwości przygotowania rzetelnego, realnego harmonogramu.

Zdaniem odwołującego, istotny wpływ na możliwość opracowania realnego rzetelnego harmonogramu zadania częściowego D ma fakt realnej możliwości koordynowania prac z wykonawcami zadań A, B, C. Dokumentacja przetargu nie definiuje odpowiedzialności zamawiającego w tym zakresie. Wykonawcę zadania D nie łączy z innymi wykonawcami, żaden realny stosunek zobowiązaniowy, prawny umożliwiający w wymaganych przez wykonawcę części D zapewnienia dostępu do placu budowy zadań A, B, C. Na obecnym etapie postępowania nie są nam znane również okoliczności, które dawałyby Inżynierowi kontraktu możliwość wymuszenia na wykonawcach zadań A, B, C udostępnienia wykonawcy zadania D frontu robót zgodnego z zakładanym, planowanym przez wykonawcę części D harmonogramem realizacji zdania. Powyższe może uniemożliwiać terminową realizację zadań w części D oraz w konsekwencji narazić wykonawcę zadania D na kary umowne z tytułu niezrealizowanych kamieni milowych lub nawet na ryzyko odsunięcia od realizacji kontraktu, w tym przypadku niewynikające z przyczyn leżących po stronie wykonawcy zadania D.

W związku z powyższym odwołujący żąda, aby zamawiający przekazał wykonawcy zadania częściowego D (na etapie obecnego postępowania) zakładane i/lub planowane szczegółowe harmonogramy realizacji zadań A, B, C jak również technologię wykonania zadań A, B, C, co jest niezbędne do opracowania harmonogramu realizacji zadania D. W związku z powyższym odwołujący wniósł również o wydłużenie czasu niezbędnego na przygotowanie oferty o 4 tygodnie od daty przekazania ww. materiałów, zgodnie z art. 38 ust. 6 ustawy Pzp. Jeżeli zamawiający nie dostarczy wykonawcom informacji niezbędnych do sporządzenia Harmonogramu Realizacji Zadania odwołujący wniósł o usunięcie z treści s.i.w.z. obowiązku przedstawiania HRZW w formie szczegółowej ze względu na brak materiałów odniesienia dotyczących kontraktu A, B, C, co uniemożliwia sporządzenie Harmonogramu dla części D w sposób wymagany przez zamawiającego. Na podstawie obecnie dostępnych danych można przygotować harmonogram dotyczący kwartalnych nie zaś miesięcznych okresów realizacji prac.

Zamawiający odpowiadając na ww. zarzut podniósł, iż dokumentacja przetargowa zamówienia A, B i C zostanie przesłana do oferentów zamówienia D. Żądanie odwołującego o przedłużenie terminu na składanie oferty o 4 tygodnie zostało zaspokojone zmianą nr 1 do

ogłoszenia.

Zarzut VII – Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez niedoprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia i nieprzekazanie informacji o zabudowie warstwy podstawowej systemu ETCS, co ma wpływ na rzetelną ocenę ofert oraz naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Odwołujący podniósł, iż w ramach przedmiotowego projektu na linii nr 7 zamawiający z pewnością oczekuje implementacji interfejsów w oparciu o wypracowane standardy techniczno-funkcjonalne stanowiące

doświadczenie, na które zamawiający powołuje się w niniejszej specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ze względu na realizację ww. projektów przez firmy z Grupy Bombardier oraz Thales, oczywistym jest przewaga konkurencyjna ww. podmiotów. Ponieważ jednak właścicielem szczegółowych rozwiązań technicznych w zakresie interfejsów jest zamawiający, odwołujący oczekuje traktowania na równych, konkurencyjnych zasadach. Zamawiający sam wskazuje, że Wykonawca przy opracowywaniu właściwych dokumentów cyt *„uwzględni doświadczenia oraz treść analogicznych dokumentów”.* Ponieważ zgodnie z wymogami s.i.w.z., interfejsy na etapie projektowym wymagają uzgodnienia z Inżynierem oraz z zamawiającym oczywistym jest, w naszej ocenie, że zamawiający powinien udostępnić wszelkie posiadane dokumenty w tym zakresie. Wykonawca natomiast zobowiązany jest uwzględnić standardy będące własnością PLK w przygotowywanej koncepcji, ofercie oraz w trakcie realizacji. W przeciwnym wypadku wykonawca, który nie jest uprzywilejowany, ponieważ nie posiada doświadczenia w realizacji dla zamawiającego projektów ERTMS/ETCS Poziom 2 w Polsce, nie będzie mógł z oczywistych względów przygotować konkurencyjnej oraz rzetelnej oferty. Na obecnym etapie postępowania zamawiający poprzez nieujawnienie dokumentacji interfejsów z dniem zaproszenia wnioskodawców do drugiego etapu postępowania, zbudował przewagę konkurencyjną po stronie niektórych podmiotów.

W związku z powyższym odwołujący wniósł również o przesunięcie terminu składania ofert o 4 tygodnie od daty przekazania kompletnej dokumentacji interfejsu pomiędzy system ERTMS/ETCS Poziom 2 zgodnie z protokołem Euroradio+/Subset098 w powiązaniu z systemami warstwy podstawowej opracowanej (w tym do systemów stacyjnych, blokad liniowych, systemów sygnalizacji przejazdowej , systemów DSAT) w ramach zamówienia pn. „Zaprojektowanie i zabudowa interfejsu oraz adaptacja urządzeń sterowania ruchem kolejowym produkcji Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Sp. z o.o. zainstalowanych na odcinku linii E30 Legnica - Wrocław - Opole do współpracy z urządzeniami ERTMS/ETCS poziom 2, przy wykorzystaniu protokołu Euroradio+/Subset098 w ramach projektu POIiŚ 7.1-14 „Modernizacja linii kolejowej E30, Etap II Wdrożenie ERTMS/ETCS i ERTMS/GSM-R w Polsce na odcinku Legnica - Wrocław - Opole". Oznaczenie sprawy 9090/IRZR/ 000098/13/P, oraz przekazania kompletnej dokumentacji interfejsu pomiędzy system ERTMS/ETCS Poziom 2 a ERTMS/GSM-R zaimplementowanego w ramach ww. projektów na odcinkach linii E30 pomiędzy Opolem a Węglińcem. Wymogi te ograniczają konkurencję, ponieważ pełną wiedzę na temat istniejących systemów mają dotychczasowi wykonawcy systemów u zamawiającego.

Z uwagi na powyższe odwołujący wniósł o udostępnienie przez zamawiającego dokumentacji szczegółowych rozwiązań projektowych interfejsu pomiędzy system ERTMS/ETCS Poziom 2 zgodnie z protokołem Euroradio+/Subset098 w powiązaniu

z systemami warstwy podstawowej, która to dokumentacja zgodnie z wiedzą odwołującego stanowi własność PKP PLK S.A., oraz poziom technicznej szczegółowości ww. dokumentacji powinien umożliwiać cyt „poprawną i jednoznaczną interpretację informacji wysyłanych przez warstwy aplikacji urządzeń srk i RBC”.

Zamawiający odnosząc się do przedmiotowego zarzutu wskazał, że podzieli się swoimi doświadczeniami z wdrażania z systemu ETCS z wykonawcą, z którym zostanie zawarta umowa na wykonanie przedmiotowego zadania.

Zamawiający podkreślił, że zamówienie jest realizowane w formule „projektuj i buduj". Zamawiający oczekuje zatem, że wykonawca zaprojektuje i zabuduje system w oparciu o wymagania programu funkcjonalno-użytkowego. Zamawiający zakłada zatem, że wykonawca chcący zrealizować niniejsze zadanie zaoferuje system zgodny z wymaganiami

określonymi w programie funkcjonalno-użytkowym, natomiast szczegółowe rozwiązania techniczne np. interfejsów pomiędzy urządzeniami (należy podkreślić, że tego samego wykonawcy) leżą po stronie wykonawcy.

Zarzuty VIII i IX – odwołujący podtrzymał zarzuty pomimo zmodyfikowania przez zamawiającego specyfikacji istotnych warunków zamówienia zgodnie z żądaniem odwołującego.

Izba zważyła, co następuje.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż sporządzanie opisu przedmiotu zamówienia należy do wyłącznych uprawnień oraz obowiązków zamawiającego i jest jedną z najważniejszych czynności związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ wskazuje na rzeczywiste potrzeby zamawiającego. Zamawiający jest gospodarzem postępowania i ma prawo, wyznaczając cel, jaki zamierza zrealizować, tak określić przedmiot zamówienia, aby móc go opisać adekwatnie do wyznaczonego celu, zachowując jednocześnie obiektywizm w formułowaniu opisu swoich potrzeb. Podkreślić należy, iż przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego, co oznacza, że we wstępnym etapie postępowania zamawiający dokonał weryfikacji wykonawców, tzw. prekwalifikacji, co oznacza, iż wykonawcy zaproszeni do złożenia oferty, którym została przekazana specyfikacja istotnych warunków zamówienia to wykonawcy profesjonalni, posiadający najwyższy zakładany przez zamawiającego potencjał oraz legitymujący się stosowną wiedzą i doświadczeniem. Powyższe oznacza, że odwołujący, jako wykonawca kompleksowy ma świadomość, jaki cel i w jakim zakresie

zamawiający oczekuje realizacji przedmiotu zamówienia. Faktem jest, że zdarzają się przypadki, w których zamawiający w sposób bardzo charakterystyczny, wręcz można powiedzieć specyficzny, opisuje sposób realizacji zamówienia, jednakże jeżeli faktyczna potrzeba zamawiającego tego wymaga, to dopuszczalny jest taki opis, który zawiera w sobie elementy niestandardowe, można wręcz powiedzieć innowacyjne.

W przedmiotowym postępowaniu, zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na cztery części: A, B, C i D. Odwołujący kwestionuje postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie części D zamówienia.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne. Izba w całości podziela stanowisko prezentowane przez zamawiającego oraz przystępującego.

W odniesieniu do zarzutów, które zostały przez odwołującego wycofane, oraz w odniesieniu do tych zarzutów, których zamawiający nie uwzględnił, ale jednocześnie dokonał modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia zgodnie z żądaniem odwołania, co potwierdził odwołujący na posiedzeniu, Izba pozostawiła te zarzuty bez rozpoznania, uznając i nie stanowią one przedmiotu sporu, albowiem zgodnie z przepisem art. 191 ust. 2 ustawy Pzp - wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

W ocenie Izby zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który umożliwi przygotowanie oferty przez wykonawców. Zamawiający podał zarówno zakres przedmiotu, jego ilość oraz opisał wymagania szczegółowe. Okoliczność, iż odwołującemu opis dokonany przez zamawiającego nie odpowiada powodować musi, co najwyżej, podjęcie decyzji, co do chęci złożenia oferty.

Zdaniem Izby, za zasadne należało przyjąć stanowisko, iż odwołujący wnosząc przedmiotowe odwołanie oraz stawiając w nim szereg zarzutów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, stara się wywołać sytuację, która wykreuje stan swobody w kreowaniu treści oferty, która jednakże nie odpowiada wymaganiom, jakie w przedmiotowym postępowaniu postawił zamawiający. Izba stwierdziła, że wymagania zamawiającego są wymaganiami standardowymi dla tego rodzaju zamówienia i nie wymagają, dla profesjonalnego podmiotu, zwiększenia kreatywności, czy też zapewnienia zwiększonego zaangażowania (ponad miarę), które nie jest możliwe do osiągnięcia przez zwykłe działanie wykonawcy zorientowanego na ten przedmiot zamówienia i działającego w tejże branży.

Izba, analizując zarzuty odwołującego i dokonując ich oceny, uwzględniła wszystkie istotne okoliczności, w tym powagę zarzucanych naruszeń przez zamawiającego przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych i stwierdziła, że zarzuty odwołującego są bezzasadne, w szczególności Izba wskazuje, że odwołujący nie wykazał, że naruszenia

przepisów ustawy Pzp, które zostały podniesione w treści odwołania wpływają, czy też mogą wpływać na możliwość złożenia oferty przez odwołującego.

Ponadto, Izba podniosła, co następuje:

Zarzut IA - zamawiający zmodyfikował skarżone postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w ten sposób, że dla etapu D11 wydłużył termin do 13 miesięcy od zakończenia etapu A1, A3, A5, co w ocenie konsumuje cały etap A. Zarzut odwołującego Izba uznała za bezzasadny.

Zarzut IB – wycofany przez odwołującego. Izba pozostawiła bez rozpoznania.

Zarzut IC – Izba wskazuje, że odwołujący nie doprecyzował, w jaki sposób zamawiający miałby dokonać modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, który to sposób deprecjonowałby złożenie oferty przez odwołującego. Bardzo lakoniczne i ogólnikowe postawienie żądania uniemożliwia bowiem zamawiającemu bezpośrednie odniesienie się do niego, a Izbie z kolei uniemożliwia ustalenie, czy zarzut odwołania jest zasadny i faktycznie narusza wskazywane przez odwołującego przepisy ustawy Pzp. Nadto wskazać należy, że zamawiający potwierdził, że dokumentacja w zakresie niezbędnych danych zostanie przekazana wykonawcy, wybranemu do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Zarzut II – W związku z oświadczeniem zamawiającego, wypełniającym żądanie odwołującego, iż żądana przez odwołującego dokumentacja postępowania zostanie przekazana odwołującemu, zarzut uznać należało za bezzasadny. Co do rozbicia ceny ofertowej Izba zwraca uwagę, że sposób regulowania płatności za roboty wykonane jaki przyjął zamawiający, co również ułatwi rozliczenie z wykonawcą tego zadania i narusza art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Izba zwraca również uwagę, że zamawiający wydłużył termin składania ofert.

Zarzut III – Zdaniem Izby, zamawiający nie określał, jakie urządzenia mają być dostarczone w ramach 30% w terminie 8 miesięcy, dlatego też to po stronie wykonawcy pozostaje kwestia, jakie urządzenia będą przedmiotem żądanej przez zamawiającego dostawy (30%). Wymóg powyższy jest równy dla wszystkich uczestników przedmiotowego postępowania, dlatego też Izba nie stwierdziła zasadności zarzutów odwołania w tym zakresie.

Zarzut IV – W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej wymóg zamawiającego nie ogranicza konkurencji, nie stanowi również naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, albowiem w sposób jasny i precyzyjny definiuje potrzeby zamawiającego, w sposób równy i niedyskryminujący dla każdego wykonawcy. W ocenie Izby, zamawiający już na etapie składania ofert musi mieć pewność, że wykonawca składający ofertę będzie posiadał stosowne bezterminowe świadectwa dla rozwiązań oferowanych przez siebie, co z kolei nie wyklucza, iż na późniejszym etapie, w przypadku oferowania nowych rozwiązań, wykonawca

będzie mógł przedstawić je i przedstawić również nowe świadectwa. Zamawiający powyższą kwestię przewidział w subklauzuli 4.1.

Zarzut V - Wycofany przez odwołującego. Izba pozostawiła bez rozpoznania.

Zarzut VI – W związku z oświadczeniem zamawiającego, wypełniającym żądanie odwołującego, iż żądana przez odwołującego dokumentacja postępowania zostanie przekazana odwołującemu, zarzut uznać należało za bezzasadny. Izba zwraca również uwagę, że zamawiający wydłużył termin składania ofert

Zarzut VII – Zdaniem Izby, wymóg, który zamawiający postawił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ma zakończyć się przedstawieniem koncepcji do akceptacji zamawiającego, dlatego też doświadczenie, które posiada dany wykonawca, w tym zdobyte również w innych krajach europejskich nie ogranicza konkurencji w ten sposób, który uniemożliwiałby przedstawienie oferty przez odwołującego. Opis dokonany przez zamawiającego nie narusza przepisu art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Zarzuty VIII i IX – Zamawiający zmodyfikował specyfikację istotnych warunków

zamówienia zgodnie z żądaniem odwołującego, wobec powyższego, w związku z tym, iż na dzień wyrokowania brak było przedmiotu sporu w powyższym zakresie, Izba pozostawiła te zarzuty bez rozpoznania.

Biorąc pod uwagę powyższe, mając na względzie przepis art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

15

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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), uwzględniając koszty poniesione przez zamawiającego związane z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Przewodniczący: ……

Członkowie: ……

……

16