Sygn. akt: KIO 836/11

WYROK
z dnia 6 maja 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 maja 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 kwietnia 2011 r. przez wykonawcę **Zakład Produkcyjno-Handlowo-Usługowy „ATE'' Sp. z o.o., Plac Dworcowy 4, 64-360 Zbąszyń,** reprezentowany przez r. pr. Tomasza Filipowskiego z kancelarii Siuda, Filipowski i Partnerzy, Sp. Adwokatów i Radców Prawnych, ul. Konopnickiej 6/3, 60-771 Poznań, w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, w imieniu której działa PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Oddział w Lublinie, 20-022 Lublin, ul. Okopowa 5,**

przy udziale wykonawcy **KZA Przedsiębiorstwo Automatyki i Komunikacji Spółka Akcyjna, 20-418 Lublin, ul. Pochyła 9,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyjaśnienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (odpowiedź nr 1) z dnia 14 kwietnia 2011 r.

2. Kosztami postępowania obciąża **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, w imieniu której działa PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Oddział w Lublinie, 20-022 Lublin, ul. Okopowa 5,**
i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Zakład Produkcyjno-Handlowo-Usługowy „ATE" Sp. z o.o., Plac Dworcowy 4, 64-360 Zbąszyń,** reprezentowany przez r. pr. Tomasza Filipowskiego z kancelarii Siuda, Filipowski i Partnerzy, Sp. Adwokatów i Radców Prawnych, ul. Konopnickiej 6/3, 60-771 Poznań, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, w imieniu której działa PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Oddział w Lublinie, 20-022 Lublin, ul. Okopowa 5** na rzecz **Zakładu Produkcyjno-Handlowo-Usługowego „ATE" Sp. z o.o., Plac Dworcowy 4, 64-360 Zbąszyń,** reprezentowanego przez r. pr. Tomasza Filipowskiego z kancelarii Siuda, Filipowski i Partnerzy, Sp. Adwokatów i Radców Prawnych, ul. Konopnickiej 6/3, 60-771 Poznań, kwotę **23 617 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i uiszczonej opłaty skarbowej.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759, z późn. 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:

……..

Sygn. akt: KIO 836/11

Uzasadnienie

Wykonawca - Zakład Produkcyjno-Handlowo-Usługowy „ATE” Sp. z o.o. z siedzibą w Zbąszyniu, zwany również odwołującym, wniósł odwołanie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, w imieniu której działa PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Oddział w Lublinie. Odwołujący zarzucił zamawiającemu dokonanie niezgodnej z prawem czynności - udzielenia odpowiedzi nr 1 (pismo z dnia 14 kwietnia 2011 r.) na pytanie dotyczące treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej w skrócie „siwz”. W ocenie odwołującego, odpowiedź zmienia w istocie warunki postępowania, treść siwz oraz stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji, gdyż ogranicza wykonawcy możliwość udziału w postępowaniu.
Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej w skrócie „ustawą”, posiada interes *prawny* w złożeniu odwołania, bowiem jako podmiot zajmujący się sprawami inwestycji kolejowych, zamierza złożyć ofertę, uczestniczy aktywnie w postępowaniu (np. przez zadawanie pytań) i opracowuje związaną z tym ofertę.
Zaskarżył opisaną czynność i zarzucił zamawiającemu przede wszystkim:

1) naruszenie przepisu art. 38 pkt 4 i 4a ustawy przez udzielenie odpowiedzi na pytanie, która to odpowiedź w sposób znaczny (z pominięciem przyjętego trybu) zmienia warunki siwz, w szczególności załącznika nr 25 do siwz, zawierającego szczegółowe wytyczne wykonania zamówienia, pkt 3.3 strona A18;
2) naruszenie przepisu art. 7 ustawy przez udzielenie odpowiedzi ograniczającej zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w szczególności przez wskazanie nowych wytycznych technologicznych, które spełnia ograniczona grupa wykonawców i wytyczne o tej treści i postawione w nich warunki nie są konieczne dla właściwego wykonania zamówienia. Ponadto wytyczne nie wynikają z pierwotnej treści siwz.

Wniósł o unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na udzieleniu odpowiedzi na pytanie nr 1, względnie również - nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności z uwzględnieniem zasad uczciwej konkurencji i zarzutów przedstawionych w odwołaniu.
Ponadto wniósł o:

1) przeprowadzenie dowodu z dokumentów załączonych do odwołania na okoliczności w nim powołane,

2) zasądzenie od zamawiającego na swoją rzecz zwrotu poniesionych kosztów związanych z wniesieniem odwołania, w tym kosztów zastępstwa prawnego w kwocie 3.600,00 złotych i kosztu opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w kwocie 34,00 złote (2* 17,00 zł).

W uzasadnieniu podał, że przedmiotem zamówienia jest opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie na jej podstawie robót budowlanych dla projektu: „Modernizacja przejazdów kolejowych w celu podniesienia bezpieczeństwa ruchu na skrzyżowaniach linii kolejowych z drogami publicznymi na terenie województwa lubelskiego w zakresie urządzeń zabezpieczenia przejazdów” (nr referencyjny: IROZAa-216RPO 5.4-09/11).
Ogłoszenie o zamówieniu – zamówienie sektorowe, roboty budowlane, zostało zamieszczone w Dz. Urz. UE w dniu 17 marca 2011 r. nr 2011/S 53-087247.

Podał, że w dniu 29 marca 2011 r. zadał pytanie dotyczące postanowień siwz o treści „Czy Zamawiający dopuszcza zastosowanie czujników dopuszczonych do stosowania na PKP nie powodujących zwarcia toków szynowych”. Zapytanie zostało skierowane w związku z treścią załącznika nr 25 do siwz, pkt 3.3. (str. A18), który dotyczy wymagań podsystemów i urządzeń oddziaływania oraz stanowi, iż: „Jako urządzenia oddziaływania mogą być stosowane dowolne elementy nie połączone galwanicznie z torem, lub z bardzo ograniczoną liczbą takich połączeń, ewentualnie inne urządzenia, nie wykluczając liczników osi, o dużym stopniu niezawodności gwarantujące pewne wykrywanie pojazdu szynowego i spełniające poniżej wymienione wymagania:
„fail-safe", przy czym jeżeli wymaganie to nie jest spełnione dopuszcza się stosowanie podwójnych urządzeń oddziaływania dla uzyskania wymaganego stopnia bezpieczeństwa,

rozpoznające kierunek ruchu pojazdu i ewentualnie jego prędkość (w celu ujednolicenia czasu ostrzegania), podatne na ciągłą kontrolę przez aparaturę sterująca, odporne na wstrząsy i wibracje powodowane przejeżdżającym taborem, przepięcia elektrotrakcyjne i atmosferyczne, prądy błądzące i trakcyjne, odporne na oddziaływanie osób postronnych (dewastacje i ich sygnalizacja) możliwe do zainstalowania w dowolnym miejscu toru (np. na łuku), nie oddziaływujące na inne urządzenia srk."

W odpowiedzi na udzielone pytanie zamawiający wskazał, iż „Zgodnie z siwz urządzenia oddziaływania (czujnik koła) muszą być wykonane w oparciu o licznik osi pojedynczo zliczający osie".
W ocenie odwołującego, zamawiający zawęził wytyczne opisane w siwz oraz wskazał, iż jako urządzenia oddziaływania dopuszcza wyłącznie liczniki osi, zmienił więc nie tylko treść siwz, ale również ograniczył możliwość zastosowania w projekcie innych urządzeń oddziaływania, a tym samym naruszył zasady uczciwej konkurencji.

Powołał się na art. 38 ustawy dotyczący możliwości zmiany treści siwz w uzasadnionych przypadkach. Dodał, że zamawiający zaniechał przekazania zmiany siwz, nie zawiadomił o zmianie, a jedynie upublicznił udzielone przez siebie odpowiedzi na zadane pytania.
Podniósł, że zgodnie z przyjętym orzecznictwem, w przypadkach, gdy wyjaśnienia nie wpływają na zmianę treści specyfikacji lub ogłoszenia, a tylko uszczegółowiają postanowienia, zamawiający może poprzestać na wyjaśnieniach i nie dokonywać modyfikacji specyfikacji czy nie publikować zmian w ogłoszeniu. Stwierdził, że co do zasady zamawiający nie musi za każdym razem podać, że w danym zakresie modyfikuje postanowienia specyfikacji, gdyż wykonawcy i zamawiający muszą się stosować do wyjaśnień. Jednak zastosowanie formuły dotyczącej modyfikacji specyfikacji w określonym fragmencie jest wskazane, bowiem rozwiewa jakiekolwiek wątpliwości i kieruje uwagę odbiorcy na modyfikowane postanowienia (wyrok KIO - 2010-06-02, KIO/UZP 917/10, LEX nr 590095). Uznał, że pominięcie procedury stanowi naruszenie prawa i jako takie nie powinno się ostać.
Podniósł, że wskazana zmiana jest istotna i ogranicza konkurencję, gdyż znacznie ogranicza możliwość stosowania w projekcie urządzeń oddziaływania. Dla wyjaśnienia istoty sprawy wskazał, iż urządzenia oddziaływania, to specjalne urządzenia instalowane m.in. przy przejazdach kolejowych, które mają sygnalizować obecność pociągu na przejeździe, względnie zbliżanie się pociągu do takiego przejazdu. Urządzenia te mają zapewnić bezpieczeństwo na przejeździe.
Podał, że obecnie w praktyce stosuje się, co najmniej trzy podstawowe rodzaje urządzeń oddziaływania:

1) typ pierwszy - tzw. obwody torowe, które są urządzeniami nieco przestarzałymi, połączonymi galwanicznie z torem i które mogą być zawodne w zmiennych warunkach atmosferycznych, nadto są podatne na zanieczyszczenia torów przy małym natężeniu ruchu, zasoleniu drogi (np. zimą na przejazdach) itp. specyfikacja w zasadzie eliminuje te urządzenia i nie dopuszcza ich do stosowania;
2) typ drugi - to tzw. pętle indukcyjne - sygnalizujące zbliżanie się pojazdu szynowego lub jego obecność na przejeździe. Urządzenia te sygnalizują obecność całego składu, wykorzystując zasadę indukcji (zmiany indukcyjności pętli). Działanie systemu oparte jest na zliczaniu pojazdów szynowych wjeżdżających i opuszczających przejazd;
3) typ trzeci - to tzw. liczniki osi, które działają nieco podobnie jak pętle indukcyjne, jednak ich pomiar sprowadza się do „policzenia" ilości osi pojazdów jakie wjeżdżają na, lub opuszczają przejazd. Ilość osi ustalona przy wjeździe pociągu na przejazd winna odpowiadać ilości osi na zjeździe z przejazdu.

Wskazał, że rozwiązania opisane w pkt 2 i 3 przyjmuje obecnie większość systemów

---

sterowania ruchem kolejowym, przy czym są to często systemy konkurencyjne.
W ocenie odwołującego, treść specyfikacji w sposób jednoznaczny wskazuje, iż przy modernizacji torów można zastosować oba wyżej wskazane rozwiązania zamiennie (opisane w pkt 2 i 3). Stwierdził, iż można nawet wywnioskować, iż zamawiający preferuje rozwiązanie

nr 2 (pętle indukcyjne), albowiem powołane opisy w siwz dopuszczają „ewentualnie inne urządzenia, nie wykluczając liczników osi". Przedstawiona interpretacja nie budziła, co do zasady, wątpliwości odwołującego, natomiast uznał, że udzielona odpowiedź przeczy przedstawionemu stanowisku.
Zdaniem odwołującego, wszystkie aktualnie dopuszczone na kolei urządzenia zarówno te, które opierają się na licznikach osi jak i inne, są bezpieczne, posiadają odpowiednie dokumenty dopuszczenia i nie ma powodów by na etapie ofertowania ograniczać się wyłącznie do urządzeń jednego typu. Ma to także istotne znacznie z punktu widzenia konkurencyjności, albowiem urządzenia te produkowane są przez różnych producentów. Zatem, udzielona odpowiedź, w ocenie odwołującego, ogranicza konkurencję i jest w swej istocie sprzeczna z pierwotnym postanowieniem siwz.

Do postępowania odwoławczego przystąpił wykonawca KZA Przedsiębiorstwo Automatyki i Komunikacji S.A. z siedzibą w Lublinie, po stronie zamawiającego, stając się uczestnikiem postępowania odwoławczego i podał, że posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, gdyż ubiega się o uzyskanie zamówienia w przedmiotowym postępowaniu na warunkach określonych przez zamawiającego w siwz.
Stwierdził, że zarzuty odwołania nie zasługują na uwzględnienie, gdyż zamawiający prawidłowo opisał przedmiot zamówienia, a udzielone wyjaśnienia do treści siwz w żaden sposób nie prowadzą do zmiany jej treści, wbrew twierdzeniom odwołującego się.
Zarzuty odwołania w istocie rzeczy sprowadzają się do próby wymuszenia na zamawiającym takiego ukształtowania treści siwz, która by preferowała rozwiązania techniczne korzystne dla odwołującego, lecz niemożliwe do zaakceptowania przez zamawiającego ze względu na właściwe dążenie zamawiającego do zabudowy urządzeń o jak największym bezpieczeństwie dla ruchu kolejowego.
Podniósł, że rozwiązanie techniczne przytoczone przez odwołującego tj. pętle indukcyjne mają stosowne dopuszczenia do stosowania na PKP lecz licznik osi koła jest pewniejszy i dokładniejszy w działaniu (między innymi większa precyzja stwierdzenia i zwolnienia strefy pomiędzy punktami oddziaływania włączającymi i wyłączającymi).
Ponadto podał, że oprócz warunków związanych z bezpośrednim bezpieczeństwem ruchu istotne są również inne wymagania postawione przez zamawiającego w PFU, a pośrednio wpływające na bezpieczeństwo. Dotyczy to bardzo istotnego aspektu związanego z odpornością urządzenia na dewastacje i kradzieże. Pętla indukcyjna w swojej konstrukcji

wykazuje dużo większą podatność na kradzieże i dewastacje, co w konsekwencji przekłada się na zakłócenia pracy urządzeń i pogorszenie warunków bezpieczeństwa na przejeździe.
Uznał, że uwzględnienie żądań odwołującego mogłoby doprowadzić do zastosowania przy realizacji zamówienia rozwiązań o mniejszym ogólnym stopniu pewności bezakłóceniowej eksploatacji, co stanowiłoby o oczywistej sprzeczności z celem dla którego realizowany będzie przedmiot zamówienia, tj. poprawa bezpieczeństwa na przejazdach kolejowych.
Podniósł, że w jego ocenie, mają miejsce dwa inne aspekty sprawy, a mianowicie odwołujący nie odnosi się do treści PFU (część III siwz), jak również do treści załączników od 1 do 24 PFU, gdzie zamawiający wyraźnie wskazał wymagania dotyczące urządzeń, odnosi się jedynie do załącznika nr 25 będącego mało istotnym, co do treści, załącznikiem do PFU.
Ponadto uznał, że jeżeli odwołujący miał pewność, że proponowane w ofercie urządzenia będą spełniać wymagania siwz, to wątpliwy jest cel zadanego pytania, na które udzielona odpowiedź stała się podstawą złożenia odwołania.

Na podstawie dokumentacji postępowania, akt sprawy, oświadczeń i wyjaśnień odwołującego oraz uczestnika postępowania odwoławczego zgodnych w podstawowej kwestii, przy braku stanowiska zamawiającego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący posiada interes, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wnosząc odwołanie, gdyż jak oświadczył, udzielona odpowiedź na zapytanie, różniąca się od pierwotnej treści siwz, uniemożliwia mu złożenie oferty.

Izba ustaliła, że zamawiający opracował i udostępnił wykonawcom na stronie internetowej siwz, składającą się z trzech części. W części III stanowiącej Program Funkcjonalno-Użytkowy, zwany w

skrócie „PFU”, część ogólna, pkt 2 „Opis wymagań zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia”, pkt 2.5 „Wymagania zamawiającego w zakresie prowadzenia robót”, pkt 2.5.3 „Konstrukcje”, zawarł wymaganie, że „Wszystkie materiały, urządzenia i systemy powinny spełniać wymagania i warunki odbioru określone w branżowych Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót (Załącznik nr 25)”. W wyniku zmiany siwz dokonanej w dniu 14 kwietnia 2011 r., zamieszczonej na stronie internetowej zamawiającego, załącznik nr 25 został określony jako „Szczegółowe wytyczne wykonania zamówienia”.
W części A „Szczegółowe wytyczne wykonania zamówienia” - „„Urządzenia sterowania ruchem kolejowym”, „A.01 Budowa samoczynnej sygnalizacji przejazdowej (ssp)”, pkt 3.3 „Wymagania podsystemów”, pkt 3.3.1 „Urządzenia oddziaływania”, zamawiający opisał, że „Jako urządzenia oddziaływania mogą być stosowane dowolne elementy nie połączone galwanicznie z torem, lub z bardzo ograniczoną liczbą takich połączeń, ewentualnie inne urządzenia, nie

wykluczając liczników osi, o dużym stopniu niezawodności gwarantujące pewne wykrywanie pojazdu szynowego i spełniające poniżej wymienione wymagania:
„fail-safe", przy czym jeżeli wymaganie to nie jest spełnione dopuszcza się stosowanie podwójnych urządzeń oddziaływania dla uzyskania wymaganego stopnia bezpieczeństwa, rozpoznające kierunek ruchu pojazdu i ewentualnie jego prędkość (w celu ujednolicenia czasu ostrzegania), podatne na ciągłą kontrolę przez aparaturę sterująca, odporne na wstrząsy i wibracje powodowane przejeżdżającym taborem, przepięcia elektrotrakcyjne i atmosferyczne, prądy błądzące i trakcyjne, odporne na oddziaływanie osób postronnych (dewastacje i ich sygnalizacja) możliwe do zainstalowania w dowolnym miejscu toru (np. na łuku), nie oddziaływujące na inne urządzenia srk.”

W związku z treścią załącznika nr 25 pkt 3.3.1 odwołujący zadał w dniu 29 marca 2011 r. pytanie o treści: „Czy Zamawiający dopuszcza zastosowanie czujników dopuszczonych do stosowania na PKP nie powodujących zwarcia toków szynowych”.
W odpowiedzi na udzielone pytanie zamawiający udzielił wyjaśnienia powołując się na przepis art. 38 ust. 2 ustawy, iż „Zgodnie z siwz urządzenia oddziaływania (czujnik koła) muszą być wykonane w oparciu o licznik osi pojedynczo zliczający osie”.
Odwołujący podał w odwołaniu i wyjaśnił na rozprawie, że na podstawie opisu zawartego w pkt 3.3.1 załącznika nr 25, możliwe są do zastosowania zarówno pętle indukcyjne, jak i liczniki osi, które są porównywalne pod względem bezpieczeństwa, awaryjności i również zabezpieczenia przed dewastacjami i kradzieżami. Posiadają także wymagane dopuszczenia.
Na rozprawie odwołujący i uczestnik postępowania odwoławczego zgodnie potwierdzili, że określenie zawarte w pkt 3.3.1 załącznika nr 25 dopuszczające stosowanie urządzenia oddziaływania jako „dowolne elementy nie połączone galwanicznie z torem”, oznacza dopuszczenie do stosowania urządzenia oddziaływania – pętli indukcyjnych (możliwych do zaoferowania przez odwołującego). Zadając pytanie o możliwość zastosowania czujników dopuszczonych do stosowania na PKP nie powodujących zwarcia toków szynowych, odwołujący jak wyjaśnił na rozprawie, chciał uzyskać potwierdzenie w tym zakresie.
Wyjaśnienie zamawiającego stanowiące odpowiedź nr 1 z dnia 14 kwietnia 2011 r. o treści, że urządzenia oddziaływania (czujnik koła) muszą być wykonane w oparciu o licznik osi pojedynczo zliczający osie, zgodnie z wyjaśnieniami złożonymi na rozprawie przez uczestnika postępowania odwoławczego, eliminują czujniki dopuszczone do stosowania na PKP, które były przedmiotem zapytania odwołującego (pętle indukcyjne).

Ustalono, że przedmiotem zamówienia objęte są 24 przejazdy. Zamawiający określił w załącznikach do PFU w części „2) Zakres zamówienia, a) Zakresy prac branży sterowania

ruchem kolejowym /srk/”, że zakresem prac objętych przedmiotem zamówienia jest „zabudowa urządzeń samoczynnej sygnalizacji przejazdowej (wskazanej kategorii) w wersji komputerowej z sygnalizatorami świetlnymi (w ilości określonej na etapie projektowania), z sygnałem dźwiękowym i czujnikami opartymi na systemie liczenia osi oraz urządzeniami sterująco – zasilającymi”. Zatem, zamawiający wymagał w opisie zakresu zamówienia w znacznej części załączników spośród 1-24, zastosowania czujników opartych na systemie

liczenia osi. Jednocześnie w załączniku nr 25 w szczegółowych wytycznych wykonania zamówienia, w zakresie budowy samoczynnej sygnalizacji przejazdowej (ssp), w wymaganiach podsystemów, urządzenia oddziaływania, zamawiający dopuścił stosowanie dowolnych elementów nie połączonych galwanicznie z torem, lub z bardzo ograniczoną liczbą takich połączeń, ewentualnie inne urządzenia, nie wykluczając liczników osi. Natomiast udzielając wyjaśnień na zapytanie wskazał na „liczniki osi pojedynczo zliczający osie".
Uczestnik postępowania odwoławczego również potwierdził, iż niewątpliwie zachodzi rozbieżność w opisach zawartych w PFU.

W ocenie KIO, przedstawiona różnica w opisie zakresu zamówienia i szczegółowych wytycznych wykonania zamówienia, która nie powinna mieć miejsca, mogłaby stanowić podstawę uznania oferty, w której wykonawca oferuje pętle indukcyjne, jako „dowolne elementy nie połączone galwanicznie z torem (…), ewentualnie inne urządzenia" (pk 3.3.1 załącznika nr 25), za niezgodną z opisem zakresu prac branży sterowania ruchem kolejowym /srk/, zawartym w załącznikach do PFU.
Dla przejrzystości postępowania i właściwego przygotowania ofert, zamawiający powinien był opisać w sposób jednolity wymagania - szczegółowe wytyczne wykonania zamówienia (załącznik nr 25) z żądanym zakresem prac (w stosownych załącznikach do PFU).

Wyjaśnienia treści siwz, o których mowa w art. 38 ust. 2 ustawy, stanowią uszczegółowienie, ewentualnie doprecyzowanie opisu zawartego w siwz w zakresie przedstawionym przez wykonawców występujących z zapytaniami. Zatem, wyjaśnienie nie może stanowić podstawy wprowadzenia innego wymagania niż zawarte w treści siwz, w tym przypadku wyeliminowania możliwości stosowania urządzenia dopuszczonego pierwotnie, jako dowolne elementy, ewentualnie inne urządzenia. Izba uznała, że udzielenie wyjaśnień rozbieżnych z pierwotną treścią siwz, zawężających rodzaj urządzeń oddziaływania, jak zgodnie potwierdzono na rozprawie, wykracza poza możliwość wynikającą z treści przepisu art. 38 ust. 2 ustawy.

KIO także uznała, że wyjaśnienie, które uniemożliwia wykonawcy złożenie oferty możliwej do

złożenia na podstawie pierwotnej treści siwz, może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp).

Należy podnieść, że zamawiający ma możliwość w uzasadnionych przypadkach przed upływem terminu składania ofert zmienić treść siwz (art. 38 ust. 4 ustawy). Zmiana ta nie wymaga szczególnej formy lub trybu jej dokonania, jednakże, w przeciwieństwie do wyjaśnień treści siwz, zgodnie z orzecznictwem, m.in. wskazanym w odwołaniu wyrokiem oraz piśmiennictwem, powinna polegać na zastąpieniu pewnej informacji inną, wykreśleniu informacji, czy dodaniu informacji, która nie znalazła się w pierwotnej wersji siwz. Zamawiający eliminując poprzez treść udzielonego wyjaśnienia możliwość stosowania wskazanych w siwz „dowolnych elementów, ewentualnie innych urządzeń" i nie dokonując korekty pierwotnych postanowień siwz, jako zmiany wprowadzonej w uzasadnionych przypadkach, naruszył przepis art. 38 ust. 4 ustawy.

Nie potwierdził się w ocenie Izby zarzut, iż zamawiający nie dopełnił obowiązku przekazania wyjaśnień odwołującemu, gdyż zamawiający przekazuje wyjaśnienia tym wykonawcom, którym przekazał siwz. Zamawiający nie przekazał siwz odwołującemu, który pobrał ją ze strony internetowej. Zatem, zamawiający zobowiązany był tylko do zamieszczenia wyjaśnień na stronie internetowej (art. 38 ust. 2 ustawy).

Reasumując powyższe, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy oraz nakazała unieważnienie zakwestionowanej czynności na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 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), ograniczając

wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego do kwoty 3 600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia.

Przewodniczący:

……