

WYROK
z dnia 9 stycznia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Członkowie: Marek Koleśnikow
Sylwester Kuchnio

Protokolant: Dorota Witek

po rozpoznaniu na posiedzeniu/ rozprawie* w dniu /w dniach* 8 stycznia 2009 r.
w Warszawie odwołania wniesionego przez **Thales Rail Signalling Solution Sp. z o.o., 60-701 Poznań, ul. Zachodnia 15** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A Oddział Regionalny w Warszawie-Wydział Zamówień Publicznych, 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74** protestu /protestów* z dnia 1 grudnia 2008 r.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje dokonanie zmiany treści SIWZ oraz Ogłoszenia o zamówieniu.

2. Kosztami postępowania obciąża PKP Polskie Linie Kolejowe S.A Oddział Regionalny w Warszawie-Wydział Zamówień Publicznych, 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74
i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Thales Rail Signalling Solution Sp. z o.o.,**

60-701 Poznań, ul. Zachodnia 15,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 191 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sto dziewięćdziesiąt jeden złotych zero groszy) przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A Oddział Regionalny w Warszawie-Wydział Zamówień Publicznych, 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74** na rzecz **Thales Rail Signalling Solution Sp. z o.o., 60-701 Poznań, ul. Zachodnia 15,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, opłaty skarbowej,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 426 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Thales Rail Signalling Solution Sp. z o.o., 60-701 Poznań, ul. Zachodnia 15.**

Uzasadnienie

Zamawiający, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „modernizacja linii kolejowej Nr 20 w obrębie stacji PKP Warszawa Gdańska (zadanie nr 1) oraz kompleksowa realizacja przejścia podziemnego dla pieszych łączącego stację metra A17 „Dworzec Gdański” ze stacją PKP „Warszawa Gdańska” i śoliborzem (zadanie nr 2). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 18 listopada 2008 r., w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, pod nr 2008/S 224-298524.

W dniu 1 grudnia 2008 r. Odwołujący się wniósł protest wobec postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) w zakresie następujących zapisów:

1. "Wykonawca po podpisaniu Umowy otrzyma po 2 egzemplarze Projektu

pozwoleniami oraz Projekty Wykonawcze."

Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych Część A pkt.

1.5.1.2 „Dokumentacja projektowa przedłożona przez Zamawiającego”),

2. "Kontrola niezajętości torów i rozjazdów za pomocą liczników osi bez elektroniki przytorowej." (Tom V Wyciąg ze szczegółowej dokumentacji projektowej Część Z pkt. 3 Opis stanu projektowanego ppkt. Urządzenia sterowania ruchem kolejowym),

2

3. pkt. 6.13 Instrukcji dla Wykonawców oraz § 1 ust. 8 wzoru umowy stanowiącej

Załącznik numer 6 do SIWZ,

zarzucając naruszenie przepisów prawa, a w szczególności:

1. art. 31 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), dalej Pzp, w związku z § 4 i § 5 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. z 2004 r., Nr 202, poz. 2072 z późn. zm.), poprzez brak opisanie przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z przywołanymi przepisami, tj. niezłączenie do SIWZ projektów wykonawczych;
2. art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione zamieszczenie w Tomie V wymogu, aby kontrola niezajętości torów i rozjazdów odbywała się za pomocą liczników osi bez elektroniki przytorowej, które to ograniczenie daje podstawy identyfikacji dostawcy, co powoduje brak zapewnienia uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wszystkich wykonawców;
3. art. 144 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie zapisu o możliwości zmiany postanowień zawartej umowy "w przypadku zaistnienia okoliczności niemożliwych lub trudnych do przewidzenia w chwili podpisania umowy".

W uzasadnieniu Odwołujący się podnosi, iż zgodnie z przywołanym przepisem art. 31 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający ma obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej, której zakres i formę określono we wskazanym rozporządzeniu Ministra Infrastruktury. Zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 przedmiotowego rozporządzenia, dokumentacja projektowa, służąca do opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych, składa się w szczególności z projektów wykonawczych. Zgodnie zaś z § 5 ww. rozporządzenia, projekty wykonawcze powinny uzupełniać i uszczegóławiać projekt budowlany w zakresie i stopniu dokładności niezbędnym do sporządzenia przedmiaru robót, kosztorysu inwestorskiego, przygotowania oferty przez wykonawcę i realizacji robót budowlanych. Przepisy w powyższym brzmieniu nakładają na Zamawiającego obowiązek załączenia do SIWZ projektów wykonawczych w przypadku ogłoszenia zamówienia na roboty budowlane bez projektowania.

Odwołujący się zwraca również uwagę, że w opisie przedmiotu zamówienia niedopuszczalne jest stosowanie praktyk utrudniających uczciwą konkurencję, czy pozwalających na zidentyfikowanie dostawcy określonego rozwiązania. Wyjątek od powyższej reguły przewidziano w art. 29 ust. 3 ustawy Pzp. Jednakże w przedmiotowym postępowaniu nie została spełniona żadna z dwóch przesłanek koniecznych do zastosowania przez Zamawiającego przedmiotowego przepisu. Zamówienia z zakresu

3

przebudowy urządzeń sterowania ruchem kolejowym nie cechują się bowiem specyfiką wyjątkową, czy szczególną na tyle, by uzasadnione było zastosowanie trybu wyjątkowego opisu przedmiotu zamówienia. W przeprowadzanych na rynku kolejowym postępowaniach o udzielenie zamówienia w powyższym zakresie, przedmiot zamówienia opisywany jest wyczerpująco, bez stosowania odniesień identyfikujących dostawców. Skoro zatem przywołany zapis ustawy jest wyjątkiem od reguły, którego nie można interpretować rozszerzająco, Zamawiający uchybił wymogom normy art. 29 ustawy Pzp, dopuszczając nadto do utrudnienia zasad konkurencji.

Określenie przez Zamawiającego w SIWZ sposobu zastosowania kontroli niezajętości torów i rozjazdów, wyłącznie za pomocą liczników osi bez elektroniki przytorowej, w sposób

bezpośredni i pośredni utrudnia i ogranicza znacznie uczciwą konkurencję na rynku, w tym zakresie. Dostawca, który może być zidentyfikowany, na podstawie rodzaju stosowanej elektroniki w zabudowie liczników osi, zdaje sobie sprawę z tego, iż wykonawcy chcący wziąć udział w przedmiotowym postępowaniu będą zmuszeni nabyć od niego określone elementy systemu (czujniki szynowe bez elektroniki przytorowej). Posiadając taką informację, dostawca ten może sterować polityką cenową na rynku, oczywiście stosując podwyższone ceny, co może spowodować nie tylko podrożenie oferty, ale także udzielenie zamówienia po cenach wyższych.

Podany przez Zamawiającego sposób kontroli niezajętości torów i rozjazdów determinuje wyłącznie jeden jej rodzaj, co z kolei prowadzi do uniemożliwienia zaproponowania przez uczestników postępowania rozwiązań odpowiadających wymogom Zamawiającego, ale posiadającym inne rozwiązania techniczne w zakresie konfiguracji. Powyższe działanie Zamawiającego bezzasadnie ogranicza udział niektórych wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co stoi w sprzeczności z powołanymi powyżej przepisami ustawy Pzp.

Odnosnie kwestionowanego postanowienia projektu umowy, Odwołujący się podnosi, iż przedmiotowa regulacja zawiera sformułowania niedookreślone, przez co pozostawia Zamawiającemu i wybranemu wykonawcy dużą swobodę w kształtowaniu stosunku umownego. Intencją ustawodawcy przy ostatniej nowelizacji przepisu art. 144 ustawy Pzp było ograniczenie dowolności zmian umowy w zamówieniach publicznych, co stanowiło konsekwencję konieczności dostosowania polskiego prawa do dyrektyw unijnych w zakresie zamówień publicznych. Przewidziana w art. 144 ustawy Pzp dopuszczalność zmiany umowy po jej zawarciu, wymaga od Zamawiającego stworzenia w SIWZ zamkniętego katalogu zarówno przewidywanych zmian, jak i warunków uzasadniających ich dokonanie. Powyższy przepis winien być stosowany restrykcyjnie i wyjątkowo, albowiem zasadą w zamówieniach publicznych jest niezmiennosc umowy i zachowanie tożsamości świadczenia oferowanego przez wykonawcę po wyborze najkorzystniejszej oferty.

4

W związku z powyższym Odwołujący się wniósł o dokonanie modyfikacji SIWZ polegającej na: dołączeniu projektów wykonawczych, zmianie kwestionowanego zapisu w Tomie V, w taki sposób, aby dopuszczalne było zastosowanie systemu kontroli niezajętości torów i rozjazdów opartego na licznikach osi wyposażonych w elektronikę przytorową oraz zmianie pkt. 6.13 Instrukcji dla wykonawców oraz § 1 ust. 8 wzoru umowy stanowiącej Załącznik nr 6 do SIWZ poprzez dookreślenie okoliczności powodujących zmiany i warunki te same zmiany oraz wniósł o przedłużenie terminu składania ofert.

Pismem z dnia 12 grudnia 2008 r. Zamawiający protest rozstrzygnął. W zakresie zarzutu dotyczącego braku w SIWZ projektów wykonawczych, protest został oddalony. Zamawiający wyjaśnia, że w SIWZ zamieszczony jest Wykaz ze szczegółowej dokumentacji projektowej (Tom V). Dodatkowo zamieszczono pełen projekt wykonawczy, który uzupełnia i uszczegóławia projekt budowlany w zakresie i stopniu dokładności niezbędnym do sporządzenia przedmiaru robót, kosztorysu inwestorskiego, przygotowania ofert przez wykonawcę i realizacji robót budowlanych, zgodnie z § 5 ust. 1 powołanego rozporządzenia Ministra Infrastruktury. Projekty wykonawcze urządzeń sterujących ruchem kolejowym ma opracować wykonawca, gdyż sporządzenie projektu wykonawczego wymagałoby zastosowania konkretnych rozwiązań technicznych danego producenta, a to byłoby niezgodne z zapewnieniem uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wszystkich wykonawców. Roboty na wykonanie przejścia podziemnego będą prowadzone na podstawie projektu budowlanego (wchodzącego w skład SIWZ) po dostosowaniu go do Koncepcji Wielobranżowej. Wykonawca wprowadzi na podstawie w/w koncepcji konieczne zmiany do projektu budowlanego i ewentualnie uzyska zamienne pozwolenie na budowę w zależności od potrzeb. Kompletnie przedmiary robót na wykonanie przejścia podziemnego stanowią załącznik do SIWZ.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zamieszczenie w Tomie V wymogu, aby kontrola niezajętości torów i rozjazdów odbywała się za pomocą liczników osi bez elektroniki przytorowej, został uznany za zasadny. Zamawiający stwierdza, że zastosowane rozwiązanie zostało podyktowane względami bezpieczeństwa ruchu kolejowego. Elektronika przytorowa często ulega kradzieży lub zostaje zniszczona

przez wandal, w efekcie czego kontrola niezajętości torów działa wadliwie i stanowi zagrożenie dla ruchu pociągów, ponadto naraża na wysokie koszty napraw. Zamawiający, biorąc pod uwagę argumenty Odwołującego się, jak również powyższe okoliczności, dokona modyfikacji SIWZ, której treść załączono do rozstrzygnięcia.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia przepisu art. 144 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający przyznał, że dotychczasowe warunki zmian zawartej umowy zostały

5

sformułowane w sposób zbyt ogólny. W związku z powyższym, dokona zmiany SIWZ, zgodnie z treścią załączonego do rozstrzygnięcia pisma.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący się i wniósł w dniu 22 grudnia 2008 r. odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty podniesione w proteście (z wyjątkiem naruszenia przepisu art. 144 ust. 1 ustawy Pzp) oraz żądania, z tym, że zmodyfikował żądanie dotyczące kwestionowanego postanowienia, zawartego w Tomie V „kontrola niezajętości torów i rozjazdów za pomocą liczników osi w wersji antykradzieżowej” przez wykreślenie zwrotu „w wersji antykradzieżowej.”

Dodatkowo Odwołujący się podnosi, że przepisy nakładają na Zamawiającego obowiązek załączenia do SIWZ projektów wykonawczych w przypadku ogłoszenia zamówienia na roboty budowlane bez projektowania. W ocenie Odwołującego się, Zamawiający nie jest uprawniony do jednoczesnego wyboru takiej jak zastosowana formy realizacji zamówienia (charakteryzowanego jako "buduj"), przy braku zamieszczenia w SIWZ, części dokumentacji projektowej, jaką stanowią projekty wykonawcze. Takiej mieszanej formy nie przewidują, ani przepisy ustawy Pzp, ani przepisy przedmiotowego rozporządzenia Ministra Infrastruktury.

Na skutek protestu Odwołującego się, Zamawiający, rzekomo uwzględniając zarzuty zawarte w proteście, dokonał modyfikacji SIWZ. Uczynił to jednakże sprzecznie z żądaniem protestu, tj. nadał kwestionowanemu opisowi wymogu w zakresie kontroli niezajętości torów i rozjazdów, dodatkowy warunek. Zamawiający określił, iż ww. kontrola ma przybrać wersję „antykradzieżową”.

Określenie przez Zamawiającego w SIWZ sposobu zastosowania kontroli niezajętości torów i rozjazdów poprzez wprowadzenie wymogu „antykradzieżowości” nasuwa szereg wątpliwości, a z pewnością pojęcie to nie może zostać uznane za jednoznaczne, czy dokładne, jak wymaga tego art. 29 ust. 1 Pzp. Odwołujący się podnosi, iż Zamawiający, stawiając w SIWZ wymóg „antykradzieżowości” w zakresie kontroli niezajętości torów rozjazdów, w żaden sposób nie określił, jak urządzenia takie miałyby być zabezpieczone przed potencjalną kradzieżą, czy też ewentualnie, jakie powinny posiadać dodatkowe cechy, by zostać uznane przez Zamawiającego za „antykradzieżowe”. Nadto, z zapisów SIWZ w żaden sposób nie wynika, kto i w jakim zakresie jest upoważniony do oceny, czy dane urządzenie spełnia przedmiotowy wymóg. Istotnym faktem jest również i to, że wszelkie urządzenia występujące obecnie na rynku, które posiadają świadectwa kwalifikacji i dopuszczenia, wystawiane przez Urząd Transportu Kolejowego, nie posiadają formalnego, czy urzędowego potwierdzenia cechy „antykradzieżowości.”

Określenie przyjęte przez Zamawiającego do opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wymogu „antykradzieżowości”, w sposób co najmniej pośredni, utrudnia i ogranicza uczciwą

6

konkurencję na rynku w tym zakresie. Istnieje bowiem ryzyko, że wyłącznie od uznania Zamawiającego, urządzenie jednego dostawcy będzie traktowane za antykradzieżowe, podczas gdy urządzeniom innego wykonawcy odmówi się przyznania tego przymiotu. Odwołujący się poddaje w wątpliwość, czy np. ogólnie dostępne materiały reklamowe lub promocyjne określonej firmy, w których czasem producenci zachwalając swój sprzęt, powołują się na mniejsze ryzyko kradzieży, Zamawiający będzie uznawał za wystarczające do wykazania spełniania ww. warunku. Powyższe działanie Zamawiającego bezzasadnie ogranicza udział niektórych wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co stoi w sprzeczności z powołanymi powyżej przepisami Pzp.

Na podstawie zgromadzonych dokumentów w aktach sprawy, dokumentacji

postępowania oraz po wysłuchaniu stron na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustawa Pzp określa sposób opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane, nakładając jednocześnie na Zamawiającego, obowiązek jego opisanie za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych (art. 31 ust. 1 ustawy Pzp). Szczegółowy zakres i formę przedmiotowej dokumentacji i specyfikacji oraz programu funkcjonalno-użytkowego określa powoływane rozporządzenie Ministra Infrastruktury, wydane na podstawie delegacji zawartej w przepisie art. 31 ust. 4 ustawy Pzp. Zgodnie z § 4 ust. 1 przedmiotowego rozporządzenia dokumentacja projektowa, służąca do opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych, dla których jest wymagane uzyskanie pozwolenia na budowę, składa się w szczególności z: projektu budowlanego, projektów wykonawczych, przedmiaru robót oraz informacji dotyczącej bezpieczeństwa i ochrony zdrowia (w przypadkach, gdy jej opracowanie jest wymagane na podstawie odrębnych przepisów). Zaś, zakres projektów wykonawczych określa § 5 przedmiotowego rozporządzenia. W myśl wskazanej regulacji, projekty wykonawcze powinny uzupełniać i uszczegóławiać projekt budowlany w zakresie i stopniu dokładności niezbędnym do sporządzenia przedmiaru robót, kosztorysu inwestorskiego, przygotowania oferty przez wykonawcę i realizacji robót budowlanych. Projekty wykonawcze zawierają rysunki w skali uwzględniającej specyfikę zamawianych robót i zastosowanych skal rysunków w projekcie budowlanym wraz z wyjaśnieniami opisowymi, które dotyczą: części obiektu, rozwiązań budowlano-konstrukcyjnych i detali oraz urządzeń budowlanych, instalacji i materiałowych, architektonicznych wyposażenia technicznego, których odzwierciedlenie na rysunkach projektu budowlanego nie jest wystarczające dla potrzeb sporządzenia przedmiaru robót, kosztorysu inwestorskiego i przygotowania oferty.

7

W świetle wskazanych przepisów, zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, Zamawiający nie ma możliwości opisanie przedmiotu zamówienia w taki sposób, jak uczynił to w niniejszym stanie faktycznym. Bezsprzeczne jest bowiem, że przedmiotem zamówienia są roboty budowlane oraz fakt, że projekty wykonawcze nie zostały sporządzone dla urządzeń sterujących ruchem kolejowym. W tym względzie Zamawiający oczekiwał rozwiązań zaproponowanych przez wykonawców.

Jednakże takie postępowanie Zamawiającego jest nieprawidłowe. Przepis art. 31 ust. 1 ustawy Pzp w sposób jednoznaczny nakłada na Zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót. Zaś cytowane rozporządzenie w § 4 ust. 1 zawiera katalog elementów składających się na dokumentację projektową. Co prawda, nie jest to katalog zamknięty, jednakże wymienia elementy konieczne, które musi zawierać przedmiotowa dokumentacja projektowa. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, nie można uznać, że wystarczająca jest specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót, ustawodawca bowiem wyraźnie rozróżnia te dokumenty i mówi o nich jako o dokumentach niezależnych i niezbędnych, a nie ewentualnie zamiennych, alternatywnych. Okoliczność, iż prymat wiedzy ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2003 r., Nr 207, poz. 2016 z późn. zm.) a nie przedmiotowe rozporządzenie, nie znajduje uzasadnienia. Jakkolwiek ustawa jest aktem wyższej rangi niż rozporządzenie, to nie można zapominać, że Prawo budowlane reguluje inny przedmiot niż ustawa Pzp. I jeśli nawet, to projekt budowlany ma jedynie istotne znaczenie w świetle Prawa budowlanego, w którym nie ma nawet definicji „projektu budowlanego”, to istotne jest, że kwestie opisu przedmiotu zamówienia unormowane są w ustawie Pzp i aktach wykonawczych, wydanych na podstawie tejże ustawy.

W tych okolicznościach, trafne jest żądanie Odwołującego się, zgodnie z którym konieczne jest dokonanie zmiany treści SIWZ przez jej uzupełnienie o projekty wykonawcze dla urządzeń sterowania ruchem kolejowym. Jednocześnie, w związku z powyższym, w świetle przepisu art. 38 ust. 4 a pkt 1 ustawy Pzp, nieodzowna jest również zmiana treści Ogłoszenia o zamówieniu, które w Sekcji II.1.2 odwołuje się do przedmiotowej problematyki.

Jeśli intencją Zamawiającego było, co podnosił na rozprawie, nie wskazywanie wykonawcom jakichkolwiek rozwiązań w tym zakresie, z uwagi na naruszenie zasady uczciwej konkurencji, to należy stwierdzić, że Zamawiający posiada taką możliwość.

Urzeczywistnienie tego stanu rzeczy jest możliwe na dwa sposoby. Po pierwsze, można rozważyć możliwość zastosowania przepisu art. 29 ust. 3 ustawy Pzp i w konsekwencji dopuszczenie ofert równoważnych. Po drugie, Zamawiający ma możliwość wydzielenia części zamówienia (jeśli w opinii Zamawiającego istnieje taka możliwość) dotyczącego urządzeń sterowania ruchem kolejowym, którego przedmiotem będzie zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w tym zakresie. Jednakże w takim wypadku, Zamawiający ma

8

obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z dyspozycją przepisu art. 31 ust. 2 ustawy Pzp, a więc za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego.

W przedmiocie naruszenia przepisów art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołujący się kwestionował, na etapie protestu, postanowienie, zgodnie z którym, kontrola niezajętości torów i rozjazdów odbywać się będzie za pomocą liczników osi bez elektroniki przytorowej. Odwołujący się podnosił, iż przedmiotowe rozwiązanie ogranicza uczciwą konkurencję i wobec powyższego żądał dopuszczenia możliwości zastosowania systemu niezajętości torów i rozjazdów za pomocą liczników osi również z elektroniką przytorową. Zamawiający, po rozważeniu argumentów Odwołującego się oraz mając na uwadze fakt, iż elementy elektroniki przytorowej często ulegają kradzieży, dopuścił rozwiązanie kontroli niezajętości za pomocą liczników osi, a więc zarówno zawierających, jak i nie zawierających, elektronikę przytorową, jednakże postawił dodatkowy wymóg, dostarczenia przedmiotowych liczników „w wersji antykradzieżowej”. I właśnie to postanowienie, ściślej, przedmiotowy wymóg, jest przedmiotem odwołania.

W tym stanie rzeczy Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że wbrew twierdzeniom Odwołującego się, Zamawiający uwzględnił żądanie protestu w tym zakresie. Zgodnie bowiem z oczekiwaniami Odwołującego się, Zamawiający dopuścił możliwość kontroli niezajętości torów i rozjazdów za pomocą liczników osi, a więc również tych, które zawierają elementy elektroniki przytorowej. Powyższą okoliczność potwierdza również żądanie odwołania. W odwołaniu bowiem Odwołujący się nie kwestionuje pierwotnego brzmienia SIWZ, ale treść modyfikacji w przedmiotowym zakresie. W tych okolicznościach Krajowa Izba Odwoławcza nie ma podstaw do stwierdzenia, iż Zamawiający w kontekście kwestionowanego pierwotnie postanowienia SIWZ naruszył przepis art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, skoro zdaniem Odwołującego się, naruszenie to wynikało z dopuszczenia jedynie systemu kontroli przy użyciu liczników osi bez elektroniki przytorowej, a zgodnie z rozstrzygnięciem protestu, dopuszczone również zostały liczniki osi wyposażone w elektronikę przytorową.

Ponadto Krajowa Izba Odwoławcza zwraca uwagę, że brak również podstaw formalnych do rozpatrzenia wskazanych zarzutów. Jakkolwiek bowiem zarzuty naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, zostały powołane w proteście, w istocie dotyczą one innej podstawy faktycznej, niż ta powołana w treści odwołania (uwzględniająca modyfikację SIWZ). Tymczasem, zgodnie z przepisem art. 191 ust. 3 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście.

Odrębnym zaś zagadnieniem jest wprowadzenie wymogu dostarczenia przedmiotowych liczników w wersji antykradzieżowej. Należy bowiem zwrócić uwagę, że zgodnie z przepisem art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, Zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SIWZ. Wprowadzenie przedmiotowego wymogu jest właśnie przejawem wskazanego

9

uprawnienia Zamawiającego i jednocześnie kolejną czynnością w postępowaniu, która podlega kontroli w ramach środków ochrony prawnej. Zatem, jeżeli Odwołujący się kwestionuje wprowadzenie przedmiotowego wymogu, może wnieść protest i ewentualnie odwołanie.

Na marginesie należy stwierdzić, że Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ (pismo z dnia 12 grudnia 2008 r.) przedwcześnie, zgodnie bowiem z przepisem art. 183 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, Zamawiający powtarza oprotestowaną czynność dopiero po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu, jeżeli co najmniej jedno ze zgłoszonych żądań nie zostało uwzględnione.

W tym stanie faktycznym, zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, zarzut naruszenia

przepisu art. 31 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 4 i § 5 przedmiotowego rozporządzenia Ministra Infrastruktury znalazł potwierdzenie. Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 i 1a oraz ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 38 ust. 4 i 4a ustawy Pzp. Nakazując zmianę treści Ogłoszenia o zamówieniu, Izba oparła się na regulacji przepisu art. 191 ust. 3 ustawy Pzp, z którego wynika, że Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście. Izba jest zatem związana zarzutami protestu, nie zaś jego żądaniami (arg. *a contrario* z art. 191 ust. 3 zd. 1 ustawy Pzp, podobnie wyrok KIO z dnia 26.02.2008 roku, sygn. akt KIO/UZP/102/08).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego się i opłaty skarbowej, w kwocie 3617,00 zł.

10

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok /postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*

11