

**Sygn. akt: KIO 2272/12**

**KIO 2333/12**

**KIO 2349/12**

**KIO 2350/12**

## **WYROK**

**z dnia 9 listopada 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Sylwester Kuchnio**

**Członkowie: Ryszard Tetzlaff**

**Justyna Tomkowska**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 6 i 8 listopada 2012 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 19 października 2012 r. przez Alstom Konstal S.A. w Chorzowie (KIO 2272/12),

B. w dniu 26 października 2012 r. przez Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Sp. z o.o. w Katowicach (KIO 2333/12),

C. w dniu 26 października 2012 r. przez Huawei Polska Sp. z o.o. w Warszawie (KIO 2349/12)

D. w dniu 26 października 2012 r. przez Siemens Sp. z o.o. w Warszawie (KIO 2350/12),

– w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie,

przy udziale:

1. Siemens Sp. z o.o. w Warszawie zgłaszającej przystąpienie do odwołań o sygn. akt: KIO 2272/12, KIO 2333/12,

2. Kapsch CarrierCom Sp. z o.o. w Warszawie zgłaszającej przystąpienie do odwołania o sygn. akt: KIO 2349/12,

3. Nokia Siemens Networks Sp. z o.o. w Warszawie zgłaszającej przystąpienie do odwołania o sygn. akt: KIO 2349/12,

4. Alstom Konstal S.A. w Chorzowie zgłaszającej przystąpienie do odwołania o sygn. akt: KIO 2350/12,

**orzeka:**

**A. w sprawie o sygn. akt KIO 2272/12:**

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu, PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie, dokonanie modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „zaprojektowanie i wykonanie LCS Skierniewice oraz ERTMS/ETCS poziom 2/GSM-R na odcinku Warszawa Zachodnia - Koluszki w km 3,900 - 104,918 linii nr 1 i Koluszki - Łódź Widzew w km 26,400 - 7,200 linii nr 17 w ramach projektów: Modernizacja linii kolejowej Warszawa - Łódź, etap II, Lot A - odcinek Warszawa Zachodnia - Miedniewice (Skierniewice) (POLiS 7.1-24.1) i Modernizacja linii kolejowej Warszawa - Łódź, etap II, Lot C - pozostałe roboty (POLiS 7.1-24.3)”, przez usunięcie z zakresu ww. zamówienia prac opisanych w pkt 5.4.6 „Interfejsy”, w tomie III Programu funkcjonalno-użytkowego (załącznik do SIWZ), Część 2 – zadanie nr PA;
2. Kosztami postępowania obciążyć PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Alstom Konstal S.A. w Chorzowie tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2 zasądza od PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie na rzecz Alstom Konstal S.A. w Chorzowie kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

**orzeka:**

**B. w sprawie o sygn. akt KIO 2333/12:**

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu, PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie, dokonanie modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „zaprojektowanie i wykonanie LCS Skierniewice oraz ERTMS/ETCS poziom 2/GSM-R na odcinku Warszawa Zachodnia - Koluszki w km 3,900 - 104,918 linii nr 1 i Koluszki - Łódź Widzew w km 26,400 - 7,200 linii nr 17 w ramach projektów: Modernizacja linii kolejowej Warszawa - Łódź, etap II, Lot A - odcinek Warszawa Zachodnia - Miedniewice (Skierniewice) (POLiS 7.1-24.1) i Modernizacja linii kolejowej Warszawa - Łódź, etap II, Lot C - pozostałe roboty (POLiS 7.1-24.3)”, przez:

- wykreślenie z pkt 1.3 „Aktualne uwarunkowania wykonania przedmiotu zamówienia”, w tomie III Programu funkcjonalno-użytkowego (załącznik do SIWZ), Część 1 – zadanie nr P3, zdania: „Wykonawca musi liczyć się z faktem, że niektóre prace objęte w/w kontraktem oraz prace objęte kontraktem zawartym na podstawie niniejszego PFU mogą być wykonane równolegle, co może mieć wpływ na organizację i harmonogram robót.”,
- zmianę w Subklauzuli 8.7 Warunków szczególnych umowy (załącznik do SIWZ), w zdaniu pierwszym, słowa „opóźnienie” na słowo „zwłokę”,
- zmianę w tomie I SIWZ (Instrukcja dla wykonawców – IDW), w pkt 8.3.2, w poz. 2, 3 i 4 tabeli, treści zawartej w wierszach „Uprawnienia (kwalifikacje zawodowe)”, na następującą: „uprawnienia budowlane do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi, których zakres obejmuje urządzenia sterowania ruchem kolejowym”,
- zmianę w tomie I SIWZ (Instrukcja dla wykonawców – IDW), w pkt 8.3.2, w poz. 8 i 9 tabeli, treści zawartej w wierszach „Uprawnienia (kwalifikacje zawodowe)”, na następującą: „uprawnienia budowlane do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie bez ograniczeń do projektowania, których zakres obejmuje urządzenia sterowania ruchem kolejowym”,
- zmianę w tomie II SIWZ (Formularz Umowy) treści § 5, przez wykreślenie wszystkich postanowień, że zmiana Ceny Kontraktowej może nastąpić wyłącznie „poprzez jej zmniejszenie”.

2. Kosztami postępowania obciąża PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Sp. z o.o. w Katowicach tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie na rzecz Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Sp. z o.o. w Katowicach kwotę 23 598 zł 98 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt osiem złotych, dziewięćdziesiąt osiem groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

**orzeka:**

**C. w sprawie o sygn. akt KIO 2349/12:**

1. Oddala odwołanie,
2. Kosztami postępowania obciąża Huawei Polska Sp. z o.o. w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Huawei Polska Sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

**orzeka:**

**D. w sprawie o sygn. akt KIO 2350/12:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu, PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie, dokonanie modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „zaprojektowanie i wykonanie LCS Skierniewice oraz ERTMS/ETCS poziom 2/GSM-R na odcinku Warszawa Zachodnia - Koluszki w km 3,900 - 104,918 linii nr 1 i Koluszki - Łódź Widzew w km 26,400 - 7,200 linii nr 17 w ramach projektów: Modernizacja linii kolejowej Warszawa - Łódź, etap II, Lot A - odcinek Warszawa Zachodnia - Miedniewice (Skierniewice) (POLiS 7.1-24.1) i Modernizacja linii kolejowej Warszawa - Łódź, etap II, Lot C - pozostałe roboty (POLiS 7.1-24.3)”, przez:
  - zmianę w pkt 1.6 „Wyposażenie linii w urządzenia SRK”, w tomie III Programu funkcjonalno-użytkowego (załącznik do SIWZ), Część 3 – zadanie nr PC, zdania drugiego po słowach: „blokadę liniową” na frazę następującą: „dostosowane do podłączenia do systemu ERTMS/ETCS Poziom 2, za wyjątkiem posterunku Łódź Andrzejów (urządzenia przekaźnikowe typu E z nakładką MOR-1) i stacji Łódź Widzew (urządzenia przekaźnikowe typu E)”,
  - zmianę tabeli 2.2 w pkt 1.6 „Wyposażenie linii w urządzenia SRK”, w tomie III Programu funkcjonalno-użytkowego (załącznik do SIWZ), Część 3 – zadanie nr PC, przez dodanie w wierszach tabel numerów Świadectw dopuszczenia (UTK/GIK) dla poszczególnych, podanych tam urządzeń,
  - zmianę tabeli 1.1 w pkt 1.6 „Wyposażenie linii w urządzenia SRK”, w tomie III Programu funkcjonalno-użytkowego (załącznik do SIWZ), Część 2 – zadanie nr PA, przez dodanie w wierszach tabel numerów Świadectw dopuszczenia (UTK/GIK) dla poszczególnych, podanych tam urządzeń,

2. Kosztami postępowania obciąża PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Siemens Sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie na rzecz Siemens Sp. z o.o. w Warszawie kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

.....

.....

.....

**Sygn. akt: KIO 2272/12**  
**KIO 2333/12**  
**KIO 2349/12**  
**KIO 2350/12**

## **UZASADNIENIE**

Zamawiający, PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zaprojektowanie i wykonanie LCS Skierniewice oraz ERTMS/ETCS poziom 2/GSM-R na odcinku Warszawa Zachodnia - Koluszki w km 3,900 - 104,918 linii nr 1 i Koluszki - Łódź Widzew w km 26,400 - 7,200 linii nr 17 w ramach projektów: Modernizacja linii kolejowej Warszawa - Łódź, etap II, Lot A - odcinek Warszawa Zachodnia - Miedniewice (Skierniewice) (POliS 7.1-24.1) i Modernizacja linii kolejowej Warszawa - Łódź, etap II, Lot C - pozostałe roboty (POliŚ 7.1-24.3).

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 16.10.2012 r. w Dz.Urz. UE pod numerem 2012/S 199-327330. W tym samym dniu na stronie internetowej zamawiającego zamieszczono specyfikację istotnych warunków zamówienia (zwaną dalej „SIWZ” lub „specyfikacja”).

## **ODWOŁANIE KIO 2272/12**

W dniu 19.10.2012 r. Alstom Konstal S.A. w Chorzowie wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem postanowień ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, których sformułowanie – według odwołującego – preferuje jednego wykonawcę i *de facto* zmierza do wykluczenia z postępowania innych oferentów mających wiedzę i doświadczenie w zakresie objętym przedmiotem tego postępowania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 1, 2, 3 oraz art. 30 ust. 4 ustawy poprzez:

1. Wprowadzenie wymogu, aby wykonawca już na etapie składania ofert, legitymował się świadectwami dopuszczenia do eksploatacji przez urządzenia, które zamierza zainstalować, pomimo faktu, iż typu świadectw obiektywnie nie sposób uzyskać przed datą składania ofert planowaną na 21 listopada 2012 roku i że tego typu świadectwa posiada ze względów historycznych, jedynie jeden z potencjalnych wykonawców, który *nota bene* w poprzednio ogłaszanych przetargach był z tych samych powodów jedynym oferentem.
2. Wprowadzenie wymogu, aby wykonawca bez jakiegokolwiek współdziałania i pomocy ze strony zamawiającego, w postaci przekazana danych i informacji wyjściowych, zaprojektował i zbudował interfejsy umożliwiające komunikację systemu ERTMS/ETCS poziom 2, z urządzeniami SRK (sterowania ruchem kolejowym) i to pomimo faktu, iż zamawiający jest właścicielem tych urządzeń, zaś ich producentem jest podmiot konkurencyjny wobec wykonawcy.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o zmianę treści ogłoszenia oraz treści SIWZ, poprzez:

1. Wykreślenie wymogu posiadania przez wykonawcę w dacie składania ofert, świadectw dopuszczenia do eksploatacji przez urządzenia, które zamierza zainstalować i wskazanie, że tego typu świadectwa wykonawca winien przedłożyć najpóźniej w dacie odbioru przedmiotu umowy przez zamawiającego, oraz
2. Wykreślenie wymogu, aby Wykonawca zaprojektował, opracował i wykonał interfejsy umożliwiające współpracę/komunikację systemu ERTMS/ETCS poziom 2, z urządzeniami SRK (sterowania ruchem kolejowym), ewentualnie zastępując te zapisy postanowieniami, iż wykonawca zaprojektuje i wykona te interfejsy na bazie informacji przekazanych przez zamawiającego.

W uzasadnieniu poszczególnych zarzutów wskazano:

#### **Zarzut nr 1 – Świadectwa dopuszczenia do eksploatacji**

Zgodnie z treścią pkt. VI.3) pkt. 2) str. 16 Ogłoszenia o Zamówieniu, oraz treścią SIWZ - Instrukcja dla Wykonawców Tom 1 str. 21, Wykonawca wraz z ofertą jest zobowiązany złożyć oświadczenie o posiadaniu świadectw dopuszczenia do eksploatacji przez urządzenia, które wykonawca zamierza zainstalować w ramach niniejszego zamówienia, wydane zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 30 kwietnia 2004 roku w sprawie świadectw

dopuszczenia do eksploatacji typu budowli urządzeń przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego oraz typu pojazdu kolejowego (Dz.U. z 2004 r. Nr 103, poz. 1090 ze zm) - wypełnione i sporządzone zgodnie ze wzorem zawartym w Załączniku nr 10 do IDW.

Zgodnie z treścią załącznika nr 10 do IDW str. 49 (SIWZ, IDW - Tom 1) Wykonawca na dzień składania ofert powinien posiadać wspomniane świadectwa dla wszystkich urządzeń z wyjątkiem urządzeń związanych z ERTMS oraz interfejsami pomiędzy urządzeniami ETCS oraz urządzeniami SRK i GSM-R a radiem 150 MHz przeznaczone do prowadzenia ruchu kolejowego.

Jednocześnie jednak, faktyczna lista urządzeń, których świadectwa dopuszczenia do eksploatacji Zamawiający żąda na dzień składania ofert, została i to w sposób bardzo ogólnikowy ujęta w treści Załącznika nr 12 do IDW str. 51 (SIWZ, IDW - Tom I).

Zgodnie z tą listą, Wykonawca powinien posiadać świadectwa dopuszczenia do eksploatacji dla następujących urządzeń:

- 1) Urządzenia zdalnego sterowania i kierowania ruchem,
- 2) Urządzenia stacyjne,
- 3) Urządzenia przejazdowe,
- 4) Urządzenia samoczynnej sygnalizacji przejazdowej,
- 5) Urządzenia samoczynnej blokady liniowej,
- 6) Urządzenia detekcji stanów awaryjnych taboru,
- 7) Urządzenia radiotelefoniczne,
- 8) Urządzenia łączności przewodowej.

Już tylko proste porównanie tej listy z listą urządzeń posiadających stosowne świadectwa dopuszczenia, publikowaną przez Urząd Transportu Kolejowego, wskazuje, że świadectwa te posiada praktycznie tylko jeden podmiot, to jest Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o. który to podmiot pod historyczną nazwą ZWUS uzyskał je w przeszłości. Wystarczające dla potwierdzenia tego faktu jest następujące, jedynie przykładowe zestawienie urządzeń kolejowych, które oczywiście pomija urządzenia telekomunikacyjne.

- 1) Urządzenia zdalnego sterowania i kierowania ruchem
  - a) U/2003/UTK/052 bezterminowo urządzenia zdalnej kontroli typu ERP-6 BOMBARDIER TRANSPORTATION (ZWUS) Polska Sp. z o.o. ul. Modelarska 12 40-142 Katowice,
  - b) U/2006/1089 2008-03-31 urządzenie zdalnej kontroli typu ERP-7 BOMBARDIER TRANSPORTATION (ZWUS) Polska Sp. z o.o. ul. Modelarska 12 40-142 Katowice,
- 2) Urządzenia stacyjne,



- a) U/2000/0016 00-12-31 Komputerowe urządzenia srk stacyjne typu EBILOCK 950 DaimlerChrysler Rail Systems (ZWUS) Sp. z o.o. ul. Modelarska 12 40-142, Katowice,
  - b) U/2008/0028 2009-03-31 komputerowy system sterowania ruchem kolejowym Ebilock 950 wersja 4 BOMBARDIER TRANSPORTATION (ZWUS) Polska Sp. z o.o. ul. Modelarska 12 40-142 Katowice,
  - c) U/2000/0136 bezterminowo Komputerowy system urządzeń stacyjnych srk typu EBILOCK 950 DaimlerChrysler Rail Systems (ZWUS) Sp. z o.o. ul. Modelarska 12 40-142 Katowice,
- 3) Urządzenia przejazdowe
- a) U/1998/0002 02-12-31 System obsługiwanej z odległości sygnalizacji przejazdowej typu SPR-2 DaimlerChrysler Rail Systems (ZWUS) Sp. z o.o. ul. Modelarska 12 40-142 Katowice,
- 4) Urządzenia samoczynnej sygnalizacji przejazdowej
- a) U/2007/0155 2008-09-30 samoczynna sygnalizacja przejazdowa typu SPA-5 wersja 01 BOMBARDIER TRANSPORTATION (ZWUS) Polska Sp. zo.o., ul. Modelarska 12 40-142
  - b) U/2008/0086 bezterminowo samoczynna sygnalizacja przejazdowa typu SPA-5 wersja 01 BOMBARDIER TRANSPORTATION (ZWUS) Polska Sp. z o.o. ul. Modelarska 12 40-142 Katowice,
- 5) Urządzenia samoczynnej blokady liniowej
- a) U/2001/0135 02-12-31 Komputerowa samoczynna blokada liniowa typu SHL- 12 DaimlerChrysler Rail Systems (ZWUS) Sp. z o.o. ul. Modelarska 12 40-142 Katowice,
  - b) U/2009/0008 bezterminowo komputerowy system samoczynnej blokady liniowej typu SHL-1 wersja 01 przystosowany do współpracy z systemem EBILOCK 950 BOMBARDIER TRANSPORTATION (ZWUS) Polska Sp. z o.o., ul. Modelarska 12 40-142 Katowice,

Generalnie zatem rzecz ujmując, Zamawiający stawiając tego typu wymóg w treści Ogłoszenia o Zamówieniu oraz treści SIWZ, (to jest uzyskania świadectw dopuszczenia w terminie jednego miesiąca - co jest faktycznie niemożliwe), skutecznie eliminuje innych potencjalnych Wykonawców, którzy nie mogą przecież w tak krótkim czasie uzyskać tego typu świadectw dopuszczenia do eksploatacji jakimi legitymuje się BOMBARDIER TRANSPORTATION (ZWUS) Polska Sp. z o.o.

Co przy tym istotne, Zamawiający ogłaszając kolejny trzeci już przetarg, obejmujący swym zakresem tożsamy przedmiot zamówienia, konsekwentnie wpisuje ten sam warunek, mając

pełną świadomość, iż tak jak poprzednio, jedynym oferentem, który może złożyć ofertę nie podlegającą odrzuceniu będzie wspomniany wyżej podmiot.

Ponadto postępowanie Zamawiającego jest także niekonsekwentne i nielogiczne co wynika z następujących okoliczności: Po pierwsze, Zamawiający formułując obowiązek złożenia oświadczenia o posiadaniu świadectw dopuszczenia urządzeń do eksploatacji już na etapie składania ofert, jednocześnie dopuszcza możliwość, aby w trakcie realizacji umowy:

- 1) zastąpiono proponowane w ofercie urządzenia innymi nowszymi, (dla których oczywista jest konieczność uzyskania nowych świadectw dopuszczenia do eksploatacji) - §5 ust. 1 pkt. a) str. 7 SIWZ - Tom II Warunki Umowy,

a także wymaga, aby

- 2) urządzenia SRK (sterowania ruchem kolejowym) po ich zintegrowaniu z urządzeniami systemu ETMS/ETCS poziom 2, o ile wymagało to ingerencji w te urządzenia były ponownie certyfikowane i aby Wykonawca uzyskał dla nich nowe świadectwa dopuszczenia do eksploatacji - pkt. 5.4.1. str. 26 SIWZ - tom III PFU część 2.

Zamawiający również wskazuje, że

- 3) Urządzenia systemu ERTMS/ETCS poziom 2, które nie są wyszczególnione w jako składniki interoperacyjności, muszą posiadać świadectwo dopuszczenia do eksploatacji, ale dopiero przed ich zabudową/installacją - pkt. 5.4.1. str. 27 SIWZ Tom III PFU część 2 oraz pkt. 6.4.1 str. 28, SIWZ - III PFU, część 3

ponadto Zamawiający stwierdza, że

- 4) Wszystkie urządzenia składające się na system ERTMS/ETCS poziom 2 powinny posiadać takie świadectwa dopiero na zakończenie Eksploatacji Próbnej - pkt. 5.4.1. str. 27 SIWZ - Tom III PFU część 2 oraz pkt. 6.4.1 str. 28, SIWZ - III PFU, część 3.

Biorąc powyższe pod uwagę, nie sposób zatem logicznie wytłumaczyć, dlaczego potencjalny Wykonawca na niektóre urządzenia powinien posiadać świadectwa dopuszczenia do eksploatacji już na etapie składania ofert, zaś na inne urządzenia, które również zamierza zamontować, ma czas na uzyskanie świadectw dopuszczenia, aż do zakończenia realizacji umowy, to jest do czasu przeprowadzania prób końcowych.

Dodatkowo kolejny wymóg Zamawiającego nakazujący Wykonawcy uwzględnić w toku realizacji umowy doświadczenia z pilotażowej instalacji systemu ERTMS/ETCS poziom 2 (linia E 30 Legnica - Granica Państwa) brzmi jakby cała specyfikacja była kierowana to jednego konkretnego podmiotu, który akurat posiada te a nie inne świadectwa dopuszczenia, oraz który akurat realizował wspomniany tu odcinek pilotażowy - pkt. 5.4.7.3 str. 34, SIWZ PPU TOM III część 2.

Brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia, czy to logicznego czy technicznego, czy też determinowanego wymogami bezpieczeństwa, aby Wykonawca już na etapie składania ofert dysponował opisanymi przez Zamawiającego świadectwami dopuszczenia do eksploatacji.

Nie bez znaczenia jest także fakt, że system i urządzenia, które są przedmiotem zamówienia mają służyć uzyskaniu przez Zamawiającego europejskiej interoperacyjności jego linii kolejowych, w ramach Narodowego Planu Wdrażania Europejskiego Zarządzania Ruchem Kolejowym. W efekcie skoro potencjalni Wykonawcy posiadają świadectwa dopuszczenia do eksploatacji swoich urządzeń w innych krajach UE, stawianie warunku posiadania już w dacie składania ofert tego typu świadectw wydawanych w Polsce jest co najmniej niezasadne.

Wykonawca nie kwestionuje, że świadectwa te powinny być dostarczone Zamawiającemu. Wystarczające byłoby jednak, aby Wykonawca tak jak w innych przypadkach, był zobowiązany dostarczyć je Zamawiającemu przed datą ostatecznego odbioru przedmiotu zamówienia, a nie w dacie składania oferty.

## **Zarzut nr 2 – Interfejsy (zarzut uwzględniony przez zamawiającego)**

Zgodnie z treścią pkt. 5.4.6 str. 32, SIWZ PFU TOM III część 2, Wykonawca jest zobowiązany do zaprojektowania, zbudowania i zainstalowania w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia interfejsów mających za zadanie funkcjonalne połączenie urządzeń systemu ERTMS/ETCS poziom 2 z urządzeniami SRK (Sterowania Ruchem Kolejowym) zgodnie z protokołem Euroradio+/Subset098, które spełniać będą wymogi bezpieczeństwa według norm SIL4 oraz innych polskich norm.

Formułując ten wymóg, Zamawiający w żadnym z dalszych punktów SIWZ nie informuje, że zapewnia Wykonawcy jakiegokolwiek dane lub informacje, umożliwiające mu opracowanie i zbudowanie tego typu interfejsów, zmuszając go *de facto* do poszukiwania tych danych u producenta urządzeń systemu SRK, który nie ma przecież obowiązku ich przekazania, a co więcej i co wydaje się kluczowe dla niniejszego odwołania jest bezpośrednim konkurentem Wykonawcy.

Co przy tym dodatkowo istotne, Zamawiający nie po raz pierwszy formułuje w ten sposób postanowienia ogłaszanych przez siebie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W poprzednich jednak postępowaniach dotyczących tożsamyh kwestii, Zamawiający każdorazowo jednak wycofywał się z tego zapisu albo poprzez uznanie protestu jak w roku 2009, albo poprzez uznanie odwołania, jak w roku 2012.

W efekcie, formułując niniejszy zarzut, Wykonawca może w całości zacytować zachowujący aktualność fragment protestu spółki Thaies Rail Signaling Solution sp. z o.o. z dnia 23 lutego 2009 roku, który *notabene* jest tożsamy z odwołaniem tego podmiotu złożonym w toku podobnego przetargu prowadzonego w marcu 2012 roku.

W treści tego protestu podniesiono, że Zamawiający, stawiając w SIWZ (w zakresie objętym protestem) zapis o odpowiedzialności Wykonawcy za współdziałanie istniejących urządzeń srk z montowanymi w ramach przetargu, w tym za interfejs, powoduje iż w rzeczywistości udział potencjalnych wykonawców w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia jest ograniczony, a jedyną uprzywilejowaną firmą staje się Bombardier Transportation (ZWLIS) Polska Sp. z o.o. zwany dalej „ZWUS”, który był dostawcą urządzeń sterowania ruchem kolejowym obecnie istniejących na przedmiotowej linii.

Istotna w sprawie jest okoliczność, iż jedynie ZWUS posiada pełną i wystarczającą wiedzę co do kwestii technicznych i możliwości połączenia własnych urządzeń, jest w stanie realnie oszacować, a może nawet pominąć tę kwestię w kalkulacji ceny ofertowej.

Taka sytuacja zdecydowanie, choć w sposób nieuprawniony uprzywilejowuje jednego wykonawcę - ZWUS, a pozostałych potencjalnych oferentów czyni „zakładnikami dobrej woli” ZWUS. Nie istnieje bowiem ani prawna ani faktyczna możliwość „przymuszenia” ZWUS przez pozostałych uczestników rynku urządzeń sterowania ruchem kolejowym i spowodowania, by ten zespół działał z wykonawcą w zakresie opracowania interfejsów dla urządzeń.

Najważniejszym jednakże argumentem pozostaje to, że ZWUS posiada świadomość faktu swojego uprzywilejowania i może dowolnie sterować polityką cenową w przedmiotowym przetargu i to nie tylko w zakresie kosztów usług oferowanych potencjalnym współwykonawcom, ale także w odniesieniu do ceny oferty przygotowanej w przedmiotowym postępowaniu.

Co ciekawe, Zamawiający rozstrzygając ten protest uznał go w całości i dokonał odpowiedniej modyfikacji treści SIWZ.

Sytuacja tożsama powtórzyła się w marcu 2012 roku. W treści tego z kolei odwołania Spółka Thaies Polska wskazała, iż wnosi o zmianę postanowień SIWZ w taki sposób, by Zamawiający załączył do SIWZ wszystkie wymagane dokumenty i dane, dotyczące istniejących urządzeń, niezbędne do opracowania interfejsów, załączając w to kody źródłowe oprogramowania producenta, ewentualnie aby Zamawiający własnym kosztem i staraniem doprowadził do współdziałania dostawcy sprzętu

SRK obecnie istniejącego z Wykonawcą, dostarczenia wszelkich niezbędnych dokumentów, dani/cli, kodów źródłowych itp., potrzebnych do stworzenia interfejsu oraz określenia, iż Zamawiający pokryje koszt powyższych usług, prac itp. świadczonych przez dotychczasowego dostawcę

(wykonawcę) sprzętu SRK, z jednoczesnym zapewnieniem, iż za opóźnienia spowodowane brakiem lub nienależytym wykonaniem obowiązku współdziałania przez dostawcę, Wykonawca nie będzie ponosił konsekwencji.

W odpowiedzi na to odwołanie, Zamawiający postanowił uznać w całości zarzuty przedstawione przez Spółkę Thales Polska i postanowił dokonać całościowej modyfikacji treści SIWZ.

W obecnie omawianym przypadku, Wykonawca wnosi o tożsamą zmianę treści SIWZ uznając, że obowiązek współdziałania Zamawiającego z Wykonawcą w zakresie realizacji tego zobowiązania jest absolutnie konieczny. Fakt ten wynika z dwóch podstawowych powodów. Pierwszym, może mniej istotnym jest to, że samodzielne tworzenie przez Wykonawcę interfejsów bez danych, informacji, kodów źródłowych, czy licencji może naruszać czyjeś prawa. Drugą przyczyną, chyba ważniejszą jest to, że interfejsy te mają połączyć dwa systemy składające się na szeroko pojęty system zarządzania ruchem kolejowym. W efekcie poprawność i jakość tych interfejsów, ma absolutnie podstawowe znaczenia dla kwestii bezpieczeństwa w ruchu kolejowym.

Trudno sobie zatem wyobrazić, aby zarządca infrastruktury kolejowej, jakim jest Zamawiający, który jest jednocześnie właścicielem urządzeń SRK zainstalowanych na przedmiotowej linii kolejowej nie współdziałał z Wykonawcą w celu stworzenia wspomnianych wyżej interfejsów, co najmniej w zakresie przekazania mu niezbędnych informacji, kodów źródłowych oraz innych niezbędnych danych, które są lub powinny być w jego posiadaniu.

## **ODWOŁANIE KIO 2333/12**

W dniu 26.10.2012 r. Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Sp. z o.o. w Katowicach wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem postanowień SIWZ.

I.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 w zw. z art. 31 ustawy oraz art. 647 kodeksu cywilnego, poprzez podanie informacji w programie funkcjonalno-użytkowym w sposób niewyczerpujący, sprzeczny z przepisami

kodeksu cywilnego, uniemożliwiający wykonawcy obliczenie ceny, a w konsekwencji sporządzenie oferty poprzez przyjęcie założenia, że:

1. linia nr 1 na odcinku Warszawa Zachodnia - Skierniewice zostanie przebudowana w ramach odrębnego kontraktu zgodnie z warunkami zawartymi w opracowaniu, co jest wyłącznie założeniem i może ulec zmianie na etapie projektu budowlanego:
2. oraz że wszystkie zabudowane na linii nr 1 w obszarze działania przewidzianego LCS Skierniewice urządzenia srk, zabezpieczenia ruchu na przejazdach kolejowych, elektroenergetyczne, LPN, obiektów zasilania trakcji elektrycznej i sieć trakcyjna przystosowane będą do włączenia systemu zdalnego sterowania, oraz
3. że prace objęte przedmiotowym zadaniem muszą przewidywać możliwość ich wykonywania równoległe z pracami aktualnie toczącymi się na przedmiotowej linii, nie wiadomo kiedy się zakończą, co może mieć wpływ na organizację oraz harmonogram robót.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- wykreślenie z części P3 pkt 1.3 PFU tiret pierwszy zdania: „Wykonawca musi liczyć się z faktem, że niektóre prace objęte w/w kontraktem oraz prace objęte kontraktem zawartym na podstawie niniejszego PFU mogą być wykonywane równoległe, co może mieć wpływ na organizację i harmonogram robót.”
- wykreślenie z części P3 pkt 1.3 PFU akapit drugi zdanie drugie: „wszystkie zmiany wynikające ze sporządzonych projektów budowlanych będą ryzykiem Wykonawcy i nie mogą stanowić podstawy do robót dodatkowych”. Tak samo w części P3 PFU: pkt 1.4.8 ostatni akapit, 1.5.7 ostatni akapit, 1.5.8.9 ostatni akapit.
- zmianę Subklauzuli 8.7 [Odszkodowanie umowne za opóźnienie] zdanie pierwsze na: „Jeżeli Wykonawca nie wypełni postanowień Subklauzuli 8.2 [Czas na Ukończenie], to Wykonawca z uwzględnieniem Subklauzuli 2.5 [Roszczenia Zamawiającego], zapłaci Zamawiającemu odszkodowanie umowne za zwłokę w związku z tym uchybieniem.”

## II.

Ponadto odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 w zw. z art. 31 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp, art. 144 Pzp oraz art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego poprzez zobowiązanie wykonawcy, by uwzględnił ryzyko zmian w aktach prawnych, przepisach technicznych i konieczności uwzględnienia ich w opracowaniu wszystkich dokumentów powstałych w wyniku realizacji zamówienia bez możliwości żądania odrębnej zapłaty z tego tytułu oraz możliwości przedłużenia czasu na ukończenie zadania.

W związku z powyższym wniesiono o nakazanie zamawiającemu:

- przywrócenie Subklauzuli 13.7 [Korekty wynikające ze zmian stanu prawnego] Warunków Ogólnych FIDIC w brzmieniu: „Cena Kontraktowa będzie skorygowana, aby uwzględnić każdy wzrost lub obniżkę Kosztu, wynikającą z jakiegokolwiek zmiany w Prawach w Kraju (włącznie z wprowadzeniem nowych przepisów Praw i uchynieniem lub modyfikacją istniejących przepisów Praw) lub z prawnej lub oficjalnej rządowej interpretacji takich Praw, dokonanej po Dacie Odniesienia, a mającej wpływ na wykonanie przez Wykonawcę jego zobowiązań według Kontraktu.

Jeżeli Wykonawca dozna (lub przewiduje się, że dozna) opóźnienia i/lub ponosi (lub przewiduje się, że poniesie) dodatkowy Koszt wynikły z tych zmian w Prawach lub w takich interpretacjach, dokonanych po Dacie Odniesienia, to Wykonawca da powiadomienie Inżynierowi i będzie uprawniony, z uwzględnieniem Subklauzuli 20.1 [Roszczenia Wykonawcy], do:

- a) przedłużenia czasu w związku z jakimkolwiek takim opóźnieniem, według Subklauzuli 8.4 [Przedłużenie Czasu na Ukończenie], jeśli ukończenie jest lub przewiduje się, że będzie opóźnione, oraz
- b) płatności za jakikolwiek taki Koszt, która to płatność będzie włączona do Ceny Kontraktowej.

Po otrzymaniu tego powiadomienia, Inżynier będzie postępował zgodnie z Subklauzulą 3.5 [Określenia], aby uzgodnić lub określić te sprawy;

- zmianę Subklauzuli 1.1.6.5 poprzez dodanie na końcu zdania: „jak również dyrektywy europejskie, przepisy, obwieszczenia, umowy, uchwały, decyzje,

normy, instrukcje, wymagania, standardy techniczne, warunki, wytyczne, zarządzenia i inne wskazane w pkt 3 PFU dla zadania P3, pkt 9 PFU dla zadania PA oraz pkt 10 PFU dla zadania PC.

- zmianę § 5 pkt 4 poprzez dodanie punktu: (i) innych zmian wskazanych w Warunkach Ogólnych lub Warunkach Szczególnych, które wskazują warunki takiej zmiany, w szczególności poprzez zmianę Czasu na Ukończenie oraz Ceny Kontraktowej.

### III.

Naruszenie art. 7 ust 1 Pzp w zw. z art. 22 ust 1 pkt 3 Pzp oraz art. 22 ust. 4 Pzp poprzez stawianie warunków w odniesieniu do dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (pkt 8.3.2 tomu I IDW), które to kwalifikacje nie są niezbędne do prawidłowej realizacji zadania i nie dają gwarancji należytego wykonania umowy, a zatem są sprzeczne z wykładnią celowościową art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp oraz art. 22 ust. 4 Pzp.

W związku z powyższym wniesiono o nakazanie zamawiającemu zmiany wymagania w zakresie uprawnień (kwalifikacji zawodowych):

- Kierownika budowy (pkt 2 tabeli znajdującej się w pkt 8.3.2 IDW);
- Kierownika robót w zakresie urządzeń sterowania ruchem kolejowym (pkt 3 tabeli znajdującej się w pkt 8.3.2 IDW);
- Kierownika robót w zakresie urządzeń przytorowych ETCS (pkt 4 tabeli znajdującej się w pkt 8.3.2 IDW);
- Projektanta w zakresie urządzeń sterowania ruchem kolejowym (pkt 8 tabeli znajdującej się w pkt 8.3.2 IDW);
- Projektanta w zakresie urządzeń przytorowych ETCS (pkt 9 tabeli znajdującej się w pkt 8.3.2 IDW);
- poprzez wpisanie następującej treści: „uprawnienia budowlane uprawniające do kierowania robotami budowlanymi związanymi z budową lub przebudową/modernizacją urządzeń sterowania ruchem kolejowym” - w odniesieniu do Kierownika budowy, Kierownika robót w zakresie urządzeń sterowania ruchem kolejowym oraz Kierownika robót w zakresie urządzeń przytorowych ETCS, oraz



- poprzez wpisanie następującej treści: „uprawnienia budowlane uprawniające do projektowania urządzeń sterowania ruchem kolejowym” w odniesieniu do Projektanta w zakresie urządzeń sterowania ruchem kolejowym oraz Projektanta w zakresie urządzeń przytorowych ETCS.

alternatywnie:

poprzez wymóg dysponowania osobami na Funkcje: Kierownika Budowy, Kierownika robót w zakresie urządzeń sterowania ruchem kolejowym, Kierownika robót w zakresie urządzeń przytorowych ETCS, Projektanta w zakresie urządzeń sterowania ruchem kolejowym, Projektanta w zakresie urządzeń przytorowych ETCS, którzy posiadają uprawnienia (kwalifikacje zawodowe) w specjalności kolejowej bez ograniczeń z równoczesną zmianą pkt. 9.1.4 lit b nawias kwadratowy na: „[wydanych na podstawie Ustawy Prawo Budowlane (t.j. Dz. U. z 2010 r. nr 243 poz. 1623 z późn. zm.) oraz Rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 roku w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 2006 r. Nr 83, poz. 578 ze zm.) lub które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów gdzie dla osób wymienionych w poz. 2, 3, 4, 8, 9 tabeli w pkt 8.3.2. IDW będą to uprawnienia budowlane potwierdzające prawo do projektowania (w odniesieniu do poz. 8, 9) lub kierowania robotami (w odniesieniu do poz. 2, 3, 4) w zakresie urządzeń sterowania ruchem kolejowym]”.

IV.

Naruszenie art. 144 Pzp w zw. z art. 36 ust 1 pkt 16 Pzp poprzez wadliwe sporządzenie specyfikacji istotnych warunków zamówienia w części dotyczącej istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, naruszenie art. 353 1 KC w związku z art. 14 Pzp, poprzez wprowadzenie zapisów dot. możliwości dokonania zmiany zawartej umowy, która w żadnym przypadku, nawet najbardziej oczywistym, nie przewiduje możliwości zmiany Ceny Kontraktowej poprzez jej podwyższenie oraz wprowadzenie zapisów, które dla takich samych okoliczności nie przewidują możliwości zmiany Ceny Kontraktowej w tomie I IDW, a przewidują możliwość zmiany Ceny Kontraktowej w tomie II, powodując niepewność Wykonawcy w zakresie dopuszczalności pewnych zmian w Umowie.

Mając na uwadze powyższe, odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmianę § 5 Wzoru umowy załączonego w Tomie II SIWZ poprzez wykreślenie wszystkich zapisów, że zmiana Ceny Kontraktowej może nastąpić wyłącznie „poprzez jej zmniejszenie” oraz dodanie w § 5 pkt 4 lit (i) jak wskazano powyżej.

#### Uzasadnienie Ad I

Zamawiający, w tomie III Program Funkcjonalno Użytkowy, w części P3, w pkt. 1.3 wprowadził założenie, że linia nr 1 na odcinku Warszawa Zachodnia - Skierniewice zostanie przebudowana w ramach odrębnego kontraktu zgodnie z warunkami zawartymi w opracowaniu pn. „Modernizacja linii kolejowej Warszawa-Łódź, etap II Warszawa Zachodnia - Skierniewice oraz Łódź Widzew - Łódź Fabryczna”. Ponadto podał, że roboty na tej linii rozpoczęły się w marcu 2011 roku. W związku z powyższym Zamawiający wskazał, że wykonawca musi liczyć się z faktem, że niektóre prace objęte w/w kontraktem oraz prace objęte kontraktem zawartym na podstawie niniejszego PFU mogą być wykonywane równoległe, co może mieć wpływ na organizację i harmonogram robót.

Z powyższego zapisu wynikają w istocie trzy założenia:

- (1) że linia kolejowa nr 1 na odcinku Warszawa Zachodnia - Skierniewice zostanie przebudowana zgodnie z warunkami zawartymi w opracowaniu wskazanym powyżej,
- (2) że Zamawiający nie ma wiedzy na temat tego, kiedy prace w ramach odrębnego kontraktu zostaną zakończone,
- (3) że Zamawiający przewiduje równoległe prace na dwóch zadaniach, co może mieć wpływ na organizację i harmonogram robót.

#### Ad. (1)

W odniesieniu do pierwszego z punktów, Zamawiający założył, że przebudowa zostanie przeprowadzona zgodnie z warunkami zawartymi w opracowaniu. Jest to jednak tylko założenie Zamawiającego, obwarowane dodatkowo, że jakakolwiek zmiana w tym zakresie jest ryzykiem wykonawcy, które powinno zostać uwzględnione w Cenie Kontraktowej.

Zdaniem wykonawcy, jest to opis przedmiotu zamówienia sprzeczny z art. 29 ust 1 p.z.p.. Przepis ten bowiem wskazuje, że opis ma mieć charakter jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. Opis

dokonany przez Zamawiającego w PFU t. P3 pkt 1.3 warunku tego nie spełnia. Ponadto przerwienie na Wykonawców bliżej nieokreślonego zakresu obowiązków i robót, stanowi nie tylko dodatkowe ryzyko Wykonawcy, ale jest trudne do przewidzenia na etapie oferty.

Dodatkowo jeszcze Zamawiający wprost wskazuje, że wszelkie ryzyko z tym związane leży po stronie wykonawcy, bez możliwości dochodzenia dodatkowego wynagrodzenia, np. w postaci zamówienia o roboty dodatkowe. Zdaniem odwołującego, jest to oczywiste naruszenie przepisów ustawy ze strony Zamawiającego.

Z interpretacji treści art. 29 ust. 1 Pzp, prezentowanej niejednokrotnie zarówno w literaturze jak i orzecznictwie, wynika, że opis przedmiotu zamówienia musi być dokonany w taki sposób, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia i że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione. Opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich wpływających na nią czynników. Co istotne, jak wypowiedział się SO w Zielonej Górze w wyroku z dnia 13.05.2005 r. (sygn. akt: II Ca 109/05) oceny prawidłowości sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia pod kątem jego kompletności dla sporządzenia oferty dokonywać należy z punktu widzenia Wykonawcy. Zważywszy na fakt, że oferta złożona przez Wykonawcę, w przypadku wyboru jej jako najkorzystniejszej określa zakres zobowiązania Wykonawcy, to punkt widzenia Wykonawcy powinien być decydujący dla określenia, czy opis przedmiotu zamówienia jest dla niego jasny i precyzyjny.

Ad. (2)

Mając na uwadze czas realizacji odrębnego zadania, Zamawiający ogranicza się jedynie do wskazania okresu rozpoczęcia prac bez wskazania, kiedy zostaną one zakończone. Wykonawca jest skłonny przypuszczać, że Zamawiający sam dokładnie nie wie, kiedy prace te zostaną zakończone, i również w tym względzie całe ryzyko próbuje przenieść na wykonawcę. Dodatkowym elementem utrudniającym jest fakt, że generalnym wykonawcą i liderem konsorcjum na zadanie Warszawa Zachodnia - Skierniewice (tzw. zadanie odrębne) jest spółka, która ogłosiła upadłość, co stawia ukończenie tego zadania pod znakiem zapytania. Brak informacji na temat tego,

kiedy prace na odrębnym zadaniu zostaną zakończone, uniemożliwia wykonawcom stworzenie harmonogramu realizacji całości prac i prawidłowej ich organizacji, co w rezultacie uniemożliwia prawidłowe skalkulowanie ceny ofertowej. Taką sytuację uznać należy za sprzeczną z art. 29 ust 1 oraz 31 ust 1 p.z.p..

Ad. (3)

Odnosząc się do trzeciego założenia, należy zauważyć, że jest ono sprzeczne z prawem cywilnym oraz prawem budowlanym. Zgodnie bowiem z art. 647 KC do obowiązków nałożonych na inwestora (tutaj Zamawiającego) należy przekazanie terenu budowy. To samo wynika z prawa budowlanego, gdzie zgodnie z art. 22 do podstawowych obowiązków kierownika budowy należy protokolarny odbiór i zabezpieczenie placu budowy. Jeżeli Zamawiający przewidział, że część prac ma odbywać się równolegle, nie sposób ocenić, jak ma wyglądać przekazanie placu budowy, jego zabezpieczenie, kto jest odpowiedzialny za plac budowy w tym czasie, kto bierze odpowiedzialność za bezpieczeństwo pracy, za ewentualne szkody, za kierowanie frontem robót. Poza tym wpływa to również na brak obiektywnych kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty. Różni wykonawcy, w zależności od posiadanych informacji o aktualnie toczącym się zadaniu, mogą zakładać inny czas na przekazanie placu budowy, inny okres czasu na realizację zadania na tym odcinku, co powoduje:

u wykonawcy, że nie jest on w stanie prawidłowo skalkulować oferty, bowiem przedmiot zamówienia nie jest opisany w sposób jednoznaczny, a u Zamawiającego brak możliwości obiektywnego porównania ofert, gdyż każdy z wykonawców, jak również sam Zamawiający mogą dokonywać tylko pewnych założeń w tym zakresie, a nie są one w żaden sposób weryfikowalne.

Uznać zatem należy, że takie wymaganie postanowione przez Zamawiającego stanowi naruszenie przepisów ustawy p.z.p. a pośrednio również innych powszechnie obowiązujących przepisów prawa, jak prawa cywilnego i budowlanego.

Zamawiający, w tomie III Program Funkcjonalno Użytkowy, w części P3, w pkt. 1.3 tiret drugi wprowadził założenie, że linia oraz że wszystkie zabudowane na linii nr 1 w obszarze działania przewidzianego LCS Skierniewice urządzenia srk, zabezpieczenia ruchu na przejazdach kolejowych, elektroenergetyczne, LPN, obiektów zasilania trakcji elektrycznej i sieć trakcyjna przystosowane będą do

włączenia systemu zdalnego sterowania. Ryzyko związane z ewentualnym nieprzystosowaniem ciężu na wykonawcy.

Wykonawca, na dzień składania ofert, nie jest w stanie ocenić: (1) jakie urządzenia mogą być niedostosowane, (2) w jakim stopniu, (3) jakie prace trzeba będzie w związku z tym podjąć i (4) na czyj koszt. Zdaniem wykonawcy tak nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia uniemożliwi Zamawiającemu obiektywną ocenę ofert.

Ponadto, Zamawiający w tomie III Program Funkcjonalno Użytkowy, w części P3, w pkt. 1.3 drugi akapit zastrzegł, że podane założenia są orientacyjne, mogą ulec zmianie na etapie projektu budowlanego, są ryzykiem Wykonawcy i nie stanowią podstawy do robot dodatkowych. Przy takim zapisie w wymaganiach przetargowych, Wykonawca będzie miał dwa rozwiązania (po podpisaniu umowy):

(1) działanie na podstawie założeń Zamawiającego, co może skutkować koniecznością kilkukrotnego poprawiania projektów budowlanych i ponoszenia kilkakrotnie kosztów stworzenia tej samej dokumentacji projektowej (bowiem jedna zmiana może powodować implikację w całym projekcie, co powoduje często konieczność tworzenia projektów od początku) lub też

(2) czekanie z projektami do czasu zakończenia realizacji zadania odrębnego, co z kolei może zagrozić terminowej realizacji przedmiotowego zadania, a w konsekwencji kary za opóźnienie.

Jest to kolejna okoliczność powodująca, że zdaniem wykonawcy, opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia skalkulowanie ceny ofertowej, a zobowiązanie wykonawcy do podpisania kontraktu na takich warunkach jest naruszeniem zasady równowagi stron, gdzie wszystkie ryzyka: zdefiniowane i niezdefiniowane, jak również mogące powstać w przyszłości - zdaniem Zamawiającego - powinny zostać przewidziane i uwzględnione przez wykonawcę, bowiem Zamawiający: (a) nie przewiduje w takim przypadku robót dodatkowych, (2) nie przewiduje w takim przypadku wydłużenia czasu na ukończenie, a (3) w żadnym przypadku nie przewiduje wzrostu wynagrodzenia.

Równocześnie dodatkowym ryzykiem nałożonym na Wykonawcę jest obowiązek zapłaty odszkodowania umownego za opóźnienie, a nie za zwłokę. Przy realizacji zadania, szczególnie tak opisanego w PFU, może pojawić się mnóstwo okoliczności, na które wykonawca nie będzie miał najmniejszego wpływu, które będą od wykonawcy niezależne. Takie okoliczności jak przedłużające się prace na linii

pierwszej, niedostosowane urządzenia, konieczność poprawiania projektów mogą wpłynąć na termin realizacji zadania, nawet przy najlepszej organizacji pracy z jego strony. W takich okolicznościach wykonawca nie powinien być obciążany karami umownymi. Dlatego też, celem oddania zasady równowagi stron, wykonawca powinien być obciążany karami tylko w przypadkach zwłoki w ukończeniu prac. W związku z powyższym uzasadnioną jest zmiana Subklauzuli 8.7 jak zaproponowana na wstępie.

#### Ad. II

W ramach realizacji zadania wykonawca zobowiązany jest do przestrzegania szeregu przepisów prawa krajowego, europejskiego, norm, zarządzeń, wytycznych uchwał itp. Wykonawca deklaruje zgodność rozwiązania, które zamierza zastosować przy realizacji zadania z tymi przepisami i normami na dzień składania ofert. Pomiędzy okresem składania ofert, a Świadectwem Wykonania może upłynąć okres nawet 8 czy 9 lat, w którym to czasie może nastąpić zmiana przepisów czy norm prawnych. Dlatego też uwzględniając słuszny interes stron, w dobrych wzorach postanowień umownych zawarty jest zapis, odnoszący się do postępowania na wypadek zmian obowiązujących przepisów prawnych, a dotyczących przedmiotu umowy. Zwyczajowo wykonawca musi zgodzić się na dostosowanie do nowych przepisów, jednakże ze względu na fakt, iż nie było to objęte przedmiotem zamówienia, przysługuje mu wtedy odpowiednio dłuższy czas na dostosowanie swoich urządzeń do nowych wymagań oraz wpływa to również na Cenę Kontraktową, gdyż są to działania, które wykonawca musi podjąć, a które nie były objęte przedmiotem oferty składanej Zamawiającemu.

Zaznaczyć należy, iż wykonawca na etapie składania ofert nie jest w stanie przewidzieć, jakie przepisy mogą się zmienić i w jakim zakresie, tym bardziej iż część z tym przepisów to wewnętrzne regulacje Zamawiającego. W skrajnym przypadku można założyć taki scenariusz, że Zamawiający na tydzień przed odbiorem końcowym wprowadzi nowe zarządzenie w zakresie tego, co podlega ocenie podczas odbioru i skutecznie w ten sposób uniemożliwi wykonawcy wykonanie zadania na czas, a w konsekwencji doprowadzi do nałożenia na wykonawcę dotkliwych kar umownych.

Zatem rozumiejąc wolę Zamawiającego do odbioru urządzeń, które spełniają normy i przepisy na dzień odbioru końcowego, jak również ograniczone możliwości

wykonawcy przewidzenia w ofercie jakie zmiany w szeroko rozumianym ustawodawstwie mogą nastąpić w czasie realizacji zadania, wykonawca uważa, że zasadnym jest przywrócenie Subklauzuli 13.7 Warunków Ogólnych, która nigdy dotychczas przez Zamawiającego nie była wykreślana, a która właśnie stanowi o możliwości dochodzenia od Zamawiającego wydłużenia Czasu na Ukończenie oraz wzrostu Ceny Kontraktowej. Brak wzmiankowanej Subklauzuli 13.7 Warunków Ogólnych powoduje obciążenie wykonawcy rażąco nierównomiernym ryzykiem kontraktowym.

Jakkolwiek pozycja Zamawiającego przy kształtowaniu treści umowy jest silniejsza, powinien on brać pod uwagę nie tylko swoje interesy, ale także interesy swojego kontrahenta i starać się ułożyć stosunek prawny tak, aby te interesy były jak najbardziej zrównoważone.

#### Ad. II i IV

Zamawiający określając istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, pozostawia w Warunkach Ogólnych FIDIC pewne mechanizmy, które umożliwiają zmianę Czasu na Ukończenie oraz Ceny Kontraktowej. Jednocześnie, w Akcie Umowy, który w hierarchii ważności dokumentów jest na pierwszym miejscu, wskazuje katalog okoliczności, kiedy może nastąpić zmiana umowy i w jaki sposób zmiana ta może wyglądać. Zamawiający, w katalogu tym, nigdy nie dopuszcza możliwości wzrostu Ceny Kontraktowej. W rezultacie, przy tak ukształtowanej treści umowy (na którą składa się Akt Umowy, Warunki Ogólne i Szczególne FIDIC) mamy często dwa zapisy, stanowiące o tym samym, gdzie Akt Umowy dopuszcza pewną zmianę, lecz bez zmiany wynagrodzenia, a później mamy zapisy Warunków Ogólnych i Szczególnych FIDIC, które również przewidują tę samą zmianę, dopuszczając zarówno zmianę wynagrodzenia jak i Czasu na Ukończenie. Z doświadczenia wykonawcy przy tak ukształtowanych zapisach, przy realizacji zadania, Zamawiający powołuje się na hierarchię ważności dokumentów w umowie w przypadku ich sprzeczności i odmawia jakiegokolwiek wzrostu wynagrodzenia, argumentując to tym, że Akt Umowy jest ważniejszy od warunków FIDIC, a ten nie przewiduje możliwości zwiększenia Ceny Kontraktowej. Zatem by zapis dot. zmiany Ceny Kontraktowej oraz Czasu na Ukończenie z Warunków Ogólnych i Szczególnych FIDIC mógł mieć zastosowanie, przy takiej argumentacji Zamawiającego,

niezbędnym jest również wskazanie w Akcie Umowy, że jeżeli FIDIC przewiduje zmianę umowy i przewiduje warunki takiej zmiany (co jest zgodne z art. 144 p.z.p.), to taka zmiana też powinna być dopuszczalna w myśl Aktu Umowy, włączając w to przypadki wzrostu Ceny Kontraktowej. Propozycja zapisu w tym względzie znajduje się w pkt II komparycji pisma.

Ponadto, w odniesieniu do kwestii zmiany przepisów prawnych, by zmiana stanu prawnego dawała wykonawcy możliwość złożenia roszczenia w trybie 20.1 [Roszczenie] Warunków Ogólnych FIDIC, należy również doprecyzować, co Zamawiający rozumie pod podjęciem „Prawa” i ujednolicić katalog z tomu II z tomem III PFU, poprzez doprecyzowanie w Subklauzuli 1.1.6.5., co rozumiemy pod pojęciem „Prawa”, tak jak to zostało zaproponowane na wstępie pisma.

Ze względu zatem na fakt, iż aktualne wymagania przetargowe w różnych aspektach naruszają przepisy ustawy prawo zamówień publicznych bądź są ze sobą sprzeczne, wykonawca wnosi o ich zmianę, w taki sposób, jaki zostało to wskazane na wstępie.

Ad. III

Poniższe uzasadnienie przedstawione zostało na przykładzie Kierownika Budowy, ale w takim samym zakresie odnosi się również do: Kierownika Robót w zakresie urządzeń sterowania ruchem kolejowym, Kierownika robót w zakresie urządzeń przytorowych ETCS, Projektanta w zakresie urządzeń sterowania ruchem kolejowym, Projektanta w zakresie urządzeń przytorowych ETCS.

W zakresie wymagania przez Zamawiającego od Wykonawcy dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, Zamawiający postawił wymóg w odniesieniu do Kierownika Budowy, że musi być to osoba, mająca co najmniej 5 lat doświadczenia na stanowisku kierownika budowy na robotach związanych z budową lub przebudową/modernizacją urządzeń sterowania ruchem kolejowym lub systemów bezpiecznej kontroli jazdy pociągu. Równocześnie, wraz z takim doświadczeniem Zamawiający wymaga od takiej osoby kwalifikacji zawodowych w zakresie uprawnień do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń (pkt 8.3.2. IDW).

Odwołując się do rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 roku w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie wskazane są specjalności budowlane, w której żadna wprost nie odnosi się do kiedyś



istniejącej specjalności w zakresie sterowania ruchem kolejowym. Przez okres ostatnich dwudziestu lat uprawnienia do kierowania robotami w zakresie sterowania ruchem kolejowym były w różny sposób nazywane oraz kwalifikowane jako różne specjalności. Dlatego też osoby, które mogą wykazać się co najmniej 5 letnim doświadczeniem uzyskiwały swoje uprawnienia pod rządami różnych rozporządzeń, a przez to kwalifikowane były w różnych specjalnościach i różnie były nazywane. W związku z powyższym, zdaniem Wykonawcy, zasadnym jest stawianie takiego warunku, który da Zamawiającemu rzeczywistą gwarancję należytego wykonania umowy przez odpowiednio wykwalifikowane osoby. Tylko w ten sposób oddany zostanie cel art. 22 ust. 1 pkt 3 p.z.p.. Takim wymaganiem w zakresie uprawnień/kwalifikacji zawodowych byłyby uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi

związanymi z budową lub przebudową/modernizacją urządzeń sterowania ruchem kolejowym. Zamawiający takich kwalifikacji powinien wymagać i przyjąć na siebie obowiązek weryfikacji, czy uprawnienia osób, którymi dysponuje wykonawca, spełniają tak postawione wymagania.

W aktualnym brzmieniu wymagań odnoszących się do osób zdolnych do wykonania zamówienia, Zamawiający żąda uprawnień, które nie są związane z charakterem wykonywanych prac przy realizacji zadania, a zatem stawia warunek, który nie daje rękojmi należytego wykonania umowy. Żądając kombinacji uprawnień w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych w powiązaniu z pięcioletnim doświadczeniem w branży sterowania ruchem kolejowym stawia nieadekwatne wymagania do zakresu prac, w konsekwencji naruszając w ten sposób zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Uznać zatem należy, że stawiając taki warunek, Zamawiający nie weryfikuje, czy osoby, którymi dysponuje Wykonawca, są zdolne do wykonania zamówienia, czym narusza art. 22 ust 1 pkt 3 p.z.p. Mając na uwadze powyższe, odwołujący wnosi o zmianę tego wymagania, zgodnie z propozycją jak przedstawiono w pkt III komparycji odwołania.

**ODWOŁANIE KIO 2349/12**

W dniu 26.10.2012 r. Huawei Polska Sp. z o.o. w Warszawie wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem postanowień ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 7 ust. 1 ustawy, art. 29 ust. 1, 2, 3 ustawy oraz art. 30 ust. 4, 6 ustawy poprzez wprowadzenie w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w załączniku nr 13 do IDW-WZÓR stanowiącym wzór oświadczenia wykonawcy i PFU wymogu (by oferowana w przedmiotowym postępowaniu infrastruktura współpracowała z produktem „firmy KapschCarrierConr - „systemem NSS20 firmy KapschCarrierCom” lub przeszła z wynikiem pozytywnym testy interoperacyjności z tym konkretnym „systemem NSS20 firmy KapschCarrierCom ”), którego formuła narusza zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jest niejednoznaczna i niewyczerpująca, a nadto skonstruowana za pomocą nieokreślonego, niezrozumiałego i niewyjaśnionego przez Zamawiającego pojęcia „systemu NSS20 firmy KapschCarrierCom ”,
- art. 25 ust. 1 Ustawy poprzez żądanie od wykonawców oświadczeń i dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

1) nakazanie Zamawiającemu usunięcia niezgodnych z przepisami ustawy postanowień i wymogów SIWZ, ogłoszenia o zamówieniu oraz PFU, w szczególności o zmianę treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ (treści załącznika nr 13 do IDW-WZÓR) oraz postanowień PFU (w szczególności PFU, Część 2, pkt 6.4.10 ppkt 9) poprzez:

a) zastąpienie nazwy „NSS20” nazwą „NSS” albo

dopisanie po nazwie „NSS20 (firmy Kapsch CarrierCom AG) ” słów „lub równoważnym” (tj. spełniającym funkcjonalności wymagane przez Zamawiającego),  
oraz

b) dopisanie przed słowem „lub” w obecnej treści ww. załącznika nr 13 wymogu wskazania przez wykonawcę, na jakiej linii kolejowej została zainstalowana oferowana przez niego infrastruktura BSS GSM-R, celem umożliwienia

Zamawiającemu weryfikacji oświadczeń wykonawców zgodnie z zasadą równego traktowania wszystkich wykonawców i w ten sposób umożliwienie Odwołującemu i innym potencjalnym wykonawcom uzyskania zamówienia.

2) zobowiązanie Zamawiającego do zaniechania stosowania niekonkurencyjnej praktyki i nieodwoływania się w ww. dokumentach jedynie do nazwy własnej nieokreślonego żadnymi parametrami technicznymi pojęcia „systemu NSS20 firmy KapschCarrierCom”, którego zastosowanie na rynku nie jest znane, ani nie zostało potwierdzone przez producenta tego systemu i Zamawiającego (według wiedzy Odwołującego);

3) przedłużenie terminu składania ofert i umożliwienie uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w trybie przetargu nieograniczonego na konkurencyjnych zasadach.

W uzasadnieniu odwołania wskazano:

I.

1. Zamawiający, w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w załączniku nr 13 do IDW-WZÓR stanowiącym wzór oświadczenia wykonawcy (które to oświadczenie ma wykazać zdolność wykonawcy do wykonania zamówienia będącego przedmiotem przetargu nieograniczonego) wprowadził wymóg, by oferowana w przedmiotowy postępowaniu infrastruktura BSS GSM-R współpracowała z produktem, firmy KapschCarrierCom” - „systemem NSS20 firmy KapschCarrierCom” lub przeszła z wynikiem pozytywnym testy interoperacyjności z tym konkretnym systemem spółki Kapsch CarrierCom AG (której nazwy Odwołujący może się jedynie domyślać z uwagi na to, że Zamawiający nawet nie wskazał jej w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ odwołując jedynie do firmy KapschCarrierCom”), która to spółka jednocześnie może ubiegać się również o udzielenie zamówienia w przedmiotowym przetargu (może być potencjalnym wykonawcą) i która uzależnia możliwość przeprowadzenia wymaganych przez Zamawiającego w załączniku nr 13 do SIWZ testów m. in. od przekazania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa (które to informacje mogą wpływać na wynik postępowania przetargowego). Zaznaczyć przy tym należy, że Odwołującemu się nie jest znane, ani potwierdzone komercyjne użycie systemu NSS20 firmy KapschCarrierCom”. Wymóg dotyczący systemu NSS20 „firmy KapschCarrierCom” nie jest konieczny, niezbędny do przeprowadzenia postępowania, gdyż w celu

należytego wykonania zamówienia wystarczające jest odwołanie się przez Zamawiającego do parametru technicznego systemu NSS. Wprowadzenie przez Zamawiającego w warunkach zamówienia parametru „systemu NSS20 firmy KapschCarrierCom ” uniemożliwia złożenie oferty przez wykonawców, których infrastruktura przeszła z wynikiem pozytywnym testy interoperacyjności (IOT) na równoważnym poziomie, z którymi to spółka Kapsch CarrierCom AG nie wykonała dotąd wymaganych przez Zamawiającego testów, pomimo tego, że zwracali się o to do konkurencyjnej spółki Kapsch CarrierCom AG. Wykonanie wymaganych przez Zamawiającego w obecnym załączniku nr 13 do SIWZ testów jest bowiem uzależnione od woli spółki Kapsch CarrierCom AG, będącej konkurencją dla Odwołującego, w tym w organizowanych przez Zamawiającego przetargach.

Wskazana powyżej czynność Zamawiającego jest sprzeczna z zasadą uczciwej konkurencji, gdyż określa wymagania, jakie powinien spełnić wykonawca, których spełnienie jest ściśle zależne od woli innego potencjalnego wykonawcy (Kapsch CarrierCom AG, którego to producenta systemu NSS20 z uwagi na nieprecyzyjność oznaczenia i brak w tym zakresie prawidłowych danych w dokumentacji przetargowej, potencjalni wykonawcy mogą się jedynie domyślać). Wymóg Zamawiającego nie jest przy tym uzasadniony żadnymi obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, a bardzo ogranicza krąg potencjalnych wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

Stwierdzić przy tym należy, że w dokumentacji przetargowej dot. postępowania nr ref. IRZRI-216-7.1-24.1/3-02/2012 Zamawiający odwołał się jedynie do „systemu NSS20 firmy KapschCarrierCom” nie podając nawet danych producenta, w szczególności jego firmy (rozumianej jako nazwa i forma prawna). Wskazać przy tym należy, że na rynku polskim i europejskim istnieje kilka podmiotów, które w swojej firmie zawierają wyraz „Kapsch”, m.in. Kapsch Telmatic Services sp. z o.o., Kapsch Enterprise sp. z o.o., Kapsch CarrierCom sp. z

o.o., “Kapsch Immobilien Polen” sp. z o.o. Kapsch CarrierCom AG, Kapsch TrafficCom AG, Kapsch Components GmbH & Co KG, Kapsch Businessom AG. We wcześniejszym przetargu w odpowiedzi na pytania wykonawcy Zamawiający wskazywał jako właściwą w jednym przetargu Kapsch, a w następnym Kapsch sp. z o.o. Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, że Zamawiający nie podaje nawet danych producenta (przykładowo określając go miejscem siedziby, Zamawiający

używa ponadto za każdym razem innych nazw firm w kolejnych przetargach na linię E65 i E20, również w SIWZ posługuje się niekonsekwentnie nazwą tej firmy), do produktu którego odwołuje się w wymogu przetargu, co wysoce utrudnia jego identyfikację. Danych producenta powoływanego systemu pozostali wykonawcy mogą się jedynie domyślać.

Czynność Zamawiającego w sposób rażąco narusza bezwzględnie obowiązujące przepisy art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1, 2, 3 Ustawy oraz art. 30 ust. 4, 6 Ustawy.

2. Formuła wymogu zawartego w załączniku nr 13 do IDW-WZÓR pt. „Oświadczenie potwierdzające, że oferowana infrastruktura BSS GSM-R współpracuje z systemem NSS20 (firmy KapschCarrierCom) na co najmniej jednej linii kolejowej lub, że oferowana infrastruktura BSS GSM-R przeszła z wynikiem pozytywnym testy interoperacyjności (IOT) z systemem NSS20 (firmy KapschCarrierCom) dla interfejsu A ” (dalej również załącznik nr 13) w postępowaniu o udzielenie zamówienia na „Zaprojektowanie i wykonanie LCS Skierniewice oraz ERI MS/ETCS poziom 2/GSM-R na odcinku Warszawa Zachodnia - Koluszki w km 3,900 - 104,918 linii nr 1 i Koluszki - Łódź Widzew w km 26,400 - 7,200 linii nr 17 w ramach projektów: Modernizacja linii kolejowej Warszawa - Łódź, etap II, Lot A - odcinek Warszawa Zachodnia - Miedniewice (Skierniewice) (POLiŚ 7.1-24.1) i Modernizacja linii kolejowej Warszawa - Łódź, etap II, Lot C - pozostałe roboty (POLiŚ 7.1-24.3) ”, oznaczonego sygn.: nr IRZRi-216-7.1-24.1/3-02/2012 uniemożliwia Odwołującemu uczestnictwo w przedmiotowym przetargu nieograniczonym.

Zawarta w ww. załączniku nr 13 do SIWZ formuła odnosząca się do „systemu NSS20 firmy KapschCarrierCom”, w sytuacji gdy Odwołującemu nie jest znane, ani potwierdzone komercyjne użycie tego produktu, Zamawiający nie informował o jego sprawdzeniu, a producent nie wykazał spełnienia norm określonych w zamówieniu na ten produkt i okoliczności, że wykonanie testów interoperacyjnych wskazanych w załączeniu nr 13 jest uzależnione od woli spółki Kapsch CarrierCom AG i na warunkach ustalonych przez tę spółkę - będącego jednocześnie konkurentem w przedmiotowym postępowaniu - narusza zasadę zachowania konkurencyjności postępowania przetargowego i prowadzi do dyskryminacji wykonawców. Z uwagi na formułę odwołującą się do niedookreślonego pojęcia „systemu NSS20 firmy KapschCarrierCom” Odwołujący nie może przygotować oferty, a w konsekwencji uczestniczyć w przetargu, chociaż dysponuje potencjałem technicznym, wiedzą i

doświadczeniem zapewniającym wykonanie zamówienia na „Zaprojektowanie i wykonanie LCS Skierniewice oraz ERTMS/ETCS poziom 2/GSM-R na odcinku Warszawa Zachodnia - Koluszki w km 3,900 - 104,918 linii nr 1 i Koluszki - Łódź Widzew w km 26,400 - 7,200 linii nr 17 w ramach projektów: Modernizacja linii kolejowej Warszawa - Łódź, etap II, Lot A - odcinek Warszawa Zachodnia - Miedniewice (Skierniewice) (POLiS 7.1-24.1) i Modernizacja linii kolejowej Warszawa-Łódź, etap II, Lot C - pozostałe roboty (POLiS 7.1-24.3) ”.

Wymóg spełnienia nieokreślonych przez Zamawiającego parametrów odnoszących się do konkretnego konkurującego w tym samym postępowaniu producenta/dostawcy (w dodatku wadliwie i niedbale określonego, co utrudnia jego zidentyfikowanie) lub konkretnego jego produktu, którego zastosowanie na rynku nie jest ani powszechnie znane, ani w żaden sposób potwierdzone, sam w sobie jest sprzeczny z podstawowymi zasadami postępowania przetargowego. Przedmiotowy wymóg można porównać do ogłoszenia zamówienia na przyczepę, od której wymaga się dopasowania do haka konkretnego, oznaczonego z nazwy producenta, pomimo że nie potwierdzono użycia tego haka, ani zgodności z wymaganymi normami (homologacji), a zamawiający nie sprawdzał parametrów haka i jednocześnie zamawiający nie podaje jego parametrów.

Wymogi Zamawiającego powinny odwoływać się do ujednoczonego systemu, zatwierdzonego przez odpowiednią instytucję międzynarodową i powszechnie uznawanego za standard w dziedzinie, której dotyczy zamówienie. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający powinien odwoływać się do standardów rekomendowanych przez Europejską Agencję Kolejową, ang. European Railway Agency - „ERA”, nie zaś systemu konkurującego podmiotu prywatnego. W związku z tym Odwołujący wnosi o zobowiązanie Zamawiającego do zaniechania niekonkurencyjnej praktyki, przedłużenie terminu składania ofert i umożliwienie uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w trybie przetargu nieograniczonego na konkurencyjnych zasadach.

Należy wskazać, że podmioty Kapsch CarrierCom AG i Nokia Siemens Networks sp. z o.o. (konkurenci Odwołującego), startujące w przetargach ogłaszanych przez Zamawiającego, wykonały testy interoperacyjności w 2011 r. Odwołującemu nie udało się bezpośrednio porozumieć się z konkurentami co do wykonania takich

testów, jednakże Odwołujący podpisał porozumienie z laboratorium DB Systel, które posiada na swoim wyposażeniu systemy GSM-R firm Kapsch i NSN, na wykonanie testów IOT. Dzięki takiemu podejściu można stwierdzić, że testy IOT wykonane w DB Systel z udziałem urzędzeń Odwołującego są bardziej wiarygodne, gdyż:

a. katalog testów Odwołującego jest znany, został on podany do publicznej wiadomości, natomiast katalog testów zadeklarowanych przez Kapsch CarrierCom AG i NSN nie został nigdy podany do publicznej wiadomości, ani też potwierdzony przez niezależną organizację, w związku z tym nie jest znana lista testów Kapsch i NSN, a Zamawiający nawet nie informował o prowadzonej przez niego weryfikacji w tym zakresie;

b. katalog testów wykonanych przez DB Systel przy udziale urzędzeń Odwołującego został doceniony przez ERA jako rekomendowany katalog testów, według których można wykazać jakość współpracy urzędzeń GSM-R wielu dostawców. Tymczasem katalog testów pomiędzy Kapsch CarrierCom AG i NSN jest tylko i wyłącznie wynikiem wewnętrznych uzgodnień tych podmiotów.

c. na podstawie informacji przedstawianych na prezentacjach branżowych można szacować, że katalog testów wykonanych przez Odwołującego może być szerszy nawet o kilkaset pozycji od katalogu testów zadeklarowanego przez Kapsch CarrierCom AG i NSN,

2 Dalej również NSN.

d. procedury testów w DB Systel były ponadto monitorowane przez cztery niezależne Jednostki Notyfikowane, podczas gdy testy Kapsch CarrierCom AG i NSN były jedynie wykonywane za wiedzą ERTMS User Group (ERTMS UG informuje jedynie o okoliczności przeprowadzenia takich testów, nie potwierdza natomiast, że ERTMS UG nadzorowało ich przeprowadzanie) i nie były weryfikowane przez niezależne instytucje.

Nadto, Zamawiający w żaden sposób nie zapewnia bezpieczeństwa i weryfikacji wyników „Testów Interoperacyjności (IOT) z systemem NSS20 „firmy KapschCarrierCom” dla Interfejsu A”, których wymaga w ogłoszonym przetargu.

Niezrozumiałe jest dlaczego Zamawiający w ogłoszonym przetargu nie wymaga od dostawców (wykonawców) katalogu testów rekomendowanego przez ERA, ograniczając się do katalogu testów przepisanych (dosłownie) z deklaracji wykonania testów IOT podpisanej konkretnie przez Kapsch CarrierCom AG i NSN w 2011 r.

Niezrozumiałe, rażąco ograniczające konkurencję i jednocześnie sprzeczne z podstawowymi zasadami prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (w szczególności rażąco naruszające przepis art. 7 ust. 1 Ustawy, 29 ust. 1, 2, 3 Ustawy oraz art. 30 ust. 4, 6 Ustawy) jest niedopuszczanie przez Zamawiającego w przedmiotowym przetargu możliwości wykazania się przez potencjalnych wykonawców (w tym Odwołującego) testami równoważnymi.

3. Wymóg Zamawiającego zawarty w załączniku nr 13 do IDW-WZÓR oświadczenia w sposób rażąco narusza naczelną zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania, i jest sprzeczny nie tylko z obowiązującymi przepisami prawa polskiego, ale również z prawem i polityką Unii Europejskiej, w tym zasadami pomocy finansowanej ze środków unijnych.

Zasada chroniąca uczciwą konkurencję oraz gwarantująca równe traktowanie wykonawców jest jedną z naczelných zasad polskiego oraz unijnego systemu zamówień publicznych. W odniesieniu do unijnego systemu zamówień publicznych zasada ta została wyrażona w art. 2 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi oraz w art. 10 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych. Powyższe zasady znalazły swoje odzwierciedlenie także w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w rozdziale zatytułowanym „Zasady udzielania zamówień”, który statuuje w art. 7 ust. 1 jedną z naczelných zasad polskiego systemu zamówień publicznych. Stanowi ona odzwierciedlenie polskiego i unijnego porządku prawnego regulujących krajowy oraz wspólnotowy rynek oraz rządzące nimi zasady.

Prawo zamówień publicznych podporządkowane jest zasadom niedyskryminacji, równości i zasadzie uczciwej konkurencyjności postępowania. Stanowią one fundament wszystkich postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Są one wspólne dla wszelkich postępowań, w których następuje wydatkowanie środków publicznych. Mają one na celu udostępnienie rynku zamówień publicznych wszystkim przedsiębiorcom na równych zasadach w celu realizacji podstawowego celu zamówień publicznych jakim jest efektywne wydatkowanie środków publicznych.



Wyrażona w art. 7 ust. 1 pzp zasada nakłada na Zamawiającego obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, została sformułowana przez ustawodawcę w odniesieniu do wszystkich etapów postępowania o udzielenie zamówienia (wskazane w art. 7 ust. 1 ustawy wytyczne odnoszą się zarówno do etapu poprzedzającego wszczęcie samego postępowania - dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia, ustalanie warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert), jak również do całego procesu związanego z prowadzeniem procedury obejmującego etap od wszczęcia postępowania, wyjaśniania postanowień SIWZ, rozpatrywania środków ochrony prawnej, badania i oceny ofert do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W wyrok SO w Gliwicach z dnia 22 kwietnia 2008 r. sygn. akt: X Ga 25/08, SO wskazał „Z przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wynikają dwie fundamentalne dla prawa zamówień publicznych, zasady ogólne, a mianowicie zasada równości mówiąca o równym traktowaniu podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne oraz zasada uczciwej konkurencji nakazująca przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji. Pierwsza z tych zasad oznacza, iż każdy z wykonawców powinien być traktowany jednakowo, bez żadnych przywilejów i ulg. Każdy ma zapewniony równy dostęp do informacji, a stawiane wymagania muszą być takie same dla wszystkich podmiotów. Również ocena ofert powinna być dokonywana z uwzględnieniem tych samych kryteriów. Zasada druga odnosi się do przygotowania i przeprowadzenia postępowania oraz wiąże się z obowiązkiem dokonania przez zamawiającego rzetelnej oceny ofert. Realizację tej zasady ma zapewnić m.in. obowiązek sporządzenia dokumentacji, co pozwala zweryfikować postępowanie zamawiającego

Przepis art. 29 ust. 1 Ustawy nakłada na Zamawiającego obowiązek opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przepis ten służy realizacji ustawowych zasad uczciwej konkurencji a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonych art. 7 ust. 1 Ustawy. Zgodnie z przepisem art. 29 ust. 2 pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Ten etap postępowania ma istotny

wpływ na przebieg postępowania i wybór wykonawcy, któremu zostanie udzielone zamówienie publiczne. Ustawodawca wyraźnie stanowi, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwa konkurencie (art. 29 ust. 2 Ustawy) oraz nie można dokonywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, z wyjątkiem przypadku, gdy jest to uzasadnione specyfiką zamówienia, a jeżeli Zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń - wskazaniu takiemu muszą towarzyszyć wyrazy „lub równoważne” (art. 29 ust. 3 Ustawy). Przepis art. 29 ust. 3 pzp ma charakter wyjątkowy i może być on stosowany tylko w wyjątkowych sytuacjach i interpretowany ściśle: gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia lub gdy zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a opisowi towarzyszą wyrazy „lub równoważne” albo podobne, co nadaje wymienionym konkretnym produktom charakter przykładowy. W przypadku dopuszczenia składania ofert równoważnych zamawiający jest zobowiązany do dokładnego określenia wymagań dotyczących takich ofert. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 7 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 254/08 wskazała, iż „Dla oceny w postępowaniach, w których przewidziano składanie ofert równoważnych nie wystarczy językowa wykładnia pojęcia „ równoważność ”, ale zawarte w SIWZ określenia uściślające wymogi Zamawiającego, odnoszące się do dopuszczalnego przez niego zakresu równoważności ofert (...). Zamawiający w SIWZ powinien doprecyzować zakres dopuszczalnej równoważności ofert. W przeciwnym razie nie będzie w stanie ocenić ofert pod kątem własnych potrzeb oraz porównać złożonych ofert. Określenie chociażby minimalnych wymagań w zakresie parametrów oferowanych wyrobów pozwala uznać ów wybór za równoważny bądź nie, a w konsekwencji dopuścić ofertę do oceny bądź ją odrzucić jako niezgodną z treścią SIWZ” (UZP, Zamówienia publiczne w orzecznictwie, zeszyt orzecznicy nr 1, Warszawa 2008, s. 40). Przepisy dotyczące zamówień publicznych służą realizacji zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (oraz związanej z nimi zasady równego dostępu do zamówienia).

Dodatkowo, w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ustawodawca wyraźnie stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W myśl powołanej

regulacji czynem nieuczciwej konkurencji jest m.in. utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku.

W uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 9.11.2005 r. (sygn. akt II Ca 587/05) SO wskazał: „Istotne jest, aby przedmiot zamówienia został opisany w sposób neutralny i nieutrudniający uczciwej konkurencji. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę, bądź które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych”. W wyroku KIO z dnia 20.03.2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 285/09, 300/09, 303/09) KIO podniosła, że: „Z orzecznictwa sądowego, arbitrażowego, a także KIO wynika, że utrudnieniem uczciwej konkurencji lub możliwością takiego utrudnienia, jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który eliminuje z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, niemal wszystkich potencjalnych producentów”. W uchwale z dnia 18 września 2002 r. (sygn. akt III (PP 52/02) Sąd Najwyższy, odnosząc się do obowiązującej wówczas ustawy, ale w tej części nadal aktualnej, stwierdził że: „Z przepisów tych wynikają dwie podstawowe zasady prawa zamówień publicznych: zasada równości (konkurencyjności) i zasada uczciwej konkurencji. Zdecydowanym celem powyższych regulacji jest wyeliminowanie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jakichkolwiek elementów, które miałyby charakter dyskryminacyjny. Można uznać, iż ma charakter dyskryminacyjny wówczas, gdy prowadzi do wyłączenia określonej kategorii potencjalnych dostawców lub wykonawców bez uzasadnionej przyczyny”.

W odniesieniu do przetargu ograniczonego w uzasadnieniu wyroku z dnia 26.08.2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1053/09, KIO podniosła: „na zamawiającym spoczywa obowiązek prowadzenia postępowań w sposób otwarty na konkurencję. Obowiązkiem zamawiającego jest ustalenie takich warunków udziału w postępowaniu z uwzględnieniem jedynie minimalnego poziomu, które zapewniają do ubiegania się o dopuszczenie do udziału w przetargu, wykonawcom zdolnym wykonać dane zamówienie w należyty sposób. (...) prawidłowe opisanie warunków udziału i sposobu ich ocen, ma dla zachowania zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji zasadnicze znaczenie, gdyż w wyniku wadliwych czynności zamawiającego, do postępowania może zostać

niedopuszczony wykonawca, lub też źle oceniony, który gwarantuje właściwe wykonanie zamówienia. Obowiązkiem zamawiającego jest prawidłowe określenie warunków udziału w postępowaniu i sposobu oceny ich spełnienia, w stosunku do wszystkich warunków determinujących ten udział, w szczególności do tych, które podlegają ocenie w ramach budowania rankingu wykonawców dopuszczonych do złożenia oferty. (...) Nakaz otwierania się na konkurencję wynika z podstawowych reguł prawa wspólnotowego m.in. statuowany jest w art. 34 ust. 2 Dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień w sektorze gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, stanowiącego, iż specyfikacje techniczne powinny umożliwiać równy dostęp dla oferenta i nie powinny tworzyć nieuzasadnionych przeszkód dla otwarcia procedury zamówienia publicznego na konkurencję. (...) Urzeczywistnieniu w/w. nakazu powinno służyć uprzednie umożliwienie jak najszerszemu kręgowi wykonawców, zdolnych wykonać zamówienie, złożenie wniosków o dopuszczenie do postępowania, prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego”. Natomiast w uzasadnieniu wyroku z dnia 30 czerwca 2010 r., w sprawie o sygn. akt KIO 1184/10, KIO stwierdziła, że „Zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy zakazane jest opisywanie przedmiotu zamówienia w taki sposób, który mógłby utrudniać konkurencję. Takie brzmienie art. 29 ust. 2 ustawy przesądza o rozkładzie ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym, którego spór sprowadza się do zarzutu ograniczenia konkurencji poprzez opis przedmiotu zamówienia. W takiej sprawie wystarczające dla uznania zarzutu za zasadny jest wykazanie przez odwołującego, że może (choć wcale nie musi) dojść do utrudnienia uczciwej konkurencji”. KIO jednoznacznie orzekła, że Namawiający wskazując na konkretny rodzaj przekładni bez odniesienia do norm, aprobat, specyfikacji technicznych, ani nawet cen technicznych i jakościowych naruszył art. 30 ust. 4 ustawy nie dopuszczając rozwiązań równoważnych, a w konsekwencji naruszając art. 29 ust. 2 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy poprzez ograniczenie uczciwej konkurencji\ Podkreślić należy, że zasada chroniąca uczciwą konkurencję nie została zawężona podmiotowo tylko do wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. W wyroku z dnia 08.07.2011 r. (KIO 1344/11) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła: „ W ocenie Izby nie można mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określany jest w sposób, iż preferowane i wskazane przez zamawiającego rozwiązania wskazują na konkretny

produkt, w szczególności w sytuacji, gdy istnieją tylko dwa podmioty na rynku). Wystarczy bowiem, w tak szczególnej sytuacji, że Zamawiający opíše wymogi i parametry w taki sposób, że spełnić je może wyłącznie produkt oferowany przez jednego z nich”. W kolejnym wyroku (sygn. akt: KIO/UZP 1652/11) Krajowa Izba Odwoławcza stanęła na stanowisku, iż „Zamawiający podając rozwiązanie, które będzie posiadać wskazane cechy, zobowiązany jest jednocześnie dopuścić rozwiązania równoważne. Oznacza to obowiązek wskazania przez zamawiającego możliwych odstępstw od proponowanego przez zamawiającego rozwiązania i jednocześnie uprawnienie wykonawcy do zaproponowania przedmiotu zamówienia, który w tych ramach będzie się mieścił.” Nadto, KIO stwierdziła (w wyroku o sygnaturze KIO/UZP 545/11), iż „Brak podania minimalnych wymagań w zakresie równoważności produktów, przy jednoczesnym wskazaniu konkretnego produktu, stanowi naruszenie dyspozycji art. 29 ust. 3 ustawy Pzp i równego dostępu do zamówienia publicznego i może zniechęcać do udziału w postępowaniu podmioty zamierzające zaoferować produkty inne, niż wskazane jako referencyjne w siwz”, zaś w wyroku o sygnaturze KIO/UZP 489/11, nadto: „Zamawiający, który, opisując przedmiot zamówienia, wskazuje na znaki towarowe, patenty lub pochodzenie, zobowiązany jest na podstawie art. 29 ust. 3 ustawy Pzp dopuścić rozwiązania równoważne. Zgodnie z dominującym w orzecznictwie i doktrynie poglądem, dopuszczają takie równoważne rozwiązania, zobowiązany jest on jednocześnie określić parametry, cechy zamawianego produktu, które w jego ocenie o tejże równoważności będą decydować. Określone tak parametry równoważności stają się potem, na etapie badania i oceny ofert punktem odniesienia dla badanej oferty. ”

Zgodnie z wyrokiem Zespołu Arbitrów z dnia 18 grudnia 2003 r. zamawiający powinien unikać wszelkich sformułowań lub parametrów, które wskazywałyby na konkretny wyrób albo na konkretnego wykonawcę. Nie można mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określony jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego, wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić, oferent musi dostarczyć jeden konkretny produkt. „Narusza zasadę uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia np. grupowanie leków w pakiety, w taki sposób, który z góry eliminuje z postępowania dostawców leków niezwiązanych umowami z jedynym producentem jednego z leków, zawartego w pakiecie ” (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 30 grudnia

2003 r.). Podobnie KIO orzekła w wyroku z dnia 16 czerwca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 553/08: „ (...) Zamawiający zawarł wymóg zaofiarowania przez wykonawców do dezynfekcji drzwi - strefy dotykowej preparatu Incidin Liquid Spray. Jak przyznał na rozprawie Zamawiający, wymagał zaproponowania w ofercie przez wszystkich wykonawców ww. preparatu mimo istnienia na rynku innych preparatów o podobnym działaniu. Nie dopuścił jednocześnie rozwiązań równoważnych w tym zakresie. Izba uznała, iż powyższy zapis stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji i jest niezgodny z dyspozycją art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp ” (UZP, Zamówienia publiczne w orzecznictwie, zeszyt orzecznicy nr 2, Warszawa 2008, s. 45). Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 25 marca 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 291/09, „Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także i środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji. Ustawa wskazuje na zapewnienie równego dostępu do istotnych dla postępowania informacji w jednakowym czasie, zawiera nakaz dokonywania oceny warunków oraz oceny ofert według wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom kryteriów, na podstawie dokumentów przedłożonych we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i ofercie, nie zaś innej wiedzy zamawiającego. Z kolei obowiązek przestrzegania zasady uczciwej konkurencji przez zamawiającego zarówno na etapie przygotowania, jak i prowadzenia postępowania znajduje swój wyraz w przepisach odnoszących się do poszczególnych instytucji i rozwiązań ustawowych i dotyczy takich sytuacji, jak np. próby ograniczenia konkurencji przez zawężenie kręgu wykonawców ponad potrzebę zapewnienia, że zamówienie będzie wykonywać wykonawca wiarygodny i zdolny do jego realizacji bądź też może polegać na wskazaniu wąskiej grupy (bądź jednego) produktów lub usług, nieuzasadnionym celem udzielania zamówienia. Zachowaniu uczciwej konkurencji służy też wiele rozwiązań mających na celu dotarcie z informacją o wszczynanym postępowaniu do kręgu wykonawców mogących je wykonać, takich jak publikacja ogłoszeń o zamówieniu w określonych publikatorach, a w przypadku dopuszczalnego ograniczenia konkurencji poprzez zastosowanie trybów „nieprzetargowych” - określenie minimalnej liczby wykonawców, jakich zamawiający powinien zaprosić do postępowania ”.

Stanowisko ustawodawcy jest jednoznaczne: Zamawiający - będący instytucją publiczną lub jedynie dysponentem środków publicznych nie może w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego formułować warunków w postępowaniu, które bezpośrednio lub nawet pośrednio godziłyby w wyżej wskazaną zasadę, gdyż jest ona wynikiem szerszej rozumianych zasad chroniących swobodny obrót gospodarczy oraz środki publiczne. Przepisy Ustawy („mógłby utrudniać uczciwą konkurencję”) wskazują, iż dla uznania naruszenia zakazu konkurencji wystarczające jest jedynie takie działanie zamawiającego, które mogłoby sprzyjać naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, niekoniecznie zaś godzić w nią bezpośrednio. Do stwierdzenia nieprawidłowości w procedurze przetargu, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez formułowanie określonych wymogów w SIWZ, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji (zob. Wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., II Ca 693/5; wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 13 lipca 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/O-1688/05, Lex nr 175024). W wyroku z dnia 1.10.2008 r. (sygn. KIO/UZP 984/08) KIO wskazała, że w przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 29 ust. 2 Ustawy wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia, w wyroku z dnia 20.03.2009 r. (sygn. KIO/UZP 285/09, 300/09, 303/09) KIO stwierdziła iż zgodnie z art. 29 ust. 2 pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Z przepisu tego wynika zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w taki sposób, który mógłby potencjalnie zagrozić uczciwej konkurencji.

Naruszenie uczciwej konkurencji ma miejsce wówczas, gdy przy opisie przedmiotu zamówienia lub warunków, jakie spełniać mają wykonawcy zamawiający użyje oznaczeń lub parametrów wskazujących konkretnego producenta (dostawcę) lub konkretny produkt, działając w ten sposób wbrew zasadzie obiektywizmu i równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający narusza ustawę Prawo zamówień publicznych także wówczas, jeżeli, mimo że istnieją sposoby opisanie wymogu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, opisuje go poprzez wskazanie na znak towarowy lub wskazanie innych parametrów przesądzających o wyborze konkretnej marki. Tak rygorystyczne dokonanie opisu warunku zamówienia, że spełnić go może tylko jeden wykonawca

oferujący jeden konkretny produkt albo wykonawca ściśle od niego zależny (z którym wykonano ściśle określone testy z konkurentem - wymagane przez zamawiającego) stanowi naruszenie zasad uczciwego i konkurencyjnego prowadzenia postępowania przetargowego.

4. Działanie Zamawiającego w postępowaniu IRZRi-216-7.1-24.1/3-02/2012, będącym przedmiotem niniejszej sprawy, jest sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji, gdyż wprowadza wymagania, jakie powinien spełnić wykonawca, których spełnienie jest ściśle zależne od woli innego wykonawcy (Kapsch CarrierCom AG), potencjalnego konkurenta w postępowaniu o udzielenie tego samego zamówienia publicznego. Wprowadzony przez Zamawiającego wymóg, by zamawiana infrastruktura współpracowała z produktem „firmy KapschCarrierCom” - „systemem NSS2 firmy KapschCarrierCom” lub przeszła z wynikiem pozytywnym testy interoperacyjności z tym konkretnym systemem spółki Kapsch Carrier Com AG, będącej konkurentem Odwołującego, bezzasadnie uzależnia możliwość przeprowadzenia wymaganych testów m. in. od przekazania konkurentowi - spółce Kapsch CarrierCom SG informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa mogących wpływać na wynik postępowania przetargowego.

Zaznaczyć przy tym należy ponownie, że nie jest znane, ani potwierdzone komercyjne użycie systemu NSS20 firmy KapschCarrierCom. Wymóg dotyczący systemu NSS20 firmy KapschCarrierCom nie jest niezbędny, gdyż w celu należytego wykonania zamówienia wystarczające jest odwołanie się przez Zamawiającego do parametru technicznego, systemu NSS. Wprowadzenie przez Zamawiającego w warunkach zamówienia parametru „systemu NSS20 firmy KapschCarrierCom” uniemożliwia złożenie oferty przez wykonawców oferujących infrastrukturę BSS GSM-R, która przeszła z wynikiem pozytywnym testy interoperacyjności (IOT) na równoważnym poziomie, z którymi spółka Kapsch CarrierCom AG nie wykonała dotąd wymaganych przez Zamawiającego testów, pomimo tego, że się o to się zwracali do spółki Kapsch CarrierCom AG, gdyż wykonanie testów, a tym samym spełnienie wprowadzonego przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu wymogu, jest uzależnione od woli konkurencyjnej spółki Kapsch Carrier Com AG.

Podkreślić należy, że w niniejszej sprawie nie istnieją przesłanki, które mogłyby uzasadniać odstępstwo od naczelných zasad postępowania zamówienia publicznego, o czym świadczy dobitnie okoliczność, iż Zamawiający w żaden sposób



nie wyjaśnia i nie opisuje co rozumie pod pojęciem „systemu NSS20”, w tym nie podaje w tym zakresie jakichkolwiek parametrów technicznych systemu NSS20.

Nadto, w postanowieniach wzoru umowy stanowiącego załącznik do SIWZ Zamawiający dopuszcza możliwość zastosowania innych (nowocześniejszych lub tańszych) rozwiązań technicznych i technologicznych niż wskazane w ofercie oraz dopuszcza możliwość zrealizowania jakiegokolwiek części robót, objętej przedmiotem umowy, przy zastosowaniu odmiennych rozwiązań technicznych i/lub technologicznych niż wskazane w programie funkcjonalno-użytkowym gdyby zastosowanie przewidzianych rozwiązań groziło niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem przedmiotu umowy (§ 5 wzoru umowy objętego SIWZ).

Podnieść należy, że dopuszczając w umowie możliwość zastosowania „rozwiązań technicznych i technologicznych nowocześniejszych niż wskazane w ofercie” Zamawiający nie wymaga by te zastępcze rozwiązania „przeszły z wynikiem pozytywnym Testy Interoperacyjności (IOT) z systemem NSS20 produkcji firmy KapschCarrierCom”, jak to czyni w wymogu dokumentacji przetargowej. Okoliczność ta nie tylko świadczy o tym, że wprowadzony przez Zamawiającego w postępowaniu przetargowym wymóg odwołujący się do „systemu NSS20 firmy KapschCarrierCom” nie jest konieczny, ale dostatecznie uzasadnia podejrzenie, że jest on stosowany w celu wyeliminowania konkurencji.

O braku niezbędności ograniczenia konkurencji świadczy również okoliczność, iż w analogicznym przetargu prowadzonym pn. „ Wykonanie Projekt, budowa i wdrożenie systemu ERTMS na odcinku linii kolejowej E30 Legnica - Wrocław - Opole oraz opracowanie rezultatów studium wykonalności i sporządzenie załączników do wniosku o dofinansowanie, w ramach projektu POIiS 7.1-14 „Modernizacja linii kolejowej E 30, Etap II. Wdrożenie ERTMS/ETCS i ERTMS/GSM-R w Polsce na odcinku Legnica - Wrocław - Opole”- nr ref.: IRZRh-216-7.1-14-02/12 Zamawiający nie wymagał by oferowana przez wykonawcę infrastruktura współpracowała z „systemem NSS20 firmy KapschCarrierCom”, co potwierdza, iż możliwe było zamówienie i wykonanie przedmiotu przetargu bez odwoływania się do ograniczającej konkurencję nieokreślonej formuły „system NSS20 firmy KapschCarrierCom ”.

Warunek przetargu odwołujący się do produktu wykonanego przez konkretnego producenta lub pochodzącego z konkretnego źródła, w sytuacji gdy jego stosowanie

na rynku nie zostało według wiedzy Odwołującego jeszcze potwierdzone przez stosowne referencje, jest rażąco niezgodny z zakazem dyskryminacji. Narusza zasadę zachowania konkurencyjności postępowania przetargowego i faworyzowania uczestników postępowania ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego i wskazuje, że Zamawiający nie traktuje równo wszystkich uczestników postępowania i nie zapewnia wszystkim jednakowych szans uzyskania zamówienia, a formułuje takie warunki postępowania, które prowadzi do dyskryminacji wykonawców. Przykładowo również można wskazać, że w obecnej wersji oświadczenia zawartego w załączniku nr 13 do SIWZ wyjątkowo uprzywilejowana jest spółka Kapsch CarrierCom AG, bowiem nikt (ani Zamawiający, ani potencjalni oferenci inni niż Kapsch) nie jest w stanie zweryfikować prawdziwości tego oświadczenia, Zamawiający nie wymaga bowiem nawet podania lokalizacji linii kolejowej, na której infrastruktura współpracować ma z systemem tej firmy.

Powyższe wnioski potwierdza również ustawodawstwo unijne i orzecznictwo ETS. Na tle stanu faktycznego w sprawie Dundalk pojawiło się pytanie o dopuszczalność określenia przedmiotu zamówienia przez podanie jedynie krajowych norm technicznych (w tym przypadku irlandzkich), bez użycia sformułowania „lub równoważne” odnoszącego się do innych ofert. ETS stwierdził, że takie określenie narusza treść art. 28(30) Traktatu, ponieważ prowadzi do dyskryminacji i mogło wywrzeć niekorzystny wpływ na import rur wodociągowych do Irlandii (orzeczenie ETS z dnia 22.09.1988 w sprawie C-45/87 (Dundalk), ECR 1988, s. 4929).

W orzeczeniu z dnia 24.01.1995 r. w sprawie C-359/93 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Królestwu Holandii (sprawa „UNIX”) dotyczącej użycia przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu nazwy „UNIX”, jako nazwy systemu operacyjnego, który miał być zastosowany, bez podania sformułowania „lub równoważny” Trybunał podzielił pogląd, że UNIX nie jest ujednoliconym systemem, zatwierdzonym przez odpowiednią instytucję międzynarodową i powszechnie uznawanym za standard w dziedzinie informatyki. System ten opracowała nieoficjalna organizacja powołana dla przyspieszenia standaryzacji w dziedzinie informatyki. Dopiero po zatwierdzeniu przez odpowiedni organ administracyjny, można by uznawać UNIX za powszechnie obowiązujący standard. Ponieważ nazwa ta jest marką określonego produktu, na skutek niedodania po słowie „UNIX” wyrazów „lub równoważny” doszło do naruszenia postanowień dyrektywy 71/305. Holandia

została uznana za winną naruszenia postanowień dyrektywy, ponieważ w ogłoszeniu o zamówieniu w miejsce, gdzie zamawiający określa przedmiot zamówienia za pomocą konkretnego znaku towarowego, nie dodano wyrazów „lub równoważny”. Równocześnie ETS przypomniał, że w świetle dyrektywy wskazanie marki z dodaniem wyrazów „lub równoważne” jest dopuszczalne tylko w sytuacji, kiedy przedmiot zamówienia nie może być opisany za pomocą dostatecznie precyzyjnych i zrozumiałych określeń. Nadto, ETS uznał za naruszające art. 28 (30) Traktatu wskazanie przez zamawiającego w postępowaniu nazwy własnej produktu.

W wyroku z dnia 21 lutego 2008 r. Trybunał podniósł zarzut uchybienia zobowiązaniom, które ciążą na państwach członkowskich na mocy dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.Urz. L 209, s. 1), dyrektywy Rady 93/36/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy (Dz.Urz. L 199, s. 1), dyrektywy Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.Urz. L 199, s. 54), zmienionej dyrektywą Parlamentu i Rady 97/52/WE z dnia 13 października 1997 r. (Dz.Urz. L 328, s. 1), dyrektywy Rady 93/38/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.Urz. L 199, s. 84) oraz na mocy art. 43 WE i art. 49 WE, a także zasad przejrzystości i równego traktowania, których są wyrazem. Wymienione dyrektywy przyjęto w ramach ustanowienia rynku wewnętrznego, rozumianego jako obszar bez granic wewnętrznych, na którym zapewniony jest swobodny przepływ towarów, osób, usług i kapitału. Mają one na celu wyeliminowanie praktyk ograniczających konkurencję oraz ograniczających udział w przetargach podmiotów pochodzących z innych państw członkowskich, aby urzeczywistnić w szczególności swobodę przedsiębiorczości i świadczenia usług, wyrażone odpowiednio w art. 43 TWE i 49 TWE.

Rynek zamówień publicznych jest kształtowany nie tylko w drodze publicznej kontroli wydatkowania środków finansowych leżących w gestii państw członkowskich, ale także przez instytucje UE. System prawny UE w zakresie zamówień publicznych, poprzez obowiązek przestrzegania podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, zwłaszcza zasady niedyskryminacji, równości i uczciwej konkurencji,

przejrzystości ma zapewnić konkurencyjność oraz efektywność wydatkowania środków publicznych. Wskazane zasady prowadzenia postępowań w sprawie zamówień publicznych mają ograniczać zjawiska patologii gospodarczych, a w szczególności korupcji. Zasada niedyskryminacji, jest naczelną zasadą wszystkich postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, jako zasada związana z zapewnieniem uczciwej konkurencji. Podkreślić należy, że obowiązujące ustawodawstwo (polskie i unijne), w sytuacji gdy wykonawcą zamówienia może być tylko jeden przedsiębiorca zezwala na dokonanie zamówienia w trybie niekonkurencyjnym. Procedura ta nie może być jednak nadużywana i stosowana w sytuacji, gdy na rynku istnieje konkurencja (orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 3 maja 1994 r. w sprawie C- 328/92, ECR 1994).

Jeżeli zatem Zamawiający uważa, że wykonawcą zamówienia o nr ref. nr IRZRI-216-7.1-24.1/3-02/2012 może być wyłącznie spółka Kapsch CarrierCom AG lub inny przedsiębiorca, który przeszedł z wynikiem pozytywnym testy interoperacyjności z „systemem NSS20 firmy KapschCarrierCom” (który to warunek jest uzależniony od woli spółki Kapsch CarrierCom AG, de facto potencjalnego konkurenta w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego), powinien dokonać zamówienia w trybie niekonkurencyjnym, nie zaś stwarzać pozór postępowania konkurencyjnego, przetargu nieograniczonego. Z uwagi na okoliczność, że skorzystanie z trybów niekonkurencyjnych jest wyjątkiem od ogólnej zasady stosowania trybów podstawowych, gdyby Zamawiający korzystał z trybu niekonkurencyjnego Zamawiający zobowiązany byłby udowodnić przesłanki zastosowania takiego trybu, czego nie czyni w niniejszym postępowaniu o nr ref, nr IRZRI-216-7.1-24.1/3-02/2012. Głównym zadaniem regulacji zamówień publicznych jest zapewnienie efektywnej konkurencji, która może przyczyniać się do wzrostu gospodarczego oraz zapewnić efektywność wydatkowania środków publicznych. Stosując powyższą zasadę Zamawiający, korzystający z dofinansowania unijnego, powinien dokonywać zakupu towarów i usług oraz robót budowlanych po korzystniejszych cenach i o lepszej jakości. W przypadku zamówień publicznych współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej skutkiem wadliwego prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może być korekta finansowa (por. wytyczne Komisji Europejskiej z dnia 21 listopada 2007 r. Wytyczne dotyczące określania korekt finansowych dla wydatków współfinansowanych z Funduszy Strukturalnych oraz Funduszu Spójności w przypadku nieprzestrzegania przepisów dotyczących

zamówień publicznych oraz dokument Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE).

Mając powyższe na uwadze stwierdzić należy, że formuła warunku zawartego w załączniku nr 13 do IDW-WZOR pt. „Oświadczenia potwierdzające, że oferowana infrastruktura BSS GSM-R współpracuje z systemem NSS20 (firmy KapschCarrierCom) na co najmniej jednej linii kolejowej lub, że oferowana infrastruktura BSS GSM-R przeszła z wynikiem pozytywnym testy interoperacyjności (IOT) z systemem NSS20 (firmy KapschCarrierCom) dla interfejsu A ” bezprawnie uniemożliwia Odwołującemu i innym potencjalnym wykonawcom złożenie oferty i uczestnictwo w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Formuła ta de facto określa wymagane przez Zamawiającego cechy przedmiotu zamówienia, niezbędne do wykonania czynności integracyjnych których Zamawiający nie określa parametrami technicznymi, lecz odwołuje się jedynie do nazwy własnej „NSS20”. Nazwa ta została jednocześnie wskazana w PFU, opisującym przedmiot zamówienia. Sprzeczny z podstawowymi zasadami postępowania przetargowego jest wymóg spełnienia nieokreślonych parametrów odnoszących się do konkretnego konkurującego producenta (dostawcy) lub konkretnego jego produktu, którego produkcyjne zastosowanie na linii kolejowej nie zostało potwierdzone wg wiedzy Odwołującego.

Przedmiotowy wymóg - jak wskazano wyżej - można porównać do zamówienia na przyczepę, od której wymaga się dopasowania do niedookreślonego żadnymi parametrami haka konkretnego oznaczonego z nazwy producenta, pomimo że nie potwierdzono użycia tego haka, ani zgodności z wymaganymi normami (homologacji) i jednocześnie zamawiający nie podaje jego parametrów. Takiego zachowania Zamawiającego, które de facto eliminuje Odwołującego jako konkurenta spółki Kapsch CarrierCom AG z postępowania dotyczącego zamówienia publicznego organizowanego i prowadzonego przez Zamawiającego, nie można akceptować w dobie gospodarki rynkowej opartej na konkurencji i równym traktowaniu uczestników obrotu, nadto w demokratycznym państwie prawa jakim jest Rzeczypospolita Polska.

Zamiast formułowania takiego warunku wnosimy o zobowiązanie Zamawiającego do odwołania się w wymogu postępowania (zawartym w załączniku nr 13) do parametrów i testów ujednoliconych, zatwierdzonych przez odpowiednią instytucję

międzynarodową i powszechnie uznawanych za standard w dziedzinie stanowiącej przedmiot zamówienia (tj. do testów rekomendowanych przez Europejską Agencję Kolejową, ang. European Railway Agency - ERA, która we współpracy z sektorem kolejowym, władzami krajowymi, unijnymi i innymi organami działa na rzecz tworzenia wspólnych, uzasadnionych z ekonomicznego punktu widzenia norm technicznych oraz środków bezpieczeństwa i wartości docelowych w dziedzinie bezpieczeństwa) oraz zaniechanie formułowania warunków, których spełnienie uzależnione jest od jednego podmiotu, zwłaszcza takiego, który również jest potencjalnym wykonawcą tego samego zamówienia i stanowi konkurencję dla innych wykonawców.

## **ODWOŁANIE KIO 2350/12**

W dniu 26.10.2012 r. Siemens Sp. z o.o. w Warszawie wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem postanowień SIWZ, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 387 § 1 kodeksu cywilnego.

W treści odwołania przedstawiono następujące zarzuty i żądania względem treści SIWZ:

### **Zarzut nr 1**

W SIWZ TOM III Program funkcjonalno- użytkowy Część 3 - zadanie PC w punkcie 1.4 Zamawiający zawarł następujący wymóg:

„1. Wiadomości ogólne o przedmiocie zamówienia

1.4 Zakres modernizacji linii kolejowej nr I na odcinku Miedniewice -Koluszki oraz nr 17 na odcinku Koluszki —Łódź Widzew.

Zamówienie niniejsze obejmuje wykonanie na modernizowanym odcinku linii nr 1 i linii nr 17 następujących prac:

- adaptacja urządzeń sterowania ruchem kolejowym do współpracy z systemem ERTMS/ETCS poziom 2 i zabudowa interfejsu zgodnego z protokołem Euroradio+ZSUBSET- 098 na posterunku ruchu Łódź Andrzejów,

- zaprojektowanie, wybudowanie i uruchomienie systemu ERTMS/ETCS poziomu 2, z urządzeniami RBC zlokalizowanymi w budynkach: LCS Skierniewice i LCS Koluszki.
- zaprojektowanie, wybudowanie i uruchomienie systemu ERTMS/GSM-R
- dostosowanie istniejących systemów łączności przewodowej i radiowej związane z uruchomieniem zdalnego sterowania,
- wykonanie niezbędnych prac adaptacyjnych w obiektach w których będą zlokalizowane urządzenia objęte przedmiotem zamówienia,"

Odwołujący wniosk o zmianę tego wymogu w sposób jak niżej:

1.4 Zakres modernizacji linii kolejowej nr I na odcinku Miedniewice -Koluszki oraz nr 17 na odcinku Koluszki —Łódź Widzew.

Zamówienie niniejsze obejmuje wykonanie na modernizowanym odcinku linii nr 1 i linii nr 17 następujących prac:

- na posterunku Łódź Andrzejów należy wymienić system zależnościowych urządzeń przekaźnikowych typu E na komputerowe urządzenia zależnościowe przystosowane do współpracy z system ERTMS/ ETCS Poziom 2 wraz z podłączeniem do systemu ERTMS/ ETCS zgodnie z protokołem Euroradio+/Subset-098,
- zaprojektowanie, wybudowanie i uruchomienie systemu ERTMS/ETCS poziomu 2, z urządzeniami RBC zlokalizowanymi w budynkach: LCS Skierniewice i LCS Koluszki.
- zaprojektowanie, wybudowanie i uruchomienie systemu ERTMS/GSM-R
- dostosowanie istniejących systemów łączności przewodowej i radiowej związane z uruchomieniem zdalnego sterowania,
- wykonanie niezbędnych prac adaptacyjnych w obiektach, w których będą zlokalizowane urządzenia objęte przedmiotem zamówienia,

Uzasadnienie:

W związku z faktem, iż na posterunku Łódź Andrzejów znajdują się zależnościowe urządzenia przekaźnikowe, zdaniem Odwołującego nie jest technicznie możliwa ich adaptacja, która umożliwi bezpieczne powiązanie tych urządzeń na poziomie SIL4 z systemem ERTMS/ ETCS Poziom 2. W konsekwencji nie jest możliwe przeprowadzenie we właściwy sposób certyfikacji systemu sterowanie w sposób zapewniający interoperacyjność na całym odcinku modernizowanej linii kolejowej. Stawiając taki wymóg Zamawiający narusza art. 387 par. 1 kc w zw. z art. 14 pzp zmuszając wykonawców do wykreowania zobowiązania do świadczenia niemożliwego pierwotnie, które z mocy kodeksu cywilnego jest nieważne. Proponujemy zatem zmianę jak wyżej.

## **Zarzut nr 2**

W SIWZ TOM III Program funkcjonalno- użytkowy Część 3 - zadanie PC w punkcie 1.6 Zamawiający zawarł następujący wymóg:

„1.6 Wyposażenie linii w urządzenia SRK.

Na potrzeby przedmiotowego zadania należy przyjąć stan docelowy wyposażenia linii nr 1 i 17 w urządzenia SRK, który zostanie osiągnięty po zakończeniu modernizacji linii w warstwie podstawowej. Należy założyć, że linia zostanie wyposażona w komputerowe urządzenia stacyjne oraz czterostawną komputerową blokadę liniową, za wyjątkiem posterunku Łódź Andrzejów (urządzenia przekaźnikowe typu E z nakładką MOR-1) i stacji Łódź Widzew (urządzenia przekaźnikowe typu E).

Odwołujący wniósł o zmianę tego wymogu w sposób jak niżej:

1. 6 Wyposażenie linii w urządzenia SRK.

Na potrzeby przedmiotowego zadania należy przyjąć stan docelowy wyposażenia linii nr 1 i 17 w urządzenia SRK, który zostanie osiągnięty po zakończeniu modernizacji linii w warstwie podstawowej. Należy założyć, że linia zostanie wyposażona w nowoczesne komputerowe urządzenia stacyjne oraz czterostawną komputerową blokadę liniową dostosowane do podłączenia do systemu ERTMS/ ETCS Poziom 2,



za wyjątkiem posterunku Łódź Andrzejów (urządzenia przekaźnikowe typu E z nakładką MOR-1) i stacji Łódź Widzew (urządzenia przekaźnikowe typu E)."

Uzasadnienie:

W związku z faktem iż linia nr 1 i 17 są modernizowane to zgodnie z obowiązującym prawem zabudowane na nich nowe i nowoczesne systemy i urządzenia stacyjne, blokady liniowe, systemy sygnalizacji przejazdowej oraz diagnostyki taboru (DSTA) aktualnie projektowane muszą być dostosowane do podłączenia do systemu ERTMS/ ETCS.

Toteż koszt adaptacji urządzeń do stanu umożliwiającego ich podłączenie do ETCS / ETRMS Poziom 2 nie może obciążać Wykonawcy zadania objętego Postępowaniem. Obowiązek zaadoptowania i wynikającej z tego konieczności certyfikacji zarówno dla istniejących jak i projektowanych i planowanych do zabudowy systemów stacyjnych lub blokad liniowych spoczywa na ich producencie lub wykonawcach kontraktów, w ramach których systemy sterowania ruchem stacyjne, blokady liniowe, oraz inne zostały dostarczone i zabudowane. Wykonawca zadania objętego Postępowaniem zakładając przygotowanie systemów sterowania ruchem do podłączenia ETRMS/ ETCS Poziom 2, podejmie się certyfikacji zgodnie z wymaganiami Zamawiającego w tym zadaniu, jednak z wyłączeniem zakresu certyfikacji wynikającego z konieczności przeprowadzenia zmian lub adaptacji koniecznych do osiągnięcia gotowości technicznej oraz funkcjonalnej istniejących systemów lub urządzeń sterowania ruchem kolejowym do podłączenia ERTMS/ ETCS Poziom 2.

### Zarzut nr 3

W SIWZ TOM III Program funkcjonalno- użytkowy Część 3 - zadanie PC w punkcie 1.6 Wyposażenie linii w urządzenia srk Tabela nr 2.2 Zamawiający podał następujące dane podstawowe o systemach SRK w obszarze Płyćwia - Widzew Łódź:

Tabela 2.2 Podstawowe dane w zakresie urządzeń srk w obszarze Płyćwia-Łódź Widzew

Fosteoinki ruchu w obszarze Płyćwia -Łódź Widzew		
Stacja	Ilość centr. nap./sygna	Istniejący system SRK Uwagi
Płyćwia	19/21	EBILOCK S5C w4 z STC2 linia nr 1

Rogów	25/25	EBILOCK SSO w4 zSTC2	linia nr 1
Kcluszk*	131/146	EBILOCK 950 w4 z STC2	linia nr 1
Galkówek	30/39	EBILOCK 950 w4 z STC2	linia nr 17
Łódź Andrzejów	9/6	przełącznikowe typu E z nakładką MOR-1	linia nr 17
Łódź Widzew	131/93	przełącznikowe typu E	linia nr 17
Blokada liniowa na obszarze Skierniewice Park - Łódź Widzew			

Szlak	Istniejący system sbi	Uwagi
Skierniewice Park – Płyćwia	dwukierunkowa, czterostawna typ SHL-1	linia nr 1
Płyćwia - Rogów	dwukierunkowa, czterostawna,SHL-1	linia nr 1
Rogów - Kuluszki	dwukierunkowa, czterostawna.SHL-1	linia nr 1
Kuluszki - Galkówek	dwukierunkowa. czterostawna.SHL-1	linia nr 17
Galkówek - Łódź Andrzejów	dwukierunkowa, czterostawna SHL-1	linia nr 17
Łódź Andrzejów - Łódź Widzew	dwukierunkowa, czterostawna,SHL-1	linia nr 17

Przejazdy kolejowe na obszarze Skierniewice Park - Łódź Widzew.			
km przejazdu	kat	Istniejący system przejazdowy	Uwagi
68,236	E	RHR-A	linia nr 1
71,235	B	RASP-4F1	linia nr 1
73,009	B	SPA-41	linia nr 1
73,974	B	SPA-41	linia nr 1
75,372	B	SPA-41	linia nr 1
76,294	8	SPA-41	linia nr 1
78,535	B	SPA-41	linia nr 1
79,419	A	SPR-2	linia nr 1
81,160	A	SPR-2	linia nr 1
81,807	E	SPA-41	linia nr 1
82,751	A	rogatka mechaniczna	linia nr 1
84,710	B	RASP-4 Ft	linia nr 1
85,565	B	RASP-4 Ft	linia nr 1
87,666	B	RASP-4Ft	linia nr 1
89,822	B	RASP-4Ft	linia nr 1
92,345	B	RASP-4 Ft	linia nr 1
95,099	A	SPR-2	linia nr 17
97,337	A	SPR-2	linia nr 17
99,619	B	RASP-4F1	linia nr 17
100,020	B	RASP-4 Ft	linia nr 17
102,008	B	RASP-4Ft	linia nr 17
102,708	B	SPA-5	linia nr 17
103,722	A	SPR-2	linia nr 17
25,355	A	SPR-2	linia nr 17
24,392	A	SPR-2	linia nr 17
23,506	A	SPR-2	linia nr 17
22,005	A	RHR-A	linia nr 17
20,831	A	SPR-2	linia nr 17
18,704	A	SPR-2	linia nr 17
16,046	A	RHR-A	linia nr 17
13,164	A	RHR-A	linia nr 17
12,284	B	RASP-4Ft	linia nr 17
10,813	A	RHR-A	linia nr 17
8,834	A	SPR-2	linia nr 17
7,709	A	SPR-2	linia nr 17

Odwołujący wniósł o zmianę treści Tabeli nr 2.2 w następujący sposób:

Tabela 2.2 Szczegółowe dane w zakresie urządzeń srk w obszarze Płyćwia - Widzew Łódź

Systemy stacyjne na posterunkach ruchu w obszarze Płyćwia - Łódź Widzew					
Stacja	Ilość centr. nap.sygna	Istniejący system SRK: Nazwa Typu	Istniejący system SRK Nr Świadectwa dopuszczenia (UTK/GIK)	Istniejący system SRK Nazwa i numer dokumentacji DTR zgodna z treścią świadectwa dopuszczenia (UTK/GIK)	Uwagi
Płyćwia					
Rogów					
Koluszki					
Gałkówek					
Łódź Andrzejów					
Łódź Widzew					

W załączeniu do tabeli Zamawiający przekaże oferentom kopie świadectw oraz kopie dokumentacji DTR wymienionej w treści świadectwa (zamieszczonych w tabeli).

Tabela 2.2 Szczegółowe dane w zakresie urządzeń srk w obszarze Płyćwia - Widzew Łódź c.d

Blokady liniowe na obszarze Skierniewice Park - Łódź Widzew				
Szlak	Istniejący system blokady: Nazwa Typu	Istniejący system blokady Nr Świadectwa dopuszczenia (UTK/GIK)	Istniejący system blokady Nazwa i numer dokumentacji DTR zgodna z treścią świadectwa dopuszczenia (UTK/GIK)	Uwagi
Skierniewice Park — Płyćwia				
Płyćwia - Rogów				
Rogów Koluszki				
Koluszki - Gałkówek				

Gańkówka — Łódź Andrzejów				
Łódź Andrzejów Łódź Widzew				

W załączeniu do tabeli Zamawiający prześle oferentom kopie świadectw oraz kopie dokumentacji DTR wymienionej w treści świadectwa (zamieszczonych w tabeli).

Tabela 2.2 Szczegółowe dane w zakresie urządzeń srk w obszarze Płyćwia - Widzew Łódź c.d.

Przejazdy kolejowe na obszarze Skierniewice Park - Łódź Widzew					
Km przejazdu	kat	Istniejący system przejazdowy: Nazwa Typu	Istniejący system przejazdowy Nr Świadectwa dopuszczenia (UTK/GIK)	Istniejący system przejazdowy Nazwa i numer dokumentacji DTR zgodna z treścią świadectwa dopuszczenia (UTK/GIK)	Uwagi
68,236					
71,236					
73,009					
73,974					
75,372					
76,294					
78,535					
79,419					
81160					
81807					
82751					
84,710					
85,565					
87,666					

89,822					
92,345					
95,099					
97,337					
99,619					
100,020					
102,008					
102,708					
103,722					
25,355					
24,392					
23,506					
22,005					
20,831					
18,704					
16,046					
13,164					
12,284					
10,813					
8,834					
7,709					

W załączeniu do tabeli Zamawiający przekaze oferentom kopie świadectw oraz kopie dokumentacji DTR wymienionej w treści świadectwa (zamieszczonych w tabeli).

#### Uzasadnienie:

Podane przez Zamawiającego dane w Tab 2.2 nie są jednoznaczne i wyczerpujące nie dając możliwości Odwołującemu wystarczających informacji do rzetelnego sporządzenia oferty (naruszenie art. 29 ust. 1 PZP) czy też wręcz uniemożliwiają jej sporządzenie poprzez brak jednoznacznego wskazania jaki typ systemu oraz w jakiej konfiguracji urządzeń oraz zgodnie z jakimi warunkami dopuszczenia do eksploatacji typu określonym jednoznacznie poprzez świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu wydanego przez UTK z jednoznacznym podaniem nazwy oraz numeru dokumentacji techniczno- ruchowej DTR (podanej w treści świadectwa dopuszczenia typu systemu srk). Zamawiający jako zarządca infrastruktury jest z pewnością podmiotem prowadzącym działalność w sposób profesjonalny w zakresie sterowania ruchem kolejowym. Wobec tego prosimy o podanie dla każdego z istniejących oraz projektowanych urządzeń oraz systemów sterowania ruchem kolejowym właściwej nazwy typu systemu lub urządzenia, podanie numeru świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu (które umożliwia jego eksploatację) oraz nazwę i numer właściwej

dokumentacji DTR tj. przewołanej w treści świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu. Dopiero informacja dot. ww. danych stworzy Odwołującemu możliwość przygotowania rzetelnej oferty w tym określenia warunków technicznych możliwości podłączenia urządzeń do systemu ERTMS/ ETCS Pozimo 2 a konsekwencji ceny ofertowej.

#### **Zarzut nr 4**

W SIWZ TOM III Program funkcjonalno- użytkowy Część 3 - zadanie PC w punkcie 4.5 Zamawiający zawarł następujący wymóg:

„4.5 Wykonanie robót

Wykonawca będzie wykonywał roboty według zaakceptowanego projektu organizacji i harmonogramu robót uwzględniającego wszystkie warunki, w jakich będą wykonywane roboty. Wykonawca opracuje niezbędną dokumentację montażową (szczegółowe projekty wykonawcze). Dokumentacja ta podlega zatwierdzeniu przez Inżyniera.

Projekty organizacji harmonogram robót powinny obejmować warunki oraz ograniczenia wynikające z koordynacji robót z innymi Wykonawcami na budowie.

Organizacja musi uwzględniać czas przeznaczony na próby techniczne, sprawdzenie urządzeń przez Wykonawcę oraz odbiór końcowy.

Wykonanie robót polegających na montażu aparatury oraz połączeń pomiędzy elementami musi być zgodne z:

- instrukcjami montażu i dokumentacjami techniczno—ruchowymi urządzeń (DTR), dostarczonymi przez Producentów,
- obowiązującymi normami,
- przepisami obowiązującymi na PKP PLK S.A.,
- dokumentacją projektową."

Odwołujący wniósł o zmianę tego wymogu w sposób jak niżej:

„4.5 Wykonanie robót

Wykonawca będzie wykonywał roboty według zaakceptowanego projektu organizacji i harmonogramu robót uwzględniającego wszystkie warunki, w jakich będą wykonywane roboty. Wykonawca opracuje niezbędną dokumentację montażową (szczegółowe projekty wykonawcze). Dokumentacja ta podlega zatwierdzeniu przez Inżyniera.

Projekty organizacji harmonogram robót powinny obejmować warunki oraz ograniczenia wynikające z koordynacji robót z innymi Wykonawcami na budowie.

Organizacja musi uwzględniać czas przeznaczony na próby techniczne, sprawdzenie urządzeń przez Wykonawcę oraz odbiór końcowy.

Wykonanie robót, polegających na montażu aparatury oraz połączeń pomiędzy elementami musi być zgodne z:

- warunkami na jakich wydane zostało świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego (UTK) , instrukcjami montażu i dokumentacjami techniczno—ruchowymi urządzeń (DTR) dostarczonymi przez Producentów a wymienionymi z nazwy i numeru w treści świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu.
- obowiązującymi normami,
- przepisami obowiązującymi na PKP PLK S.A.,
- dokumentacją projektową."

Uzasadnienie:

Zapis jest nieściśły i nie pozwala na jednoznaczne ustalenie na zgodność z czym muszą być wykonywane montaż, instalacje, połączenia, nie dając możliwości Odwołującemu rzetelnego sporządzenia oferty (naruszenie art. 29 ust. 1 PZP) a w konsekwencji wykonania przedmiotu zamówienia.

#### **Zarzut nr 5**

W SIWZ TOM III Program funkcjonalno- użytkowy Część 3 - zadanie PC w punkcie 5.1 Zamawiający zawarł następujący wymóg:

„5. Warunki Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych — Adaptacja Urządzeń Sterowania Ruchem Kolejowym do współpracy z systemem ERTMS/ETCS poziom 2 i zabudowa interfejsu zgodnego z protokołem Euroradio+ISubset-098

## 5.1 Przedmiot wymagań technicznych

Stacyjne Urządzenia Sterowania Ruchem są elementem warstwy podstawowej modernizowanej w ramach pozostałych kontraktów modernizacji linii kolejowej nr 1 i nr 17 na odcinku Miedniewice - Łódź Widzew. Zakres modernizacji oraz wykaz kontraktów został przedstawiony w rozdziale\_1.

Należy założyć, że linia zostanie wyposażona w komputerowe urządzenia stacyjne oraz czterostawną komputerową blokadę liniową, za wyjątkiem posterunków Łódź Andrzejów (urządzenia przekaźnikowe typu E z nakładką MOR-1) i Łódź Widzew (urządzenia przekaźnikowe typu E)

Na posterunku Łódź Andrzejów należy dokonać adaptacji urządzeń SRK do współpracy z systemem ERTMS/ETCS poziom 2 i zabudowy interfejsu zgodnego z protokołem Euroradio-t-/Subset-098. Układy torowe posterunku nie będą zmieniane.

Przedmiotem niniejszych Wymagań Technicznych są wymagania dotyczące projektowania oraz adaptacji urządzeń SRK do współpracy z systemem ERTMS/ETCS poziom 2 i zabudowy interfejsu zgodnego z protokołem Euroradio+/Subset-098 dla posterunku Łódź Andrzejów. Niniejsza specyfikacja opisuje oczekiwany stan docelowy.

Wszelkie rozwiązania i powiązania pośrednie konieczne przy dochodzeniu do docelowego rozwiązania, wraz z ich kosztami, leżą po stronie Wykonawcy."

Odwołujący wniósł o zmianę tego wymogu w sposób jak niżej:

„5. Warunki Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych — Adaptacja Urządzeń Sterowania Ruchem Kolejowym do współpracy z systemem ERTMS/ETCS poziom 2 i zabudowa interfejsu zgodnego z protokołem Euroradio+ISubset-098

## 5.1 Przedmiot wymagań technicznych

Stacyjne Urządzenia Sterowania Ruchem są elementem warstwy podstawowej modernizowanej w ramach pozostałych kontraktów modernizacji linii kolejowej nr 1 i nr 17 na odcinku Miedniewice - Łódź Widzew. Zakres modernizacji oraz wykaz kontraktów został przedstawiony w rozdziale\_1.

Należy założyć, że linia zostanie wyposażona w nowoczesne komputerowe urządzenia stacyjne, czterostawną komputerową blokadę liniową oraz inne



urządzenia srk dostosowane do podłączenia do systemu ERTMS/ ETCS Poziom 2, za wyjątkiem posterunku Łódź Andrzejów (urządzenia przekaźnikowe typu E z nakładką MOR-1) i stacji Łódź Widzew (urządzenia przekaźnikowe typu E).

Uzasadnienie:

Jak do zarzutu nr 2.

### **Zarzut nr 6**

W SIWZ TOM III Program funkcjonalno- użytkowy Część 3 - zadanie PC w punkcie 5.3 Zamawiający zawarł następujący wymóg:

„5.3 Zakres robót

Adaptacja urządzeń SRK do współpracy z systemem ERTMS/ETCS poziom 2 i zabudowa interfejsu zgodnego z protokołem Euroradio+/Subset-098 na posterunku Łódź Andrzejów obejmuje następujący zakres:

- wykonanie kompleksowej dokumentacji projektowej,
- adaptacja wewnętrznych urządzeń SRK do współpracy z systemem ERTMS/ETCS poziom 2 i zabudowa interfejsu zgodnego z protokołem Euroradio+/Subset-098,
- powiązanie zaadaptowanych do współpracy z systemem ERTMS/ETCS poziom 2 urządzeń SRK z istniejącymi sygnalizatorami świetlnymi i wskaźnikami wraz z podłączeniem do sieci kablowej (jeżeli zajdzie taka potrzeba dopuszcza się wymianę komór świetlnych),
- powiązanie zaadaptowanych do współpracy z systemem ERTMS/ETCS poziom 2 urządzeń SRK z elektrycznymi napędami zwrotnicowymi w układzie napędowym wraz z podłączeniem do sieci kablowej.
- powiązanie zaadaptowanych do współpracy z systemem ERTMS/ETCS poziom 2 urządzeń SRK z kontrolerami położenia iglic zgodnie z wytycznymi producentów rozjazdów, wraz z podłączeniem kontrolerów do sieci kablowej,
- powiązanie zaadaptowanych do współpracy z systemem ERTMS/ETCS poziom 2 urządzeń SRK z układami kontroli niezajętości torów i rozjazdów wraz z podłączeniem do sieci kablowej,

- budowa kanalizacji kablowej podziemnej dla kabli urządzeń automatyki kolejowej wraz z siecią kablową (jeżeli zajdzie potrzeba uzupełnienia istniejącej sieci kablowej),
- budowa urządzeń zasilających urządzenia SRK wraz z zasilaniem rezerwowym,"

Odwołujący wniósł o zmianę tego wymogu w sposób jak niżej:

### „5.3 Zakres robót

Podłączenie urządzeń systemu ERTMS/ ETCS poziom 2 do istniejących urządzeń sterowania ruchem kolejowym przygotowanych do podłączenia ERTMS/ ETCS poziom 2 w sposób zgodny z protokołem Euroradio+/Subset-098 oraz wymiana urządzeń przekaźnikowych na posterunku Łódź Andrzejów na nowoczesne zależnościowe urządzenia komputerowe przygotowane do podłączenia systemu ERTMS/ ETCS Poziom 2.

- wykonanie kompleksowej dokumentacji projektowej,
- zabudowa urządzeń ERTMS / ETCS Poziom 2 wraz z podłączeniem do istniejących urządzeń zgodnie z protokołem Euroradio+/Subset-098,
- w przypadku niekompatybilności istniejących urządzeń sterowania ruchem kolejowym z ERTMS/ ETCS Poziom 2 zabudowa nowych typów systemów sterowania ruchem kolejowym przygotowanych do podłączenia dop ERTMS/ ETCS Poziom 2 wraz z podłączeniem (lub wymianą w razie potrzeby) sygnalizatorów i wskaźników wraz z podłączeniem do sieci kablowej, powiązanie z elektrycznymi napędami zwrotnicowymi w układzie napędowym wraz z podłączeniem do sieci kablowej oraz innych niezbędnych (istniejących lub nowych typów). W takim przypadku wszelkie koszty z tym związane pokryje Zamawiający (w tym dotyczące demontażu systemów istniejących a nieprzygotowanych do podłączenia ERTMS/ ETCS).
- budowa kanalizacji kablowej podziemnej dla kabli urządzeń automatyki kolejowej wraz z siecią kablową (jeżeli zajdzie potrzeba uzupełnienia istniejącej sieci kablowej),

- budowa urządzeń zasilających urządzenia SRK wraz z zasilaniem rezerwowym,

Uzasadnienie:

Zgodnie z informacją podaną w pkt 1.5 Informacja o aktualnie realizowanych pracach modernizacyjnych na linii kolejowej nr I na odcinku Miedniewice - Koluszki oraz nr 17 na odcinku Koluszki — Łódź Widzew, Projekt Modernizacja linii kolejowej Warszawa — Łódź, Etap II" (Patrz - Tom III, Program funkcjonalno-użytkowy, CZĘŚĆ 1) jest kontynuacja zakończonego projektu pn . „Modernizacja linii kolejowej Warszawa — Łódź, Etap 1, odcinek Skierniewice — Łódź Widzew”.

Zgodnie z wymogami kontraktowymi, dokumentacji przetargowej, ogłoszenia o zamówieniu wszystkie urządzenia sterowania ruchem kolejowym zabudowane w ramach ww. projektów (SPOT/1.1.1/82/04-

2, SPOT/1.1.1/82/04-03, SPOT/1.1.1/82/04-04a) musiały być dostosowane do podłączenia do ERTMS/ ETCS zgodnie z właściwymi przepisami Komisji Europejskiej ( w tym Decyzją Komisji z dnia 28 marca 2006 r. dotyczącą technicznej specyfikacji dla interoperacyjności odnoszącej się do podsystemu sterowania ruchem kolejowym transeuropejskiego systemu kolei konwencjonalnych (2006/6791 WE z późn. zm.),

W Etapie I modernizacji linii Warszawa - Łódź , PKP PLK SA przeprowadziła modernizację odcinka linii kolejowej w ramach tzw. Kontraktu nr 2, Kontrakt nr 3, Kontrakt nr 4. W ramach ww. kontraktów zmodernizowane zostały m.in. stacja Płyćwia, stacja Skierniewice, stacja Rogów, stacja Gałkówek, stacja Koluszki oraz szlaki kolejowe pomiędzy stacjami. Roboty współfinansowane były przez Unię Europejską z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego - w ramach Sektorowego Programu Operacyjnego Transport - SPOT/1.1.1/82/04.

Kontrakt nr 2 SPOT/1.1.1/82/04-02Umowa podpisana 19 kwietnia 2006r pomiędzy PKP PLK SA oraz konsorcjum, którego liderem była Trakcja Polska. Przebudowa odcinka Skierniewice - Koluszki. Wartość kontraktu 456 946 414 złotych netto.

W ramach kontraktu zmodernizowano m.in. stacje Skierniewice , Płyćwia , Rogów. Dostawcą nastawnic komputerowych oraz innych systemów sterowania ruchem kolejowym był Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Sp zo.o.

Kontrakt nr 3 SPOT/1.1.1/82/04-03

Umowa podpisana 8 sierpnia 2006r pomiędzy PKP PLK SA oraz konsorcjum, którego liderem była PKP Energetyka. Przebudowa odcinka Koluszki - Łódź Widzew. Wartość kontraktu 381 145 255 złotych netto.

W ramach kontraktu zmodernizowano m.in. stacje Gałkówek, Koluszki.

Dostawcą nastawnic komputerowych oraz innych systemów sterowania ruchem kolejowym był Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Sp z o.o.

Kontrakt nr 4 - LCS Koluszki Kontrakt podpisany przez PKP PLK SA z Bombardier Transportation (ZWUS) Polska Sp z o.o. Kontrakt nr SPOT/1.1.1/82/04-04A na roboty „Zaprojektowanie i wykonanie SRK - LCS Koluszki”, współfinansowany ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach projektu SPOT „Modernizacja linii kolejowej Warszawa - Łódź, I etap odcinek Skierniewice - Łódź Widzew”, obejmował modernizację urządzeń i systemów SRK na p.odg. Żakowice Płd. i Zieleń i szlakach stycznych, urządzeń przejazdowych w km 28.490 oraz zabudowę systemów transmisji, radiołączności, elektroenergetyki kolejowej, diagnostyki stanów awaryjnych taboru, telewizji przemysłowej dla potrzeb Lokalnego Centrum Sterowania (LCS). Modernizacja tego odcinka była kontynuacją modernizacji linii nr 17 na ode. Skierniewice - Łódź Widzew, mającej na celu skrócenie czasu przejazdu pociągów pomiędzy dwiema aglomeracjami, Warszawą i Łodzią, zmniejszenie stałych kosztów eksploatacji linii oraz usprawnienie kierowania ruchem z zapewnieniem wysokich standardów bezpieczeństwa. Zwieńczeniem modernizacji odcinka linii kolejowej Skierniewice - Łódź Widzew była budowa i uruchomienie Lokalnego Centrum Sterowania (LCS) ruchem kolejowym w Koluszkach. Całe zadanie zostało zrealizowane w formule FIDIC „projektuj i buduj”. Zakończone w 2008 r.

PKP PLK SA w ramach ww Kontraktów tj Kontraktu nr 2: SPOT/1.1.1/82/04-02 , kontraktu nr 3: SPOT/1.1.1/82/04-03 oraz Kontraktu nr 4: SPOT/1.1.1/82/04-04a zabudowała i przyjęła do eksploatacji systemy sterowania ruchem kolejowym oraz diagnostyki taboru.

Zgodnie z wymogami ww. przetargów / kontraktów wszystkie urządzenia sterowania ruchem kolejowym musiały zostać przygotowane do włączenia i współpracy z systemem ERTMS/ETCS.

Wobec powyższego przedmiotem niniejszego projektu nie może być adaptacja nowoczesnych urządzeń obecnie eksploatowanych przez PKP PLK SA, przystosowanych do podłączenia ERTMS/ ETCS a jedynie podłączenie urządzeń systemu ERTMS/ ETCS Poziom 2 do istniejących urządzeń zgodnie z protokołem Euroradio+/Subset-098. Istniejące urządzenia stacyjne, blokady liniowe, sygnalizacje przejazdowe muszą być przygotowane do podłączenia do systemu ERTMS/ ETCS Poziom 2 a nie do ich adaptacji. Zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa (Ustawa o transporcie kolejowym) każdy z eksploatowanych przez PKP PLK SA systemów i urządzeń służących do sterowania ruchem pociągów musi posiadać świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu, precyzując dokładnie jedno świadectwo typu. Warunki na jakich projektowane, budowane oraz eksploatowane są systemy sterowania muszą być zgodne z warunkami na jakich Prezes Urzędu wydał świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu. W ramach niniejszego postępowania Wykonawca oczekuje, że wszystkie istniejące systemy a dokładnie typy systemów sterowania ruchem kolejowym zostały przygotowane w sposób umożliwiający podłączenia ERTMS/ ETCS. Oznacza to, że przedmiotem niniejszego postępowania nie jest adaptacja lub modernizacja lub wymiana zabudowanych typów systemów na inne typy systemów w celu ich dostosowania do ERTMS/ ETCS.

Pozostawienie przedmiotu zamówienia w obecnej formie, w kontekście zobowiązań i obowiązków Zamawiającego wynikających z zwartych umów SPOT/1.1.1/82/04, wydatkowania finansów publicznych oraz środków finansowej pomocy Unii Europejskiej, stawia w nieuprawniony sposób w uprzywilejowanej pozycji jednego producenta systemów sterowania ruchem kolejowym tj. Bombardier Transportation (ZWUS) Sp zo.o., który zaprojektował, dostarczył, zabudował oraz uruchomił i przekazał do eksploatacji większość istniejących systemów (lub obecnie projektowanych) sterowania ruchem kolejowym na modernizowanych odcinkach linii nr 1 orz nr 17 w tym przede wszystkim systemy stacyjne oraz systemy blokad liniowych. Wymóg adaptacji istniejących urządzeń, które zgodnie z zawartymi wcześniej przez Zamawiającego Umowami (w tym w ramach SPOT/1.1.1/82/04) otwiera możliwość niewłaściwego wydatkowania finansów publicznych w zakresie,

który był już przedmiotem odrębnych Umów w ramach których systemy sterowania ruchem kolejowym miały być przygotowane do podłączenia do ERTMS/ ETCS.

Jeżeli jednak okazałoby się, że istniejące systemy wymagają adaptacji lub modernizacji lub zmiany w celu ich dostosowania do możliwości podłączenia ERTMS/ ETCS, powodujących konieczność istotnej przebudowy a w konsekwencji zmianę typu systemów sterowania ruchem to w takim przypadku Wykonawca musi mieć możliwość wymiany systemów niekompatybilnych z ERTMS/ ETCS na inne typy przygotowane do podłączenia ERTMS/ ETCS. W takim przypadku wszelkie koszty z tym związane pokryje Zamawiający (w tym dotyczące demontażu systemów istniejących a nie przygotowanych do podłączenia ERTMS/ ETCS).

### **Zarzut nr 7**

W SIWZ TOM III Program funkcjonalno- użytkowy Część 3 - zadanie PC w punkcie 6.1 Zamawiający zawarł następujący wymóg:

„6. Warunki Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych - ETCS Poziom 2

6.1 Przedmiot wymagań technicznych

Przedmiotem niniejszych wymagań Technicznych (WT) są wymagania związane z funkcjonalnością, projektowaniem, dostawą, montażem, i uruchomieniem systemu ERTMS/ ETCS Poziom 2 zlokalizowanego na linii kolejowej nr 1 i nr 17 na odcinku Miedniewice - Łódź Widzew. Wszelkie rozwiązania docelowe i pośrednie konieczne przy dochodzeniu do rozwiązania docelowego wraz z ich kosztami leżą po stronie Wykonawcy."

Odwołujący wniósł o zmianę tego wymogu w sposób jak niżej:

„6. Warunki Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych - ETCS Poziom 2

6.1 Przedmiot wymagań technicznych

Przedmiotem niniejszych wymagań Technicznych (WT) są wymagania związane z funkcjonalnością, projektowaniem, dostawą, montażem, i uruchomieniem systemu ERTMS/ ETCS Poziom 2 zlokalizowanego na linii kolejowej nr 1 i nr 17 na odcinku Miedniewice - Łódź Widzew. Wszelkie rozwiązania docelowe i pośrednie konieczne przy dochodzeniu do rozwiązania docelowego wraz z ich kosztami leżą po stronie Wykonawcy. Koszty związane z adaptacją / przystosowaniem istniejących urządzeń

tak aby mogły być podłączone do ERTMS / ETCS Poziom 2 nie leżą po stronie Wykonawcy. Zadaniem Wykonawcy jest jedynie podłączenie urządzeń sterowania ruchem kolejowym przygotowanych do podłączenia do ERTMS/ ETCS Poziom 2 w tym zgodnie z protokołem Euroradio+/Subset-098. W przypadku braku możliwości lub niegotowości istniejących urządzeń sterowania ruchem kolejowym do podłączenia do nich ERTMS/ ETCS Poziom 2 Wykonawca musi zapewnić możliwość zrealizowania zadania poprzez zabudowie nowych typów systemów sterowania ruchem kolejowym gotowych do podłączenia systemu ERTMS/ ETCS Poziom 2. W takim przypadku wybudowanie nowych systemów sterowania ruchem kolejowym (nastawnic, blokad liniowych, systemów sygnalizacji przejazdowej) będzie obowiązkiem Wykonawcy. Wszelkie koszty z tym związane nie leżą po stronie Wykonawcy.

Uzasadnienie:

Jak przy zarzucie nr 6.

### Zarzut nr 8

W SIWZ TOM III Program funkcjonalno- użytkowy Część 2 - zadanie PA. Tabela 1.1 Zamawiający podał następujące dane podstawowe o systemach SRK w obszarze:

SIEMENS

Tab 1.1 Podstawowe dane w zakresie urządzeń SRK w obszarze.

Posterunki ruchu na odcinku Warszawa Włochy - Radziwiłłów Mazowiecki		
Stacja	Istniejący/Instalowany system SRK	Uwagi
Warszawa Włochy	E z komputerowym odwzorowaniem	istniejące
Józefinów	EBILOCK 950 w4 z STC2 komputer zależnościowy na st. Pruszków	projektowane
Pruszków	EBILOCK 950 w4 z STC2	proj keto wane
Grodzisk Mazowiecki	EBILOCK 950 w4 z STC2 LCS EBISCREEN 300	projektowane
Zyrardów	EBILOCK 950 w4 z STC2	projektowane

Radziwiłłów Mazowiecki		EBILOCK 950 w4 z STC2	projektowane
Blokada liniowa na odcinku Warszawa Zachodnia - Miedniewice			
Szlak	Instalowany/istniejący system sbi		Uwagi
Warszawa Zachodnia - Warszawa Włochy	dwukierunkowa, typ SHL-12		projektowana
Warszawa Włochy - Józefinów	dwukierunkowa, typ SHL-12		projektowana
Józefinów - Pruszków	dwukierunkowa, typ SHL-12		projektowana
Pruszków - Grodzisk Mazowiecki	dwukierunkowa, typ SHL-12		projektowana
Grodzisk Mazowiecki - Żyrardów	dwukierunkowa, typ Eac95		istniejąca
Żyrardów - Radziwiłłów Mazowiecki	dwukierunkowa, typ Eac95		istniejąca
Radziwiłłów Mazowiecki — Miedniewice	dwukierunkowa, typ Eac95		istniejąca
Przejazdy kolejowe na odcinku Warszawa Włochy - Miedniewice:			
km przejazdu	kat	Instalowany/Istniejący system przejazdowy	Uwagi
7,545	F	RHR-A	
18,478	A	RHR-A	przejazd tymczasowy"
32,955	A	rogatki elektryczne	istniejący przejazd tymczasowy
35,635	B	SPA-4	istniejący przejazd tymczasowy
38,495	B	RASP-4f	
40,468	B	RASP-4f	
44,085	F	RASP-4f	
50,038	B	RASP-4f	

Odwołujący wniósł o zmianę treści Tabeli nr 1.1 w następujący sposób:

Tab. 1.1 Szczegółowe dane w zakresie urządzeń SRK w obszarze.

Systemy stacyjne na posterunkach ruchu na odcinku Warszawa - Wochy - Radziwiłłów Mazowiecki					
Stacja	Ilość centr. nap.sygna	Istniejący/ Instalowany system SRK: Nazwa Typu	Istniejący/ Instalowany system SRK Nr Świadectwa dopuszczenia (UTK/GIK)	Istniejący/ Instalowany system SRK Nazwa i numer dokumentacji DTR zgodna z treścią świadectwa dopuszczenia (UTK/GIK)	Uwagi

W załączeniu do tabeli Zamawiający prześle oferentom kopie świadectw oraz



kopie dokumentacji DTR wymienionej w treści świadectwa (zamieszczonych w tabeli).

Blokady liniowe na odcinku Warszawa Zachodnia - Miedniewice				
Szlak	Instalowany/ Istniejący system blokady: Nazwa Typu	Instalowany/ Istniejący system blokady Nr Świadectwa dopuszczenia (UTK/GIK)	Instalowany/ Istniejący system blokady Nazwa i numer dokumentacji DTR zgodna z treścią świadectwa dopuszczenia (UTK/GIK)	Uwagi

W załączeniu do tabeli Zamawiający przekaze oferentom kopie świadectw oraz kopie dokumentacji DTR wymienionej w treści świadectwa (zamieszczonych w tabeli).

Blokady liniowe na odcinku Warszawa Zachodnia - Miedniewice				
Szlak	Instalowany/ Istniejący system blokady: Nazwa Typu	Instalowany/ Istniejący system blokady Nr Świadectwa dopuszczenia (UTK/GIK)	Instalowany/ Istniejący system blokady Nazwa i numer dokumentacji DTR zgodna z treścią świadectwa dopuszczenia (UTK/GIK)	Uwagi

W załączeniu do tabeli Zamawiający przekaze oferentom kopie świadectw oraz kopie dokumentacji DTR wymienionej w treści świadectwa (zamieszczonych w tabeli).

Uzasadnienie:

Podane przez Zamawiającego dane w Tab 1.1. nie są jednoznaczne i wyczerpujące nie dając możliwości Odwołującemu wystarczających informacji do rzetelnego sporządzenia oferty (naruszenie art. 29 ust. 1 PZP) czy też wręcz uniemożliwiają jej sporządzenie poprzez brak jednoznacznego wskazania jaki typ systemu oraz w jakiej konfiguracji urządzeń oraz zgodnie z jakimi warunkami dopuszczenia do eksploatacji typu określonym jednoznacznie poprzez świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu wydane przez UTK z jednoznacznym podaniem nazwy oraz numeru

dokumentacji techniczno-ruchowej DTR (podanej w treści świadectwa dopuszczenia typu systemu srk). Zamawiający jako zarządca infrastruktury jest z pewnością podmiotem prowadzącym działalność w sposób profesjonalny w zakresie sterowania ruchem kolejowym. Wobec tego prosimy o podanie dla każdego z istniejących oraz projektowanych urządzeń oraz systemów sterowania ruchem kolejowym właściwej nazwy typu systemu lub urządzenia, podanie numeru świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu (które umożliwia jego eksploatację) oraz nazwę i numer właściwej dokumentacji DTR tj. przewołanej w treści świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu. Dopiero informacja dot. ww. danych stworzy Odwołującemu możliwość przygotowania rzetelnej oferty w tym określenia warunków technicznych możliwości podłączenia urządzeń do systemu ERTMS/ ETCS Poziom 2 a konsekwencji ceny ofertowej.

### **Zarzut nr 9**

W SIWZ TOM III Program funkcjonalno- użytkowy Część 3 - zadanie PC w punkcie 4,5 Zamawiający zawarł następujący wymóg:

#### „4.5 Wykonanie robót

Wykonawca będzie wykonywał roboty według zaakceptowanego projektu organizacji i harmonogramu robót uwzględniającego wszystkie warunki, w jakich będą wykonywane roboty. Wykonawca opracuje niezbędną dokumentację montażową (szczegółowe projekty wykonawcze). Dokumentacja ta podlega zatwierdzeniu przez Inżyniera.

Projekty organizacji i harmonogram robót powinny obejmować warunki oraz ograniczenia wynikające z koordynacji robót z innymi Wykonawcami na budowie.

Organizacja musi uwzględniać czas przeznaczony na próby techniczne, sprawdzenie urządzeń przez Wykonawcę oraz odbiór końcowy.

Wykonanie robót, polegających na montażu aparatury oraz połączeń pomiędzy elementami musi być zgodne z:

- instrukcjami montażu i dokumentacjami techniczno—ruchowymi urządzeń (DTR), dostarczonymi przez Producentów,
- obowiązującymi normami,
- przepisami obowiązującymi na PKP PLK S.A.,

- dokumentacją projektową."

Odwołujący wniósł o zmianę tego wymogu w sposób jak niżej:

#### „4.5 Wykonanie robót

Wykonawca będzie wykonywał roboty według zaakceptowanego projektu organizacji i harmonogramu robót uwzględniającego wszystkie warunki, w jakich będą wykonywane roboty. Wykonawca opracuje niezbędną dokumentację montażową (szczegółowe projekty wykonawcze). Dokumentacja ta podlega zatwierdzeniu przez Inżyniera.

Projekty organizacji i harmonogram robót powinny obejmować warunki oraz ograniczenia wynikające z koordynacji robót z innymi Wykonawcami na budowie.

Organizacja musi uwzględniać czas przeznaczony na próby techniczne, sprawdzenie urządzeń przez Wykonawcę oraz odbiór końcowy.

Wykonanie robót, polegających na montażu aparatury oraz połączeń pomiędzy elementami musi być zgodne z:

- warunkami na jakich wydane zostało świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego (UTK) , instrukcjami montażu i dokumentacjami techniczno—ruchowymi urządzeń (DTR) dostarczonymi przez Producentów a wymienionymi z nazwy i numeru w treści świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu.
- obowiązującymi normami,
- przepisami obowiązującymi na PKP PLK S.A.,
- dokumentacją projektową."

Uzasadnienie:

Zapis jest nieściśły i nie pozwala na jednoznaczne ustalenie na zgodność z czym muszą być wykonywane montaż, instalacje, połączenia, nie dając możliwości Odwołującemu rzetelnego sporządzenia oferty (naruszenie art. 29 ust. 1 PZP) a w konsekwencji wykonania przedmiotu zamówienia.

**Zarzut nr 10**

W SIWZ TOM III Program funkcjonalno- użytkowy Część 3 - zadanie PC w punkcie 4.6 Zamawiający zawarł następujący wymóg:

„4.6 Kontrola jakości robót

Materiały użyte do montażu urządzeń muszą posiadać odpowiednie Certyfikaty lub Świadectwa Kwalifikacyjne oraz spełniać parametry jakościowe i posiadać pełne wyposażenie dodatkowe (tj. osłony, odbijacze) określone w DTR producentów tych urządzeń.

Sprawdzenie i odbiór robót powinny być wykonane zgodnie z przepisami zawartymi w rozdziale 10 oraz w DTR urządzeń.

W przypadku stwierdzenia wad materiałów lub nasuwających się wątpliwości związanych z obniżeniem jakości, materiały przed wbudowaniem należy poddać badaniom wskazanym przez Inżyniera, które określą dalszą przydatność materiału. W przypadku odrzucenia materiału Wykonawca zobowiązany jest zastąpić go materiałem bez wad."

Odwołujący wniósł o zmianę tego wymogu w sposób jak niżej:

„4.6 Kontrola jakości robót

Materiały użyte do montażu urządzeń muszą posiadać odpowiednie Certyfikaty lub Świadectwa Kwalifikacyjne oraz spełniać parametry jakościowe i posiadać pełne wyposażenie dodatkowe (tj. osłony, odbijacze) określone w świadectwie dopuszczenia do eksploatacji typu oraz DTR producentów tych urządzeń zgodnie z nazwą i numerem właściwą i wymienioną w treści świadectwa dopuszczenia ww. urządzenia.

Sprawdzenie i odbiór robót powinny być wykonane zgodnie z przepisami zawartymi w rozdziale 10 oraz świadectwie dopuszczenia do eksploatacji typu oraz DTR wymienionej z nazwy i numeru w treści ww. właściwego świadectwa dopuszczenia do eksploatacji typu ww. urządzeń.

W przypadku stwierdzenia wad materiałów lub nasuwających się wątpliwości związanych z obniżeniem jakości, materiały przed wbudowaniem należy poddać badaniom wskazanym przez Inżyniera, które określą dalszą przydatność materiału.

W przypadku odrzucenia materiału Wykonawca zobowiązany jest zastąpić go materiałem bez wad."

Uzasadnienie:

Jak przy zarzucie nr 9.

**Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz dowody, stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.**

### **KIO 2272/12**

Odwołujący w treści odwołania zgodnie ze stanem faktycznym wskazał i przywołał kwestionowane postanowienia SIWZ, co zostało zreferowane powyżej.

Dodatkowo Izba ustaliła, iż zamawiający w załączniku nr 10 do Instrukcji dla Wykonawców (Tom I SIWZ) wymagał, aby wykonawca składając ofertę oświadczył, iż wszystkie urządzenia z wyjątkiem urządzeń związanych z ERTMS oraz interfejsami pomiędzy urządzeniami ETCS a urządzeniami srk i GSM-R a radiem 150 MHz, przeznaczone do prowadzenia ruchu kolejowego [wymienione w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 26 września 2003 r. w sprawie wykazu typów budowli i urządzeń przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego oraz typów pojazdów kolejowych, na które wydawane są świadectwa dopuszczenia do eksploatacji (Dz. U. z 2003 r. Nr 175, poz. 1706)], które zamierza zainstalować realizując niniejsze zamówienie, posiadają Świadectwa dopuszczenia do eksploatacji wydane w oparciu o rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 30 kwietnia 2004 r. w sprawie świadectw dopuszczenia do eksploatacji typu budowli i urządzeń przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego oraz typu pojazdu kolejowego (Dz. U. z 2004 r. Nr 103, po. 1090 z późn. zm.). Ponadto zamawiający dopuścił legitymowanie się Świadectwami dopuszczenia wydanymi na czas określony, jednakże z zastrzeżeniem, iż urządzenia te są w trakcie prób eksploatacyjnych w Polsce.

W załączniku nr 12 do IDW zamawiający przedstawił wzór wykazu urządzeń, które wykonawcy zamierzali zastosować do realizacji zamówienia i winni podać w ofercie,

z podaniem nr świadectwa dopuszczenia, daty jego wydania i daty ważności (dla typów urządzeń wskazanych w treści odwołania)

W trakcie wyrokowania Izba oceniła i uwzględniła w charakterze dowodów, przedstawione przez zamawiającego na rozprawie, Świadectwa dopuszczenia wydane przez Urząd Transportu Kolejowego o numerach: U/2012/0065, U/2011/0635, U/2011/0580, U/2011/0276, U/2011/0275, U/2010/0082, U/2008/0086, U/2001/0236, U/2009/0062, U/2012/0238, U/2011/0861, U/2008/0078, U/2008/0006, U/2005/683, U/2007/0135, U/2008/0139, U/2012/006, U/2011/0295, U/2004/115, U/2012/0648, U/2004/141, U/2012/0134.

### **KIO 2333/12**

Odwołujący w treści odwołania zgodnie ze stanem faktycznym wskazał i przywołał kwestionowane postanowienia SIWZ, co zostało zreferowane powyżej.

### **KIO 2349/12**

Zamawiający wymagał przedłożenia wraz z ofertą „Oświadczenia potwierdzającego, że oferowana infrastruktura BSS GSM-R współpracuje z systemem NSS20 (firmy KapschCarrierCom) na co najmniej jednej linii kolejowej lub, że oferowana infrastruktura BSS GSM-R przeszła z wynikiem pozytywnym testy interoperacyjności (IOT) z systemem NSS20 (firmy KapschCarrierCom) dla interfejsu A”, którego wzór stanowił załącznik nr 13 do IDW, o treści:

„OŚWIADCZAM(Y), ŻE:

oferowana przez Nas infrastruktura BSS GSM-R współpracuje z systemem NSS20 (firmy KapschCarrierCom) na co najmniej jednej linii kolejowej;

lub

oferowana przez Nas infrastruktura BSS GSM-R przeszła z wynikiem pozytywnym testy interoperacyjności (IOT) z systemem NSS20 (firmy KapschCarrierCom) dla interfejsu A, przy czym oferowana infrastruktura BSS GSM-R zawiera te same typy urządzeń (BSC i BTS) co infrastruktura testowana a zakres testów obejmował badanie co najmniej następujących parametrów:

Podstawowe i dodatkowe usługi GSM dla transmisji głosu i danych,

- Scenariusze „calli reselection” oraz „handover”,
- Adresowanie funkcyjne (FA),
- Adresowanie zależne od lokalizacji (LDA),
- Zarządzanie priorytetami połączeń (eMLPP),

- Połączenia grupowe (VGCS),
- Połączenia rozsiewcze (VBS),
- Kolejowe połączenia alarmowe (REC),
- Przesyłanie informacji do dyspozytora (OTDI),
- Funkcjonalność „late entry”,

Przy czym, oświadczamy, że dla obecnie obowiązujących funkcjonalnych i systemowych wymagań EIRENE wyspecyfikowanych wymaganiami w wersji 7 FRS i wersji 15 SRS, które odwołują się do Technicznej Specyfikacji Interoperacyjności (TSI, index 32 i 33) wymienionej w zaleceniu ERA „Recommendation on updating the Annex A of the TSI Control Command and Signalling for High Speed and Conventional Rail systems ERA/REC/ERTMS/38-2009” z dnia 24 kwietnia 2009 r., odbyły się testy interoperacyjności dla konfiguracji, która jest wymagana w niniejszym postępowaniu. Testy takie były nadzorowane przez niezależną organizację kolejową, tj.:

.....”

Treść 6.4.10 ppkt 9 PFU, Część 2, jest analogiczna, tzn. wymaga zagwarantowania przez wykonawcę powyższego.

### **KIO 2350/12**

Odwołujący w treści odwołania zgodnie ze stanem faktycznym wskazał i przywołał kwestionowane postanowienia SIWZ, co zostało zreferowane powyżej.

### **Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej według art. 179 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym środki ochrony prawnej określone w dziale VI Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Przechodząc do rozpatrzenia zarzutów dotyczących ukształtowania w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia, w tym przyszłych stosunków umownych pomiędzy zamawiającym a wykonawcą realizującym zamówienie, należy wskazać na podstawowe regulacje Pzp stanowiącą niejako miernik i punkt odniesienia większości zarzutów odwołania – mianowicie zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Następnie zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, a zgodnie z ust. 1 tego przepisu przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Przy czym przed rozpatrzeniem zarzutów powołać również należy podstawową zasadę prawa cywilnego, a nawet całego porządku prawnego – zasadę swobody umów. Zgodnie z art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się naturze stosunku, przepisom prawa bądź zasadom współżycia społecznego. Dodatkowo zasada swobody umów posiada również aspekt podmiotowy sprowadzający się do swobody wyboru kontrahenta, z którym strona zechce nawiązać stosunki prawne. Co do zasady więc, to strony umowy decydują na jakich warunkach, z kim i czy w ogóle zechcą do niej przystąpić.

Jak wskazuje ww. przepis, zasada swobody umów doznaje ograniczeń wynikających z odpowiednich przepisów. Ograniczenia tego typu wprowadzać będą przepisy samego Kodeksu cywilnego, jak regulacje też Pzp, która w tym zakresie traktowana jest jako *lex specialis* w stosunku do regulacji k.c., jako aktu prawnego generalnie regulującego problematykę stosunków cywilnoprawnych, w tym umów (art. 1 w zw. z art. 2 pkt 13 Pzp). Zamówienia publiczne udzielane więc będą wyłącznie wykonawcom wybranym zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust 3), postępowania o udzielenie zamówienia przygotowywane i przeprowadzane będą w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 7 ust. 1), a w szczególności przedmiot zamówienia nie będzie opisany w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2). Z ogólnych, w istocie proceduralnych, zasad ustawy, jak i całości jej przepisów, wynika szereg materialnoprawnych ograniczeń zasady swobody umów – zarówno w odniesieniu do swobody zamawiającego w wyborze kontrahenta, jak i swobody ukształtowania stosunku umownego/przedmiotu zamówienia. Co do zasady jednak, to wciąż zamawiający będzie decydował o swoim przedmiocie zamówienia (rodzaju, parametrach, zakresie, warunkach jego



realizacji, czy innych obowiązkach umownych etc..) lub sposobie wyłonienia wykonawcy zamówienia (np. kryteriach oceny ofert, warunkach udziału w postępowaniu, trybie postępowania...).

Pomijając szczegółowe przepisy ustawy określające sposób postępowania zamawiającego w poszczególnych trybach udzielania zamówienia, podstawową materialną miarę i ograniczenie swobodnego kształtowania sposobu realizacji jego potrzeb w postanowieniach specyfikacji (w tym treści umowy i przesądzenia sposobu wyboru odpowiadającego mu wykonawcy) stanowi wskazana wyżej zasada zachowania uczciwej konkurencji. Odnośnie jej interpretacji i stosowania należy zastrzec, że nie istnieje i nie może być postulowana w przepisach jakakolwiek konkurencyjność absolutna, a tym samym dopuszczalność czy niedopuszczalność jej ograniczania na gruncie prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jest stopniowalna. Jak w przypadku wielu zasad ogólnych, tak i ta została sformułowana w przepisach w sposób wyraźny, ale też maksymalnie nieostry. Oznacza to, iż istnieją przypadki, o których można bez wątpliwości orzec, iż zasadę uczciwej konkurencji naruszają, a także sytuacje, w których naruszenia konkurencji nie występują – ostrej granicy pomiędzy tego typu przypadkami wyznaczyć jednak nie sposób. Nie istnieje więc możliwość wytyczenia doktrynalnych i sztywnych rozgraniczeń, z góry przesądzających o kwalifikacji konkretnych czynności postępowania o udzielenie zamówienia w świetle wypełnienia zasady zachowania konkurencji (nie można wyznaczyć granic czy stopnia dopuszczalnego ograniczenia konkurencji). Ocenę tego typu należy więc przeprowadzać w odniesieniu do konkretnych okoliczności i sytuacji danego postępowania.

Uzasadniając przyjęte wyżej założenie o stopniowalnym charakterze dopuszczalności ograniczeń konkurencji, wskazać należy, iż każde uszczegółowienie przedmiotu zamówienia (warunków jego realizacji, nałożenie dodatkowych obowiązków umownych...etc.), postawienie dodatkowych warunków udziału w postępowaniu, czy rozbudowanie kryteriów oceny ofert, prowadzi do ograniczenia konkurencji. Poza przypadkami najprostszymi dostaw czy usług, postanowienia specyfikacji zawsze będą faworyzować niektórych wykonawców i dyskryminować innych. W szczególności na przykład nie istnieje taki opis przedmiotu zamówienia, który na równi odpowiadałby wszystkim wykonawcom obecnym na rynku. W każdym z takich przypadków będą wykonawcy, którzy w związku z właściwościami podmiotowymi, czy profilem ich oferty, nie będą mogli w ogóle konkurować o uzyskanie zamówienia lub ich szanse uzyskania zamówienia będą relatywnie mniejsze, np. wymagany sposób i zakres jego realizacji będzie dla nich mniej opłacalny lub w ogóle nie do przyjęcia. Tak więc konkurencyjność polegająca na umożliwieniu jak najszerszego dostępu do

zamówienia podmiotom obecnym na rynku, może zostać z różnych względów ograniczona. W skrajnych przypadkach, konieczność dokonania określonych zakupów prowadzić może nawet do udzielenia zamówienia w trybie niekonkurencyjnym.

Jak już wskazano, tego typu ograniczenia konkurencji są niejako w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego naturalne i nieodzowne. Podlegają jednak badaniu i ocenie pod względem dopuszczalności stopnia takiego ograniczenia, jak i ich ogólnej, materialnej zgodności z przepisami.

Reasumując, z jednej strony nie można przyznać wykonawcom czy organom orzekającym lub kontrolującym przestrzeganie przepisów ustawy, uprawnienia do narzucania zamawiającym konkretnego określenia ich potrzeb oraz sposobu ich opisanie czy zapewnienia ich realizacji w SIWZ, z drugiej strony należy również odmówić zamawiającym prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań specyfikacji (w tym warunków umowy), które mogą prowadzić do nadmiernego ograniczenia konkurencji w stopniu ponad potrzeby zamawiającego wykraczającym. Tym samym, dla stwierdzenia naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, w konkretnych okolicznościach i warunkach danego postępowania o udzielenie zamówienia, zbadać należy zarówno faktyczny stopień ograniczenia konkurencji, przyczyny wprowadzenia ograniczeń przez zamawiającego, jak ich skutki dla wykonawców obecnych na rynku, a także proporcjonalny, wzajemny stosunek tych zmiennych.

Następnie, tytułem wprowadzenia dla rozstrzygnięcia zarzutów naruszenia uczciwej konkurencji w zindywidualizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia, odnoszących się do konkretnych postanowień siwz czy ogłoszenia o zamówieniu, Izba wskazuje na regulacje dotyczące formalnych podstaw wyrokowania w danej sprawie.

Po pierwsze zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Następnie zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne.

Uwzględniając powyższe stwierdzić należy, iż to na odwołującym spoczywa ciężar udowodnienia naruszenia zasad uczciwej konkurencji wyrażonej w ustawie, a konkretnie udowodnienia okoliczności faktycznych, które pozwolą takie naruszenie stwierdzić.

Zasad rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym nie zmienia brzmienie art. 29 ust. 2 Pzp stanowiące nie o naruszeniu konkurencji, ale o możliwości naruszenia konkurencji. Modalne sformułowanie hipotezy przepisu nie jest wcale okresem warunkowym tworzącym domniemanie faktyczne lub prawne, jakoby każdy opis przedmiotu zamówienia winien być uznawany za opis naruszający dyspozycję ww. przepisu dopóki zamawiający nie udowodni, że jest inaczej, czyli nie następuje tu wcale „automatyczne” przerzucenie ciężaru dowodzenia okoliczności przeciwnych na zamawiającego. Jednakże w świetle sformułowania powoływanej normy prawnej, przepis art. 29 ust. 2 Pzp nie wymaga wcale pełnego udowodnienia naruszenia konkurencji, ale wystarczające jest udowodnienie możliwości wystąpienia takiego naruszenia, a więc jakiegoś realnego stopnia prawdopodobieństwa jego wystąpienia. Powyższe znaczące osłabienie „celu dowodowego” nie oznacza jednak w ogóle braku obowiązku udowodnienia okoliczności, do których hipoteza przepisu referuje – powołane prawdopodobieństwo niedozwolonego ograniczenia uczciwej konkurencji musi więc być rzeczowe, realne i przede wszystkim wykazane.

Dla przykładu wskazać można, iż w szczególności dla wykazania możliwości naruszenia konkurencji nie jest wystarczające samo podniesienie, iż dla odwołującego dane warunki realizacji zamówienia są niewygodne lub nawet nie do przyjęcia. Jak wskazano powyżej, fakt, że na rynku występują wykonawcy, którzy tak opisanego przedmiotu zamówienia nie mogą wykonać lub dla których jego realizacja jest utrudniona, niewygodna czy nieopłacalna, nie przesądza wcale o możliwości powstania naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Dla stwierdzenia takiego naruszenia, jak już wskazano, niezbędne jest przedstawienie i ocena, co najmniej kilku okoliczności związanych z danym zamówieniem, w szczególności takich jak kształt i specyfika rynku, którego zamówienie dotyczy, rodzaj i charakter danego ograniczenia konkurencji oraz jego skutki dla potencjalnych wykonawców, a z drugiej strony waga potrzeb zamawiającego, których realizacji takie ograniczenie służy.

Postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia podlegają jednak ocenie nie tylko pod względem zachowania zasad ustawy, ale oceniane być mogą również w świetle innych przepisów. W szczególności niedopuszczalne jest ustanowienie wzoru umowy czy innych części specyfikacji, kształtujących przyszłe stosunki umowne zamawiającego i wykonawcy w sposób niezgodny z bezwzględnie obowiązującymi przepisami Kodeksu cywilnego jako podstawowego aktu prawnego regulującego stosunki cywilnoprawne. Postanowienia wzoru

umowy kształtowane na zasadzie swobodnego uznania zamawiającego na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp, będą w tym zakresie podlegać badaniu m.in. pod względem ich zgodności, czy to z przepisami regulującymi stosunku umowne danego typu o charakterze *iuris cogentis*, jak i ocenie ich zgodności z klauzulami generalnymi i zasadami ogólnymi Kc, w szczególności wynikającymi z art. 5, art 58 i art 353<sup>1</sup> k.c..

Odnosząc się ogólnie do osi argumentacji przewijającej się zwłaszcza w odwołaniu 2333/12, jakoby postanowienia umowne zaproponowanego przez zamawiającego naruszały zasadę równości stron umowy poprzez nieproporcjonalne ukształtowanie obowiązków i uprawnień stron (uprzywilejowując tu nadmiernie zamawiającego, a wykonawcę obarczając nieproporcjonalnymi obowiązkami i ryzykami) i tym samym w stały w sprzeczności z zasadą swobody umów, Izba wskazuje, iż właśnie z zasady swobody umów wynika, iż jakakolwiek proporcjonalność świadczeń ani równość stron rozumiana jako równość ich uprawnień wynikających z umowy o zamówienie publiczne nie jest konieczna i nieodzowna.

Jak już wskazywano powyższej, zgodnie z art 353<sup>1</sup> k.c. strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byle jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie albo zasadom współżycia społecznego. W przypadku zamówienia publicznego, to zamawiający w sposób dyskrecyjny kształtuje większość *essentialiae* i *incidentaliae negotii* przygotowując własną siwz. Zasada swobody kontraktowania ze strony wykonawcy nie zostaje w ten sposób ograniczona – przed terminem złożenia ofert może on składać wszelkie propozycje co do kształtu i brzmienia postanowień umownych, które zamawiający zgodnie z własnymi interesami zawsze może uwzględnić. Natomiast w przypadku gdy postanowienia takie wykonawcy nie odpowiadają może do tego typu stosunku umownego – co jest jego fundamentalnym uprawnieniem – w ogóle nie przystąpić (nie składać oferty w postępowaniu). Ponadto przez składanie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to wykonawca kształtuje część przyszłych postanowień umownych (w tym zawsze cenę) i w ten sposób może dostosować swoją ofertę do warunków wykonania zamówienia narzuconych przez zamawiającego, np. tak skalkulować cenę, aby w jej ramach uwzględnić kompensację wszelkich ryzyk i obowiązków, które wynikają dla niego z tak sformułowanej umowy w sprawie zamówienia.

Jak daleko posunięta jest swoboda stron w ułożeniu łączącego je stosunku prawnego, w niektórych aspektach wprost wskazują przepisy Kodeksu cywilnego, gdzie np. w art. 473 § 1 stanowi się, iż dłużnik może przez umowę przyjąć (a więc druga strona może oczekiwać, że przyjmie i uzależniać od tego możliwość zawarcia z nim umowy) odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności,

za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Oczywiście realizacja tego typu uprawnień podlegała będzie ocenie w świetle klauzul i zasad ogólnych Kc wskazanych w niniejszym uzasadnieniu.

Miernikiem proporcjonalności czy „odpowiedniości” świadczeń, o którym mowa w *definiendum* definicji umów wzajemnych zawartej w art. 287 § 2 k.c., nie jest również norma tego przepisu. Norma ta nie ustanawia żadnych materialnych, obiektywnych odniesień dla porównania wartości lub zakresów świadczeń wzajemnych, ale odnosi odpowiedzialność świadczeń do decyzji stron zawartych w umowie, tzn. wszystkie świadczenia są swoimi odpowiednikami jeżeli strony umowy wzajemnej umówiły się, że świadczenia te kompensują się wzajemnie w ramach ich stosunku zobowiązaniowego.

W żadnym razie samo ukształtowanie nieproporcjonalnych praw i obowiązków w ramach stosunku umownego nie narusza zasady swobody umów – konieczne jest tu wykazanie, iż nieproporcjonalność ta narusza konkretny przepis prawa, przekreśla naturę stosunku lub jej stopień przekracza dopuszczalny poziom wynikający z zasad współżycia społecznego obowiązującego przy stosunkach danego rodzaju. Ograniczenie uprawnień podmiotowych (np. dowolnego ukształtowania treści stosunku zobowiązaniowego) w oparciu o klauzule generalne typu zasady współżycia społecznego, jak postuluje doktryna prawa cywilnego, powinno odbywać się w sposób możliwie niearbitralny, w oparciu i z uwzględnieniem wszelkich okoliczności danej sprawy, którym w świetle wypracowanych w doktrynie i orzecznictwie kryteriów przypisać można określone znaczenia dla kwalifikacji prawnej sprawy. W szczególności jednak samo abstrakcyjne odwołanie się do klauzul generalnych, bez jednoczesnego odniesienia do norm prawnych wynikających z innych przepisów lub przynajmniej konkretnych i pewnych standardów wynikających ze stosunków danego rodzaju, należy uznać za niewystarczający normatywny wzorzec kontroli czynności prawnych.

Ewentualnie, do tego typu działań zamawiającego znaleźć mogą zastosowanie przepisy art. 388 Kc dotyczące wyzysku, co jednak w praktyce zamówień publicznych jest rzadkie i mało prawdopodobne. W szczególności w rozpatrywanym przypadku odwołujący nie usiłowali nawet wykazywać „wyzyskiwania przymusowego położenia”, w jakim się mieliby się znajdować, przez zamawiającego.

Niejako w podsumowaniu powyższych wywodów i na ich poparcie, Izba przywołuje tu stanowisko zawarte w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 14 lipca 2011 r. (sygn. akt XII Ga 314/11), w którym wskazano: „Podkreślić należy, iż warunki umowne są identyczne dla wszystkich Wykonawców. Wykonawca dopuszczony do udziału w postępowaniu po otrzymaniu SIWZ ma możliwość zapoznania się z nimi i zdecydowania, czy

tak ukształtowany stosunek zobowiązaniowy mu odpowiada i czy chce złożyć ofertę. Rację ma skarżący, że o ile postanowienia SIWZ nie naruszają obowiązujących przepisów (a tak jest w niniejszej sprawie), Wykonawca nie może zarzucać Zamawiającemu, że poszczególne elementy umowy mu nie odpowiadają. Zgodnie z art. 353<sup>1</sup> k.c. Wykonawca ma swobodę zawarcia umowy. Żaden przepis prawa nie nakłada nań obowiązku złożenia oferty w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, ani zmuszania Zamawiającego do zawarcia umowy, której treść mu nie odpowiada. Nie może zatem kwestionować umowy wyłącznie dlatego, że uważa, iż mogłaby ona zostać sformułowana korzystniej dla Wykonawcy”.

Przywołania wymaga również wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2008 r. (sygn. akt X Ga 67/08), w uzasadnieniu którego stwierdzono: „Skarżący kluczowym zarzutem skargi czyni zarzut naruszenia normy art. 353<sup>1</sup> k.c. statującej zasadę swobody umów i równouprawnienia stron stosunku obligacyjnego. W ocenie Skarżącego za niedozwolone na gruncie powołanego przepisu należy uznać rażąco nierównomierne obciążenie Wykonawcy ryzykiem kontraktowym i jednostronne określanie przez Zamawiającego zakresu uprawnień i obowiązków stron umowy. Od razu nasuwa się doniosłe praktyczne pytanie o zakres kontraktowej swobody stron stosunku prawnego nawiązanego wskutek udzielenia zamówienia publicznego. Na gruncie prawa zamówień publicznych mamy niewątpliwie do czynienia ze swoistego rodzaju ograniczeniem zasady wolności umów (art. 353<sup>1</sup> k.c.), które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Zgodnie z charakterem zobowiązania publicznego Zamawiający może starać się przenieść odpowiedzialność na wykonawców. W ramach swobody umów Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy, a Wykonawca może nie złożyć oferty na takich warunkach. Natomiast składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy kalkulując cenę ofertową. Należy jednak podkreślić, iż błędem jest utożsamianie przez Skarżącego podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Niezależnie od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje dodatkowy koszt tych ryzyk w cenie oferty. Zamawiający zaś po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy i zapłacić wskazaną przez Wykonawcę cenę.”

Natomiast zakończyć powyższe można tezą sformułowaną w uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 11 września 2008 r. (sygn. akt I ACa 544/08) – „Z wyrażonej w art. 353<sup>1</sup> k.c. zasady swobody umów wynika przyzwolenie na faktyczną nierówność stron

umowy. Nieekwiwalentność sytuacji prawnej stron umowy nie wymaga, więc co do zasady istnienia okoliczności, które by ją usprawiedliwiały, skoro stanowi ona wyraz woli stron.”

Następną kwestią ogólną wymagającą rozstrzygnięcia, jest znaczenie uznania czy uwzględnienia przez zamawiającego (w tym przypadku na rozprawie) części zarzutów ww. odwołań.

Według dyspozycji art. 192 ust. 1 Pzp o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Natomiast zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Przepisy ustawy nie znają instytucji częściowego umorzenia postępowania odwoławczego w związku z uwzględnieniem części zarzutów odwołania przez zamawiającego, ani pominięcia rozpoznania i orzeczenia o zarzutach, które odwołujący postawił i cały czas popiera. Izba umarza/może umorzyć postępowanie odwoławcze jedynie w ściśle wskazanych i kazuistycznie określonych w art. 186 ust. 2 i 3 ustawy przypadkach. Ustawa w każdym takim przypadku wyraźnie odnosi możliwość umorzenia postępowania jedynie do sytuacji uznania przez zamawiającego całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Również tylko do takiej sytuacji odnosi się dyspozycja art. 186 ust. 2 zd 2 Pzp, która stanowi, iż w sytuacji uznania całości zarzutów przez zamawiającego i umorzenia postępowania przez Izbę, zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Izba związana zasadą legalizmu orzeka na podstawie przepisów prawa oraz w ich granicach. Generalnie więc negatywnie należy odnieść się do stosowania przepisów proceduralnych i kompetencyjnych jedynie *per analogiam*, szczególnie w celu kreowania nieznanymi ustawie instytucji procesowych lub wyprowadzania z danych czynności skutków, których przepisy nie przewidują.

Tym samym fakt zadeklarowania przez zamawiającego uznania zasadnych zarzutów odwołania, poza znaczeniem w przedmiocie dowodzenia i potwierdzania zarzutów (przyznania okoliczności procesowo istotnych dla stwierdzenia zasadności zarzutów), nie wywiera jakiegokolwiek bezpośredniego wpływu na wynik postępowania odwoławczego i nie determinuje kształtu rozstrzygnięcia. To zasadność zarzutów odwołania, a nie stanowisko zamawiającego w ich sprawie, będzie decydująca dla uwzględnienia odwołania w myśl art. 192 ust. 1 i 2 Pzp. Uwzględnienie części zarzutów stanowić więc będzie jedynie przyznanie się i potwierdzenie przez zamawiającego niezgodnego z prawem prowadzenia postępowania o udzielenie

zamówienia, czyli jest przyznaniem faktów leżących u podstaw uwzględnionych zarzutów w rozumieniu art. 190 ust. 5 zd. 2 ustawy. A przyznanie tego typu zostanie uwzględnione przez Izbę w trakcie orzekania o ile nie budzi wątpliwości, co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy i przepisami prawa. Powyższe nie stanowi jednak żadnej odrębnej instytucji procesowej znanej ustawie, wywierającej przewidziane w niej skutki, w szczególności skutek umorzenia postępowania odwoławczego w przyznanej części lub zniesienia jego kosztów. (W tym kontekście i znaczeniu, uznanie poszczególnych zarzutów odwołania podobne jest raczej do prawno-karnego przyznania się do winy, niż cywilnego uznania powództwa).

Dodatkowo wskazać tu można, iż skoro uwzględnienie części zarzutów i zobowiązanie się do uczynienia zadość żądaniom odwołania przez zamawiającego, nie stanowi uwzględnienia w całości zarzutów odwołania, skutkującego umorzeniem postępowania odwoławczego i obowiązkiem uczynienia zadość żądaniom odwołania (art. 186 ust. 2 zd. 2 Pzp), dopiero uwzględnienie odwołania przez Izbę i nakazanie dokonania stosownych czynności, spowoduje, iż zamawiający będzie miał obowiązek dokonania zasądzonych żądań odwołania. Deklaratoryjne uznanie części zarzutów (deklaratoryjne w znaczeniu zapowiedzi dokonania stosownych modyfikacji siwz i ogłoszenia zgodnie z żądaniami odwołującego), przy jednoczesnym pominięciu rozstrzygnięcia tych zarzutów przez Izbę i oddaleniu całego odwołania, nie gwarantowałoby wykonawcy, iż zamawiający rzeczywiście postulowane przez niego zmiany wprowadzi. W szczególności wykonawca byłby w takiej sytuacji pozbawiony możliwości przeprowadzenia egzekucji orzeczenia Izby, które nie odnosiłoby się do uznanych przez zamawiającego zarzutów i żądań odwołania, a także wniesienia nowego odwołania względem czynności lub zaniechań czynności, które zamawiający swoim przyznaniem deklarował, a których nigdy nie wykonał, ze względu na upływ terminu do ich kwestionowania w drodze środków ochrony prawnej. Realizacji tego typu deklaracji (przyrzeczeń/zobowiązań...) zamawiającego, a przede wszystkim samego ustalenia ich znaczenia prawnego, odwołujący mógłby dochodzić jedynie na zasadach ogólnych przed sądem powszechnym. Prawdopodobnie, w takiej sytuacji, rozstrzygnięcie uzyskałby już po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia.

Kwestię odrębną dla rozstrzygnięcia odwołania stanowiłoby natomiast uwzględnienie przez zamawiającego części zarzutów odwołania (tych zasadnych) przy jednoczesnym dokonaniu, a nie tylko deklarowaniu, przez zamawiającego czynności zgodnych z żądaniami odwołania w tym zakresie czy inną likwidacją podnoszonych w odwołaniu naruszeń przepisów.



W tym zakresie, za uzasadnieniem wyroku Izby z dnia 8 kwietnia 2010 r., sygn. akt. KIO 415/10, wskazać należy, iż ustawa nie nakazuje *de lege lata* zamawiającemu powstrzymania się z dokonaniem czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia w razie uwzględnienie części zarzutów podniesionych w odwołaniu. Zamawiający zatem, po ocenie związanego z tym ryzyka, może kontynuować postępowanie, z ograniczeniem wynikającym jedynie z art. 183 ust. 1 ustawy – brakiem możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego do czasu ogłoszenia orzeczenia przez Izbę.

W takim przypadku, tj. przy powtórzeniu czy wykonaniu czynności postulowanych przez odwołującego czy ogólniej rzecz biorąc, zgodnych z prawem – co m.in. wskazała Izba w uzasadnieniu wyroku z dnia 13 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 707/11 – należałoby za niezasadne uznać przyjęcie do orzekania stanu faktycznego już nieistniejącego w jego trakcie, bowiem na tę chwilę nie istniałyby kwestionowane czynności czy zaniechania zamawiającego i brak byłoby faktycznej podstawy sporu w tym zakresie – zarzuty tego typu należałoby pozostawić bez rozpoznania. Ewentualnie, nawet potwierdzenie podtrzymywanych przez odwołującego zarzutów i naruszeń, które nie wywierają już skutków prawnych w postępowaniu o udzielenie zamówienia w związku z ich uprzednią sanacją dokonaną przez zamawiającego, nie mogłoby posłużyć uwzględnieniu odwołania w związku z dyspozycją art. 192 ust. 2 Pzp jako niemające wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Tymczasem zamawiający w trakcie postępowania odwoławczego przyznawał jedynie zasadność części zarzutów odwołania i deklarował wykonanie określonych zmian w treści SIWZ. Nie wskazał natomiast, iż ww. modyfikacje już przeprowadził. Tym samym, oceniając zarzuty odwołań uwzględnione przez zamawiającego, należało orzec według ich zasadności, z uwzględnieniem okoliczności w ten sposób przyznanych i potwierdzonych przez zamawiającego.

Uwzględniając powyższe uwagi ogólne, a odnosząc się do poszczególnych odwołań, Izba stwierdziła, co następuje.

## **KIO 2272/12**

Zarzut odwołania dotyczący żądania przez zamawiającego oferowania jedynie urządzeń posiadających świadectwa dopuszczenia do eksploatacji uznano za niezasadny.

Okoliczność, iż żądanie zamawiającego, dotyczące posiadania przez oferowane urządzenia stosownych świadectw dopuszczenia, obejmuje jedynie urządzenia, względem których obowiązek uzyskania stosownych dopuszczeń do eksploatacji wynika z przepisu art. 23 ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (Dz.U. z 2007 r. Nr 16, poz. 94 ze zm.) i przepisów wykonawczych do tego aktu – jest pomiędzy stronami bezsporny. Przedmiotem sporu jest natomiast zasadność i możliwość żądania przez zamawiającego poświadczenia, że urządzenia, które wykonawca zamierza wykorzystać w ramach realizacji zamówienia, takie dopuszczenia posiadają, już na etapie składania ofert.

Izba uznała tego typu wymagania zamawiającego za dopuszczalne w kontekście celów, które przy ich pomocy zamawiający zamierza osiągnąć, a także braku dowodów, iż ich stawianie prowadzi do nadmiernego ograniczenia konkurencji w postępowaniu prowadzonego w danym segmencie rynku.

Po pierwsze wskazać tu należy, iż weryfikowanie stosownych dopuszczeń i uprawnień wymaganych przepisami prawa dla samego przedmiotu oferty, czy środków przy pomocy którego przedmiot ten zostanie zrealizowany, na etapie składania ofert, jest generalnie dopuszczalne i powszechnie praktykowane. Zamawiający częstokroć, i z różnych względów, wolą weryfikować powyższe już na tym etapie postępowania, chociaż w świetle przepisów prawa mogliby poprzestać na egzekwowaniu ww. dopuszczeń czy uprawnień dopiero na etapie realizacji zamówienia, pozostawiając w ten sposób wykonawcom więcej czasu na ich uzyskanie, a tym samym na złożenie ofert przez wykonawców, którzy jeszcze takowych nie posiadają. Jednocześnie zamawiający w takiej sytuacji podejmuje ryzyko, iż wykonawca w trakcie realizacji zamówienia nie wywiąże się ze wszystkich administracyjnych obowiązków, które na siebie przyjął, i tym samym nie będzie mógł wykonać całego przedmiotu zamówienia (lub dozna w tym względzie opóźnień). Powyższe ryzyko oczywiście jest konsumowane w ramach odpowiedzialności kontraktowej wykonawcy, tak jak wszystkie inne zobowiązania, których wykonawca się podjął. Jednakże ryzyko takie występuje i w konsekwencji skutkować może opóźnieniem, a nawet w ogóle zaniechaniem realizacji zamówienia, czego pełne zrekompensowanie w ramach odpowiedzialności kontraktowej – w danym przypadku i dla danego zamawiającego – nie będzie możliwe. Natomiast w sytuacji, w której posiadanie stosownych dopuszczeń czy uprawnień dla danego przedmiotu oferty, zostanie zweryfikowane przed przyjęciem oferty i udzieleniem zamówienia, opisane wyżej ryzyko w ogóle nie wystąpi.

Tak też w rozpatrywanym przypadku, zamawiający miał prawo zabezpieczyć się i zapewnić sobie taki stopień bezpieczeństwa kontraktowego, jak też uzyskać pewność, co do

bezpieczeństwa oferowanych mu rozwiązań (co m.in. potwierdzają wymagane świadectwa dopuszczenia, zarówno wydane na czas nieokreślony jak i tymczasowe). Tym bardziej, iż powyższy wymóg wcale nie eliminuje konkurencji wykonawców w ubieganiu się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Zamawiający uwzględniając tu również świadectwa dopuszczenia wydane na czas określony, nie ograniczył przedmiotu dostawy (i tym samym kręgu dostawców) jedynie do urządzeń już zabudowanych i eksploatowanych, które przeszły pełny zakres prób i badań niezbędnych do uzyskania stosownych świadectw dopuszczenia wydawanych bezterminowo. Wystarczające jest przeprowadzenie powyższego w ograniczonym zakresie, niezbędnym do uzyskania świadectwa terminowego.

Ponadto odwołujący, poza twierdzeniem, iż on sam wymaganymi świadectwami nie dysponuje i nie jest do czasu składania ofert w stanie ich uzyskać, twierdził również, iż posiada je jedynie spółka Bombardier Transportarion i tym samym, jako jedyna może uzyskać przedmiotowe zamówienie. Jednakże na potwierdzenie powyższego odwołujący żadnych dowodów nie przedstawił, ale jedynie głośłownie powoływał się na listę świadectw dopuszczenia urządzeń sterowania ruchem kolejowym wydanych przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego. Tymczasem zamawiający powyższymi okolicznościami przeczył, a ze swojej strony przedstawił świadectwa dopuszczenia dla urządzeń tego typu, produkcji podmiotów innych niż Bombardier Transportation (świadectwa: U/2009/0062, U/2012/0238, U/2011/0861, U/2008/0078, U/2008/0006, U/2005/683, U/2007/0135, U/2008/0139, U/2012/006, U/2011/0295, U/2004/115, U/2012/0648, U/2004/141, U/2012/0134).

W związku z powyższymi twierdzeniami o ograniczeniu kręgu wykonawców dysponujących niezbędnymi urządzeniami tylko do spółki Bombardier Transportation uznano za nieudowodnione, a zarzut naruszenia konkurencji przez sformułowanie kwestionowanych wymagań SIWZ uznano za niepotwierdzony i tym samym niezasadny.

Zarzut dotyczący braku stosownych informacji dla opisu przedmiotu zamówienia w zakresie integracji interfejsów został przyznany przez zamawiającego. Tym samym Izba uznała okoliczności faktyczne stanowiące jego postawę za bezsporne, i jako takie przesądzające o zasadności zarzutu.

W związku z powyższymi zarzut ten uznano za zasadny, odwołanie uwzględniono i nakazano adekwatnie do jego żądań dotyczących interfejsów (nakazano wykreślenie z SIWZ postanowień wskazanych w uzasadnieniu odwołania).

## KIO 2333/12

Odnosząc się do kolejno do poszczególnych zarzutów i żądań odwołania, Izba wskazuje, co następuje.

Zarzut nr I wraz z żądaniami został uznany przez zamawiającego, za wyjątkiem zarzutów i żądań odnoszących się do odpowiedzialności wykonawców za zmiany wynikające ze sporządzonych przez nich projektów budowlanych (punkt I tiret drugie odwołania).

Zarzut nr I, co do zasady, zasługuje na potwierdzenie w zakresie uwzględnionym przez zamawiającego. Sporządzony w ten sposób opis przedmiotu zamówienia pozostaje sprzeczny z art. 29 ust 1, wprowadzając nadmierny zakres niedookreśloności przyszłego zakresu prac wykonawcy i jego zobowiązań. W związku z powyższym nakazano zamawiającemu dokonanie zmian postulowanych w odwołaniu.

Natomiast Izba nie stwierdziła niezgodności ze wskazanymi przepisami prawa postanowień PFU stanowiących, iż „wszelkie zmiany wynikające ze sporządzonych projektów budowlanych będą ryzykiem Wykonawcy i nie mogą stanowić podstawy do robót dodatkowych”.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Za zmiany projektów budowlanych, przez siebie sporządzonych, odpowiada wykonawca i jak najbardziej może przyjąć na siebie ryzyko wykonania takich zmian. Natomiast samo wprowadzenie zastrzeżenia tego typu do treści SIWZ, nie stanowi naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp, jako że nie składa się na informacje wchodzące w zakres opisu przedmiotu zamówienia potrzebne do wycenienia i przygotowania oferty. W ramach takiego zarzutu należałoby wskazać konkretne braki i niejasności opisu przedmiotu zamówienia, które stanowiąc będą o samoistnym i realnym, a nie tylko przyszłym i hipotetycznym, naruszeniu ww. normy prawnej. Wykonawcy winni więc domagać się i egzekwować od zamawiającego podania jak najpełniejszych, precyzyjnych i wiążących informacji na temat opisu przedmiotu zamówienia, który mają wykonać. W przypadku uzyskania takich informacji, jak najbardziej mogą przyjąć na siebie, ograniczone w związku z kompletnością opisu przedmiotu zamówienia, ryzyko wprowadzenia zmian w przebiegu prac, których na etapie opisu tak skomplikowanego przedmiotu zamówienia nie dało się ująć i przewidzieć. Odwołujący winien w tym zakresie zakwestionować raczej zdanie poprzednie wskazanego pkt. 1.3 PFU (oraz analogicznych)

wskazujące, iż „Podane założenia są orientacyjne i mogą ulec mianie na etapie projektu budowlanego”, jako przesądzające o niejasności opisu i niepewności co do zakresu zobowiązania, którego się ma podjąć w ofercie. Naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp wystąpi i będzie mogło być stwierdzone, tylko wtedy, gdy wystąpią i wykazane zostaną konkretne braki w kompletności lub jasności opisu przedmiotu zamówienia uniemożliwiających poprawne przygotowanie oferty. Nie stanowi natomiast naruszenia dyspozycji ww. przepisu samo przewidzenie postanowień na wypadek wystąpienia takiej sytuacji.

Przy czym zakres rzeczowy świadczenia, tj. zakres robót budowlanych zamawianych do wykonania, zwłaszcza w formule projektuj i buduj, wyznaczany jest przede wszystkim wymaganiami co do ich rezultatu oraz ogólnymi wymaganiami, co do sposobu ich prowadzenia, wyrażanymi w PFU. Natomiast przy zamówieniu tego typu (rozległe roboty budowlane, wykonywane w formule „projektuj i buduj”) nie jest możliwe dokładne opisanie wszelkich czynności faktycznych, które składać się będą na jej wykonanie, a w praktyce procesu budowlanego dochodzi do bieżącego uzgadniania i korygowania tego typu kwestii (co musi również zostać odzwierciedlone w projektach budowlanych). Tym samym ze względów opisywanych powyżej, można przyjąć, iż ww. zastrzeżenie odnosi się właśnie do sytuacji tego typu, i jako takie jest możliwa do pogodzenia z przepisami prawa. Jakkolwiek dodać należy, iż jakakolwiek inna jego interpretacja i przede wszystkim stosowanie – np. polegające na narzucaniu wykonawcy rzeczowego zakresu zobowiązań, których w SIWZ nie opisano i których siłą rzeczy w swojej ofercie się nie podjął – stanowić będzie o naruszeniu art. 140 ust. 1 Pzp oraz w takiej sytuacji uprawdopodobni, że na etapie przygotowywania opisu przedmiotu zamówienia, doszło jednak do złamania dyspozycji art. 29 ust. 1 ustawy. Powyższe nie może stanowić podstawy do wymagania od wykonawcy zaprojektowania i wykonania zupełnie innego zakresu robót niż opisany w PFU.

Zarzut nr II jest niezasadny.

Niepewność co do kształtu przyszłego zobowiązania związana z niepewnością, co do kształtu warunkujących jego wykonanie przyszłych przepisów prawa, jest jak najbardziej dopuszczalna w ramach opisu przedmiotu zamówienia publicznego (w świetle art. 29 ust. 1 Pzp). Również w świetle przepisów kodeksu cywilnego nałożenie i przyjęcie na siebie ryzyk przez wykonawcę z tym związanych, mieści się w granicach swobody umów wynikającej z art. 353<sup>1</sup> k.c. Zamawiający ma po prostu prawo żądać, aby jego przedmiot zamówienia został wykonany zgodnie z przepisami prawa obowiązującymi w trakcie jego wykonywania, i nie ma obowiązku przewidywania w postanowieniach umownych jakichkolwiek kompensacji z tego tytułu dla

wykonawcy (czy to w postaci klauzul rewaloryzacyjnych, czy deklarowania możliwości zawarcia aneksu w tej sprawie).

Przy czym na marginesie zaznaczyć można, iż dopuszczenie aneksowania umowy w jak najszerszym zakresie i określenie warunków takich zmian, jest jak najbardziej racjonalne i leży w dobrze pojętym interesie zamawiającego. Odrębną kwestią pozostanie oczywiście ocena racjonalności i zgodności z prawem ewentualnych, poszczególnych aneksów zawartych przez strony.

Zarzut nr III został uwzględniony przez zamawiającego i jako taki został potwierdzony przez Izbę. W związku z przyznaną przez zamawiającego nieadekwatnością wskazanych w odwołaniu opisów warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do opisu przedmiotu niniejszego zamówienia, stwierdzono niezgodność ww. warunków z art. 22 ust. 4 Pzp, a także nakazano dokonanie modyfikacji SIWZ w sposób zaproponowany przez zamawiającego na rozprawie, względem których odwołujący potwierdził, iż odpowiadają żądaniom odwołania.

Przy czym na marginesie należy wskazać, iż postulowane zgodnie przez strony, brzmienie warunków, może budzić szereg wątpliwości interpretacyjnych w stosunku do przyszłej oceny spełniania tak sformułowanego warunku, przez osoby posiadające ważne uprawnienia budowlane, pozwalające im wykonywać dany zakres prac, wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów – w związku z zastosowaną przez zamawiającego kalką zwrotu „bez ograniczeń” zaczerpniętego (i zdefiniowanego) ze współcześnie obowiązujących przepisów. Ograniczenia uprawnień budowlanych występujące niegdyś w porządku prawnym, często jak najbardziej wystarczają do pełnienia danej funkcji technicznej w budownictwie w odniesieniu do danego zakresu robót (np. objętych niniejszym zamówieniem). Natomiast formalnie uprawnienia takie, np. przez niektóre samorządy zawodowe, nie będą uznawane za uprawnienia „bez ograniczeń”.

Zarzut nr IV uznano za zasadny w związku z jego uwzględnieniem przez zamawiającego. Przy czym podstawą prawną dla powyższego jest w tym przypadku art. 353<sup>1</sup> k.c. i zawarte tam klauzule generalne, a nie naruszenie art. 144 ustawy.

Przepis art. 144 Pzp stanowi, iż zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. W związku z zakresem normowania ww. przepisu niemożliwe jest jego naruszenie na etapie specyfikacji

istotnych warunków zamówienia, ale tylko przez aneksowanie umowy w sprawie zamówienia (np. przez dokonywanie zmian umowy przy braku określenia warunków takiej zmiany w SIWZ).

## **KIO 2349/12**

Odwołanie jest niezasadne.

Analogiczny stan faktyczny – żądanie w treści SIWZ, aby zamawiane i tym samym oferowane systemy, współpracowały z posiadanym (budowanym) przez tego zamawiającego systemem NSS20 firmy KapschCarrierCom, co ma zostać potwierdzone albo przez pokazanie ich realnego współdziałania przez ich zamontowanie i odebranie na istniejących liniach kolejowych, albo przez przeprowadzenie stosownych testów interoperacyjności nadzorowanych przez niezależną organizację kolejową – był przedmiotem orzekania i oceny Izby w sprawach o sygn. akt KIO 1131/12 i KIO 1740/12 (odpowiednio wyroki z dnia 13 czerwca 2012 r. i 30 sierpnia 2012 r.). W niniejszej sprawie nie pojawiły się żadne nowe okoliczności ani dowody, mogące zmienić ocenę Izby dla tego typu wymagań zamawiającego. W związku z powyższym skład orzekający Izby w pełni podziela i uznaje za własne stanowisko wyrażone w ww. orzeczeniach w sprawie dopuszczalności wymagań tego typu. W szczególności Izba wskazała tam, iż nie tylko producent systemu NSS20 może sprawdzić i potwierdzić jego pełną interoperacyjność z systemem czy urządzeniami innymi, ale mogą zapewnić to również (cytat za uzasadnieniem wyroku Izby z dnia 13 czerwca 2012 r. sygn. akt KIO 1131/12): „[...]testy interoperacyjności, które są możliwe do przeprowadzenia przez każdego wykonawcę, a o prawidłowości stosowanych przez niego rozwiązań świadczy zweryfikowanie ich wynikami testów. Testy interoperacyjności (testy wzajemnej współpracy systemów), mają za zadanie zagwarantowanie solidnych i niezawodnych usług poprzez sprawdzenie czy dwa produkty, dwóch różnych producentów, mogą ze sobą poprawnie współpracować w testowanym zakresie. Faktem jest, że dwa różne produkty spełniające określone normy nie muszą ze sobą współpracować. Dlatego też ideą przeprowadzania testów interoperacyjności jest obiektywne stwierdzenie o możliwości i zakresie takiej współpracy.

[...] Niezasadność zarzutu dotyczącego naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania potwierdził przystępujący Kapsch CarrierCom [dowody przedstawione, uwzględnione i ocenione analogicznie również w ramach niniejszego

postępowania odwoławczego – przypis Izby] przedstawiając wyciągi z dwóch różnych ogłoszeń w sprawie podobnych zamówień organizowanych przez jednostki analogiczne do PKP PLK S.A. będących spółkami prawa hiszpańskiego, gdzie zamawiający ci postawili wymogi interoperacyjności oferowanych rozwiązań, cyt. „Wdrożenie systemów spełniających międzynarodowe standardy oraz otwartych interfejsów pozwalających na wykorzystanie w sieci GSM-R urządzeń innych dostawców. [...] Do oferty należy dołączyć [...] ze wskazaniem [...] kompatybilności z istniejącym wyposażeniem sieci ADIF-u; możliwości współpracy z innymi dostawcami systemu GSM-R (wersje). [...]”.

W ocenie Izby zamawiający uprawniony jest do takiego formułowania warunków udziału w postępowaniu (warunków przedmiotowych), aby w jak najszerszym zakresie zabezpieczyły one interes zamawiającego w sposób prawidłowy. Zamawiający jako profesjonalista może wymagać, aby wykonawcy wyrażający chęć udziału w postępowaniu legitymowali się przynajmniej jedną realizacją adekwatną do przedmiotu zamówienia bądź, jak to sprecyzował zamawiający przedstawienia (udowodnienia), prawidłowości przeprowadzenia testów interoperacyjności (pozytywnych wyników) z systemem (platformą) już będącą w posiadaniu zamawiającego.

Zdaniem Izby nie powinien odwołującego dziwić fakt, że zamawiający pragnie mieć do czynienia z wykonawcami, którzy legitymują się przedmiotowym doświadczeniem lub legitymują się pozytywnymi wynikami testów interoperacyjności już na etapie składania ofert. Działanie zamawiającego ukierunkowane jest bowiem na osiągnięcie maksimum bezpieczeństwa w prowadzonej inwestycji, a nie eksperymentowanie z rozwiązaniami dotychczas nie stosowanymi.

W ocenie Izby nie zachodzą okoliczności uniemożliwiające odwołującemu, który poniekąd działa w imieniu producenta Huawei, zorganizowanie tak procesu zarządzania własnej firmy, aby skutecznie przeprowadzić proces testacji. Dokumenty złożone przez odwołującego na rozprawie, tj. List akceptujący dla systemu testowego Huawei GSM-R z dnia 10 kwietnia 2012 roku oraz wyciąg z katalogu testów EIRINE dla oceny sieci – Druga Konferencja ERA GSM-R – IRCE 2011 potwierdzają zgodność prowadzonego testu interoperacyjności jednakże dla starszej wersji systemu. Obecnie zamawiający posiada najnowszą wersję systemu, stąd dokumentacja odwołującego pozostaje bez znaczenia dla rozstrzygnięcia.[...]”



W ramach niniejszego postępowania zamawiający nie stawiał tego typu wymagań podmiotowych, ale odniósł je do oferowanego przedmiotu – co w ocenie Izby jest tym bardziej zasadne.

Wymóg tego typu jest podyktowany ważnymi względami zagwarantowania i zapewnienia współpracy, integracji i bezpieczeństwa użytkowania urządzeń zakupywanych obecnie z urządzeniami, które zamawiający już posiada.

Izba bynajmniej nie uznała i nie stwierdziła, aby w świetle powoływanych przez uczestników postępowania regulacji wspólnotowych i międzynarodowych dotyczących rynku kolejowego, zamawiający już na etapie składania ofert zobligowany był do żądania poświadczenia interoperacyjności zamawianych urządzeń (czy to przez ich empiryczną weryfikację i dopuszczenie na funkcjonującej linii kolejowej czy przez laboratoryjne przetestowanie zgodnie z zasadami testów interoperacyjności). Mamy tu do czynienia z sytuacją podobną do żądania świadectw dopuszczenia, których konieczność posiadania i dopuszczalność żądania na etapie składania ofert, oceniana była w ramach rozpatrywania odwołania KIO 2272/12. Nie budzi wątpliwości Izby, w świetle stanowisk stron i przytaczanych na rozprawie regulacji dotyczących dopuszczenia urządzeń kolejowych i sposobów poświadczania ich interoperacyjności i bezpieczeństwa, że wymagane przez zamawiającego testy interoperacyjności są obiektywnym i wiarygodnym środkiem potwierdzenia powyższego (ustępującym jedynie certyfikacji WE).

Odwołujący mógł i może uzyskać poświadczenie interoperacyjności jego systemów BSS GSM-R z systemem NSS20 nie tylko w ramach współpracy z producentem systemu, ale nawet przez jednostki notyfikowane do certyfikacji WE lub inne laboratoria i wskazane przez zamawiającego w załączniku nr 13 do IDW niezależne organizacje kolejowe, np. przez wyposażenie je w system NSS20 (w jakiegokolwiek konfiguracji).

Ponadto wykonawca mógł wziąć udział, lub będzie mógł wziąć udział, w testach pod auspicjami ERA, co może się oczywiście wiązać z faktem, iż w niniejszym postępowaniu nie będzie mógł zaoferować swojego produktu. Niemniej jednak, zasada nieograniczania konkurencji – jak wskazano powyżej – nie jest zasadą absolutną, ale stopniowalną, i jako taka może z ważnych względów doznawać ograniczeń. Ponadto przykładem na możliwość uzyskania i zaoferowania produktu odpowiadającego wymaganiom zamawiającego jest firma Nokia Siemens Networks, bądź co bądź konkurent firmy Kapsch CarrierCom, przystępująca do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (Dowód: Deklaracja interoperacyjności GSM-R z dnia 19 września 2011 r.). Konkurencja na rzeczonym rynku więc

istnieje, a o jej nadmiernym ograniczeniu za pomocą uzasadnionych wymagań zamawiającego, nie przesądza sam fakt, iż ww. wymagania są dla jednego z podmiotów obecnych na rynku trudne do spełnienia.

Zwłaszcza w przypadku tego typu zaawansowanego przedmiotu zamówienia, zmuszanie zamawiającego do rezygnacji z wymogów bezpieczeństwa gwarantowanego przez wymaganie przeprowadzenia i legitymowania się obiektywnymi, znormalizowanymi testami i wynikami takich badań, na rzecz poprzestania na deklaracjach wykonawców, że pełna interoperacyjność zostanie osiągnięta, nie zasługuje na uwzględnienie.

Twierdzenia odwołującego, iż sama zgodność i standaryzacja protokołów umożliwiających komunikację interfejsów oferowanych urządzeń, gwarantuje ich pełną operacyjność, zostały zaprzeczone przez innych uczestników postępowania, a jakichkolwiek dowodów na powyższe brak.

Niezrozumiałe dla Izby są zarzuty dotyczące braku wystarczającej identyfikacji systemu do którego swój wymóg interoperacyjności zamawiający odnosi. System NSS20 (jego wersja określana nr 20) produkowany przez Kapsch CarrierCom jest znanym w danej branży, systemem stosowanym i dostępnym na danym rynku, wystarczająco indywidualizowanym przez jego nazwę handlową. Brak dokładniejszego określenia cech tego systemu oznacza, iż zamawiający dopuszcza przeprowadzenie testów lub zamontowanie urządzeń współpracujących z tym systemem w jakiejkolwiek konfiguracji. Ponadto zawsze informacje o jaki system chodzi można uzyskać poprzez sprawdzenie, jaki system zakupił zamawiający.

Nietrafny jest również zarzut odnoszący się do braku dopuszczenia w ramach opisu przedmiotu zamówienia systemu równoważnego do systemu NSS20. Przepis art. 29 ust. 3 Pzp zakazujący dokonywania opisu przedmiotu zamówienia przy pomocy znaków towarowych i ustanawiający wymóg dopuszczenia w takim przypadku rozwiązań równoważnych (przez użycie słów „lub równoważny”), odnosi się do samego opisu przedmiotu zamówienia. W tym przypadku zamawiający nie zamawia systemu NSS20 i nie przez wskazanie jego znaku towarowego przedmiot swojego zamówienia w tym zakresie definiuje, ale zamawia infrastrukturę (system) BSS GSM-R, względem której dodatkowym wymogiem ma być jego interoperacyjność z systemem, który już posiada (i system ten konkretnie wskazuje).

Jakkolwiek rzeczywiście niezrozumiałą jest brak wymogu podania w oświadczeniu załączanym do oferty (zał. nr 13), linii kolejowej, na której współpracujące systemy zostały zamontowane (wymaganie takie byłoby jak najbardziej racjonalne), to jednak brak również obowiązku po stronie zamawiającego, aby takich informacji żądał. Ponadto powyższe nie

oznacza, iż w trakcie postępowania zamawiający nie będzie mógł powyższego sprawdzić i zweryfikować.

Izba uwzględniła w charakterze dowodów i oceniła pisma DB Systel GmbH z 10 kwietnia 2012 r. i DB Netz AG z 15 czerwca 2012 r. (w tłumaczeniu: z 15 lipca 2012 r.) przedłożone przez odwołującego, uznając, iż nie stanowią one dowodów na interoperacyjność systemów NSS Huawei z systemem NSS20 Kapsch CarrierCom (nie został przebadany). Natomiast stanowią one pośrednie dowody na to, iż w przypadku poniesienia pewnych nakładów i z odpowiednim wyprzedzeniem, Huawei mógłby takie badania przeprowadzić i potwierdzenie wyników, nawet z notyfikowanych jednostek (np. wskazanych w piśmie DB Netze) uzyskać.

Innych dowodów przedkładanych przez uczestników postępowania, poza wymienionymi powyżej w niniejszym uzasadnieniu, nie uwzględniono, uznając je za nieistotne dla rozstrzygnięcia sprawy. W szczególności nie uwzględniono dowodów przedstawianych przez odwołującego i przystępującego Kapsch CarrierCom, a dotyczących wzajemnych relacji handlowych ww. podmiotów. Izba rozpoznaje przypadki ograniczania konkurencyjności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na etapie sformułowania SIWZ popełniane przez zamawiającego. Dla stwierdzenia ograniczania konkurencji na rynku przez wykonawców (np. przez popełnianie różnorodnych czynów nieuczciwej konkurencji, nadużywanie pozycji dominującej... etc.) generalnie właściwy jest Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Ponadto, jak stwierdzono powyżej, współpraca ze strony Kapsch CarrierCom nie jest jedynym (choć z pewnością najłatwiejszym) środkiem do uzyskania potwierdzenia interoperacyjności urządzeń własnych z systemami tej firmy.

## **KIO 2350/12**

Odnosząc się kolejno do poszczególnych zarzutów odwołania Izba stwierdziła, co następuje.

Zarzut nr 1 jest niezasadny.

Zarzuty dotyczące postanowień SIWZ definiowane są również przez żądania, które wykonawca względem nich formułuje. Dopuszczalność żądań i możliwość ich przeprowadzenia warunkuje możliwość uwzględnienia danego zarzutu. W pewnych przypadkach, Izba, uwzględniając zarzuty i jednocześnie nie będąc związana żądaniami odwołania, może orzec inaczej aniżeli wnosił odwołujący. Tego typu sytuacje występują najczęściej na etapie oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty. Jednakże wtedy kształt zapadających rozstrzygnięć, przeważnie wprost wynika z przepisów obowiązującego prawa (które nakazują np. wezwanie do uzupełnienia, poprawienie oferty, odrzucenie oferty, wykluczenie wykonawcy... etc.). Natomiast możliwość modyfikacji wyrokiem żądań

odwołującego sformułowanych względem treści SIWZ doznaje zasadniczych ograniczeń. Na przykład w przypadku uznania, iż stawiane żądania są w świetle prawa niedopuszczalne, Izba nie może sama, niejako wyręczyć strony i zdecydować jaki kształt powinna przyjąć specyfikacja istotnych warunków zamówienia i jak powinna zostać poprawiona, w szczególności w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. Ponadto wykonawcy i organy orzekające – co zostało wskazane w części uzasadnienia dotyczącego wszystkich odwołań – nie mogą decydować za zamawiającego, co powinien zakupić w zamian przedmiotu, którego opis narusza przepisy ustawy i jest niedopuszczalny (byłaby to nadmierna ingerencja w sferę *dominium* zamawiającego). W takim przypadku postępowanie o udzielenie zamówienia powinno zostać unieważnione, co dałoby zamawiającemu możliwość odpowiedniego, zgodnego z jego potrzebami, poprawienia opisu jego przedmiotu zamówienia, albo rezygnację z zakupu, którego zgodnie z przepisami prawa przeprowadzić nie może lub nie potrafi. Natomiast, w tym przypadku, odwołujący unieważnienia postępowania nie żądał, ale konsekwentnie (pomimo wezwań Izby) wnosił na rozprawie o nakazanie zamawiającemu zastąpienia zamawianej adaptacji posiadanych urządzeń, ich wymianą, co było niemożliwe do orzeczenia z powodów opisanych powyżej. Tak samo jak niemożliwe i niedopuszczalne byłoby np. nakazanie zamawiającemu aby zamiast przedmiotowej linii kolejowej zmodernizował linię inną.

Ponadto odnosząc się do podstaw faktycznych samego zarzutu, należy wskazać, iż odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność, aby niemożliwa była adaptacja konkretnych analogowych urządzeń przekaźnikowych i ich bezpieczne powiązanie z systemem ERTMS/ ETCS Poziom 2 i uzyskanie certyfikacji całego systemu.

Zarzut nr 2 jest zasadny.

W świetle dyspozycji art. 29 ust. 1 Pzp, wykonawca ma prawo uzyskać, a zamawiający powinien podać, dokładne informacje stanowiące istotne założenia wyjściowe dla kalkulacji i przygotowania oferty – w tym przypadku informacje na temat zastanych przy projektowaniu i wykonywaniu robót, komputerowych urządzeń stacyjnych oraz czterostawnej komputerowej blokady liniowej – w szczególności czy urządzenia te są zgodne i kompatybilne z systemem ERTMS/ ETCS Poziom 2 i umożliwiają jego podłączenie. Tym bardziej, iż zamawiający takie informacje posiada i na rozprawie przyznał, iż wskazane urządzenia na modernizowanej linii są przystosowane do zabudowy tego systemu.

Przy czym należy zaznaczyć, iż zamawiający nie wykonał jeszcze żadnych zapowiadanych na rozprawie wyłączeń części przedmiotu zamówienia do oddzielnych postępowań.

W związku z powyższym orzeczono zgodnie z żądaniami odwołania.

Zarzut nr 3 jest zasadny.

W świetle powoływanych wyżej przepisów ustawy, opis przedmiotu zamówienia ma być zupełny i jasny, nie może pozostawiać wątpliwości, co do identyfikacji urządzeń, jakie posiada zamawiający i względem których wykonywany ma być przedmiot zamówienia. Sporządzony przez zamawiającego w kwestionowanej tabeli, spis ww. urządzeń wraz z podaniem ich nazw handlowych, w sposób niewystarczający indywidualizuje poszczególne, użytkowane przez zamawiającego urządzenia i zmusza wykonawców do dedukowania i dociekania na podstawie listy świadectw dopuszczenia publikowanej przez Prezesa UTK (listy przedstawione przez odwołującego na rozprawie zostały uwzględnione i ocenione, jako dowód na opisywaną okoliczność), które dokładnie urządzenia wskazane w ww. urzędowym wykazie, zamawiający wskazał. Ponadto informacje zawarte w wykazie, w zestawieniu z danymi podanymi przez zamawiającego, bynajmniej nie usuwają wszystkich wątpliwości w tym zakresie.

W związku z powyższym, nakazano zamawiającemu dokładne określenie posiadanych urządzeń przez wskazanie numeru adekwatnego świadectwa dopuszczenia (UTK/GIK), którym zamawiający dysponuje. Przy czym Izba uznała, iż powyższe jest wystarczające dla zapewnienia wykonawcom możliwości uzyskania wszelkich niezbędnych im do przygotowania oferty informacji na temat urządzeń, na których zamontowany ma być ich system. Natomiast dokładne dane na temat, w ten sposób zindywidualizowanych, dopuszczonych do użytkowania, urządzeń (świadectwa dopuszczenia, dokumentacja DTR) są publicznie dostępne. Z tego względu nie uwzględniono żądań odwołania w zakresie nakazania załączenia do dokumentacji kopii świadectw dopuszczenia i dokumentacji DTR.

Zarzut nr 4 jest niezasadny.

Postulowanie przez wykonawców doprecyzowywania zapisów nakładających na wykonawców konkretne obowiązki należy generalnie ocenić pozytywnie. Niemniej jednak w tym przypadku powyższe jest po prostu zbędne. W świetle całokształtu postanowień SIWZ i celu zamówienia, którego realizacji wykonawca się podejmuje, a także przy wiedzy, jakie urządzenia zamawiający posiada (patrz zarzut nr 3 i 8) postulowane przez odwołującego obowiązki, które winny być nałożone na wykonawcę są oczywiste i nie ma potrzeby ich oddzielnego specyfikowania.

Zarzut nr 5 jest zasadny w odniesieniu do podania założeń, co do kompatybilności urządzeń – uzasadnienie jak przy zarzucie nr 2. Przy czym wystarczające dla wyrażenia powyższych założeń jest wprowadzenie tego typu postanowień we wstępnych postanowieniach PFU (nakazane już przez uwzględnienie żądań związanych z zarzutem nr 2), a żadna sprzeczność przez pozostawienie niezmienionych postanowień SIWZ kwestionowanych w ramach niniejszego zarzutu, nie powstaje.

Natomiast zarzut jest niezasadny w odniesieniu do żądań dotyczących rezygnacji z wymogu adaptacji – uzasadnienie jak przy zarzucie nr 1.

Zarzut nr 6 jest niezasadny – uzasadnienie jak przy zarzucie nr 1.

Zarzut nr 7 jest niezasadny – uzasadnienie jak przy zarzucie nr 1.

Zarzut nr 8 jest zasadny – uzasadnienie dla uwzględnienia zarzutu oraz częściowego uwzględnienia żądań odwołania, jak przy zarzucie nr 3.

Zarzut nr 9 jest niezasadny – uzasadnienie jak przy zarzucie nr 4.

Zarzut nr 10 jest niezasadny – uzasadnienie jak przy zarzucie nr 4.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencjach.

O kosztach postępowań orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i § 5 ust. 2 pkt 1 i 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).

.....

.....

.....